

„Diebstahl mit Todesfolge“

Strafrechtsklausur für die Erste Juristische Staatsprüfung

Körperverletzungs- und Tötungsdelikte; Rechtfertigung; Erlaubnistatumsstandsirrtum;
Beweisrecht

Schwere Examensklausur

5 Stunden

Schönfelder, Deutsche Gesetze nebst Ergänzungsband, oder Nomos-Texte

■ SACHVERHALT

D ist im Kaufhaus des K als Detektiv tätig. Er beobachtet in der Abteilung für Unterhaltungselektronik den A, von dem D annimmt, dieser habe sich soeben einige CDs in seine Jackentasche gesteckt. Hinter der Kasse spricht D den A an und weist sich als Detektiv aus. Als der 13 kg schwerere und 13 cm größere A sich der Feststellung seiner Personalien widersetzt, nach D schlägt, ihn beiseite schiebt und die Flucht ergreift, verfolgt ihn D und springt ihn von hinten an. Dabei legte D seinen linken Arm um den Hals des A und beide gehen zu Boden. D versucht, den in die „Unterlage“ geratenen A am Boden zu fixieren, ruft zugleich um Hilfe und fordert A mehrfach auf, sich zu ergeben und zum Zeichen der Aufgabe mit der Hand auf den Boden zu schlagen. A zeigt indes keine derartige Reaktion. Der wenige Augenblicke später hinzugekommene Inhaber eines Schuhreparaturstandes, S, hält die rechte Hand des A und, als dieser noch dazu mit den Beinen um sich tritt, auch ein Bein fest. Wenige Minuten später kommt auch K hinzu. Er drückt den rechten Arm des A, den S kaum noch festhalten konnte, mit seinem Knie zu Boden. Ferner veranlasst K, dass die Polizei verständigt wird. Während der gesamten Zeit hält D den Hals des A weiter in seiner linken Armbeuge, wobei er den ertappten „Dieb“ über einen Zeitraum von mindestens drei Minuten ohne Unterlass derart würgte, dass diesem die Luftzufuhr vollständig abgeschnitten war. Die zweimal gestellte Frage des K, „ob der Mann noch Luft bekomme“, bejaht D jeweils. Als wenige Minuten später der Polizist P erscheint, fordert K diesen auf, dem A Handfesseln anzulegen, da sich A nach dem Eindruck des K weiterhin derart stark zur Wehr setzt, dass er ihn mit seinem rechten Arm anhub. Nachdem K und S den nunmehr regungslos am Boden liegenden A losgelassen haben, diesem Handfesseln angelegt worden sind und auch D diesen losgelassen hat, dreht P dessen leblosen Körper um. Das Gesicht des A ist blau verfärbt; er ist infolge der Strangulation durch D erstickt. In seiner Jacke wurden fünf CDs gefunden, die aus dem Kaufhaus stammten, jedoch nicht bezahlt wurden.

Am nächsten Tag ist man im Kaufhaus bemüht, zum Alltag zurückzufinden. Detektiv E hat jedoch nicht die Zeit, über die Erlebnisse seines Kollegen vom Vortag nachzudenken. Er sieht den R, wie er sich eine DVD in die Jacke steckt. Auf dem Weg zur Kasse entschließt sich R anders, holt die DVD heraus, legt sie zurück in ein Regal und „tauscht“ sie gegen eine andere DVD an einem Sonderstand ein. Diese zahlt er nicht. An der Kasse drängelt sich R unbehelligt an den Kunden vorbei und die KassiererIn lässt ihn passieren. Dann stellt sich ihm E in den Weg und fordert ihn zum Mitkommen auf. R stößt E weg und flüchtet, um sich der Strafverfolgung zu entziehen. E nimmt die Verfolgung trotz seiner Spurtstärke nicht auf, weil er über die jüngst ausgebliebene Gehaltserhöhung verärgert ist und sich daher sagt, dass er nicht um jeden Preis seine Gesundheit aufs Spiel setzen müsse. Daher lässt er R samt seiner Beute laufen.

Vermerk für den Bearbeiter:

1. Die Strafbarkeit der Beteiligten ist - mit Ausnahme von K, P und S - zu begutachten. Etwa erforderliche Strafanträge sind gestellt.
2. Im Strafverfahren wird der Sachverhalt des ersten Absatzes durch die Aussagen der Beschuldigten D, K und S sowie der Zeugin Z ermittelt. Nehmen Sie an, Z verweigert in der Hauptverhandlung die Aussage gem. § 52 I Nr. 2 StPO, weil es sich bei ihr um die Ehefrau des D handelt. Kann ihre Aussage dennoch in den Prozess eingeführt werden? Wie verhält es sich, wenn D seine Aussage im Hauptverfahren gem. § 136 I 2 StPO verweigert?

■ LÖSUNG

1. Teil: Die Strafbarkeit der Beteiligten

A. Strafbarkeit des A?

Keine Prüfung des Toten!

A ist tot. Der Tod eines Menschen ist materiell-rechtlich mangels Schuldfähigkeit ein Ausschlussgrund für die Strafbarkeit und formell-rechtlich ein Prozesshindernis, das in jeder Lage des Verfahrens zu beachten ist (BGH NJW 1983, S. 464 f.; zur Einstellungsproblematik BGHSt 45, S. 108 (111 f.); *Roxin* Strafverfahrensrecht, 25. Aufl., 1998, § 21, Rn. 9; *Meyer-Goßner* StPO, 47. Aufl., 2004, § 206a, Rn. 8 m. w. N.). Die Prüfung der Strafbarkeit des A unterbleibt daher.

B. Strafbarkeit des D gemäß § 223 I StGB

D hat sich möglicherweise der Körperverletzung gem. § 223 I schuldig gemacht, als er A bei der Verfolgung von hinten ansprang und diesen dadurch zu Boden riss.

I. Das Anspringen durch D ist eine üble und unangemessene Behandlung. Hierdurch ist die körperliche Unversehrtheit des A in nicht unerheblicher Weise beeinträchtigt worden. Daher hat D den A körperlich misshandelt. Er handelte auch vorsätzlich und damit gem. § 223 I 1. Alt. tatbestandsmäßig.

Rechtfertigung gem. § 127 I 1 StPO

II. Ds Tat ist aber womöglich gerechtfertigt. In Betracht kommt zunächst eine private Flagranzfestnahme gem. § 127 I 1 StPO. Voraussetzung ist zunächst das Vorliegen einer Rechtfertigungslage, d. h. ein Betroffen-oder-verfolgt-Sein auf frischer Tat bei Fluchtverdacht oder fehlender Möglichkeit sofortiger Identitätsfeststellung. D hat A bei dem, mit dem Einstecken der CDs in die Jackentasche wohl vollendeten, Diebstahl beobachtet. Eine rechtswidrige Tat im Sinne des § 11 I Nr. 5 liegt daher vor. A befindet sich auch in unmittelbarer räumlicher und zeitlicher Nähe zum Tatgeschehen, als er vor D davonläuft. Damit ist er auch auf frischer Tat betroffen. Weiterhin ist Voraussetzung für die Rechtfertigung nach § 127 I 1 StPO, dass die anwesenheits- oder identitätssichernde Funktion des Festnahmerechts wegen bestehenden Fluchtverdachts oder fehlender Möglichkeit sofortiger Identitätsfeststellung gewährleistet ist. Fluchtverdacht liegt vor, A wollte sich dem weiteren Verfahren entziehen. Auch ist A nicht allgemein bekannt oder seine Identität ohne weitere Hindernisse zu klären, so dass die Voraussetzungen der Rechtfertigungslage gem. § 127 I 1 StPO vorliegen.

