

# 1. Tatkomplex: Das Hineingelangen in das Mehrfamilienhaus

## A. Strafbarkeit des A

### I. Diebstahl in einem besonders schweren Fall gemäß §§ 242 Abs. 1, 243 Abs. 1 Satz 1, Satz 2 Nr. 1 StGB

A könnte sich durch das Ergreifen und Ansichnehmen des Schlüssels gemäß §§ 242 Abs. 1, 243 Abs. 1 Satz 1, Satz 2 Nr. 1 StGB wegen eines Diebstahls in einem besonders schweren Fall strafbar gemacht haben.

#### 1. Objektiver Tatbestand

Der Schlüssel ist eine fremde bewegliche Sache. Er steht im Eigentum des H beziehungsweise des Vermieters. Fraglich ist, ob der Schlüssel weggenommen wurde. Unter Wegnahme versteht man den Bruch fremden und die Begründung neuen Gewahrsams. Fraglich ist, ob sich der Schlüssel, den H versehentlich in der Haustür stecken gelassen hatte, noch im Gewahrsam des H befand. Gewahrsam ist die vom Herrschaftswillen getragene tatsächliche Sachherrschaft, die nach der allgemeinen Verkehrsanschauung beurteilt wird. Der Herrschaftswille muss im Tatzeitpunkt nicht zwingend positiv auf die betroffene Sache gerichtet sein. Es genügt ein genereller Beherrschungswille des Berechtigten. Fraglich ist aber, ob dies auch für den Schlüssel gilt, den H in der Haustür vergessen hatte. Hierbei ist zu beachten, dass H das "Steckenlassen" des Schlüssels offensichtlich noch nicht bemerkt hatte. In seiner (passiven) Vorstellung befand sich der Schlüssel noch in **seiner Zugriffssphäre**. Der Beherrschungswille des H bestand somit fort. Auch hatte H die tatsächliche Sachherrschaft noch nicht verloren. Der Begriff der tatsächlichen Sachherrschaft ist weit auszulegen. Der Schlüssel steckte im Schloss der inneren Seite der Haustüre. Er befand sich somit noch in einem von H als Hausbewohner beherrschbaren Raum, zu dem H jederzeit ohne rechtliche oder tatsächliche Hindernisse Zugang hatte. Die Sachherrschaft des H bestand somit fort.

Durch das **Ergreifen des Schlüssels** und Herausnahme desselben aus dem Haus und damit der Gewahrsamssphäre des H hat A den Gewahrsam des H gebrochen und tätereigenen Gewahrsam begründet.

Das Einstecken des Schlüssels in die Hosentasche hat mithin für die Strafbarkeit des A im Hinblick auf den objektiven Tatbestand keine eigenständige Bedeutung mehr.

#### 2. Subjektiver Tatbestand

Vorsatz und Zueignungsabsicht liegen vor. A wollte den Eigentümer des Schlüssels dauerhaft enteignen. Für die Aneignungsabsicht genügt es, dass A den Schlüssel (einmalig) für seine Zwecke gebrauchen wollte. Dass er den Schlüssel danach wegwerfen wollte, lässt die Zueignungsabsicht nicht entfallen, da vor dem (beabsichtigten) Wegwerfen des Schlüssels eine **Verwendung für Zwecke des A** stattfand. Die beabsichtigte Zueignung war objektiv rechtswidrig, was A auch wusste.

#### 2. Rechtswidrigkeit, Schuld

A handelte (mangels entgegenstehender Anhaltspunkte im Sachverhalt) rechtswidrig und schuldhaft.

#### 4. Besonders schwerer Fall des Diebstahls gemäß § 243 StGB

Fraglich ist, ob ein besonders schwerer Fall des Diebstahls vorliegt, § 243 StGB.

a) A könnte bei der Begehung des Diebstahls ein Regelbeispiel verwirklicht haben, § 243 Abs. 1 Satz 2 StGB.

Fraglich ist, ob A bei der Begehung des Diebstahls in ein Gebäude gemäß § 243 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 Alt. 1 StGB **eingebrochen** ist. Bei dem Mehrparteienhaus handelt es sich um ein Gebäude. Einbrechen ist die Aufhebung einer Umschließung durch gewaltsame Beseitigung eines entgegenstehenden Hindernisses. Erforderlich ist die Aufwendung nicht unerheblicher körperlicher Kraft; eine Substanzverletzung ist nicht zwingend notwendig, sofern entsprechende Kraft entfaltet werden muss. Daran fehlt es hier, da sich ein nur angelehntes Fenster ohne besondere Kraftanstrengung ohne Weiteres öffnen lässt.

b) Es stellt sich die Frage, ob A in das Gebäude **eingestiegen** ist, § 243 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 Alt. 2 StGB. Hierzu müsste A auf einem Weg in den Raum gelangt sein, der für das reguläre Betreten nicht vorgesehen ist. Das Fenster erfüllt diese Voraussetzung. Erforderlich ist aber weiter, dass der Täter im Inneren des Raumes einen körperlichen Stützpunkt gewinnt. Beim Hineingreifen mit dem Arm hat A keinen körperlichen Stützpunkt im Inneren des Hauses gewonnen. Das Regelbeispiel des Einsteigens gemäß § 243 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 Alt. 2 StGB ist mithin nicht verwirklicht.

c) Durch das Betreten des Hauses nach der Öffnung der Türe mittels des erbeuteten Schlüssels könnte A ferner das Regelbeispiel des **Eindringens mit einem falschen Schlüssel** gemäß § 243 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 Alt. 3 StGB verwirklicht haben. Jedoch wurde die Türe nicht zur Ausführung des Diebstahls geöffnet. Der Diebstahl des Schlüssels war zu diesem Zeitpunkt bereits vollendet. Es fehlt somit an der erforderlichen Zweckverbindung zwischen dem Öffnen der Türe und dem Diebstahl des Schlüssels. Außerdem handelt es sich bei dem Schlüssel nicht um einen "falschen" Schlüssel im Sinne dieser Vorschrift. Ein ursprünglich richtiger Schlüssel wird nur falsch, wenn er zur Zeit der Tat vom Berechtigten nicht zur Öffnung bestimmt ist, wozu eine Entwidmung erforderlich ist. Bei einem gestohlenen Schlüssel kann die Entwidmung erst dann stattfinden, wenn der Berechtigte den Diebstahl bemerkt hat.

