

**StrafR** Fallbearbeitung

Matthias Dölling\*

# Kontrollverlust

Fallbearbeitung im Strafrecht für Anfänger

*Im ersten Teil der Klausur ist zu klären, wie bei Distanzangriffen zwischen error in persona und aberratio ictus abzugrenzen ist. Im zweiten Teil der Klausur ist auf die Irrtumskonstellation des umgekehrten Erlaubnistatbestandsirrtums einzugehen. Die Besonderheit liegt dabei darin, dass der Angegriffene in Kenntnis der Notwehrlage handelt, aber subjektiv die Grenzen der Erforderlichkeit bewusst überschreitet.*

**SACHVERHALT**

Seit dem Abschluss seines BWL-Studiums arbeitet Adrian Adam (A) als Controller bei einem Göttinger Medizintechnikunternehmen. Mit seinem Abteilungsleiter Clemens Conrad (C) versteht er sich bestens. Jedoch fühlt er sich schon seit längerer Zeit von seinem als großspurig und arrogant empfundenen Arbeitskollegen Berthold Brecher (B) gemobbt. Als B sich bei einer Besprechung über die »dilettantische Arbeit« des A lustig macht, hat dieser endgültig genug und beschließt, den B ein für alle Mal aus dem Weg zu räumen. Dazu stellt er in einem unbeobachteten Moment eine Flasche der Lieblingsbiermarke des B, die er mit einem tödlich wirkenden Gift versetzt hat, auf den Bürotisch des B. Anschließend eilt er schnell nach Hause, um jeden Verdacht von sich zu lenken. Wenig später betreten B und C, die in ein Gespräch vertieft sind, das Büro des B. B entdeckt das Bier auf dem Bürotisch und bietet dieses dem C an, um sich mit ihm gutzustellen. C nimmt dankend an, trinkt das Bier und verstirbt nur wenige Minuten später.

Von diesem Vorfall schockiert, beschließt B, sich intensiv dem Studium der Kampfkünste zu widmen, um zukünftigen Angriffen auf sein Leben wirkungsvoll entgegentreten zu können. Schon nach wenigen Trainingseinheiten sieht er sich in völliger Selbstüberschätzung auf Augenhöhe mit den besten Kampfsportlern der Welt. In Wirklichkeit hat B, der im Training ganz überwiegend mit dem Erstellen von Foto-Stories für verschiedene soziale Medien beschäftigt war, bisher noch nichts gelernt. Um sich für dieses »harte Training« zu belohnen, kauft sich B in einem Elektronikfachmarkt eine neue Grafikkarte im Wert von 800 €. Besonders amüsiert ihn dabei, dass er das letzte Exemplar der heiß begehrten Grafikkarte erwirbt, weshalb der ebenfalls interessierte Florian Farmer (F) leer ausgeht. Als B sich auf den Heim-

weg macht, tritt ihm nach wenigen Metern F entgegen, der vor dem Elektronikfachmarkt auf B gewartet hat. Mit erhobener Faust verlangt F von B die Herausgabe der Grafikkarte, anderenfalls werde er ihn »grün und blau schlagen«. F ist B körperlich weit überlegen und kampferprobt. B geht in völliger Verkennung der tatsächlichen Kräfteverhältnisse jedoch davon aus, dass er aufgrund seiner »herausragenden« Kampfsportfähigkeiten den F mühelos mit einem Griff zu Boden bringen und aufhalten könnte, ohne diesen nennenswert zu verletzen. Wutentbrannt über die Attacke beschließt der um seine Grafikkarte besorgte B aber, F stattdessen mit seinem Schlagring – diesen hat er seit dem Tod des C vorsichtshalber immer in seiner Jackentasche dabei – niederzustrecken. Durch den Schlag des B mit dem Schlagring wird der Kiefer des F gebrochen, der kampfunfähig zusammenbricht. Ein derartiger Einsatz des Schlagrings war tatsächlich der einzig sichere Weg, den F zu stoppen, da B in Wirklichkeit keinen Griff auch nur annähernd richtig beherrscht.

**BEARBEITERVERMERK:**

Haben A und B sich wegen vorsätzlicher vollendeter Delikte nach dem StGB strafbar gemacht? Ggfs. erforderliche Strafanträge sind gestellt.

\* Der Autor ist wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Strafrecht und Strafprozessrecht von Prof. Dr. Uwe Murmann an der Georg-August-Universität Göttingen. Die Klausur wurde im Wintersemester 2021/2022 als Abschlussklausur zur Vorlesung Strafrecht I angeboten. Aufgrund der COVID-19-Pandemie wurde sie als digitale Open-Book-Klausur bearbeitet. Die durchschnittlich erzielte Punktzahl lag bei 5,33 Punkten. Die Misserfolgsquote betrug 30,33 %.

**GLIEDERUNG****1. Teil: Strafbarkeit des A**

- A. §§ 211 I, II Gr. 1 Var. 4, Gr. 2 Var. 1, 212 I
- I. Tatbestandsmäßigkeit
    1. Objektiver Tatbestand
      - a) Grundtatbestand (§ 212 I)
      - b) Heimtücke (§ 211 II Gr. 2 Var. 1)
    2. Subjektiver Tatbestand
      - a) Vorsatz
        - aa) Konkretisierungstheorie
        - bb) Formelle Gleichwertigkeitstheorie
        - cc) Materielle Gleichwertigkeitstheorie
        - dd) Zwischenergebnis
      - b) Niedrige Beweggründe (§ 211 II Gr. 1 Var. 4)
  - II. Rechtswidrigkeit und Schuld
  - III. Konkurrenzen und Ergebnis
- B. §§ 223 I, 224 I Nr. 1 Alt. 1, Nr. 3, Nr. 5
- C. Gesamtergebnis

**2. Teil: Strafbarkeit des B**

- A. §§ 223 I, 224 I Nr. 2 Alt. 1
- I. Tatbestandsmäßigkeit
    1. Objektiver Tatbestand
      - a) Grundtatbestand (§ 223 I)
      - b) Mittels einer Waffe (§ 224 I Nr. 2 Alt. 1)
    2. Subjektiver Tatbestand
  - II. Rechtswidrigkeit
    1. Objektive Rechtfertigungselemente
      - a) Notwehrlage
      - b) Notwehrhandlung
        - aa) Geeignetheit
        - bb) Relativ mildestes Mittel
      - c) Gebotenheit
    2. Subjektives Rechtfertigungselement
      - a) Notwendigkeit eines subjektiven Rechtfertigungselements
      - b) Vorliegen des subjektiven Rechtfertigungselements
      - c) Folgen des fehlenden subjektiven Rechtfertigungselements
  - III. Ergebnis
- B. Gesamtergebnis

**GUTACHTEN****1. TEIL: STRAFBARKEIT DES A****A. §§ 211 I, II Gr. 1 Var. 4, Gr. 2 Var. 1, 212 I<sup>1</sup>**

Indem A das von ihm vergiftete Bier auf dem Bürotisch des B abgestellt hat, könnte er sich wegen Mordes an C gem. §§ 211 I, II Gr. 1 Var. 4, Gr. 2 Var. 1, 212 I strafbar gemacht haben.

**I. Tatbestandsmäßigkeit****1. Objektiver Tatbestand**

- a) Grundtatbestand (§ 212 I)

C ist tot, der tatbestandsmäßige Erfolg ist mithin eingetreten. Die Handlung des A – das Abstellen des von ihm vergifteten Bieres auf dem Bürotisch des B – müsste kausal für den Erfolg gewesen sein. Nach der *conditio-sine-qua-non*-Formel der Äquivalenztheorie ist jede Handlung kausal, die nicht hinweggedacht werden kann, ohne dass der Erfolg in seiner konkreten Gestalt entfiel.<sup>2</sup> Hätte A das Bier nicht mit einem tödlich wirkenden Gift versetzt und anschließend auf dem Bürotisch des B abgestellt, hätte dieser dem C das Bier nicht anbieten können; C hätte das Bier also nicht getrunken und wäre nicht an dem Gift gestorben. Die Handlung des A war folglich kausal für den Erfolg.

Weiterhin müsste der Erfolg A objektiv zurechenbar sein. Ein Erfolg ist dann objektiv zurechenbar, wenn der Täter mit seiner Handlung eine rechtlich missbilligte Gefahr geschaffen hat und sich gerade diese Gefahr in dem Erfolg in seiner konkreten Gestalt realisiert hat.<sup>3</sup> Mit dem Abstellen des zuvor vergifteten Bieres liegt eine rechtlich missbilligte Gefahrschaffung durch A vor. Fraglich ist aber, ob sich die geschaffene Gefahr im Erfolg realisiert hat. Dies wäre abzulehnen, wenn das zum Tod des C führende Geschehen als atypischer Kausalverlauf einzuordnen wäre. Auch wenn der Täter eine rechtlich missbilligte Gefahr geschaffen hat, ist der Erfolgseintritt dann nicht objektiv zurechenbar, wenn der Kausalverlauf so sehr außerhalb der Lebenserfahrung liegt, dass mit ihm vernünftigerweise nicht gerechnet zu werden braucht.<sup>4</sup> Dafür könnte hier sprechen, dass das Bier nach Auswahl (Lieblingsbiermarke des B) und Abstellort (Bürotisch des B) gerade als (vermeintliches) Geschenk für B gedacht war und auch so »präsentiert« wurde. Dass eine mit einem Getränk beschenkte Person dieses nicht selbst austrinkt, sondern es anderen Personen (Freunden, Bekannten, Arbeitskollegen etc.) anbietet, liegt jedoch völlig innerhalb dessen, was nach allgemeiner Lebenserfahrung zu erwarten

<sup>1</sup> §§ ohne Gesetzesangabe sind solche des StGB.

<sup>2</sup> Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, Strafrecht AT, 13. Aufl. (2021), § 10 Rn. 7; Murmann, Grundkurs Strafrecht, 7. Aufl. (2022), § 23 Rn. 7.

<sup>3</sup> S. Baumann/Weber/Mitsch/Eisele (Fn. 2), § 10 Rn. 66; Rengier, Strafrecht AT, 14. Aufl. (2022), § 13 Rn. 3.

<sup>4</sup> Rengier (Fn. 3), § 13 Rn. 62; Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht AT, 52. Aufl. (2022), Rn. 296.

ist. Ein atypischer Kausalverlauf ist somit nicht gegeben. Da C nicht über die Gefährlichkeit des Getränks orientiert war, liegt auch keine eigenverantwortliche Selbstschädigung vor.<sup>5</sup> Eine Unterbrechung des Zurechnungszusammenhangs durch ein Dazwischentreten des B, der dem C das Bier angeboten hat, kommt nicht Betracht, da er ebenfalls nicht über die Gefährlichkeit des Getränks orientiert war. Im Tod des C hat sich somit die von A geschaffene Gefahr realisiert. Der Erfolg ist A objektiv zurechenbar.

