

Übung
im Strafrecht für Anfänger
bei Priv.-Doz. Dr. XXX
WS 1994/95
1. Hausarbeit

Anmerkungen des Einsenders:

Die Hausarbeit wurde in einer Übung im Strafrecht für Anfänger (2.Fachsemester) als Ferienhausarbeit gestellt. Ich habe sie so eingereicht, wie in dem folgenden Dokument wiedergegeben. Lediglich die Aufgabenstellung (Sachverhalt) habe ich zusammengefaßt und umformuliert, um die Urheberrechte der Aufgabenstellerin nicht zu verletzen. Zudem ist die Hausarbeit anonymisiert.

Die Arbeit wurde mit 15 Punkten (gut) bewertet und war eine der zwei besten Arbeiten. Die Bemerkungen der Korrekturassistentin sind als Kommentare (unter dem Kürzel [KO] in das Dokument eingefügt. Zum Anzeigen dieser Bemerkungen (unter WinWord 97) im Menü unter *Ansicht auf Kommentare* klicken.

Anmerkung: durch die Strafrechtsreform von 1998 haben sich einige der in der Arbeit geprüften Paragraphen (z.B. § 224, zur Zeit der Arbeit noch § 223a) geändert. Die Probleme der Hausarbeit liegen jedoch ausschließlich im Bereich des Allgemeinen Teils des StGB (Probleme der Zurechnung bei Mittäterschaft, des error in persona und des Rücktritts beim Versuch) und werden durch die Reform nicht berührt.

Sachverhalt [Zusammenfassung]:

Die Freunde D. und M. haben erfahren, daß S. mit viel Geld in der Tasche auf einem einsamen Weg nach Hause gehen wird. Sie beschließen daher, ihn auf seinem Heimweg zu überfallen, niederzuschlagen und ihm das Geld abzunehmen.

Dazu gehen sie in einen Wald, der auf dem Heimweg des S liegt und suchen sich für den Überfall geeignete Äste oder Knüppel. Beide glauben, daß ein Schlag mit diesen Knüppeln nicht tödlich sein würde. Dann stellen sie sich zu beiden Seiten eines Waldweges auf, um dem S aufzulauern.

Ihr Plan sieht vor, daß derjenige, der den S zuerst sieht, zuschlagen soll. Wenn gleich der erste Schlag ausreicht, S verteidigungsunfähig zu machen, soll der andere ihm das Geld abnehmen, ansonsten wollen sie gemeinsam solange auf S einschlagen, bis S bewußtlos ist, und ihn dann ausrauben.

Nachdem sie eine Weile gelauert haben, will D. dem M. noch etwas sagen und geht auf diesen zu. M. glaubt, S. vor sich zu haben und tut, was beide zuvor verabredet haben: er schlägt mit einem mittelschweren Ast nach D.s Kopf. Dabei streift er ihn nur und fügt ihm eine Platzwunde zu. Dann erkennt er seinen Irrtum.

D.s Verletzung ist zwar nicht gravierend, so daß beide ihren Überfall doch noch durchführen könnten. Nach dem mißlungenen Auftakt haben sie aber keine Lust mehr und gehen nach hause.

Wie ist das Verhalten von D. und M. strafrechtlich zu bewerten?

Gegebenenfalls erforderliche Strafanträge sind gestellt.

Literaturverzeichnis

- Baumann, Jürgen*
Täterschaft und Teilnahme
JuS 1963, 51 ff.
- Baumann, Jürgen*
Strafrecht Allgemeiner Teil
8. Auflage 1977
(zit.: *Baumann AT*)
- Feltes, Thomas*
Der (vorläufig) fehlgeschlagene Versuch
GA 1992, 395 ff.
- Herzberg, Rolf Dietrich*
Grundfälle zur Lehre von Täterschaft und Teilnahme
JuS 1974, 237 ff, 719 ff.
- Hillenkamp, Thomas*
Die Bedeutung der Vorsatzkonkretisierung bei abweichendem Kausalverlauf
Göttingen 1971
(zit.: *Hillenkamp, Vorsatzkonkretisierung*)
- Küper, Wilfried*
Gefährdung als Erfolgsqualifikation ?
NJW 1976, 543 ff.
(zit.: *Küper, Gefährdung*)
- Küper, Wilfried*
Versuchsbeginn und Mittäterschaft
Heidelberg 1978
(zit.: *Küper, Versuchsbeginn*)
- Lackner, Karl*
Strafgesetzbuch mit Erläuterungen
16. Auflage, München 1985
(zit.: *Lackner StGB*)
- Leipziger Kommentar
Großkommentar zum Strafgesetzbuch
Erster Band, Einleitung, §§ 1-31, Berlin New York 1985
Fünfter Band, §§ 185 - 262, Berlin New York 1989
(zit.: *Bearbeiter in: LK*)
- Puppe, Ingeborg*
Vorsatz und Zurechnung
Heidelberg 1992
(zit.: *Puppe, Vorsatz*)
- Roxin, Claus*
Der fehlgeschlagene Versuch
JuS 1981, 1 ff.
- Roxin, Claus*
Täterschaft und Tatherrschaft
4. Auflage 1984
(zit.: *Roxin, Täterschaft*)

- Rudolphi*, Hans-Joachim
Zur Tatbestandsbezogenheit des Tatherrschaftsbegriffs bei der Mittäterschaft
in: Festschrift für Bockelmann 1979
(zit.: *Rudolphi*, Tatherrschaftsbegriff)
- Schilling*, Georg
Der Verbrechensversuch des Mittäters und des Mittelbaren Täters
1975
(zit.: *Schilling*, Verbrechensversuch)
- Schmidhäuser*, Eberhard
Studienbuch zum Strafrecht Allgemeiner Teil
Tübingen 1982
(zit.: *Schmidhäuser* AT)
- Schönke*, Adolf / Schröder, Horst
Kommentar zum Strafgesetzbuch
23. Auflage, München 1988
(zit. *Bearbeiter* bei Schönke/Schröder)
- Spendel*, Günter
Zur Kritik der subjektiven Versuchs- und Teilnahmelehre
JuS 1969, 314 ff.
- Stree*, Walter
Gefährliche Körperverletzung
Jura 1980, 281 ff.
- Tröndle*, Herbert
in: Dreher, Eduard / Tröndle, Herbert: Strafgesetzbuch
45. Auflage, München 1991
(zit.: *Dreher/Tröndle*)
- Welzel*, Hans
Das Deutsche Strafrecht
11. Auflage, Berlin 1969
(zit.: *Welzel*, Strafrecht)
- Wessels*, Johannes
Strafrecht Allgemeiner Teil
23. Auflage, Heidelberg 1993
(zit. *Wessels* AT)

Gliederung

A Strafbarkeit des M gemäß §§ 223, 223a StGB	1
I Tatbestandsmäßigkeit	1
1. Objektiver Tatbestand	1
a) Grundtatbestand gemäß § 223.....	1
b) Qualifikation gemäß § 223a.....	1
aa) Qualifikationsmerkmal gemäß § 223a I 1. Var.	1
bb) Qualifikationsmerkmal gemäß § 223a I 2. Var.	2
cc) Qualifikationsmerkmal gemäß § 223a I 4. Var.	2
2. Subjektiver Tatbestand - Vorsatz	2
a) Grundtatbestand gemäß § 223.....	3
b) Qualifikation gemäß § 223a I	3
aa) Qualifikationsmerkmal gemäß § 223a I 1. Var.	3
bb) Qualifikationsmerkmal gemäß § 223a I 2. Var.	4
cc) Qualifikationsmerkmal gemäß § 223a I 4. Var.	4
II Rechtswidrigkeit und Schuld	5
B Strafbarkeit des D gemäß §§ 223, 223a, 22, 25 II	5
I Anwendungsvoraussetzungen	5
II Tatbestandsmäßigkeit	5
1. Tatentschluß	5
a) Grunddelikt gemäß § 223.....	5
b) Theorienstreit zum error in persona bei der Mittäterschaft	6
aa) Nach Roxin.....	6
bb) Nach Hillenkamp	6
cc) Nach Küper.....	6
dd) Entscheidung.....	7
c) Qualifikation gemäß § 223a.....	7
aa) Qualifikationsmerkmal gemäß § 223a I 1. Var.	7
bb) Qualifikationsmerkmal gemäß § 223a I 2. Var.	7
cc) Qualifikationsmerkmal gemäß § 223a I 3. Var.	8
dd) Qualifikationsmerkmal gemäß § 223a I 4. Var.	8
2. Unmittelbares Ansetzen	8
a) Grundsätzliche Möglichkeit der Strafbarkeitsbegründung	8
b) Theorienstreit zur Mittäterschaft	9
aa) Die formal-objektive Theorie	9
bb) Die streng subjektive Theorie	9
cc) Die modifiziert-subjektive Theorie	10
dd) Die Tatherrschaftslehre nach Welzel	10
ee) Die Tatherrschaftslehre nach Roxin	10
ff) Die Tatherrschaftslehre nach Rudolphi.....	11
gg) Entscheidung	11
c) Zurechnung des Ansetzens	12
III Rechtswidrigkeit und Schuld.....	12
IV Persönliche Strafaufhebungsgründe	12
C Strafbarkeit M und D gemäß §§ 249, 250, 22, 25 II	13
I Anwendungsvoraussetzungen	13
II Tatbestandsmäßigkeit	13
1. Subjektiver Tatbestand - Tatentschluß.....	13
a) Grunddelikt gemäß § 249.....	13
aa) Eigenschaften des Tatobjektes	13