Dies ist hier noch nicht geschehen. Es handelte sich somit noch immer um einen "richtigen" Schlüssel.

d) Fraglich ist, ob man einen **unbenannten besonders schweren Fall** gemäß § 243 Abs. 1 Satz 1 StGB anzunehmen hat. Der Unrechtsgehalt bleibt allerdings aufgrund des geringeren objektiven Eingriffs durch A hinter den Regelbeispielen des Einbrechens und des Einsteigens zurück, sodass dies zu verneinen ist.

e) Fraglich ist, ob die Ausschlussklausel gemäß **§ 243 Abs. 2 StGB** der Annahmeeines besonders schweren Falles entgegensteht. Der Schlüssel ist ein Gegenstand, dem überhaupt kein messbarer Wert zukommt. Als solcher wird er nicht von der Ausschlussklausel des § 243 Abs. 2 StGB erfasst

#### 5. Geringwertigkeitsgrenze gemäß § 248a StGB

Fraglich ist, ob **§ 248a** StGB zu beachten ist. Dies ist der Fall, wenn es sich bei dem gestohlenen Schlüssel um eine geringwertige Sache handelt. Die Geringwertigkeitsgrenze wird derzeit bei etwa 25,- €, teilweise auch bei 30,- € oder gar 50,- € gezogen. Der Materialwert des Schlüssels bleibt unter der Grenze von 25,- €. Problematisch ist jedoch, dass der Schlüssel keinen Verkehrswert hat. Aufgrund der Tatsache, dass er nur in ein einziges Schloss passt, hat kein redlicher Marktteilnehmer ein Interesse an seinem Erwerb. Der Schlüssel weist somit nicht etwa einen geringen, sondern gar keinen Verkehrswert auf. Gegenstände, denen überhaupt kein messbarer Wert zukommt, werden aber nicht von § 248a StGB erfasst: Ein Strafantrag ist nicht erforderlich.

## II. Schwerer Diebstahl gemäß § 244 Abs. 1 StGB

Fraglich ist, ob A auch ein Qualifikationsmerkmal des § 244 Abs. 1 StGB verwirklicht hat.

### 1. § 244 Abs. 1 Nr. 1 a) StGB

A hatte während des Diebstahls ein Messer mit einer Klingenlänge von 25 Zentimetern in der Jackeninnentasche, führte es also bei der Tatbegehung bei sich.

Bei dem Messer könnte es sich um eine Waffe oder ein anderes gefährliches Werkzeug im Sinne des § 244 Abs. 1 Nr. 1 a) StGB handeln. Fraglich ist, wie die beiden Begriffe voneinander abzugrenzen sind. Die herrschende Meinung sieht die gefährlichen Werkzeuge als Oberbegriff und die Waffen als Unterfall der gefährlichen Werkzeuge an. Es gilt somit zuerst zu prüfen, ob es sich bei dem Messer um eine Waffe als Spezialfall des gefährlichen Werkzeugs handelt.

#### a) Waffe

Es fragt sich, ob das Messer eine Waffe im Sinne des § 244 Abs. 1 Nr. 1 a) Alt. 1 StGB darstellt. Im Bereich des § 244 StGB ist nicht der engere waffenrechtliche **Waffenbegriff** anzuwenden, sondern der weitere sogenannte strafrechtliche Waffenbegriff. Hierunter fallen nach dem "alten" strafrechtlichen Waffenbegriff alle Waffen "im technischen Sinn", also bewegliche Sachen, die nach ihrer Art für Angriffs- oder Verteidigungszwecke gegen andere Personen bestimmt und zur Verursachung erheblicher Verletzungen von Personen generell geeignet sind. Das Haushaltsmesser ist zwar generell dazu geeignet, Personen erhebliche Verletzungen beizubringen. Seiner bestimmungsgemäßen Art nach ist es aber nicht für Angriffs- oder Verteidigungszwecke gegen Menschen bestimmt. Es dient vielmehr der Verrichtung von Küchenarbeiten. Das Küchenmesser stellt somit nach dem "alten" strafrechtlichen Waffenbegriff keine Waffe dar.

Fraglich ist aber, ob dieser strafrechtliche Waffenbegriff noch immer gilt. Hiergegen spricht, dass der Bundesgerichtshof (BGH) die geladene Schreckschusspistole als Waffe eingeordnet hat, da ihre Gefährlichkeit derjenigen der bereits bis dahin als Waffe eingeordneten Gaspistole entspricht. Problematisch hierbei ist, dass die Schreckschusspistole ihrem bestimmungsgemäßen Zweck nach nicht zu Angriffs oder Verteidigungszwecken, sondern zur Knallerzeugung dient. Bei der vom Großen Senat getroffenen Entscheidung wird nicht auf die Gefährlichkeit bei bestimmungsgemäßem, sondern bei bestimmungswidrigem Gebrauch abgestellt. Die Schreckschusspistole wurde also aufgrund ihrer Verletzungseignung bei bestimmungswidrigem Gebrauch als Waffe eingeordnet. Nach dieser Argumentation kann auch das Küchenmesser als Waffe angesehen werden. Der überwiegende Teil der Literatur folgt allerdings dem "alten" strafrechtlichen Waffenbegriff. Dem ist zuzustimmen, da sonst eine sinnvolle Abgrenzung zwischen der Waffe und dem gefährlichen Werkzeug kaum mehr möglich scheint.

#### b) Gefährliches Werkzeug

Die Definition des gefährlichen Werkzeugs im Sinne des § 244 Abs. 1 Nr. 1 a) Alt. 2 StGB ist umstritten. Einigkeit besteht aber dahingehend, dass die Definition aus § 224 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2 StGB nicht übernommen werden kann, da sich dort die Gefährlichkeit aus der konkreten Art der Verwendung ergibt und dieses Merkmal in § 244 Abs. 1 Nr. 1 a) StGB ("bei sich führen") fehlt. Im Übrigen werden unterschiedliche Ansätze vertreten:

Die **rein objektive Theorie** beurteilt die Gefährlichkeit eines Gegenstandes allein anhand seiner abstrakten Eignung, schwere Verletzungen hervorzurufen<sup>1</sup>. Das Messer mit einer Klinglänge von 25 Zentimetern erfüllt diese Voraussetzung.

Nach der **subjektiven Theorie** werden im Wege einer teleologischen Reduktion ausschließlich solche Gegenstände als gefährliche Werkzeuge angesehen, deren Verwendung entsprechend einem inneren Verwendungsvorbehalt des Täters die verlangte Gefährlichkeit begründen würde. In subjektiver Hinsicht hat A das Messer nicht dazu mitgeführt, um es bei dem Diebstahl des Schlüssels einzusetzen. Ohne den gefährdenden Verwendungsvorbehalt stellt das Messer nach dieser Meinung kein gefährliches Werkzeug dar.

Nach der **Widmungstheorie** liegt ein gefährliches Werkzeug vor, wenn der Täter den Gegenstand zu einer gefährlichen Verwendung bestimmt hat. Hierbei ist auf eine generelle Widmung des Gegenstandes unabhängig von der konkreten Tat abzustellen. A hat das Messer zur Tötung des C eingesteckt. Generell hat er es einer gefährlichen Verwendung gewidmet, weshalb es als gefährliches Werkzeug anzusehen ist.

Eine andere Ansicht beurteilt einen Gegenstand nach seiner objektiven waffenähnlichen Gefährlichkeit. Ein gefährliches Werkzeug wird dann angenommen, wenn dem Gegenstand eine **Waffenersatzfunktion** zukommt. Dies ist hier zu bejahen.