#### b) Heimtücke (§ 211 II Gr. 2 Var. 1)

A könnte C heimtückisch getötet haben. Heimtückisch handelt, wer in feindlicher Willensrichtung die Arg- und Wehrlosigkeit des Opfers bewusst zur Tötung ausnutzt.<sup>6</sup> Arglos ist, wer sich keines Angriffs von Seiten des Täters versieht.<sup>7</sup> Der völlig ahnungslose C versah sich beim Konsum des Bieres keines Angriffs und war folglich arglos. Wehrlos ist, wer bei Beginn des Angriffs infolge seiner Arglosigkeit in seiner natürlichen Abwehrbereitschaft und -fähigkeit stark eingeschränkt ist.<sup>8</sup> C hat das tödliche Gift unbemerkt zu sich genommen und war somit jeder Möglichkeit zur Abwehr des Angriffs beraubt. C war demnach wehrlos. Weiterhin hat A die Arg- und Wehrlosigkeit bewusst für sein Handeln ausgenutzt; dies geschah zudem in feindlicher Willensrichtung.<sup>9</sup> Die von der Rspr. und h.L. an die Heimtücke gestellten Voraussetzungen sind damit erfüllt.

In der Literatur werden darüber hinaus zahlreiche unterschiedliche Ansätze zur weiteren Einschränkung bzw. Be-

stimmung der Heimtücke diskutiert.<sup>10</sup> Z.T.<sup>11</sup> wird für Heimtücke vorrangig auf ein »tückisch-verschlagenes« Vorgehen abgestellt, wobei ein solches hier mit Blick auf die planmäßige Vorgehensweise des A, der durch das Vergiften des Getränks das ahnungslose Opfer gezielt um jede Abwehrchance gebracht hat, zu bejahen ist. Andere<sup>12</sup> sprechen sich für eine positive bzw. negative Typenkorrektur aus: Für Heimtücke muss hiernach eine besondere Verwerflichkeit festgestellt werden bzw. entfällt dieses Mordmerkmal ausnahmsweise bei fehlender besonderer Verwerflichkeit. Die Vorgehensweise des A, der seinem Opfer keine Chance gelassen hat, ist als besonders verwerflich einzuordnen, weshalb auch nach diesem Ansatz Heimtücke vorliegt. Zahlreiche Stimmen<sup>13</sup> fordern für Heimtücke einen besonders verwerflichen Vertrauensbruch, wobei darunter oftmals der Missbrauch sozial-positiver Vertrauensmuster – ein solches kann etwa durch einen sozial-freundlichen Kontakt entstehen – verstanden wird. Wer einem anderen etwas schenkt, schafft dadurch, auch wenn er anonym im Hintergrund bleibt, ein Vertrauensmoment. Mit der vorherigen Vergiftung des vom ihm verschenkten Bieres hat A somit ein sozial-positives Vertrauensmuster missbraucht, weshalb auch bei einem Abstellen auf einen besonders verwerflichen Vertrauensbruch Heimtücke zu bejahen ist.<sup>14</sup>

## 2. Subjektiver Tatbestand

### a) Vorsatz

A müsste vorsätzlich gehandelt haben, vgl. § 15. Vorsatz ist der Wille zur Verwirklichung eines Straftatbestandes in Kenntnis aller seiner objektiven Tatumstände.<sup>15</sup> Ob A den C vorsätzlich getötet hat, ist hier fraglich. Gegen Vorsatz könnte sprechen, dass A mit dem vergifteten Bier gerade den B, der ihn zuvor gedemütigt hatte, töten wollte, nicht aber den von ihm geschätzten C, den er als möglichen Konsumenten des Bieres überhaupt nicht in Betracht gezogen hatte.<sup>16</sup> Es muss

<sup>5</sup> Es ist vertretbar, aufgrund dieser »Opfermitwirkung« von mittelbarer Täterschaft gem. § 25 I Alt. 2 (Einsatz des Opfers als »Werkzeug gegen sich selbst«) auszugehen, so etwa *Hefendehl*, Examensklausur Strafrecht: »Der mißbrauchte Farbkopierer«, JURA 1992, 374 (381) in einer vergleichbaren Fallkonstellation; s. auch *Esser/Röhling*, Zwischenprüfungsklausur Strafrecht: »Die Milch macht's«, JURA 2009, 866 (867); relevante Unterschiede ergeben sich hieraus nicht, zutreffend dazu *Seier/Waßmer*, Die Anfängerklausur im Strafrecht, 2. Aufl. (2019), Fall 4, S. 40: »Geschmacksfrage«.

<sup>6</sup> BGHSt 9, 385 (390); 30, 105 (116); 37, 376 (377); BGH NStZ 2012, 691 (692); NStZ 2021, 287; Lackner/Kühl/Kühl, StGB, 29. Aufl. (2018), § 211 Rn. 6. Aufgrund der Entscheidung BGHSt 64, 111, die das Kriterium der feindlichen Willensrichtung stark eingeschränkt hat, spricht sich *Rengier*, Strafrecht BT II, 23. Aufl. (2022), § 4 Rn. 50, 84 dafür aus, zukünftig bei der Standarddefinition der Heimtücke auf dieses Element zu verzichten; ähnlich BeckOKStGB/*Eschelbach*, 55. Ed. (1.11.2022), § 211 Rn. 55 (»nahezu obsolet geworden«); krit. zu dieser Einschränkung die Anm. v. *Eisele*, JuS 2019, 1124; *Jäger*, JA 2019, 791; *Mitsch*, NJW 2019, 2416; *Theile*, ZJS 2019, 525; ausführlich *Stam*, Die »feindliche Willensrichtung« als Element der Heimtücke im Sinne des § 211 Abs. 2 StGB, ZIS 2020, 336; zust. LPK-StGB/*Kindhäuser/Hilgendorf*, 9. Aufl. (2022), § 211 Rn. 18; MüKoStGB/*Schneider*, Münchener Kommentar zum StGB, Bd. 4, 4. Aufl. (2021), § 211 Rn. 197, 202; s. dazu auch die Anm. v. *Momsen/Schwarze*, JR 2020, 232; *Schauf*, NStZ 2021, 647; *Wachter*, NStZ 2019, 722.

<sup>7</sup> Lackner/Kühl/Kühl (Fn. 6), § 211 Rn. 7.

<sup>8</sup> Lackner/Kühl/Kühl (Fn. 6), § 211 Rn. 7.

<sup>9</sup> Zu diesen Kriterien s. HK-GS/*Duttge*, Gesamtes Strafrecht, 5. Aufl. (2022), § 211 Rn. 18 f.

<sup>10</sup> Kompakt dazu *Murmann* (Fn. 2), § 21 Rn. 46 ff.; ausführlich MüKoStGB/*Schneider* (Fn. 6), § 211 Rn. 203 ff.

<sup>11</sup> NK/*Paeffgen/Neumann*, StGB, 5. Aufl. (2017), § 211 Rn. 72; *Wessels/Hettinger/Engländer*, BT 1, 46. Aufl. (2022), Rn. 61, 68.

<sup>12</sup> *Lange*, Eine Wende in der Auslegung des Mordtatbestandes, in: GS Schröder (1978), S. 217 (für eine positive Typenkorrektur); Schönke/Schröder/*Eser/Sternberg-Lieben*, StGB, 30. Aufl. (2019), § 211 Rn. 10 (für eine negative Typenkorrektur).

<sup>13</sup> *Meyer*, Zu den Begriffen der Heimtücke und der Verdeckung einer Straftat, JR 1979, 441 u. JR 1979, 485; Schönke/Schröder/*Eser/Sternberg-Lieben* (Fn. 12), § 211 Rn. 26 f.

<sup>14</sup> Stellt man für den besonders verwerflichen Vertrauensbruch stärker auf ein interpersonales Vertrauensverhältnis zwischen Täter und Opfer ab, lässt sich ein solches – und damit Heimtücke – hier mit entsprechender Begründung vertretbar ablehnen. Dann muss ein Streitentscheid geführt werden.

<sup>15</sup> *Wessels/Beulke/Satzger* (Fn. 4), Rn. 313.

<sup>16</sup> Der Sachverhalt ist dem bekannten »Enzianschnapsfall« nachgebildet, vgl. zu diesem *Freund*, Das Spezifikum der vollendeten Vorsatztat, in: FS Maiwald (2010), S. 211 (226 ff.); *Jäger*, Strafrecht AT, 10. Aufl. (2021), Rn. 115; *Jescheck/Weigend*, Strafrecht AT, 5. Aufl. (1996), S. 313; *Otto*, Strafrecht AT, 7. Aufl. (2004), § 7 Rn. 92; *Puppe*, Zur Revision der Lehre vom »konkreten« Vorsatz und der Beachtlichkeit der aberratio ictus, GA 1981, 1 (5); *Rengier* (Fn. 3), § 15 Rn. 43, 49; *Roxin*, Rose-Rosahl redivivus, in: FS Spendel (1992),

daher geklärt werden, ob dieser Irrtum des A als vorsatzausschließender Tatbestands- bzw. Tatumstandsirrtum gem. § 16 I 1 einzuordnen ist.<sup>17</sup>

#### aa) Konkretisierungstheorie

Wird vom Täter nicht das »erwünschte«, sondern ein anderes, tatbestandlich gleichwertiges Opfer getroffen, differenziert die ganz h.M.<sup>18</sup> zwischen zwei Konstellationen:

Ein sog. *error in persona* liegt dann vor, wenn der Täter die Tat am anvisierten Opfer begeht, es sich aber um eine andere als die vorgestellte Person handelt.<sup>19</sup> Dieser Irrtum ist – da »zum gesetzlichen Tatbestand« nur die tatbestandliche Qualität, nicht aber die Identität des Handlungsobjekts gehört – nach einhelliger Ansicht unbeachtlich, d.h. nicht vorsatzrelevant.<sup>20</sup> Eine sog. *aberratio ictus* liegt hingegen dann vor, wenn der Täter das anvisierte Ziel verfehlt und stattdessen ein anderes Opfer trifft.<sup>21</sup> Nach der von der h.M.<sup>22</sup> vertretenen Konkretisierungstheorie kann der Täter in dieser Konstellation hinsichtlich der beabsichtigten Tat am Zielobjekt nur wegen Versuchs und (tateinheitlich) hinsichtlich der ungewollt-versehentlichen Verletzung des Zweitobjekts lediglich wegen fahrlässiger Tatbegehung bestraft werden. Denn selbst wenn der unvorhergesehene Taterfolg noch innerhalb des nach allgemeiner Lebenserfahrung Vorhersehbaren lag und deshalb objektiv zurechenbar ist, kann – an der Tätervorstellung gemessen – bei entsprechender Konkretisierung des Tatobjekts von einer Tatplanverwirklichung keine Rede sein.<sup>23</sup>

S. 289 (293 ff.); *Stratenwerth*, Objektsirrtum und Tatbeteiligung, in: FS Baumann (1992), S. 57 (61).

**17** Zur (richtigen) Bezeichnung des Irrtums s. HK-GS/*Duttge* (Fn. 9), § 16 Rn. 1; *Murmann* (Fn. 2), § 24 Rn. 39; *Sternberg-Lieben/Sternberg-Lieben*, Der Tatumstandsirrtum (§ 16 I 1 StGB), JuS 2012, 289.

