

Übungsfall: Ein Arzt auf Abwegen

Von Rechtsreferendar **Paul Krell**, Heidelberg

Der Fall, der einen hohen Schwierigkeitsgrad hat, wurde (unter Ausklammerung der Konkurrenzen) im Rahmen einer Arbeitsgemeinschaft „Strafrecht I“ an der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg als Übungsklausur gestellt. Die Schwerpunkte liegen beim Rücktritt vom Versuch nach § 24 Abs. 1 S. 1 Var. 2 StGB, dem Irrtum des Hintermanns über die Gutgläubigkeit seines Werkzeugs sowie der actio libera in causa. Die durchschnittlich erzielte Punktzahl lag bei 5,25 Punkten; 37,5% der Bearbeiter bestanden die Klausur nicht.

Sachverhalt

Der Arzt A ist in seine Kollegin B verliebt, die zum Ärger des A jedoch bereits mit N liiert ist. Als N eines Tages in das Krankenhaus eingeliefert wird, in dem auch A arbeitet, sieht dieser die ideale Gelegenheit gekommen, den unliebsamen Nebenbuhler aus dem Weg zu räumen. Er weist daher die Krankenschwester K an, N ein Schmerzmittel zu geben und gibt ihr auch gleich eine vorbereitete Spritze. Diese enthält allerdings kein Schmerzmittel, sondern ein tödlich wirkendes Gift. K durchschaut zwar das Vorhaben des A, nimmt aber aus Gleichgültigkeit gleichwohl die Spritze entgegen und injiziert sie N.

Wenig später wird K jedoch ob ihres Verhaltens von Reue gepackt. Sie ist sich zwar darüber im Klaren, dass sie sofort zu einem Arzt gehen und den Vorfall melden könnte. Von dieser Möglichkeit sieht sie aber ab, weil sie eine Strafverfolgung fürchtet. Stattdessen gibt K dem Krankenhaus telefonisch einen anonymen Hinweis, obwohl sie sich des Umstandes bewusst ist, dass hierdurch die erforderlichen Maßnahmen verzögert werden und N zwischenzeitlich versterben kann. N kann jedoch in Folge des Anrufs gerade noch rechtzeitig gerettet werden und trägt außer einer starken Übelkeit keine Folgen davon.

Als A klar wird, was passiert ist, beschließt er K zu erschießen, bevor diese den Verdacht auf ihn lenken kann. Hierfür trinkt sich der nicht alkoholgewöhnte A zu Hause Mut an und lauert K dann nach deren Schichtende vor dem Krankenhaus am Personalausgang auf. Als eine Gestalt das Krankenhausesgelände verlässt, schießt A diese mit einem Schuss nieder. Gerade als A sich anschickt, die Leiche zu manipulieren, um das Ganze wie einen Raubüberfall aussehen zu lassen, erkennt er, dass er in Folge seiner Alkoholisierung nicht K, sondern B erwischt hat. Verärgert verlässt A den Tatort. B wird kurz darauf zufällig von einem Rettungswagen entdeckt, mitgenommen und notoperiert. Sie verstirbt jedoch wegen eines leicht fahrlässigen Kunstfehlers des operierenden Arztes.

K wiederum berichtet der Polizei von der Spritze, die sie von A erhalten hat, woraufhin A festgenommen wird. Eine Blutprobe ergibt, dass A zur Tatzeit eine Blutalkoholkonzentration von 3,6 ‰ hatte.

Strafbarkeit der Beteiligten? §§ 224, 226 StGB sind nicht zu prüfen. Eventuell erforderliche Strafanträge sind gestellt.

Lösungsvorschlag

Erster Tatkomplex: Das Geschehen im Krankenhaus

A. Strafbarkeit der K

I. Versuchter Mord, §§ 212, 211, 22, 23 Abs. 1 StGB

Indem sie N die Spritze mit dem Gift injizierte, könnte sich K eines versuchten Mordes gem. §§ 212, 211, 22, 23 Abs. 1 StGB schuldig gemacht haben. N ist nicht tot, der tatbestandliche Erfolg der §§ 212, 211 StGB somit nicht eingetreten. Der versuchte Mord ist nach §§ 23 Abs. 1, 12 StGB strafbar.