bb) Wegnahme	14
dd) Einsatz eines Nötigungsmittels	14
ee) Zueignungsabsicht	14
b) Qualifikation gemäß § 250 I	15
aa) Qualifikationsmerkmal gemäß § 250 I Nr. 2	15
bb) Qualifikationsmerkmal gemäß § 250 I Nr. 3	15
2. Objektiver Tatbestand - unmittelbares Ansetzen	15
III Rechtswidrigkeit und Schuld	16
IV Persönliche Strafaufhebungsgründe	16
1. Anwendbarkeit des § 24	16
a) Fehlschlag des M - Theorienstreit zum Fehlschlag wegen Sinnlosigkeit	16
aa) Die den Fehlschlag wegen Sinnlosigkeit ablehnende Theorie	16
bb) Die zustimmende Theorie	16
cc) Entscheidung	17
b) Fehlschlag des D	17
D Strafbarkeit M, D gemäß § 240	18
E Strafbarkeit von M und D gemäß §§ 30 II, 250, 249	18
I Anwendungsvoraussetzungen	18
II Tatbestandsmäßigkeit	18
1. Verabredung	18
2. Vorstellung der Rechtswidrigkeit und Schuld der geplanten Tat	18
3. Verbindlichkeit der Verabredung	18
III Rechtswidrigkeit und Schuld	19
IV Persönliche Strafaufhebungsgründe	19
1. Anwendbarkeit des § 31	19
2. Verhinderung der konkreten Tat	20
3. Endgültiger Verzicht	20
4. Freiwilligkeit	20
F Konkurrenzen, Gesamtergebnis	20

Gutachten

A Strafbarkeit des M gemäß §§ 223, 223a StGB¹

M könnte sich dadurch, daß er den D mit einem Knüppel geschlagen hat, einer gefährlichen Körperverletzung gemäß §§ 223, 223a strafbar gemacht haben.

I Tatbestandsmäßigkeit

1. Objektiver Tatbestand

a) Grundtatbestand gemäß § 223

Dazu müßte zunächst der Tatbestand des § 223 erfüllt sein. Die erste Alternative, die „körperliche Mißhandlung“, ist definiert als eine üble, unangemessene Behandlung, durch die das körperliche Wohlbefinden nicht nur unerheblich beeinträchtigt wird². Das Schlagen eines Menschen mit einem Ast oder Knüppel ist eine solche Behandlung, und eine Wunde und die damit verbundenen Schmerzen gehen über das Maß der nur unerheblichen Beeinträchtigung des körperlichen Wohlbefinden hinaus³. Somit hat M durch seinen Schlag auf den Kopf des D den objektiven Tatbestand des § 223 erfüllt.

Die zweite Alternative ist definiert als das Hervorrufen oder Steigern eines zumindest vorübergehenden pathologischen Zustandes⁴. Mit der Wunde des D war ein solcher Zustand gegeben. Auch § 223 I 2. Alt. ist hier also objektiv erfüllt.

b) Qualifikation gemäß § 223a

Weiterhin könnte M den qualifizierenden Tatbestand des § 223a erfüllt haben, wobei die erste, zweite und vierte Variante in Frage kommen.

aa) Qualifikationsmerkmal gemäß § 223a I 1. Var.

Dies könnte zunächst durch die Verwendung eines gefährlichen Werkzeuges geschehen sein. Dies ist ein Gegenstand, der bei der konkreten Art der Benutzung und des Körperteils, auf das er angewendet wird, geeignet ist, erhebliche Verletzungen hervorzurufen⁵, wobei die Stärke und Dauer der Beeinträchtigung, die aus der Verletzung resultiert, als Maßstab dient⁶. Ein Schlag mit einem mittelschweren Ast, der auf den Kopf gezielt ist und dazu dienen soll, beim Opfer Bewußt- oder zumindest Wehrlosigkeit zu erreichen, kann, wenn er beispielsweise die Schläfe trifft, Folgen bis hin zur Schädel-Hirn-Verletzung hervorrufen. Diese kann zu Koma, bleibenden Schäden oder zum Tode durch Atemlähmung führen. Weiterhin ist bei einem solchen Schlag eine schwere Gehirnerschütterung, die mehrwöchige Bettruhe nötig macht, recht

¹Im Folgenden sind alle Paragraphen, soweit nicht anders gekennzeichnet, solche des StGB.

²Vgl. BGHSt 25, 277.

³Vgl. Eser bei Schönke/Schröder § 223 Rn 5.

⁴Lackner StGB, § 223 Nr. 3 b).

⁵Vgl. Stree bei Schönke/Schröder § 223a Rn 4.

⁶Vgl. Stree, Gefährliche Körperverletzung, Jura 1980, 281 [287].

wahrscheinlich. Dabei sind weder die eine noch die andere mögliche Folge nur im Rahmen eines atypischen Kausalverlaufes denkbar, eine Gefährlichkeit im Sinne des § 223a I 1. Var liegt also vor.

Weiterhin müßte M den Knüppel zweckgerichtet zum Erreichen des tatbestandsmäßigen Erfolges eingesetzt haben. Da der Schlag, der zur Körperverletzung führte, gerade mit dem Ast ausgeführt wurde, ist auch dies gegeben.

bb) Qualifikationsmerkmal gemäß § 223a I 2. Var.

Der Angriff könnte den Charakter eines hinterlistigen Überfalls gehabt haben. Dazu ist erforderlich, daß der Angriff objektiv so plötzlich und unerwartet erfolgt, daß es dem Opfer unmöglich ist, sich auf diesen einzustellen⁷. Da M und D auf beiden Seiten eines Pfades, somit also recht nahe beieinander standen, konnte D davon ausgehen, daß M hören würde, das er - der D - nicht den Pfad entlangkam, sondern sich von der anderen Seite des Pfades her auf M zubewegte. Die Personenverwechslung war aus der Sicht des D also nicht vorhersehbar, und da er einen bewußt gegen ihn gerichteten Angriff seines Freundes nicht erwarten konnte, sind die objektiven Kriterien der zweiten Variante erfüllt.

cc) Qualifikationsmerkmal gemäß § 223a I 4. Var.

Des weiteren könnte der Schlag das Kriterium des § 223a I 4. Var. erfüllen. Hier ist umstritten, wie dessen Formulierung auszulegen ist. Einer Meinung zufolge muß das Vorgehen des Täters „allgemein besonders gefährlich erscheinen“⁸. Dies ist bei einem Asthieb auf den Kopf eines Menschen der Fall (s.o. A I 1. b) aa), S. 1), das Qualifikationsmerkmal wäre nach dieser Theorie also erfüllt.

Nach der Gegenmeinung ist auf die speziellen Umstände des Falles abzustellen insofern, als zumindest kurzzeitig eine konkrete Lebensgefahr für das Opfer bestanden haben muß⁹. In dem Moment, in dem M den Schlag zwar schon ausführte, dieser den D aber noch nicht getroffen hatte, war objektiv die konkrete Möglichkeit des Todes des Opfers gegeben. Auch nach dieser Meinung ist der objektive Tatbestand des § 223a I 4. Var. mithin erfüllt, eine Entscheidung erübrigt sich also. |

2. Subjektiver Tatbestand - Vorsatz

M müßte die Tat auch vorsätzlich begangen haben. Vorsatz ist definiert als Wissen und Wollen der Tatbestandsverwirklichung¹⁰.

⁷Vgl. *Stree*, Jura 1980, 281 [288].

⁸So BGHSt 19, 352 [353].

⁹So *Stree*, Jura 1980, 281 [292 unten f.].

¹⁰*Lackner* StGB § 15, II.

Kommentar [K01]: „gemeinschaftlich“
? Das hätte zumindest geprüft werden müssen.

a) Grundtatbestand gemäß § 223

M wollte den Tatbestand - die Verletzung eines Menschen - verwirklichen, in einem solchen Fall liegt die Vorsatzform Absicht vor¹¹. Fraglich ist jedoch, wie sich die Tatsache auswirkt, daß M den D nur aufgrund einer Verwechslung traf, sein tatsächliches Tatopfer also nicht seinem Tatplan entsprach. Dieser Irrtum könnte zu einem Wegfall des Vorsatzes gemäß § 16 I führen. Diese gesetzliche Regelung greift aber nur dann, wenn der Irrtum über das Tatobjekt, dem der Täter unterliegt, den gesetzlichen Tatbestand berührt. Hier jedoch hatte M die Vorstellung, den vor ihm Stehenden zu verletzen, und genau das hat er auch getan. Sein Vorsatz bezog sich im Moment der Tatbestandsverwirklichung nicht mehr auf die normativ-abstrakte Vorstellung, die er vom S hatte, sondern auf den konkreten Menschen, den er vor sich sah. Es handelt sich bei einer derartigen Konstellation um einen unbeachtlichen error in persona¹². Vorsatz des M bezüglich der Körperverletzung ist also zu bejahen.

b) Qualifikation gemäß § 223a I

Der Vorsatz des M könnte auch die Qualifikationen gemäß § 223a I 1., 2. und 4. Var. umfaßt haben.

aa) Qualifikationsmerkmal gemäß § 223a I 1. Var.

