

Zwischenprüfungsklausur: Späte Reue

Wiss. Mitarbeiterin Ellen Hofmann, Wiss. Mitarbeiterin Jannika Hofmann,
Prof. Dr. Markus Wagner, Bonn*

Sachverhalt

M ist selbstständiger Programmierer; allerdings läuft das Geschäft im Augenblick nicht gut. Als auch noch der Mietvertrag seiner Wohnung wegen Eigenbedarfs gekündigt wird, zieht er notgedrungen bei seiner neuen Freundin F und deren zweijährigem Kind K ein. F, die als Lehrerin arbeitet, sieht in der Situation eine Chance: Da M von zu Hause aus arbeitet, könne er auf K aufpassen, während sie in der Schule ist. Außerdem hofft sie, dass M über die Zeit eine Beziehung zu K aufbauen und ihm künftig den verstorbenen Vater ersetzen werde. M sieht sich jedoch gänzlich nicht in einer Vaterrolle, sondern findet es lästig, dass er sich um K kümmern und die Aufmerksamkeit der F mit dem Kind teilen muss. Gegenüber F lässt er sich seine Abneigung jedoch nicht anmerken, die deshalb von nichts ahnt und ihm daher zunehmend im Umgang mit K vertraut. Daher beschließt sie, K für eine Woche in der Obhut des M zu lassen, als sie erfährt, dass sie als Betreuerin eine Klassenfahrt begleiten soll.

M ist davon überhaupt nicht begeistert, lässt sich F gegenüber jedoch nichts anmerken. Er äußert seinem Bekannten B gegenüber, dass er F gerne „für sich alleine hätte“ und K am liebsten loswerden würde. B, den F in der Vergangenheit zurückgewiesen hatte, sieht seine Chance auf Rache gekommen. Er schlägt M vor, K in Abwesenheit der F sterben zu lassen, indem er das Kind schlichtweg nicht versorgt. Davon lässt M sich überzeugen.

Nachdem F abgereist ist, verweigert M dem K jegliche Nahrungs- und Flüssigkeitszufuhr. Nach drei Tagen ohne Flüssigkeit und Nahrung leidet K unter erheblichen Mangelerscheinungen und Krämpfen. M erkennt zutreffend, dass das Kind akut lebensgefährlich dehydriert und auf sofortige ärztliche Hilfe angewiesen ist, um die Folgen der Vernachlässigung und damit den Tod noch abwenden zu können. Gleichwohl bleibt er untätig. Zwar belastet ihn der Umstand, dass K offensichtlich erhebliche Schmerzen erleidet, er hofft aber, dass es „bald vorbeisein möge“.

Für M überraschend kommt F bereits am vierten Tag vorzeitig nach Hause, da die Klassenfahrt aufgrund einer Krankheitswelle unter den Schülern vorzeitig abgebrochen werden musste. Sie erfasst sofort die Lage und verlässt mit K die Wohnung. M versucht ihr hinterherzueilen, stolpert dabei aber, stößt sich den Kopf und wird bewusstlos. F bringt K ins nächstgelegene Krankenhaus, wo es sofort behandelt wird.

Als M wieder zu Bewusstsein kommt, folgt er F und K ins Krankenhaus, um sich nach Ks Zustand zu erkundigen und um Fs Vergebung zu bitten. Als er die Station betritt und sich nach der Zimmernummer erkundigt, verweigert ihm die Ärztin A, die über die Situation im Bild ist, den Zutritt, weil sie davon ausgeht, dass M gekommen ist, um „zu Ende zu bringen, was er angefangen hat“. Als M daraufhin versucht, an A vorbeizugehen, kündigt sie ihm an, ihn im Schockraum fixieren zu lassen, falls er weiterhin versuchen sollte, Kontakt zu K und F zu suchen. Davon lässt M sich abschrecken und zieht von dannen. K überlebt ohne dauerhafte gesundheitliche oder psychische Folgeschäden.

* Prof. Dr. Wagner ist Inhaber der Professur für Strafrecht und Strafprozessrecht an der Universität Bonn. Ellen Hofmann und Jannika Hofmann sind Wiss. Mitarbeiterinnen ebenda. Die Verf. danken Herrn Prof. Dr. Carl-Friedrich Stuckenberg für wertvolle Hinweise und Anregungen.

Bearbeitungsvermerk

Die Strafbarkeit von M, B und A nach dem StGB ist gutachtlich zu prüfen. Die Bearbeitungszeit beträgt 180 Minuten. §§ 138, 171, 221 StGB sind *nicht* zu prüfen. Eventuell erforderliche Strafanträge sind gestellt.

Lösungsvorschlag

1. Handlungskomplex: Während der Klassenfahrt.....	1329
A. Strafbarkeit des M.....	1329
I. §§ 212 Abs. 1, 13, 22, 23 Abs. 1 StGB durch Nicht-Versorgen des K.....	1329
1. Vorprüfung.....	1329
2. Tatentschluss/Subjektiver Tatbestand	1329
a) Hinsichtlich des Eintritts des tatbestandsmäßigen Erfolgs	1329
b) Hinsichtlich der Nichtvornahme (Unterlassung) einer geeigneten und erforderlichen Handlung trotz physisch-realer Handlungsmöglichkeit.....	1329
c) Hinsichtlich der hypothetischen Kausalität des Unterlassens für den konkreten Erfolg	1329
d) Hinsichtlich der objektiven Zurechenbarkeit des Erfolgs	1330
e) Hinsichtlich der Garantenstellung	1330
f) Hinsichtlich der Gleichwertigkeit von Tun und Unterlassen	1331
3. Unmittelbares Ansetzen	1331
4. Rechtswidrigkeit und Schuld	1331
5. Rücktritt, § 24 Abs. 1 StGB.....	1331
6. Ergebnis.....	1332
II. §§ 211, 212 Abs. 1, 13, 22, 23 Abs. 1 StGB durch Nicht-Versorgen des K	1332
1. Tatentschluss	1332
a) Vorsatz hinsichtlich aller objektiven Tatbestandsmerkmale des § 212 Abs. 1 StGB.....	1332
b) Vorsatz hinsichtlich der Mordmerkmale der 2. Gruppe.....	1332
aa) Heimtücke	1332
bb) Grausam.....	1334
cc) Mordmerkmale der 1. und 3. Gruppe (niedrige Beweggründe)	1335
2. Unmittelbares Ansetzen	1335
3. Rechtswidrigkeit und Schuld	1335
4. Rücktritt, § 24 Abs. 1 StGB.....	1335
5. Ergebnis.....	1336
III. §§ 225 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 3 Nr. 1 Var. 1, 13 StGB durch Nicht-Versorgen des K	1336

1. Objektiver Tatbestand.....	1336
a) Grunddelikt.....	1336
aa) Tatopfer/Schutzverhältnis.....	1336
bb) Erfolg und tatbestandsmäßiges Verhalten	1336
b) Qualifikationstatbestand.....	1337
2. Subjektiver Tatbestand	1338
a) Vorsatz hinsichtlich des Grundtatbestands.....	1338
b) Vorsatz hinsichtlich der Qualifikation	1338
3. Rechtswidrigkeit und Schuld	1338
4. Ergebnis.....	1338
IV. §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nr. 5, 13 StGB durch Nicht-Versorgen des K	1338
V. Konkurrenzen	1338
B. Strafbarkeit des B	1339
I. §§ 212 Abs. 1, 13, 22, 23 Abs. 1, 26 StGB	1339
1. Tatbestand.....	1339
a) Objektiver Tatbestand	1339
aa) Vorsätzliche rechtswidrige Haupttat	1339
bb) Bestimmen zur Haupttat.....	1339
b) Subjektiver Tatbestand.....	1339
c) Tatbestandsverschiebung?	1339
2. Ergebnis.....	1340
II. §§ 211, 212 Abs. 1, 13, 22, 23 Abs. 1, 26 StGB	1340
1. Tatbestand.....	1340
a) Objektiver Tatbestand	1340
b) Subjektiver Tatbestand.....	1340
c) Tatbestandsverschiebung?	1341
2. Rechtswidrigkeit und Schuld	1341
3. Ergebnis.....	1341
III. §§ 225 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 3 Nr. 1 Var. 1, 13, 26 StGB	1342
1. Tatbestand.....	1342
a) Objektiver Tatbestand	1342
aa) Vorsätzliche rechtswidrige Haupttat	1342
bb) Bestimmen zur Haupttat.....	1342
b) Subjektiver Tatbestand.....	1342

c) Akzessorietätslockerung.....	1342
2. Ergebnis.....	1342
IV. §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB, 13, 26 StGB.....	1342
V. Konkurrenzen.....	1343
2. Handlungskomplex: Im Krankenhaus (Strafbarkeit der A).....	1343
I. § 240 Abs. 1 StGB durch Ankündigung der Fixierung.....	1343
1. Tatbestand.....	1343
a) Objektiver Tatbestand.....	1343
aa) Nötigungshandlung.....	1343
bb) Nötigungserfolg.....	1343
b) Subjektiver Tatbestand.....	1344
2. Rechtswidrigkeit.....	1344
a) Keine Rechtfertigungsgründe.....	1344
b) Verwerflichkeitsklausel.....	1344
3. Irrtum über rechtfertigende Umstände.....	1344
a) Vorliegen von rechtfertigenden Umständen bei Zugrundelegung der Vorstellung der A.....	1344
aa) Nothilfelage.....	1344
bb) Nothilfehandlung.....	1345
cc) Subjektives Rechtfertigungselement.....	1345
dd) Zwischenergebnis.....	1345
b) Rechtsfolge.....	1345
aa) Vorsatztheorie.....	1345
bb) Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen.....	1346
cc) Strenge Schuldtheorie.....	1346
dd) Eingeschränkte Schuldtheorie.....	1346
ee) Rechtsfolgenverweisende eingeschränkte Schuldtheorie.....	1347
ff) Streitentscheid.....	1347
4. Ergebnis.....	1347
II. § 241 Abs. 1 StGB durch Ankündigung der Fixierung.....	1347
III. Gesamtergebnis.....	1347

1. Handlungskomplex: Während der Klassenfahrt

A. Strafbarkeit des M

I. §§ 212 Abs. 1, 13, 22, 23 Abs. 1 StGB durch Nicht-Versorgen des K

M könnte sich wegen versuchten Totschlags durch Unterlassen gem. §§ 212 Abs. 1, 13, 22, 23 Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben, indem er K jegliche Nahrungs- und Flüssigkeitszufuhr verweigerte.