Die besseren Argumente sprechen hier für die Bejahung des gefährlichen Werkzeuges. Nur die subjektive Theorie könnte dagegen sprechen. Sie ist aber

---

abzulehnen, da sie sich nicht mit der objektiven Begrifflichkeit des Gesetzes verträgt. Es steht in dem Zusammenhang auch zu bedenken, dass beim Abstellen auf die subjektive Verwendungsabsicht die Grenze zu § 244 Abs. 1 Nr. 1 b) StGB überschritten würde.

A war auch bewusst, dass er ein gefährliches Werkzeug bei sich trug, und nahm dies bei der Begehung des Diebstahls zumindest billigend in Kauf, was ausreichend ist.

## **2. § 244 Abs. 1 Nr. 2 StGB**

Fraglich ist, ob A den Diebstahl als Mitglied einer Bande im Sinne des § 244 Abs. 1 Nr. 2 StGB begangen hat. Unter Bande versteht man den Zusammenschluss von mindestens drei Personen, die sich zu dem Zweck fortgesetzter Begehung bislang noch unbestimmter Diebstahlsdelikte verbunden haben. A hat sich nur mit B, nicht mit weiteren Personen und auch nicht zur Begehung von Diebestaten zusammengetan. A ist somit kein Mitglied einer Bande.

## **3. § 244 Abs. 1 Nr. 3 StGB**

Fraglich ist, ob es sich bei dem Treppenhaus um eine Wohnung im Sinne des § 244 Abs. 1 Nr. 3 StGB handelt. Es ist ein engerer Wohnungsbegriff als in § 123 Abs. 1 StGB zugrunde zu legen, da § 244 Abs. 1 Nr. 3 StGB den Schutz des Kernbereichs des Privat- und Intimlebens und nicht des Hausrechts bezweckt. Dies zeigt sich auch darin, dass dem Gebäudeeinbruchsdiebstahl gemäß § 243 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 StGB und dem Wohnungseinbruchsdiebstahl gemäß § 244 Abs. 1 Nr. 3 StGB ein jeweils unterschiedlicher Unrechtsgehalt innewohnt. Als Wohnung im Sinne des § 244 Abs. 1 Nr. 3 StGB zählen nur die Räumlichkeiten, die wenigstens einer Person zumindest vorübergehend zur Unterkunft dienen. Das Treppenhaus dient nicht der Unterkunft von Menschen dergestalt, dass dort jemand den Kernbereich seines Privatlebens ausübt. Es stellt somit keine Wohnung im Sinne des § 244 Abs. 1 Nr. 3 StGB dar. Zudem ist ein Einbrechen oder Einsteigen zu verneinen (siehe oben).

Ein Wohnungseinbruchsdiebstahl im Sinne des § 244 Abs. 1 Nr. 3 StGB liegt somit nicht vor.

## **4. Zwischenergebnis**

Das durch A mitgeführte Messer stellt ein gefährliches Werkzeug im Sinne des § 244 Abs. 1 Nr. 1 a) Alt. 2 StGB dar. A hat dieses Qualifikationsmerkmal objektiv und subjektiv verwirklicht.

## **III. Unterschlagung gemäß § 246 Abs. 1 StGB**

A könnte sich gemäß § 246 Abs. 1 StGB wegen Unterschlagung des Schlüssels strafbar gemacht haben. A hat sich den Schlüssel rechtswidrig zugeeignet. Er handelte hierbei vorsätzlich, rechtswidrig und schuldhaft. Zu beachten ist aber, dass er sich durch dieselbe Handlung bereits gemäß § 244 Abs. 1 Nr. 1 a) Alt. 2 StGB strafbar

gemacht hat. Es greift hier die gesetzliche Subsidiaritätsklausel gemäß § 246 Abs. 1 letzter Halbsatz StGB. Die Strafbarkeit nach § 246 StGB wird mithin verdrängt.

#### **IV. Hausfriedensbruch gemäß § 123 StGB**

A könnte sich gemäß § 123 Abs. 1 Alt. 1 StGB wegen Hausfriedensbruchs strafbar gemacht haben. Hierzu muss er in eine Wohnung oder das befriedete Besitztum eines anderen widerrechtlich eingedrungen sein. Das Treppenhaus ist räumlich abgegrenzt und gegen den Zutritt von Unberechtigten geschützt. Es zählt somit zumindest zum befriedeten Besitztum. Es kann aber, da bei § 123 StGB ein weiterer Wohnungsbegriff als bei § 244 StGB zugrunde gelegt wird, auch schon als vom Schutzbereich der Wohnung umfasst angesehen werden.

Eindringen ist das Betreten gegen den Willen des Berechtigten. Hausrechtsinhaber und damit Berechtigte des Treppenhauses sind die Bewohner der verschiedenen Wohnungen; das Hausrecht kann von jedem Mitinhaber grundsätzlich allein ausgeübt werden. Da A ein Bekannter des C ist und von diesem im weiteren Verlauf auch in die Wohnung eingelassen wird, ist davon auszugehen, dass A das Treppenhaus nicht gegen den Willen des C als Hausrechtsinhaber betreten hat, auch wenn die Art und Weise des Eintritts - unter Zuhilfenahme des Schlüssels - "unüblich" ist. Die nach außen nicht erkennbare Absicht des A, C zu töten, spielt in dem Zusammenhang keine Rolle.

Mithin hat sich A nicht gemäß § 123 Abs. 1 Alt. 1 StGB strafbar gemacht.

Der nach § 123 Abs. 2 StGB erforderliche Strafantrag wurde ausweislich des Bearbeitervermerks gestellt.

*Hinweis: das Hineingreifen stellt noch kein Eindringen dar und muss nicht geprüft werden (einheitlicher Lebenssachverhalt Hineingreifen um in das Treppenhaus zu gelangen)*

**V. Konkurrenzen:** § 244 Abs. 1 Nr. 1 a) Alt. 2 StGB verdrängt als lex specialis § 242 Abs. 1 StGB.

#### **B. Strafbarkeit des B**

Der **Diebstahl** des A war nicht vom gemeinsamen Tatplan erfasst. B hat von dem Geschehen auch nichts bemerkt. Als Exzess des A kann dem B der Diebstahl nicht gemäß § 25 Abs. 2 StGB zugerechnet werden.

Durch das Betreten des Treppenhauses hat sich B schon deshalb nicht nach **§ 123** Abs. 1 Alt. 1 StGB strafbar gemacht, da er davon ausging, selbiges im (tatbestandsausschließenden) Einverständnis mit dem Hausrechtsinhaber C zu betreten. Er befand sich mithin, sollte man im Übrigen die Voraussetzungen des § 123

Abs. 1 Alt. 1 StGB bejahen, im Tatbestandsirrtum, § 16 Abs. 1 Satz 1 StGB, und handelte somit nicht vorsätzlich.

### **C. Ergebnis 1. Tatkomplex**

A ist strafbar gemäß § 244 Abs. 1 Nr. 1 a) Alt. 2 StGB. B ist nicht strafbar.