**18** HK-GS/*Duttge* (Fn. 9), § 16 Rn. 7, 9; Baumann/Weber/Mitsch/*Eisele* (Fn. 2), § 11 Rn. 84, 91; *Frisch*, Strafrecht, 1. Aufl. (2022), § 3 Rn. 134 ff.; *Heinrich*, Strafrecht AT, 6. Aufl. (2021), Rn. 1104, 1108; *Jescheck/Weigend* (Fn. 16), S. 311 ff.; *Krey/Esser*, Strafrecht AT, 7. Aufl. (2022), Rn. 431, 437; BeckOKStGB/*Kudlich* (Fn. 6), § 16 Rn. 6 ff.; *Kühl*, Strafrecht AT, 8. Aufl. (2017), § 13 Rn. 17 ff.; *Lubig*, Die Auswirkungen von Personenverwechslungen auf übrige Tatbeteiligte – Zur Abgrenzung von Motiv- und Tatbestandsirrtümern, JURA 2006, 655 (657 f.); SSW/*Momsen*, StGB, 5. Aufl. (2021), § 16 Rn. 6 f.; *Murmann* (Fn. 2), § 24 Rn. 42 ff., 52 ff.; *Nestler/Prochota*, Error in persona und aberratio ictus in sog. Distanzfällen (Teil 1), JURA 2020, 132 (135); *Rengier* (Fn. 3), § 15 Rn. 21 ff.; *Sternberg-Lieben/Sternberg-Lieben* (Fn. 17), JuS 2012, 289 (295 ff.); *Wessels/Beulke/Satzger* (Fn. 4), Rn. 369 ff.

**19** Baumann/Weber/Mitsch/*Eisele* (Fn. 2), § 11 Rn. 84.

**20** BeckOKStGB/*Kudlich* (Fn. 6), § 16 Rn. 6; eingehend dazu *Roxin/Greco*, Strafrecht AT I, 5. Aufl. (2020), § 12 Rn. 193 ff.; Falllösung bei *Dölling*, Fallbearbeitung im Strafrecht für Anfänger: »Ungern gesehene Gäste«, GRZ 2021, 151 (160).

**21** Baumann/Weber/Mitsch/*Eisele* (Fn. 2), § 11 Rn. 84.

**22** BGHSt 34, 53 (55); *Wessels/Beulke/Satzger* (Fn. 4), Rn. 375; s. auch die Nachweise in Fn. 18; ausführlich zu den zur *aberratio ictus* vertretenen Ansichten *Hillenkamp/Cornelius*, Probleme AT, 16. Aufl. (2023), 9. Problem, S. 77 ff. m.w.N.

**23** HK-GS/*Duttge* (Fn. 9), § 16 Rn. 7; s. auch *Frisch* (Fn. 18), § 3 Rn. 136; *Murmann* (Fn. 2), § 24 Rn. 57: »Der eingetretene Erfolg muss gerade Ausdruck der Entscheidung gegen das Rechtsgut sein«; SSW/*Momsen* (Fn. 18), § 16 Rn. 6.

Problematisch ist hier, dass A sein Opfer nicht unmittelbar optisch anvisiert, sondern aus der Distanz heraus mit dem von ihm auf dem Bürotisch zurückgelassenen vergifteten Bier angegriffen hat (»Fernwirkungsfall«; »mittelbare Individualisierung«). Ob bei einer solchen Vorgehensweise, bei der es tatplangemäß nicht zu einer sinnlichen Wahrnehmung des Opfers durch den Täter kommt, von einem unbeachtlichen *error in persona* oder einer beachtlichen *aberratio ictus* auszugehen ist, ist hoch umstritten.<sup>24</sup>

Eine starke Minderheitsansicht<sup>25</sup> sieht das »Fehlgehen« eines Distanzangriffs als beachtliche *aberratio ictus* an: Komme es nicht zu einer unmittelbaren sinnlichen Wahrnehmung des Opfers durch den Täter, müsse maßgeblich auf die geistige Identitätsvorstellung abgestellt werden (»Konkretisierung vor dem geistigen Auge«).<sup>26</sup> Nach diesem Verständnis schießt der Täter bei Distanzangriffen das Angriffsmittel auf ein nach seiner geistigen Vorstellung konkretisiertes, »erwünschtes« Opfers los; wird dieses nicht getroffen, liege deshalb eine *aberratio ictus* i.S. eines »Danebenschießens« vor. A wollte mit dem vergifteten Bier den B, nicht aber den C treffen. Nach der Minderheitsansicht war sein Vorsatz daher auf das »erwünschte« Opfer B konkretisiert, weshalb hinsichtlich des tatsächlich getroffenen Opfers C ein vorsatzausschließender Tatbestands- bzw. Tatumstandsirrtum gem. § 16 I 1 zu bejahen ist.

Die überwiegende – und überzeugende – Ansicht<sup>27</sup> geht demgegenüber von einem unbeachtlichen *error in persona*

**24** Instruktiv dazu Baumann/Weber/Mitsch/*Eisele* (Fn. 2), § 11 Rn. 94 f.; *Erb*, Zur Unterscheidung der aberratio ictus vom error in persona, in: FS Frisch (2013), S. 389 (393 ff.); *Kühl* (Fn. 18), § 13 Rn. 27; *Murmann* (Fn. 2), § 24 Rn. 61 ff.; *Nestler/Prochota* (Fn. 18), JURA 2020, 132 (136 ff.); *Rengier* (Fn. 3), § 15 Rn. 42 ff.; Fallbearbeitungen zu dem Problemkomplex finden sich bei *Dannecker*, Strafrechtsklausur: »Die Rache der vernachlässigten Ehefrau«, JuS 1988, L 67; *Esser/Röhling* (Fn. 5), JURA 2009, 866; *Hefendehl* (Fn. 5), JURA 1992, 374; *Merkel*, Übungsfall: »Heaven«, ZJS 2011, 376; *Seier/Waßmer* (Fn. 5), Fall 4, S. 39.

**25** *Dannecker* (Fn. 24), JuS 1988, L 67 (L 68, L 70); *El-Ghazi*, Die Abgrenzung von error in persona (vel obiecto) und aberratio ictus, JuS 2016, 303 (307); *Esser/Röhling* (Fn. 5), JURA 2009, 866 (868); *Freund* (Fn. 16), S. 211 (226 ff.); *Heinrich* (Fn. 18), Rn. 1112; *Herzberg*, Aberratio ictus und error in obiecto (2. Teil), JA 1981, 470 (473); *ders.*, Vollendeter Mord bei Tötung des falschen Opfers?, NStZ 1999, 217 (221); *Jäger* (Fn. 16), Rn. 115; *Jescheck/Weigend* (Fn. 16), S. 313; *Krey/Esser* (Fn. 18), Rn. 446; *Otto* (Fn. 16), § 7 Rn. 95 f.; *Roxin* (Fn. 16), S. 289 (293 ff.); *ders.*, Anm. zu BGHSt 37, 214, JZ 1991, 680; *Seier/Waßmer* (Fn. 5), Fall 4, S. 46; *Zieschang*, Strafrecht AT, 6. Aufl. (2022), Rn. 158. Nach *Erb* (Fn. 24), S. 389 (396 ff.) kommt ein *error in persona* nur bei direkter Wahrnehmung des Opfers durch den Täter in Betracht.

**26** *Herzberg* (Fn. 25), JA 1981, 470 (473); zust. *Roxin* (Fn. 16), S. 289 (294).

**27** BGH NStZ 1998, 294 (295); Baumann/Weber/Mitsch/*Eisele* (Fn. 2), § 11 Rn. 95; *Frisch* (Fn. 18), § 3 Rn. 142; *Matt/Renzikowski/Gaede*, StGB, 2. Aufl. (2020), § 16 Rn. 23; *Jakobs*, Strafrecht AT, 2. Aufl. (1991), 8/81; LPK-StGB/*Kindhäuser/Hilgendorf* (Fn. 6), § 16 Rn. 30; *Kühl* (Fn. 18), § 13 Rn. 27; *Lubig* (Fn. 18), JURA 2006, 655 (658); SSW/*Momsen* (Fn. 18), § 16 Rn. 8; *Murmann* (Fn. 2), § 24 Rn. 63; *Nestler/Prochota* (Fn. 18), JURA 2020, 132 (136); *Rengier* (Fn. 3), § 15 Rn. 47, 49; *Roxin/Greco* (Fn. 20), § 12 Rn. 197; LKStGB/*Schroeder*, Leipziger Kommentar zum StGB, 11. Aufl. (2003), § 16 Rn. 13; *Schönke/Schröder/Sternberg-Lieben/Schuster* (Fn. 12), § 15 Rn. 59; *Sternberg-Lieben/Sternberg-Lieben* (Fn. 17), JuS 2012,

aus, sofern es zu einem »programmgemäßen« Angriff gekommen ist. Dafür spricht, dass sich der Täter bei einem Distanzangriff für eine mittelbare Individualisierung des Opfers erst über das eingesetzte »zwischen geschaltete« Mittel entscheidet.<sup>28</sup> Maßgebend kann daher allein sein, ob das Angriffsobjekt diejenigen Bedingungen erfüllt, von denen der Täter den Angriff abhängig gemacht hat.<sup>29</sup> Der auf diese Gefahrschaffung bezogene Vorsatz ist dabei völlig unabhängig von den Vorstellungen des Täters zur Identität des Opfers.<sup>30</sup> Ein Täter, der sich nicht selbst um die Individualisierung kümmert, sondern diese dem Zufall überlässt, muss also auch das Individualisierungsrisiko tragen.<sup>31</sup> A hat sich dafür entschieden, die Person zu töten, die das vergiftete Bier trinkt, und genau dazu ist es auch gekommen. Die Voraussetzungen, auf die er den Angriff »programmiert« hat, sind erfüllt worden. Das Opfer C wurde mithin – anders als im Falle der *aberratio ictus* – keineswegs zufällig getroffen.<sup>32</sup> Der Irrtum des A ist somit als unbeachtlicher *error in persona* einzuordnen. A handelte hinsichtlich der heimtückischen Tötung des C mit Vorsatz.

#### bb) Formelle Gleichwertigkeitstheorie

Die formelle Gleichwertigkeitstheorie<sup>33</sup> lehnt demgegenüber eine unterschiedliche Behandlung von *error in persona*

289 (297); *Stratenwerth* (Fn. 16), S. 57 (60 f.); *ders./Kuhlen*, Strafrecht AT, 6. Aufl. (2011), § 8 Rn. 96; *Streng*, Die Strafbarkeit des Anstifters bei *error in persona* des Täters (und verwandte Fälle) – BGHSt 37, 214, JuS 1991, 910 (913); *Wessels/Beulke/Satzger* (Fn. 4), Rn. 380. Nach *Prittowitz*, Zur Diskrepanz zwischen Tatgeschehen und Tätervorstellung, GA 1983, 110 (127 f., 130) ist die sinnliche Wahrnehmung des Opfers durch den Täter und die damit einhergehende Kontrollmöglichkeit zwingende Voraussetzung für eine Konkretisierung i.S.d. *aberratio ictus*. *Hoyer*, Die *aberratio ictus* als Sonder- und Extremfall der Kausalabweichung, in: FS Wolter (2013), S. 419 (427 ff.) verlangt für eine *aberratio ictus* einen Fehlschlag sämtlicher Individuationskriterien, zu dem es hier nicht gekommen ist.

28 Baumann/Weber/Mitsch/Eisele (Fn. 2), § 11 Rn. 95; *Kühl* (Fn. 18), § 13 Rn. 27; *Matt/Renzikowski/Gaede* (Fn. 27), § 16 Rn. 23; *Murmann* (Fn. 2), § 24 Rn. 63; *Rengier* (Fn. 3), § 15 Rn. 47; *Stratenwerth* (Fn. 16), S. 57 (60 f.); *Streng* (Fn. 27), JuS 1991, 910 (913).