1. Vorprüfung

K ist nicht tot. In Ermangelung eines tatbestandlichen Erfolges (Tod eines anderen Menschen) nach § 212 Abs. 1 StGB ist die Tat nicht vollendet. Die Strafbarkeit des Versuchs ergibt sich aus §§ 212 Abs. 1, 22, 23 Abs. 1 Var. 1, 12 Abs. 1 StGB.

Hinweis: Dieser Prüfungspunkt kann schadlos entfallen. Die Strafbarkeit des Versuchs muss dann jedoch aus der Normenkette hervorgehen.

2. Tatentschluss/Subjektiver Tatbestand

M müsste dazu entschlossen gewesen sein, einen anderen Menschen durch Unterlassen zu töten.

Hinweis: Eine derart ausführliche Prüfung ist nicht erforderlich. Die Studierenden können sich hier kürzer halten, da keine Probleme enthalten sind.

a) Hinsichtlich des Eintritts des tatbestandsmäßigen Erfolgs

M kam es gerade auf den Tod von K an,¹ sodass er insoweit absichtlich im Sinne eines zielgerichteten Wollens hinsichtlich der Erfolgsherbeiführung handelte (dolus directus 1. Grades).

b) Hinsichtlich der Nichtvornahme (Unterlassung) einer geeigneten und erforderlichen Handlung trotz physisch-realer Handlungsmöglichkeit

M wusste, dass er in der Lage gewesen wäre, K zu versorgen, und dass K altersbedingt und aufgrund der Abwesenheit der Mutter auch auf seine Versorgung angewiesen war. M erkannte darüber hinaus, dass K nach drei Tagen aufgrund der mangelnden Versorgung auf sofortige ärztliche Hilfe angewiesen war, um den Tod abzuwenden, was er unterließ, um den Tod herbeizuführen. Er handelte daher auch insoweit absichtlich.

c) Hinsichtlich der hypothetischen Kausalität des Unterlassens für den konkreten Erfolg

M müsste weiterhin vorsätzlich hinsichtlich der hypothetischen Kausalität seines Unterlassens für den Erfolgseintritt gehandelt haben. Hypothetisch kausal ist jede Handlung, die nicht hinzugedacht

¹ Zur herrschenden Vorsatzdefinition und den herkömmlich unterschiedenen Formen vgl. nur etwa *Rengier*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 16. Aufl. 2024, § 14 Rn. 5 ff.

werden kann, ohne dass der tatbestandliche Erfolg in seiner konkreten Gestalt mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit entfiel.² M wusste, dass K bei ordnungsgemäßer Versorgung nicht sterben würde, und erkannte, dass der Tod bei sofortiger ärztlicher Hilfe nach den drei Tagen noch abgewandt werden konnte, sah aber zielgerichtet davon ab. Mithin handelte er absichtlich hinsichtlich der hypothetischen Kausalität.

d) Hinsichtlich der objektiven Zurechenbarkeit des Erfolgs

M wusste, dass die Nichtversorgung des K eine rechtlich missbilligte Gefahr für das Rechtsgut Leben des K darstellt, und wollte gerade, dass sich diese im Erfolg, d.h. dem Tod des K, realisiert. Mithin handelte er auch hinsichtlich der objektiven Zurechenbarkeit³ absichtlich.

e) Hinsichtlich der Garantenstellung

Weiterhin müsste M Vorsatz hinsichtlich seiner eigenen Garantenstellung haben. Eine Garantenstellung kann sich daraus ergeben, dass der Täter für den Schutz des Rechtsguts verantwortlich ist (Beschützergarant) oder, dass er die Verantwortung für eine bestimmte Gefahrenquelle innehat (Überwachergarant).⁴ Für den Vorsatz reicht es, dass der Täter die Umstände erkennt, aus denen sich seine Garantenstellung ergibt,⁵ ohne dass er dies rechtlich zutreffend als Garantenstellung bewerten muss⁶.

M ist nicht der rechtliche Vater des K, sodass sich seine Garantenstellung nicht bereits aus der Stellung als Elternteil gem. § 1626 Abs. 1 BGB ergibt. M lebt jedoch mit F und deren Kind in einer eheähnlichen Lebensgemeinschaft und übernimmt auch hinsichtlich des K Versorgungsaufgaben, wodurch eine Beschützergarantenstellung entstehen könnte. Jedenfalls hat M für die Dauer der Klassenfahrt die tatsächliche Sorge für K übernommen und ist daher (vergleichbar mit einem Babysitter) Beschützergarant kraft tatsächlicher Übernahme⁷.

M weiß, dass F im Vertrauen darauf, dass er sich um K kümmert, auf die Klassenfahrt gefahren ist und er die Sorge für K tatsächlich übernommen hat. Mithin erkennt er die Umstände, aus denen sich seine Garantenstellung ergibt, sodass er diesbezüglich vorsätzlich handelte.

Hinweis: Dass M in Wahrheit K gar nicht versorgen will, steht dem nicht entgegen. Entscheidend ist, dass ihm bewusst ist, dass er durch sein äußerliches Verhalten einen Vertrauenstatbestand schafft.

² Exemplarisch BGH, Beschl. v. 23.5.2000 – 4 StR 157/00 = NStZ 2000, 583; vgl. *Gaede*, in: NK-StGB, Bd. 1, 6. Aufl. 2023, § 13 Rn. 14 m.w.N. Zum Umgang damit in der Fallbearbeitung vgl. *Bock/Nicklaus*, ZJS 2023, 471. Zu den Anforderungen an den diesbezüglichen Vorsatz vgl. die jüngste (nun beigelegte) Kontroverse zwischen den Strafsenaten des BGH: BGH, Urt. v. 28.6.2017 – 5 StR 20/16 = BGHSt 62, 223 = NStZ 2017, 701 m. Anm. *Hoven*; dagegen BGH, Urt. v. 19.8.2020 – 1 StR 474/19, Rn. 20 f. = NJW 2021, 326 (328); BGH, Urt. v. 4.8.2021 – 2 StR 178/20 m. Anm. *Bock*, ZfStw 9–10/2022, 563; BGH, Beschl. v. 9.3.2022 – 4 StR 200/21; so nun auch BGH, Beschl. v. 27.9.2022 – 5 ARs 34/22 = BeckRS 2022, 32026.

³ Zur Grundformel vgl. nur etwa *Rengier*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 16. Aufl. 2024, § 13 Rn. 46 ff.; zur Umformulierung beim Unterlassungsdelikt vgl. *Kölbel*, JuS 2006, 309.

⁴ *Rengier*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 16. Aufl. 2024, § 50 Rn. 3 ff.

⁵ Exemplarisch BGH, Beschl. v. 24.4.2018 – 1 StR 160/18, Rn. 14 = StV 2018, 736; *Gaede*, in: NK-StGB, Bd. 1, 6. Aufl. 2023, § 13 Rn. 20 m.w.N.

⁶ Grdl. BGH, Beschl. v. 29.5.1961 – GSSt 1/61 = BGHSt 16, 155; diff. aber bspw. *Gaede*, in: NK-StGB, Bd. 1, 6. Aufl. 2023, § 13 Rn. 20 m.w.N.

⁷ BGH, Urt. v. 7.9.1983 – 2 StR 239/83 = NStZ 1984, 163.

f) Hinsichtlich der Gleichwertigkeit von Tun und Unterlassen

Bei Erfolgsdelikten wie dem Totschlag entspricht die pflichtwidrige Nichtabwendung durch einen Garanten der aktiven Erfolgsherbeiführung.⁸ Da M die Tötung anstrebte, handelte er auch hinsichtlich der Gleichwertigkeit seines Unterlassens mit einem aktiven Tun vorsätzlich.

3. Unmittelbares Ansetzen

M müsste zur Tatbegehung unmittelbar angesetzt haben. Ein unmittelbares Ansetzen i.S.d. § 22 StGB liegt nach der h.M. vor, wenn der Täter nach seiner Vorstellung von der Tat subjektiv die Schwelle zum „Jetzt geht es los“ überschreitet und objektiv Handlungen vornimmt, die bei ungestörtem Fortgang ohne wesentliche Zwischenakte zur Tatbestandsverwirklichung führen oder mit ihr in unmittelbaren räumlichen und zeitlichen Zusammenhang stehen.⁹

Umstritten ist, wann die Schwelle zum Versuch beim Unterlassungsdelikt überschritten wird.¹⁰

Nach der engsten Ansicht ist dies bereits dann der Fall, wenn der Garant die erste Rettungsmöglichkeit verstreichen lässt.¹¹ Danach hätte M bereits am ersten Tag der Abwesenheit von F durch das Nichtversorgen des K die Schwelle überschritten.