1. Tatbestand

a) K müsste zunächst Tatentschluss zum Mord gehabt haben. Dies setzt Vorsatz hinsichtlich aller objektiven Tatbestandsmerkmale sowie das Vorliegen der sonstigen subjektiven Tatbestandsmerkmale voraus.¹

aa) K wusste um die tödliche Wirkung der Spritze, die ihr jedoch gleichgültig war. Sie handelte insoweit mit *dolus directus* 2. Grades.

bb) K könnte ferner Tatentschluss hinsichtlich des Mordmerkmals „Heimtücke“ gehabt haben. Heimtückisch handelt, wer die Arg- und Wehrlosigkeit des Opfers ausnutzt.² Arglos ist, wer sich zur Zeit der Tat keines Angriffes versieht.³ Wehrlos ist, wer infolge seiner Arglosigkeit in seinen Verteidigungsmöglichkeiten eingeschränkt ist.⁴ N ging davon aus, ein Schmerzmittel zu erhalten. Mit einem Angriff auf sein Leben rechnete er nicht und war somit auch außerstande, sich gegen diesen zu wehren. Die umstrittene Frage, ob die verfassungsrechtlich gebotene Restriktion des Heimtückemerkmals durch das Erfordernis einer feindlichen Willensrich-

¹ Heinrich, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Bd. 1, 2. Aufl. 2009, Rn. 656; Kühl, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 6. Aufl. 2006, § 15 Rn. 23; Mitsch, in: Baumann/Weber/Mitsch, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 11. Aufl. 2003, § 26 Rn. 26; Rengier, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2009, § 13 Rn. 3; Wessels/Beulke, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 39. Aufl. 2009, Rn. 598; instruktiv Putzke, *JuS* 2009, 894 (896 f.).

² BGHSt 32, 382 (383 f.); BGH NStZ 2009, 369 (370); NStZ 2009, 501 (502); Fischer, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar*, 57. Aufl. 2010, § 211 Rn. 34; Hilgendorf, in: Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf, *Strafrecht, Besonderer Teil*, 2. Aufl. 2009, § 2 Rn. 44; Joecks, *Strafgesetzbuch, Studienkommentar*, 8. Aufl. 2008, § 211 Rn. 26; Kett-Straub, *JuS* 2007, 515 (517); Lackner/Kühl, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 26. Aufl. 2007, § 211 Rn. 23; Neumann, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), *Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch*, 3. Aufl. 2010, Bd. 2, § 211 Rn. 50.

³ BGH NStZ 2009, 369 (370); 2009, 501 (502); Fischer (Fn. 2), § 211 Rn. 35; Momsen, in: Satzger/Schmitt/Widmaier (Hrsg.), *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 2009, § 211 Rn. 38.

⁴ BGH NStZ 2009, 369 (370); Fischer (Fn. 2), § 211 Rn. 39; Momsen (Fn. 3), § 211 Rn. 44.

tung⁵ oder eines verwerflichen Vertrauensbruches⁶ zu erreichen ist, kann hier offenbleiben, da nach beiden Ansichten heimtückisches Handeln gegeben war. K handelte in feindlicher Willensrichtung und angesichts ihrer Stellung als Krankenschwester – infolge derer sie sogar Beschützergarantin für N ist⁷ – lag ein verwerflicher Vertrauensbruch ebenfalls vor. K handelte somit heimtückisch.

b) Indem sie die tatbestandliche Handlung vorgenommen hat, hat K auch unmittelbar zur Tat angesetzt.

2. Rechtswidrigkeit und Schuld

K handelte rechtswidrig und schuldhaft.

3. Strafbefreiender Rücktritt (§ 24 Abs. 1 StGB)

Indem K dem Krankenhaus einen anonymen Hinweis gab, könnte sie jedoch vom Mordversuch strafbefreiend zurückgetreten sein.

a) Da K den Erfolg durch bloßes Geschehenlassen hätte herbeiführen können, lag kein fehlgeschlagener Versuch vor.

b) Obwohl man angesichts der Beteiligung des A an der Tat der K § 24 Abs. 2 StGB für einschlägig erachten könnte, würde nach zutreffender h.M. § 24 Abs. 1 StGB dann Platz greifen, wenn K wegen ihrer alleinigen Tatherrschaft Haupttäterin wäre; hierauf kommt es aber schon deshalb nicht an, weil sich bei Anwendung des § 24 Abs. 2 StGB keine anderen Anforderungen an die Rücktrittshandlung ergeben.⁸ Der Prüfungsmaßstab des Rücktritts richtet sich mithin danach, ob ein beendeter oder ein unbeendeter Versuch vorliegt.⁹ Ein unbeendeter Versuch ist dabei zu bejahen, wenn der Täter glaubt, alles zum Eintritt der Vollendung Erforderliche getan zu haben.¹⁰ So liegen die Dinge hier: K hätte dem Geschehen nur seinen Lauf lassen müssen und das Gift hätte seine tödliche Wirkung entfaltet.