Hier ist strittig, wie weit der Vorsatz des Täters gehen muß. Einer Ansicht zufolge muß der Täter die möglichen gefährlichen Folgen des Werkzeugeinsatzes nicht für möglich halten; es reiche aus, wenn er bei der Tatausführung die Kriterien kenne, auf deren Grundlage die Tatwaffe unter den Begriff „gefährliches Werkzeug“ subsumiert wird¹³. M wußte um die Härte des Astes. Es ist weiterhin davon auszugehen, daß ihm die Empfindlichkeit des Kopfes insbesondere an den Schläfen bewußt war, Vorsatz bezüglich § 223a I 1. Var. läge nach dieser Theorie also vor.

Die Gegenmeinung vertritt den Standpunkt, daß der Täter auch um das Risiko des Eintritts erheblicher Verletzungen wissen muß¹⁴. Hierzu fehlen im Sachverhalt konkrete Angaben. Der Schlag sollte jedoch die zeitweilige Bewußt- oder Wehrlosigkeit des Opfers erreichen, was bei Verwendung eines harten, starren Gegenstandes kaum ohne erhebliche Verletzungen zu erreichen ist. Es muß davon ausgegangen werden, daß M dies wußte; damit ist auch nach der Gegenmeinung der subjektive Tatbestand des § 223a I 1. Var. gegeben, eine Entscheidung zwischen beiden Theorien ist mithin nicht erforderlich.

¹¹Vgl. *Wessels AT*, § 7 II 1.

¹²Vgl. *Wessels AT*, § 7 IV 1.

¹³Vgl. BGHSt 19, 352 [353].

¹⁴Z.B. *Hirsch* in: LK, § 223a Rn 23.

bb) Qualifikationsmerkmal gemäß § 223a I 2. Var.

Für den subjektiven Tatbestand des § 223a I 2. Var ist erforderlich, daß die Umstände, die dazu führen, daß der Angriff das Opfer unerwartet trifft, vom Täter planmäßig und durch Verdeckung seiner Absichten herbeigeführt worden sein müssen¹⁵. Die „objektive Hinterlist“ von Ms Angriffe ergab sich daraus, daß er ohne Vorwarnung und aus dessen Sicht grundlos seinen „geliebten“ Freund angriff (s.o. A I 1 b) bb), S. 2). Gerade den Umstand, daß er seinen Freund schlug, kannte M aber nicht, er war daher in seinem Vorsatz nicht enthalten. Es handelt sich hier um einen Tatbestandsirrtum gemäß § 16 I, der den Vorsatz bezüglich der Hinterlist des konkret erfolgten Überfalls entfallen läßt. Dabei ist es unerheblich, daß M davon ausging, daß sein Opfer seine Anwesenheit nicht bemerkt habe, und daß er gerade diesen Umstand planmäßig (durch Verstecken im nächtlichen Wald) herbeiführen und für die Ausführung der Tat nutzen wollte. Hier hatte zwar M den Vorsatz, seine Absichten planmäßig er durch das Verstecken zu verdecken. Gerade diese Handlung war jedoch nicht kausal dafür, daß der Schlag den D völlig unvorbereitet traf. So kommt nur ein Versuch bezüglich der Vorgehensweise nach § 223a I 2. Var. in Frage, der aber hinter der Vollendung des Tatbestands nach § 223a I 1. Var. zurücktreten würde und somit unerheblich ist.

Kommentar [KO2]: vertretbar

cc) Qualifikationsmerkmal gemäß § 223a I 4. Var.

Auch hier ist strittig, wie weit der Tätervorsatz gehen muß. Zum Teil wird gefordert, daß der Täter die konkrete Gefahr einer lebensgefährlichen Verletzung kennen, also mit Gefährdungsvorsatz handeln muß¹⁶. Mit dieser Ansicht wäre der Vorsatz bezüglich § 223a I 4. Var. zu verneinen, da M eine tödliche Wirkung des Schlages nicht für möglich hielt.

Die Gegenmeinung hingegen will die Kenntnis der Umstände, aus denen sich die Gefährdung ergibt, ausreichen lassen¹⁷ und die Lebensgefährdung als „besondere Folge“ i. S des § 18 auffassen. M kannte alle objektiven Begleitumstände seiner Tat (s.o. A I 2. b) aa), S. 3); daher läge nach dieser Ansicht ein Vorsatz des M auch bezüglich der vierten Variante vor.

Zuzustimmen ist hier jedoch der erstgenannten Meinung. Die Tatbestände der erfolgsqualifizierenden Delikte sind von ihrer Struktur her so angelegt, daß sie Fälle beschreiben, in denen sich eine im Tatbestand des Grunddelikts bereits typischerweise enthaltene Gefahr realisiert hat. Da die Schaffung dieser Gefahr bereits im - vorsätzlich erfüllten - Grundtatbestand enthalten ist, ist die Verschärfung der Strafbarkeit gegenüber dem reinen Fahrlässigkeitstatbestand gerechtfertigt. Dies bedeutet aber, daß sich § 223a I 4. Var. in dieses System

¹⁵Vgl. BGH GA 1968, 370.

¹⁶So *Stree* bei Schönke/Schröder, § 223a Rn 13.

¹⁷Vgl. BGHSt 19, 352.

nicht einordnen läßt, da sich hier nicht eine im Grundtatbestand enthaltene Gefahr in der Qualifikation nur realisiert hat. Vielmehr hat sich eine allgemeinere Gefahr des Grundtatbestandes konkretisiert, wobei diese Konkretisierung gemäß § 15 vom Tätersatz voll umfaßt sein muß¹⁸. Dies aber ist in der vorliegenden Konstellation nicht der Fall, M hat somit keinen Vorsatz bezüglich § 223a I 4. Var.

Kommentar [K03]: gut vertretbar

M hat durch seine Tat also den Tatbestand der gefährlichen Körperverletzung nach §§ 223, 223a 1. Var. erfüllt.

II Rechtswidrigkeit und Schuld

Da keine Rechtfertigungs- oder Schuldausschließungsgründe in Betracht kommen, handelte M bezüglich der einfachen und gefährlichen Körperverletzung rechtswidrig und schuldhaft.

Kommentar [K04]: Ergebnis?

B Strafbarkeit des D gemäß §§ 223, 223a, 22, 25 II

Mit dem Knüppelschlag des M könnte sich auch D selbst einer versuchten gefährlichen Körperverletzung gemäß §§ 223, 223a I 1., 2., 3. und 4. Var. i.V.m. §§ 22, 23 I, 223a II, 25 II strafbar gemacht haben.

I Anwendungsvoraussetzungen

Der Versuch des § 223a ist gemäß § 223a II strafbar.

Die Tat ist - aus der Sicht des D - auch nicht vollendet; es ist kein anderer Mensch verletzt worden.

II Tatbestandsmäßigkeit

1. Tatentschluß

D müßte einen Tatentschluß bezüglich der Begehung einer gefährlichen Körperverletzung in Mittäterschaft mit M gehabt haben.

a) Grunddelikt gemäß § 223

Dazu ist zunächst erforderlich, daß D den Tatentschluß zur Begehung des Grunddelikts gemäß § 223 hatte.

Der Plan, der eine Körperverletzung an S vorsah, (s.o. A I 1.a), S. 1) wurde von D im gleichen Maße mitgeplant und mitgetragen wie von M. Beide wollten das erbeutete Geld teilen, also von der Tat im gleichen Umfang profitieren, und auch die geplante Aufgabenverteilung läßt kein Ungleichgewicht zwischen M und D erkennen - sie wurde dem Zufall überlassen. Schließlich ist auch in der Planungsphase kein Anzeichen dafür ersichtlich, daß die Initiative besonders von einem der beiden ausgegangen wäre oder sich einer dem Willen des anderen untergeordnet hätte. Der Plan sah mithin vor, daß D und M die Tat als gleichberechtigte und gemeinschaftlich handelnde Partner bege-

¹⁸Vgl. Küper, Gefährdung, NJW 1976, 543 [546 li. Sp.].

hen würden; er beinhaltete so den Tatentschluß des D zur mittäterschaftlichen Begehung einer Körperverletzung.

b) Theorienstreit zum error in persona bei der Mittäterschaft

Fraglich ist aber, ob D aufgrund des gemeinsamen Tatentschlusses auch für die Tat haftet, die M unter dem Einfluß des error in persona beging.

aa) Nach Roxin

Eine solche Haftung lehnt *Roxin* ab. Er begründet dies damit, daß aus der Sicht eines Mittäters ein unbeabsichtigtes Abweichen vom Tatplan infolge eines error in persona gleichzusetzen sei mit einem absichtlichen Abweichen eines Mittäters vom Tatplan, einem Exzeß also. Sowohl der „vorsätzliche“ als auch der „fahrlässige“ Exzeß bewegten sich objektiv außerhalb der dem handelnden Mittäter im Tatplan zukommenden Funktion und könnten seinen Komplizen daher nicht zugerechnet werden¹⁹. Mit dieser Theorie käme man hier zu dem Ergebnis, daß eine Mittäterschaft des D an einem Angriff des M, der sich irrtümlich nicht gegen S richtete, schon aufgrund von Ds Tatentschluß ausgeschlossen wäre.

bb) Nach Hillenkamp

Hillenkamp dagegen geht davon aus, daß im Rahmen der Mittäterschaft die Zurechnung der Tatbeiträge entsprechend der mittelbaren Täterschaft erfolgen müsse²⁰, ein error in persona eines Mittäters sich aus der Sicht seiner Komplizen daher als aberratio ictus darstelle²¹. Eine solche aberratio ictus führe dabei jedoch nicht zur Annahme eines Versuches, da im Rahmen der hier vertretenen Konkretisierungstheorie den Mittätern eine wesentliche Abweichung des Tatverlaufes von ihrer Vorstellung nicht zugerechnet werden könne. Der Schlag des M wäre D nach *Hillenkamp* also nicht zuzurechnen.