Nach der weitesten Ansicht ist hingegen auf das Verstreichenlassen der letzten Rettungsmöglichkeit abzustellen.¹² Danach hätte M erst, als er es unterließ, für K ärztliche Hilfe zu holen, obwohl K darauf angewiesen war, um die Folgen der Vernachlässigung und damit den Tod abzuwenden, unmittelbar zur Tatbestandsverwirklichung angesetzt.

Die vermittelnde Ansicht wendet § 22 StGB sinngemäß an, sodass der Garant dann eingreifen muss, wenn sich das Opfer in einer Lage befindet, in der aus Sicht des Täters für das tatbestandlich geschützte Rechtsgut eine unmittelbare Gefahr entsteht oder eine bestehende Gefahr erhöht wird.¹³ Bei einem Kleinkind im Alter von zwei Jahren ist in der Regel davon auszugehen, dass am dritten Tag ohne Nahrung und Flüssigkeit eine akute Gefahr für das Leben besteht; spätestens jedoch auch in dem Zeitpunkt, in dem M erkennt, dass K auf sofortige ärztliche Hilfe angewiesen ist.

Da alle Ansichten zum selben Ergebnis kommen, ist ein Streitentscheid entbehrlich. M hat zur Tatbestandsverwirklichung unmittelbar angesetzt.

4. Rechtswidrigkeit und Schuld

M handelte auch rechtswidrig und schuldhaft.

5. Rücktritt, § 24 Abs. 1 StGB

M könnte jedoch gem. § 24 Abs. 1 StGB strafbefreiend vom Versuch zurückgetreten sein, indem er nach der Rückkehr von M keine weiteren Schritte zur Tötung von K unternahm.

⁸ Exemplarisch BGH, Urt. v. 4.8.2015 – 1 StR 624/14, Rn. 39 = NJW 2015, 3047 (3048 f.); *Bosch*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 13 Rn. 4; jeweils m.w.N.

⁹ St. Rspr., vgl. nur etwa BGH, Urt. v. 17.3.2022 – 4 StR 223/21 = BeckRS 2022, 7965.

¹⁰ Dazu *Hillenkamp/Cornelius*, 32 Probleme aus dem Strafrecht, Allgemeiner Teil, 16. Aufl. 2023, 14. Problem.

¹¹ *Herzberg*, MDR 1973, 89 (93); *Maihofer*, GA 1958, 289 (297 f.); *Schröder*, JuS 1962, 81 (86).

¹² *Armin Kaufmann*, Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, 1959, S. 210 ff., insb. 215 ff.; *Welzel*, Das Deutsche Strafrecht, 11. Aufl. 1969, S. 221.

¹³ H.A., vgl. bspw. BGH, Urt. v. 13.9.1994 – 1 StR 357/94 = BGHSt 40, 257; *Gaede*, in: NK-StGB, Bd. 1, 6. Aufl. 2023, § 13 Rn. 23 m.w.N.

Dafür dürfte der Versuch nicht fehlgeschlagen sein. Dies ist der Fall, wenn der Täter die Tat nach seiner Vorstellung im Zeitpunkt des Rücktrittsverhaltens mit den bereits eingesetzten oder den zur Hand liegenden Mitteln nicht mehr ohne zeitliche Zäsur vollenden kann.¹⁴ Da M stolperte und bewusstlos wurde, konnte er F zunächst nicht folgen und die Tat nach seiner Vorstellung nicht mehr ohne zeitliche und räumliche Zäsur vollenden. Der Versuch ist mithin fehlgeschlagen. Ein strafbefreiender Rücktritt ist daher ausgeschlossen.

Hinweis: Ein Rücktritt ist hier so fernliegend, dass es unschädlich ist, wenn nur kurz festgestellt wird, dass ein solcher nicht in Betracht kommt. Sollte fälschlicherweise ein Fehlschlag abgelehnt werden, scheitert der Rücktritt jedenfalls an aktiven Vollendungsverhinderungsmaßnahmen, weil ein beendeter Versuch vorliegt.

6. Ergebnis

M hat sich gem. §§ 212 Abs. 1, 13, 22, 23 Abs. 1 StGB wegen versuchten Totschlags durch Unterlassen strafbar gemacht.

II. §§ 211, 212 Abs. 1, 13, 22, 23 Abs. 1 StGB durch Nicht-Versorgen des K

M könnte sich darüber hinaus durch dieselbe Handlung wegen versuchten Mordes durch Unterlassen gem. §§ 211, 212 Abs. 1, 13, 22, 23 Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben.

1. Tatentschluss

a) Vorsatz hinsichtlich aller objektiven Tatbestandsmerkmale des § 212 Abs. 1 StGB

M wollte einen anderen Menschen töten (siehe oben).

b) Vorsatz hinsichtlich der Mordmerkmale der 2. Gruppe

M könnte Vorsatz hinsichtlich objektiver Mordmerkmale gehabt haben.

aa) Heimtücke

In Betracht kommt zunächst, dass M Vorsatz bzgl. einer heimtückischen Begehungsweise hatte, indem er gerade den Umstand, dass F ihm vertraute und ihm daher K überließ, zur Tötung ausnutzen wollte.

Heimtückisch handelt, wer die auf Arglosigkeit beruhende Wehrlosigkeit einer anderen Person bewusst zur Tötung ausnutzt.¹⁵ Arglos in diesem Sinne ist, wer zum Zeitpunkt des Beginns der Tat

¹⁴ Exemplarisch BGH, Beschl. v. 21.8.2018 – 3 StR 205/18 = NStZ 2018, 718; *Engländer*, in: NK-StGB, Bd. 1, 6. Aufl. 2023, § 24 Rn. 12 ff. m.w.N.

¹⁵ St. Rspr.; hierzu und zum Folgenden vgl. exemplarisch BGH, Urt. v. 30.3.2023 – 4 StR 234/22, Rn. 21 f. = NJW 2023, 2291 (2293) m.w.N. Das von der Rspr. üblicherweise noch zitierte Erfordernis des Handelns in „feindlicher Willensrichtung“ ist sehr eng auszulegen und daher kaum noch von Bedeutung, vgl. BGH, Urt. v. 19.6.2019 – 5 StR 128/19 = BGHSt 64, 111; dazu *Theile*, ZJS 2019, 525; es sollte daher nur bei Anlass als möglicher Restriktionsansatz thematisiert werden (a.A. aber *Stam*, ZIS 2020, 336). Es ist unschädlich, wenn die Studierenden es in die Definition mitaufnehmen, solange es der Rechtsprechung entsprechend restriktiv gehandhabt wird.

nicht mit einem Angriff auf seine körperliche Unversehrtheit oder sein Leben rechnet. Wehrlos im genannten Sinne ist, wer infolge seiner Arglosigkeit zu Beginn des ersten mit Tötungsvorsatz geführten Angriffs zur Verteidigung außer Stande oder in seiner Verteidigung stark eingeschränkt ist.

Hinweis: Es ist grundsätzlich umstritten, ob Heimtücke bei Unterlassungstötungen anwendbar ist.¹⁶ Die Kenntnis dieses Streits wird nicht erwartet; Ausführungen in diese Richtung – z.B. unter argumentativem Rückgriff auf die Entsprechungsklausel – sollten dementsprechend honoriert werden.

Fraglich ist, ob K zum Zeitpunkt der unterlassenen Versorgung nach der Vorstellung des M arglos war. Arglosigkeit setzt die Fähigkeit voraus, Argwohn zu hegen. Diese ist insbesondere bei sehr kleinen Kindern unter drei Jahren noch nicht vorhanden.¹⁷ Da K erst zwei Jahre alt war, was M auch wusste, würde ein Vorsatz hinsichtlich der Arglosigkeit grundsätzlich ausscheiden.

Hinweis: Der BGH hat jedoch bereits vertreten, dass ein heimtückischer Mord an einem Kleinkind dennoch möglich sein soll, wenn dessen natürliche Abwehrinstinkte gezielt umgangen oder ausgeschaltet werden (z.B. durch das Vermischen des tödlichen Mittels mit einem süßen Brei¹⁸). Unabhängig davon, ob man dieser Rechtsprechung folgen will, ist ein solches Vorgehen nicht vom Vorsatz des M umfasst, sodass M keinen Vorsatz hinsichtlich der Arglosigkeit des K hat.

Allerdings ist nach st. Rspr.¹⁹ ein versuchter heimtückischer Mord an einem Kleinkind dann möglich, wenn M vorsätzlich bzgl. des Ausnutzens der auf Arglosigkeit beruhenden Wehrlosigkeit eines im Hinblick auf K schutzbereiten Dritten gehandelt hat. Schutzbereiter Dritter ist „jede Person, die den Schutz eines Kleinkindes vor Leib- und Lebensgefahr dauernd oder vorübergehend übernommen hat und diesen im Augenblick der Tat entweder tatsächlich ausübt oder dies deshalb nicht tut, weil sie dem Täter vertraut“²⁰ oder von diesem ausgeschaltet wurde²¹. Der potenziell schutzbereite Dritte muss jedoch nach den Umständen des Einzelfalls den Schutz wirksam erbringen können, wofür eine gewisse räumliche Nähe erforderlich ist.²² Daran fehlt es jedenfalls, „wenn aufgrund der räumlichen Entfernung vom Tatort der tödliche Angriff schon gar nicht wahrgenommen werden kann und eine Gegenwehr des Dritten auch deshalb zu spät käme, weil hierfür erst eine erhebliche räumliche Distanz überwunden werden müsste.“²³

Hinweis: Eine derart detaillierte Kenntnis der Rechtsprechung kann von den Studierenden nicht erwartet werden. Erwartet werden kann jedoch, dass die Studierenden die Figur des schutzbereiten

¹⁶ Dafür etwa BGH, Beschl. v. 7.7.2009 – 3 StR 204/09 = NStZ 2010, 87; *Berster*, ZIS 2011, 255 (258 ff.); dagegen insb. *Bachmann/Goeck*, NStZ 2010, 510 f.; *Rauber*, Mord durch Unterlassen?, 2008, S. 68 ff., insb. 93 f., 101, 103; *Roxin*, in: FS Lüderssen, 2003, S. 577 (583); *ders.*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 2, 2003, § 32 Rn. 239; *Sinn*, in: SK-StGB, Bd. 4, 10. Aufl. 2024, § 211 Rn. 51.

