

Übungsfall: Examensklausur Strafrecht

Von Wiss. Mitarbeiter Dipl.-Jurist **Raymond Becker**, Heidelberg*

Die Klausur wurde im WS 2009/2010 im Examensklausurenkurs der Universität Heidelberg als Übungsfall ausgegeben. Schwerpunkt der Klausur bildet ein dem Bundesgerichtshof zur Entscheidung vorgelegter Fall (BGH NStZ 2008, 280), der erheblichen Anlass zur Diskussion bietet.¹ Neben bekannten Problemen des Mordtatbestandes und aus dem Bereich der Eigentumsdelikte sind dabei besonders Fragen der (sukzessiven) Tatbeteiligung zu diskutieren. Darüber hinaus schildert der Sachverhalt einen Fall des sog. Schwarztankens sowie eine hinsichtlich § 231 StGB (Beteiligung an einer Schlägerei) relevante körperliche Auseinandersetzung mehrerer Personen, wobei sich hier weitere rechtliche Fragen ergeben. Ergänzt wird die Klausur um eine im Examen übliche strafprozessuale Zusatzfrage. Inhalt und Umfang des ausgearbeiteten Lösungsvorschlags gehen über das hinaus, was von einem Studenten in einer Examensklausur erwartet werden kann. Die formulierte Lösung soll den Lesern nämlich auch zur Wiederholung und Vertiefung dienen.

Sachverhalt

Teil I:

A und B aus Heidelberg wollen ihren Freund F in Leipzig besuchen. Sie besitzen jedoch weder ein Fahrzeug noch die nötigen finanziellen Mittel, um die Fahrt anderweitig zu bewerkstelligen. Daher kommen sie auf die Idee, in einer nahe gelegenen Kleingartensiedlung einen abgestellten Wagen aufzubrechen und zu entwenden. Um das geplante Vorhaben in die Tat umzusetzen, hat A verschiedene Utensilien in seinem Rucksack verstaut.

Als A und B die Gartenanlage erreichen, wird ihnen aber klar, dass sie mit dem Aufbruch eines Fahrzeugs zu viel Aufsehen erregen würden. Sie beschließen deshalb, den in Sichtweite arbeitenden O in seinem Garten zu überfallen, um sich dessen Auto zu beschaffen, welches vor dem Gartengrundstück geparkt ist. B soll O in ein Gespräch verwickeln, während A sich von hinten heranschleichen und O mit der Faust niederschlagen soll. Die anschließende Benommenheit des O wollen sie ausnutzen, um ihm den Fahrzeugschlüssel abzunehmen.

A und B gehen ans Werk. Als B bereits mit O spricht, kommt A jedoch der Gedanke, dass das bloße Niederschlagen des O nicht sicher genug sei. Um O auf jeden Fall außer Gefecht zu setzen und sich dann ohne Schwierigkeiten des Fahrzeugs bemächtigen zu können, zieht er daher einen großen Schraubendreher aus dem Rucksack, packt den ahnungslosen O von hinten und rammt ihm den Schraubendreher zweimal tief in den Hals. Dabei wird die Halsschlagader getroffen. Anschließend sinkt der tödlich verletzte O zu Bo-

den und gibt kaum noch Lebenszeichen von sich. Beim Einsatz des Schraubendrehers nimmt A den Tod des O billigend in Kauf.

A packt O an den Armen und will ihn hinter das Gartenhaus ziehen, um einer möglichen Entdeckung durch Passanten zu entgehen. Da ihm das viel Mühe bereitet, fordert er B auf, ihm zu helfen. Dieser war zunächst völlig geschockt, als A plötzlich mit dem Schraubendreher auf O einstach. B hatte damit nicht gerechnet, obwohl er wusste, dass A diesen Gegenstand bei sich trug.

B entschließt sich, A zu helfen. Seine anfänglichen Bedenken hinsichtlich einer weiteren Mitwirkung stellt er zurück, weil auch er noch immer in den Besitz des Fahrzeugs des O kommen will. Gemeinsam schleifen A und B den verblutenden O weg, entnehmen seiner Hosentasche den Fahrzeugschlüssel und fahren mit dem Wagen in Richtung Leipzig davon. O verstirbt kurze Zeit später infolge der Verletzungen, die A ihm zugefügt hat. Die Mithilfe des B beim Verstecken des O hat sich auf den Eintritt des Todes des O in keinerlei Hinsicht ausgewirkt.

Nach kurzer Fahrzeit bemerken A und B, dass der Tankinhalt fast aufgebraucht ist, so dass sie die nächstgelegene Tankstelle des T anfahren. Im Wege der Selbstbedienung tanken sie den Wagen voll und verlassen ohne Bezahlung der Rechnung das Gelände des T. Da sich im Auto des O auch dessen Brieftasche mit einer stattlichen Bargeldsumme befand, hatten A und B zwar zunächst vor, zu bezahlen. Nach dem Tankvorgang kamen sie jedoch zu der Einsicht, dass sich für das Geld in Leipzig eine bessere Verwendung finden lassen würde.

In Leipzig angekommen, begeben sich A und B gemeinsam mit F auf Kneipentour. In ihrer Feierlaune geraten sie am späten Abend in einer Bar mit einer anderen Gruppe Trinkfreudiger aneinander. Die zunächst verbal geführte Auseinandersetzung geht in Handgreiflichkeiten über, wobei sich aber zunächst nur B und F mit den Gegnern prügeln. Die Widersacher schlagen derart heftig aufeinander ein, dass sich B mit einer Verletzung am linken Auge aus dem Geschehen zurückziehen muss. Um sich für die Verletzung des B zu rächen, greift nun der bis dahin völlig unbeteiligte A ein. Kurz darauf wird die Auseinandersetzung jedoch von Sicherheitskräften beendet. Da B nach der Prügelei fortwährend über starke Schmerzen am linken Auge klagt, suchen die Freunde später ein Krankenhaus auf. Nach eingehender Untersuchung wird B mitgeteilt, dass sein Auge nicht mehr zu retten ist und es in nächster Zeit – was auch tatsächlich eintritt – erblinden wird.

Wie haben sich A, B und F nach dem StGB strafbar gemacht? Eventuell erforderliche Strafanträge sind gestellt.

Teil II:

Bei ihrer Rückkehr nach Heidelberg werden A und B aufgegriffen und befinden sich seither in Untersuchungshaft. Im Rahmen der ersten Vernehmung durch den Staatsanwalt werden A und B nicht über ihr Aussageverweigerungsrecht

* Der Verf. ist Wissenschaftlicher Mitarbeiter bei Herrn Prof. Dr. Gerhard Dannecker am Institut für deutsches, europäisches und internationales Strafrecht und Strafprozessrecht der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg.

¹ Siehe dazu *Murmann*, ZJS 2008, 456 (461 ff.), sowie *Walter*, NStZ 2008, 548.

belehrt. Während A zu den Vorfällen schweigt, legt B bei der Vernehmung ein umfassendes Geständnis ab. In der Hauptverhandlung belehrt der Vorsitzende Richter B über seine Aussagefreiheit, geht aber nicht auf die erste Vernehmung ein. B wiederholt sein Geständnis, da er meint, an seine frühere Aussage gebunden zu sein.

In der Hauptverhandlung soll zudem C, die Mutter des A, als Zeugin gehört werden. Sie wurde über die Vorfälle von ihrem Sohn in Kenntnis gesetzt, der die Sache nicht mehr für sich behalten konnte. In ihrer ersten Reaktion machte C vor dem Ermittlungsrichter R nach ordnungsgemäßer Belehrung Angaben, die A und B schwer belasten. In der Hauptverhandlung will sie jedoch ihren Sohn schützen und beruft sich auf ihr Zeugnisverweigerungsrecht. Kurzerhand hört der Vorsitzende Richter daher R als Zeugen an, der auf die von C ihm gegenüber gemachte Aussage eingeht.

Können das Geständnis von B und die Aussage von R verwertet werden?

Lösungsvorschlag

Teil I

1. Tatkomplex: Der Überfall auf O

A. Die Strafbarkeit des A

I. Raub gemäß § 249 Abs. 1 StGB

Indem A auf O einstach und daraufhin den Fahrzeugschlüssel sowie das Fahrzeug des O an sich nahm, könnte er sich wegen Raubes gemäß § 249 Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben.

1. Objektiver Tatbestand

a) Wegnahme einer fremden beweglichen Sache

Sowohl der Schlüssel für das Fahrzeug des O als auch das Fahrzeug selbst stellen für A fremde bewegliche Sachen dar. Taugliche Tatobjekte sind mithin gegeben.

A müsste diese Sachen auch weggenommen haben. Wegnahme ist der Bruch fremden und die Begründung neuen, nicht notwendig eigenen Gewahrsams an einer Sache.² Unabhängig davon, ob man unter Gewahrsam die – unter Beachtung der Verkehrsanschauung – von einem Herrschaftswillen getragene Sachherrschaft³ oder die sozial-normative Zuordnung einer Sache⁴ versteht, befanden sich der Schlüssel wie auch der Wagen selbst im Gewahrsam des O. Zum einen hatte nämlich O willensgetragene Sachherrschaft über den

Fahrzeugschlüssel und damit auch über das Fahrzeug selbst inne. Denn nach der Verkehrsanschauung hat derjenige Gewahrsam an einem Fahrzeug, der dazu den Schlüssel in seiner Gewalt hat. Zum anderen sind diese Objekte auch nach sozial-normativen Aspekten der Herrschaft des O zuzuordnen.

Durch das An-Sich-Nehmen des Schlüssels hat A sowohl bezüglich dieser Sache selbst als auch hinsichtlich des Fahrzeugs Gewahrsam erlangt. Zwar nahm A den Schlüssel nicht allein, sondern zusammen mit B an sich. Dem lag jedoch eine gemeinsame Absprache zugrunde, so dass A und B in dieser Hinsicht als Mittäter (§ 25 Abs. 2 StGB) agierten. A hat somit jedenfalls Mitgewahrsam an den Sachen erlangt. Der damit vollzogene Gewahrsamswechsel muss durch Bruch des vormaligen Gewahrsams des O erfolgt sein. Gewahrsamsbruch meint die Aufhebung des Gewahrsams gegen oder ohne den Willen des Inhabers.⁵ Ein tatbestandsausschließendes Einverständnis mit dem Gewahrsamswechsel, welches den Gewahrsamsbruch ausschließt,⁶ ist hier nicht ersichtlich. Der Gewahrsamsübergang erfolgte vorliegend gegen, jedenfalls aber ohne den Willen des O. Eine Wegnahme ist daher zu bejahen.

b) Qualifizierte Nötigung

A müsste den Schlüssel und damit auch das Fahrzeug des O für die Erfüllung des objektiven Raubtatbestandes mit Gewalt gegen eine Person oder unter Anwendung von Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben erlangt haben (sog. qualifizierte Nötigungsmittel⁷). Hier könnte von A Gewalt gegen eine Person verübt worden sein. Unter Gewalt ist die Anwendung körperlich wirkenden Zwangs zur Verhinderung oder Überwindung eines geleisteten oder erwarteten Widerstands zu verstehen.⁸ Das Einstechen auf O mit dem Schraubendreher stellt eine solche Gewaltanwendung dar, die sich zudem unmittelbar gegen eine Person richtet. A verübte folglich durch den Einsatz des Schraubendrehers Gewalt gegen eine Person.

c) Finale Verknüpfung

Da A die Gewaltanwendung auch einsetzt, um die Wegnahme zu ermöglichen, ist zudem die erforderliche finale Verknüpfung zwischen Gewaltanwendung und Wegnahme gegeben. Darüber hinaus hat hier die Gewaltanwendung die Wegnahme sogar kausal gefördert.

Der objektive Tatbestand ist damit erfüllt.

2. Subjektiver Tatbestand

Subjektiv müsste A vorsätzlich und in der Absicht gehandelt haben, sich den Schlüssel und das dazugehörige Fahrzeug rechtswidrig zuzueignen.

² Vgl. RGSt 58 (59 f.); BGH NStZ 1995, 593 (594); Fischer, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 57. Aufl. 2010, § 242 Rn. 16; Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch, Kommentar, 26. Aufl. 2007, § 242 Rn. 8; Rengier, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 1, 12. Aufl. 2010, § 2 Rn. 10; Wessels/Hillenkamp, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 32. Aufl. 2009, Rn. 71.

³ Krey/Hellmann, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 15. Aufl. 2008, Rn. 11; Otto, Grundkurs Strafrecht, Die einzelnen Delikte, 7. Aufl. 2005, § 40 Rn. 15; Rengier (Fn. 2), § 2 Rn. 11.

⁴ Wessels/Hillenkamp (Fn. 2), Rn. 71 m.w.N.

⁵ BGH NJW 1952, 782; Wessels/Hillenkamp (Fn. 2), Rn. 103; differenzierend Rotsch, GA 2008, 65.

⁶ Siehe dazu Rengier (Fn. 2), § 2 Rn. 31; Wessels/Hillenkamp (Fn. 2), Rn. 104.

⁷ Siehe dazu Rengier (Fn. 2), § 7 Rn. 3.

⁸ Fischer (Fn. 2), § 249 Rn. 4a.

a) Vorsatz

Hier hatte A den Willen zur Verwirklichung des Raubtatbestands in Kenntnis aller objektiven Tatbestandsmerkmale. Er handelte damit vorsätzlich.

b) Absicht rechtswidriger Zueignung

Die Absicht rechtswidriger Zueignung setzt voraus, dass der Täter die Absicht hat, sich die Sache (vorübergehend) anzueignen und zudem den – zumindest bedingten – Vorsatz aufweist, den bisherigen Berechtigten dauerhaft aus seiner Gewahrsamsstellung zu verdrängen.⁹ A kam es hier auf die Verwendung der erlangten Sachen an. Er hatte somit die Absicht, sich die Sachen anzueignen. Der Vorsatz dauernder Enteignung besteht nicht, wenn der Täter im Wegnahmezeitpunkt entschlossen ist, die Sache wieder an den Berechtigten zurückzugeben, er also Rückgabe- oder Rückführungswille hat.¹⁰ Eine Rückführung des Fahrzeugs an O war hier aber von A nicht vorgesehen. Da dieser zudem wusste, dass er keinen einredefreien und fälligen Anspruch auf Übereignung des PKW samt des Schlüssels hatte, hatte er auch Vorsatz hinsichtlich der hier gegebenen Rechtswidrigkeit der beabsichtigten Zueignung. B handelte somit in der Absicht rechtswidriger Zueignung.

Auch der subjektive Tatbestand ist damit erfüllt.

3. Rechtswidrigkeit und Schuld

Da weder Rechtfertigungs- noch Schuldtausschluss- oder Entschuldigungsgründe ersichtlich sind, handelte A auch rechtswidrig und schuldhaft.

4. Ergebnis

A hat sich wegen Raubes gemäß § 249 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

II. Schwerer Raub gemäß §§ 249 Abs. 1, 250 Abs. 1 und Abs. 2 StGB

Indem A auf O mit dem Schraubendreher einstach, könnte er des Weiteren den Tatbestand des schweren Raubes gemäß §§ 249 Abs. 1, 250 Abs. 1 und Abs. 2 StGB verwirklicht haben.

1. Tatbestand des Grunddelikts

Der Tatbestand des Raubes (§ 249 Abs. 1 StGB) ist erfüllt.