29 S. *Kühl* (Fn. 18), § 13 Rn. 27; *Rengier* (Fn. 3), § 15 Rn. 47; *Stratenwerth* (Fn. 16), S. 57 (60 f.); *Streng* (Fn. 27), JuS 1991, 910 (913).

30 Vgl. *Murmann* (Fn. 2), § 24 Rn. 63.

31 *Rengier* (Fn. 3), § 15 Rn. 47.

32 Vgl. *Schönke/Schröder/Sternberg-Lieben/Schuster* (Fn. 12), § 15 Rn. 59; instruktiv zum Zufall als Unterscheidungskriterium der beiden Irrtümer *Gropp*, Der Zufall als Merkmal der *aberratio ictus*, in: FS Lenckner (1998), S. 55 (62 ff.); s. dazu auch *Geppert*, Zum »*error in persona vel obiecto*« und zur »*aberratio ictus*«, insbesondere vor dem Hintergrund der neuen »Rose-Rosahl-Entscheidung« (= BGHSt 37, 214 ff.), JURA 1992, 163 (165).

33 *Frister*, Strafrecht AT, 9. Aufl. (2020), 11/57 ff.; *Heuchemer*, Zur funktionalen Revision der Lehre vom konkreten Vorsatz: Methodische und dogmatische Überlegungen zur *aberratio ictus*, JA 2005, 275; *ders.*, Zur Verabschiedung der Lehre vom konkreten Vorsatz und der Beachtlichkeit der *aberratio ictus* als Ausschnitt einer normativen Revision der Vorsatzlehre, in: FS Heintschel-Heinegg (2015), S. 189; *Kuhlen*, Die Unterscheidung von vorsatztausschließendem und nichtvorsatztausschließendem Irrtum (1987), S. 491 ff.; *Loewenheim*, Error in obiecto und *aberratio ictus* – OLG Neustadt, NJW 1964, 311, JuS 1966, 310; *Noll*, Tatbestand und Rechtswidrigkeit: Die Wertabwägung als Prinzip der Rechtfertigung, ZStW 77 (1965), 1 (5); *Puppe* (Fn. 16), GA 1981, 1; *dies.*, Vorsatz und Zurechnung (1992), S. 10 ff.; auf die »Vorsatzgefahr« abstellend jetzt *NK/dies.* (Fn. 11), § 16 Rn. 104 ff.;

und *aberratio ictus* ab und sieht die *aberratio ictus* als Unterfall des (unbeachtlichen) *error in persona* an. Hiernach sind dem Täter also alle Fälle, in denen er über außertatbestandliche Eigenschaften seines Opfers irrt, es aber nach seinen gattungsmäßigen Eigenschaften zutreffend individualisiert, zur vorsätzlichen Vollendung zuzurechnen.<sup>34</sup> Mit anderen Worten: Für eine Vorsatzzurechnung genügt es, wenn der Täter ein Objekt der tatbestandsmäßigen Gattung verletzen wollte und tatsächlich ein Objekt der tatbestandsmäßigen Gattung verletzt (i.S.v.: Der Täter wollte einen Menschen umbringen und hat genau dies getan).<sup>35</sup> Folgt man diesem Ansatz, erübrigt sich eine Abgrenzung zwischen *error in persona* und *aberratio ictus*. Nach der formellen Gleichwertigkeitstheorie handelte A demnach vorsätzlich.

#### cc) Materielle Gleichwertigkeitstheorie

Die materielle Gleichwertigkeitstheorie<sup>36</sup> differenziert bei einer Verfehlung des anvisierten Ziels durch den Täter nach den betroffenen Rechtsgütern: Richtet sich die Tat gegen ein höchstpersönliches Rechtsgut, wird – insoweit im Einklang mit der h.M. – eine *aberratio ictus* als vorsatzrelevant erachtet. Richtet sich die Tat gegen ein sonstiges (»vertretbares«) Rechtsgut, wird – insoweit in Übereinstimmung mit der formellen Gleichwertigkeitstheorie – die Vorsatzrelevanz der *aberratio ictus* bestritten. Die Tat des A hat sich gegen ein höchstpersönliches Rechtsgut (Leben) gerichtet, weshalb nach der materiellen Gleichwertigkeitstheorie entschieden werden muss, ob der Irrtum des A als *error in persona* oder *aberratio ictus* einzuordnen ist. Da hier ein unbeachtlicher *error in persona* des A vorliegt (s.o.), ist auch nach diesem differenzierenden Ansatz Vorsatz zu bejahen.

#### dd) Zwischenergebnis

Der Irrtum des A ist als unbeachtlicher *error in persona* einzuordnen. A handelte hinsichtlich der heimtückischen Tötung des C mit Vorsatz.

AnwKStGB/Schaefer, 3. Aufl. (2020), § 16 Rn. 13; Fallbearbeitung bei *Daleman/Heuchemer*, Klausur Strafrecht: »Die misslungene Flucht«, JA 2004, 460; krit. zu dieser Theorie *Hettinger*, Die Bewertung der »*aberratio ictus*« beim Alleintäter – Gedanken zum Verhältnis zwischen Sachverhalt und Gesetz, GA 1990, 531; *Koriath*, Einige Gedanken zur *aberratio ictus*, JuS 1997, 901; *Rath*, Abirrende Tat – Abirrende Argumentation – Entgegnung zu *Daleman/Heuchemer*, JA 2004, 460 und *Heuchemer*, JA 2005, 275, JA 2005, 709; *Schreiber*, Grundfälle zu »*error in obiecto*« und »*aberratio ictus*« im Strafrecht, JuS 1985, 873 (874 f.).

34 Vgl. *Heuchemer* (Fn. 33), S. 189 (210).

35 Vgl. *Puppe* (Fn. 16), GA 1981, 1 (3); *dies.* (Fn. 33), S. 20: »Der Täter ist von Rechts wegen nicht befugt, durch seine Wünsche und Vorstellungen über das Verletzungsobjekt oder den Kausalverlauf darüber zu disponieren, wie groß die Klasse von Objektverletzungen und Kausalverläufen ist, die ihm als Verwirklichung seines Vorsatzes nach einem Strafgesetz zurechenbar sind«; *Heuchemer* (Fn. 33), JA 2005, 275 (277); *Loewenheim* (Fn. 33), JuS 1966, 310 (313).

36 *Hillenkamp*, Die Bedeutung von Vorsatzkonkretisierungen bei abweichendem Tatverlauf (1971), S. 85 ff.; krit. zu dieser Differenzierung *Geppert* (Fn. 32), JURA 1992, 163 (165); *Schreiber* (Fn. 33), JuS 1985, 873 (875).

## b) Niedrige Beweggründe (§ 211 II Gr. 1 Var. 4)

A könnte aus einem niedrigen Beweggrund gehandelt haben. Beweggründe zu einem Tötungsverbrechen sind niedrig, wenn sie nach allgemeiner sittlicher Wertung auf tiefster Stufe stehen und in deutlich weiterreichendem Maße als bei einem Totschlag als verwerflich und deshalb als besonders verachtenswert erscheinen.<sup>37</sup> Es muss mithin ein ganz besonders missbilligenswertes Motiv vorliegen, das in keiner Weise mehr »menschlich begreifbar« ist.<sup>38</sup> Die Beurteilung dieser Frage hat auf Grund einer Gesamtwürdigung aller äußeren und inneren für die Handlungsantriebe des Täters maßgeblichen Faktoren zu erfolgen.<sup>39</sup> A wollte sich mit der Tat insbesondere für die abschätzige Aussage des B über seine Arbeitsleistung (»dilettantische Arbeit«) in der Besprechung revanchieren; auch darüber hinaus fühlte er sich von B gemobbt. Dass eine derartige Herabsetzung und Demütigung vor Arbeitskollegen zu einer Reaktion führt, ist menschlich noch »nachvollziehbar«, weshalb – gerade mit Blick auf die gebotene restriktive Auslegung dieses (Auf-fang-)Mordmerkmals<sup>40</sup> – ein niedriger Beweggrund i.S.v. § 211 II Gr. 1 Var. 4 abzulehnen ist.

**II. Rechtswidrigkeit und Schuld**

A handelte rechtswidrig und schuldhaft.

**III. Konkurrenzen und Ergebnis**

§ 212 I tritt als allgemeineres Delikt hinter § 211 I, II Gr. 2 Var. 1 zurück.<sup>41</sup> A hat sich wegen Mordes gem. § 211 I, II Gr. 2 Var. 1 strafbar gemacht.

**B. §§ 223 I, 224 I Nr. 1 Alt. 1, Nr. 3, Nr. 5**

Die von A verwirklichte gefährliche Körperverletzung gem. §§ 223 I, 224 I Nr. 1 Alt. 1, Nr. 3, Nr. 5 tritt subsidiär hinter § 211 I, II Gr. 2 Var. 1 zurück.<sup>42</sup>

**C. Gesamtergebnis**

A hat sich wegen Mordes gem. § 211 I, II Gr. 2 Var. 1 strafbar gemacht.

**2. TEIL: STRAFBARKEIT DES B****A. §§ 223 I, 224 I Nr. 2 Alt. 1**

Indem B mit dem Schlagring den Kiefer des F gebrochen hat, könnte er sich wegen gefährlicher Körperverletzung gem. §§ 223 I, 224 I Nr. 2 Alt. 1 strafbar gemacht haben.

**I. Tatbestandsmäßigkeit****1. Objektiver Tatbestand**

## a) Grundtatbestand (§ 223 I)

B müsste F körperlich misshandelt oder an der Gesundheit geschädigt haben. Körperliche Misshandlung i.S.v. § 223 I Alt. 1 ist eine üble und unangemessene Behandlung, durch welche die körperliche Unversehrtheit oder das körperliche Wohlbefinden nicht nur unerheblich beeinträchtigt wird.<sup>43</sup> B hat mit seinem Schlag den Kiefer des F gebrochen. Mit dem Kieferbruch des F liegt eine gravierende Substanzverletzung vor, die mit großen Schmerzen verbunden ist. Sowohl die körperliche Unversehrtheit als auch das körperliche Wohlbefinden des F wurden folglich mehr als nur unerheblich beeinträchtigt. Eine körperliche Misshandlung ist somit zu bejahen. Gesundheitsschädigung i.S.v. § 223 I Alt. 2 ist das Hervorrufen oder Steigern eines vom Normalzustand der körperlichen Funktionen nachteilig abweichenden Zustandes.<sup>44</sup> Der Kieferbruch des F stellt einen solchen nachteilig abweichenden, krankhaften Zustand dar, weshalb auch eine Gesundheitsschädigung gegeben ist.