¹⁷ So bspw. bereits BGH, Ur. v. 25.11.1952 – 1 StR 477/52 = BGHSt 3, 330 (332); *Saliger*, in: NK-StGB, Bd. 3, 6. Aufl. 2023, § 211 Rn. 54 m.w.N.

¹⁸ BGH, Ur. v. 7.6.1955 – 5 StR 104/55 = BGHSt 8, 216.

¹⁹ Bspw. BGH, Beschl. v. 5.8.2014 – 1 StR 340/14 = NStZ 2015, 215; BGH, Ur. v. 21.11.2012 – 2 StR 309/12 = NStZ 2013, 158 (159) m.w.N.

²⁰ BGH, Ur. v. 21.11.2012 – 2 StR 309/12 = NStZ 2013, 158 (159) m.w.N.

²¹ So bspw. bei BGH, Beschl. v. 13.10.2005 – 5 StR 401/05 = NStZ-RR 2006, 43.

²² Dazu zuletzt BGH, Beschl. v. 12.7.2023 – 6 StR 231/23 = NStZ 2023, 675 m.w.N.

²³ BGH, Beschl. v. 12.7.2023 – 6 StR 231/23 = NStZ 2023, 675 (675 f.).

Dritten kennen und sich mit dem Problem auseinandersetzen, ob F aufgrund der räumlichen Distanz darunter zu subsumieren ist.

F ist als Mutter des K grundsätzlich zu dessen Schutz verpflichtet, was M auch bewusst war. Jedoch befand sich F, wie M auch wusste, zum Zeitpunkt des Unterlassens auf Klassenfahrt, sodass sie den Schutz nach seiner Vorstellung nicht tatsächlich ausüben konnte. Auch ein gezieltes Ausschalten ist vom Vorsatz des M nicht umfasst. Allerdings ließ F K gerade in der Obhut des M, während sie auf Klassenfahrt fuhr, weil sie diesem im Umgang mit K vertraute, was M auch bewusst war. M ließ F auch bewusst in diesem Vertrauen, indem er ihr nichts von seiner Abneigung gegenüber K erzählte, und hat sie damit durch tückisches Verhalten in Sicherheit gewogen. Fraglich ist jedoch, ob M auch Vorsatz bzgl. des Umstands hatte, dass F den Schutz wirksam erbringen hätte können, da nur dann ein heimtückisches Vorgehen vorliegen soll. M wusste, dass F sich auf Klassenfahrt befand. Nach der Vorstellung des M konnte F den tödlichen Angriff daher gar nicht wahrnehmen und es bestand keine hinreichende räumliche Nähe. Mithin hatte M keinen Vorsatz hinsichtlich einer heimtückischen Vorgehensweise.

Hinweis: Daher erübrigt sich eine Auseinandersetzung mit den Restriktionsansätzen. A.A. vertretbar. Sofern Heimtückeversatz bejaht wird, müssen konsequenterweise Restriktionsansätze diskutiert werden.

bb) Grausam

Weiterhin könnte M Vorsatz hinsichtlich einer grausamen Begehungsweise gehabt haben.

Grausam tötet, wer dem Opfer besondere Schmerzen oder Qualen körperlicher oder seelischer Art aus gefühlloser, unbarmherziger Gesinnung zufügt, die über das zur Tötung erforderliche Maß hinausgehen.²⁴ Diese besonderen Schmerzen müssen nach der Vorstellung des M auch während eines vom Tötungsvorsatz umfassten Handels eintreten, damit eine (versuchte) grausame Tötung vorliegt.

Hinweis: Der BGH hat festgestellt, dass in dem Zeitraum, in welchem das Tatopfer (bereits oder noch) besonders quälende Schmerzen erleidet, ein Tötungsvorsatz vorliegen muss, damit die grausame Tötung bejaht werden kann.²⁵ Sofern Kinder aufgrund chronischer Mangelernährung kein Verlangen mehr nach Essen und Trinken verspüren, d.h. keine besonders qualvollen Schmerzen mehr verspüren, und erst zu diesem Zeitpunkt ein Tötungsvorsatz besteht, scheidet eine grausame Tötung daher aus. So liegt der Fall hier jedoch nicht.

Das Verdursten- bzw. Verhungernlassen stellt eine Tötungsmethode dar, die bei einem Kleinkind, so auch bei K, zu über mehrere Tage andauernden erheblichen Schmerzen führt, welche über das für eine Tötung erforderliche Maß hinausgehen. M erkennt, dass K aufgrund der mangelnden Versorgung offensichtlich unter erheblichen Schmerzen leidet, so dass er Vorsatz i.S.d. dolus directus 2. Grades hinsichtlich des Zufügens besonderer Schmerzen hatte. Da M zum Zeitpunkt, in dem er die

²⁴ Bspw. BGH, Beschl. v. 21.6.2007 – 3 StR 180/07 = NStZ 2008, 29.

²⁵ BGH, Beschl. v. 13.3.2007 – 5 StR 320/06 = NStZ 2007, 402 (403).

besonderen Schmerzen des K erkennt, weiterhin an seinem Plan festhält, strebt er nach wie vor dessen Tod an. Mithin liegt sein Tötungsvorsatz zeitgleich mit dem Vorsatz bzgl. der besonderen Schmerzen vor.

Fraglich ist jedoch, ob M auch mit gefühlloser unbarmherziger Gesinnung handelt. Dass K offensichtlich unter starken Schmerzen leidet, belastet M. Darüber hinaus hofft er, dass es bald vorbei sein möge. Eine gefühllose unbarmherzige Gesinnung des M ist mithin abzulehnen. M handelte nicht vorsätzlich hinsichtlich einer grausamen Begehungsweise.

Hinweis: A.A. gut vertretbar. Insbesondere dahingehend, dass die „gefühllose unbarmherzige Gesinnung“ von Teilen der Literatur als eigenständiges Merkmal abgelehnt wird²⁶ oder wenn man es hierfür ausreichen lässt, dass der Täter die Schmerzen in Kenntnis der Wirkungsweise seines Vorgehens zufügt²⁷.

cc) Mordmerkmale der 1. und 3. Gruppe (niedrige Beweggründe)

Zudem könnte M aus niedrigen Beweggründen gehandelt haben. Niedrig ist ein Beweggrund, wenn er nach allgemeiner sittlicher Wertung auf tiefster Stufe steht und deshalb besonders verachtenswert ist.²⁸ Dies beurteilt sich aufgrund einer Gesamtwürdigung, welche die Umstände der Tat, die Lebensverhältnisse des Täters und seine Persönlichkeit umfasst.²⁹

M wollte den Tod des K herbeiführen, weil er es als lästig empfand, sich um K zu kümmern und die Aufmerksamkeit der F mit dem Kind zu teilen. Diese Motivation ist von einer krassen Eigensucht gekennzeichnet. Die Tötung eines Kleinkindes, um sich nicht mehr darum kümmern zu müssen und um die Freundin für sich zu haben, ist zudem menschlich nicht mehr nachvollziehbar, sodass ein niedriger Beweggrund vorliegt.

Hinweis: A.A. schwer vertretbar, höchstens unter Hinweis auf eine gebotene (sehr) restriktive Auslegung der Mordmerkmale.

2. Unmittelbares Ansetzen

M hat, wie bereits geprüft, auch unmittelbar zur Tatbestandsverwirklichung angesetzt.

3. Rechtswidrigkeit und Schuld

M handelte auch rechtswidrig und schuldhaft.

4. Rücktritt, § 24 Abs. 1 StGB

Da der Versuch fehlgeschlagen ist, ist kein strafbefreiender Rücktritt möglich (siehe oben).

²⁶ So bspw. *Schneider*, in: MüKo-StGB, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 211 Rn. 145 ff. m.w.N.

²⁷ So etwa *Eser/Sternberg-Lieben*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 211 Rn. 27.

²⁸ St. Rspr., vgl. etwa BGH, Urt. v. 24.1.2024 – 1 StR 363/23 = NStZ-RR 2024, 144 (145) m.w.N.

²⁹ Exemplarisch BGH, Urt. v. 11.5.2022 – 2 StR 445/21, Rn. 21 = NStZ 2022, 541 (542) m.w.N.

5. Ergebnis

M hat sich wegen versuchten Mordes durch Unterlassen gem. §§ 211 Abs. 1, Abs. 2 Gr. 1, 212 Abs. 1, 13, 22, 23 Abs. 1, 12 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

III. §§ 225 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 3 Nr. 1 Var. 1, 13 StGB durch Nicht-Versorgen des K

Hinweis: Soweit auf das böswillige Vernachlässigen abgestellt wird, ist umstritten, ob auf § 13 StGB zu rekurrieren ist.³⁰ Insoweit ist es unschädlich, wenn diese Vorschrift nicht mitzitiert wird. Anderes gilt beim Quälen durch Unterlassen.