### **2. Tatkomplex: Das Geschehen in der Wohnung des C**

#### **A. Strafbarkeit von A und B**

##### **I. Versuchter Mord gemäß §§ 211, 22, 23 Abs. 1, 25 Abs. 2 StGB**

A und B könnten sich wegen versuchten Mordes in Mittäterschaft gemäß §§ 211, 22, 23 Abs. 1, 25 Abs. 2 StGB strafbar gemacht haben.

##### 1. Nichtvollendung

Die Tat ist nicht vollendet. C hat überlebt.

##### 1. Strafbarkeit des Versuchs

Mit der Strafdrohung von lebenslanger Freiheitsstrafe ist der Mord ein Verbrechen im Sinne des § 12 Abs. 1 StGB und als solches gemäß § 23 Abs. 1 StGB im Versuch strafbar.

##### 2. Tatentschluss

A und B müssten einen Tatentschluss gefasst haben. Tatentschluss bedeutet Vorsatz bezüglich aller objektiven Merkmale sowie das Vorliegen etwaiger besonderer subjektiver Merkmale. Zu prüfen ist zunächst, ob A und B mittäterschaftlich agieren wollten. Die Mittäterschaft setzt voraus, dass ein gemeinsamer Tatplan und eine gemeinsame Tatausführung vorliegen.

##### a) Gemeinsamer Tatplan

Ein gemeinsamer Tatplan liegt vor, wenn die Täter ausdrücklich oder konkludent vereinbaren, die Tat gemeinsam arbeitsteilig durchzuführen. A und B haben vereinbart, den C in dessen Wohnung mittels der mitgeführten Küchenmesser umzubringen. Ein gemeinsamer Tatplan lag somit vor. Das Nicken des B, bevor A den konkreten Angriff begann, hat dabei keine weitere Bedeutung, da dieser Angriff schon als typischer Geschehensablauf so von vornherein geplant war.

##### b) Gemeinsame Tatbegehung

Die Kriterien zur Abgrenzung der gemeinsamen Tatbegehung sind umstritten.

Nach der Animus-Theorie ist derjenige Täter, der die Tat als eigene will und demnach einen animus auctoris aufweist. Der Teilnehmer hingegen will die Tat nur als fremde und hat nur einen animus socii. A und B haben gemeinsam die Tötung des C geplant.

Beide wollten die Tat als eigene und wiesen demnach einen animus auctoris auf. A und B wollten somit nach dieser Theorie als Mittäter handeln.

Die herrschende Lehre folgt der Tatherrschaftslehre. Hiernach sind Täter diejenigen, welche die Zentralfiguren des Tatgeschehens darstellen, die den Tatablauf hemmen und ablaufen lassen können und somit den Geschehensablauf in Händen halten. Der Teilnehmer erscheint demgegenüber nur als Randfigur des Geschehens. A und B stellten gemeinsam die Zentralfiguren des Geschehens dar. Beide hielten den Geschehensablauf in Händen und konnten ihn fördernd oder hemmend beeinflussen. A und B wollten somit auch nach der Tatherrschaftslehre als Mittäter handeln.

Der BGH zieht im Ausgangspunkt die Animus-Theorie heran, füllt diese jedoch mit Aspekten der Tatherrschaftslehre aus. Auch danach richtet sich der Tatentschluss von A und B auf mittäterschaftliches Vorgehen mit der Konsequenz der wechselseitigen Zurechnung der Tatbeiträge.

c) A und B müssten Tötungsvorsatz gehabt haben. Es kam ihnen gerade darauf an, den C zu töten. Sie handelten somit absichtlich (dolus directus 1. Grades).

Fraglich ist, ob A und B - in Bezug auf den ersten Angriff durch A - Vorsatz bezüglich des objektiven Mordmerkmals der Heimtücke hatten. Ihr Vorsatz muss sich auf das bewusste Ausnutzen der Arg- und Wehrlosigkeit des C in feindseliger Willensrichtung erstreckt haben.

Arglosigkeit bedeutet, dass sich das Opfer im Zeitpunkt der Tatausführung keines Angriffs auf seine körperliche Unversehrtheit versieht. Wehrlosigkeit liegt vor, wenn das Opfer aufgrund seiner Arglosigkeit in seiner Verteidigungsfähigkeit stark eingeschränkt ist. C war wegen der Kaffeezubereitung abgelenkt, sodass er sich keines Angriffs auf seine körperliche Unversehrtheit versah, und A schlich von hinten auf ihn zu. C war deshalb in seiner Verteidigungsfähigkeit eingeschränkt und somit arg- und wehrlos, was A und B zutreffend erkannten. A hat bewusst die Situation, in der C abgelenkt war und ihn daher nicht bemerkte, für den Angriff auf das Leben des C - in feindseliger Willensrichtung - ausgenutzt.

Fraglich ist, ob im Hinblick auf die absolute lebenslange Freiheitsstrafenandrohung eine Einschränkung des Heimtückemerkmals vorzunehmen ist.

Zum Teil wird gefordert, dass der Täter durch die Tat einen verwerflichen Vertrauensbruch begeht. Erforderlich hierzu ist das Ausnutzen eines speziellen Vertrauens, das das Opfer dem Täter entgegenbringt. A, B und C sind Bekannte. Aufgrund dieser sozialen Beziehung besteht zwischen ihnen ein spezielles Vertrauensverhältnis, das unter Fremden nicht besteht. Durch seinen überraschenden Angriff hat A einen verwerflichen Vertrauensbruch begangen.

Teilweise wird unter Anknüpfung an den Begriff der "Tücke" ein tückischverschlagenes Vorgehen des Täters gefordert. Der Täter muss hiernach die Arg- und Wehrlosigkeit des Opfers planmäßig berechnend bewusst zu einem Überraschungsangriff ausnutzen. A hat den Moment der Arg- und Wehrlosigkeit des C als solchen erkannt und bewusst für seinen Überraschungsangriff ausgenutzt und daher tückisch gehandelt.



Die Lehre von der negativen Typenkorrektur vollzieht eine Gesamtbetrachtung der Tat und schließt die Mordstrafbarkeit trotz Vorliegens eines Mordmerkmals aus, wenn die Gesamtwürdigung der Tat ausnahmsweise nicht als besonders verwerflich erscheint. Für die Tötung des C weisen A und B keinerlei auch nur ansatzweise nachvollziehbare Motive auf. Die Tat erscheint somit als besonders verwerflich.

Der BGH wendet eine Rechtsfolgenlösung an und mildert den Strafraumen, wenn bei der Tat außergewöhnliche Umstände vorliegen, die die absolute Strafdrohung als unverhältnismäßig erscheinen lassen. Solche Umstände sind im vorliegenden Fall nicht ersichtlich.

Damit ist die Heimtücke nach allen Ansichten zu bejahen. Das objektive Mordmerkmal ist dem Mittäter B zuzurechnen.