## b) Mittels einer Waffe (§ 224 I Nr. 2 Alt. 1)

Durch den Einsatz des Schlagrings könnte B die Körperverletzung mittels einer Waffe begangen haben. Waffen i.S.v. § 224 I Nr. 2 Alt. 1 sind nur solche im sog. technischen Sinn, d.h. Werkzeuge, die nach Art ihrer Anfertigung allgemein dazu bestimmt und geeignet sind, Menschen körperlich zu verletzen.<sup>45</sup> Ein Schlagring ist nach Art seiner Anfertigung allgemein dazu bestimmt und geeignet, Menschen körperlich zu verletzen, und daher als Waffe i.S.v. § 224 I Nr. 2 Alt. 1 einzuordnen.<sup>46</sup> Die Verletzung des F wurde auch »mittels« des Schlagrings, d.h. durch unmittelbare körperliche Einwirkung bewirkt.<sup>47</sup>

**2. Subjektiver Tatbestand**

B kam es gerade darauf an, den F mit einem gegen den Kiefer gerichteten Schlag mit dem Schlagring niederzustrecken. Er handelte daher vorsätzlich hinsichtlich § 223 I und § 224 I Nr. 2 Alt. 1.

<sup>37</sup> BGH NStZ 2011, 35; NStZ 2012, 691 (692); *Murmann* (Fn. 2), § 21 Rn. 60; ausführlich zu diesem Mordmerkmal *Kühl*, Die sonst niedrigen Beweggründe des § 211 II StGB, JuS 2010, 1041 (mit instruktivem Überblick über die Kasuistik).

<sup>38</sup> HK-GS/*Duttge* (Fn. 9), § 211 Rn. 34; *Rengier* (Fn. 6), § 4 Rn. 31; s. auch *Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf*, Strafrecht BT, 4. Aufl. (2021), § 2 Rn. 67.

<sup>39</sup> BGH NStZ 2011, 35; NStZ 2012, 691 (692); *Murmann* (Fn. 2), § 21 Rn. 60.

<sup>40</sup> *Rengier* (Fn. 6), § 4 Rn. 30.

<sup>41</sup> S. nur *Schönke/Schröder/Eser/Sternberg-Lieben* (Fn. 12), § 212 Rn. 14.

<sup>42</sup> S. nur *Matt/Renzikowski/Safferling* (Fn. 27), § 212 Rn. 84.

<sup>43</sup> Vgl. BGHSt 14, 269 (271); 25, 277 f.

<sup>44</sup> Vgl. BGHSt 36, 1 (6); 43, 346.

<sup>45</sup> BGHSt 4, 125 (127); *Schönke/Schröder/Sternberg-Lieben* (Fn. 12), § 224 Rn. 4.

<sup>46</sup> Vgl. BGH NStZ 1996, 498; *BeckOKStGB/Eschelbach* (Fn. 6), § 224 Rn. 27; *Rengier* (Fn. 6), § 14 Rn. 43.

<sup>47</sup> Vgl. *Matt/Renzikowski/Engländer* (Fn. 27), § 224 Rn. 10.

## II. Rechtswidrigkeit

B könnte gerechtfertigt in Notwehr gem. § 32 gehandelt haben.

### 1. Objektive Rechtfertigungselemente

#### a) Notwehrlage

Dafür müsste zunächst eine Notwehrlage, d.h. ein gegenwärtiger und rechtswidriger Angriff, vorgelegen haben (vgl. § 32 II). Ein Angriff ist die von einem Menschen drohende Verletzung rechtlich geschützter Interessen.<sup>48</sup> F droht B mit erhobener Faust an, ihn bei Nichtherausgabe der Grafikkarte »grün und blau zu schlagen«. Damit liegt eine Bedrohung der körperlichen Integrität, der Entschlussfreiheit und des Eigentums (an der Grafikkarte) des B durch F vor. Der Angriff ist gegenwärtig, wenn er unmittelbar bevorsteht, gerade stattfindet oder noch fort dauert.<sup>49</sup> F tritt dem B in den Weg, fordert die Herausgabe der Grafikkarte und bedroht B mit erhobener Faust. Der Angriff findet mithin gerade statt. Rechtswidrig ist der Angriff, wenn er im Widerspruch zur Rechtsordnung steht.<sup>50</sup> F kann sich seinerseits auf keinen Rechtfertigungsgrund berufen, sein Angriff ist folglich rechtswidrig. Eine Notwehrlage ist somit gegeben.

#### b) Notwehrhandlung

Als Verteidigungshandlung darf sich die Notwehr nur gegen Rechtsgüter des Angreifers richten.<sup>51</sup> B schlägt den Angreifer F nieder, seine Verteidigungshandlung richtet sich somit nur gegen Rechtsgüter des Angreifers. Weiterhin muss die Verteidigungshandlung erforderlich sein, d.h. sie muss zum einen zur Angriffsabwehr geeignet sein und zum anderen das relativ mildeste Gegenmittel darstellen.<sup>52</sup>

#### aa) Geeignetheit

Die Geeignetheit der Verteidigungshandlung ist gegeben, wenn sie nach der objektiven Sachlage und nach den konkreten Umständen des Einzelfalls in der Lage ist, den Angriff sofort zu beenden oder zumindest abzuschwächen oder zu verringern.<sup>53</sup> Durch den Schlag mit dem Schlagring konnte B den Angriff des F sofort beenden, die Geeignetheit der Verteidigungshandlung ist demnach zu bejahen.

#### bb) Relativ mildestes Mittel

Der Verteidiger muss unter mehreren ihm zur Verfügung stehenden gleich effektiven Mitteln dasjenige Mittel wählen, das den Angreifer am wenigsten schädigt (»relativ mildestes Mittel«).<sup>54</sup> Der Angegriffene muss sich dabei nicht auf eine Auseinandersetzung mit unsicherem Ausgang einlassen, sondern darf sich effektiv zur Wehr setzen und eine Verteidigung wählen, die eine sofortige und endgültige Beseitigung der Gefährdungslage verspricht.<sup>55</sup> Ein mögliches Ausweichen oder eine »schimpfliche Flucht« sind keine Verteidigung des Rechts und deshalb nicht zu berücksichtigen.<sup>56</sup>

Zunächst muss geklärt werden, ob dem B überhaupt ein anderes, milderer Mittel zur Verfügung stand. B ging davon aus, dass er den F auch mit einem im Kampfsporttraining »erlernten« Griff mühelos hätte stoppen können, ohne ihm dabei nennenswerte Verletzungen zuzufügen. Damit könnte ihm ein ebenso effektives, aber milderer Verteidigungsmittel zur Verfügung gestanden haben; der Schlag mit dem Schlagring wäre dann nicht erforderlich gewesen. Es muss jedoch gesehen werden, dass ein solches Vorgehen tatsächlich keine Aussicht auf Erfolg hatte, da B keinen Griff auch nur annähernd sicher beherrscht hat und dem kampferfahrenen und körperlich überlegenen F weit unterlegen war. Ein milderer Mittel gab es mithin nur in der irrigen Vorstellung des B, der seine (Kampfsport-)Fähigkeiten völlig überschätzt hat. Die Erforderlichkeit der Verteidigung ist jedoch nicht subjektiv nach der (abwegigen) Vorstellung des Angegriffenen, sondern im Wege einer *ex-ante*-Betrachtung objektiv zu bestimmen.<sup>57</sup> Maßgebend ist, wie ein besonnener Dritter in der Lage des Angegriffenen die im Zeitpunkt des Angriffs gegebenen und objektiv erkennbaren Umstände beurteilt hätte.<sup>58</sup> Eine krasse Verkennung der tatsächlichen Kräfteverhältnisse durch einen sich maßlos überschätzenden Notwehrübenden ändert somit nichts an der Erforderlichkeit des Einsatzes des realiter einzigen effektiven Verteidigungsmittels. Bei objektiver Betrachtung der konkreten Kampfplage war der Schlag gegen den Kiefer des F mit dem Schlagring für B die einzige erfolversprechende Möglichkeit, den Angriff des überlegenen F sofort und endgültig zu unterbinden. Insbesondere musste B den Einsatz des Schlagrings auch nicht androhen, da sich der kampferfahrene Angreifer F ansonsten auf den Einsatz einstellen könnte und B so sein die

<sup>48</sup> Lackner/Kühl/Kühl (Fn. 6), § 32 Rn. 2.

<sup>49</sup> Matt/Renzikowski/Engländer (Fn. 27), § 32 Rn. 14.

<sup>50</sup> Murmann (Fn. 2), § 25 Rn. 83.

<sup>51</sup> Wessels/Beulke/Satzger (Fn. 4), Rn. 508; Matt/Renzikowski/Engländer (Fn. 27), § 32 Rn. 23.

<sup>52</sup> Schönke/Schröder/Perron/Eisele (Fn. 12), § 32 Rn. 34; Wessels/Beulke/Satzger (Fn. 4), Rn. 509.

<sup>53</sup> Vgl. Fischer, StGB, 69. Aufl. (2022), § 32 Rn. 28; SSW/Rosenau (Fn. 18), § 32 Rn. 23. Teilweise wird das Kriterium der Geeignetheit als verfehlt abgelehnt, s. etwa HK-GS/Duttge (Fn. 9), § 32 Rn. 17; MüKoStGB/Erh, Münchener Kommentar zum StGB, Bd. 1, 4. Aufl. (2020), § 32 Rn. 152.

<sup>54</sup> Vgl. BGHSt 42, 97 (100); Matt/Renzikowski/Engländer (Fn. 27), § 32 Rn. 27.

<sup>55</sup> Vgl. BGHSt 24, 356 (358); BGH NStZ 1994, 581 (582); NStZ 1996, 29; NStZ 2002, 140; NStZ 2016, 526 (527); HK-GS/Duttge (Fn. 9), § 32 Rn. 19; AnwKStGB/Hauck (Fn. 33), § 32 Rn. 10 f.; Heinrich (Fn. 18), Rn. 355, 358.

<sup>56</sup> Vgl. NK/Kindhäuser (Fn. 11), § 32 Rn. 95; Rengier (Fn. 3), § 18 Rn. 38; SSW/Rosenau (Fn. 18), § 32 Rn. 25.

<sup>57</sup> Vgl. BGH NStZ 2009, 626 (627); NStZ 2015, 151 (152); Gallas, Zur Struktur des strafrechtlichen Unrechtsbegriffs, in: FS Bockelmann (1979), S. 155 (179); Jescheck/Weigend (Fn. 16), S. 343; Lackner/Kühl/Kühl (Fn. 6), § 32 Rn. 10; Murmann (Fn. 2), § 25 Rn. 89; SSW/Rosenau (Fn. 18), § 32 Rn. 22; Roxin/Greco (Fn. 20), § 15 Rn. 46; Wessels/Beulke/Satzger (Fn. 4), Rn. 513.

<sup>58</sup> Wessels/Beulke/Satzger (Fn. 4), Rn. 513; s. auch SSW/Rosenau (Fn. 18) § 32 Rn. 22.

Effektivität der Verteidigung garantierendes Überraschungsmoment und damit seine einzige sichere Verteidigungsmöglichkeit verlieren würde.<sup>59</sup>

Der Erforderlichkeit könnte aber entgegenstehen, dass der eingesetzte Schlagring gem. §§ 1 II Nr. 2 a), 2 III i.V.m. Anlage 2 Abschnitt 1 Nummer 1.3.2 WaffG als verbotene Waffe einzuordnen ist und B diesen unter Verstoß gegen § 52 III Nr. 1 WaffG geführt hat.<sup>60</sup> Das waffenrechtliche Verbot bezweckt jedoch nicht, den Einsatz von Waffen in Notwehrsituationen zu begrenzen.<sup>61</sup> § 32 zielt punktuell auf die akute Situation des »Friedensbruchs« ab, die als solche (von Provokationsfällen abgesehen) allein vom Angreifer zu vertreten ist, weshalb dieser die Gegenwehr des Angegriffenen eben so hinzunehmen hat, wie sie sich nach den gerade in diesem Moment zur Verfügung stehenden Mitteln als erforderlich erweist.<sup>62</sup> Ob der Angreifer eine Berechtigung zum Beisichführen der Waffe hat, spielt im Rahmen des § 32 mithin keine Rolle.<sup>63</sup> Der Einsatz des Schlagrings durch B war somit erforderlich.