Kommentar [K05]: sehr schön!

cc) Nach Küper

Küper dagegen erweitert den Begriff der Mittäterschaft gegenüber *Hillenkamps* Definition dahingehend, daß es gerade das wesentliche Merkmal dieser Form der Täterschaft sei, daß nicht nur objektive Handlungen, sondern auch subjektive Situationseinschätzungen und Konkretisierungen den Mittätern überlassen werden, und daß das Einlassen auf die Mittäterschaft zugleich konkludent beinhalte daß der „Unsicherheitsfaktor“ möglicher Irrtümer der Mittäter in Kauf genommen werde. Daraus ergebe sich auch eine grundsätzliche strafrechtliche Haftung der Mittäter für einen Irrtum ihres Komplizen, wenn dieser sich im „Rahmen des generell Zurechenbaren“ halte. Bezüglich des D wäre eine solche generelle Haftung für den Irrtum seines Komplizen nach dieser Ansicht vorhanden.

¹⁹Vgl. *Roxin*, Täterschaft (1984), 287.

²⁰Vgl. *Hillenkamp*, Vorsatzkonkretisierung (1971), 74.

²¹Vgl. *Hillenkamp*, Vorsatzkonkretisierung (1971), 76.

dd) Entscheidung

Da die Theorien hier nicht einheitlich urteilen, ist der Theorienstreit zu entscheiden. Nicht überzeugen können dabei die beiden erstgenannten Auffassungen. Die Konstruktion eines „fahrlässigen Exzesses“ durch Roxin ist nicht geeignet, sich der Lösung des Problems anzunähern, denn gerade der Unterschied zwischen bewußtem Exzeß und irrtümlichen Abweichen soll, der Gegenansicht zufolge, hier entscheidend sein. Ebensovwenig sinnvoll ist das sowohl von Roxin²² als auch von Hillenkamp²³ angeführte Argument, mit der Gegenansicht nehme man in Kauf, daß ein Mittäter unter Umständen für eine ganze Reihe von Taten, die seine Komplizen - jedesmal in der irrigen Annahme, nun endlich das richtige Tatobjekt vor sich zu haben - zu bestrafen sei, obgleich er nur eine Tat gewollt habe. Diese Folgerung ist bereits quantitativ auszuschließen, da sich für jemanden, der nur eine Tat verüben wollte, das Ansetzen zu mehreren Taten als quantitativer Exzeß darstellt²⁴. Letztlich objektivieren sowohl Roxin als auch Hillenkamp die Mittäterschaft zu sehr, indem sie hier nicht berücksichtigen, daß ein Mittäter nicht nur „funktional“ oder gar als Werkzeug der anderen agiert, sondern gerade in der Tatausführung auch eigenständig Entscheidungen treffen muß, ohne die der Tatplan oft nicht umsetzbar ist. Gerade deshalb ist die Ansicht Küpers zutreffend, da diese auch die subjektiven Elemente der Mittäterschaft überzeugend erfaßt.

D hatte also den Tatentschluß zur mittäterschaftlichen Begehung einer Körperverletzung, wobei er sich zugleich die irrtümliche Konkretisierung des M so zurechnen lassen muß, als habe er selber sich geirrt. Im Moment des Schlags hatte er daher einen Tatentschluß, der ebenso wie der des M irrtümlich auf ihn - den D - konkretisiert war.

c) Qualifikation gemäß § 223a

Auch müßte sich Ds Tatentschluß auf die Begehung einer gefährlichen Körperverletzung gemäß § 223a erstreckt haben.

aa) Qualifikationsmerkmal gemäß § 223a I 1. Var.

Da kein Anzeichen dafür gegeben ist, daß D die Stärke und die möglichen Auswirkungen des Asthiebes anders einschätzte als M (s.o. A I 2 b) aa), S. 3), muß der Tatentschluß des D zur Verwendung eines gefährlichen Werkzeuges gemäß § 223a I 1. Var. bejaht werden.

bb) Qualifikationsmerkmal gemäß § 223a I 2. Var.

Weiterhin könnte D den Tatentschluß zur Begehung eines hinterlistigen Überfalls gehabt haben. Der gemeinsame Plan sah vor, das Opfer aus dem Versteck heraus zu überfallen, um auszuschließen, daß es sich auf den Angriff vorberei-

Kommentar [K06]: Kein Urteilsstil!

Kommentar [K07]: Kein Urteilsstil

Kommentar [K08]: gut

²²Vgl. Roxin, Täterschaft (1984), 287.

²³Vgl. Hillenkamp, Vorsatzkonkretisierung (1971), 76.

²⁴Vgl. Puppe, Vorsatz (1992), 14.

ten könne. Der Tatentschluß des D richtete sich also auf eine Vorgehensweise, die dem Opfer das Erkennen seiner Absichten unmöglich machen sollte, die oben (s. A I 2. b) bb), S. 4 mit Fn. 15) angeführte Definition ist somit erfüllt.

Darüber hinaus wird zum Teil noch gefordert, daß der Vorsatz des Täters die möglichen gefährlichen Folgen seines hinterlistigen Überfalls umfassen müsse²⁵, womit im vorliegenden Fall ein Vorsatz des D bezüglich § 223a I 2. Var. aus dem Sachverhalt nicht ersichtlich wäre. Diese Ansicht ist jedoch fragwürdig. Weder ihre Prämisse, die die alleinige ratio legis dieses Merkmals in der erhöhten Verletzungsgefahr sieht, noch die sich daraus ergebende Forderung an den Tätersvorsatz ist aus dem Gesetzeswortlaut ableitbar²⁶. Mithin reicht also die Kenntnis und das planmäßige Herbeiführen der Hinterlist für den subjektiven Tatbestand; D hatte damit einen Tatentschluß bezüglich § 223a I 2. Var.

cc) Qualifikationsmerkmal gemäß § 223a I 3. Var.

D könnte den Tatentschluß gehabt haben, die Körperverletzung gemeinschaftlich zu begehen. Dann müßte er den Vorsatz gehabt haben, mit noch zumindest einem Beteiligten zusammen die Körperverletzung auszuführen. Dies ist nach dem Tatplan zu bejahen. Die Frage, ob der Beteiligte Mittäter sein muß²⁷, oder ob auch Teilnahme ausreicht²⁸, ist hierbei unerheblich, da sich der Vorsatz des D auf mittäterschaftliche Begehung richtet (s.o. B II 1. a), S. 6). Die Ansicht, die auch hier Kenntnis einer erhöhten Gefährdung des Opfers verlangt (vgl. Fn. 25), geht wiederum über den Gesetzeswortlaut hinaus.

dd) Qualifikationsmerkmal gemäß § 223a I 4. Var.

Da aus dem Sachverhalt nicht ersichtlich ist, daß für D in diesem Falle etwas anderes gelte als für M (s.o. A I 2. b) cc), S. 4 f.), lag auch bei D kein Vorsatz bezüglich einer lebensgefährlichen Behandlung vor.

D hatte also den Tatentschluß zur mittäterschaftlichen Begehung einer gefährlichen Körperverletzung gemäß §§ 223, 223a I 1., 2. und 3. Var., 25 II.

2. Unmittelbares Ansetzen

D hat zur Tat nicht unmittelbar angesetzt. Ihm könnte jedoch im Rahmen der Mittäterschaft der Schlag des M, der ja aus dessen Sicht ein Ansetzen zur gefährlichen Körperverletzung darstellte, zuzurechnen sein.

a) Grundsätzliche Möglichkeit der Strafbarkeitsbegründung

Dies würde aber bedeuten, bei ihm eine Strafbarkeit auf einen nur gegen seine eigene Gesundheit gerichteten Angriff zu begründen. Die grundsätzliche Möglichkeit einer solchen rechtlichen Konstruktion wird zum Teil abgelehnt mit

²⁵Vgl. Hirsch in: LK, § 223a Rn. 23.

²⁶Vgl. Stree, Jura 1980, 281 [288].

²⁷so z.B. Dreher/Tröndle § 223a Rn. 4.

²⁸Vgl. Baumann, JuS 1963, 51 re. Sp.

Kommentar [K09]: Warum nicht?
Dies müssen Sie zunächst prüfen, dh. ob im Auflauern schon ein unmittelbares Ansetzen zu sehen ist.

dem Hinweis auf die Tatbestandslosigkeit der Selbstverletzung. Ein Mittäter, der als Folge des Tatverlaufes verletzt worden sei, habe bei Nichtvorliegen einer unmittelbaren Gefahr für ein weiteres Rechtsgut eben ein vor seinem Zugriff gesetzlich geschütztes Rechtsgut weder gefährdet noch verletzt, könne sich mithin also auch nicht strafbar gemacht haben; die reine Bestrafung der „allgemeinen Auflehnung gegen die Rechtsordnung“ trage die Tendenz eines totalitären Gesinnungsstrafrechts in sich²⁹.