M könnte sich wegen schwerer Misshandlung von Schutzbefohlenen (durch Unterlassen) gem. §§ 225 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 3 Nr. 1 Var. 1, 13 StGB strafbar gemacht haben, indem er K jegliche Nahrungs- und Flüssigkeitszufuhr verweigerte.

1. Objektiver Tatbestand

a) Grunddelikt

aa) Tatopfer/Schutzverhältnis

Das Tatopfer der Misshandlung muss unter 18 Jahren oder wegen Gebrechlichkeit oder Krankheit wehrlos sein und darüber hinaus in einem der in Nrn. 1–4 genannten Schutzverhältnisse stehen.

K ist zwei Jahre alt und daher unter 18 Jahre. M ist aber nicht dessen rechtlicher Vater, weshalb kein Fürsorgeverhältnis (Nr. 1) vorliegt. F hat K in der Obhut des M für die Dauer der Klassenfahrt gelassen. Mithin liegt ein Schutzverhältnis i.S.d. Nr. 3 zwischen M und K vor. Hierin liegt auch ein Garantenverhältnis i.S.d. § 13 StGB (siehe oben).

bb) Erfolg und tatbestandsmäßiges Verhalten

M könnte K durch Unterlassen gequält haben. Quälen bedeutet das Verursachen länger dauernder oder sich wiederholender erheblicher Schmerzen oder Leiden.³¹ Infolge der Mangelernährung erleidet K erhebliche Krämpfe und sonstige Schmerzen, die bei Erfüllung der Pflicht zur Versorgung hätten vermieden werden können. Diese ziehen sich auch über mehrere Tage hinweg, weshalb sie auch länger andauern.

Umstritten ist aber, ob hinzukommen muss, dass der Täter auch aus einer gefühllosen und unbarmherzigen Gesinnung heraus handelt.³² Dies ist hier jedoch nicht der Fall (siehe oben), weshalb der Streit entschieden werden muss. Für das Erfordernis sprechen zum einen der Wortlaut und zum anderen der systematische Vergleich mit den anderen beiden Tatvarianten, die ebenfalls vergleichbare Voraussetzungen aufweisen.

³⁰ So wohl bspw. *Bosch*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, Vor §§ 13 Rn. 134 f.; krit. dazu *M. Wagner*, Die Entsprechungsklausel in § 13 Abs. 1 StGB, 2024, S. 186 ff. m.w.N.

³¹ Exemplarisch BGH, Urt. v. 30.3.1995 – 4 StR 768/94 = NJW 1995, 2045.

³² Dafür insbesondere *Paeffgen/Böse/Eidam*, in: NK-StGB, Bd. 3, 6. Aufl. 2023, § 225 Rn. 13 m.w.N.

Hinweis: Die Tatvariante des „rohen Misshandelns“ scheidet jedenfalls mangels einer gleichgültigen Gesinnung³³ aus.

Ein Quälen durch Unterlassen scheidet damit aus.

Hinweis: A.A.³⁴ vertretbar. Dieser Streit kann auch im subjektiven Tatbestand ergänzend zum Vorsatz hinsichtlich der objektiven Dimension des Quälens geprüft werden.

M könnte K durch böswillige Vernachlässigung der Sorgspflicht an der Gesundheit geschädigt haben.

Eine Gesundheitsschädigung ist das Hervorrufen oder Steigern eines vom Normalzustand der körperlichen Funktionen des Menschen nachteilig abweichenden, d.h. pathologischen, Zustands.³⁵ Indem M dem zweijährigen K keine Nahrung und Flüssigkeit gegeben hat, hat er seine Sorgpflicht vernachlässigt. Dadurch litt K an Mangelerscheinungen und Krämpfen, was einen von Normalzustand abweichenden und d.h. krankhaften Zustand und demnach eine Gesundheitsschädigung darstellt. Dies geschah auch in kausaler und objektiv zurechenbarer Weise. M hat K daher durch Vernachlässigung seiner Sorgpflicht an der Gesundheit geschädigt. Da dies auch aus eigensüchtigen Motiven³⁶ heraus geschah (das Interesse, F „für sich alleine“ haben zu wollen), verhielt M sich zudem böswillig.

Hinweis: Die Böswilligkeit kann auch erst im subjektiven Tatbestand geprüft werden.

b) Qualifikationstatbestand

Weiterhin könnte M die Qualifikation gem. § 225 Abs. 3 Nr. 1 Var. 1 StGB verwirklicht haben. Dafür ist erforderlich, dass M den K durch die Tat in die konkrete Gefahr des Todes gebracht hat.

Eine konkrete Gefahr liegt vor, wenn es nur noch vom Zufall abhängt, ob der Tod des Opfers eintritt oder nicht.³⁷ Diese Gefahr muss gerade auf der Verwirklichung des Grundtatbestands beruhen. Durch das Nichtversorgen des K hat sich dessen Zustand derartig verschlechtert, dass der Tod nach drei Tagen nur noch durch sofortige ärztliche Hilfe abgewendet werden kann. Diese verweigert der M dem K jedoch. Die Rettung erfolgt nur durch die überraschende vorzeitige Heimkehr der F und das nachfolgende sofortige Verbringen von K in das nächstgelegene Krankenhaus. Mithin hing der Eintritt des Todes von K nur noch vom Zufall ab, sodass eine konkrete Gefahr, die gerade auf der Nichtversorgung beruht, eingetreten ist.

³³ BGH, Urt. v. 6.6.1952 – 1 StR 708/51 = BGHSt 3, 105 (109); *Paeffgen/Böse/Eidam*, in: NK-StGB, Bd. 3, 6. Aufl. 2023, § 225 Rn. 16 m.w.N.

³⁴ V.a. BGH, Urt. v. 4.8.2015 – 1 StR 624/14, Rn. 31 ff. = NJW 2015, 3047 (3047 f.).

³⁵ St. Rspr. und h.L.; exemplarisch BGH, Urt. v. 4.11.1988 – 1 StR 262/88 = BGHSt 36, 1 (6); *Engländer*, in: *Matt/Renzikowski*, Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl. 2020, § 223 Rn. 7 m.w.N.

³⁶ Dazu bspw. BGH, Urt. v. 6.6.1952 – 1 StR 113/52 = BGHSt 3, 20 (22).

³⁷ Vgl. etwa BGH, Urt. v. 23.7.2015 – 3 StR 633 = NStZ-RR 2015, 369 (370); speziell zum „Zufalls“-Kriterium siehe bspw. BGH, Beschl. v. 10.10.2013 – 2 StR 64/13 = NStZ-RR 2014, 111 (zu § 306a Abs. 2 StGB).

2. Subjektiver Tatbestand

a) Vorsatz hinsichtlich des Grundtatbestands

M wusste, dass K unter 18 Jahre alt ist sowie, dass K von F seiner Gewalt überlassen worden ist. Da M sogar den Tod von K wollte und auch erkennt, dass K erhebliche Schmerzen erleidet, ihn jedoch trotzdem nicht versorgt, handelte M auch diesbezüglich vorsätzlich (dolus directus 1. Grades).

Hinweis: Wenn nicht bereits im objektiven Tatbestand geschehen (siehe oben), ist hier zudem die Böswilligkeit zu prüfen.

b) Vorsatz hinsichtlich der Qualifikation

M hat auch erkannt, dass das Kind auf sofortige ärztliche Hilfe angewiesen war, um den Tod anzuwenden, welche er ihm bewusst verweigerte, um den Tod herbeizuführen, sodass er auch absichtlich hinsichtlich der Qualifikation handelte.

3. Rechtswidrigkeit und Schuld

M handelte auch rechtswidrig und schuldhaft.

4. Ergebnis

M hat sich wegen Misshandlung von Schutzbefohlenen durch Unterlassen gem. §§ 225 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 3 Nr. 1 Var. 1, 13 StGB strafbar gemacht.

IV. §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nr. 5, 13 StGB durch Nicht-Versorgen des K

Durch das Nicht-Versorgen des K verwirklicht M zudem eine gefährliche Körperverletzung durch Unterlassen mittels einer das Leben gefährdenden Behandlung (da konkrete Lebensgefahr besteht, kann der Streit³⁸ dahinstehen); diese tritt aber hinter der qualifizierten Misshandlung von Schutzbefohlenen durch Unterlassen zurück.³⁹

V. Konkurrenzen

Die qualifizierte Misshandlung von Schutzbefohlenen gem. § 225 Abs. 1 Nr. 1 Var. 1 StGB verdrängt das Grunddelikt im Wege der Spezialität.⁴⁰ Der von M begangene versuchte Mord durch Unterlassen gem. §§ 211, 212 Abs. 1, 13, 22, 23 Abs. 1 StGB steht mit der schweren Misshandlung von Schutzbefohlenen gem. § 225 Abs. 3 Nr. 1 Var. 1 StGB in Tateinheit gem. § 52 Abs. 1 StGB.

³⁸ Die h.A. verlangt nicht den Eintritt einer konkreten Lebensgefahr, vgl. aus der Rspr. jüngst anschaulich BGH, Urt. v. 25.1.2024 – 3 StR 157/23 = NStZ 2024, 285; aus der Literatur bspw. *Hardtung*, in: MüKo-StGB, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 224 Rn. 42; jeweils m.w.N.; zur Gegenauffassung, die eine konkrete Lebensgefahr verlangt, vgl. insb. *Paeffgen/Böse/Eidam*, in: NK-StGB, Bd. 3, 6. Aufl. 2023, § 224 Rn. 28.