### c) Gebotenheit

Das Merkmal der Gebotenheit erlaubt und erfordert im Einzelfall sozial-ethisch begründete Einschränkungen erforderlicher, d.h. grundsätzlich gerechtfertigter Verteidigungshandlungen.<sup>64</sup> Eine an sich erforderliche Verteidigungshandlung kann deshalb im Einzelfall dann nicht geboten sein, wenn ihre Wahrnehmung aufgrund der Gesamtsituation rechtsmissbräuchlich erscheint bzw. wenn sie im konkreten Fall nicht mit den Grundprinzipien der Notwehr in Einklang zu bringen ist.<sup>65</sup> Mit Blick darauf, dass sich B mit einem Schlagring ausgerüstet hat, lässt sich überlegen, ob hier eine sog. Abwehrprovokation vorliegt. Eine solche ist aber nur dann gegeben, wenn der spätere Verteidiger sich in Erwartung der Notwehrlage bewusst mit einem besonders gefährlichen Verteidigungsmittel rüstet, obwohl er davon ausgeht, dass auch ein milderer Mittel zur Abwehr des erwarteten Angriffs ausreichen würde.<sup>66</sup> Im vorliegenden Fall hat B den Schlagring jedoch nicht für eine

konkret erwartete Notwehrlage ausgewählt und eingesteckt, sondern diesen aus einem allgemeinen Unsicherheitsgefühl heraus generell bei sich geführt. Es kann deshalb gerade nicht davon gesprochen werden, dass B sich »sehenden Auges« für eine genau vorausgesehene Notwehrlage mit einem eigentlich nicht notwendigen, besonders gefährlichen Verteidigungsmittel »hochgerüstet« hat. Eine Abwehrprovokation durch B liegt somit nicht vor;<sup>67</sup> die Frage, ob bei dieser eine Einschränkung der Notwehr anzuerkennen ist, kann folglich dahinstehen.<sup>68</sup> Die Verteidigungshandlung des B war demnach geboten.

## 2. Subjektives Rechtfertigungselement

Fraglich ist, ob das subjektive Rechtfertigungselement gegeben ist. Dafür könnte sprechen, dass B den gegenwärtigen und rechtswidrigen Angriff des F bemerkt hat und sich gegen diesen zur Wehr setzen wollte.

Problematisch ist jedoch, dass B nach seiner (irrigen) Vorstellung nicht das mildeste ihm zur Verfügung stehende Verteidigungsmittel (Griff) eingesetzt hat; B hat sich vielmehr bewusst für den Einsatz eines nach seiner Vorstellung nicht erforderlichen Mittels (Schlagring) entschieden. Es muss daher geklärt werden, welche Konsequenzen diese »subjektive Überschreitung« der Erforderlichkeit für eine Rechtfertigung des B nach § 32 hat.

### a) Notwendigkeit eines subjektiven Rechtfertigungselements

Lässt man mit der von einer Minderheitsmeinung<sup>69</sup> vertretenen objektiven Theorie für eine Rechtfertigung nach

<sup>59</sup> S. dazu BGH NStZ 1994, 581 (582); NStZ 2019, 598 (599) m. Anm. Kudlich u. als Fallbearbeitung bei Dölling (Fn. 20), GRZ 2021, 151 (155); BGH NStZ-RR 2013, 139 (140); MüKoStGB/Erb (Fn. 53), § 32 Rn. 168; AnwKStGB/Hauck (Fn. 33), § 32 Rn. 11, 13; NK/Kindhäuser (Fn. 11), § 32 Rn. 140; Murmann (Fn. 2), § 25 Rn. 92.

<sup>60</sup> Die Kenntnis der genannten Normen und eine Problemdiskussion werden nicht erwartet.

<sup>61</sup> Vgl. Murmann (Fn. 2), § 25 Rn. 102.

<sup>62</sup> MüKoStGB/Erb (Fn. 53), § 32 Rn. 138.

<sup>63</sup> SSW/Rosenau (Fn. 18), § 32 Rn. 28; s. dazu auch BGH NStZ 1986, 357; NStZ 2011, 82 (83) m. Anm. Hecker, JuS 2011, 272; MüKoStGB/Erb (Fn. 53), § 32 Rn. 138; Fischer (Fn. 53), § 32 Rn. 33; NK/Kindhäuser (Fn. 11), § 32 Rn. 142; Lackner/Kühl/Kühl (Fn. 6), § 32 Rn. 10; Lindemann/Reichling, Die Behandlung der Abwehrprovokation nach den Grundsätzen der actio illicita in causa, JuS 2009, 496 (500 f.); Murmann (Fn. 2), § 25 Rn. 102.

<sup>64</sup> Fischer (Fn. 53), § 32 Rn. 36.

<sup>65</sup> SSW/Rosenau (Fn. 18), § 32 Rn. 30.

<sup>66</sup> Murmann (Fn. 2), § 25 Rn. 102; MüKoStGB/Erb (Fn. 53), § 32 Rn. 236; kompakt zur Abwehrprovokation Küpper, Die »Abwehrprovokation«, JA 2001, 438; ausführlich Lindemann/Reichling (Fn. 63), JuS 2009, 496.

<sup>67</sup> S. auch Küpper (Fn. 66), JA 2001, 438 (440): »Die bloße Vorbereitung ›für alle Fälle‹ lässt sich nicht als Provokationshandlung einordnen«; Rengier (Fn. 3), § 18 Rn. 74a.

<sup>68</sup> Dafür Krey/Esser (Fn. 18), Rn. 564; Küpper (Fn. 66), JA 2001, 438 (440); Lindemann/Reichling (Fn. 63), JuS 2009, 496 (500 f.); Schönke/Schröder/Perron/Eisele (Fn. 12), § 32 Rn. 61b; Rengier (Fn. 3), § 18 Rn. 102; dagegen zu Recht die h.M., s. BGH NStZ 1986, 357; HK-GS/Duttge (Fn. 9), § 32 Rn. 31; Matt/Renzikowski/Engländer (Fn. 27), § 32 Rn. 55; MüKoStGB/Erb (Fn. 53), § 32 Rn. 236; Heinrich (Fn. 18), Rn. 380a; NK/Kindhäuser (Fn. 11), § 32 Rn. 125; Murmann (Fn. 2), § 25 Rn. 102; Wessels/Beulke/Satzger (Fn. 4), Rn. 534.

<sup>69</sup> So insb. LKStGB/Spendel (Fn. 27), § 32 Rn. 138 ff.; ders., Der Gegensatz rechtlicher und sittlicher Wertung am Beispiel der Notwehr, DRiZ 1978, 327 (331); ders., Gegen den »Verteidigungswillen« als Notwehreffordernis, in: FS Bockelmann (1979), S. 245; ders., Notwehr und »Verteidigungswille«, objektiver Zweck und subjektive Absicht, in: FS Oehler (1985), S. 197; Rohrer, Über die Nichtexistenz subjektiver Rechtfertigungselemente, JA 1986, 363; wohl auch Schmitt, Subjektive Rechtfertigungselemente bei Fahrlässigkeitsdelikten? – OLG Hamm, NJW 1962, 1169, JuS 1963, 64 (65 f.); krit. zu dieser Theorie Herzberg, Handeln in Unkenntnis einer Rechtfertigungslage, JA 1986, 190 (200 f.); ders., Subjektive Rechtfertigungselemente? Anmerkungen zu Rohrer, JA 1986, S. 363 ff., JA 1986, 541; Prittwitz, Der Verteidigungswille als subjektives Merkmal der Notwehr, JURA 1984, 74. Nach dem neueren Ansatz von Gropp, An der Grenze der Lehre vom personalen Unrecht – Eine Skizze zum Fehlen des subjektiven Rechtfertigungselements, in: FS Kühl (2014), S. 247; ders., Das subjektive Rechtfertigungselement als hermeneutisches Problem, in: FS Sieber (2021), S. 121; ders./Simm, Strafrecht AT, 5. Aufl. (2020), § 5 Rn. 47 ff., § 13 Rn. 187 setzt § 32 zwar ein subjektives Rechtfertigungselement voraus, bei einem

§ 32 das Vorliegen der objektiven Rechtfertigungselemente genügen, sind etwaige Fehlvorstellungen des Notwehrübenden über die Erforderlichkeit des eingesetzten Verteidigungsmittels ohne Belang für seine Rechtfertigung. Ein subjektives Rechtfertigungselement ist nach dieser Ansicht für eine Rechtfertigung nach § 32 gerade nicht notwendig. Zur Begründung wird dafür vorgebracht, dass die Rechtsordnung nur durch die Tat, nicht aber durch die böse Gesinnung des Täters gestört werde.<sup>70</sup> Da die objektiven Rechtfertigungselemente hier vorliegen (der Schlag mit dem Schlagring ist tatsächlich erforderlich, s.o.), hat B nach der objektiven Theorie gerechtfertigt in Notwehr gem. § 32 gehandelt.

Nach der von der ganz h.M.<sup>71</sup> vertretenen und vorzugswürdigen subjektiven Theorie ist für eine Rechtfertigung nach § 32 – neben den objektiven Rechtfertigungselementen – ein subjektives Rechtfertigungselement notwendig. Dafür lässt sich zunächst anführen, dass das Erfordernis eines subjektiven Rechtfertigungselements schon durch den Wortlaut des § 32 (»[...] um einen [...] Angriff [...] abzuwenden«) nahe gelegt wird.<sup>72</sup> Weiterhin lässt sich vorbringen, dass von einer Rechtsbewährung i.S.d. Notwehrrechts nur dann gesprochen werden kann, wenn das durch den Angreifer gesetzte Unrecht erkannt und diesem entgegengetreten wird.<sup>73</sup> Schließlich spricht für die Notwendigkeit eines subjektiven Rechtfertigungselements in grundsätzlicher Hinsicht, dass der durch den Vorsatz geprägte

objektiv rechtskonform handelnden Täter liege aber trotz der Rechtswidrigkeit seines Handelns kein strafbares Unrecht vor, weshalb der Täter nicht zu bestrafen sei; i.E. sehr ähnlich zuvor schon *Rath*, Das subjektive Rechtfertigungselement (2002), S. 654 (Zusammenfassung): »Das Nichtvorliegen der subjektiven Rechtfertigungsvoraussetzungen, bei Gegebensein der objektiven, führt zum Unrechtsausschluss in Gestalt des bloßen Wegfalls der objektiven Unrechtsvoraussetzungen«.