2. Tatbestand der Qualifikation

Anmerkung: Da die Raubqualifikationen des § 250 Abs. 1 StGB hinter die entsprechenden Qualifikationen des § 250 Abs. 2 zurücktreten,¹¹ sollte zunächst Absatz 2 geprüft werden.

a) Verwenden eines gefährlichen Werkzeugs, § 250 Abs. 2 Nr. 1 2. Alt. StGB

§ 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB setzt die Verwendung einer Waffe oder eines anderen gefährlichen Werkzeugs voraus. Hier sticht A mit dem Schraubendreher in den Hals des O. Das Einstechen auf O stellt sich als Gewalt gegen eine Person im Rahmen des Raubes dar (s.o. A. I. 1. b). A verwendete daher den Schraubendreher als Mittel zur Gewaltanwendung.

Fraglich ist jedoch, ob A damit auch eine Waffe oder ein anderes gefährliches Werkzeug verwendet hat. Ein Schraubendreher ist nicht dazu bestimmt, erhebliche Verletzungen herbeizuführen,¹² so dass es sich nicht um eine Waffe handelt. Der Schraubendreher könnte hier aber ein anderes gefährliches Werkzeug darstellen. Die Rechtsprechung geht davon aus, dass ein gefährliches Werkzeug i.S.d. § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB vorliegt, wenn das Tatmittel nach seiner objektiven Beschaffenheit und der Art seiner Benutzung im Einzelfall geeignet ist, erhebliche Körperverletzungen hervorzurufen.¹³ Bei der Begriffsbestimmung erfolgt damit ein Rückgriff auf § 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB, was bereits der Gesetzgeber bei der Neufassung der Tatbestände der §§ 244, 250 StGB vorsah.¹⁴ Letztlich ist dieses Vorgehen folgerichtig, da es bei § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB – anders als bei §§ 244 Abs. 1 Nr. 1 lit. a, 250 Abs. 1 Nr. 1 lit. a StGB – auf das Verwenden und nicht nur auf das Beisichführen des gefährlichen Werkzeugs ankommt.

Der von A verwendete Schraubendreher ist nach seiner objektiven Beschaffenheit – es handelt sich um einen großen Schraubendreher – und nach seiner konkreten Art der Benutzung durch Stiche in den Hals des Opfers geeignet, erhebliche Verletzungen herbeizuführen. Hier wird der Schraubendreher sogar in einer konkreten Leibes- und Lebensgefahr begründenden Weise eingesetzt. A hat daher ein gefährliches Werkzeug verwendet.¹⁵

Auch der subjektive Tatbestand ist zu bejahen. § 250 Abs. 2 Nr. 1 2. Alt. StGB ist mithin erfüllt.

Anmerkung: Zum Teil wird gefordert, den Begriff des gefährlichen Werkzeugs i.S.d. § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB

¹² Vgl. BGH NJW 2008, 2861 (2862); Fischer (Fn. 2), § 244 Rn. 4 f.; Kindhäuser (Fn. 10), § 4 Rn. 3.

¹³ BGH NStZ 1999, 301 (302); BGH NJW 2000, 1050; BGH NStZ-RR 2002, 256; zust. Mitsch, NJW 2008, 2865 (Anm. zu BGH NJW 2008, 2861); Sander, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2005, Bd. 2, § 250 Rn. 60; Wittig, in: von Heitschel-Heinegg (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar, Strafgesetzbuch, Stand: 1.3.2010, Lexikon des Strafrechts, Gefährliches Werkzeug Rn. 17; wohl auch Hillenkamp, 40 Probleme aus dem Strafrecht, Besonderer Teil, 11. Aufl. 2009, S. 134 f.; Wessels/Hillenkamp (Fn. 2), Rn. 352; krit. dagegen Fischer (Fn. 2), § 250 Rn. 7, 22; zum Ganzen siehe Kudlich, in: Satzger/Schmitt/Widmaier, Strafgesetzbuch, Kommentar, 2009, § 244 Rn. 11.

¹⁴ Vgl. BT-Drs. 13/9064, S. 18.

¹⁵ Vgl. in diesem Zusammenhang auch BGH NJW 2004, 3437.

⁹ Rengier (Fn. 2), § 2 Rn. 40.

¹⁰ Kindhäuser, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 5. Aufl. 2008, § 2 Rn. 107; Rengier (Fn. 2), § 2 Rn. 45, 60.

¹¹ Fischer (Fn. 2), § 250 Rn. 30.

wie in § 250 Abs. 1 Nr. 1 lit. a StGB zu bestimmen.¹⁶ Diese Frage bedarf hier aber keiner Vertiefung, da auch unter Heranziehung der maßgeblichen Ansichten zur Auslegung des Begriffs in § 250 Abs. 1 Nr. 1 lit. a StGB ein gefährliches Werkzeug gegeben ist.¹⁷

b) Schwere körperliche Misshandlung bzw. Gefahr des Todes, § 250 Abs. 2 Nr. 3 lit. a, Nr. 3 lit. b StGB

A könnte O bei der Tat schwer körperlich misshandelt haben (§ 250 Abs. 2 Nr. 3 lit. a StGB). Eine schwere Körperverletzung i.S.d. § 226 StGB wird in diesem Zusammenhang zwar nicht verlangt, der Eingriff in die körperliche Integrität muss aber erhebliche Folgen für die Gesundheit haben oder das körperliche Wohlbefinden aufgrund massiver Schmerzen beeinträchtigen.¹⁸ Hier rammt A dem Raubopfer einen großer Schraubendreher in den Hals, was mit erheblichen negativen Gesundheitsfolgen und massiven Schmerzen einhergeht. Dieser Umstände war sich A auch bewusst. Der Tatbestand des § 250 Abs. 2 Nr. 3 lit. a StGB ist daher erfüllt.

Überdies ist auch § 250 Abs. 2 Nr. 3 lit. b StGB gegeben, da A den O durch die Raubtat aufgrund der Halsstiche vorsätzlich in eine konkrete Todesgefahr brachte, ihn letztlich sogar tötete.

3. Rechtswidrigkeit und Schuld

Rechtswidrigkeit und Schuld sind gegeben.

4. Ergebnis

A hat sich damit auch wegen schweren Raubes gemäß §§ 249 Abs. 1, 250 Abs. 2 Nr. 1 2. Alt, Nr. 3 lit. a und Nr. 3 lit. b StGB strafbar gemacht.

Anmerkung: Aus klausurtaktischen Gründen sollten die hier ebenfalls in Betracht zu ziehenden Nr. 1 lit. a und Nr. 1 lit. c des § 250 Abs. 1 StGB nicht geprüft werden, da diese im Falle ihres Vorliegens hinter die Qualifikationsstatbestände der Nr. 1 und Nr. 3 lit. b des § 250 Abs. 2 StGB zurücktreten.

III. Raub mit Todesfolge gemäß §§ 249 Abs. 1, 251 StGB

A könnte sich weiterhin wegen Raubes mit Todesfolge (§§ 249 Abs. 1, 251 StGB) strafbar gemacht haben, indem O durch die Stiche des A verstarb.

1. Tatbestand des Grunddelikts

A verwirklichte objektiv und subjektiv den Tatbestand des Raubes gemäß § 249 Abs. 1 StGB.

2. Tatbestand der Erfolgsqualifikation

a) Eintritt der schweren Folge

Die schwere Folge, der Tod eines anderen, ist mit dem Tod des O eingetreten.

b) Tatbestandsspezifischer Gefahrzusammenhang

Neben der Kausalität und der objektiven Zurechnung, die hier beide zu bejahen sind, verlangt § 251 StGB, dass sich im Tod des Menschen gerade die im Raub angelegte tatbestandsspezifische Gefahr des Todes realisiert.¹⁹ Bei einem in Richtung des Halses des Opfers vorgenommenen Stich mit einem Schraubendreher realisiert sich im Tod gerade die damit begründete Todesgefahr. Der tatbestandsspezifische Gefahrzusammenhang ist daher gegeben.

c) Wenigstens leichtfertig

A nahm den Tod des O laut Sachverhalt billigend in Kauf, handelte also mit bedingtem Vorsatz. Folglich agierte A „wenigstens leichtfertig“, da vorsätzliches Handeln gegenüber leichtfertigem Handeln als Steigerung anzusehen ist.

Der Tatbestand der Erfolgsqualifikation ist daher erfüllt.

3. Rechtswidrigkeit und Schuld

A handelte auch rechtswidrig und schuldhaft.

4. Ergebnis

A hat sich auch aus §§ 249 Abs. 1, 251 StGB strafbar gemacht.

IV. Totschlag gemäß § 212 Abs. 1 StGB

Dadurch, dass A auf O mit dem Schraubendreher einstach, könnte er sich wegen Totschlags gemäß § 212 Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben.

1. Tatbestand

Der Erfolg des § 212 Abs. 1 StGB ist mit dem Tod des O eingetreten. A hat auf O eingestochen und dadurch dessen Tod äquivalent kausal und objektiv zurechenbar herbeigeführt.

A nahm den Tod des O laut Sachverhalt billigend in Kauf. Er handelte folglich mit dolus eventualis bezüglich des Todes des O. Auch Tötungsvorsatz ist damit gegeben.

Der Tatbestand des § 212 Abs. 1 StGB ist folglich erfüllt.

2. Rechtswidrigkeit und Schuld

A handelte auch rechtswidrig und schuldhaft.

3. Ergebnis

A hat sich wegen Totschlags gemäß § 212 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

¹⁶ Fischer (Fn. 2), § 250 Rn. 8; Kindhäuser (Fn. 10), § 14 Rn. 11; Rengier (Fn. 2), § 8 Rn. 17.

¹⁷ Zum Meinungsspektrum Rengier (Fn. 2), § 4 Rn. 19 ff.

¹⁸ Eser, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 27. Aufl. 2006, § 250 Rn. 33; vgl. auch Joecks, Strafgesetzbuch, Studienkommentar, 8. Aufl. 2009, § 250 Rn. 28; Kindhäuser (Fn. 10), § 14 Rn. 13.

¹⁹ Kindhäuser (Fn. 10), § 15 Rn. 6; Rengier (Fn. 2), § 9 Rn. 3.

V. Mord gemäß §§ 212 Abs. 1, 211 Abs. 1 und Abs. 2 StGB

Überdies könnte sich A wegen Mordes (§§ 212 Abs. 1, 211 Abs. 1 und 2 StGB) strafbar gemacht haben.

1. Tatbestand des Grunddelikts

Der Tatbestand des Grunddelikts, des Totschlags, ist hier erfüllt.

2. Tatbestand der Qualifikation

a) Heimtücke

Indem A sich vor dem Zustecken von hinten an den ahnungslosen und abgelenkten O heranschlich, könnte er heimtückisch getötet haben.

Was unter dem tatbezogenen Merkmal der Heimtücke zu verstehen ist, wird nicht einheitlich beurteilt. Nach der Formel der Rechtsprechung handelt heimtückisch, wer die Arg- und Wehrlosigkeit des Opfers bewusst zur Begehung der Tötung ausnutzt.²⁰ Arglos ist, wer sich keines Angriffs durch den Täter auf sein Leib oder sein Leben versieht.²¹ Wehrlos ist, wer aufgrund der Arglosigkeit zur Verteidigung außerstande oder in seinen Verteidigungsmöglichkeiten zumindest erheblich eingeschränkt ist.²² Vorliegend befand sich O im Gespräch mit B und erwartete keinen Angriff auf sein Leben. Laut Sachverhalt war O ahnungslos. Aufgrund seiner Arglosigkeit war O zur Verteidigung außerstande, also wehrlos. A hat diese Arg- und Wehrlosigkeit zudem auch bewusst zur Tötung ausgenutzt.

Des Weiteren wird von der Rechtsprechung zur Bejahung eines Heimtückemordes ein Handeln in feindlicher Willensrichtung verlangt.²³ Da dieses subjektive Kriterium aber überhaupt nur dann entfällt, wenn der Täter zum Besten des Opfers handelt,²⁴ ist auch diese Voraussetzung hier erfüllt. Im Ergebnis wäre danach das Mordmerkmal der Heimtücke gegeben.

Zum Teil wird wegen der verfassungsrechtlich gebotenen restriktiven Auslegung des Mordtatbestandes²⁵ zusätzlich zur Ausnutzung der Arg- und Wehrlosigkeit ein besonders verwerflicher Vertrauensbruch gefordert.²⁶ Andere wiederum wollen eine sog. Typenkorrektur vornehmen und nur Fälle besonderer Verwerflichkeit erfassen²⁷ oder verlangen ein

besonders tückisch-verschlagenes Vorgehen des Täters.²⁸ Die beiden letzten Kriterien sind hier durchaus erfüllt. Es fragt sich allerdings, ob im vorliegenden Fall ein besonders verwerflicher Vertrauensbruch bejaht werden kann. Dazu würde man dann kommen, wenn mit dem Ablenken des O durch B, welches man A über § 25 Abs. 2 StGB zurechnen könnte, die Begründung eines Vertrauensverhältnisses einherginge. Für ein solches Vertrauensverhältnis bedarf es jedoch einer personalen Beziehung zwischen Täter und Opfer,²⁹ die über das sozial übliche Verhalten hinausgeht.³⁰ Eine erste Konversation zwischen sich bislang unbekanntenen Personen genügt diesen Anforderungen nicht. Im Vorgehen des A ist daher kein besonders verwerflicher Vertrauensbruch zu erblicken. Eine heimtückische Tötung wäre folglich zu verneinen.

Letztlich überzeugt die Lehre vom verwerflichen Vertrauensbruch nicht. Abgesehen davon, dass der Begriff des Vertrauens vielschichtig und nur wenig umrissen und klar ist, wären dadurch gerade Fälle, die nach natürlichem Sprachverständnis vom Wortlaut des Gesetzes gedeckt sind, nicht erfasst. Demnach würde vor allem die Fallgruppe des gedungenen Meuchelmordes dem Heimtückemerkmal nicht unterfallen.³¹ Trotz der gebotenen Einschränkung ist eine solche Auslegung abzulehnen, da der Gesetzgeber keine entsprechende Restriktion vorgesehen hat. Unter Zugrundelegung der Ansicht der Rechtsprechung ist hier folglich das tatbezogene Mordmerkmal der Heimtücke anzunehmen. A war sich nämlich – wie bereits festgestellt wurde – auch der Umstände bewusst, die die Tötung als heimtückisch kennzeichnen. Er handelte somit auch subjektiv heimtückisch.

Die Tötung des O erfolgte daher heimtückisch.

b) Habgier

Des Weiteren könnte A aus Habgier getötet haben. Habgier meint das rücksichtslose Streben nach Vermögensvorteilen um den Preis eines Menschenlebens.³² A nahm den Tod des O in Kauf, um dessen Fahrzeug an sich zu bringen. Bei dem angestrebten Besitz des Fahrzeugs handelt es sich um einen Vermögenswert, für dessen Erlangung A sogar bereit ist, ein Menschenleben zu beenden. Diese Vorgehensweise stellt ein rücksichtsloses und abstoßendes Gewinnstreben um den Preis eines Menschenlebens dar, da A damit den Wert eines Lebens materiellen Werten unterordnet. A tötete demzufolge aus Habgier.

c) Ermöglichungsabsicht

A könnte zudem getötet haben, um eine andere Straftat zu ermöglichen. A stach hier auf O ein, um ohne Komplikationen dessen Fahrzeug zu entwenden. Problematisch ist, dass

²⁰ Vgl. nur BGHSt 9, 385 (390); 32, 382 (383 f.); weitere Nachweise bei Fischer (Fn. 2), § 211 Rn. 34; zur neueren höchstrichterlichen Rechtsprechung siehe Geppert, Jura 2007, 270.

²¹ BGHSt 7, 221; 18, 87; BGH NSStZ-RR 2004, 14 (15 f.).