c) Damit sind die Anforderungen an die Rücktrittshandlung der K § 24 Abs. 1 S. 1 Var. 2 StGB zu entnehmen. Hiernach ist erforderlich, dass K die Vollendung der Tat verhindert. Problematisch ist hier allerdings, dass die Rücktrittshandlung der K sich auf den anonymen Anruf beschränkte, obwohl – wie K wusste – die direkte Hinzuziehung eines Arztes das Risiko für N verringert hätte. Fraglich und umstritten ist, welche Anforderungen im Rahmen des § 24 Abs. 1 S. 1 Var. 2 StGB an den Täter zu stellen sind. Die h.M. lässt es ausreichen, dass der Täter – wie hier – eine Rücktrittshandlung vornimmt, die in zurechenbarer Weise (mit-)ursächlich für das Ausbleiben des Erfolges wird.¹¹ Dagegen richtet sich die Gegenauffassung, die vom Täter verlangt, dass er aus mehreren denkbaren Rücktrittshandlungen die sicherste, die optimale wählt.¹² Sie wendet ein, demjenigen, der nur gleichsam „halbherzig“ von seinem Versuch zurücktrete, sei die strafbefreiende Wirkung des Rücktritts zu versagen. Im Übrigen würde andernfalls der taugliche Versuch gegenüber dem untauglichen Versuch benachteiligt, weil bei letzterem nach § 24 Abs. 1 S. 2 StGB stets ein ernsthaftes Bemühen erforderlich sei. Auf dem Boden dieser Meinung hätte A keine ausreichende Rücktrittshandlung vorgenommen. Diese Auffassung ist jedoch abzulehnen. Sie findet im Wortlaut des § 24 Abs. 1 S. 1 StGB keine Stütze und fügt sich auch nicht in die Systematik der Rücktrittsregeln ein. Gegen sie spricht auch der Gedanke des Opferschutzes, weil ein „halbherziges“ Rücktrittsverhalten für das Opfer immer noch besser ist als gar keines.

d) K handelte auch aus autonomen Motiven¹³ und somit freiwillig.

K ist damit strafbefreiend vom Mordversuch zurückgetreten.

II. Körperverletzung, § 223 Abs. 1 StGB

K könnte sich aber einer Körperverletzung gem. § 223 Abs. 1 StGB schuldig gemacht haben. Die von N empfundene Übelkeit stellte eine üble und unangemessene Behandlung, damit eine körperliche Misshandlung dar. Ebenfalls lag darin ein krankhafter, pathologischer Zustand, der medikamentös behandelt werden musste, damit eine Gesundheitsschädigung.

⁵ BGHSt 9, 385 (390); BGH NSTz 2009, 369 (370); *Fischer* (Fn. 2), § 211 Rn. 44a; *Lackner/Kühl* (Fn. 2), § 211 Rn. 6.

⁶ Vgl. *Eser*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 28. Aufl. 2010, § 211 Rn. 26 m.w.N.; *Jakobs*, JZ 1984, 996 (997 f.).

⁷ Vgl. *Rengier* (Fn. 1), § 50 Rn. 31; *Weigend*, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann, Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, 12. Aufl. 2007, Bd. 1, § 13 Rn. 36; *Wohlers*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, 3. Aufl. 2010, Bd. 1, § 13 Rn. 39.

⁸ *Loos*, Jura 1996, 518; vgl. zur h.M. *Lilie/Albrecht*, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Fn. 7), § 24 Rn. 96; *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 2, 2003, § 30 Rn. 305; *Rengier* (Fn. 1), § 37 Rn. 13; a.A. etwa *Herzberg*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2006, Bd. 1, § 24 Rn. 189.

⁹ Krit. zu dieser überkommenen methodischen Vorgehensweise *Scheinfeld*, JuS 2002, 250 (251 ff.).

¹⁰ BGH NSTz 1993, 39 (40); *Heinrich* (Fn. 1), Rn. 795; *Kühl* (Fn. 1), § 16 Rn. 25; *Rudolphi*, in: ders. u.a. (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 120. Lieferung, Stand: November 2009, § 24 Rn. 15; *Wessels/Beulke* (Fn. 1), Rn. 638.