§ 127 I 1 StPO rechtfertigt allerdings nur solche Handlungen, die unmittelbar dem Festnahmezweck dienen. Somit also phänotypisch grundsätzlich keine Körperverletzungen, sondern in der Regel Freiheitsberaubungen oder Nötigungen. Damit wäre die tatbestandsmäßige Körperverletzung des D nicht gem. § 127 I 1 StPO gerechtfertigt. Jedoch ist anerkannt, dass ausnahmsweise unerhebliche Körperverletzungen auch dann noch gem. § 127 I 1 StPO gerechtfertigt sind, wenn sie unvermeidbare Nebenfolge der Sistierung sind. Vorliegend war es D unvermeidbar, A nur gewaltsam festzuhalten. Folglich ist Ds Handlung gem. § 127 I 1 StPO gerechtfertigt, weil diese nicht unverhältnismäßig in die Rechte des Festgenommenen eingreift und D auch mit Festnahmewillen handelte (zur letztgenannten Voraussetzung *Baier* JA 2000, S. 630 (632 m. w. N.)).

Rechtfertigungskonkurrenz zu § 32 StGB

Fraglich ist, ob neben § 127 I 1 StPO auch noch eine Rechtfertigung gem. § 32 in Betracht kommt. Das ist dann nicht der Fall, wenn zwischen beiden Rechtfertigungsgründen ein Exklusivitätsverhältnis besteht, also wenn das Vorliegen der tatsächlichen Voraussetzungen des einen Erlaubnissatzes das Vorliegen derjenigen des anderen Erlaubnissatzes denknotwendig ausschließt. Die Notwehr fußt rechtsdogmatisch auf dem Rechtsbewährungs- und Selbstschutzprinzip. Die Jedermanns-Flagranzfestnahme ist in erster Linie verfahrensrechtliches Sicherungsinstitut. Folglich schließen sich beide Rechtfertigungsgründe in ihren Voraussetzungen nicht gegenseitig aus. Sie können vielmehr nebeneinander bestehen.

Notwehrprüfung

Dann müsste eine Notwehrlage, also ein gegenwärtiger rechtswidriger Angriff auf ein Rechtsgut bestehen. Vorliegend kommt im Zeitpunkt des Anspringens und des Zu-Boden-Bringens des A das Recht bzw. Rechtsgut Eigentum und Besitz des K an den CDs in Betracht. Daneben ist eine Beeinträchtigung des Hausrechts des K durch den sich im Kaufhaus aufhaltenden, deliktisch handelnden A denkbar. Eine Beeinträchtigung rechtlich geschützter Interessen auf Seiten und zum Nachteil des D ist zu diesem Zeitpunkt nicht gegeben, zumal das Schlagen, ohne zu treffen, und Beiseiteschieben D nur unerheblich beeinträchtigte. Der Angriff auf Ks Eigentum und Besitz (und Hausrecht) ist rechtswidrig. Gegenwärtig ist der Angriff, wenn er unmittelbar bevorsteht, gerade stattfindet oder noch andauert. Hier hat A mit dem Einstecken der CDs (Enklaventheorie), spätestens aber mit dem Verlassen des Kassensbereichs den Diebstahl vollendet. Fraglich ist daher, ob As Angriff noch andauert, als er nach Verlassen des Kas-

senbereichs in Richtung des Ausgangs flüchtet. Generell soll der Angriff gem. § 32 II nur dann „noch andauern“, wenn die Rechtsgutsbeeinträchtigung formal (i. S. d. Vollendung) schon abgeschlossen sein kann, materiell aber eine tatsächliche Verfestigung des Rechtsgutsangriffs noch nicht erreicht ist. Bei Delikten gegen das Eigentum wird daher das Verhalten zur Beutesicherung, also die Phase bis zur Beendigung, als noch andauernder Angriff gewertet, zumal, wenn zum Tatort ein noch unmittelbarer zeitlich-räumlicher Zusammenhang besteht. Vorliegend bestand bei As Tat dieser Zusammenhang. A befand sich bei der Verfolgung durch D im Stadium der Beutesicherung. Folglich war der Angriff des A auf das Eigentum und den Besitz des K als noch andauernd auch gegenwärtig. Eine Nothilfeflage liegt daher vor.

D müsste auch eine erforderliche und gebotene Verteidigungshandlung geleistet haben. Erforderlichkeit setzt Geeignetheit und Notwendigkeit voraus. Als zwecktaugliches Mittel zur raschen und risikolosen Abwehr des Angriffs war das Zu-Boden-Bringen des A geeignet. Auch hatte der 13 kg leichtere und 13 cm kleinere D kein anderes milderes, aber gleich wirksames Abwehrmittel zur Hand, so dass die Verteidigungshandlung auch notwendig war. Sozialethische Einschränkungen des Notwehrrechts ergeben sich ebenfalls nicht, so dass die Verteidigungshandlung auch geboten war. D handelte mit Verteidigungswillen. Folglich ist Ds tatbestandsmäßige Körperverletzung gem. § 223 I auch gem. § 32 gerechtfertigt. D hat sich nicht einer Körperverletzung schuldig gemacht, als er A in den Rücken sprang und dadurch zu Boden riss.

C. Strafbarkeit des D gemäß § 240 I 1. Alt. StGB

Eine Strafbarkeit wegen Nötigung gem. § 240 durch das Anspringen und Zu-Boden-Reißen entfällt wegen des eben zur Rechtfertigung der Körperverletzung Gesagten entsprechend.

D. Strafbarkeit des D gemäß § 239 I 2. Alt. StGB

Erst recht gilt dies im Hinblick auf den Unwert einer tatbestandsmäßigen Freiheitsberaubung, die wegen § 127 I 1 StPO hier kein strafwürdiges Unrecht darstellt.

E. Strafbarkeit des D gemäß § 212 I StGB

D hat sich möglicherweise wegen eines Totschlags gem. § 212 I strafbar gemacht, als er A solange würgte, bis dieser starb.

Kein Tötungsvorsatz

Den tatbestandsmäßigen Todeserfolg hat D durch sein Verhalten in objektiv zurechenbarer Weise verursacht. Fraglich ist allein, ob D mit Tötungsvorsatz gehandelt hat. Voraussetzung des vorsätzlichen Handelns ist unbestritten die Kenntnis des rechtsgutsgefährdenden Charakters der eigenen Handlung. Bei Tötungsdelikten ist daher die Kenntnis des Täters von der objektiven Todesgefährlichkeit des Handelns zu fordern. Schon dies ist hier fraglich. D würgte A mit dem linken Arm am Hals. Bei festem Zudrücken lässt sich so eine generelle objektive Lebensgefährlichkeit dieses Verhaltens nicht bestreiten. Fraglich ist aber, ob D persönlich hiervon Kenntnis nahm. Denn auf das während der ersten drei Minuten des Würgevorganges erfolgte zweimalige Fragen des K, „ob der Mann noch Luft bekomme“, antwortete D jeweils bejahend. Damit war ihm in seiner Lage nicht einmal klar, dass er A einer objektiven lebensgefährdenden Behandlung aussetzte. Folglich fehlt D schon das kognitive Vorsatzelement. D hatte daher keinen Tötungsvorsatz. Er hat sich nicht gem. § 212 I strafbar gemacht, als er A würgte, worauf dieser starb.