²² BGHSt 32, 382 (388).

²³ BGHSt 9, 385; 19, 321; 23, 119 (120); BGH NSStZ 2002, 368.

²⁴ BGHSt 9, 385 (390); 11, 139 (143); 37, 376.

²⁵ Siehe dazu BVerfGE 45, 187.

²⁶ Lange, in: Stree (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Horst Schröder, 1978, S. 217 (S. 233); Otto (Fn. 3), § 4 Rn. 25; Schmidhäuser, JR 1978, 265 (269).

²⁷ Eser (Fn. 18), § 211 Rn. 10; Geilen, JR 1980, 309 (314).

²⁸ Wessels/Hettinger, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 1, 33. Aufl. 2009, Rn. 108.

²⁹ Geppert, Jura 2007, 270 (271 f.).

³⁰ Otto (Fn. 3), § 4 Rn. 25.

³¹ Vgl. Rengier, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 11. Aufl. 2010, § 4 Rn. 33.

³² BGH NJW 1981, 932; BGH StV 1991, 207 (208); Rengier (Fn. 31), § 4 Rn. 13.

es A beim Zusteichen allein darauf ankam, O sicher außer Gefecht zu setzen. Er beabsichtigte nicht seinen Tod, sondern nahm ihn als Folge seines Handelns lediglich billigend in Kauf. Es fragt sich, ob die Tatsache, dass es A nicht auf den Tod des O als Mittel zur Ermöglichung einer anderen Straftat ankam, der Annahme der Ermöglichungsabsicht entgegensteht. Die Rechtsprechung hat einst verlangt, dass der Tötungserfolg das notwendige Mittel zur Zielerreichung sein muss.³³ Nunmehr soll es jedoch genügen, wenn der Täter die Tötungshandlung als notwendiges Mittel zu Begehung einer anderen Straftat betrachtet.³⁴ Daher steht der nur bedingte Tötungsvorsatz des A der Annahme der Ermöglichungsabsicht nicht entgegen. Da es zudem ausreicht, dass der Täter handelt, um eine andere Straftat schneller oder leichter zu begehen,³⁵ was auch hier der Fall war, wäre demnach die Ermöglichungsabsicht bei A zu bejahen.

Darüber hinaus ist aber fragwürdig, ob es sich bei dem mit der späteren Wegnahme verwirklichten Raub um eine andere Straftat i.S.d. § 211 Abs. 2 StGB handelt. Die Tötungshandlung und die Gewaltanwendung im Rahmen des Raubes fallen hier nämlich in einem Akt zusammen, so dass das Tötungsdelikt und der Raub in Tateinheit zueinander stehen.³⁶ Entscheidend ist jedoch nicht, dass beide Taten als prozessual selbständige Taten einzustufen sind. Vielmehr genügt auch eine zum Tötungsdelikt in Tateinheit stehende Tat, wenn sich die zu ermöglichende Straftat gegen ein anderes Rechtsgut richtet.³⁷ Diese Voraussetzungen sind vorliegend erfüllt. Der anvisierte Raub stellt somit eine andere Straftat i.S.d. § 211 Abs. 2 StGB dar.

A handelte daher beim Zusteichen auch in der Absicht, eine andere Straftat zu ermöglichen.

3. Rechtswidrigkeit und Schuld

A handelte auch rechtswidrig und schuldhaft.

4. Ergebnis

A hat sich auch nach §§ 212 Abs. 1, 211 Abs. 1 und Abs. 2 StGB strafbar gemacht.

VI. Aussetzung mit Todesfolge gemäß § 221 Abs. 1 und Abs. 3 StGB

Eine denkbare Strafbarkeit des A wegen Aussetzung mit Todesfolge dadurch, dass A den O mit dem Schraubendreher niederstreckt und dieser daraufhin verstirbt, tritt zumindest hinter das hier verwirklichte vorsätzliche Tötungsdelikt (§§ 212 Abs. 1, 211 Abs. 1 und Abs. 2 StGB) zurück.³⁸

³³ BGHSt 23, 176 (194); BGH MDR/H 1980, 629.

³⁴ BGHSt 39, 159; zust. *Lackner/Kühl* (Fn. 2), § 211 Rn. 15; *Schall*, JuS 1990, 623 (624 f.).

³⁵ BGHSt 39, 159; *Lackner/Kühl* (Fn. 2), § 211 Rn. 15; *Rengier* (Fn. 31), § 4 Rn. 51.

³⁶ Vgl. BGHSt 39, 100.

³⁷ *Fischer* (Fn. 2), § 211 Rn. 65 m.w.N.

³⁸ Vgl. *Rengier* (Fn. 31), § 10 Rn. 23.

VII. Hausfriedensbruch gemäß § 123 Abs. 1 StGB

Bei lebensnaher Sachverhaltsauslegung lässt sich vorliegend davon ausgehen, dass das Gartengrundstück des O ein befriedetes Besitztum darstellt, in welches A eingedrungen ist. Der Tatbestand des § 123 Abs. 1 StGB wäre demnach erfüllt (a.A. vertretbar).

Der nach § 123 Abs. 2 StGB erforderliche Strafantrag ist laut Bearbeitervermerk gestellt.

VIII. Unbefugter Gebrauch eines Fahrzeugs gemäß § 248b StGB

Der in Betracht kommende Tatbestand des unbefugten Gebrauchs eines Fahrzeugs (§ 248b Abs. 1 StGB) tritt hier zumindest aufgrund der gesetzlich angeordneten, sog. formellen Subsidiarität zurück, da hinsichtlich der Entwendung des Fahrzeugs bereits § 249 Abs. 1 StGB erfüllt ist.

IX. Konkurrenzen

§ 249 Abs. 1 StGB wird von §§ 249 Abs. 1, 250 Abs. 2 StGB als *lex specialis* verdrängt. Dieser wiederum tritt nach h.M. im Wege der Gesetzeskonkurrenz vollständig hinter § 249 Abs. 1, 251 StGB zurück.³⁹

§ 212 Abs. 1 StGB tritt hinter den Qualifikationstatbestand Mord (§§ 212 Abs. 1, 211 Abs. 1 und Abs. 2 StGB) zurück.

§§ 249 Abs. 1, 251 StGB und §§ 212 Abs. 1, 211 Abs. 1 und Abs. 2 StGB stehen in Tateinheit zueinander.⁴⁰

In Tateinheit dazu steht wiederum auch der verwirklichte Hausfriedensbruch (§ 123 Abs. 1 StGB).

Anmerkung: A hat auch eine gefährliche Körperverletzung (mit Todesfolge) gemäß §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 StGB (i.V.m. § 227 StGB⁴¹) verwirklicht. Dazu sollten – wenn überhaupt – aber nur kurze Ausführungen erfolgen, da A einen Mord begangen hat und die Körperverletzung hinter das vollendete Tötungsdelikt als subsidiär zurücktritt.⁴² Auch die Körperverletzung mit Todesfolge tritt hinter den Mord zumindest zurück.⁴³

A hat sich gemäß §§ 212 Abs. 1, 211 Abs. 1 und Abs. 2, 249 Abs. 1, 251, 123 Abs. 1, 52 StGB strafbar gemacht.

³⁹ Vgl. BGHSt 21, 183; *Herdegen*, in: *Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann* (Hrsg.), *Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar*, 11. Aufl. 2005, § 251 Rn. 18; *Wessels/Hillenkamp* (Fn. 2), Rn. 357; a.A. *Eser* (Fn. 18), § 251 Rn. 10.

⁴⁰ Vgl. BGHSt 39, 100 (108 f.); BGH NStZ-RR 2003, 44; *Rengier* (Fn. 2), § 9 Rn. 12.

⁴¹ Nach a.A. ist § 227 StGB hier schon tatbestandlich nicht erfüllt, da sich dessen Anwendungsbereich auf fahrlässige Tötungen beschränkt (sog. Exklusivitätslösung), vgl. etwa *Krey/Heinrich*, *Strafrecht, Besonderer Teil*, Bd. 1, 14. Aufl. 2008, Rn. 263.

⁴² BGHSt 16, 122; 21, 265; vgl. im Übrigen *Rengier* (Fn. 31), § 21 Rn. 3.

⁴³ Vgl. zum Ganzen *Rengier* (Fn. 31), § 16 Rn. 25 f.

B. Strafbarkeit des B**I. Raub mit Todesfolge in Mittäterschaft gemäß §§ 249 Abs. 1, 251, 25 Abs. 2 StGB**

Indem B den O ablenkte, um das Niederschlagen des O durch A zu ermöglichen, und daraufhin gemeinsam mit A den Schlüssel sowie das Auto entwendete, könnte er sich eines Raubes mit Todesfolge in Mittäterschaft gemäß §§ 249 Abs. 1, 251, 25 Abs. 2 StGB strafbar gemacht haben.

*1. Tatbestand des Grunddelikts**a) Objektiver Tatbestand**aa) Wegnahme einer fremden beweglichen Sache*

Bei dem Fahrzeugschlüssel und dem Fahrzeug handelt es sich um auch für B fremde bewegliche Sachen. Diese hat er laut Sachverhalt auch gemeinsam mit A, also in Mittäterschaft (§ 25 Abs. 2 StGB), weggenommen (s.o. A. I. 1. a).

bb) Qualifizierte Nötigung

Jedoch hat B eigenhändig keine Gewalt gegen eine Person oder Drohung mit einer gegenwärtigen Gefahr für Leib oder Leben verübt. Hier hat allein A Gewalt gegenüber O verübt (s.o. A. I. 1. b). Die Erfüllung des Tatbestandsmerkmals in der Person des B kommt nur in Betracht, wenn sich B das Handeln des A – das Zusteichen mit dem Schraubendreher – wie eine eigene Handlung zurechnen lassen muss. In Frage kommt hier eine mittäterschaftliche Zurechnung.

(1) Mittäterschaftliche Zurechnung

Mittäterschaft verlangt nach § 25 Abs. 2 StGB, dass mehrere eine Tat gemeinschaftlich begehen. Es ist daher ein bewusstes und gewolltes Zusammenwirken mehrerer, mithin eine gemeinschaftliche Tatbegehung aufgrund gemeinschaftlichen Tatentschlusses nötig (arbeitsteiliges Vorgehen).⁴⁴ Dabei fordert die Rechtsprechung, dass jeder Täter die Tat subjektiv als eigene betrachtet und zudem anhand der objektiven Tatbegehung und des geleisteten Tatbeitrags ein Schluss auf den Willen zur Tatherrschaft und das Interesse an der Tat möglich ist.⁴⁵ Die herrschende Lehre hält dagegen die objektive Tatherrschaft aller täterschaftlich Beteiligten aufgrund des gemeinsamen Tatplans für das maßgebende Kriterium (sog. Tatherrschaftslehre).⁴⁶

(a) Gemeinsamer Tatentschluss

Unabhängig davon, welche Kriterien für die Stellung als Täter maßgeblich sind, ist zunächst erforderlich, dass A und B aufgrund eines gemeinsamen Tatentschlusses tätig werden. Denn dieser sog. Tatplan bildet die Grundlage für die wechselseitige Zurechnung von Tatbeiträgen.⁴⁷ Hier lag ein gemeinsamer Tatplan von A und B hinsichtlich eines Raubes

vor. Sie waren sich einig, O gemeinsam niederzuschlagen, um ihm seine Sachen wegzunehmen.

Es fragt sich jedoch, wie sich der Umstand auswirkt, dass A sich nicht im Rahmen dieser Absprache hielt, indem er O, statt ihn mit der Faust niederzuschlagen, erstochen hat. Angesichts der exakten Absprache des gemeinsamen Vorgehens war es gerade nicht A allein überlassen, wie O kampfunfähig gemacht werden sollte. Unabhängig vom geleisteten Tatbeitrag des B könnte sich die Abweichung des A vom gemeinsamen Tatplan demzufolge als sog. Mittäterexzess, eine Überschreitung des gemeinschaftlichen Entschlusses,⁴⁸ darstellen. Das hätte zur Folge, dass B das Einstechen auf O nicht zugerechnet werden kann.⁴⁹ Ein Exzess scheidet nicht schon deshalb aus, weil B das Handeln seines Tatgenossen gleichgültig war.⁵⁰ Dagegen spricht nicht nur die konkrete Vereinbarung zwischen A und B, sondern auch die Tatsache, dass B völlig geschockt war, als A plötzlich in den Hals des O stach.

Ein Mittäterexzess, aufgrund dessen nur der handelnde Mittäter haftet, ist aber nicht bei jeder Abweichung vom Tatplan anzunehmen. Unerheblich sind etwa unwesentliche Abweichungen, also solche, mit denen nach den Umständen des Falles für gewöhnlich zu rechnen ist⁵¹ oder bei denen die verabredete Tatausführung durch eine in Schwere und Gefährlichkeit gleichwertige ersetzt wird.⁵² Diese Voraussetzungen sind hier jedoch nicht erfüllt. Mit einem tödlichen Einsatz des Schraubendrehers war nicht zu rechnen, wenngleich A einen solchen – wie B wusste – bei sich führte. Zumal bisher auch keine Komplikationen bei der Planerfüllung (z.B. aufgrund von Gegenwehr des Opfers) den Einsatz des Schraubendrehers notwendig machten. Demgemäß rechnete auch B nicht mit einem Einsatz dieses Werkzeugs. Die Ausführung der Gewalt in Form von Stichen in den Hals des O übersteigt des Weiteren in Schwere und Gefährlichkeit in erheblichem Maße das vorher vereinbarte Niederschlagen des O mit der Faust. Stiche in den Hals bewirken – anders als ein Niederschlagen mit der Faust – eine sehr hohe Gefahr schwerer Gesundheitsfolgen und können unmittelbar in den Tod münden. Mithin bestehen vorliegend nicht unwesentliche Abweichungen vom gemeinsamen Tatplan.

Kommt man zum Ergebnis, dass aufgrund der Überschreitung des Tatplans durch A ein Exzess gegeben ist, würde es nahe liegen, B die von A ausgeübte Gewalt nicht zuzurechnen und somit eine mittäterschaftliche Raubbegehung zu verneinen. Bei einem solchen Vorgehen würde man aber außer Acht lassen, dass B aufgrund der mittäterschaftlichen Absprache eine Gewaltanwendung – wenn auch nur durch einen Faustschlag – wollte und auch seinen Beitrag zur Ermöglichung der Gewaltanwendung leistete. In Anbetracht

⁴⁸ Lackner/Kühl (Fn. 2), § 25 Rn. 17.

⁴⁹ Vgl. BGH NStZ 2006, 37; Wessels/Beulke (Fn. 46), Rn. 531.

⁵⁰ Vgl. Wessels/Beulke (Fn. 46), Rn. 531.

⁵¹ BGH GA 1985, 270; BGH NStZ 2000, 29; NStZ 2002, 597.

⁵² BGH NJW 73, 377; BGH NStZ 1985, 511 (513); BGH NStZ-RR 2006, 37; Lackner/Kühl (Fn. 2), § 25 Rn. 17.

⁴⁴ BGHSt 8, 396; 14, 192.

⁴⁵ Etwa BGHSt 28, 349; BGH GA 1974, 370; 1977, 306.

⁴⁶ Vgl. dazu Kühl, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 6. Aufl. 2008, § 20 Rn. 25 ff.; Wessels/Beulke, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 39. Aufl. 2009, Rn. 512 ff.