Diese Kritik ist zwar rechtspolitisch bedenkenswert, aus dem geltenden Recht aber nicht zu begründen. Sie richtet sich allgemein gegen die Strafbarkeit des untauglichen Versuches, dessen Merkmal das Fehlen einer konkreten Gefährdung für ein geschütztes Rechtsgut ist. Dennoch wird der untaugliche Versuch im Gesetz grundsätzlich mit Strafe bedroht, was sich aus der subjektiven Formulierung des § 22 ebenso ergibt wie aus der Ausnahmebestimmung des § 23 III. Die Frage der Tatbestandslosigkeit der Selbstverletzung stellt hierbei kein eigenständiges Problem dar, sondern lediglich den Grund dafür, daß von dem Täter keine Gefahr für ein vor ihm geschütztes Rechtsgut ausgeht. Somit kann sich also eine Strafbarkeit unter Umständen auch auf einen nur gegen den Täter gerichteten Angriff gründen.

b) Theorienstreit zur Mittäterschaft

Der Schlag könnte D also als Ansetzen zuzurechnen sein. Dazu müßten der Tatplan und Ds Verhalten eine Mittäterschaft an der gefährlichen Körperverletzung begründen.

Zu der hierbei relevanten Abgrenzung zwischen Mittäterschaft und Beihilfe existieren mehrere Theorien.

aa) Die formal-objektive Theorie

Nach der formal-objektiven Theorie kann Mittäterschaft nur vorliegen, wenn in der Ausführungsphase eine Tathandlung vorgenommen wurde. Maßgeblich für die Frage, ob ein gesetzlicher Tatbestand erfüllt sei, sei allein die objektive Bedeutung eines Verhaltens und nicht die innere Einstellung des Handelnden³⁰. Da D in der Ausführungsphase der geplanten Körperverletzung keinen objektiven Beitrag geleistet hat, käme nach dieser Theorie Mittäterschaft nicht in Betracht.

bb) Die streng subjektive Theorie

Diese Theorie geht dagegen davon aus, daß die Wichtigkeit des erbrachten Tatbeitrages, also der Einfluß, den dieser auf die Tatbestandsverwirklichung hatte, kein verlässliches Kriterium für die Rolle des Handelnden darstelle. Das Setzen einer beliebigen Bedingung zum tatbestandlichen Erfolg - bis hin zum

Kommentar [KO10]: sehr schön

Kommentar [KO11]: bezogen auf den gesamten Meinungsstreit bis einschließlich gg): zu breit

²⁹Spendel, JuS 1969, 314 [316].

³⁰Vgl. Herzberg, JuS 1974, 237 [239 re. Sp.].

Erteilen eines Ratschlages an die Ausführenden - sei lediglich notwendige Bedingung für die Mittäterschaft. Die eigentliche Differenzierung zwischen Täterschaft und Teilnahme müsse anhand der subjektiven Einstellung erfolgen: (Mit-) Täter könne nur sein, wer mit dem Willen zur Begehung einer eigenen Tat handle, Gehilfe sei dagegen, wer nur eine fremde Tat fördern wolle³¹. Wie oben (s. B II 1. a), S. 6) dargelegt, wollte D die Tat als gleichberechtigter Partner, mithin als Mittäter begehen, er hatte also Täterwillen und wäre nach dieser Theorie Mittäter.

cc) Die modifiziert-subjektive Theorie

Auch die modifiziert-subjektive Theorie fordert als Voraussetzung für das Vorliegen der Mittäterschaft nur einen Beitrag zur Förderung der Tatbestandsverwirklichung, der auch im Vorbereitungsstadium liegen könne. Im Gegensatz zur streng subjektiven Theorie bezieht sie jedoch den Umfang des objektiven Beitrages in die Wertung mit ein; er soll, zusammen mit dem Interesse am Taterfolg und dem Umfang der Tatherrschaft beziehungsweise dem Willen zur Tatherrschaft im Rahmen einer „wertenden Gesamtschau“ berücksichtigt werden³². Auch die modifiziert-subjektive Theorie gelangt dabei zu einer Mittäterschaft des D, da ein Tatbeitrag im Vorbereitungsstadium gegeben und sein Interesse am Taterfolg als groß anzusehen ist (s. o. bb)).

dd) Die Tatherrschaftslehre nach Welzel

Nach der Tatherrschaftslehre in der Form, wie sie *Welzel* vertreten hat, ist derjenige Mittäter einer Tat, der durch seine finales Steuern des Tatverlaufes Herr der Tatbestandsverwirklichung ist³³. Dabei sei eine Mitwirkung im Ausführungsstadium nicht erforderlich, Tatherrschaft könne auch durch intensive Beteiligung an der Tatplanung begründet werden³⁴. Vorliegend war Ds Mitwirkung an der Tatplanung sehr intensiv, da er den Plan gleichberechtigt mitgestaltet hat. Diese Form der Tatherrschaftslehre würde eine Mittäterschaft des D also ebenfalls bejahen.

ee) Die Tatherrschaftslehre nach Roxin

Roxin dagegen geht vom Begriff der funktionellen Tatherrschaft aus, deren grundsätzliche Definition sich kaum von der *Welzels* unterscheidet³⁵. Reine Vorbereitungshandlungen sind nach *Roxin* jedoch nicht ausreichend; den Tatverlauf beherrschen könne nur jemand, der bei der Ausführung der Tat mitwirke³⁶, wozu es aber ausreichen soll, daß ein Mittäter in der Ausführungsphase nur bereitstehe und die Erforderlichkeit seines Tatbeitrags vom Gesche-

³¹Vgl. *Baumann* AT (1977), S. 561.

³²BGH bei *Holtz*, MDR 1988, 452 li. Sp.

³³Vgl. *Welzel*, Strafrecht, 1969, § 15 Nr. 2 b, S. 99.

³⁴Vgl. *Welzel*, Strafrecht, 1969, § 16 Nr. 2 c, S. 110 f.

³⁵Vgl. *Roxin* in: LK, § 25, Rn 7 f.

³⁶Vgl. *Roxin*, Täterschaft 1984, S. 294 f.

hen abhängig gemacht wird³⁷. Da ein solcher Fall hier gegeben ist, läge auch gemäß der Tatherrschaftslehre nach *Roxin* Mittäterschaft des D vor.

ff) Die Tatherrschaftslehre nach Rudolphi

Rudolphi dagegen - der sich ebenfalls grundsätzlich den Definitionen *Welzels* und *Roxins* anschließt³⁸ - verneint das Vorliegen von Tatherrschaft dann, wenn die Komplizen alternativ tätig werden sollen, der Tatbeitrag des einen den des anderen laut Tatplan also ausschließen soll³⁹. Dies wird damit begründet, daß jemand nur dann Tatherrschaft haben könne, wenn er im Ausführungsstadium durch das Nichtbringen seines Tatbeitrages die Tatbestandsverwirklichung verhindern, die Entscheidung über das „Ob der Tat“ treffen könne⁴⁰. Da im vorliegenden Fall die gefährliche Körperverletzung begangen wurde, ohne daß D einen direkten Einfluß darauf nehmen konnte, käme dieser nach *Rudolphi* als Mittäter nicht in Frage.

gg) Entscheidung

Da im konkreten Fall die verschiedenen Theorien zu zum Teil unterschiedlichen Ergebnissen kommen, ist der Theorienstreit zu entscheiden.

Die formal-objektive Theorie ist abzulehnen; sie mag sich zwar zugute halten, daß sie eine relativ klare Abgrenzung ermöglicht⁴¹, dagegen kann sie zum Einen das Wesen der mittelbaren Täterschaft - deren Kennzeichen es gerade ist, daß der Täter die Tat nicht eigenhändig begeht - gar nicht oder nur sehr mühsam erfassen. Gerade diese Rechtsfigur ist jedoch mit der Neufassung des StGB zum 1.1.1975 gesetzlich eindeutig anerkannt worden, während zugleich die Formulierung des § 47 a.F., in der vom „Ausführen“ der Tat die Rede war, durch die des § 25 II n. F. ersetzt und eines der Argumente für diese Theorie⁴² entkräftet wurde.

Auch die Tatherrschaftslehre nach *Rudolphi* kann nicht überzeugen, da sie gerade in einem Fall wie diesem den Begriff der Tatherrschaft zu sehr objektiviert. Zwar war M hier erwiesenermaßen in der Lage, den Tatbestand der gefährlichen Körperverletzung auch ohne einen Beitrag des D zu verwirklichen. Dennoch setzte M zu dieser Körperverletzung an in dem Bewußtsein, daß D ebenfalls bereitstand und ihm nötigenfalls helfen werde. Dies minderte aus seiner Sicht das Risiko eines Fehlschlages beträchtlich und stärkte daher seinen Tatentschluß. Dieser psychische Einfluß, den D auf Ms Tatentschluß allein durch seine Anwesenheit und seine Bereitschaft zur Mithilfe hatte, fiel

³⁷Vgl. *Roxin*, Täterschaft 1984, S.620.

³⁸Vgl. *Rudolphi*, Tatherrschaftsbegriff, Bockelmann-FS (1979), 369 [373 u. 374].

³⁹Vgl. *Rudolphi*, Tatherrschaftsbegriff, Bockelmann-FS (1979), 369 [380].

⁴⁰Vgl. *Rudolphi*, Tatherrschaftsbegriff, Bockelmann-FS (1979), 369 [374].

⁴¹So *Herzberg*, JuS 1974, 719 [722 re. Sp.].

⁴²Vgl. *Herzberg*, JuS 1974, 719 [722 re. Sp.].

unter den Tisch, würde man mit Rudolphi die Mittäterschaft derart objektiv betrachten.

Da die anderen Theorien im Ergebnis hier nicht voneinander abweichen, ist eine Entscheidung zwischen ihnen nicht nötig; D ist damit als Mittäter, nicht als bloßer Teilnehmer an der Tat des M zu sehen.

c) Zurechnung des Ansetzens

Weiterhin müßte der Schlag des M dem D - als seinem Mittäter - in der Form zugerechnet werden können, daß er auch für ihn einen Eintritt in das Versuchsstadium darstellt.