F. Strafbarkeit des D gemäß § 227 I StGB

D hat sich möglicherweise der Körperverletzung mit Todesfolge gem. § 227 I schuldig gemacht, als er A beim Festhalten am Hals würgte, worauf dieser erstickte.

Grunddelikt

I. 1. Zunächst müsste als Grunddelikt eine Körperverletzung gem. §§ 223-226 (s. § 227 I) vorliegen. In Betracht kommt eine gefährliche Körperverletzung gem. §§ 223, 224 I Nr. 4, 5. Mit dem Würgen hat D den A körperlich misshandelt. Mit dem Eintritt der Bewusstlosigkeit hat D bei A einen pathologischen Zustand hervorgerufen. Der objektive Tatbestand des § 223 I liegt daher vor. Als K und S dem D beim Festhalten halfen, waren auch mehrere „beteiligt“, so dass § 224 I Nr. 4 verwirklicht sein könnte. Voraussetzung für eine Beteiligung Mehrerer ist nicht mittäterschaftliches Handeln gem. § 25 II, auch ist nicht erforderlich, dass die „Anderen“ tatbestandsmäßige Körperverletzungen begehen. Erfasst werden soll nach der ratio legis vielmehr nur die Situation erhöhter abstrakter Gefährlichkeit, die von Mehreren an einem Körperverletzungsgeschehen beteiligten Personen dann ausgeht, wenn diese in engem räumlich-zeitlichem Zusammenhang der Körperverletzung beiwohnen und eine jederzeitige Einwir-

kungsmöglichkeit haben (*Stree* in: Schönke/Schröder, StGB, 26. Aufl., 2001, § 224, Rn. 11). Vorliegend sind die körperlichen Misshandlungen von K, S und D ab dem Eintreffen von K und S sogar gemeinschaftlich verwirklicht. § 224 I Nr. 4 ist daher objektiv und subjektiv tatbestandlich verwirklicht.

§ 224 I Nr. 5 setzt eine das Leben gefährdende Behandlung voraus. Das Würgen des D erwies sich vorliegend sogar als konkret lebensschädigend. D war sich dieser Lebensgefährlichkeit aber nicht bewusst. Folglich liegt § 224 I Nr. 5 nicht vor.

Das Grunddelikt ist gem. §§ 223 I, 224 I Nr. 4 gegeben.

2. Der Tod des A ist als schwere Folge gem. § 18 auch eingetreten.

3. Zwischen dem Grunddelikt und der Todesfolge müsste ein unmittelbarer Gefahrsammenhang bestehen, um die hohe Strafdrohung des § 227 I zu rechtfertigen. Voraussetzung dafür ist, dass sich aus der Körperverletzungshandlung oder aus dem Körperverletzungserfolg heraus eine spezifische Todesgefährlichkeit ergibt und sich diese konkret in dem Todeserfolg auch realisiert hat. Vorliegend ist die Tathandlung, das feste Würgen am Hals, spezifisch todesgefährlich. Diese Gefährlichkeit der Tathandlung hat sich auf eigentümliche Weise auch realisiert. Auch der Körperverletzungserfolg einer Bewusstlosigkeit infolge des anhaltenden Würgens kann spezifisch todesgefährlich sein. Zwar ist das Stadium des Bewusstseinsverlustes an sich kaum todesgefährlich. Aber wenn wegen der Bewusstlosigkeit nach den konkreten Umständen des Einzelfalls das Opfer keine Reaktionsmöglichkeiten oder Möglichkeiten zur Einflussnahme auf den Täter (z. B. durch Aufgabenzeichen, Bitte um Lockerung des Griffs usw.) mehr hat, dann ist auch der Erfolgseintritt der Bewusstlosigkeit spezifisch todesgefährlich. So verhält es sich hier. Folglich ist der Unmittelbarkeitszusammenhang zwischen Körperverletzungshandlung und -erfolg sowie dem Todeseintritt gegeben.

4. Gem. § 18 müsste D hinsichtlich des Eintritts der schweren Folge des Todes des A wenigstens Fahrlässigkeit zur Last fallen. D müsste objektiv sorgfaltswidrig gehandelt haben. Eine Pflichtverletzung des D liegt hier möglicherweise darin, dass dieser nicht hinreichend sichergestellt hat, dass A tatsächlich noch genug Luft bekam. Vorliegend hat D nach dem zweimaligen Fragen des K, ob A noch ausreichend Luft bekomme, mit „Ja“ geantwortet. Dabei ging D wohl davon aus, dass die vermeintlichen Abwehrbewegungen, die tatsächlich Folge der akuten Erstickungskrämpfe des A waren, nur bei bestehender ausreichender Luftversorgung möglich seien. Von einem Festnehmenden ist jedoch gerade in einer Situation von mehreren bereitstehenden Helfern zu fordern, dass dieser sich bei der Prüfung der Auswirkungen seiner Zwangshandlung nicht nur oberflächlich auf seine (irrig) Erkenntnis verlässt, sondern sich, z. B. durch kurzes Lockern eines Haltegriffes oder Ansprechen des Festgenommenen, vergewissert, dass dieser noch bei vollem Bewusstsein ist. Zwar berechtigt den Festnehmenden in einer solchen Situation die Rechtsordnung prima facie zu weitgehenden Befugnissen. Ein solches Eingriffsrecht besteht jedoch nicht um jeden Preis. Weil er seinen Sorgfaltspflichten hier nicht in hinreichender Weise nachkam, handelte D sorgfaltswidrig. Auch war D die Verletzung der ihn treffenden Rechtspflicht objektiv vorhersehbar und vermeidbar.

Zur weiteren Zurechnung des tatbestandsmäßigen Erfolges zu dem Sorgfaltspflichtverstoß wird zum einen die Ansicht vertreten, dass eine Zurechnung nur dann erfolge, wenn der Erfolg bei sorgfaltsgemäßigem Verhalten mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit ausgeblieben wäre (sog. Vermeidbarkeitstheorie, vgl. die Nachweise bei *Gropp* Strafrecht AT, 2. Aufl., 2001, § 12, Rn. 48 ff.). Hätte D den Zustand des A überprüft, so wäre dieser nicht erstickt. Nach dieser Ansicht ist dem Handeln des D der Erfolgseintritt daher zuzurechnen. Andere fordern lediglich, dass der Täter mit seinem Handeln eine rechtlich missbilligte Gefahr geschaffen oder erhöht haben müsse, die sich dann zu realisieren habe (*Roxin* Strafrecht AT I, 3. Aufl., 1997, § 11, Rn. 76 ff.; *Gropp* AT, 2. Aufl., § 12, Rn. 52 ff.). Durch das pflichtwidrige Würgen des A ohne Kontrolle dessen Zustands hat D auch gefahrschaffend dessen Tod verursacht. Nach beiden Ansichten findet folglich auch eine Zurechnung des Todeserfolges statt. Auch nach dem Schutzzweck der Verhaltensnorm, niemanden länger am Hals zu würgen, ohne dabei sicher zu gehen, dass dieser noch lebt, handelte D tatbestandsmäßig. Daher liegt die Tatbestandsmäßigkeit gem. § 227 I insgesamt vor.