⁴⁷ BGHSt 6, 248, 249; Kühl (Fn. 46), § 20 Rn. 117.

dieser Erwägungen geht der BGH⁵³ in vergleichbaren Kons-tellationen davon aus, dass die tatsächlich erfolgte Gewalt-anwendung insofern noch zugerechnet werden kann, als sie vom gemeinsamen Tatplan gedeckt ist. Hier sollte nach dem gemeinsamen Tatplan Gewalt angewendet werden, und sol-che wurde letztlich auch angewendet, wenn auch durch Sti-che in den Hals. Nach dem BGH stellen in derartigen Fällen nur die nicht vereinbarte Ausführungsart und die damit be-wirkten erheblicheren Folgen wesentliche Abweichungen vom geplanten Vorgehen dar.⁵⁴ Diesem Ansatz folgend wür-de bezogen auf die geplante Gewaltanwendung als solche kein Exzess vorliegen.

Gegen eine derartige Zurechnung ist einzuwenden, dass auf diese Weise eine einheitliche Handlung in ein zurechen-bares und ein nicht zurechenbares Handeln aufgespalten und somit eine Art abstrakte Gewaltanwendung geschaffen wird. Betrachtet man zudem die konkrete Gewaltanwendung, be-steht hier ein erheblicher qualitativer Unterschied zwischen dem geplanten körperverletzenden Niederschlagen und dem tödlichen Zusteichen, was auch gegen eine Zurechnung auf Basis des Mittäterkonsenses spricht. Letztlich muss aber dem Umstand, dass das Niederschlagen im Zusteichen als „Minus“ enthalten ist,⁵⁵ Rechnung getragen werden, indem man die durchgeführte Gewaltanwendung insoweit zurechnet, wie in ihr die geplante Gewaltanwendung enthalten ist. Denn es wäre ein Wertungswiderspruch, wenn man eine grundsätzlich vom gemeinsamen Ausführungswillen umfasste Gewaltan-wendung nicht zurechnete, wenn tatsächlich Gewalt verübt wird. Diesem Vorgehen ist folglich zuzustimmen.

(b) Gemeinsame Tatausführung

B wird aber nur dann die Gewaltanwendung des A als eigene Handlung zugerechnet, wenn er auch im Übrigen Täter ist. Nach der sog. Tatherrschaftslehre muss B aufgrund eines objektiven Tatbeitrags Tatherrschaft gehabt haben, wobei er das Handeln in einer Weise mitbeherrscht haben muss, die die Tat zumindest auch als Werk seines mitgestaltenden Wil-lens erscheinen lässt (funktionale Tatherrschaft). Dies kann man aufgrund des arbeitsteiligen Vorgehens von A und B annehmen. B lenkte O ab, damit A Gewalt verüben konnte. Zudem wirkte er auf Grundlage des ursprünglichen Tatplans gleichrangig an der Wegnahme mit. Zur Täterstellung des B würde letztlich auch die Rechtsprechung kommen, die zwar auf den Willen zur Beteiligung abstellt, dabei aber ebenfalls objektive Tatumstände heranzieht. Da B täterschaftlich han-delte, kann ihm daher die Gewaltanwendung als solche zuge-rechnet werden.

(2) Zwischenergebnis

Auch B hat also (aufgrund mittäterschaftlicher Zurechnung) Gewalt gegen eine Person verübt.

Anmerkung: Lehnt man mit guten Argumenten eine mit-täterschaftliche Zurechnung (auch im Wege der sog. sukzessiven Mittäterschaft) ab, ist anschließend zu prü-fen, ob sich B wegen Beihilfe zum Raub des A (und diesbezüglichen Qualifikationen) strafbar gemacht hat. Zudem ist ein mittäterschaftlich begangener Diebstahl mit Waffen (§§ 242 Abs. 1, 244 Abs. 1 Nr. 1 lit. a, 25 Abs. 2 StGB) sowie ein versuchter schwerer Raub in Mittäterschaft (§§ 249 Abs. 1, 250 Abs. 1 Nr. 1 lit. a, Nr. 1 lit. c, 22, 23 Abs. 1, 25 Abs. 2 StGB) zu erörtern. Da B bei diesem Lösungsweg auch die von A begangene Kör-perverletzung nicht zuzurechnen ist, kommt zudem eine versuchte gefährliche Körperverletzung in Mittäterschaft gemäß §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1, 22, 23 Abs. 1, 25 Abs. 2 StGB in Betracht.

cc) Finale Verknüpfung

Da B ebenfalls handelte, um durch die Gewaltanwendung die Wegnahme der Sachen des O zu ermöglichen, ist auch die erforderliche finale Verknüpfung zu bejahen.

Der objektive Tatbestand des mittäterschaftlichen Raubes ist somit erfüllt.

b) Subjektiver Tatbestand

B handelte aufgrund des gemeinsamen Tatentschlusses und damit hinsichtlich der objektiven Tatbestandsmerkmale, einschließlich der die Mittäterschaft begründenden Umstän-de, vorsätzlich. Er handelte des Weiteren in der Absicht, sich den Fahrzeugschlüssel und das Fahrzeug selbst rechtswidrig zuzueignen. Damit ist auch der subjektive Tatbestand gege-ben.

2. Tatbestand der Erfolgsqualifikation

a) Eintritt der schweren Folge

Die schwere Folge des § 251 StGB, der Tod eines Menschen, ist eingetreten.

b) Vorsatz bezüglich der gefährdenden Handlung

Hier wurde der Tod des O durch den Einsatz des Schraubendre-hers in Form von Stichen in den Hals durch A verursacht. Bei mehreren Tatbeteiligten, von denen nur einer die unmit-telbare Todesursache setzt, wird für eine Strafbarkeit des Beteiligten nach § 251 StGB verlangt, dass ihm hinsichtlich der gefährdenden Handlung (zumindest bedingter) Vorsatz und hinsichtlich des Erfolges (wenigstens) Leichtfertigkeit anzulasten ist.⁵⁶

Zunächst muss sich der Vorsatz des B also gerade auf die Handlung des Grunddelikts beziehen, die sich in tatbestands-spezifischer Weise im Tod des O realisiert hat. Das waren vorliegend die Stiche des A in den Hals des O (s.o. A. III. 2. b). Fraglich ist, ob B bezüglich dieser Handlung Vorsatz hatte. Bei der Prüfung des Raubes wurde nämlich festgestellt, dass der gemeinsame Tatentschluss von A und B sich zwar

⁵³ BGH NStZ-RR 2006, 37 (38).

⁵⁴ BGH NStZ-RR 2006, 37 (38).

⁵⁵ Vgl. dazu *Walter*, NStZ 2008, 548 (550).

⁵⁶ *Kindhäuser*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Nomos Kommentar, Bd. 2, 3. Aufl. 2010, § 251 Rn. 11.

auf die Gewaltanwendung als solche erstreckt, darüber hinausgehend, also bezüglich der konkreten Ausführung der Gewalt mit dem Schraubendreher und den erheblicheren Folgen des Einsatzes dieses Werkzeuges, lag aber ein Exzess des A vor (s.o. B. I. 1. a) bb) [1]. [a]). B handelte also insoweit ohne Vorsatz.

Fraglich ist, wie es sich auswirkt, dass B im weiteren Geschehensverlauf im Bewusstsein der konkreten Gewaltanwendung des A an der Verwirklichung des Raubtatbestandes mitwirkte. Denn die Rechtsprechung tendiert dazu, dem Hinzutretenden im Wege der sog. sukzessiven Mittäterschaft auch die ihm bekannten Tatteile zuzurechnen, die bereits vor dessen Eintritt in die Tatausführung verwirklicht wurden.⁵⁷ Begründet wird dies damit, dass sich das Einverständnis des neuen Mitwirkenden aufgrund der Kenntnis und der Billigung des bisherigen Geschehens auf den verbrecherischen Gesamtplan beziehe.⁵⁸ Eine sukzessive Zurechnung soll freilich auch für den Fall erfolgen, dass sich ein Mittäter nach dem Exzess eines anderen Mittäters weiter an der Vollendung der Tat beteiligt.⁵⁹ Im vorliegenden Kontext ist entscheidend, dass für die Rechtsprechung aus der Annahme einer sukzessiven Mittäterschaft folgt, dass der Hinzutretende bezüglich des gesamten deliktischen Geschehens Vorsatz hat.⁶⁰

Vorliegend wirkte B in Kenntnis der tödlichen Gewaltanwendung des A weiterhin an der Verwirklichung der Raubtat mit. Sukzessiv erstreckte sich also unter Zugrundelegung der Ansicht der Rechtsprechung sein Vorsatz auch auf die zum Tod führende konkrete Gewaltanwendung.⁶¹ Danach würde sich also der Exzess des A aufgrund der weiteren Mitwirkung des B an der Deliktvollendung in Kenntnis des Exzesses nicht auf dessen Vorsatz auswirken. B hätte somit Vorsatz bezüglich der Stiche in den Hals, die sich hier im Tod realisierten.

Mit der herrschenden Lehre ist aber die Figur der sukzessiven Mittäterschaft mit ihren aufgezeigten Konsequenzen abzulehnen. Ist bereits ein Tatteil vollständig abgeschlossen, so kann sich trotz Ausnutzung dieses Umstandes durch den Hinzukommenden keine Mittäterschaft an der Gesamttat mehr ergeben.⁶² Die bloße Billigung oder Ausnutzung bereits realisierter Tatbestandsmerkmale ersetzt nicht die – für Mittäterschaft erforderliche – gemeinsame Beherrschung des Tatgeschehens.⁶³ Weiterhin kann der notwendige gemeinsame Tatentschluss und somit der Vorsatz des Mittäters nicht erst

im Nachhinein hergestellt werden. Der Tatentschluss kann sich nur auf zukünftiges gemeinsames Handeln beziehen. Ansonsten käme man zur Bestrafung eines sog. dolus subsequens, also eines nachträglichen Vorsatzes.⁶⁴

B hatte daher schon keinen Vorsatz bezüglich der Handlung, die sich im Tod des O realisierte.

c) Zwischenergebnis

Der Tatbestand der Erfolgsqualifikation des § 251 StGB ist somit nicht erfüllt.

3. Rechtswidrigkeit und Schuld

B handelte rechtswidrig und schuldhaft.

4. Ergebnis

B hat sich daher nur wegen mittäterschaftlichen Raubes gemäß §§ 249 Abs. 1, 25 Abs. 2 StGB strafbar gemacht. Eine Strafbarkeit wegen Raubes mit Todesfolge scheidet dagegen aus.

II. Schwerer Raub in Mittäterschaft gemäß §§ 249 Abs. 1, 250 Abs. 1 und Abs. 2, 25 Abs. 2 StGB

B könnte sich aber wegen schweren Raubes in Mittäterschaft (§§ 249 Abs. 1, 250 Abs. 1, Abs. 2, 25 Abs. 2 StGB) strafbar gemacht haben.

1. Tatbestand des Grunddelikts

Der Tatbestand eines Raubes in Mittäterschaft liegt vor.

2. Tatbestand der Qualifikation

a) Qualifikationen des § 250 Abs. 2 StGB

A hat hier die Qualifikationstatbestände der Nr. 1, Nr. 3 lit. a und Nr. 3 lit. b des § 250 Abs. 2 StGB verwirklicht (s.o. A. II. 2.). B als Mittäter des Raubes hatte aber bezüglich der Verwirklichung dieser Tatbestände durch A keinen Vorsatz. Denn auf die Verwendung des Schraubendrehers als Gewaltmittel in Form von Stichen in den Hals, was eine schwere körperliche Misshandlung darstellt und die Todesgefahr bei O hervorruft, bezog sich der gemeinsame Tatentschluss von A und B gerade nicht. Vielmehr handelte A im Exzess, so dass B das Handeln nur insoweit zugerechnet werden kann, wie es dem Tatplan entsprach (s.o. B. I. 1. a) bb) [1] [a]). Danach war aber die Verwendung einer Waffe oder eines gefährlichen Werkzeuges nicht vorgesehen. Im Übrigen bezog sich der Tatplan auch nicht auf eine schwere körperliche Misshandlung des O oder auf die Herbeiführung einer Todesgefahr für O.

Der Einsatz des Schraubendrehers in der konkreten Form kann B auch nicht aufgrund seiner weiteren Mitwirkung am Raubgeschehen in Kenntnis der Sachlage im Wege der sog. sukzessiven Mittäterschaft zugerechnet werden. Ein solches

⁵⁷ Vgl. etwa BGHSt 2, 344 (346 f.); BGH JZ 1981, 596; BGH NSStZ 97, 336.

⁵⁸ BGHSt 2, 344 (346).

⁵⁹ BGH NSStZ 2008, 280 (281); vgl. auch BGH NSStZ-RR 2002, 9; BGH NSStZ 2004, 263.

⁶⁰ BGH NSStZ 2008, 280 (281); vgl. auch BGH NJW 1998, 3361 (3362).

⁶¹ So explizit der BGH in NSStZ 2008, 280 (281); ebenso *Fischer* (Fn. 2), § 251 Rn. 10, der ausdrücklich darauf hinweist, dass der Vorsatz auch sukzessiv hergestellt werden kann.

⁶² *Joecks* (Fn. 18), § 25 Rn. 182; *Kühl* (Fn. 46), § 20 Rn. 129; *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 2, 2003, § 25 Rn. 224 ff.

⁶³ *Kühl* (Fn. 46), § 20 Rn. 129; *Rengier* (Fn. 2), § 7 Rn. 47.

⁶⁴ *Murmann*, ZJS 2008, 456 (459); *Rengier* (Fn. 2), § 7 Rn. 47; *Stratenwerth/Kuhlen*, Strafrecht, Allgemeiner Teil I, 5. Aufl. 2004, § 12 Rn. 88.

Vorgehen ist auch im vorliegenden Zusammenhang aus den genannten Gründen abzulehnen (s.o. B. I. 2. b).

Die Qualifikationstatbestände der Nr. 1, 3 lit. a und 3 lit. b des § 250 Abs. 2 StGB sind mithin nicht erfüllt.

Anmerkung: Bezüglich § 250 Abs. 2 StGB könnte man noch an eine Prüfung der (sukzessiven) Beihilfe denken. Angesichts des Bearbeitungsumfangs wurde ein Eingehen auf diese Frage aber nicht erwartet. Zudem ist die sukzessive Beihilfe ähnlichen Einwänden ausgesetzt, wie die sukzessive Mittäterschaft (s.o. B. I. 2. b), und kann daher ebenfalls abgelehnt werden (a.A. vertretbar).

b) Beisichführen eines gefährlichen Werkzeugs, § 250 Abs. 1 Nr. 1 lit. a 2. Alt. StGB

aa) Objektiver Tatbestand

Hier könnte aber § 250 Abs. 1 Nr. 1 lit. a 2. Alt. StGB gegeben sein. B selbst führte zwar kein gefährliches Werkzeug bei sich. Allerdings könnte A als Täter des Raubes ein solches bei sich geführt haben, da er einen großen Schraubendreher mitbrachte und diesen sogar zur Gewaltanwendung einsetzte.

Nicht problematisch ist sicherlich, ob A den Gegenstand i.S.d. § 250 Abs. 1 Nr. 1 lit. a StGB bei sich führte, da ihm der Schraubendreher während des Raubes in räumlicher Nähe zur Verfügung stand,⁶⁵ was hier selbst nach dem Zusteichen – unabhängig von den Umständen des Falles – zu bejahen ist. Fraglich ist jedoch, ob es sich bei dem mitgeführten Schraubendreher um ein gefährliches Werkzeug handelt. Seit der Schaffung des § 250 Abs. 1 Nr. 1 lit. a StGB ist nämlich nicht geklärt, was darunter i.S.d. Vorschrift zu verstehen ist. Ein Rückgriff auf § 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB (s.o. A. II. 2. a) führt an dieser Stelle nicht weiter, da § 250 Abs. 1 Nr. 1 lit. a StGB gerade nur das Beisichführen des Gegenstands verlangt. In Rechtsprechung und Literatur lassen sich zu dieser Frage im Wesentlichen objektive und subjektive Ansätze unterscheiden.