A und B könnten auch (bezüglich des gesamten Geschehens) das subjektive Mordmerkmal der Mordlust verwirklicht haben. Aus Mordlust tötet ein Täter dann, wenn es ihm gerade darauf ankommt, einen Menschen sterben zu sehen, wenn die Tötung also nur um ihrer selbst willen geschieht. Die bloße Grundlosigkeit der Tötung genügt nicht<sup>24</sup>. A und B wollten den C aus Langeweile heraus töten und um sich durch die Tötung einen Adrenalin-Kick zu verschaffen. Die Tötung sollte somit nur zum Zeitvertreib und zur nervlichen Stimulanz erfolgen. Es kam A und B also nur auf die Tötung als solche an. Die Austauschbarkeit des Opfers dient als weiteres Indiz.

Da es A und B bei der Tötung gerade darauf ankam, einen Menschen zu töten, handelten sie absichtlich, sodass nicht entscheidend ist, dass bedingter Vorsatz in dieser Konstellation nicht ausreichen würde. A und B haben folglich auch das subjektive Mordmerkmal der Mordlust verwirklicht.

#### 4. Unmittelbares Ansetzen

A hat bereits einen Messerstich in Tötungsabsicht gegen C geführt und diesen dadurch verletzt. Er hat mithin schon die Schwelle zum "jetzt geht es los" überschritten und nach seiner Vorstellung das geschützte Rechtsgut - das Leben des C - in eine konkrete, nahe Gefahr gebracht. Damit ist A jedenfalls in das Versuchsstadium eingetreten. In Bezug auf B kommt es in dem Zusammenhang darauf an, ob man der sogenannten "Einzellösung" oder der sogenannten "Gesamtlösung" folgt. Nach der Einzellösung beginnt der Versuch für jeden Mittäter erst mit seinem eigenen Beitrag. Die Gesamtlösung bejaht das unmittelbare Ansetzen für alle Mittäter bereits, wenn einer von ihnen dem gemeinsamen Tatplan entsprechend ins Ausführungsstadium eintritt. Letzterer Auffassung ist - in Übereinstimmung mit dem BGH und der herrschenden Ansicht in der Literatur - der Vorzug zu geben, da allein die Gesamtlösung dem allgemeinen Zurechnungsprinzip der Mittäterschaft entspricht.

Nach der Gesamtlösung wird dem B das Verhalten des A zugerechnet. Das unmittelbare Ansetzen liegt somit auch für B schon durch den Angriff des A vor.

B seinerseits hat schon durch das - laut Sachverhalt "drohende" - Zugehen auf C die Schwelle zum "jetzt geht es los" überschritten und nach seiner Vorstellung das geschützte Rechtsgut - das Leben des C - in eine konkrete, nahe Gefahr gebracht. Damit wäre das unmittelbare Ansetzen für B auch zu bejahen, wenn man, anders als hier, der Einzellösung folgen würde.

5. Rechtswidrigkeit und Schuld sind zu bejahen.

6. Rücktritt

Fraglich ist, ob A und B gemäß § 24 Abs. 2 StGB mit strafbefreiender Wirkung vom Mordversuch an C zurückgetreten sind.

a) Kein fehlgeschlagener Versuch

Der Rücktritt ist nur von einem nicht fehlgeschlagenen Versuch möglich. Fraglich ist, ob der Mordversuch fehlgeschlagen war. Es ist umstritten, nach welchen Kriterien der Fehlschlag eines Versuchs zu beurteilen ist:

Nach der Einzelakttheorie wird jeder einzelne vom Täter als erfolgstauglich angesehene Teilakt der Tat eigenständig auf einen Fehlschlag hin untersucht. Nach dieser Theorie liegt hier ein fehlgeschlagener Versuch vor, da der von A ausgeführte Stich einen einzelnen Akt der Tatausführung darstellt, aber den C nicht getötet hat und somit fehlgeschlagen ist. Das gleiche gilt für das drohende Zugehen des B auf C.

Die Tatplantheorie besagt, dass ein Fehlschlag vorliegt, wenn der Täter erkennt, dass sein ursprünglicher Tatplan gescheitert ist und nicht mehr verwirklicht werden kann. A und B hatten den ursprünglichen Tatplan, den C möglichst lautlos zu töten. Nach der zwischenzeitlich entstandenen Lautstärke war dieser Tatplan nicht mehr zu verwirklichen. Nach der Tatplantheorie liegt somit ein fehlgeschlagener Versuch vor.

Die Rechtsprechung und der überwiegende Teil des Schrifttums folgen der Gesamtbetrachtungslehre. Hiernach ist bei einem einheitlichen Lebensvorgang auf die Sicht des Täters im Zeitpunkt nach Abschluss der letzten Ausführungshandlung abzustellen. Dabei ist ausgehend von der Lehre vom Rücktrittshorizont die Frage nach dem Fehlschlag eines Versuchs danach zu beantworten, ob der Täter nach der letzten Ausführungshandlung nach seiner Vorstellung die Tat mit den ihm zur Verfügung stehenden Mitteln ohne zeitliche Zäsur noch vollenden kann.

Der zuletzt genannten Ansicht ist zu folgen; die Einzelaktstheorie reißt einen einheitlichen Lebensvorgang auseinander, die Tatplantheorie unterscheidet willkürlich danach, ob der Täter einen genauen Plan ausgearbeitet hat oder ob es ihm gleichgültig ist, wie er ans Ziel kommen kann. Die Gesamtbetrachtungslehre vermeidet diese Defizite und baut dem Täter eine "goldene Brücke" zum Boden der Legalität.

A und B erkannten, dass sie dem C weitere Stiche hätten zufügen können. Ein fehlgeschlagener Versuch kann hier nicht deshalb angenommen werden, weil A und B annahmen, ihr Plan, den C lautlos und ohne Aufsehen zu erregen, zu töten, sei gescheitert. Nach Maßgabe des Rücktrittshorizonts muss der Fehlschlag des Tötungsversuchs danach beurteilt werden, ob A und B nach Vollzug der Tathandlung annahmen, den Tod des Opfers ohne zeitliche Zäsur überhaupt nicht mehr herbeiführen zu können. A und B war es indes möglich, dem schon verletzten C noch tödliche Stiche zu versetzen, und dies erkannten sie. Auch die mittlerweile eingetretene Gegenwehr des C war aufgrund der Bewaffnung und der zahlenmäßigen Überlegenheit von A und B nicht unüberwindbar. Soweit aufgrund der Gegenwehr des C und seiner Schreie die Gefahr bestanden hat, dass andere Personen auf das

Geschehen aufmerksam würden, ergibt sich auch hieraus kein Fehlschlag des Versuchs. Vielmehr ist ein gesteigertes Entdeckungsrisiko allein für die Frage der Freiwilligkeit des Rücktritts von Bedeutung.

Es lag somit kein fehlgeschlagener Versuch vor. Der Rücktritt war grundsätzlich möglich.