II. Ds Verhalten ist möglicherweise gerechtfertigt.

Zunächst kommt § 127 I 1 StPO als Rechtfertigungsgrund in Betracht. Die Rechtfertigungslage, also das Auf-frischer-Tat-betroffen-oder-verfolgt-Sein bei Fluchtgefahr oder Unmöglichkeit sofortiger Identitätsfeststellung, ist auch noch bei dem Würgen des A am Boden gegeben. Die Rechtfertigungslage des § 127 I 1 StPO wirkt nämlich solange, bis der Festnahmezweck erreicht ist.

Jedoch müsste § 127 I 1 StPO auch die fahrlässig aus dem Grunddelikt des § 227 I herbeigeführte Todesfolge rechtfertigen. Das Jedermanns-Festnahmerecht des § 127 I 1 StPO rechtfertigt aber niemals einen Todeserfolg, zumal das Strafverfahren, dessen Durchführung die Norm gerade sichern soll, im Fall des Todes des Tatverdächtigen wegen dieses Prozesshinder-

**Schwere Folge
Unmittelbarkeitszusammenhang**

**Fahrlässigkeit gem. § 18
StGB**

**Keine Rechtfertigung gem.
§ 127 I 1 StPO**

nisses überhaupt nicht durchführbar ist (vgl. *Peters* Strafprozeß, 4. Aufl., 1985, § 47 B I 1).

Eine Rechtfertigung gem. § 127 I 1 StPO scheidet daher aus.

**Keine Rechtfertigung gem.
§ 32 StGB**

Fraglich ist, ob D gem. § 32 gerechtfertigt ist. Neben dem Angriff auf das Eigentum und den Besitz (oder das Hausrecht) des K kommt im Stadium der heftigen Gegenwehr auch eine Bedrohung rechtlich geschützter Interessen des D, nämlich dessen körperliche Unversehrtheit in Betracht. Während D den A in der Phase der Beutesicherung „stellt“, der Angriff des A auf Ks Eigentum und Besitz also „noch andauert“, hätte D im Falle des Loslassens des A sofort mit Schlägen und Tritten zu rechnen. Ein Angriff des A auf Ds körperliche Unversehrtheit stand also unmittelbar bevor. Damit waren beide Angriffe gegenwärtig. Jedoch hat A während des Würgens sein Bewusstsein verloren. Folglich lag ab diesem Zeitpunkt kein Angriff - als menschliches Verhalten mit zumindest Handlungsqualität - mehr vor. Die Tat des D ist daher nicht gem. § 32 gerechtfertigt.

**Erlaubnistatumstandsirr-
tum**

III. D hat sich aber möglicherweise eine Situation vorgestellt, die ihn rechtfertigen würde, wenn sie tatsächlich vorgelegen hätte. Nach Ds Vorstellung sah er sich eines weiterhin bestehenden gegenwärtigen Angriffs durch A hinsichtlich seiner Rechtsgüter und derer des K ausgesetzt; die Bewegungen des A hatte D als Gegenwehr fehlgedeutet. Dieser Angriff wäre auch rechtswidrig gewesen. Auch handelte D zur Erreichung des Festnahmezwecks in tauglicher Weise, so dass der vermeintliche Angriff des A risikolos abzuwehren wäre. Ferner stand D kein gleich wirksames, aber den A schonenderes Mittel in der Situation zur Verfügung. Auf eine Abwägung anderer, unter Umständen gegebener Abwehrmittel braucht sich D nicht einzulassen, zumal das Ergebnis einer derartigen Abwägung vorliegend unsicher war. D handelte auch in gebotener Weise, insbesondere liegt kein krasses Missverhältnis zwischen den in Konflikt stehenden Rechtsgütern vor. D handelte bei seiner irrigen Vorstellung auch getragen von subjektivem Verteidigungswillen. Nach Ds Vorstellung wäre er damit gem. § 32 gerechtfertigt.

Rechtsfolge des Irrtums

Fraglich ist, welche Rechtsfolgen dieser Irrtum auslöst (vgl. zur Diskussion *Gropp* AT, 2. Aufl., § 13, Rn. 96-116; *Tröndle/Fischer* StGB, 51. Aufl., 2003, § 16, Rn. 20 ff.). Nach den sog. Vorsatztheorien ist das Unrechtsbewusstsein, das dem D konkret fehlte, weil er glaubte, ein Notwehrübender zu sein, Element des Vorsatzes. Fehle dieses Unrechtsbewusstsein, so entfalle der Tatbestandsvorsatz. D hätte nach dieser Ansicht ohne Tatbestandsvorsatz gehandelt. Nach der sog. strengen Schuldtheorie handele es sich bei der hier zu würdigenden Irrtumskonstellation um einen Irrtum auf normativer Ebene. Mangels Unrechtsbewusstseins, das nach heute eindeutigen Wortlaut des § 17, S. 1 Element der Schuldhaftigkeit und nicht des Vorsatzes ist, verwirkliche der Täter zwar vorsätzliches tatbestandsmäßiges Unrecht, er handele aber gleichwohl ohne Schuld. D handelt hiernach zwar rechtswidrig, aber nicht schuldhaft. Nach der sog. eingeschränkten Schuldtheorie ist der vorliegende Fall des Erlaubnistatumstandsirrtums zwar ein Fall fehlenden aktuellen Unrechtsbewusstseins, jedoch sei der Irrtum auch eine Verkennung von Tatsachen, weil der Täter die faktische Situation falsch deutet. In der Folge fehle dem Täter gleichsam der Vorsatz hinsichtlich seiner Unrechtssituation, was den Tatbestandsvorsatz entweder gem. § 16 I direkt oder analog entfallen lasse. Auch hiernach handelt D also unvorsätzlich.

Im Ergebnis handelt D nur nach der strengen Schuldtheorie vorsätzlich. Ihr ist zu entgegenen, dass sie den auch faktischen Charakter des Irrtums nicht hinreichend berücksichtigt. D handelt daher gem. § 16 I direkt oder analog wegen seines Irrtums ohne Vorsatz. D hat sich daher nicht gem. § 227 I strafbar gemacht, da ihm der notwendige Vorsatz hinsichtlich des Grunddelikts fehlt.

**G. Strafbarkeit des D gemäß § 221 I Nr. 1, II Nr. 2, III
StGB**

D hat sich womöglich gem. § 221 I Nr. 1, II Nr. 2, III der Aussetzung mit Todesfolge schuldig gemacht, als er A durch sein Würgen zur Bewusstlosigkeit brachte und dieser darauf verstarb.

**Versetzen in eine hilflose
Lage**

D müsste A zunächst gem. § 221 I Nr. 1 in eine hilflose Lage versetzt haben. Eine hilflose Lage ist jeder Zustand, bei dem das Opfer aus eigenem Antrieb heraus sich zu helfen nicht in der Lage ist und bei dem auch von Seiten Dritter mit Hilfe nicht gerechnet werden kann. Dorthin versetzt man jemanden nicht notwendigerweise dadurch, dass man ihn im physischen Sinne verlässt. Ausreichend ist vielmehr auch ein Dabeibleiben, wenn nur ein vorheriges „Versetzen“, also die gleichwie geartete Schaffung dieses Zustands, gegeben ist. Vorliegend hat D den A in eine Lage (Bewusstlosigkeit) gebracht, in der er sich selbst nicht helfen konnte. Es erscheint aber bereits zweifelhaft, von einem Versetzen in eine hilflose Lage ausgehen, denn neben D und A standen zumindest S und K, so dass deren Eingreifen - auch zugunsten des A - nicht fernliegend war. Insofern wäre § 221 I Nr. 1 zu verneinen.