**70** LKStGB/*Spendel* (Fn. 27), § 32 Rn. 140.

**71** BGHSt 2, 111 (114); 3, 194 (138); BGH NStZ 2016, 333; HK-GS/*Duttge* (Fn. 9), Vor § 32 Rn. 11 f.; *Matt/Renzikowski/Engländer* (Fn. 27), Vor § 32 Rn. 6; *Geppert*, Die subjektiven Rechtfertigungselemente, JURA 1995, 103 (104); *AnwKStGB/Hauck* (Fn. 33), Vor § 32 Rn. 9; *Jakobs* (Fn. 27), 11/21; *Jescheck/Weigend* (Fn. 16), S. 328 f.; *Köhler*, Strafrecht AT, 1. Aufl. (1997), S. 321 f.; *Kühl* (Fn. 18), § 7 Rn. 124; *Maurach/Zipf*, Strafrecht AT I, 7. Aufl. (1987), § 25 Rn. 24 ff.; *Baumann/Weber/Mitsch/Eisele* (Fn. 2), § 14 Rn. 46; *Murmann* (Fn. 2), § 25 Rn. 8 ff.; *Rengier* (Fn. 3), § 17 Rn. 11; LKStGB/*Rönnau/Hohn*, Leipziger Kommentar zum StGB, 13. Aufl. (2019), § 32 Rn. 262; *SSW/Rosenau* (Fn. 18), Vor § 32 Rn. 13 f.; *Roxin/Greco* (Fn. 20), § 14 Rn. 96 f.; *Safferling*, Eventualverteidigungsvorsatz und Verteidigungswille bei Notwehr, GA 2020, 70 (74); *Streng*, Das subjektive Rechtfertigungselement und sein Stellenwert – Grundlagen, Anforderungen und Irrtumskonstellationen, in: FS Otto (2007), S. 469 f.; *Wessels/Beulke/Satzger* (Fn. 4), Rn. 410; umfassende Nachweise bei *Hillenkamp/Cornelius* (Fn. 22), 4. Problem, S. 35 f.

**72** S. MK/*Duttge* (Fn. 53), § 15 Rn. 202; *Haft*, Strafrecht AT, 9. Aufl. (2004), S. 70; *SSW/Rosenau* (Fn. 18), Vor § 32 Rn. 14; *Seier/Herrmann*, Anfängerklausur Strafrecht: »Der Wurf mit der Kokosnuss«, JuS 2012, 327 (331); krit. zum Wortlaut-Argument *Frisch*, Grund- und Grenzprobleme des sog. subjektiven Rechtfertigungselements, in: FS Lackner (1987), S. 113 (116 f.); *ders.* (Fn. 18), § 4 Rn. 38; *Kühl* (Fn. 18), § 7 Rn. 125; *Loos*, Zum Inhalt der subjektiven Rechtfertigungselemente, in: FS Oehler (1985), S. 227 (235 f.).

**73** Vgl. *Gallas* (Fn. 57), S. 155 (177); krit. dazu *Frisch* (Fn. 72), S. 113 (120 f.).

Handlungsunwert (die Entscheidung des Täters für die Rechtsgutsverletzung) durch das Vorliegen der objektiven Rechtfertigungsvoraussetzungen, die nur den Erfolgsunwert (die Rechtsgutsverletzung) aufheben, nicht »beseitigt« wird; erst wenn der Täter die Rechtfertigungssituation kennt, ist auch der Handlungsunwert und damit alles Unrecht »beseitigt«, da der Täter nun weiß, dass er das Rechtsgut verletzen darf.<sup>74</sup> Der um sein tatbestandserfüllendes Handeln wissende Täter muss die objektiv gegebene Rechtfertigungslage mit anderen Worten deshalb kennen und in diesem Wissen handeln, weil allein unter dieser Voraussetzung sein Handeln nicht nur objektiv, sondern auch subjektiv »in Ordnung« ist.<sup>75</sup> Dass auch der Handlungsunwert aufgehoben werden muss, wenn nicht (Versuchs-)Unrecht übrigbleiben soll, ergibt sich aus der gesetzgeberischen Entscheidung für die Strafbarkeit des untauglichen Versuchs in §§ 22, 23 III.<sup>76</sup>

#### b) Vorliegen des subjektiven Rechtfertigungselements

Verlangt man mit der überzeugenden ganz h.M. ein subjektives Rechtfertigungselement, muss nun geklärt werden, wie sich die »subjektive Überschreitung« der Erforderlichkeit durch B auswirkt.<sup>77</sup>

Das subjektive Rechtfertigungselement setzt voraus, dass der Täter in Kenntnis der rechtfertigenden Umstände gehandelt hat.<sup>78</sup> Der Täter muss also wissen, dass er sich in einer Notwehrlage befindet, und dass er sich mit einer zur Abwehr des Angriffs erforderlichen Handlung verteidigt;<sup>79</sup> er muss mithin im Bewusstsein handeln, in einer Notwehrlage eine Notwehrhandlung zu vollziehen.<sup>80</sup> B war sich bewusst, dass ein gegenwärtiger und rechtswidriger Angriff durch F vorliegt, er hatte also Kenntnis der Notwehrlage. Nach der Vorstellung des B war der Einsatz des Schlagrings gegen F jedoch nicht zur Abwendung des Angriffs notwendig, da er irrig davon ausging, dass er F auch ohne Weiteres mit einem milderem Mittel (Griff) effektiv hätte stoppen können. B hat sich folglich mit Vorbedacht für eine Überschreitung der durch das Notwehrrecht gesetzten Grenzen entschieden.

**74** Vgl. *Kühl* (Fn. 18), § 7 Rn. 124; s. auch *Geppert* (Fn. 71), JURA 1995, 103 (104); *Rengier* (Fn. 3), § 17 Rn. 11: »Rechtfertigungsvorsatz« als kompensierendes Gegenstück zum Tatvorsatz; Übersicht bei *Safferling* (Fn. 71), GA 2020, 70 (74).

**75** *Frisch* (Fn. 18), § 4 Rn. 38.

**76** *Kühl* (Fn. 18), § 7 Rn. 124; s. auch *Baumann/Weber/Mitsch/Eisele* (Fn. 2), § 14 Rn. 46; *Frisch* (Fn. 72), S. 113 (126 ff.); *ders.*, (Fn. 18), § 4 Rn. 38; *Geppert* (Fn. 71), JURA 1995, 103 (104); *Roxin/Greco* (Fn. 20), § 14 Rn. 96.

**77** Falllösung zur »subjektiven Überschreitung« der Gebotenheit bei *Seier/Herrmann* (Fn. 72), JuS 2012, 327 (331).

**78** Vgl. LPK-StGB/*Kindhäuser/Hilgendorf* (Fn. 6), Vor § 32 Rn. 13; *Lackner/Kühl/Kühl* (Fn. 6), § 32 Rn. 7; *Murmann* (Fn. 2), § 25 Rn. 105; *Rengier* (Fn. 3), § 17 Rn. 11: »Handeln in der sicheren Kenntnis der objektiven Rechtfertigungsvoraussetzungen«.

**79** *Kühl* (Fn. 18), § 7 Rn. 128; s. auch *Köhler* (Fn. 71), S. 322; *Meyer*, Zu den subjektiven Voraussetzungen der Verteidigung bei der Notwehr, GA 2003, 807 (821); *Safferling* (Fn. 71), GA 2020, 70 (80); unklar *Berster*, Der subjektive Exzess der Notwehr und Putativnotwehr, GA 2016, 36 ff., der bezüglich der Erforderlichkeit zwischen Fakten- und Bedeutungskennntnis differenzieren will.

**80** *Baumann/Weber/Mitsch/Eisele* (Fn. 2), § 14 Rn. 47.

Seine Handlung stellt sich damit in subjektiver Hinsicht nicht als Notwehrhandlung i.S. einer erforderlichen Verteidigung (§ 32 II) dar, sondern als eine von der Notwehr gerade nicht gedeckte »überschießende« Verletzung des Angreifers F.<sup>81</sup> Das Verhalten des B ist damit ein Ausdruck bewusster Rechtsgutsverletzung;<sup>82</sup> er hatte mithin nicht den Vorsatz, etwas objektiv Rechtmäßiges zu tun.<sup>83</sup> Damit fehlt es an einem positiven (rechtfertigenden) Handlungswert, der den negativen (tatbestandlichen) Handlungsunwert kompensieren kann.<sup>84</sup> Das für eine Rechtfertigung nach § 32 notwendige subjektive Rechtfertigungselement liegt daher nicht vor.<sup>85</sup>

### c) Folgen des fehlenden subjektiven Rechtfertigungselements

Fraglich ist, welche Folgen das fehlende subjektive Rechtfertigungselement für die Strafbarkeit des B hat.<sup>86</sup>

<sup>81</sup> Vgl. Meyer (Fn. 79), GA 2003, 807 (821).

<sup>82</sup> Vgl. Meyer (Fn. 79), GA 2003, 807 (821).

<sup>83</sup> Vgl. Roxin/Greco (Fn. 20), § 14 Rn. 97.

<sup>84</sup> S. Gallas (Fn. 57), S. 155 (177); Kühl (Fn. 18), § 7 Rn. 125; Roxin/Greco (Fn. 20), § 14 Rn. 96.

<sup>85</sup> Vgl. auch MüKoStGB/Erb (Fn. 53), § 32 Rn. 242. Nach Seier/Herrmann (Fn. 72), JuS 2012, 327 (331) werden von der Konstellation des fehlenden subjektiven Rechtfertigungselements nur die Fälle umschrieben, in denen der Täter die Notwehrlage nicht erfasst. Dieses Verständnis ist jedoch verkürzt: Die Kenntnis der Notwehrlage ist notwendige »Eingangsvoraussetzung« des subjektiven Rechtfertigungselements. Daraus folgt aber nicht, dass jedes Handeln in Kenntnis der Notwehrlage in subjektiver Hinsicht eine Notwehrhandlung ist. Für einen vollständigen »Rechtfertigungsvorsatz« muss das Handeln des Täters in subjektiver Hinsicht vielmehr auch auf die Vornahme einer erforderlichen Notwehrhandlung gerichtet sein. Die starke Fokussierung der literarischen Diskussion auf die »Kenntnis der Notwehrlage« dürfte vor allem Folge der Auseinandersetzung mit der Rspr. sein, die in subjektiver Hinsicht zusätzlich zu dieser einen »Verteidigungswillen« fordert, s. bspw. BGH NJW 2013, 2133; BGH NSTZ 2016, 333; umfassende Nachweise zur Diskussion bei Hillenkamp/Cornelius (Fn. 22), 4. Problem, S. 37 ff. Hierbei geht es aber um ein sachlich anders gelagertes Problem. Wenn sich die h.L. dafür ausspricht, dass die »Kenntnis der Notwehrlage« für das subjektive Rechtfertigungselement genügt, bedeutet dies nicht, dass hinsichtlich der Notwehrhandlung kein entsprechender »Rechtfertigungsvorsatz« bestehen muss; die h.L. verzichtet mithin nur auf eine darüberhinausgehende »Verteidigungsmotivation« des Täters; kompakt dazu Murmann (Fn. 2), § 25 Rn. 105; ausführlich Loos (Fn. 72), S. 227 (229 ff.); Roxin/Greco (Fn. 20), § 14 Rn. 97 ff. Auch Seier/Herrmann (Fn. 72), JuS 2012, 327 (331) kommen i.E. unter Verweis auf die »Wertungsgleichheit« (i.S.v.: Der Täter stehe einem Notwehrübenden gleich, dem schon das Angriffsgeschehen nicht bewusst ist) zum hier vertretenen Ergebnis. Ein solcher »Umweg« zum richtigen Ergebnis ist aber nicht notwendig, dieses ergibt sich vielmehr bereits aus den allgemein an das subjektive Rechtfertigungselement zu stellenden Anforderungen.