Diesbezüglich wird zum Teil - von Anhängern der sogenannten „Einzellösung“ - die These vertreten, für jeden Mittäter müsse der Versuchsbeginn einzeln bestimmt werden, wobei eine Zurechnung fremder Handlungen als unmittelbares Ansetzen nicht in Frage komme⁴³. Diese - in unterschiedlicher Ausprägung vertretene - Theorie ist jedoch mit der ratio legis des § 25 II nicht vereinbar. Die Mittäterschaft ist eine Zurechnungsnorm, das heißt, einer nicht voll deliktisch handelnden Person werden unter bestimmten Umständen die Tatbeiträge ihrer eigenverantwortlich agierenden Komplizen zugerechnet. Bejaht man also in einem Fall das Vorliegen der Voraussetzungen der Mittäterschaft, so ist es angesichts ihres Zurechnungscharakters nicht haltbar, die Komplizen in der Frage des Versuchsbeginns wie Einzeltäter zu behandeln. Zutreffend ist daher die „Gesamtlösung“, nach der das unmittelbare Ansetzen eines Mittäters zur Tatbestandsverwirklichung im Rahmen des gemeinsamen Planes zugleich den Beginn des mittäterschaftlichen Versuchs für alle begründet⁴⁴.

Kommentar [KO12]: gut

Kommentar [KO13]: Schade, daß Sie dies so knapp im Vergleich zu den Mittäterschaftstheorien ausgeführt haben.

Der Schlag des M muß D nach dem Dargelegten voll zugerechnet werden. Dieser Schlag reichte in das Ausführungsstadium der Körperverletzung hinein, ein Ansetzen zum Versuch der gefährlichen Körperverletzung in Mittäterschaft ist bei D somit zu bejahen.

III Rechtswidrigkeit und Schuld

Da nach dem Sachverhalt keine Anzeichen dagegen sprechen, handelte D auch rechtswidrig und schuldhaft.

IV Persönliche Strafaufhebungsgründe

Die Strafbarkeit Ds könnte durch einen Rücktritt gemäß § 24 II entfallen sein. Nach dem Wortlaut des § 24 ist für dessen grundsätzliche Anwendbarkeit nötig, daß ein Täter „die Vollendung der Tat“ noch für möglich hält, da er sie sonst weder aufgeben noch verhindern könnte. Aus dieser Überlegung leitet sich die Rechtsfigur des fehlgeschlagenen Versuches ab. Er liegt dann vor,

Kommentar [KO14]: gut

⁴³Schilling, Verbrechenversuch (1975), 112 oben.

⁴⁴Vgl. Küper, Versuchsbeginn, 22 a. E.; Roxin im LK, §25 Rn 139.

wenn der Täter zu dem Ergebnis gelangt, daß ihm eine Vollendung der Tat nicht mehr möglich sei⁴⁵. Demgemäß ist hier zunächst zu prüfen, ob der Versuch aus Ds Perspektive fehlgeschlagen ist.

Im Sinne von § 223 I kommt als Tatobjekt nur ein anderer Mensch in Frage. Der Versuch der gefährlichen Körperverletzung richtete sich jedoch gegen D selbst und war - soweit es um ihn als Täter geht - mithin untauglich. D erkannte auch, daß der Versuch sich gegen ihn richtete, wußte also um die Gründe für dessen Untauglichkeit. Damit handelte es sich um einen subjektiv fehlgeschlagenen Versuch, von dem ein strafbefreiender Rücktritt gemäß § 24 II nicht in Frage kam. Die Strafbarkeit des D wegen versuchter gefährlicher Körperverletzung in Mittäterschaft gemäß §§ 223 I, 223a I 1., 2., 3. und 4. Var., i. V. m. §§ 25 II, 22, 23 I, 223a II bleibt also bestehen.

Kommentar [KO15]: gut

C Strafbarkeit M und D gemäß §§ 249, 250, 22, 25 II

Mit dem Schlag des M könnten sich M und D wegen versuchten schweren Raubes in Mittäterschaft gemäß §§ 249 I, 250 I Nr. 2 i. V. m. §§ 25 II, 22, 23 I, 12 I strafbar gemacht haben.

I Anwendungsvoraussetzungen

Der Versuch des schweren Raubes müßte strafbar sein; aufgrund des Strafrahmens aus § 250 I handelt es sich hier gemäß § 12 I um ein Verbrechen, dessen Versuchsstrafbarkeit sich aus § 23 I 1. Hs. ergibt.

Weiterhin dürfte die Tat nicht vollendet sein, dies ist hier unproblematisch, da keiner der am Geschehen Beteiligten beraubt wurde.

II Tatbestandsmäßigkeit

1. Subjektiver Tatbestand - Tatentschluß

M und D könnten einen gemeinsamen Tatentschluß bezüglich der mittäterchaftlichen Begehung eines schweren Raubes gehabt haben. Dieser könnte in ihrem gemeinsamen Tatplan enthalten sein.

a) Grunddelikt gemäß § 249

Dazu müßte der Tatplan zunächst auf die Verwirklichung des Tatbestandes des § 249 I gerichtet gewesen sein.

aa) Eigenschaften des Tatobjektes

Dies erfordert, daß D und M als Tatobjekt eine fremde bewegliche Sache vorgesehen haben müßten. Das Geld des S ist eine bewegliche Sache. Das Merkmal der Fremdheit ist so auszulegen, daß die Sache im Eigentum einer anderen Person sein muß⁴⁶. Im Sachverhalt sind keine Anhaltspunkte dafür gegeben, daß M oder D das Geld, das S angeblich bei sich trug, als das ihre oder

⁴⁵Schmidhäuser AT (1982), 11/76, S 361 unten.

⁴⁶Vgl. Lackner StGB, § 242 Nr. 2c.

als „herrenlos“ betrachtet hätten. Damit ist davon auszugehen, daß der Plan von der Fremdheit des Geldes ausging.

bb) Wegnahme

Sie müßten weiterhin die Wegnahme der Sache vereinbart haben. Wegnahme bedeutet Gewahrsamsbruch und Begründung neuen Gewahrsams⁴⁷. Sie müßten also die Vorstellung gehabt haben, daß sich das Geld im Gewahrsam des als Opfer vorgesehenen S befände. Gewahrsam ist das von einem Herrschaftswillen getragene Herrschaftsverhältnis⁴⁸ über eine Sache. In ihrer Vorstellung hatte S Geld bei sich, sie mußten also davon ausgehen, daß er derzeit ungehindert über dieses verfügen konnte. Von einem Herrschaftsverhältnis des S über das Geld ging der Plan mithin aus. Auch dessen entsprechender Herrschaftswille war in Ms und Ds Vorstellung vorhanden.

Der Tatplan, der vorsah, dem bewußt- oder wenigstens widerstandslosen S das Geld aus der Tasche zu nehmen, zielte darauf ab, den Gewahrsam, den der S in Ds und Ms Vorstellung über das Geld hatte, zu brechen.

Zudem planten sie die Mitnahme des Geldes; dies hätte nicht ohne - zumindest vorläufige - Begründung neuen eigenen Gewahrsams erfolgen können.

M und D planten also eine Wegnahme des Geldes.

dd) Einsatz eines Nötigungsmittels

Beide müßten die Anwendung eines der in § 249 I genannten Nötigungsmittel vorgesehen haben. In Frage kommt hierbei Gewaltanwendung gemäß § 249 I 1. Hs. 1. Alt., wobei das Kriterium dahingehend zu präzisieren ist, daß sich die Gewalt gegen eine Person richten muß⁴⁹. D und M vereinbarten, den S mit einem Asthieb auf den Kopf zu treffen, worin ein auf Gewaltanwendung gegen eine Person gerichteter Entschluß liegt. Die Anwendung dieses Nötigungsmittels war somit vom Tatplan umfaßt und als Mittel zur Wegnahme vorgesehen.

ee) Zueignungsabsicht

Weiterhin müßten beide bezüglich des Geldes Zueignungsabsicht gehabt haben. Zueignung bedeutet das Einverleiben der Sache oder wenigstens ihres Sachwertes in das eigene Vermögen und zugleich den dauernden Ausschluß des Berechtigten⁵⁰. M und D wollten das Geld aufteilen und im Urlaub, also zur Anhebung der eigenen Lebensqualität, ausgeben; dies hätte bedeutet, daß das Geld Teil ihres Vermögens geworden wäre. Eine etwaige Absicht, dem S das Geld früher oder später zurückzugeben, ist nicht ersichtlich; sie planten daher, dem S die tatsächliche Herrschaft über das Geld dauerhaft zu entzie-

⁴⁷Ruß in: LK, § 242 Rn 33.

⁴⁸Eser bei Schönke/Schröder, § 242 Rn 14.

⁴⁹Eser bei Schönke/Schröder, § 249 Rn 4.

⁵⁰Vgl. RGSt 61, 228 [233]; BGHSt 1, 262 [264].

hen. Zudem hatten weder M noch D einen eigentumsrechtlichen Anspruch auf Übereignung des Geldes, hierauf begründet sich die Rechtswidrigkeit der geplanten Zueignung. M und D hatten also die Absicht, sich das Geld rechtswidrig zuzueignen.