Bedenkt man andererseits aber, dass die Hilflosigkeit, in der sich A ab Eintritt der Bewusstlosigkeit befand, ohnehin nur bis zu dessen Tod reichte, eine Hilfeleistung also nur bis

dahin zeitlich möglich war, so muss auch im Stadium der Bewusstlosigkeit die fehlende Möglichkeit des A, auf seine Lage aufmerksam zu machen und damit ein Eingreifen Dritter zu ermöglichen, eine hilflose Lage, also die fehlende Hilfsmöglichkeit durch Dritte, begründen. D hat A daher gem. § 221 I Nr. 1 in eine hilflose Lage versetzt.

Konkrete Gefährdung

Hierdurch müsste es zu einer konkreten Gefahr des Todes oder einer schweren Gesundheitsschädigung gekommen sein. Zwar hat sich vorliegend die Todesgefahr realisiert, problematisch ist aber, ob dies „durch“ das Versetzen in eine hilflose Lage geschah. Tatsächlich fielen das Versetzen in die hilflose Lage und der Eintritt der konkreten Lebensgefahr vielmehr einaktig zusammen. Fraglich ist, ob dies für den Tatbestand des § 221 I Nr. 1 ausreicht. Hält man am Wortlaut fest, so ergibt sich weitestgehend das Erfordernis bloßer Kausalität zwischen dem Versetzen und der konkreten Gefahr. So muss die Gefahr „dadurch“, also durch das Versetzen in eine hilflose Lage, geschehen. Lässt man dies aber ausreichen, so verschiebt sich der Deliktstyp der Aussetzung hin zu einem gesetzlich beschriebenen Sonderfall eines Gewaltdelikts mit tatbestandlich beschriebener Gefährdungslage. Jede tatbestandsmäßige Körperverletzung gem. § 223 I oder Nötigung gem. § 240 würde den Tatbestand der Aussetzung gem. § 221 I Nr. 1 erfüllen, sobald die konkrete Gefährdung hinzuträte. Das kann indes nicht richtig sein. Der Gesetzgeber hat dies mit dem Wort „dadurch“ bereits signalisiert. Er geht davon aus, dass eine gewisse „Zwischenphase“ zwischen dem Versetzen und dem Eintritt der Gefahr bestehen muss. Mit anderen Worten: Der Handlungserfolg der Verletzungshandlung muss sich erst stabilisiert haben, bevor es zu der Gefährdung kommt. Dies ist hier nicht der Fall (so auch *Mitsch* JuS 2000, S. 848 (849 rechts m. w. N.)).

Teleologische Reduktion

Die Tatbestandsmäßigkeit des § 221 I Nr. 1 ist von D nicht verwirklicht worden. Er hat sich daher nicht gem. § 221 I Nr. 1, II Nr. 2, III strafbar gemacht, als er A würgte, dieser deswegen bewusstlos wurde und darauf den Tod fand.

H. Strafbarkeit des D gemäß § 239 I 2. Alt., III Nr. 2, IV StGB

D hat sich möglicherweise einer Freiheitsberaubung mit Todesfolge gem. § 239 I 2. Alt., III Nr. 2, IV StGB schuldig gemacht, als er A solange am Boden festhielt, bis dieser starb.

Tatbestandsmäßigkeit

I. D müsste das Grunddelikt des § 239 I 2. Alt. verwirklicht haben. Voraussetzung ist eine Handlung, die A in seiner körperlichen Fortbewegungsfreiheit in nicht nur unerheblicher Weise hindert. Hier hielt D den A über mehrere Minuten im Würgegriff fest. Folglich hat D den A in seiner körperlichen Fortbewegungsfreiheit beschränkt. Ferner könnte er gem. § 239 III Nr. 2 eine schwere Gesundheitsschädigung des A verursacht haben. Darunter versteht man jede Einwirkung auf das Opfer, die über die Folgen des § 226 hinausgehend dessen Arbeitskraft erheblich beschränkt bzw. durch die es in eine langwierige Krankheit verfällt (*Tröndle/Fischer* StGB, 51. Aufl., § 239, Rn. 15). Vorliegend trat der Tod des A ein. Dahinter tritt die niedrigere Verletzungsstufe des § 239 III Nr. 2 zurück. Das Grunddelikt liegt in Form des § 239 I 2. Alt. gleichwohl vor.

Die schwere Folge, der Tod des A, ist eingetreten.

Im Tod des A hat sich auch die spezifische Todesgefährlichkeit realisiert, die in dem Würgen am Hals über mehrere Minuten angelegt war. Damit hat sich in der schweren Folge die Gefahr des Dauerdelikts der Freiheitsberaubung niedergeschlagen. Der Unmittelbarkeitszusammenhang liegt somit vor.

Gem. § 18 muss D hinsichtlich des Erfolgseintritts mindestens Fahrlässigkeit zur Last fallen. Sorgfaltswidrig hat D den Tod des A durch sein Verhalten herbeigeführt. Dies war ihm auch objektiv vorhersehbar und vermeidbar. Nach der Vermeidbarkeitstheorie wie auch nach der Risikoerhöhungslehre ist ihm diese Folge zurechenbar. Weiterhin wird diese Sorgfaltswidrigkeit auch vom Schutzzweck der Norm erfasst.

Die Tatbestandsmäßigkeit ist somit gegeben.

Keine Rechtfertigung

II. Offenkundig ist die Tat auch nicht zu rechtfertigen: § 127 I 1 StPO rechtfertigt nicht den Eintritt der Todesfolge. Auch eine Notwehr- bzw. Nothilfelage gem. § 32 lag ab dem Zeitpunkt der Bewusstlosigkeit des A nicht mehr vor. Auch hiernach scheidet eine Rechtfertigung also aus.

Erlaubnistatumsstandsirrtum

III. D hat sich aber vorgestellt, gegen den sich heftig zur Wehr setzenden A Notwehr bzw. Nothilfe gem. § 32 zu üben. Nach seiner Vorstellung lag eine Notwehrlage vor. Auch die Verteidigungshandlung des D hält den rechtlichen Anforderungen überdies stand. D, der auch mit Verteidigungswillen handelte, wähnte sich also in einer Sachlage, die ihn bei wirklichem Bestehen auch rechtfertigen würde. Mit den Ansichten, die eine Bestrafung aus einer Vorsatztat verneinen, entfällt somit gem. § 16 I direkt oder analog Ds Tatbestandsvorsatz. Folglich ist schon das Grunddelikt des § 239 I 2. Alt. von D nicht verwirklicht worden. Er hat sich daher nicht gem. § 239 I 2. Alt., III Nr. 2, IV strafbar gemacht, als er A festhielt und würgte, worauf

dieser starb.

I. Strafbarkeit des D gemäß §§ 222, 16 I 2 StGB

D hat sich möglicherweise gem. §§ 222, 16 I 2 wegen fahrlässiger Tötung strafbar gemacht, als er A zu Tode würgte.