Mehrheitlich wird der Fokus bei der Begriffsbestimmung auf objektive Gesichtspunkte gelegt. Es wird etwa danach gefragt, ob das Werkzeug bei seiner Verwendung als Verletzungsmittel generell dazu geeignet erscheint, erhebliche Beeinträchtigungen hervorzurufen bzw. ob es eine vergleichbare abstrakte Gefährlichkeit wie eine Waffe aufweist („Waffenähnlichkeit“).⁶⁶ Zusätzlich verlangen manche, dass das waffenähnliche Werkzeug aufgrund der konkreten Tatumstände objektiv dazu bestimmt erscheint, erhebliche Verletzungen herbeizuführen.⁶⁷

Dagegen soll nach einem im Schrifttum verbreiteten Ansatz die Absicht des Täters entscheidend sein, den mitgeführ-

ten Gegenstand (notfalls) wie eine Waffe einzusetzen.⁶⁸ Nach einer anderen Ansicht liegt ein gefährliches Werkzeug dann vor, wenn der Gegenstand vom Täter unabhängig von der Tat (generell) zur gefährlichen Verwendung vorgesehen wird.⁶⁹

Zu der diskutierten Frage hat sich kürzlich auch der BGH ausführlich geäußert.⁷⁰ Obwohl das Gericht in seiner Entscheidung von einer allgemeingültigen Definition Abstand nimmt, soll es bei der Beurteilung der Gefährlichkeit eines Gegenstands allein auf objektive Kriterien ankommen. Ausschlaggebend ist, ob der mitgeführte Gegenstand beim Einsatz gegen Personen aufgrund seiner Beschaffenheit geeignet ist, erhebliche Verletzungen herbeizuführen.⁷¹ Im konkreten Fall hat der BGH ein zusammenklappbares Taschenmesser mit längerer Klinge als vom Tatbestand des § 244 Abs. 1 Nr. 1 lit. a 2. Alt. StGB erfasst angesehen.

Der mitgeführte große Schraubendreher ist sicher objektiv dazu geeignet, erhebliche Verletzungen bei Menschen hervorzurufen. Er stellt ein scharfkantiges und unbiegsames Werkzeug dar, welches sich wie eine Stichwaffe einsetzen lässt. Er weist somit eine ähnliche Beschaffenheit und ein vergleichbares Verletzungspotential wie eine Waffe auf. Diese Beurteilung bestätigt sich hier beim Einsatz des Schraubendrehers gegen O. Mit den subjektiven Theorien gelangt man hier erst dann zur Annahme eines gefährlichen Werkzeugs, als A sich entschließt, den Schraubendreher wie eine Waffe gegen O einzusetzen. Erst in diesem Moment fasst A die erforderliche Verwendungsabsicht bzw. bestimmt er den Gegenstand zur gefährlichen Verwendung gegen Menschen. Indem A den Schraubendreher aus dem Rucksack zieht und auf O einsticht, ist dieser waffenähnliche Gegenstand darüber hinaus auch objektiv dazu bestimmt, erhebliche Verletzungen herbeizuführen. Da es genügt, wenn der Täter in irgendeinem Zeitpunkt zwischen Versuchsbeginn und Vollendung das gefährliche Werkzeug bei sich führt,⁷² hat A nach allen dargestellten Ansichten vorliegend ein solches bei sich geführt.

bb) Subjektiver Tatbestand

Der Qualifikationstatbestand ist aber nur dann erfüllt, wenn sich der Vorsatz des B darauf bezog, dass A ein gefährliches Werkzeug bei sich führte. Entscheidend ist dabei die Kenntnis der qualifizierenden Umstände. B wusste zwar, dass A den Schraubendreher bei sich trug und hatte daher Vorsatz bezüglich der waffenähnlichen Beschaffenheit und abstrakten Gefährlichkeit des Werkzeugs. Als er O ablenkte ging er aber davon aus, dass O von A niedergeschlagen wird. Er wusste nichts vom Entschluss des A, zum Schraubendreher zu greifen und ihn in den Hals des O zu rammen. B war sich der

⁶⁵ Vgl. dazu *Kindhäuser* (Fn. 56), § 244 Rn. 18.

⁶⁶ *Dencker*, JR 1999, 33 (35 f.); *Fischer*, (Fn. 2), § 244 Rn. 22 f.; *Mitsch*, ZStW 111 (1999), 65 (79); *Schroth*, NJW 1998, 2861 (2864); *Zieschang*, JuS 1999, 49 (51 f.).

⁶⁷ *Arzt*, in: *Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf*, Strafrecht, Besonderer Teil, 2. Aufl. 2009, § 14 Rn. 57; *Eser* (Fn. 18), § 244 Rn. 5; *Joecks* (Fn. 18), § 244 Rn. 13; *Kindhäuser* (Fn. 10), § 4 Rn. 5 ff.; *Schmitz* (Fn. 13), § 244 Rn. 14.

⁶⁸ *Küper*, Strafrecht, Besonderer Teil, 7. Aufl. 2008, S. 460; *Rengier* (Fn. 2), § 4 Rn. 34; *Wessels/Hillenkamp* (Fn. 2), Rn. 262b m.w.N.

⁶⁹ OLG Braunschweig NJW 2002, 1735 (1736); OLG Frankfurt StraFO 2006, 467; *Kasiske*, HRRS 2008, 381.

⁷⁰ BGH NJW 2008, 2861.

⁷¹ BGH NJW 2008, 2861 (2864).

⁷² *Wessels/Hillenkamp* (Fn. 2), Rn. 256 m.w.N zum Meinungsstand.

Umstände nicht bewusst, die den Schraubendreher nach den subjektiven Theorien bzw. nach der Theorie der objektiven Zweckbestimmung als gefährliches Werkzeug kennzeichnen. Es lässt sich daher nicht unter Zugrundelegung aller aufgeführten Theorien der subjektive Tatbestand des § 250 Abs. 1 Nr. 1 lit. a 2. Alt. StGB bejahen.

Der Qualifikationstatbestand des § 250 Abs. 1 Nr. 1 lit. a 2. Alt. StGB ist hier aber zumindest im Zeitpunkt der anschließenden Mitwirkung des B an der Wegnahme zu bejahen. In diesem Augenblick führt A nach den dargestellten Ansichten noch immer ein gefährliches Werkzeug bei sich. Insbesondere ist bei lebensnaher Betrachtung davon auszugehen, dass A den Schraubendreher im Bedarfsfall wiederum wie eine Waffe einzusetzen gedenkt. Dieser Gegenstand ist zudem noch objektiv zur Herbeiführung erheblicher Verletzungen bestimmt. Dieser Umstände ist sich B nun auch bewusst, da er die vorherigen Geschehnisse kennt. Er musste davon ausgehen, dass A im Bedarfsfall wieder zum Schraubendreher greifen wird und dass die objektive Zweckbestimmung des Schraubendrehers darin besteht, erhebliche Verletzungen herbeizuführen. Der subjektive Tatbestand des § 250 Abs. 1 Nr. 1 lit. a 2. Alt. StGB ist somit erfüllt.

B hat sich daher gemäß § 250 Abs. 1 Nr. 1 lit. a 2. Alt. StGB strafbar gemacht.

c) Gefahr einer schweren Gesundheitsschädigung, § 250 Abs. 1 Nr. 1 lit. c StGB

A brachte O durch die Tat des Weiteren auch in die Gefahr einer schweren Gesundheitsschädigung. Bezüglich der Verwendung des Schraubendrehers hatte B zwar keinen Vorsatz. Nach dem Tatplan war aber vorgesehen, dass O mit der Faust niedergestreckt werden sollte. Ob mit einem solchen Verhalten bereits eine konkrete Gefahr einer schweren Gesundheitsschädigung einhergeht, ist zweifelhaft. Letztlich trägt aber jeder körperliche Angriff, insbesondere auch ein wichtiger Faustschlag, der das Raubopfer außer Gefecht setzen soll, die konkrete Gefahr in sich, dass der Angegriffene schwere Gesundheitsschäden erleidet. Da somit auch nach dem Tatplan die Gefahr einer schweren Gesundheitsschädigung verwirklicht werden sollte, hatte B folglich auch Vorsatz bezüglich der Herbeiführung der Gefahr einer schweren Gesundheitsschädigung. Der Tatbestand des § 250 Abs. 1 Nr. 1 lit. c StGB ist demzufolge erfüllt.

Anmerkung: Ein anderes Ergebnis ist mit entsprechender Begründung sehr gut vertretbar.

3. Rechtswidrigkeit und Schuld

B handelte rechtswidrig und schuldhaft.

4. Ergebnis

B hat sich gemäß §§ 249 Abs. 1, 250 Abs. 1 Nr. 1 lit. a, Nr. 1 lit. c, 25 Abs. 2 StGB strafbar gemacht.

III. Beihilfe zum Totschlag gemäß §§ 212 Abs. 1, 27 StGB durch Ablenken des O

Für eine Strafbarkeit des B wegen Beihilfe zum Totschlag (§§ 212 Abs. 1, 27 StGB) aufgrund des Ablenkens des O fehlt es vorliegend ersichtlich am Vorsatz des B. B wusste im Zeitpunkt des Ablenkens weder um die Absichten des A, O zu erstechen, noch war B klar, dass das Ablenken sich fördernd auf die Tötung des O auswirkt.

IV. Beihilfe zum Totschlag gemäß §§ 212 Abs. 1, 27 StGB durch Mithilfe beim Verstecken des O

A könnte sich aber wegen Beihilfe zum Totschlag gemäß §§ 212 Abs. 1, 27 StGB strafbar gemacht haben, indem er half, den tödlich verletzten O zu verstecken.

1. Objektiver Tatbestand

Eine teilnahmefähige Haupttat ist mit dem Totschlag des A gegeben. Es fragt sich jedoch, inwieweit das Helfen des A beim Verstecken des Opfers eine Hilfeleistung darstellt. Entscheidend ist letztlich nämlich, dass bei der Beihilfe als akzessorische Beteiligung an der Haupttat ein Beitrag zu tatbestandlichen Ausführungshandlung erfolgt. Hier ist die Tat zwar formell noch nicht vollendet, da O erst nach dem Verstecken verstirbt und es somit noch am Taterfolg des Totschlags fehlt. Letztlich ist aber die Ausführungshandlung gleichwohl abgeschlossen. Die Mithilfe des B beim Verstecken des O hat weder Auswirkungen auf den Eintritt des Todes noch erleichtert es die Tathandlung, die bereits vollständig abgeschlossen ist. Eine Beihilfehandlung ist daher im Verstecken des O nicht zu erblicken.⁷³

2. Ergebnis

Damit ist B auch diesbezüglich nicht wegen Beihilfe zum Totschlag zu bestrafen.⁷⁴

V. Gefährliche Körperverletzung in Mittäterschaft gemäß §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nr. 2, 3, 4, 25 Abs. 2 StGB

Dadurch, dass B den O ablenkte und A infolgedessen auf O einstechen konnte, könnte B sich wegen gefährlicher Körperverletzung in Mittäterschaft gemäß §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nr. 2, 3, 4, 25 Abs. 2 StGB strafbar gemacht haben.

1. Tatbestand des Grunddelikts

a) Objektiver Tatbestand

Die Stiche in den Hals des O stellen sich zweifellos sowohl als körperliche Misshandlung wie auch als Gesundheitsschädigung dar, so dass an sich der objektive Tatbestand des § 223 Abs. 1 StGB erfüllt ist. Die Verletzungshandlung, das Zustechen mit dem Schraubendreher, wurde hier aber nicht von B, sondern von A ausgeführt. Fraglich ist, ob das Han-

⁷³ Wie hier für die vergleichbare Konstellation in BGH NStZ 2008, 280: *Walter*, NStZ 2008, 548 (549).

⁷⁴ Vgl. aber auch BGH NStZ 2008, 280. Dort wird durch den BGH ohne nähere Ausführungen eine Beihilfe zum Mord angenommen.

deln des A aufgrund Mittäterschaft (§ 25 Abs. 2 StGB) dem B wie eigenes Handeln zugerechnet werden kann.

Problematisch ist hier, dass A aufgrund des gemeinsamen Tatplans O lediglich mit Faustgewalt niederschlagen und nicht mit seinem Schraubendreher niederstechen sollte, er folglich einen Exzess beging (s.o. B. I. 1. a) bb) [1] [a]). Im Rahmen der Prüfung des Raubes in Mittäterschaft wurde B aber das Handeln des A – trotz diesbezüglichen Exzesses – als eigene Gewaltanwendung insoweit zugerechnet, wie sie auch dem gemeinsamen Tatplan zugrunde lag, letztlich also die Gewaltanwendung als solche. Im vorliegenden Kontext kann nichts anderes gelten, wenn man bedenkt, dass Gewaltanwendung und Körperverletzungshandlung in einem Akt zusammenfallen. Die Körperverletzung des A kann B also insoweit zugerechnet werden, als sie nicht über den Tatplan hinausging.⁷⁵ Zum Tatplan gehörte das Niederschlagen des O mit der Faust, das ebenso den Tatbestand einer Körperverletzung erfüllt. Bezüglich dieses Verhaltens agierte B als Mittäter. Der objektive Tatbestand der (mittäterschaftlichen) Körperverletzung ist erfüllt.

b) Subjektiver Tatbestand

B handelte auch vorsätzlich, so dass auch der subjektive Tatbestand vorliegt.

2. Tatbestand der Qualifikation

Das Einstechen des A auf O mit dem Schraubendreher erfüllt die Voraussetzungen des § 224 Abs. 1 Nr. 2 2. Alt. StGB. Nach dem Tatplan sollte jedoch kein gefährliches Werkzeug (bzw. keine Waffe) zur Ausführung der Körperverletzung zum Einsatz kommen. Die Verwendung des gefährlichen Werkzeugs kann B daher nicht zugerechnet werden. Der objektive Tatbestand des § 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB ist in seiner Person folglich nicht erfüllt.

Jedoch hat B Nr. 3 und Nr. 4 des § 224 Abs. 1 StGB mit-täterschaftlich verwirklicht. Da A sich nach dem gemeinsamen Tatplan von hinten an O heranschlich, während B diesen ablenkte und beide damit unter Verdeckung ihrer wahren Absichten handelten, um O die Abwehr unmöglich zu machen,⁷⁶ liegt aufgrund der Zurechnung des Verhaltens des A ein hinterlistiger Überfall i.S.d. § 224 Abs. 1 Nr. 3 StGB vor. Aufgrund des auch geplanten gemeinschaftlichen Zusammenwirkens von A und B bei der Körperverletzung hat B auch § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB erfüllt.

B handelte bezüglich der objektiven Qualifikationsmerkmale auch vorsätzlich.

3. Rechtswidrigkeit und Schuld

Rechtswidriges und schuldhaftes Handeln ist ebenfalls gegeben.

4. Ergebnis

B hat sich aus §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nr. 3, 4, 25 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

Anmerkung: Zu denken ist grundsätzlich immer auch an § 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB. Der Sachverhalt enthält letztlich aber für die Annahme einer abstrakten Lebensgefahr aufgrund der ursprünglich geplanten Verletzungshandlung nicht genügend Angaben.