<sup>86</sup> Kompakt dazu Geppert (Fn. 71), JURA 1995, 103 (105 f.); eingehend Hillenkamp/Cornelius (Fn. 22), 4. Problem, S. 40 ff. m.w.N. Diese Konstellation wird z.T. als umgekehrter Erlaubnistatbestandsirrtum bzw. umgekehrter Erlaubnistatbestandsirrtum bezeichnet, s. Graul, Der „umgekehrte Erlaubnistatbestandsirrtum«, JuS 2000, L 41; NK/Paeffgen/Zabel (Fn. 11), Vor § 32 Rn. 124; Scheffler, Der Erlaubnistatbestandsirrtum und seine Umkehrung, das Fehlen subjektiver Rechtfertigungselemente, JURA 1993, 617 (622 ff.); Wessels/Beulke/Satzger (Fn. 4), Rn. 1347; vgl. auch OLG Celle Nds. Rpfl. 2013, 253 m. Anm. Jahn, JuS 2013, 1042 (1044 m. Fn. 10); Fallbearbeitungen zu dem Problemkomplex finden sich bei Börgers/Grünwald, Übungsfall: »Straftaten gegen Kraftfahr-

Die Vollendungslösung<sup>87</sup> spricht sich dafür aus, bei fehlendem subjektiven Rechtfertigungselement wegen vollendeter Tat zu bestrafen. Hierfür wird unter Verweis auf den dreistufigen Straftataufbau vorgebracht, dass der Tatbestand vollständig erfüllt sei – insbesondere der tatbestandsmäßige Erfolg sei eingetreten – und eine ausnahmsweise Rechtfertigung nach § 32 am fehlenden subjektiven Rechtfertigungselement scheitere. Auch bei vollständigem Eingreifen eines Rechtfertigungsgrundes entfallende Rechtswidrigkeit nicht deshalb, weil nichts rechtlich Relevantes geschehen sei, sondern weil der einen tatbestandlichen Erfolg herbeiführende Täter die objektiven und subjektiven Merkmale eines Ausnahmesatzes realisiere.<sup>88</sup> Das Vorliegen der objektiven Rechtfertigungsvoraussetzungen könne daher nur im Rahmen der Strafzumessung berücksichtigt werden, wobei z.T. eine Milderungsmöglichkeit entsprechend § 49 I befürwortet wird.<sup>89</sup> Folgt man der Vollendungslösung, hat sich B wegen (vollendeter) gefährlicher Körperverletzung gem. §§ 223 I, 224 I Nr. 2 Alt. 1 strafbar gemacht.

Nach der Versuchslösung<sup>90</sup> ist ein Täter, der die objektiven, nicht aber die subjektiven Voraussetzungen der Notwehr

zeuge«, ZJS 2008, 521; Ernst, Übungsfall: »Eheglück und seine Folgen«, ZJS 2011, 382; Heinrich, Übungsklausur Strafrecht: »Einkaufsfreuden«, Jura 1997, 366; Kühl/Hinderer, Übungsklausur Strafrecht: »Scherben bringen nicht immer Glück«, Jura 2012, 488; Ritz, Anfängerklausur Strafrecht: »Schönheits-OP mit Folgen«, JuS 2018, 254; Seier/Waßmer (Fn. 5), Fall 7, S. 73.

<sup>87</sup> BGHSt 2, 111 (114 f.); BGH NSTZ 2005, 332 (334); NSTZ 2016, 333; Alwart, Der Begriff des Motivbündels im Strafrecht – am Beispiel der subjektiven Rechtfertigungselemente und des Mordmerkmals Habgier, GA 1983, 433 (454 f.); Gallas (Fn. 57), S. 155 (172 ff.) (bei der Notwehr); Gössel, Überlegungen zum Verhältnis von Norm, Tatbestand und dem Irrtum über das Vorliegen eines rechtfertigenden Sachverhalts, in: FS Triffterer (1996), S. 93 (99); Haft (Fn. 72), S. 71, 257; Heinrich (Fn. 18), Rn. 392; ders. (Fn. 86), JURA 1997, 366 (374); LKStGB/Hirsch (Fn. 27), Vor § 32 Rn. 59 ff.; Köhler (Fn. 71), S. 323 f.; Paeffgen, Anmerkungen zum Erlaubnistatbestandsirrtum, in: GS Kaufmann (1989), S. 399 (421 ff.); NK/ders./Zabel (Fn. 11), Vor § 32 Rn. 128; Ritz (Fn. 86), JuS 2018, 254 (258); Schmidhäuser, StuB AT, 2. Aufl. (1984), 6/24; Stemler, Die Notwehr, ZJS 2010, 347 (350); Triffterer, Zur subjektiven Seite der Tatbestandsausschließungs- und Rechtfertigungsgründe, in: FS Oehler (1985), S. 209 (224); NK/Zaczyk (Fn. 11), § 22 Rn. 57 (bei der Notwehr); Zielinski, Handlungs- und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff (1973), S. 266; Zieschang (Fn. 25), Rn. 232; s. auch Schmitt (Fn. 69), JuS 1963, 64 (65).

<sup>88</sup> Vgl. LKStGB/Hirsch (Fn. 27), Vor § 32 Rn. 61.

<sup>89</sup> Vgl. LKStGB/Hirsch (Fn. 27), Vor § 32 Rn. 61; s. auch NK/Paeffgen/Zabel (Fn. 11), Vor § 32 Rn. 128.

<sup>90</sup> BGHSt 38, 144 (155 f.) m. zust. Anm. Otto, JR 1992, 210 (211); BGH NJW 2017, 1186 (1188) m. Anm. Mitsch; KG GA 1975, 213 (215); OLG Celle Nds. Rpfl. 2013, 253 m. Anm. Jahn, JuS 2013, 1042; OLG Naumburg NSTZ 2013, 718 m. Anm. Jahn, JuS 2013, 1139; HK-GS/Duttge (Fn. 9), Vor § 32 Rn. 13; MüKoStGB/ders. (Fn. 53), § 15 Rn. 202; Matt/Renzikowski/Engländer (Fn. 27), Vor § 32 Rn. 8; Fischer (Fn. 53), § 32 Rn. 27; Frisch (Fn. 72), S. 113 (138 ff.); ders. (Fn. 18), § 4 Rn. 40; Frister (Fn. 33), § 14 Rn. 23; Geppert (Fn. 71), JURA 1995, 103 (105); Graul (Fn. 86), JuS 2000, L 41 (L 42 f.); AnwKStGB/Hauck (Fn. 33), Vor § 32 Rn. 9; Herzberg (Fn. 69), JA 1986, 190 (192 f.); Jakobs (Fn. 27), 11/22 ff.; Jescheck/Weigend (Fn. 16), S. 330; NK/Kindhäuser (Fn. 11), § 32 Rn. 149; Krey/Esser (Fn. 18), Rn. 469; Kühl (Fn. 18), § 7 Rn. 14 ff.; Maurach/Zipf (Fn. 71), § 25 Rn. 34; Baumann/Weber/Mitsch/Eisele (Fn. 2), § 14 Rn. 55; Murmann (Fn. 2), § 25 Rn. 10; Rengier (Fn. 3), § 17 Rn. 18; LKStGB/Rönau/Hohn (Fn. 71), § 32 Rn. 268;

erfüllt, nur wegen Versuchs zu bestrafen. Wo der Versuch nicht mit Strafe bedroht ist, führt das zur Straflosigkeit.<sup>91</sup> Die Versuchsregeln werden dabei teils unmittelbar,<sup>92</sup> teils analog<sup>93</sup> herangezogen. Zur Begründung wird angeführt, dass der mit der Tatbestandsverwirklichung verknüpfte Erfolgswert durch die objektiv gegebene Rechtfertigungslage kompensiert werde, weshalb sich der Unwertgehalt der Tat – ebenso wie beim untauglichen Versuch – auf den subjektiven Handlungsunwert beschränke.<sup>94</sup> Nach der Versuchslösung hat sich B folglich nur wegen versuchter gefährlicher Körperverletzung nach §§ 223 I, II, 224 I Nr. 2 Alt. 1, II, 22, 23 I strafbar gemacht.

Für die Versuchslösung spricht entscheidend, dass es für die Bestrafung wegen eines vollendeten Delikts nicht genügt, dass die Merkmale des gesetzlichen Tatbestands überhaupt erfüllt sind; die Tatbestandserfüllung muss auch tatbestandsmäßiges Unrecht darstellen.<sup>95</sup> Daran fehlt es aber, wenn der Tatbestand eigentlich verwirklicht und der tatbestandliche Erfolg also herbeigeführt werden durfte.<sup>96</sup> Es liegt also ein bloßer Versuch vor, weil der Unrechtserfolg objektiv nicht eingetreten ist und der Handlungsunwert allein nur einen Versuch begründen kann.<sup>97</sup> B ist somit nur wegen versuchter gefährlicher Körperverletzung zu bestrafen.

### III. Ergebnis

B hat sich nicht wegen vollendeter gefährlicher Körperverletzung gem. §§ 223 I, 224 I Nr. 2 Alt. 1 strafbar gemacht.

### B. Gesamtergebnis

B hat sich nicht wegen eines vorsätzlichen vollendeten Delikts strafbar gemacht.

---

SSW/Rosenau (Fn. 18), Vor § 32 Rn. 16; Roxin/Greco (Fn. 20), § 14 Rn. 104; Schönke/Schröder/Sternberg-Lieben (Fn. 12), Vor § 32 Rn. 15; Stratenwerth/Kuhlen (Fn. 27), § 9 Rn. 154 f.; Streng (Fn. 71), S. 469 (473); Wessels/Beulke/Satzger (Fn. 4), Rn. 415.

<sup>91</sup> Wessels/Beulke/Satzger (Fn. 4), Rn. 415.

<sup>92</sup> Frisch (Fn. 72), S. 113 (138 ff.); ders. (Fn. 18), § 4 Rn. 40; Herzberg (Fn. 69), JA 1986, 190 (193); Prittwitz (Fn. 69), JURA 1984, 74 (76); LKStGB/Rönnau/Hohn (Fn. 71), § 32 Rn. 269; Roxin/Greco (Fn. 20), § 14 Rn. 104; Streng (Fn. 71), S. 469 (474).

<sup>93</sup> HK-GS/Duttge (Fn. 9), Vor § 32 Rn. 13; Fischer (Fn. 53), § 32 Rn. 27; Geppert (Fn. 71), JURA 1995, 103 (105); Jakobs (Fn. 27), 11/23 f.; Jescheck/Weigend (Fn. 16), S. 330; Kühl (Fn. 18), § 7 Rn. 16 m. Fn. 2; Maurach/Zipf (Fn. 71), § 25 Rn. 34; Stratenwerth/Kuhlen (Fn. 27), § 9 Rn. 155.

<sup>94</sup> Wessels/Beulke/Satzger (Fn. 4), Rn. 415; s. auch Rengier (Fn. 3), § 17 Rn. 18.

<sup>95</sup> So überzeugend Frisch (Fn. 18), § 4 Rn. 40.

<sup>96</sup> Frisch (Fn. 18), § 4 Rn. 40.

<sup>97</sup> Roxin/Greco (Fn. 20), § 14 Rn. 40.