Tatbestandsmäßigkeit

I. Den tatbestandsmäßigen Erfolg, den Tod des A, hat D durch seine Würgehandlung verursacht. Dabei traf D die Sorgfaltspflicht, sicher zu gehen, dass A noch ausreichend Luft bekommt. Gegen diese Pflicht hat D verstoßen, als er weder selbständig noch auf zweifaches Nachfragen des K sicher ging, A durch sein Würgen nicht zu strangulieren. D war es objektiv auch vorhersehbar und vermeidbar, dass das Geschehen diesen Verlauf nehmen würde. Ein engerer Zurechnungszusammenhang ergibt sich auch dadurch, dass der Erfolg bei sorgfaltsgemäßigem Verhalten mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit ausgeblieben wäre und weil D eine rechtlich missbilligte Gefahr geschaffen hat, die sich konkret in dem Todeseintritt realisiert hat. Ferner dient die Sorgfaltsnorm, gegen die D verstoßen hat, gerade der Vermeidung solcher Folgen. Fraglich ist aber, ob es D zumutbar war, sich der Norm entsprechend zu verhalten. Daran bestehen deshalb Zweifel, weil anderenfalls der körperlich überlegene A hätte entkommen können, wenn D ihn losgelassen hätte. Dem ist jedoch entgegenzuhalten, dass von D gar nicht verlangt wird, A ganz loszulassen; allein eine Grifflockerung, begleitet von der Frage nach As Befinden, hätte gereicht. Normgemäßes Verhalten war dem D daher auch zumutbar. Die Tatbestandsmäßigkeit ist folglich gegeben.

Rechtswidrigkeit

II. Eine Rechtfertigung des D gem. §§ 127 I 1 StPO, 32 StGB scheidet aus; D handelte rechtswidrig. Der Erlaubnistatumstandsirrtum, in dem sich D befand, schließt nach vorzugswürdiger Ansicht eine Bestrafung wegen Vorsatzunrechts aus. Gem. § 16 I 2 ist eine Fahrlässigkeitsstrafbarkeit gleichwohl möglich. Der Erlaubnistatumstandsirrtum hat daher auf die hier erörterte Strafbarkeit gem. § 222 keinen Einfluss.

Notwehrexzess

III. D müsste indes auch schuldhaft gehandelt haben. Zunächst war D auch individuell der tödliche Ausgang seines Verhaltens vorhersehbar. Möglicherweise ist D aber gem. § 33 aufgrund eines Notwehrexzesses entschuldigt. Voraussetzung dafür ist, dass D die „Grenzen der Notwehr“ aus einem sog. asthenischen Affekt heraus überschritten hat. Vorliegend hat D sich und K gegen einen Angriff des A verteidigt, der gar nicht mehr bestand. Dabei handelte D sehr wohl innerhalb der Erfordernisse für eine rechtmäßige Verteidigungshandlung, lediglich zeitlich hat er sein Verteidigungsrecht überdehnt. Nach wohl überwiegender Ansicht (zum Streitstand *Gropp* AT, 2. Aufl., § 7, Rn. 84 ff.; *Trüg/Wentzell* Jura 2001, S. 30 (34)) ist dieser sog. extensive Notwehrexzess von § 33 aber gar nicht erfasst, so dass D hiernach nicht gem. § 33 entschuldigt wäre. Nach anderer Meinung wird auch der extensive Notwehrexzess dem § 33 subsumiert. Voraussetzung für eine Entschuldigung ist aber dann, dass D aus einem asthenischen Affekt handelt. Täterpsychisch agiert D aber durchaus sthenisch, denn in seinem Verhalten zeigen sich weniger Verwirrung, Furcht oder Schrecken als vielmehr die Motivation eines übereifrigen Festnehmenden. Folglich handelt D auch nach dieser Ansicht nicht gem. § 33 entschuldigt. Auch eine Entschuldigung der Tat gem. § 35 scheidet aus. Die allein in Betracht kommende Leibesgefahr für D reicht nicht an die Erheblichkeitsschwelle heran, die § 35 I 1 nach systematischer Auslegung für ihr Vorliegen fordert. D handelte nach alledem schuldhaft. Er hat sich gem. §§ 222, 16 I 2 der fahrlässigen Tötung an A schuldig gemacht, als er diesen würgte und dieser daran starb.

J. Strafbarkeit des R gemäß § 242 StGB an der ersten DVD

R hat sich möglicherweise eines Diebstahls schuldig gemacht, als er die DVD aus dem Regal nahm und diese in seine Jackentasche steckte.

Wegnahmevollendung

I. Die DVD, eine für R fremde bewegliche Sache, müsste dieser weggenommen haben. Wegnahme ist Bruch fremden und Begründung neuen, nicht notwendig tätereigenen Gewahrsams. Gewahrsam bedeutet das objektive tatsächliche Herrschaftsverhältnis einer Person zu einer Sache, subjektiv getragen von einem natürlichen Herrschaftswillen, das sich nach der natürlichen Auffassung des täglichen Lebens bestimmt (*Eser* in: Schönke/Schröder, StGB, 26. Aufl., § 242, Rn. 23). Fraglich ist, ob die Verkehrsauffassung auch demjenigen Gewahrsam zuspricht, der kleinere Gegenstände eng am Körper, womöglich in oder unter der Kleidung, trägt und sich dabei im Machtbereich eines Dritten als generell beherrschtem Raum befindet. Eine Ansicht gibt der Körpersphäre bei der normativen Bestimmung des Gewahrsams den Vorrang und erkennt eine Gewahrsamsenklaue an (BGHSt 16, S. 271 (273 ff.); *Welzel* GA 1960, S. 257 (259 ff.); *Wimmer* NJW 1962, S. 609 (612 f.)). Danach hätte R mit dem Einstecken der DVD zeitgleich den Gewahrsam des K aufgehoben und eigenen Gewahrsam begründet.

Eine andere Auffassung spricht kategorisch dem generell beherrschten Raum den Vorrang zu (für Selbstbedienungsläden *H. Mayer* JZ 1962, S. 617 (620)). Damit hätte R solange keinen Gewahrsam an der DVD begründet, wie er sich im Kaufhaus des K befand. Schließlich ist nach einer dritten Ansicht (*Eser* Strafrecht IV, Schwerpunkt Vermögensdelikte, 4. Aufl., 1983, Fall 2, A 57, 63; *ders.* in: Schönke/Schröder, StGB, 26. Aufl., § 242, Rn. 37, 40) zu differenzieren: Die Begründung einer Gewahrsamsenklaue soll solange für eine Gewahrsamsposition nicht ausreichen, wie dem Täter das Fortschaffen der Sache etwa durch das Einschreiten Dritter nach Beobachtung nicht möglich ist. Auch hiernach hätte R allein mit dem Einstecken der DVD keinen fremden Gewahrsam gebrochen und neuen begründet. Die beiden letztgenannten Ansichten verkennen jedoch, dass der Eigentümer zur Wiedererlangung des ungehinderten Gewahrsams in die persönliche Sphäre des Wegnehmenden eindringen müsste. Er kann also nicht mehr über die Sache verfügen, ohne seinerseits die faktische Verfügungsgewalt des Täters zu brechen. In dieser Situation spricht die Verkehrsauffassung dem Täter und nicht länger dem Eigentümer Gewahrsam zu.

Weil R auch mit Tatbestandsvorsatz und in der Absicht handelte, sich die DVD rechtswidrig zuzueignen, handelte er insgesamt tatbestandsmäßig.

II. R handelte auch rechtswidrig und schuldhaft.

Kein § 24 I 1 StGB analog!