VI. Fahrlässige Tötung gemäß § 222 StGB

Der Tod eines Menschen ist eingetreten. B handelte aufgrund seiner Beteiligung an der Raubtat durch das Ablenken des O auch pflichtwidrig; zumal dann, wenn A einen Schraubendreher bei sich führt. Dass A ein solches Werkzeug bei sich führt, war ihm auch bewusst. Jedoch war es ihm nicht vorhersehbar, dass A gleich zu Beginn der geplanten Raubtat O vorsätzlich ersticht. Zum einen war hier genau abgesprochen, wie vorgegangen werden soll. Das „Wie“ der Gewaltausführung war A also nicht überlassen. Zudem sollte lediglich Faustgewalt angewendet werden, so dass die sehr erhebliche Überschreitung der abgesprochen Gewaltqualität ebenfalls dafür spricht, dass das Verhalten des A nicht vorhersehbar war. Das könnte man etwa dann bejahen, wenn es zu Komplikationen während des Raubgeschehens z.B. aufgrund von Gegenwehr des Opfers kommt. Gegen die Vorhersehbarkeit der tödlichen Verwendung des Schraubendrehers spricht zudem auch die Sachverhaltsgestaltung. A führte den Schraubendreher zunächst nur deshalb bei sich, um ein Auto aufzubrechen.

B hat sich folglich nicht wegen fahrlässiger Tötung gemäß § 222 StGB strafbar gemacht.

Anmerkung: Ein anderes Ergebnis ist mit entsprechender Begründung ebenso gut vertretbar.

VII. Totschlag durch Unterlassen gemäß §§ 212 Abs. 1, 13 Abs. 1 StGB

In Betracht kommt des Weiteren eine Strafbarkeit des B wegen Totschlags durch Unterlassen gemäß §§ 212 Abs. 1, 13 Abs. 1 StGB. B unterließ es, dem verletzten O zu helfen. Laut Sachverhalt hatte O aufgrund der Stiche jedoch bereits tödliche Verletzungen erlitten. Seine Halsschlagader war getroffen, was unmittelbar zum Verbluten des O führte. Denkbare Hilfsmaßnahmen – insbesondere außerhalb stationärer medizinischer Versorgung – waren für B nicht gegeben. Insoweit lässt sich schon die Möglichkeit der Erfolgsverhinderung im vorliegenden Fall ablehnen.

B hat sich demzufolge nicht wegen Totschlags durch Unterlassen strafbar gemacht.

Anmerkung: Der Sachverhalt ist bezüglich dieser Gesichtspunkte etwas dünn. Zumindest in dubio reo wird man aber die Möglichkeit der Erfolgsverhinderung verneinen können. Bejaht man hier dennoch die Möglichkeit der Erfolgsverhinderung, so muss man letztlich jedoch die sog. Quasikausalität zwischen dem Unterlassen und

⁷⁵ Vgl. explizit zum Fall der Körperverletzung BGH NStZ-RR 2006, 37.

⁷⁶ Vgl. Fischer (Fn. 2), § 224 Rn. 10.

dem Erfolgseintritt ablehnen. Eine Rettungshandlung des B – wie z.B. das Herbeirufen eines Notarztes oder die Anwendung eigener Erste-Hilfe-Maßnahmen – kann nämlich nicht hinzugedacht werden, ohne dass der Erfolg mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit entfiel.⁷⁷

VIII. Aussetzung gemäß § 221 Abs. 1 StGB

Dadurch, dass B bei der Herbeiführung der schweren Verletzung des O mitwirkte, könnte er sich wegen Aussetzung strafbar gemacht haben. Dies würde objektiv voraussetzen, dass er O in eine hilflose Lage versetzt hat. Mag man dies noch bejahen können, so fehlte B doch im Zeitpunkt des Ablenkens der diesbezügliche Vorsatz.

Zudem kommt ein Aussetzen durch ein Im-Stich-Lassen des O in Betracht. Der Sachverhalt legt jedoch nahe, dass B davon ausging, keine Hilfe mehr leisten zu können. Ihm fehlt es daher zumindest am Vorsatz hinsichtlich des Im-Stich-Lassens des O. Denn ein solches scheidet aus, wenn der Täter nicht mehr in der Lage ist, zu helfen.

B hat sich daher nicht wegen Aussetzung gemäß § 221 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

IX. Unterlassene Hilfeleistung gemäß § 323c StGB

B hat sich nicht nach § 323c StGB strafbar gemacht, da hier wegen der fehlenden Möglichkeit zur Verhinderung des Todes des O eine Hilfeleistung durch B bereits nicht erforderlich war.

X. Hausfriedensbruch gemäß § 123 Abs. 1 StGB

Bei B scheidet – anders als bei A – eine Strafbarkeit wegen Hausfriedensbruch gemäß § 123 Abs. 1 StGB aus. O sollte in seinem Garten überfallen werden, so dass davon auszugehen ist, dass B sich mit Einverständnis des O Zugang zu dessen Garten verschafft hat.

XI. Strafvereitelung gemäß § 258 Abs. 1 StGB

Da B dem A beim Verstecken des Raubopfers half, könnte er sich wegen Strafvereitelung gemäß § 258 Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben.

Eine Strafbarkeit scheidet hier aber zumindest an der Regelung des § 258 Abs. 5 StGB, da es B bei sachverhaltensnaher Auslegung auch darauf ankommt, seine Bestrafung zu verhindern.

XII. Konkurrenzen

§§ 249 Abs. 1, 25 Abs. 2 StGB tritt im Wege der Spezialität hinter §§ 249 Abs. 1, 250 Abs. 1 Nr. 1 lit. a, Nr. 1 lit. c, 25 Abs. 2 StGB zurück. Dazu steht wiederum die gefährliche Körperverletzung in Mittäterschaft gemäß §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nr. 3, 4, 25 Abs. 2 StGB in Tateinheit, die gegenüber dem mitverwirklichten Grunddelikt, der mittäterschaftlichen Körperverletzung, als *lex specialis* vorgeht.

Der auch bei B in Betracht zu ziehende § 248b Abs. 1 StGB tritt hier ebenfalls zumindest aufgrund der gesetzlich angeordneten Subsidiarität zurück

B hat sich gemäß §§ 249 Abs. 1, 250 Abs. 1 Nr. 1 lit. a, Nr. 1 c, 25 Abs. 2, 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nr. 3, 4, 25 Abs. 2, 52 StGB strafbar gemacht.

2. Tatkomplex: Der Tankstellenbesuch – Strafbarkeit von A und B

Anmerkung: Hier sollten A und B sinnvollerweise gemeinsam geprüft werden, da im Sachverhalt des 2. Tatkomplexes nicht zwischen beiden Tatbeteiligten differenziert wird.

I. Diebstahl in Mittäterschaft gemäß §§ 242 Abs. 1, 25 Abs. 2 StGB durch das Einfüllen des Kraftstoffs

A und B könnten sich durch das Einfüllen des Kraftstoffs in den Tank wegen eines Diebstahls in Mittäterschaft gemäß §§ 242 Abs. 1, 25 Abs. 2 StGB strafbar gemacht haben.

1. Tatbestand

A und B müssten eine fremde bewegliche Sache weggenommen haben. Als taugliches Tatobjekt kommt hier allein der getankte Kraftstoff in Betracht. Unter einer Sache versteht man jeden körperlichen Gegenstand unabhängig von seinem Aggregatzustand.⁷⁸ Der Kraftstoff stellt als Flüssigkeit einen körperlichen Gegenstand dar. Da der Kraftstoff auch tatsächlich fortbewegt werden kann, ist darin eine bewegliche Sache zu sehen.

Der Kraftstoff müsste im Zeitpunkt des Einfüllens zudem fremd gewesen sein. Fremd ist eine Sache, wenn sie zumindest auch im Eigentum eines anderen steht.⁷⁹ Fraglich ist daher, ob das Eigentum am Benzin gleichzeitig mit dessen Einfüllen auf A und B übergegangen ist. In diesem Fall müsste die Fremdheit des Kraftstoffs wohl verneint werden.⁸⁰

Diese schwierige und umstrittene Frage muss nicht diskutiert und entschieden werden, wenn hier bereits eine Wegnahme zu verneinen ist. Darunter versteht man den Bruch fremden und die Begründung neuen Gewahrsams.⁸¹ Gewahrsam am Benzin hatte zunächst T. Mit dem Einfüllen des Benzins erlangen daran A und B Gewahrsam. Ein Gewahrsamsbruch liegt nicht vor, wenn T mit dem Gewahrsamsübergang einverstanden war. Die h.M. bejaht ein Einverständnis des Tankstelleninhabers, der seine Tankstelle als Selbstbedienungseinrichtung betreibt.⁸² Durch die Freischaltung der Zapfsäule ist jener mit dem Gewahrsamswechsel einverstanden. Es kommt nicht darauf an, ob der Kunde beim

⁷⁸ Fischer (Fn. 2), § 242 Rn. 3; Rengier (Fn. 2), § 2 Rn. 4.

⁷⁹ Rengier (Fn. 2), § 2 Rn. 6; Wessels/Hillenkamp (Fn. 2), Rn. 68.

⁸⁰ Siehe dazu aber auch Lange/Trost, JuS 2003, 961 (963).

⁸¹ Vgl. Rengier (Fn. 2), § 2 Rn. 10 ff.

⁸² Hoyer, in: Rudolphi u.a. (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 116. Lfg. Stand: November 2008, § 242 Rn. 57; Lackner/Kühl (Fn. 2), § 242 Rn. 14 m.w.N.

⁷⁷ Vgl. dazu Kühl (Fn. 46), § 18 Rn. 36.

Tanken beobachtet wird. Zum Teil wird das Einverständnis als durch die Zahlung des Benzins bedingt angesehen.⁸³ Eine solche Einschränkung wirkt jedoch gekünstelt und ist daher nicht anzunehmen. Dem Tankstelleninhaber steht es gerade frei, das Benzin erst nach der Bezahlung freizugeben. Daher ist hier ein Gewahrsamsbruch nicht gegeben. Eine Wegnahme ist demzufolge zu verneinen.

Der Tatbestand des § 242 Abs. 1 StGB ist nicht erfüllt.

2. Ergebnis

A und B haben sich demnach nicht nach § 242 Abs. 1, 25 Abs. 2 StGB strafbar gemacht.

II. Betrug in Mittäterschaft gemäß §§ 263 Abs. 1, 25 Abs. 2 StGB gegenüber und zulasten des T durch das Einfüllen des Kraftstoffs

In Betracht kommt jedoch eine Strafbarkeit wegen Betruges in Mittäterschaft gemäß §§ 263 Abs. 1, 25 Abs. 2 StGB durch das Einfüllen des Kraftstoffs.

1. Tatbestand

Hierfür müssten A und B über Tatsachen getäuscht haben. Zumindest täuschten beide beim Einfüllen des Kraftstoffs nicht über ihre Zahlungsbereitschaft als innere Tatsache, da sie zunächst entschlossen sind, den fälligen Rechnungsbetrag gegenüber T zu begleichen.

Als Gegenstand der Täuschung kommt weiterhin die Zahlungsfähigkeit in Betracht. A und B hatten vor, mit dem verwendeten Geld des O zu bezahlen. Da sie T an diesem Geld wegen der Regelung in § 935 Abs. 2 BGB grundsätzlich auch Eigentum verschaffen können, täuschten sie folglich auch nicht über ihre Zahlungsfähigkeit.

Da bereits eine Täuschung abzulehnen ist, ist der Tatbestand des Betruges nicht erfüllt.

2. Ergebnis

A und B haben sich auch nicht nach §§ 263 Abs. 1, 25 Abs. 2 StGB strafbar gemacht.

III. Unterschlagung in Mittäterschaft gemäß §§ 246 Abs. 1, 25 Abs. 2 StGB durch das Einfüllen des Kraftstoffs

Im Einfüllen des Kraftstoffs lässt sich zwar die Manifestation eines Zueignungswillens sehen. Unabhängig davon, ob der Kraftstoff in diesem Zeitpunkt noch fremd ist, fehlt es aber an der Rechtswidrigkeit der Zueignung, da der Tankstelleninhaber mit dem Einfüllen des Benzins einverstanden ist. § 246 Abs. 1 StGB durch das Einfüllen des Kraftstoffs scheidet demnach aus.

IV. Unterschlagung in Mittäterschaft gemäß §§ 246 Abs. 1, 25 Abs. 2 StGB durch das Verlassen des Geländes des T

A und B könnten sich aber dadurch einer mittäterschaftlichen Unterschlagung gemäß §§ 246 Abs. 1, 25 Abs. 2 StGB strafbar gemacht haben, dass sie ohne Bezahlen das Gelände des T verließen.

1. Objektiver Tatbestand

Beim Kraftstoff handelt es sich um eine bewegliche Sache.

Im Verlassen des Tankstellengeländes des T ist zudem auch eine Zueignung zu sehen. Denn durch das Wegfahren manifestiert sich bei A und B der Zueignungswille hinsichtlich des Kraftstoffes, insbesondere weil sie ihn dadurch verbrauchen.

Fraglich ist aber, ob überhaupt ein taugliches Tatobjekt vorlag. Der Kraftstoff müsste nämlich beim Wegfahren auch fremd gewesen sein. Das ist dann nicht der Fall, wenn A und B vorher Eigentümer des Kraftstoffs geworden sind.

Da A und B den Kraftstoff vor dem Wegfahren in den Tank des Wagens gefüllt haben, könnte man zunächst an den gesetzlichen Eigentumserwerb der Vermischung (§§ 948, 947 BGB) denken. Das setzt voraus, dass A und B Eigentümer des bereits im Tank befindlichen Benzins sind. Hier stehen der Wagen und das im Tank befindliche Benzin aber im Eigentum des O bzw. im Eigentum der Erben des O. Ein Eigentumserwerb kraft Vermischung nach §§ 948, 947 BGB zugunsten von A und B kann daher nicht erfolgen. Auf dieser Grundlage könnten lediglich O bzw. dessen Erben Eigentum am Kraftstoff erlangen. A und B sind somit nicht aufgrund gesetzlicher Anordnung Eigentümer des getankten Benzins geworden.

Anmerkung: Selbst wenn ein Eigentumserwerb durch Vermischung – anders als hier – prinzipiell in Frage käme, hätten A und B kein (Allein-)Eigentum am getankten Kraftstoff erlangt. Denn laut Sachverhalt war der Tankinhalt fast aufgebraucht und das Duo tankte den Wagen voll. T hätte somit zumindest Miteigentum an dem im Tank befindlichen Benzin erhalten.

Weiterhin könnten A und B jedoch rechtsgeschäftlich Eigentum am Benzin erworben haben.

Man könnte zunächst daran denken, dass beim Tanken im Wege der Selbstbedienung bereits im Zeitpunkt des Einfüllens das Eigentum am Benzin auf den Kunden übergeht.⁸⁴ In der Bereitstellung der Tanksäule wäre demnach ein Übereignungsangebot zu sehen, das der Kunde durch Einfüllen des Benzins annimmt. Die Ansicht, die diese Konstruktion favorisiert, begründet dies vor allem mit einem Vergleich zum Kauf an Warenautomaten, wonach ebenfalls Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft durch die ordnungsgemäße Bedienung des Automaten zustande kommen. Danach hätten A und B Eigentum am getankten Kraftstoff erworben.

⁸³ Vgl. aber auch T. Walter, Betrugsstrafrecht in Frankreich und Deutschland, 1999, S. 441 f.

⁸⁴ So etwa OLG Düsseldorf JR 1982, 343; Herzberg, NStZ 1983, 251; Seier, JA 1982, 518.