³⁹ Bspw. BGH, Beschl. v. 17.1.2023 – 2 StR 459/21, Rn. 20 = BGHSt 67, 229 (234) m.w.N.

⁴⁰ Klarstellend *Hardtung*, in: MüKo-StGB, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 225 Rn. 40.

B. Strafbarkeit des B

I. §§ 212 Abs. 1, 13, 22, 23 Abs. 1, 26 StGB

B könnte sich wegen Anstiftung zum versuchten Totschlag durch Unterlassen gem. §§ 212 Abs. 1, 13, 22, 23 Abs. 1, 26 StGB strafbar gemacht haben, indem er M vorschlägt, K in Abwesenheit der F loszuwerden, indem er das Kind nicht versorgt.

1. Tatbestand

a) Objektiver Tatbestand

aa) Vorsätzliche rechtswidrige Haupttat

Eine vorsätzliche rechtswidrige Haupttat ist in Form des versuchten Totschlags durch Unterlassen des M gegeben.

bb) Bestimmen zur Haupttat

B müsste M auch zur Haupttat bestimmt haben. Unter Bestimmen wird das zumindest mitursächliche Hervorrufen des Tatentschlusses beim Haupttäter verstanden.⁴¹ B hat M überhaupt erst auf die Idee gebracht, K verdursten und verhungern zu lassen, und ihn damit zum Totschlag durch Unterlassen bestimmt.

b) Subjektiver Tatbestand

B wollte bei M den Entschluss zur Haupttat hervorrufen, er handelte mit *dolus directus* 1. Grades.

c) Tatbestandsverschiebung?

Fraglich ist, wie es sich auswirkt, dass B kein Garant zum Schutz des K ist. Die Garantstellung des M kraft faktischer Übernahme ist ein besonderes persönliches Merkmal i.S.d. § 28 StGB.

Hinweis: Str., a.A. mit entsprechender Begründung vertretbar:

Für die Einordnung von Garantstellungen als besondere persönliche Merkmale wird maßgeblich angeführt, dass die Strafbarkeit wegen eines „unechten“ Unterlassungsdelikts sich gerade nicht ausschließlich aus der Bedrohung für das Rechtsgut, sondern aus dem Verhältnis zwischen den Personen ergebe, weshalb es sich gerade um einen persönlichen und damit täterbezogenen (und nicht lediglich tatbezogenen) Umstand handle.⁴²

Dagegen wird angeführt, dass die Garantstellung lediglich die Funktion habe, positives Tun und Unterlassen bei der Zurechnung des tatbestandsmäßigen Erfolgs gleichzustellen.⁴³ Das Tatunrecht werde durch die Garantstellung nicht erhöht, was darin zum Ausdruck komme, dass Handlungs-

⁴¹ Exemplarisch BGH, Urt. v. 20.1.2000 – 4 StR 400/99 = BGHSt 45, 373 (374 f. – zu § 30a Abs. 2 Nr. 1 BtMG) m.w.N.

⁴² So bspw. Gaede, in: NK-StGB, Bd. 1, 6. Aufl. 2023, § 13 Rn. 28; Heine/Weißer, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 28 Rn. 19; Murmann, in: SSW-StGB, 6. Aufl. 2024, § 28 Rn. 8; Puppe, in: NK-StGB, Bd. 1, 6. Aufl. 2023, § 28 Rn. 72; Weigend, in: LK-StGB, Bd. 1, 13. Aufl. 2020, § 13 Rn. 87; jeweils m.w.N.

⁴³ Insb. Geppert, ZStW 82 (1970), 40 (70).

und Unterlassungsdelikt denselben Strafraumen aufweisen.⁴⁴ Die Anwendung der Strafmilderung sei daher nicht sachgerecht.⁴⁵

Vereinzelte Stimmen differenzieren zwischen Beschützer- (Anwendung des § 28 Abs. 1 StGB) und Überwachergarantenstellungen (keine Strafmilderung)⁴⁶ bzw. solchen aus organisatorischer und institutioneller Zuständigkeit⁴⁷.

Jedenfalls für die Garantenstellung aus Ingerenz hat der BGH sich nun kürzlich der erstgenannten Ansicht angeschlossen.⁴⁸ Eine derart detaillierte Darstellung der Argumente kann von den Studierenden nicht erwartet werden. Zumindest aber sollte erkannt werden, dass es sich bei der Garantenstellung um ein besonderes persönliches Merkmal handeln könnte.

Da dieses in Bezug auf unechte Unterlassungsdelikte strafbegründend wirkt, ist § 28 Abs. 1 StGB einschlägig. Die fehlende Garantenstellung des B verschiebt daher nicht den Tatbestand, sondern nur den Strafraumen.

2. Ergebnis

B hat sich wegen Anstiftung zum versuchten Totschlag durch Unterlassen gem. §§ 212 Abs. 1, 13, 22, 23 Abs. 1, 26 StGB strafbar gemacht. Die Strafe kann gem. §§ 28 Abs. 1, 49 Abs. 1 StGB gemildert werden.

II. §§ 211, 212 Abs. 1, 13, 22, 23 Abs. 1, 26 StGB

B könnte sich durch dieselbe Handlung wegen Anstiftung zum versuchten Mord durch Unterlassen gem. §§ 211, 212 Abs. 1, 13, 22, 23 Abs. 1, 26 StGB strafbar gemacht haben.

1. Tatbestand

a) Objektiver Tatbestand

B hat M zum (versuchten) Mord durch Unterlassen bestimmt.

b) Subjektiver Tatbestand

Dabei handelte er auch vorsätzlich; insbesondere wusste er um die Motive des M.

⁴⁴ Etwa *Stein*, in: SK-StGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2017, Vor § 13 Rn. 62.

⁴⁵ Bspw. *Freund/Rostalski*, in: MüKo-StGB, Bd. 1, 5. Aufl. 2024, § 13 Rn. 262.

⁴⁶ Insb. *Herzberg*, GA 1991, 161; dagegen bspw. *Weigend*, in: LK-StGB, Bd. 1, 13. Aufl. 2020, § 13 Rn. 87.

⁴⁷ *Jakobs*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1991, 23/25, 29/112; dagegen bspw. *Puppe*, in: NK-StGB, Bd. 1, 6. Aufl. 2023, § 28 Rn. 74.

⁴⁸ BGH, Beschl. v. 24.3.2021 – 4 StR 416/20 = BGHSt 66, 66. Die Argumentation des *Senats* legt aber die Vermutung nahe, dass er § 28 Abs. 1 StGB künftig auch auf Fälle anderer Garantenstellungen anwenden wird; so die nachvollziehbare Einschätzung bei *Hinderer*, NStZ 2022, 223 (223 f.); *Valerius*, NJW 2021, 1770; wohl auch *Murmann*, in: SSW-StGB, 6. Aufl. 2024, § 28 Rn. 8.

c) Tatbestandsverschiebung?

Hinweis: Sofern oben die Grausamkeit als Mordmerkmal bejaht wurde, entfällt das nachfolgende Problem, da zu unterstellen ist, dass auch B klar ist, dass das Verdursten-und-Verhungern-Lassen eine grausame Form der Tötung ist.

Umstritten ist, wie es sich auf die Akzessorietät auswirkt, dass B zwar Kenntnis davon hat, dass M aus niedrigen Beweggründen gehandelt hat, selbst jedoch andere Motive hat. Einigkeit darüber besteht, dass die täterbezogenen Mordmerkmale der ersten und dritten Gruppe besondere persönliche Merkmale i.S.d. § 28 StGB sind, ist strittig, ob sie unter Abs. 1 oder 2 fallen.

Nach Ansicht der Rechtsprechung handelt es sich bei § 211 StGB um einen gegenüber § 212 StGB eigenständigen Tatbestand, sodass die täterbezogenen Mordmerkmale strafbarkeitsbegründende Merkmale i.S.d. Abs. 1 StGB sind.⁴⁹ Da allerdings B seinerseits aus niederträchtigen Rachemotiven heraus handelt und somit (andere) niedrige Beweggründe aufweist, versagt auch die Rechtsprechung in diesen Fällen eine Strafmilderung (sog. „gekreuzte Mordmerkmale“).⁵⁰

Hinweis: Das gilt nicht nur dann, wenn verschiedene Mordmerkmale (z.B. Habgier einerseits und sonstige niedrige Beweggründe andererseits) vorliegen, sondern auch, wenn – wie hier – dem Sachverhalt nach unterschiedliche Motive vorliegen, die aber demselben Tatbestandsmerkmal subsumiert werden.

Die Literaturansicht hingegen sieht in § 211 StGB eine Qualifikation zu § 212 StGB und die Mordmerkmale daher als strafscharfend i.S.d. § 28 Abs. 2 StGB.⁵¹ Es kommt daher zu einer Tatbestandsverschiebung bei dem Beteiligten, bei dem das Merkmal nicht vorliegt. Da B selbst niedrige Beweggründe aufweist, ist auch er daher wegen Anstiftung zum (versuchten) Mord strafbar, ohne dass es (insoweit) zu einer Strafmilderung käme.

Der Streit muss daher nicht entschieden werden; es kommt jedenfalls zu keiner Tatbestandsverschiebung.

2. Rechtswidrigkeit und Schuld

B handelte rechtswidrig und schuldhaft.

3. Ergebnis

B hat sich gem. §§ 211, 212 Abs. 1, 13, 22, 23 Abs. 1, 26 StGB wegen Anstiftung zum versuchten Mord durch Unterlassen strafbar gemacht. Die Strafe ist wegen der fehlenden Garantenstellung des B gem. § 28 Abs. 1 StGB zu mildern; eine weitere Strafmilderung kommt wegen der niedrigen Beweggründe des B nicht in Betracht.