III. Fraglich ist, ob das Ergebnis der Vollendungsstrafbarkeit durch eine analoge Anwendung des § 24 I 1 abgewendet werden sollte (zur Thematik jüngst *Guhra/Sommerfeld* JA 2003, S. 775). Schließlich hat R die DVD noch vor der Kasse in ein Regal zurückgelegt. Die Befürworter dieser Lösung verkennen jedoch die richtige Verortung einer kriminalpolitischen Diskussion der Vollendungsfrage. Diese hat an der Tatbestandsmäßigkeit anzusetzen und sobald man dort - mit guten Gründen - eine Entscheidung gefällt hat, ist jeder Korrekturversuch über das Rücktrittsrecht mehr als dogmatisch zweifelhaft. Eine analoge Anwendung des § 24 scheidet daher aus.

R hat sich gem. § 242 I strafbar gemacht, als er die DVD in die Jacke steckte.

K. Strafbarkeit des R gemäß § 242 StGB an der zweiten DVD

Erst recht hat sich R eines Diebstahls gem. § 242 I an der zweiten DVD schuldig gemacht, die er einsteckte und an der Kasse vorbei mitnahm.

L. Strafbarkeit des R gemäß § 123 I 1. Alt. StGB

Möglich erscheint auch eine Strafbarkeit des R gem. § 123 I 1. Alt. wegen Hausfriedensbruchs dadurch, dass dieser das Kaufhaus des K betrat, um dort zu stehlen.

Hausfriedensbruch bei genereller Zutritts-erlaubnis

Dazu müsste R in die Geschäftsräume des K eingedrungen sein. Eindringen ist das Gelangen in die geschützten Räume gegen den Willen des Berechtigten (*Lenckner* in: Schönke/Schröder, StGB, 26. Aufl., § 123, Rn. 11). Bei Kaufhäusern mit einer wirtschaftlich erwünschten generellen Zutritts-erlaubnis für das Publikum wird die Frage, ab wann von einem willenswidrigen Betreten zu sprechen ist, uneinheitlich beantwortet. Eine Ansicht (zum Streitstand *Arzt/Weber*, Strafrecht BT, 2000, § 8, Rn. 12) bejaht die Tatbestandsmäßigkeit gem. § 123 I 1. Alt., wenn nach dem äußeren Erscheinungsbild des Täters kein Verhalten mehr vorliegt, das von dem generellen Einverständnis gedeckt ist. Danach handelt R nicht gegen den Willen des K, als er dessen Kaufhaus äußerlich unscheinbar betritt. Andere lassen bereits die Absicht deliktischen Handelns beim Zutritt in ein Geschäftshaus genügen, um von einem entgegenstehenden Willen und damit von Tatbestandsmäßigkeit auszugehen. Hiernach handelt R also tatbestandsgemäß, wenn er seinen Diebstahlsvorsatz bereits bei Eintritt in das Kaufhaus des K gefasst hat. Mit der letzten Ansicht kommt es jedoch dann zu einer nicht hinnehmbaren Ausweitung des Strafrechtsschutzes, da ihr personales Kriterium für einen Tatbestandsausschluss („Kunden und Schaulustige“) zu undifferenziert ist und auch diejenigen erfasst, die - ohne zu dieser Gruppe zu gehören - Geschäftsräume aus anderen als deliktischen Motiven betreten. Somit handelt R nicht tatbestandsmäßig.

R hat sich nicht gem. § 123 I 1. Alt. strafbar gemacht, als er das Kaufhaus des K in Diebstahlsabsicht betrat.

M. Strafbarkeit des R gemäß § 252 StGB

R hat sich womöglich eines räuberischen Diebstahls gem. § 252 schuldig gemacht, als er E wegstößt und mit der DVD flüchtet, um sich der Strafverfolgung zu entziehen.

Für den objektiven Tatbestand müsste der als Dieb zweier DVDs festgestellte R auf frischer Tat betroffen sein. Dies ist der Fall, weil er räumlich-zeitlich eng an der Begehung seiner Dieb-

Keine Besitzerhaltungsabsicht

stahlstaten zwischen deren Vollendung und Beendigung von E, der R und seine Straftaten wahrnimmt, angehalten und damit betroffen wurde (vgl. *Mitsch* Strafrecht BT 2/1, 2. Aufl., 2003, § 4, Rn. 31). In dem Wegstoßen des E sieht die wohl überwiegende Rechtsprechungsansicht das Ausüben von Gewalt gem. § 252 (vgl. die Nachweise bei *Tröndle/Fischer* StGB, 51. Aufl., § 252, Rn. 8, § 249, Rn. 4). R handelt weiter vorsätzlich aber in der Absicht, sich der Strafverfolgung zu entziehen. Deshalb ist fraglich, ob er mit der erforderlichen Besitzerhaltungsabsicht handelt. Diese Absicht, eine Gewahrsamsentziehung zu verhindern, erfordert nicht notwendig, dass der Täter ausschließlich in dieser Motivation handelt. Erforderlich ist jedoch mindestens, dass sich eine - auch untergeordnete - auf Sachherrschaftserhaltung bezogene Zwecktätigkeit im Verhalten des Täters nachweisen lässt. Dies ist hier nicht der Fall.

R hat sich nicht gem. § 252 strafbar gemacht, als er E wegstieß und flüchtete.

N. Strafbarkeit des R gemäß § 240 StGB

R macht sich nach Ansicht der Rechtsprechung aber gem. § 240 wegen Nötigung strafbar (abweichend - mangels nötiger Gewalt - mit guten Gründen *Sinn* Die Nötigung im System des heutigen Strafrechts, 2000, S. 104, 204 ff; MünchKomm/*Gropp/Sinn* StGB, 2003, § 240, Rn. 59 m. w. N.). Diese Tat fällt in das Stadium zwischen Vollendung und Beendigung des zweiten Diebstahls, dessen Vollendung wiederum folgt derjenigen des ersten Diebstahls nahtlos. Deshalb liegt eine natürliche Handlungseinheit zwischen den drei Straftatbeständen vor. Somit begehrt R die Taten Tateinheitlich gem. § 52.

O. Strafbarkeit des E gemäß § 239 I 2. Alt. StGB

Eine Strafbarkeit des E gem. § 239 I 2. Alt. durch das In-den-Weg-Stellen und Auffordern zum Mitkommen scheidet - sofern überhaupt ein „Auf-andere-Weise-der-Freiheit-Berauben“ auf Ebene der Tatbestandsmäßigkeit bejaht wird - offenkundig mangels Rechtswidrigkeit gem. § 127 I 1 StPO aus.

P. Strafbarkeit des E gemäß § 240 I 1. Alt. StGB

Dasselbe gilt für eine Strafbarkeit wegen Nötigung durch dieselbe Handlung.

Q. Strafbarkeit des E gemäß §§ 242, 27, 13 StGB

E hat sich aber möglicherweise einer Beihilfe zum Diebstahl gem. §§ 242, 27, 13 dadurch schuldig gemacht, dass er R nach dessen Diebstahlstaten laufen ließ, ohne diesen zu verfolgen.