Gegen diese Konstruktion spricht aber die bestehende Interessenslage. Mit der Einrichtung von Selbstbedienungszapfsäulen will der Tankstelleninhaber den Tankvorgang effizient gestalten, aber nicht bereits das Eigentum am Benzin an der Zapfsäule übertragen. Vielmehr ist ihm daran gelegen, das Eigentum bis zur Bezahlung der Tankrechnung zu behalten. Daher ist man sich weitgehend einig, dass das Eigentum am Kraftstoff erst an der Kasse bei Bezahlung übergeht. Umstritten ist dabei, welche Konstruktion der Eigentumsübertragung zugrunde liegt: während die Einen von einer durch die Kaufpreiszahlung aufschiebend bedingten Übereignung (§§ 929 S. 1, 158 Abs. 1 BGB) ausgehen,⁸⁵ meinen die Anderen, dass sich die Übereignung im Kassenraum gemäß § 929 S. 2 BGB vollzieht.⁸⁶ Eine detaillierte Auseinandersetzung muss an dieser Stelle nicht erfolgen, da jedenfalls die Meinung abzulehnen ist, die eine Übereignung an der Zapfsäule befürwortet. Der Vergleich mit dem Kauf am Warenautomaten „hinkt“, da der Kunde in diesem Fall in Vorleistung geht, was beim Tanken gerade nicht der Fall ist. Hier geht der Verkäufer in Vorleistung. Festzuhalten ist daher, dass der Kunde bis zur Bezahlung rechtsgeschäftlich kein Eigentum am Benzin erhält. Somit haben A und B vor dem Wegfahren auch rechtsgeschäftlich kein Eigentum am getankten Benzin erworben.

Im Zeitpunkt des Wegfahrens handelt es sich somit beim Benzin um eine fremde Sache, die sich A und B – wie bereits festgestellt – durch das Wegfahren auch zueignen.

Des Weiteren erfolgt diese Zueignung rechtswidrig.

Der objektive Tatbestand ist erfüllt.

2. Subjektiver Tatbestand

A und B erfüllen auch den subjektiven Tatbestand, da sie Vorsatz hinsichtlich der Erfüllung der objektiven Tatbestandsmerkmale haben und zudem Aneignungswillen aufweisen.

3. Rechtswidrigkeit und Schuld

Rechtswidrigkeit und Schuld sind gegeben.

4. Ergebnis

A und B haben sich durch das Verlassen des Geländes des T gemäß §§ 246 Abs. 1, 25 Abs. 2 StGB (Unterschlagung in Mittäterschaft) strafbar gemacht.

3. Tatkomplex: Die Kneipentour

I. Strafbarkeit des F wegen Beteiligung an einer Schlägerei gemäß § 231 Abs. 1 StGB

Indem sich F im Rahmen der Auseinandersetzung in der Bar prügelte, könnte er sich wegen Beteiligung an einer Schlägerei gemäß § 231 Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben.

1. Tatbestand

Der objektive Tatbestand des § 231 Abs. 1 StGB setzt als Tatsituation eine Schlägerei oder einen von mehreren verübten Angriff voraus. Hier kommt nur eine Schlägerei in Betracht. Darunter versteht man eine mit gegenseitigen Körperverletzungen verbundene tätliche Auseinandersetzung, bei der mindestens drei Personen aktiv körperlich mitwirken.⁸⁷ Vorliegend wird laut Sachverhalt aufeinander eingeschlagen und eingepügelte. Eine tätliche Auseinandersetzung, die gegenseitige Körperverletzungen zur Folge hat, liegt somit vor, was vor allem auch die Verletzung des B deutlich macht. Neben F sind auch B und die Angehörigen der gegnerischen Gruppe in die Prügelei eingebunden, so dass auch mindestens drei Personen körperlich aktiv an der tätlichen Auseinandersetzung mitwirken. Eine Schlägerei ist mithin zu bejahen.

An dieser Schlägerei beteiligt sich F auch, indem er sich aktiv mit den anderen Mitwirkenden prügelt. F handelte zudem vorsätzlich hinsichtlich seiner Beteiligung an der Schlägerei.

Der Tatbestand des § 231 Abs. 1 StGB ist damit erfüllt.

2. Objektive Bedingung der Strafbarkeit (Tatbestandsannex)

Weitere Voraussetzung ist, dass durch die Schlägerei eine der in § 231 Abs. 1 StGB beschriebenen schweren Folgen verursacht worden ist. Die verlangte Verursachung einer schweren Folge durch die Schlägerei stellt eine sog. objektive Bedingung der Strafbarkeit dar, so dass sich der Vorsatz darauf nicht zu beziehen braucht.⁸⁸ Erforderlich ist nach § 231 Abs. 1 StGB der Eintritt des Todes eines Menschen oder das Vorliegen einer schweren Körperverletzung. Der Tod eines Menschen ist hier nicht erfolgt. Es fragt sich, ob durch die Schlägerei eine schwere Körperverletzung eingetreten ist. Das Gesetz selbst enthält diesbezüglich einen Hinweis auf § 226 StGB, den Tatbestand der schweren Körperverletzung. Da B hier das Sehvermögen auf einem Auge verlor, liegt eine schwere Körperverletzung (§ 226 Abs. 1 Nr. 1. Fall StGB) vor.

Für den Eintritt der schweren Körperverletzung war die Schlägerei ursächlich. Darüber hinaus muss sich in der schweren Folge gerade die in der Schlägerei angelegte Gefahr realisiert haben.⁸⁹ Eine typische Gefahr der Schlägerei ist, dass die Beteiligten irreparable Körperschäden davontragen, da eine derartige Auseinandersetzung meist eskaliert und – wie hier geschehen – sehr heftig geführt wird. In der schweren Verletzung des B hat sich somit eine in der Schlä-

⁸⁵ OLG Hamm NSStZ 1983, 266; *Lange/Trost*, JuS 2003, 961 (964).

⁸⁶ OLG Koblenz NSStZ-RR 1998, 364; *Eser* (Fn. 18), § 246 Rn. 7.

⁸⁷ BGHSt 31, 124 (125); *Küper* (Fn. 68), S. 262; *Lackner/Kühl* (Fn. 2), § 231 Rn. 2.

⁸⁸ BGHSt 33, 100 (103); *Satzger*, Jura 2006, 110 f.; zum Teil wird bezüglich des Eintritts der schweren Folge fahrlässiges Handeln verlangt, vgl. *Hirsch* (Fn. 39), § 231 Rn. 1, 13, 15; *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 4. Aufl. 2006, § 23 Rn. 12.

⁸⁹ *Horn/Wolters*, in: Rudolphi u.a. (Fn. 82), § 231 Rn. 8a; *Joecks* (Fn. 18), § 231 Rn. 7; *Lackner/Kühl* (Fn. 2), § 231 Rn. 5.

gerei angelegte Gefahr realisiert. Die objektive Bedingung der Strafbarkeit ist gegeben.

3. Rechtswidrigkeit und Schuld

Rechtfertigungs-, Entschuldigungs- oder Schuldausschlussgründe, auf die auch § 231 Abs. 2 StGB hinweist, sind nicht ersichtlich. F handelte rechtswidrig und schuldhaft.

4. Ergebnis

F hat sich wegen Beteiligung an einer Schlägerei gemäß § 231 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

II. Strafbarkeit des B wegen Beteiligung an einer Schlägerei gemäß § 231 Abs. 1 StGB

B könnte sich ebenfalls wegen Beteiligung an einer Schlägerei gemäß § 231 Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben.

1. Tatbestand

Bereits dargelegt wurde, dass es sich bei der tätlichen Auseinandersetzung in der Bar um eine Schlägerei handelt. Laut Sachverhalt prügelt sich B mit anderen Personen, so dass er an dieser Schlägerei auch beteiligt ist. Da er zudem vorsätzlich handelte, ist der Tatbestand hier erfüllt.

2. Objektive Bedingung der Strafbarkeit (Tatbestandsannex)

Im Rahmen der Erörterung der Strafbarkeit des F nach § 231 Abs. 1 StGB wurde ebenfalls bereits festgestellt, dass die objektive Bedingung der Strafbarkeit im vorliegenden Fall gegeben ist.

Gleichwohl ist hier zu berücksichtigen, dass die durch die Schlägerei verursachte schwere Körperverletzung i.S.d. § 226 StGB – die objektive Bedingung der Strafbarkeit – allein in der Person des B eingetreten ist. Lediglich er hat sich als Beteiligter der Schlägerei schwer verletzt, was die Strafbarkeit der übrigen Beteiligten erst begründet. Es fragt sich, ob der geschilderte Umstand einer Bestrafung des B wegen Beteiligung an einer Schlägerei entgegensteht.

Überwiegend wird befürwortet, dass sich auch derjenige nach § 231 Abs. 1 StGB strafbar macht, der sich bei der Schlägerei selbst schwer verletzt.⁹⁰ Diese Ansicht ist vor allem im Hinblick auf die ansonsten bestehende Straflosigkeit der Selbstschädigung nicht unbedenklich. Daher führt die Gegenmeinung an, dass eine derartige Strafbarkeitsbegründung allgemeinen Zurechnungsgrundsätzen zuwider läuft und der Täter im Übrigen in einem solchen Fall auch nicht aus den §§ 223 ff. StGB bestraft werden könnte.⁹¹

Diese Argumentation ist jedoch nur vordergründig einseitig. Bei § 231 StGB geht es nämlich gerade nicht um die Frage, ob ein eingetretener Erfolg einer bestimmten Person zugerechnet werden kann, wie das etwa bei § 223 StGB der Fall ist. Entscheidend ist allein, dass durch die Schlägerei als

solche eine vom Gesetz vorgesehene schwere Folge herbeigeführt wird.

Darüber hinaus ist zu beachten, dass es sich beim Schlägereitattbestand um ein abstraktes Gefährdungsdelikt handelt.⁹² Nach dem Wortlaut des Gesetzes wird der Täter schon wegen seiner Beteiligung an der Schlägerei bestraft. Zwar muss für eine Bestrafung des Täters auch die objektive Bedingung der Strafbarkeit gegeben sein. Die mit einer Schlägerei verbundene abstrakte Gefahr ist aber auch dann existent, wenn die schwere Folge beim Täter selbst eintritt. Denn auch in diesem Fall zeigt sich, dass die Schlägerei eine Gefährdung für Leib und Leben darstellt.⁹³ Bei einer Nichtbestrafung würde man außerdem negieren, dass auch der Beteiligte, der sich bei der Auseinandersetzung eine schwere Körperverletzung zugezogen hat, durch seine Beteiligung an der Schlägerei die damit einhergehende Gefährlichkeit bewirkt hat.

Weiterhin kann darauf hingewiesen werden, dass der Gesetzgeber in § 231 Abs. 1 StGB lediglich die Verursachung einer schweren Körperverletzung verlangt und nicht hinzugefügt hat, dass diese bei einem anderen eintreten muss. Das Gesetz differenziert nicht danach, bei wem die schwere Folge eintritt. Dies spricht ebenso dafür, dass sich auch der selbst verletzende Schlägereibeteiligte nach § 231 Abs. 1 StGB strafbar machen kann.

Im Ergebnis ist also der überwiegenden Ansicht zu folgen, die für den Fall der schweren Verletzung eines Beteiligten der Schlägerei keine Einschränkung der Strafbarkeit bei jenem vorsieht. B kann sich somit grundsätzlich – trotz der nur bei ihm eingetretenen schweren Körperverletzung – wegen Beteiligung an einer Schlägerei gemäß § 231 Abs. 1 StGB strafbar machen.

3. Rechtswidrigkeit und Schuld

B handelte rechtswidrig und schuldhaft.

4. Ergebnis

B hat sich demnach wegen Beteiligung an einer Schlägerei (§ 231 Abs. 1 StGB) strafbar gemacht.

III. Strafbarkeit des A wegen Beteiligung an einer Schlägerei gemäß § 231 Abs. 1 StGB

Auch A könnte sich wegen Beteiligung an einer Schlägerei strafbar gemacht haben.

1. Tatbestand

Bei der tätlichen Auseinandersetzung in der Bar handelt es sich – wie bereits festgestellt wurde – um eine Schlägerei. Daran ändert sich auch durch das Ausscheiden des B nichts, da sich nach wie vor F und die Angehörigen der gegnerischen Gruppe prügeln. Durch sein Eingreifen in die Schlägerei beteiligt sich auch A an jener. A ist sich diesen Umständen bewusst, handelt also vorsätzlich. Der Tatbestand des § 231 Abs. 1 StGB ist demzufolge erfüllt.

⁹⁰ BGHSt 33, 100 (104); *Hardtung*, JuS 2008, 1064; *Hohmann* (Fn. 13), § 231 Rn. 22.

⁹¹ *Hirsch* (Fn. 39), § 231 Rn. 10; *Rengier* (Fn. 31), § 18 Rn. 9.

⁹² BGHSt 39, 305; *Lackner/Kühl* (Fn. 2), § 231 Rn. 1; *Wessels/Hettinger* (Fn. 28), Rn. 343.

⁹³ Eingehend zu diesem Aspekt *Zopfs*, Jura 1999, 172 (180).

2. Objektive Bedingung der Strafbarkeit (Tatbestandsannex)

Die objektive Bedingung der Strafbarkeit liegt hier vor. Durch die Schlägerei ist eine schwere Körperverletzung (§ 226 Abs. 1 Nr. 1 1. Fall) bei B verursacht worden.

Als problematisch erweist sich hier der Umstand, dass sich A erst aktiv in die Schlägerei einbringt, nachdem B bereits aufgrund seiner Verletzung, die zum Erblinden des linken Auges geführt hat, ausgeschieden ist. Denn eine psychische Mitwirkung des A – die für eine täterschaftliche Verwirklichung des § 231 Abs. 1 StGB genügen soll⁹⁴ – vor dem Verletzungsbedingten Ausscheiden des B lässt sich hier nicht begründen, da A bis zu seinem Einschreiten völlig unbeteiligt war. Seine bloße Anwesenheit genügt nicht für die Annahme einer vorangegangenen Beteiligung. Hier ist daher danach zu fragen, wie es sich auf die Strafbarkeit des A auswirkt, dass er sich erst nach der Verursachung der schweren Folge an der Schlägerei beteiligt.

Nach der Rechtsprechung⁹⁵ und einem Teil der Literatur⁹⁶ ist es nicht von Belang, in welchem Zeitpunkt sich der Täter an der Schlägerei beteiligt. Es ist nach dieser Ansicht folglich irrelevant, ob eine Beteiligung vor, während oder nach der Verursachung der schweren Folge stattfindet. Unter Heranziehung des Gesetzeszwecks weist man darauf hin, dass Beweisschwierigkeiten mit der Regelung des § 231 StGB gerade vermieden werden sollten.⁹⁷ Demnach kann A hier trotz seines Hinzukommens nach der Verursachung der schweren Körperverletzung des B grundsätzlich nach § 231 Abs. 1 StGB bestraft werden.

Andere Stimmen in der Literatur gehen demgegenüber davon aus, dass eine Beteiligung nach der Verursachung der schweren Folge eine Bestrafung aus § 231 Abs. 1 StGB ausschließt.⁹⁸ Angeführt wird das Argument, dass in diesem Fall zur Gefahrenlage, die sich in der Verursachung der schweren Folge realisiert, nichts beigetragen wird.⁹⁹ Demnach könnte A hier nicht wegen Beteiligung an einer Schlägerei bestraft werden.