#### b) Rücktritt bei mehreren Beteiligten

Für den Rücktritt bei mehreren Beteiligten ist gemäß § 24 Abs. 2 StGB erforderlich, dass jeder der Tatbeteiligten die Vollendung der Tat freiwillig verhindert. Sowohl für A als auch für B reichte es vorliegend - angesichts des unbeendeten Versuchs - aus, dass sie die Ausführung weiterer Tathandlungen freiwillig aufgaben. Weitere Maßnahmen zur Verhinderung der Vollendung mussten sie nicht ergreifen, da noch kein Kausalverlauf in Gang gesetzt wurde, der in die Vollendung hätte münden können.

#### c) Freiwilligkeit des Rücktritts

A und B müssten freiwillig von der weiteren Tatbegehung Abstand genommen haben. Ein Rücktritt ist nach der psychologischen Betrachtungsweise der herrschenden Meinung dann freiwillig, wenn er aus autonomen Motiven heraus aufgrund einer freien Willensbildung erfolgt. Nicht freiwillig ist ein Rücktritt dann, wenn der Täter durch eine äußere oder innere Zwangslage an der Vollendung der Tat gehindert wird. Maßgeblich ist, dass der Täter als Herr seiner Entschlüsse eine selbstbestimmte Entscheidung trifft. Es kommt auch nicht darauf an, ob die Rücktrittsmotive des Täters sittlich billigenswert sind. A und B haben sich ohne Druck von außen zur Aufgabe der Tötung des C entschlossen. Sie trafen selbstbestimmt die Entscheidung, den C unter den gegebenen Umständen nicht mehr töten zu wollen. Auch das eventuell durch die Lautstärke erhöhte Entdeckungsrisiko und mithin die Gefahr der Bestrafung war nach den Vorstellungen von A und B kein ausschlaggebender Grund für die Aufgabe der Tatvollendung, sondern vielmehr die Tatsache, dass sie keinen Spaß mehr an der Sache hatten. A und B handelten somit freiwillig.

Zum gleichen Ergebnis gelangt man bei der Anwendung der sogenannten "Frankschen Formel".

Nach der von einer Literaturmeinung vertretenen normativen Betrachtung fehlt es an der Freiwilligkeit des Rücktritts, wenn der Täter nach den "Regeln des Verbrecherhandwerks" vernünftigerweise nicht mehr weiter handelt. Das Aufgeben ist demnach nur freiwillig, wenn der Täter wieder zur Achtung der rechtlichen Gebote zurückgefunden hat und nicht nur der "Verbrechervernunft" folgt. A und B haben nicht etwa deshalb von C abgelassen, weil sie ihr Tatziel schon erreicht oder Angst vor einer Entdeckung und Bestrafung bei weiterem Fortgang des Tötungsversuchs gehabt hätten. Sie hatten vielmehr das Interesse an der Begehung der Straftat verloren. Die Aufgabe der Tatvollendung entsprach somit nicht der Verbrechervernunft. Der Rücktritt geschah auch nach dieser Ansicht freiwillig.

Ob der Rücktritt aus ethisch hochwertigen Motiven heraus erfolgte, ist irrelevant; insbesondere kann ein Rücktritt im Sinne von § 24 StGB vorliegen, wenn der Täter - wie hier - aus Ärger oder Unmut über den Tatverlauf von dem Opfer ablässt.

## 7. Zwischenergebnis

A und B sind strafbefreiend vom Mordversuch zurückgetreten. Sie sind nicht strafbar gemäß §§ 211, 22, 23 Abs. 1, 25 Abs. 2 StGB. Selbiges gilt für den versuchten Totschlag, §§ 212, 22, 23 Abs. 1, 25 Abs. 2 StGB.

## **II. Gefährliche Körperverletzung gemäß §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1, 25 Abs. 2 StGB**

A und B könnten sich durch den Messerstich des A gemäß §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1, 25 Abs. 2 StGB strafbar gemacht haben. Der Messerstich war vom gemeinsamen Tatplan erfasst. A und B wollten die Tat als eigene und stellten die Zentralfiguren des Geschehens (subjektiv mit *animus auctoris*) dar. Die Voraussetzungen der Mittäterschaft liegen somit vor (siehe oben entsprechend). Der Messerstich stellt eine üble, unangemessene Behandlung dar, die den C in seiner körperlichen Unversehrtheit nicht unerheblich beeinträchtigt (körperliche Misshandlung) und die eine Verletzung als pathologischen Zustand hervorgerufen hat (Gesundheitsschädigung). Nach der Einheitstheorie ist in jedem Tötungsvorsatz auch der Körperverletzungsvorsatz als notwendiges Durchgangsstadium enthalten. Zum gegenteiligen Ergebnis kommt die (heute wohl nicht mehr vertretene) Gegensatztheorie, die davon ausgeht, dass jemand mit Tötungsvorsatz nicht zugleich auch verletzen will<sup>2</sup>. Diese Theorie ist abzulehnen, da nicht anzunehmen ist, dass ein zur Tötung Entschlossener eine Körperverletzung nicht zumindest billigend in Kauf nimmt.

Der Messerstich wurde rechtswidrig und schuldhaft von A durchgeführt.

Fraglich ist, ob auch ein Qualifikationsmerkmal gemäß § 224 Abs. 1 StGB verwirklicht ist.

Eine Waffe, § 224 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 1 StGB, wurde nicht verwendet; die Ausführungen zu § 244 Abs. 1 Nr. 1 a) Alt. 1 StGB gelten entsprechend.

Das Messer mit einer Klingenlänge von 25 Zentimetern stellt einen Gegenstand dar, der aufgrund seiner objektiven Beschaffenheit und - da es dem C in den Oberkörper gestoßen wurde - auch wegen der konkreten Art der Verwendung geeignet ist, erhebliche Verletzungen hervorzurufen. Es handelt sich somit um ein gefährliches Werkzeug im Sinne des § 224 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2 StGB.

Fraglich ist, ob A und B bei dem Stich einen hinterlistigen Überfall im Sinne des § 224 Abs. 1 Nr. 3 StGB durchgeführt haben. Ein hinterlistiger Überfall liegt vor, wenn der Täter einen plötzlichen unerwarteten Angriff ausführt und dabei planmäßig berechnend seine wahre Absicht verbirgt, um dem Opfer die Verteidigung zu erschweren. A hat seine Angriffsabsicht zwar nicht offen zur Schau gestellt. Er hat sie aber auch nicht planmäßig berechnend verdeckt, etwa indem er den C gezielt in Sicherheit gewogen hätte. Sein konkreter Angriff geschah vielmehr nur in der Ausnutzung eines

---

Überraschungsmoments. Dies stellt noch keinen hinterlistigen Überfall im Sinne des § 224 Abs. 1 Nr. 3 StGB dar.

A und B könnten die Körperverletzung mit einem anderen Beteiligten gemeinschaftlich gemäß § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB begangen haben. Hierzu müssten sie am Tatort bewusst zusammengewirkt haben, wodurch für das Opfer eine erhöhte Gefährlichkeit der konkreten Tatsituation entstanden sein müsste. A und B waren gemeinsam am Tatort anwesend und wollten kollusiv den C angreifen. C sah sich somit mit zwei Angreifern konfrontiert, auch wenn der konkrete Angriff mit dem Messer allein durch A erfolgt. Das Qualifikationsmerkmal gemäß § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB ist erfüllt.