⁴⁹ St. Rspr. seit BGH, Urt. v. 9.11.1951 – 2 StR 296/51 = BGHSt 1, 368; vgl. bspw. BGH, Beschl. v. 17.1.2002 – 4 StR 482/01 = NStZ-RR 2002, 139 (140).

⁵⁰ Vgl. insb. BGH, Urt. v. 12.1.2005 – 2 StR 229/04 = BGHSt 50, 1 (9 f.).

⁵¹ Bspw. Neumann, in: NK-StGB, Bd. 3, 6. Aufl. 2023, Vor §§ 211–217 Rn. 154 m.w.N.

III. §§ 225 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 3 Nr. 1 Var. 1, 13, 26 StGB

B könnte sich durch dieselbe Handlung wegen Anstiftung zur schweren Misshandlung von Schutzbefohlenen durch Unterlassen gem. §§ 225 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 3 Nr. 1 Var. 1, 13, 26 StGB strafbar gemacht haben.

1. Tatbestand

a) Objektiver Tatbestand

aa) Vorsätzliche rechtswidrige Haupttat

Eine vorsätzliche rechtswidrige Haupttat liegt mit der schweren Misshandlung von Schutzbefohlenen vor.

bb) Bestimmen zur Haupttat

Hierzu hat B den M auch bestimmt.

b) Subjektiver Tatbestand

B handelte vorsätzlich im Sinne eines dolus directus 1. Grades.

c) Akzessorietätslockerung

Zugunsten des B könnte es jedoch zu einer Tatbestandsverschiebung gem. § 28 Abs. 2 StGB kommen. Das wäre dann der Fall, wenn es sich bei dem Schutzverhältnis zwischen M und K um ein besonderes persönliches Merkmal handelt, welches die Strafe schärft. Da dieses Verhältnis die Beziehung des Täters zum Opfer charakterisiert, handelt es sich nach ganz h.M. um ein besonderes persönliches Merkmal i.S.d. § 28 StGB.⁵² Da der Täter bei einer Gesundheitsschädigung auch ohne diese Sonderpflicht nach § 223 Abs. 1 StGB strafbar wäre (siehe oben), schärft es vorliegend die Strafe. Mithin handelt es sich um ein Merkmal i.S.d. § 28 Abs. 2 StGB.⁵³ Zwischen B und K besteht aber kein entsprechendes Schutzverhältnis.

2. Ergebnis

B hat sich nicht wegen Anstiftung zur Misshandlung Schutzbefohlener durch Unterlassen strafbar gemacht.

IV. §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB, 13, 26 StGB

B ist strafbar wegen Anstiftung zur gefährlichen Körperverletzung gem. §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nr. 5, 13, 26 StGB. Mangels Garantenstellung ist seine Strafe aber gem. §§ 28 Abs. 1, 49 Abs. 1 StGB zu mildern.

⁵² Bspw. *Engländer*, in: Matt/Renzikowski, Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl. 2020, § 225 Rn. 13.

⁵³ Str.; vgl. zur Diskussion näher *Paeffgen/Böse/Eidam*, in: NK-StGB, Bd. 3, 6. Aufl. 2023, § 225 Rn. 22 m.w.N.

V. Konkurrenzen

B ist wegen Anstiftung zum versuchten Mord durch Unterlassen gem. §§ 211, 212 Abs. 1, 13, 22, 23 Abs. 1, 26 StGB in Tateinheit (§ 52 StGB) mit Anstiftung zur gefährlichen Körperverletzung gem. §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nr. 5, 13, 26 StGB strafbar.

2. Handlungskomplex: Im Krankenhaus (Strafbarkeit der A)

I. § 240 Abs. 1 StGB durch Ankündigung der Fixierung

A könnte sich wegen Nötigung gem. § 240 Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben, indem sie gegenüber M ankündigte, ihn im Schockraum fixieren zu lassen, falls er versuchen sollte, den Kontakt zu K und F zu suchen.

1. Tatbestand

a) Objektiver Tatbestand

Dafür müsste A den M durch Gewalt oder Drohung mit einem empfindlichen Übel zu einem Handeln, Dulden oder Unterlassen genötigt haben.

aa) Nötigungshandlung

Gewalt ist jede körperliche Tätigkeit, durch die körperlich wirkender Zwang ausgeübt wird, um geleisteten oder erwarteten Widerstand zu überwinden.⁵⁴ Insoweit bestehen keine Anhaltspunkte.

Eine Drohung ist das Inaussichtstellen eines Übels, auf das der Drohende Einfluss zu haben vorgibt.⁵⁵ Ein Übel ist jeder Nachteil. Empfindlich ist es nach h.M. dann, wenn der in Aussicht gestellte Nachteil von solcher Erheblichkeit ist, dass seine Ankündigung geeignet erscheint, den Bedrohten im Sinne des Täterverlangens zu motivieren.

A hat M gegenüber angekündigt, ihn fixieren zu lassen. Dies stellte einen Eingriff in die Fortbewegungsfreiheit des M und damit einen Nachteil für ihn dar. Auch erweckt A den Anschein, dass es in ihrer Macht stünde, diesen Eingriff herbeiführen zu können. Von M kann nicht erwartet werden, dass er der Drohung „in besonnener Selbstbehauptung“ standhält,⁵⁶ sodass das Übel geeignet erscheint, ihm im Sinne des Täterverlangens zu motivieren. Eine Drohung mit einem empfindlichen Übel liegt daher vor.

bb) Nötigungserfolg

Dadurch müsste M in kausaler und objektiv zurechenbarer Weise zu einer Handlung, Duldung oder Unterlassung veranlasst worden sein. M hat sich von der Drohung der A abschrecken lassen und hat sich entfernt, ohne mit K und F Kontakt aufzunehmen, sodass der Nötigungserfolg in der Form des Unterlassens vorliegt.

⁵⁴ Bspw. BGH, Urt. v. 10.11.2022 – 4 StR 91/22 = NStZ-RR 2023, 248 (249) m.w.N.

⁵⁵ Hierzu und zum Folgenden bspw. BGH, Beschl. v. 5.9.2013 – 1 StR 162/13 = NStZ 2014, 149 (151) m.w.N.

⁵⁶ BGH, Beschl. v. 5.9.2013 – 1 StR 162/13, Rn. 54 = NStZ 2014, 149 (151) m.w.N.

b) Subjektiver Tatbestand

A müsste auch vorsätzlich, d.h. mit Willen zur Tatbestandsbegehung in Kenntnis aller objektiven Tatumstände gehandelt haben, § 15 StGB.⁵⁷ A wollte M durch ihre Ankündigung davon abhalten, das Zimmer von K und F aufzusuchen, sodass es ihr gerade darauf ankam, M zu bedrohen und so zu einem Unterlassen zu veranlassen. Mithin handelte sie absichtlich i.S.d. dolus directus 1. Grades.

2. Rechtswidrigkeit

a) Keine Rechtfertigungsgründe

Da M F und K tatsächlich nur aufsuchen will, um sich zu entschuldigen, liegt weder ein gegenwärtiger Angriff i.S.d. § 32 StGB noch eine gegenwärtige Gefahr i.S.d. § 34 StGB tatsächlich vor, sodass eine Rechtfertigung ausscheidet.

b) Verwerflichkeitsklausel

Allerdings ist die Tat gem. § 240 Abs. 2 StGB nur dann rechtswidrig, wenn die Androhung des Übels zu dem angestrebten Zweck als verwerflich anzusehen ist. Daraus ergibt sich, dass entweder der angestrebte Nötigungserfolg, das Nötigungsmittel oder aber die Zweck-Mittel-Relation rechtlich missbilligt sein muss.

Der Zweck, den M von K fernzuhalten, ist aufgrund des vorangegangenen Geschehens nicht als verwerflich anzusehen. Die Drohung einer Ärztin, einen Patienten im Schockraum fixieren zu lassen, ist nicht grundsätzlich rechtswidrig, sondern kann in gewissen Fällen, z.B. bei Selbst- oder Fremdverletzungsgefahr sogar erforderlich sein. Allerdings will M hier gerade niemanden verletzen, sondern sich bei F und K entschuldigen, sodass die Fixierung eine unzulässige Freiheitsberaubung darstellen würde. Die Drohung mit einer unzulässigen Freiheitsberaubung ist daher objektiv verwerflich.

3. Irrtum über rechtfertigende Umstände

a) Vorliegen von rechtfertigenden Umständen bei Zugrundelegung der Vorstellung der A

A könnte sich allerdings Umstände vorgestellt haben, die, wenn sie tatsächlich vorlägen, eine Nothilfelage begründeten.

aa) Nothilfelage

Nach der Vorstellung der A müsste ein gegenwärtiger rechtswidriger Angriff vorgelegen haben. Ein Angriff ist jedes menschliche Verhalten, das ein rechtlich geschütztes Individualinteresse bedroht oder verletzt.⁵⁸ Gegenwärtig ist der Angriff, wenn er unmittelbar bevorsteht, bereits begonnen hat oder noch fort dauert.⁵⁹ Rechtswidrig ist er, wenn er nicht von der Rechtsordnung gedeckt ist.⁶⁰

⁵⁷ Zur Definition exemplarisch *Rengier*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 16. Aufl. 2024, § 14 Rn. 5.

⁵⁸ Exemplarisch *Perron/Eisele*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 32 Rn. 3.

⁵⁹ Bspw. BGH, Urt. v. 7.6.2017 – 4 StR 197/17 = NStZ-RR 2017, 270.