Der zweiten Ansicht ist zu folgen. Bei § 231 Abs. 1 StGB handelt es sich um ein abstraktes Gefährdungsdelikt, so dass es folgerichtig ist, ein Verhalten aus dem Tatbestand auszuschneiden, das hinsichtlich der Verursachung der schweren Folge nicht einmal abstrakt gefährlich war. Dadurch wird der Weiteren Stimmigkeit im Vergleich zu der Konstellation hergestellt, in welcher der Täter vor der Verursachung der schweren Folge aus der Schlägerei aussteigt. Denn in diesem Fall wird ein Beitrag zur Gefährlichkeit der Schlägerei geleistet, der regelmäßig über die Dauer der Beteiligung hinaus

⁹⁴ Vgl. dazu Küper (Fn. 68), S. 264.

⁹⁵ RGSt 72, 75; RG JW 39 (91); BGHSt 14, 132; 16, 130.

⁹⁶ Beulke, Klausurenkurs im Strafrecht III, 3. Aufl. 2009, Rn. 41 f.; Fischer (Fn. 2), § 231 Rn. 8; Hohmann, (Fn. 13), § 231 Rn. 24; Wessels/Hettinger (Fn. 28), Rn. 360.

⁹⁷ BGHSt 16, 130 (132 f.); Wessels/Hettinger (Fn. 28), Rn. 360.

⁹⁸ Kindhäuser, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 1, 4. Aufl. 2009, § 11 Rn. 19; Rengier (Fn. 31), § 18 Rn. 11; Satzger, Jura 2006, 112; Zopfs, Jura 1999, 172 (177).

⁹⁹ Rengier (Fn. 31), § 18 Rn. 11; Zopfs, Jura 1999, 172 (177).

fortwirkt.¹⁰⁰ Auch ist zu beachten, dass eine Begründung der Strafbarkeit unter Hinweis auf Beweisschwierigkeiten rechtsstaatlich bedenklich ist und der Gesetzgeber zudem keine Beweiserleichterungen hinsichtlich des Vorliegens einer Beteiligung an der Schlägerei, sondern hinsichtlich der einzelnen Tötlichkeiten schaffen wollte.

Daher kann A, der sich zeitlich nach der Verursachung der schweren Folge an der Schlägerei beteiligt hat, nicht wegen dieser Beteiligung aus § 231 Abs. 1 StGB bestraft werden.

3. Ergebnis

A hat sich nicht wegen Beteiligung an einer Schlägerei (§ 231 Abs. 1 StGB) strafbar gemacht.

Gesamtergebnis Teil I

A: 1. Tatkomplex: §§ 212 Abs. 1, 211 Abs. 1 und Abs. 2, 249 Abs. 1, 251, 123 Abs. 1, 52 StGB

– § 53 StGB – (in Tatmehrheit)

2. Tatkomplex: §§ 246 Abs. 1, 25 Abs. 2 StGB

B: 1. Tatkomplex: §§ 249 Abs. 1, 250 Abs. 1 Nr. 1 lit. a, Nr. 1 lit. c, 25 Abs. 2, 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nr. 3, 4, 25 Abs. 2, 52 StGB

– § 53 StGB – (in Tatmehrheit)

2. Tatkomplex: §§ 246 Abs. 1, 25 Abs. 2 StGB

– § 53 StGB – (in Tatmehrheit)

3. Tatkomplex: § 231 Abs. 1 StGB

F: 3. Tatkomplex: § 231 Abs. 1 StGB

Teil II

A. Verwertbarkeit des Geständnisses des B

Das Geständnis von B in der Hauptverhandlung kann dann verwertet werden, wenn kein Beweisverwertungsverbot besteht. Ein solches Verwertungsverbot ist vor allem dann in Betracht zu ziehen, wenn der Angeklagte vor seiner Vernehmung nicht über sein Aussageverweigerungsrecht belehrt worden ist. Die Pflicht zu einer diesbezüglichen Belehrung ergibt sich aus § 243 Abs. 2 S. 1 i.V.m. § 136 Abs. 1 S. 2 StPO. Hier kam der Vorsitzende Richter der gesetzlichen Hinweispflicht nach, da er B laut Sachverhalt über seine Aussagefreiheit belehrte. Daher scheint vordergründig einer Verwertung des Geständnisses des B nichts entgegenzustehen.

Zu beachten ist aber, dass B bereits im Rahmen der ersten Vernehmung ein umfassendes Geständnis vor dem Staatsanwalt abgelegt hat. Bei dieser Vernehmung hat keine Belehrung des B über seine Aussagefreiheit stattgefunden, was einen Verstoß gegen § 136 Abs. 1 S. 2 StPO darstellt. Das Gesetz regelt an dieser Stelle als Folge der fehlenden Belehrung zwar kein explizites Beweisverwertungsverbot. Insbesondere die Rechtsprechung sah daher in § 136 StPO früher eine bloße Ordnungsvorschrift, so dass ein Verstoß gegen

¹⁰⁰ Hohmann (Fn. 13), § 231 Rn 25; Rengier (Fn. 31), § 18 Rn. 10.

diese einer Verwertung nicht im Wege stand.¹⁰¹ Nunmehr ist jedoch anerkannt, dass ein Verstoß gegen die Belehrungspflicht gemäß § 136 Abs. 1 S. 2 StPO ein Beweisverwertungsverbot nach sich zieht.¹⁰²

Auf den ersten Blick scheint die Unverwertbarkeit des ersten Geständnisses für die hier zu entscheidende Frage ohne Belang zu sein. Denn B hat sein Geständnis in der Hauptverhandlung nach ordnungsgemäßer Belehrung wiederholt, so dass sich diese Aussage zur Verwertung heranziehen lässt. Problematisch ist jedoch, dass der Beschuldigte als Laie nicht einschätzen kann, inwieweit bei einer weiteren Vernehmung seine frühere Aussage berücksichtigt werden kann. Daher geht die Literatur mehrheitlich davon aus, dass der Verfahrensverstoß bei der ersten Vernehmung in allen weiteren Vernehmungen fortwirkt. Um solch eine Fortwirkung zu vermeiden, bedarf es einer sog. qualifizierten Belehrung, bei der der Beschuldigte darauf hingewiesen werden muss, dass seine bisherige Aussage nicht verwertbar ist.¹⁰³

Der BGH verneinte hingegen bisher die Fortwirkung des Verstoßes gegen § 136 Abs. 1 S. 2 StPO und sah es als ausreichend an, wenn der Beschuldigte in der späteren Vernehmung über sein Aussageverweigerungsrecht aufgeklärt wurde.¹⁰⁴ Gegen ein solches Vorgehen sprach, dass der Angeklagte die rechtliche Lage in der Regel tatsächlich nicht zuverlässig beurteilen kann und meist davon ausgehen wird, dass er durch seine frühere Aussage festgelegt sei. Die Strafprozessordnung steht für einen umfassenden Schutz der Aussagefreiheit des Beschuldigten und diese Maßgabe lässt sich nur durch das Erfordernis einer qualifizierten Belehrung erreichen.

Neuerdings verlangt auch der BGH in Fällen wie dem vorliegenden eine qualifizierte Belehrung.¹⁰⁵ Wird diese unterlassen, folgt daraus für den BGH – im Gegensatz zur Literatur – aber nicht automatisch ein Verwertungsverbot. Die Verwertbarkeit der Aussage ist nämlich durch eine Einzelfallabwägung zu ermitteln, wobei es neben dem Gewicht des Verfahrensverstößes und dem Interesse der Sachaufklärung maßgeblich darauf ankommt, ob der Beschuldigte davon ausgegangen ist, von seiner früheren Aussage nicht mehr abrücken zu können. Das ist in der Regel dann der Fall, wenn die zweite Aussage die erste lediglich wiederholt.¹⁰⁶

Hier erfolgte keine qualifizierte Belehrung des B, da der Vorsitzende Richter nicht auf dessen frühere Aussage einging. Bereits daraus folgt für die Literatur, dass das in der Hauptverhandlung gemachte Geständnis des B nicht verwer-

tet werden kann. Aber auch nach der neuen Rechtsprechung des BGH ergibt sich hier ein Beweisverwertungsverbot, da B sich an sein früheres Geständnis gebunden fühlt und es in der zweiten Vernehmung lediglich wiederholt. Nach beiden Auffassungen ist das Geständnis des B daher nicht verwertbar.

Anmerkung: Dies gilt freilich nach der Rechtsprechung nur dann, wenn der verteidigte Angeklagte bis zum Abschluss der Vernehmung (§ 257 StPO) der Verwertung widerspricht.¹⁰⁷ Aufgrund der Schilderungen im Sachverhalt ist es vorliegend sehr wahrscheinlich, dass B hier im Wege sog. notwendiger Verteidigung (vgl. § 140 Abs. 1 Nr. 1, 2 StPO) verteidigt wird.

B. Verwertbarkeit der Aussage des R

Fraglich ist weiterhin, ob die Aussage des Ermittlungsrichters R einer Verwertung zugänglich ist. Im zugrunde liegenden Fall hatte C, die Mutter des A, zunächst als Zeugin ausgesagt und A und B belastet. In der Hauptverhandlung macht sie dagegen von ihrem Zeugnisverweigerungsrecht (vgl. § 55 Abs. 1 Nr. 3 StPO) Gebrauch, welches auch gegenüber dem Mitbeschuldigten B Wirkung entfaltet, da der diesen betreffende Sachverhalt auch ihren Angehörigen A betrifft.¹⁰⁸ Das Gesetz enthält keine explizite Regelung dazu, ob in diesem Fall die frühere Verhörfperson R zur Aussage der C vernommen werden darf.

In diesem Zusammenhang ist § 252 StPO von Relevanz, da diese Norm den Fall betrifft, dass sich ein bereits vernommener Zeuge in der Hauptverhandlung auf sein Zeugnisverweigerungsrecht beruft. Danach darf die protokollierte Aussage des Zeugen in der Hauptverhandlung nicht verlesen werden. Das Gesetz erfasst damit gerade nicht den Fall der Vernehmung einer früheren Verhörfperson. Dennoch ist in Rechtsprechung und Literatur weitgehend anerkannt, dass aus § 252 StPO ein allgemeines Beweisverwertungsverbot bezüglich der früheren Zeugenaussage folgt.¹⁰⁹ Das ist sachgerecht, da der Zweck der Norm, die frühere Aussage des Zeugen als Grundlage der Urteilsfindung überhaupt auszuschalten, ansonsten leer laufen würde.¹¹⁰ Dadurch wäre das geregelte Verlesungsverbot hinfällig. Auch ist zu beachten, dass sich ein bloßes Verlesungsverbot bereits aus § 250 S. 2 StPO ergibt. § 252 StPO erlangt also nur dann eigenständige Bedeutung, wenn man darin ein generelles Verwertungsverbot sieht.

Einschränkend ergibt sich nach Ansicht des BGH¹¹¹ und einem Teil der Literatur¹¹² aus § 252 StPO allerdings dann

¹⁰¹ BGHSt 22, 170 (173); 31, 395 (398); siehe dazu *Beulke*, Strafprozessrecht, 11. Aufl. 2010, Rn. 117.

¹⁰² BGHSt 38, 214, 220 m. zust. Anm. *Fezer*, JR 1992, 385; *Beulke* (Fn. 101), Rn. 117; *Roxin*, JZ 1992, 923.

¹⁰³ *Beulke* (Fn. 101), Rn. 119; *Engländer*, Examens-Repetitorium Strafprozessrecht, 4. Aufl. 2009, Rn. 232; *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, 26. Aufl. 2009, § 24 Rn. 33.

¹⁰⁴ BGHSt 22, 129 (134); offen gelassen in BGHSt 51, 367; a.A.: LG Frankfurt StV 2003, 325.

¹⁰⁵ BGH NJW 2009, 1427.

¹⁰⁶ BGH NJW 2009, 1427.

¹⁰⁷ BGHSt 38, 214 (218); siehe zum Ganzen *Eisenberg*, Beweisrecht der StPO, 6. Aufl. 2008, Rn. 426 ff.

¹⁰⁸ Vgl. dazu BGHSt 34, 215 (216); *Beulke* (Fn. 101), Rn. 192.

¹⁰⁹ BGHSt 2, 99 (101); BVerfG NSTZ-RR 2004, 18; *Pfeiffer*, Strafprozessordnung, Kommentar, 5. Aufl. 2005, § 252 Rn. 1 m.w.N.

¹¹⁰ *Roxin/Achenbach*, Strafprozessrecht, Prüfe Dein Wissen, 16. Auf. 2006, S. 294 f.

¹¹¹ BGHSt 2, 99 (106); 21, 218; 49, 72 (77, ständige Rspr.).

kein Verwertungsverbot, wenn der Zeuge seine frühere Aussage gegenüber einem Richter getätigt hat. Die Zeugenaussage des Richters über den Inhalt des damals Ausgesagten kann folglich verwertet werden. Begründet wird diese Ansicht mit der höheren Qualität richterlicher Vernehmungen.¹¹³ Voraussetzung dafür ist jedoch, dass der Zeuge ordnungsgemäß belehrt wurde und diese Belehrung auch verstanden habe.¹¹⁴ Davon ist hier auszugehen. Die Aussage des R in der Hauptverhandlung ist demzufolge verwertbar.

In der Literatur wird diese Auffassung weitgehend abgelehnt.¹¹⁵ Es wird darauf hingewiesen, dass schon deswegen alle Vernehmungen gleich behandelt werden müssen, da Polizei, Staatsanwalt und Richter jeweils dieselben Belehrungspflichten gegenüber Zeugen haben. Vorliegend wäre somit ein Beweisverwertungsverbot für die Zeugenaussage des R gegeben.

Die zweite Ansicht verdient Zustimmung. Zwar ist es durchaus zutreffend, dass der Gesetzgeber an bestimmten Stellen zwischen richterlichen und sonstigen Vernehmungen differenziert (vgl. etwa § 251 StPO). Bei § 252 StPO wurde bezüglich der Verlesung von Protokollen jedoch gerade keine Unterscheidung statuiert. Richterliche und nicht-richterliche Vernehmungen werden dort gleich behandelt. Würde man die Verwertbarkeit von Aussagen zulassen, die der Richter über den Inhalt der früheren Vernehmung macht, liefe dies dem oben geschilderten Gesetzeszweck zuwider. Beruft sich der Zeuge auf sein Zeugnisverweigerungsrecht, dann soll die frühere Aussage auch nicht bei richterlichen Vernehmungen für die Urteilsfindung zur Verfügung stehen. Der Zeuge soll bis zuletzt die Entscheidung darüber haben, ob er einen Angehörigen belasten will oder nicht. Im Übrigen lässt sich nicht ausblenden, dass der Polizei und der Staatsanwaltschaft dieselben Belehrungspflichten (§ 52 Abs. 2 StPO i.V.m. § 163a Abs. 5 StPO bzw. § 161a Abs. 1 S. 2 StPO) auferlegt sind wie dem Richter (§ 52 Abs. 3 StPO). Mithin ist von einer höheren Qualität richterlicher Vernehmungen nicht auszugehen.

Daher besteht auch dann ein Beweisverwertungsverbot, wenn ein Richter im Prozess als Zeuge vom Hörensagen vernommen wird. Die Aussage des R ist nicht verwertbar.

¹¹² Kühne, Strafprozessrecht, 8. Aufl. 2010, Rn. 945; Meyer/Gößner, Strafprozessordnung, Kommentar, 52. Aufl. 2009, § 252 Rn. 13.

¹¹³ BGHSt 21, 218 (219); 49, 72 (77).

¹¹⁴ BGHSt 2, 99 (106).

¹¹⁵ Beulke (Fn. 101), Rn. 420; Eisenberg (Fn. 107), Rn. 1288; Hellmann, Strafprozessrecht, 2. Aufl. 2005, Rn. 670.