Zu prüfen bleibt, ob die Körperverletzung auch mittels einer das Leben gefährdenden Behandlung im Sinne des § 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB begangen wurde. Hierunter fällt nach herrschender Meinung eine Verletzungshandlung, wenn sie nach den konkreten Umständen des Einzelfalles objektiv generell geeignet ist, das Leben des Opfers in Gefahr zu bringen. Eine abweichende Ansicht fordert, dass durch die Verletzung eine konkrete Lebensgefahr eintritt. Der Stich mit einem 25 Zentimeter langen Messer in den Brustkorb ist generell lebensgefährdend. Für C war der von A ausgeführte Stich jedoch nicht konkret lebensgefährdend. Der herrschenden Meinung, die die abstrakte Gefährlichkeit ausreichen lässt, ist zu folgen. Dies ergibt sich schon aus dem Wortlaut, demzufolge es auf die Gefährlichkeit der Behandlung, nicht auf diejenige einer zugefügten Verletzung ankommt. Das Qualifikationsmerkmal gemäß § 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB liegt somit vor.

### **III. Aussetzung gemäß § 221 Abs. 1 StGB**

Da sich C nicht in einer hilflosen Lage befand und es bezüglich des Tatbestandes des § 221 Abs. 1 Nr. 1 beziehungsweise Nr. 2 StGB zudem am Vorsatz von A und B fehlte, kommt eine Strafbarkeit wegen Aussetzung nicht in Betracht.

### **IV. Hausfriedensbruch gemäß § 123 Abs. 1 Alt. 2 StGB**

A und B könnten einen Hausfriedensbruch begangen und sich gemäß § 123 Abs. 1 Alt. 2 StGB strafbar gemacht haben, indem sie die Anweisung des C, die Wohnung zu verlassen, nicht befolgten. Hierzu ist erforderlich, dass sie sich entgegen dem Willen des Berechtigten in einem dessen Hausrecht unterliegenden Bereich aufhielten. Ursprünglich, als A und B die Wohnung des C betraten, gestattete C die Anwesenheit der beiden. Nach dem Messerstich forderte C sie aber auf, die Wohnung zu verlassen. Dieser Aufforderung kamen A und B nicht nach. Es bedurfte erst der späteren, erneuten Aufforderung zum Verlassen der Wohnung durch C. Als A und B aber der ersten Aufforderung nicht nachgekommen waren, hielten sie sich entgegen dem Willen des Hausrechtsinhabers C in dessen geschütztem Bereich auf. A und B haben sich somit gemäß § 123 Abs. 1 Alt. 2 StGB strafbar gemacht.

*Hinweis: § 25 Abs. 2 StGB ist nicht zu zitieren, da es im Rahmen von § 123 Abs. 1 StGB einer wechselseitigen Zurechnung der Handlungen von A und B nicht bedarf. Jeder von ihnen begeht selbstständig einen Hausfriedensbruch.*

Der nach § 123 Abs. 2 StGB erforderliche Strafantrag wurde ausweislich des Bearbeitervermerks gestellt.

## **V. Konkurrenzen**

§§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2, Nr. 4, Nr. 5 und 123 Abs. 1 Alt. 2 StGB stehen zueinander in Tateinheit. A und B haben sich folglich gemäß §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2, Nr. 4, Nr. 5, 25 Abs. 2, 123 Abs. 1 Alt. 2, 52 StGB strafbar gemacht.

## **B. Strafbarkeit des C**

### **I. Gefährliche Körperverletzung gemäß §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 StGB zum Nachteil des A**

C könnte sich gemäß §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 StGB wegen gefährlicher Körperverletzung zum Nachteil des A strafbar gemacht haben.

C hat A mit einem Krug auf den Kopf geschlagen, wodurch A eine Schnittwunde erlitt. Dies stellt sowohl eine körperliche Misshandlung als auch eine Gesundheitsschädigung dar. Der Krug stellt zudem ein Werkzeug dar, das aufgrund seiner Beschaffenheit und - indem es auf den Kopf geschlagen wurde - wegen der konkreten Verwendung geeignet ist, erhebliche Verletzungen hervorzurufen. Es handelt sich somit um ein gefährliches Werkzeug im Sinne des § 224 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2 StGB. Da der Schlag auf den Kopf mit solcher Kraft geführt wurde, dass der Krug zerbrach, handelte es sich hierbei um eine Handlung, die objektiv geeignet war, das Leben des A in Gefahr zu bringen. Auch wenn für den A keine konkrete Lebensgefahr entstand, ist mit der herrschenden Meinung das Qualifikationsmerkmal gemäß § 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB zu bejahen.

C handelte vorsätzlich.

Zu fragen ist aber, ob C gemäß § 32 StGB gerechtfertigt ist. Zunächst müsste hierzu eine Notwehrlage bestanden haben. Erforderlich ist ein gegenwärtiger, rechtswidriger Angriff. Unter Angriff versteht man die Bedrohung rechtlich geschützter Interessen durch menschliches Verhalten. Der Messerstich des A stellt einen solchen Angriff auf Leib und Leben des C dar. Gegenwärtig ist der Angriff, wenn er unmittelbar bevorsteht, gerade stattfindet oder noch andauert. A hatte bereits einen Messerstich ausgeführt und war zu weiteren Attacken bereit. Der Angriff war somit gegenwärtig. Auch die Rechtswidrigkeit des Angriffs liegt vor, da bei A seinerseits keine Rechtfertigungsgründe vorliegen.

Zu prüfen ist, ob die Notwehrhandlung erforderlich war. Erforderlich ist eine Verteidigungshandlung, wenn sie die sofortige Beendigung des Angriffs erwarten lässt und dem Verteidiger kein milderes, gleich wirksames Mittel zur Verfügung steht. Der Schlag mit dem Krug auf den Kopf des A hätte dessen Kampfunfähigkeit herbeiführen können. In der konkreten Verteidigungssituation konnte es unter dem Aspekt, dass das Recht nicht dem Unrecht zu weichen braucht, auch nicht von C verlangt werden, dass er sich auf einen bloßen Faustschlag ohne den Krug beschränkt. Zwar stellt der Schlag ohne den Krug ein milderes Mittel dar. Jedoch verspricht er nicht dieselbe Wirksamkeit. Die Notwehrhandlung war somit erforderlich. Die Notwehrhandlung war auch geboten, da kein Sachverhalt vorliegt, in dem das Notwehrrecht einer sozialetischen Einschränkung unterliegt. C handelte auch offensichtlich mit Verteidigungswillen. Er erkannte die Notwehrlage und handelte mit dem Motiv, sich zu verteidigen. C handelte

gemäß § 32 StGB gerechtfertigt und ist nicht strafbar gemäß §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 StGB zum Nachteil des A.