⁶⁰ BGH, Urt. v. 23.9.1997 – 1 StR 446/97 = NJW 1998, 1000.

A stellte sich vor, dass M K erneut verletzen oder töten wollte. Dies würde einen Angriff auf das Rechtsgut Leben bzw. die körperliche Unversehrtheit des K darstellen, der auch unmittelbar bevorsteht und nicht von der Rechtsordnung gedeckt ist. A stellt sich daher eine Nothilfefalge i.S.d. § 32 Abs. 2 StGB vor.

bb) Nothilfehandlung

A müsste in der von ihr vorgestellten Situation eine erforderliche und gebotene Nothilfehandlung ausgeführt haben. Erforderlich ist die Verteidigung, die sich gegen den Angreifer richtet, zu einer sofortigen Beendigung des Angriffs geeignet ist und eine dauerhafte Beseitigung der Gefahr am besten gewährleistet; dabei ist unter gleich effektiven Verteidigungsmitteln das mildeste zu wählen.⁶¹

Die Ankündigung der A, den M fixieren zu lassen, ist geeignet, M daran zu hindern, das Zimmer von K zu betreten und so den vermeintlich bevorstehenden Angriff abzuwenden. Diese Handlung ist insbesondere gegenüber der sofortigen Fixierung auch das mildere Mittel. Andere gleich effektive Mittel liegen nicht vor – insbesondere schickt M sich gerade an, das Zimmer zu betreten, weshalb beispielsweise für das Herbeirufen des Sicherheitsdienstes oder der Polizei keine Zeit bliebe –, sodass die Ankündigung erforderlich ist. Eine Einschränkung des Notwehrrechts aufgrund fehlender Gebotenheit ist nicht ersichtlich.

cc) Subjektives Rechtfertigungselement

A handelte zudem auch, um den vorgestellten Angriff auf das Leben bzw. die körperliche Unversehrtheit des K abzuwenden.

dd) Zwischenergebnis

Ihrer irrigen Vorstellung nach war A wegen Nothilfe gerechtfertigt.

b) Rechtsfolge

Fraglich ist, welche rechtlichen Konsequenzen aus diesem Irrtum zu ziehen sind. Das Gesetz kennt keine Vorschrift, die eine explizite Aussage hierüber trifft. Es ist umstritten, welcher Rechtsgedanke heranzuziehen ist.⁶²

aa) Vorsatztheorie

Nach der sog. Vorsatztheorie ist das Unrechtsbewusstsein notwendiger Bestandteil des Tatvorsatzes (dolus malus).⁶³ Stellt der Täter sich rechtfertigende Umstände vor, fehlt ihm dieses Unrechtsbewusstsein. Infolgedessen entfielen gem. § 16 Abs. 1 S. 1 StGB der Vorsatz. Nach dieser Auffassung handelte A nicht vorsätzlich.

Hinweis: Es ist unschädlich, wenn auf die Vorsatztheorie nicht eingegangen wird, da sie heute nicht mehr vertreten wird.

⁶¹ Bspw. BGH, Urt. v. 19.12.2013 – 4 StR 347/13 = NStZ 2014, 147 (148 f.) m.w.N.

⁶² Dazu Hillenkamp/Cornelius, 32 Probleme aus dem Strafrecht, Allgemeiner Teil, 16. Aufl. 2023, 10. Problem.

⁶³ Vgl. bspw. Langer, GA 1976, 193 (213 ff.) m.w.N.

bb) Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen

Nach der Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen gehört zum objektiven Tatbestand auch, dass kein Rechtfertigungsgrund eingreift.⁶⁴ Das Nichtvorliegen objektiver Umstände, die den Täter rechtfertigen würden, ist nach dieser Auffassung ein „Umstand [...], der zum gesetzlichen Tatbestand gehört“ (§ 16 Abs. 1 S. 1 StGB). Stellt sich nun der Täter irrtümlich rechtfertigende Umstände vor, entfällt der Vorsatz. Auch nach dieser Auffassung handelte A nicht vorsätzlich.

cc) Strenge Schuldtheorie

Die Vertreter der strengen Schuldtheorie ordnen das Unrechtsbewusstsein der Schuld zu, sodass § 17 StGB auf den Irrtum über rechtfertigende Umstände anzuwenden ist.⁶⁵ Danach wirkt der Irrtum des A nur dann strafbefreiend, wenn er unvermeidbar war, § 17 S. 1 StGB. An die Unvermeidbarkeit sind grundsätzlich hohe Anforderungen zu stellen. Unvermeidbarkeit liegt dann vor, wenn der Täter trotz der ihm nach den Umständen des Falles, seiner Persönlichkeit, sowie seines Lebens- und Berufskreises zuzumutenden Anspannung des Gewissens das Unrecht seines Handelns nicht erkennen konnte.⁶⁶

A hat M zunächst auf dessen Nachfrage den Zutritt zum Zimmer des K verweigert. Als er daraufhin versuchte, an ihr vorbeizugehen, hat sie ihm mit der Fixierung gedroht. Aufgrund des vorangegangenen Geschehens war es nicht völlig abwegig, dass M erneut versuchen würde, K etwas anzutun, insbesondere da er auch die erste Zutrittsverweigerung der A ignorierte. Nachzufragen, weshalb M zu F und K möchte, wäre kein sicheres Mittel zum Ausschluss eines Angriffs gewesen, weil A keine Möglichkeit gehabt hätte, die Aufrichtigkeit von Ms Aussage zu überprüfen. Mithin war der Irrtum unvermeidbar.

Hinweis: A.A. vertretbar; dann muss zur strengen Schuldtheorie Stellung bezogen werden. Für die strenge Schuldtheorie wird angeführt, dass sie die konsequente Trennung von Vorsatz und Unrechtsbewusstsein auch für die Fälle des Erlaubnistatbestandsirrtums beibehalte.⁶⁷ Dagegen spreche, dass derjenige Täter, der sich die tatsächlichen Voraussetzungen eines Rechtfertigungsgrundes vorstellt, sich „an sich rechtstreu“ verhalten⁶⁸ und gerade nicht gegen die Rechtsordnung auflehnen will.⁶⁹

dd) Eingeschränkte Schuldtheorie

Die (rechtsgrundverweisende) eingeschränkte Schuldtheorie wendet im Falle des Irrtums über rechtfertigende Umstände § 16 Abs. 1 S. 1 StGB analog an.⁷⁰ Nach dieser Auffassung entfällt der Vorsatz der A.

⁶⁴ V.a. *Roxin/Greco*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 5. Aufl. 2020, § 10 Rn. 13 ff. m.w.N., § 14 Rn. 54.

⁶⁵ Exemplarisch *Welzel*, Das Deutsche Strafrecht, 11. Aufl. 1969, S. 168 ff.; *Paeffgen/Zabel*, in: NK-StGB, Bd. 1, 6. Aufl. 2023, Vor §§ 32–35 Rn. 108 ff. m.w.N.

⁶⁶ Grdl. BGH, Beschl. v. 18.3.1952 – GSSt 2/51 = BGHSt 2, 194 (201).

⁶⁷ Bspw. *Paeffgen/Zabel*, in: NK-StGB, Bd. 1, 6. Aufl. 2023, Vor §§ 32–35 Rn. 108.

⁶⁸ So die bekannte Formulierung aus BGH, Urt. v. 6.6.1952 – 1 StR 708/51 = BGHSt 3, 105 (107).

⁶⁹ Bspw. *Hecker*, JuS 2011, 369 (470 f.) m.w.N.

⁷⁰ Vgl. etwa BGH, Urt. v. 9.5.2001 – 3 StR 542/00 = NSTZ 2001, 530; *Gaede*, in: Matt/Renzikowski, Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl. 2020, § 16 Rn. 35; *Puppe*, in: NK-StGB, Bd. 1, 6. Aufl. 2023, § 16 Rn. 137 ff.; jeweils m.w.N.

ee) Rechtsfolgenverweisende eingeschränkte Schuldtheorie

Nach der rechtsfolgenverweisenden eingeschränkten Schuldtheorie sollen im Fall eines Irrtums über rechtfertigende Umstände lediglich die Rechtsfolgen des § 16 Abs. 1 S. 1 StGB analog angewendet werden, sodass die Vorsatzschuld entfällt.⁷¹ Danach wäre A entschuldigt.

ff) Streitentscheid

Da alle Auffassungen zum Ergebnis der Straflosigkeit von A kommen (und es in Ermangelung von Teilnahme oder Notwehr seitens M nicht darauf ankommt, auf welche dogmatische Weise dieses Ergebnis zustande kommt), ist ein Streitentscheid entbehrlich.

4. Ergebnis

A hat sich daher nicht wegen Nötigung gem. § 240 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

II. § 241 Abs. 1 StGB durch Ankündigung der Fixierung

In der Ankündigung der Fixierung liegt zwar auch eine Bedrohung i.S.d. § 241 Abs. 1 StGB, die im Ergebnis aber ebenfalls wegen des Irrtums über das Vorliegen einer Nothilfesituation straflos ist.

Hinweis: Es ist unschädlich, wenn die Studierenden § 241 Abs. 1 StGB „regulär“ durchprüfen.

III. Gesamtergebnis

A hat sich nicht strafbar gemacht.

⁷¹ BGH, Urt. v. 2.11.2011 – 2 StR 375/11 = NStZ 2012, 272 (273); *Gropp/Sinn*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 2020, § 13 Rn. 208 ff.; *Jescheck/Weigend*, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 1996, § 41 IV. 1. d) = S. 464 f.; jeweils m.w.N.