Der Tatentschluß zum mittäterschaftlichen Raub an S war somit bei beiden vorhanden. Für den error in persona des M gilt hier das gleiche wie bei der Körperverletzung; er ist sowohl für Ms Tatentschluß unbeachtlich (vgl. A I 2. a), S. 3), als auch dem Tatentschluß des D zuzurechnen (vgl. B II 1. b) a. E., S. 7).

b) Qualifikation gemäß § 250 I

Der Tatplan müßte weiterhin den qualifizierenden Tatbestand des schweren Raubes beinhaltet haben. In Frage kommen hier die qualifizierenden Merkmale aus § 250 I Nr. 2 und 3.

aa) Qualifikationsmerkmal gemäß § 250 I Nr. 2

Erforderlich ist hierbei das Mitführen eines Gegenstandes., der in der konkret geplanten Einsatzweise geeignet ist, den Widerstand des Opfers zu überwinden⁵¹. D und M wollten die vorher gesammelten Knüppel gerade dazu verwenden, den Widerstand des S zu überwinden, und von einer diesbezüglichen Eignung gingen sie auch aus. Ein Entschluß zur Verwirklichung des Merkmals aus § 250 I Nr. 2 lag mithin vor.

bb) Qualifikationsmerkmal gemäß § 250 I Nr. 3

Auch bezüglich § 250 I Nr. 3 gilt das oben zu §223a I 4. Var. Festgestellte (s.o. A I 2. b) cc), S. 5). Auch hier ist mithin erforderlich, daß beide von der konkreten Gefahr gewußt haben. Bezüglich der Gefahr des Todes ist dies nach dem Sachverhalt ausgeschlossen; ob D oder M die Gefahr einer Folge nach § 224 erkannten, ist dem Sachverhalt nicht schlüssig zu entnehmen. Hier liegt also ein Zweifelsfall vor, bei dem zugunsten der beiden davon auszugehen ist, daß sie auch eine schwere Verletzung gemäß § 224 nicht für möglich hielten. Ein Tatentschluß bezüglich § 250 I 3. Var. liegt damit bei beiden nicht vor.

Insgesamt ist bei D und M der Tatentschluß bezüglich eines schweren Raubes in Mittäterschaft gemäß §§ 250 I Nr. 2, 249 I, 25 II zu bejahen.

2. Objektiver Tatbestand - unmittelbares Ansetzen

Sie müßten nach ihrer Vorstellung zur Tatverwirklichung unmittelbar angesetzt haben. Dieses Ansetzen könnte in dem von M geführten Asthieb liegen.

M hat mit dem Asthieb bereits einen Teil des Tatbestands des Raubes verwirklicht; ein Ansetzen ist damit gegeben.. Auch im Rahmen des Raubversuches ist dem D dieser Schlag zuzurechnen, auch dieser hat damit zum Raubversuch angesetzt.

⁵¹Lackner StGB, § 244 Nr. 2c).

Der Tatbestand des versuchten schweren Raubes in Mittäterschaft gemäß §§ 250 I Nr. 2, 249 I, 25 II, 22, 23 I, 12 I ist also bei beiden erfüllt.

III Rechtswidrigkeit und Schuld

Da keine Rechtfertigungs- oder Entschuldigungsgründe in Frage kommen, handelte M diesbezüglich auch rechtswidrig und schuldhaft.

IV Persönliche Strafaufhebungsgründe

M und D könnten vom versuchten schweren Raub gemäß § 24 II strafbefreiend zurückgetreten sein.

1. Anwendbarkeit des § 24

Auch hier ist bei beiden zunächst zu prüfen, ob der Versuch für fehlgeschlagen ist (s. o. B IV oberer Abs., S. 12).

a) Fehlschlag des M - Theorienstreit zum Fehlschlag wegen Sinnlosigkeit

Problematisch ist die Frage aus der Sicht des M deshalb, weil er - wie er erkannte - nach dem erfolgten ersten Schlag gegen D zwar den Tatbestand des Raubes noch durch Ausrauben des D hätte erfüllen können, dies aber nicht die Verwirklichung seines Tatplans bedeutet hätte; dieser sah ausdrücklich einen Überfall auf S vor.

aa) Die den Fehlschlag wegen Sinnlosigkeit ablehnende Theorie

In solchen Fällen wird zum Teil die Annahme eines Fehlschlags abgelehnt. Begründet wird dies damit, daß entscheidend allein die Tatbestandsverwirklichung sei: ein Täter, der bemerkt, daß er beim Ansetzen zur Tat einer Tatobjektsverwechslung unterlag, könne den Tatbestand dennoch bei Gleichwertigkeit von vorgestelltem und angegriffenen Objekt noch erfüllen⁵², und nur darauf könne es ankommen. Die Überlegung, ob die Tatbestandsverwirklichung für den Täter noch sinnvoll wäre, liege auf der Motivebene und könne daher für den Rücktritt nicht beachtlich sein⁵³. Nach dieser Theorie wäre im vorliegenden Fall ein Fehlschlag nur dann gegeben, wenn M davon ausgegangen wäre, daß bei D schlechthin nichts „stehlenswertes“ zu finden sei und es daher nicht möglich sei, ihn auszurauben. Da dafür kein Anhaltspunkt gegeben ist, wäre nach dieser Theorie davon auszugehen, daß M einen Raub an D grundsätzlich noch für möglich hielt und ein Fehlschlag nicht gegeben sei.

bb) Die zustimmende Theorie

Die Gegenmeinung geht davon aus, daß mit der „Tat“ im Sinne von § 24 II nicht nur der Tatbestand gemeint, sondern auch der zugrundeliegende Plan eingeschlossen sei. So liege ein Fehlschlag auch dann vor, wenn der Täter entdeckte, daß sein Angriff sich nicht auf das vorgestellte Angriffsobjekt gerichtet habe und nach dem Tatplan dessen Identität eine entscheidende Bedeutung zu-

Kommentar [KO16]: Sehr schön, daß Sie diese Auffassung eingearbeitet haben.

Kommentar [KO17]: gut

⁵²Vgl. Feltes, GA 1992, 395 [410].

⁵³Vgl. Feltes, GA 1992, 395 [409].

kam⁵⁴. Im hier gegebenen Fall kam es dem M gerade darauf an, den S zu überfallen. Nach dieser Theorie wäre daher hier ein Fehlschlag ab dem Moment anzunehmen, in dem M seinen Irrtum erkannte und ihm zugleich klar wurde, daß er durch bloßes Weiterhandeln sein Ziel nicht erreichen konnte.

cc) Entscheidung

Da hier die konkreten Ergebnisse differieren, ist eine Entscheidung erforderlich. Überzeugend ist dabei das Argument der letztgenannte Meinung, daß entsprechend der Fassung des § 24 ein Rücktritt nur dann überhaupt in Frage kommen kann, wenn der Täter eine Entscheidung für oder gegen die „Umkehr“ treffen konnte und sein Aufhören nicht nur eine Konsequenz aus den widrigen Umständen ist⁵⁵. Diese subjektive Komponente des Versuchsaufbaus verkennt Feltes, wenn er allein auf die objektive Tatbestandsverwirklichung zielt, ohne die zugrundeliegenden außertatbestandlichen Motivationsgründe zu würdigen. So argumentiert er, die Meinung Roxins führe sich dann ad absurdum, wenn man sich ein Delikt vorstelle, das der Täter unter dem Eindruck eines Objektsirrtums begonnen und nach Bemerkung dieses Irrtums dennoch fortgeführt habe. In einer solchen Konstellation müsse die Gegenmeinung zur Konsequenz eines Versuches am vorgestellten und einer vollendeten Tat am tatsächlichen Tatobjekt gelangen, was nicht damit in Einklang zu bringen sei, daß sich sein Ansetzen und die Vollendung auf dasselbe Tatobjekt richte⁵⁶.

Kommentar [KO18]: Kein Urteilsstil

Hierzu ist zu sagen, daß Feltes' Argumentation nicht logisch zwingend ist; in einem solchen Fall wäre anzunehmen, daß der Täter zwar von Anfang an das tatsächliche Tatobjekt angegriffen hat, eine für seine Tat wesentliche Merkmal desselben - seine tatsächliche Identität - aber erst nach dem Ansetzen erkannt hat, womit sich für ihn die Situation so entscheidend änderte, daß ein bloßes Fortsetzen der Tat nicht mehr in Frage kam. So ergibt sich aus diesem Denkmodell nur, daß die Anforderung an die Sinnlosigkeit streng sein müssen; sie kann nur dann gegeben sein, wenn der Täter zum Weiterhandeln einen erneuten Tatentschluß fassen müßte. Da die Sachlage sich für M im gegebenen Fall in dem Moment radikal geändert hat, als er D erkannte, ist eine solche Situation gegeben; der Versuch ist aus Ms Sicht mithin fehlgeschlagen.

Kommentar [KO19]: sehr schön

b) Fehlschlag des D

Auch der Raubversuch richtete sich aus Ds Sicht gegen ein untaugliches Tatobjekt; hier gilt daher das oben zum Versuch der Körperverletzung (s.o. C IV unterer Abschnitt) Festgestellte entsprechend; auch für D ist der hier erörterte Versuch daher fehlgeschlagen.

⁵⁴So Roxin, JuS 1981, 1 [3 li. Sp.].

⁵⁵Roxin, JuS 1981, 1 [2 li. Sp. oben].

⁵⁶Feltes, GA 1992, 395 [410].

Die Strafbarkeit von M und D wegen versuchten schweren Raubes in Mittäterschaft gemäß §§ 249, 250 I Nr. 2 i. V. m. §§ 25 II, 22, 23 I, 12 I bleibt somit bestehen.