## **II. Gefährliche Körperverletzung gemäß §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 StGB zum Nachteil des B**

C könnte sich gemäß §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 StGB wegen gefährlicher Körperverletzung zum Nachteil des B strafbar gemacht haben.

C hat den B in den Bauch **getreten**, wodurch B gegen das Regal fiel und Schnittwunden am Arm erlitt. Es handelt sich um eine üble, unangemessene Behandlung, die den B in seinem körperlichen Wohlbefinden mehr als nur unerheblich beeinträchtigt hat. Auch ein pathologischer Zustand wurde hervorgerufen. Fraglich ist, ob C hierbei ein gefährliches Werkzeug im Sinne des § 224 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2 StGB eingesetzt hat. Die herrschende Meinung geht davon aus, dass Körperteile an sich keine Werkzeugqualität aufweisen. Dennoch kann der beschuhte Fuß im Einzelfall als gefährliches Werkzeug eingestuft werden. Dies hängt davon ab, um welche Art von Schuh und um welche Art von Verletzungen es sich handelt. Grundsätzlich erforderlich ist, dass es sich um einen Schuh handelt, der in seiner Qualität zumindest einem Straßenschuh entspricht. Die Filzpantoffeln, die C trug, sind aber keine hinreichend festen Schuhe.

Zu prüfen bleibt, ob C gemäß § 32 StGB gerechtfertigt ist. Es muss ein gegenwärtiger, rechtswidriger Angriff des B vorliegen. Im Rahmen der mittäterschaftlichen Zurechnung gemäß § 25 Abs. 2 StGB wird dem B der Angriff des A zugerechnet. Fraglich ist, ob der Tritt gegen B eine erforderliche Notwehrhandlung darstellt. Er könnte ein taugliches Mittel sein, um einen weiteren Messerstich durch A zu verhindern. Der Tritt gegen B ließ nicht mit ausreichender Sicherheit erwarten, dass A keinen weiteren Messerstich ausführen würde. Er stellt unter diesem Aspekt keine erforderliche Notwehrhandlung dar.

In Betracht kommt aber die Rechtfertigung des C gemäß § 32 StGB zur Verteidigung gegen einen Angriff durch B. B war bereits von der Couch aufgestanden und subjektiv angriffsbereit. Seine eigene Angriffshandlung stand unmittelbar bevor. Auch der unmittelbar bevorstehende Angriff ist ein gegenwärtiger Angriff und damit notwehrbegründend. Fraglich ist, ob der Tritt gegen B eine erforderliche Notwehrhandlung zur Beendigung dieses Angriffs darstellt. Der kräftige Tritt gegen B, der diesen gegen das Regal stürzen ließ, stellt ein geeignetes Mittel dar, um den Angriff durch B abzuwehren. Ein milderer, gleich wirksames Mittel stand dem C nicht zur Verfügung. Der Tritt stellt somit eine erforderliche Notwehrhandlung dar. Im Rahmen der Gebotenheit findet keine Einschränkung des Notwehrrechts für C statt. C hat auch erkannt, dass der Angriff des B unmittelbar bevorstand und handelte offensichtlich mit dem Willen, diesen Angriff zu verhindern, also mit Verteidigungswillen. C ist gemäß § 32 StGB gerechtfertigt und ist nicht strafbar gemäß §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 StGB zum Nachteil des B.

## **III. Ergebnis: C ist nicht strafbar.**

## **C. Ergebnis zum 2. Tatkomplex**

A und B sind strafbar gemäß §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2, Nr. 4, Nr. 5, 25 Abs. 2, 123 Abs. 1 Alt. 2, 52 StGB. C hat sich nicht strafbar gemacht.

### **Teil II:**

#### **I. Sachverständiger als Zeuge**

Fraglich ist zunächst, ob der Sachverständige G auch als Zeuge zu sogenannten Zusatztatsachen vernommen werden konnte. Wie sich aus § 74 Abs. 1 Satz 2 StPO ergibt, steht der Einvernahme als Zeuge grundsätzlich nichts entgegen.

#### **II. Zeuge vom Hörensagen**

Weiterhin scheint bedenklich, dass G lediglich "Zeuge vom Hörensagen" ist und seine Vernehmung daher gegen den Unmittelbarkeitsgrundsatz verstoßen könnte, der sich etwa in § 250 Satz 2 StPO widerspiegelt. Jedoch wird der Unmittelbarkeitsgrundsatz durch die Vernehmung des Zeugen vom Hörensagen nach ganz herrschender Meinung nicht verletzt; es ist eine Frage der Aufklärungspflicht, ob der Tatrichter die mittelbare Beweisführung für ausreichend halten kann.

#### **III. Verstoß gegen Belehrungspflicht**

Schließlich könnte ein Verstoß darin liegen, dass B von G vor der Befragung bezüglich der objektiven Tatbegehung nicht gemäß § 136 Abs. 1 Satz 2 StPO belehrt wurde. Da Sachverständige grundsätzlich keine Vernehmungsbefugnis haben, ist die Vorschrift auf sie nicht direkt anwendbar. Zu erwägen ist jedoch eine analoge Anwendung bei der Erhebung von Zusatztatsachen, welche keine besondere (hier psychiatrische) Sachkunde erfordern und die auch das Gericht hätte feststellen können. Diese Situation liegt hier vor.

Voraussetzung für eine Analogie ist zunächst eine Regelungslücke, welche gegeben ist. Diese Regelungslücke ist auch planwidrig, da vom Gesetzgeber offenbar nicht bedacht wurde, dass Sachverständige Fragen zu Zusatztatsachen stellen und damit in die Nähe einer "Ermittlungsperson" rücken könnten. Die Interessenlage ist insofern vergleichbar, dass der Sachverständige als vom Gericht eingesetzter Gutachter aus Sicht des Angeklagten eine ähnliche Stellung hat wie etwa ein vernehmender Polizist und vom Angeklagten regelmäßig aufgrund der Tätigkeit im gerichtlichen Auftrag als "Teil der Staatsgewalt" angesehen wird. Zum Schutz der Rechte des Angeklagten wird man mithin eine analoge Anwendung zu befürworten haben.



Hinweis: Eine andere Auffassung ist mit entsprechender Begründung gut vertretbar.

Da G den B nicht vorab belehrt hat, käme nach dieser Ansicht § 136 Abs. 1 Satz 2 StPO entsprechend zur Anwendung.

Der Verstoß begründet nach zutreffender Ansicht, auch aufgrund der herausragenden Bedeutung des Schweigerechts im Strafverfahren und des "fair-trial-Prinzips", ein Verwertungsverbot. Ob entsprechend der Ansicht des BGH ein Widerspruch des Angeklagten gegen die Verwertung notwendig ist, sofern der Angeklagte anwaltlich vertreten ist ("Widerspruchslösung"), muss nicht diskutiert werden, da laut Bearbeitervermerk ein Widerspruch in der Hauptverhandlung erfolgte.

---