I. Eine vorsätzliche rechtswidrige Haupttat liegt mit den beiden Taten des R gem. § 242 I vor. E müsste dem R dazu Hilfe geleistet haben. In Betracht kommt physische Tathilfe durch das garantenpflichtwidrige Unterlassen der Verfolgung. Diese Mitwirkungshandlung setzte jedoch erst nach Vollendung des Diebstahls an. Ob in diesem Stadium eine Beihilfe zum Diebstahl möglich ist, ist umstritten. So lehnt eine Ansicht diese sog. sukzessive Beihilfe kategorisch ab, weil eine Bestrafung des Gehilfen nach Art. 103 II GG von dem inhaltlich zu unbestimmten und nicht tatbestandskonformen Begriff der Tatbeendigung nicht abhängen dürfe (*Roxin* AT II, 2003, § 26, Rn. 259 ff.; *Kühl* Strafrecht AT, 4. Aufl., 2002, § 20, Rn. 236). Danach scheidet eine Beihilfe des E also aus. Die überwiegende Ansicht erkennt die Rechtsfigur der sukzessiven Beihilfe indes an (*Gropp* AT, 2. Aufl., § 10, Rn. 143 mit Fn. 174; *Cramer/Heine* in: Schönke/Schröder, StGB, 26. Aufl., § 27, Rn. 17). Danach ist eine Gehilfenschaft des E vorliegend möglich. Die die Möglichkeit der Beihilfe bejahende Ansicht argumentiert mit dem Strafgrund der Beihilfe, der nach der Förderungstheorie darin liegt, dass der Teilnehmer für die Haupttat ursächlich wird. Dabei bestimmt sich das Unrecht der Teilnahme stets in Abhängigkeit vom Unrecht der Haupttat. Das kann bei der Förderung des Diebstahls nach Tatvollendung aber nichts anderes heißen, als dass die Phase der Beutesicherung und die mit ihr verbundene Vertiefung der Rechtsgutsbeeinträchtigung bei gleichzeitiger Verbesserung der Chancen auf deliktische Schädigung des Opfers als Zeitpunkt einer Gehilfenhandlung tauglich ist (vgl. *Otto* Grundkurs Strafrecht AT, 6. Aufl., 2000, § 22, Rn. 68).

Sukzessive Beihilfe anerkannt

Innerhalb dieser Meinungsgruppe ist jedoch streitig, in welchem Verhältnis die sukzessive Beihilfe zur Begünstigung gem. § 257 steht. Nach einer Ansicht soll es für die Abgrenzung auf die innere Willensrichtung des Handelnden ankommen (BGHSt 4, S. 132 f). Von Begünstigung sei nur dann zu sprechen, wenn die Sicherung des Erlangten vor erneuter Entziehung dessen Motiv bilde. Das ist bei E, dem es nur darauf ankommt, dass R mit der DVD entkommt, und der selbst den Sachherrschaftsverlust des R in der Hand hat, nicht der Fall. Seine Tat ist als Gehilfenhandlung, nicht als Begünstigung zu werten. Die abweichende Auffassung folgert aus der

Abgrenzung zur Begünstigung

Wertung des § 257 III 1 den generellen Vorrang der sukzessiven Beihilfe, ohne dass es auf den Willen des Handelnden ankomme (*Stree* in: Schönke/Schröder, StGB, 26. Aufl., § 257, Rn. 8). Auch hiernach handelt E somit als Gehilfe und mit doppeltem Gehilfenvorsatz.

II. Weil E auch rechtswidrig und schuldhaft handelt, hat er sich gem. §§ 242 I, 27, 13 strafbar gemacht.

R. Strafbarkeit des E gemäß §§ 257, 13 StGB

Diese scheidet nach dem soeben Gesagten aus.

S. Strafbarkeit des E gemäß §§ 258 I, 13 StGB

Durch dieselbe Handlung hat E jedoch die Strafverfolgung des R vereitelt und sich gem. §§ 258 I, 13 strafbar gemacht.

T. Gesamtergebnis

D hat sich wegen fahrlässiger Tötung gem. §§ 222, 16 I 2 strafbar gemacht. R hat sich wegen zweier tateinheitlicher Diebstähle in Tateinheit mit Nötigung gem. §§ 242 I, 240, 52 I strafbar gemacht. E hat sich wegen Beihilfe zum Diebstahl durch Unterlassen in Tateinheit mit Strafvereitelung gem. §§ 242 I, 27, 13, 258, 13, 52 I strafbar gemacht.

2. Teil: Die Beantwortung der prozessualen Fragestellung

Dem Unmittelbarkeitsgrundsatz entsprechend, kann die Aussage der Z nicht mehr direkt, also im Rahmen einer nochmaligen Zeugenvernehmung zur Sache, in die Hauptverhandlung eingebracht werden. Die Verlesung des Vernehmungsprotokolls gem. § 251 StPO wird hier durch § 252 StPO ausgeschlossen, der den Schutz des § 52 StPO innerhalb der Hauptverhandlung fortsetzt. Diese Vorschrift statuiert nach Ansicht der Rechtsprechung ein umfassendes Verwertungsverbot, das auch die Vernehmung der Vernehmungsperson untersagt. Die Rechtsprechung lässt eine Ausnahme zu, wenn es sich bei der Verhörsperson um einen Zivil- oder Strafrichter handelt, der den Zeugen gem. § 52 III 1 StPO ordnungsgemäß belehrt hat (BGHSt 2, S. 99 (106 ff.); St 21, S. 218 f.; St 32, S. 25 (29 f.); St 36, S. 384 (385 f.)). Auch ein formfreier Vorhalt des Richters aus der Akte ist ausgeschlossen, wenn er das Zeugnis als solches betrifft und sich der Zeuge nunmehr zu Recht auf ein Zeugnisverweigerungsrecht beruft (*Meyer-Göfner* StPO, 47. Aufl., § 249, Rn. 28; § 252, Rn. 12). Im Gegensatz dazu erleichtert die Rechtsprechung die Verwertung der Aussage des Angeklagten D. § 136 I 2 StPO statuiert ihrer Ansicht nach ein nur relatives Beweisverbot. Dieses stehe zur Disposition des Angeklagten und greife nicht ein, wenn dieser sein Recht kannte oder einer Verwertung im Prozess nicht ausdrücklich widersprochen hat (*Meyer-Göfner* StPO, 47. Aufl., § 136, Rn. 20). Eine differenzierte Antwort auf die Frage der Zulässigkeit der Vernehmung der Verhörsperson ist in zweierlei Hinsicht bedenklich. Zunächst ist die Kritik zu teilen, wonach die Unterscheidung zwischen richterlichen und nicht richterlichen Verhörspersonen nicht einsichtig zu machen ist (*Roxin* Strafverfahrensrecht, 25. Aufl., § 44, Rn. 21). Aber auch generell wird der Schutzzweck der im Hauptverfahren geltenden Normen ignoriert, wenn man eine Vernehmung der Verhörsperson anstelle des zu Recht schweigenden Zeugen oder Angeklagten zulässt (kritisch hierzu *Kudlich/Roy* JA 2003, S. 565 (572 f.)).

■ ERGÄNZENDE HINWEISE

1. Die Überschrift des Beitrags ist angelehnt an den Titel des Aufsatzes von *Mitsch* JuS 2000, S. 848: „Festnahme mit Todesfolge“.

2. Die angegebenen §§ sind - soweit nicht anders bezeichnet - solche des StGB.

3. Der Sachverhalt ist im ersten Absatz der Entscheidung BGHSt 45, S. 378 = BGH NJW 2000, S. 1348, nahezu wörtlich entnommen. Besprechungen finden sich bei *Baier* JA 2000, S. 630; *Mitsch* JuS 2000, S. 848; *Trüg/Wentzell* Jura 2001, S. 30.

§ 252 StPO als „eingeschränkt umfassendes Verwertungsverbot“

Notwendigkeit zur Differenzierung beim Beschuldigten/Angeklagten?