D Strafbarkeit M, D gemäß § 240

Des weiteren haben M und D eine versuchten Nötigung durch Gewalt in Mittäterschaft gemäß §§ 240 I 1. Var., 25 II, 22, 23 I, 240 III begangen, die versuchte Nötigung tritt jedoch hinter dem versuchten Raub als *lex generalis* zurück.

E Strafbarkeit von M und D gemäß §§ 30 II, 250, 249

M und D könnten sich durch die in der Kneipe getroffene Vereinbarung, den S zu überfallen, der Verabredung zur gemeinschaftlichen Begehung eines schweren Raubes gemäß § 30 II 3. Var i. V. m. §§ 250 I Nr. 2, 249 I strafbar gemacht haben.

I Anwendungsvoraussetzungen

Die Verabredung zum schweren Raub müßte strafbar sein; da § 250 I eine Mindeststrafe von 5 Jahren vorsieht, handelt es sich hier gemäß § 12 I um ein Verbrechen, dessen Verabredung in § 30 II 3. Var. mit Strafe bedroht wird.

II Tatbestandsmäßigkeit

1. Verabredung

Zur Verbrechensverabredung nach § 30 II 3. Var. ist erforderlich, daß mindestens zwei Personen den Tatentschluß gefaßt haben, mittäterschaftlich ein Verbrechen zu begehen⁵⁷. Ein gemeinsamer Tatplan von M und D, der die Begehung eines schweren Raubes in Mittäterschaft vorsah, war gegeben (s.o. C II 1., S. 13 ff.).

2. Vorstellung der Rechtswidrigkeit und Schuld der geplanten Tat

Die geplante Tat müßte sich weiterhin aus der Sicht der beiden als rechtswidrig und schuldhaft dargestellt haben⁵⁸. Dies ist - da im Sachverhalt nichts weiteres dazu angegeben ist - anzunehmen.

3. Verbindlichkeit der Verabredung

Die Verabredung müßte Ausdruck des ernstlichen Willens der Beteiligten gewesen⁵⁹ und in seinen wesentlichen Zügen weitgehend konkretisiert sein⁶⁰. Der Plan konkretisierte den Zeitpunkt der Tatausführung, die Vorgehensweise, die Verteilung des Geldes und sogar bereits seine Verwendung so weitgehend, daß keine wesentlichen Fragen offen blieben. Auch der ernsthafte Wille

⁵⁷Dreher/Tröndle § 30 Rn. 12.

⁵⁸Vgl. Dreher/Tröndle § 30 Rn. 5.

⁵⁹Vgl. Roxin in: LK, § 30 Rn. 60.

⁶⁰Dreher/Tröndle § 30 Rn. 7.

der beiden, den Plan in die Tat umzusetzen, kann nach dem Sachverhalt nicht bezweifelt werden.

Sowohl D als auch M haben den Tatbestand der Verabredung zum schweren Raub gemäß § 30 II 3. Var. i.V.m. §§ 250 I Nr. 2, 249 I mithin erfüllt.

III Rechtswidrigkeit und Schuld

Rechtfertigungs- oder Entschuldigungsgründe kommen nicht in Betracht. Beide handelten daher rechtswidrig und schuldhaft.

IV Persönliche Strafaufhebungsgründe

Die Strafbarkeit von M und D könnte dadurch aufgehoben sein, daß sie von ihrem Plan nach § 31 I Nr. 3 zurückgetreten sind.

1. Anwendbarkeit des § 31

Damit § 31 hier anwendbar ist, dürfte die geplante Tat jedoch nicht in das Versuchsstadium eingetreten sein⁶¹. Dem entgegenstehen könnte hier die Tatsache, daß sowohl M als auch D zu einem Raub angesetzt haben (s.o. C II 2., S. 15). Fraglich ist aber, ob dieses Ansetzen eine Teilverwirklichung des Tatplans ist.

Der Tatplan war von M und D beschlossen worden mit dem erklärten Ziel, S zu überfallen. Zudem konnten sie nicht erwarten, daß nachts um ein Uhr auf dem Weg zum abgelegenen Forsthaus noch jemand anders als S vorbeikommen werde. Es ist also davon auszugehen, daß M und D zum Zeitpunkt ihrer Verabredung nicht nur von S als Opfer ausgingen, sondern daß sie zudem auch ausschlossen, daß ein anderer als S ihr Opfer werden könne. Im Plan bezog sich somit nicht nur auf einen Raub im allgemeinen, sondern - und dies war ein wesentlicher Bestandteil dieses Plans - speziell auf einen Raub an S. Nur ein Ansetzen zum Raub an S könnte daher als Teilverwirklichung des Plans gewertet werden.

Wie oben dargelegt, konkretisierte M seinen Vorsatz im Moment des Schlages auf den Menschen, den er vor sich sah, mithin auf D. Die Verwechslung wirkte sich so aus, daß er zwar eine Fehlvorstellung bezüglich wesentlicher Merkmale des Opfers hatte, dennoch war es aber der vor ihm Stehende und damit sein Freund D, zu dessen Beraubung er ansetzte.

D indessen hatte während der Verabredung einen Teil der zu erbringenden Konkretisierungsleistungen in Ms Hände gelegt, ihm ist daher die Konkretisierung des M so zuzurechnen, als habe er sie selbst vollzogen (s.o. B II 1. b) a. E., S. 7). Damit richtete sich auch sein Raubversuch nur gegen ihn selbst.

Beide haben also zu keinem Zeitpunkt zum Raub an S angesetzt; zu einer Teilverwirklichung des im Wirtshaus vereinbarten Plans ist es somit nicht

Kommentar [KO20]: Das ist eine reine Sachverhaltsinterpretation, die nicht eindeutig aus dem Sachverhalt hervorgeht

Kommentar [KO21]: Hier lag ein schwieriges Problem

⁶¹Vgl. *Lackner* StGB, § 31 Nr. 1.

gekommen. Ein Rücktritt von diesem nach § 31 I Nr. 3 ist somit noch möglich.

2. Verhinderung der konkreten Tat

M und D müßten die Tat - den Angriff auf S - gemäß § 31 I Nr. 3 verhindert haben. Dem könnte zunächst entgegenstehen, daß aus dem Sachverhalt eine aktive Verhinderung nicht ersichtlich ist, in Frage kommt hier lediglich Verhinderung durch Unterlassen. Sowohl D als auch M unterließen es, ihren vorgesehenen Tatbeitrag zum Raub an S noch zu erbringen, wobei beide in dem Wissen handelten, daß der jeweils andere das gleiche tat. Sie kamen somit konkludent überein, die konkrete Tat nun doch nicht mehr ausführen zu wollen. Daraus ergibt sich zugleich, daß beide - zurecht - davon ausgingen, daß die Tatausführung nunmehr verhindert sei. Ein gewolltes Verhindern der konkret geplanten Tat durch D und M ist somit gegeben.

3. Endgültiger Verzicht

Der Verzicht auf die geplante Tat muß endgültig sein, ein bloßes Aufschieben reicht nicht⁶². Von dieser Endgültigkeit ist hier auszugehen, da das Gegenteil nicht ersichtlich ist.

4. Freiwilligkeit

Beide hätten zudem freiwillig aufgeben müssen. Da sie davon ausgingen, den Tatplan doch noch ausführen zu können und dies ohne Zwang oder Druck unterließen, ist auch die Freiwilligkeit gegeben.

Die Strafbarkeit wegen der Verabredung zum Raub entfällt also bei beiden.

F Konkurrenzen, Gesamtergebnis

M hat die Tatbestände der gefährlichen Körperverletzung und des versuchten schweren Raubes durch denselben Schlag verwirklicht; beide Delikte stehen bei ihm mithin im Verhältnis der Idealkonkurrenz gemäß § 52.

Bezüglich des D gilt entsprechendes für die versuchte gefährliche Körperverletzung und den schweren Raub.

M ist damit strafbar wegen versuchten schweren Raubes in Mittäterschaft (§ 250 I Nr. 2 in Verbindung mit §§ 25 II, 22, 23 I, 12 I) in Tateinheit mit gefährlicher Körperverletzung (§§ 223a I 1. Var, 52).

D ist strafbar wegen versuchten schweren Raubes in Mittäterschaft (§ 250 I Nr. 2 in Verbindung mit §§ 25 II, 22, 23 I, 12 I) in Tateinheit mit versuchter gefährlicher Körperverletzung in Mittäterschaft (§§ 223a I 1., 2. und 3. Var., 52 in Verbindung mit §§ 25 II, 22, 23 I, 223a II).

⁶²Dreher/Tröndle § 31 Rn. 3.

Kommentar [KO22]: bezogen auf gesamten Text bis einschließlich 4.: vgl. Anmerkung 21 und die Besprechung

Kommentar [KO23]: abschließender Kommentar: Eine sehr schöne Arbeit, die beachtlich argumentiert, die Probleme des Falles sieht und Lösungen bietet. Lediglich die Mittäterschaftstheorien wurden bei D und M zu breit diskutiert und bei § 31 wurde das Problem nicht hinreichend erkannt [gemeint ist lt. Besprechung die von I. Puppe aufgeworfene - und bejahte - Frage, ob eine im error in persona vel obiecto begangene Tat nicht zugleich mit dem gegen das tatsächliche Tatobjekt gerichtete (vollendete) Delikt auch einen untauglichen Versuch gegen das vorgestellte Tatobjekt beinhaltet.].
Insgesamt
15 Punkte
XXX, den 11.11.94