¹¹ Vgl. etwa BGH NSTz 2008, 508 (509); *Beckemper*, in: von Heitschel-Heinegg (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 2010, § 24 Rn. 51; *Engländer*, JuS 2003, 641 (644); *Heinrich* (Fn. 1), Rn. 851; *Jäger*, Jura 2009, 53 (58); *Joecks* (Fn. 2), § 24 Rn. 25; *Rengier* (Fn. 1), § 37 Rn. 124; *Rudolphi*, NSTz 1989, 508 (511 ff.); *ders.* (Fn. 10), § 24 Rn. 27c; *Wessels/Beulke* (Fn. 1), Rn. 644; *Zaczyk*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Fn. 7), § 24 Rn. 59, wobei auf das Erfordernis der Zurechenbarkeit teils verzichtet wird.

¹² *Herzberg*, NJW 1989, 863 (865 ff.); *Mitsch* (Fn. 1), § 27 Rn. 28; *Murmann*, Versuchsrecht und Rücktritt, 1999, S. 65; *Puppe*, NSTz 1995, 403 (404); differenzierend *Roxin* (Fn. 8), § 30 Rn. 237 ff.

¹³ Vgl. *Heinrich* (Fn. 1), Rn. 809; *Joecks* (Fn. 2), § 24 Rn. 21; *Wessels/Beulke* (Fn. 1), Rn. 651 f.; vertiefend *Zaczyk* (Fn. 11), § 24 Rn. 68 ff.

Zwar liegt hinsichtlich der Verabreichung der Spritze grundsätzlich eine rechtfertigende Einwilligung durch N vor. Eine solche kann jedoch unwirksam sein, wenn sie an wesentlichen Willensmängeln leidet. N hat hier lediglich in die Körperverletzung durch die Injektion eines Schmerzmittels eingewilligt, nicht aber in die eines tödlich wirkenden Giftes. Die Einwilligung ist damit unwirksam, ohne dass es auf die Frage ankommt, ob dies einen rechtsgutbezogenen Willensmangel voraussetzt,¹⁴ weil ein solcher gerade vorliegt.

B. Strafbarkeit des A

I. Versuchter Mord in mittelbarer Täterschaft, §§ 212, 211, 22, 23 Abs. 1, 25 Abs. 1 Var. 2 StGB

A könnte sich eines versuchten Mordes in mittelbarer Täterschaft schuldig gemacht haben, indem er der K die Giftspritze gab und sie anwies, diese N zu injizieren.

1. Tatbestand

a) A hatte Vorsatz (*dolus directus* 1. Grades) hinsichtlich der Tötung des N. Nach der für den Tatentschluss maßgeblichen Vorstellung des A könnten ferner die Voraussetzungen einer mittelbaren Täterschaft vorgelegen haben. Diese setzt ein menschliches Werkzeug voraus, über das der Täter kraft überlegenen Wissens oder Willens Tatherrschaft hat, wobei die Werkzeugqualität typischerweise in einem Strafbarkeitsmangel des Tatmittlers zu sehen ist.¹⁵ A hielt K für gutgläubig und wähte somit ein deliktisches Defizit bei deren Vorsatz. Seiner Vorstellung zu Folge lagen damit die Voraussetzungen des § 25 Abs. 1 Var. 2 StGB vor. Auf den Umstand, dass K in Wahrheit das Vorhaben des A durchschaute,¹⁶ kommt es dagegen nicht an, weil im Rahmen des Tatentschlusses alleine seine Vorstellung zu Grunde zu legen ist. Auch die heimtückische Begehungsweise war vom Vorsatz des A gedeckt.

Allein aus dem Umstand, dass A den N töten will, weil dieser mit K liiert ist, kann auf das Mordmerkmal der niedrigen Beweggründe dagegen nicht geschlossen werden.¹⁷

¹⁴ Vgl. zum Streitstand *Kühl* (Fn. 1), § 9 Rn. 37 ff.; *Rengier* (Fn. 1), § 23 Rn. 23 ff.; *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 4. Aufl. 2006, § 13 Rn. 97 ff.

¹⁵ *Heinrich*, Strafrecht Allgemeiner Teil, Bd. 2, 2. Aufl. 2009, Rn. 1243; *Murmann*, in: Satzger/Schmitt/Widmaier (Fn. 3), § 25 Rn. 4; *Wessels/Beulke* (Fn. 1), Rn. 537.

¹⁶ Die Bösgläubigkeit des Werkzeugs steht der Annahme einer mittelbaren Täterschaft grds. entgegen. Für die Tatherrschaftslehre versteht sich das von selbst. Allenfalls auf dem Boden der subjektiven Theorie ließe sich eine Täterschaft bejahen; vgl. *Murmann*, JA 2008, 321 (326); *ders.* (Fn. 15), § 25 Rn. 29. Diese Lösung ist aber jedenfalls im Bereich des § 25 Abs. 1 Var. 2 StGB kaum mit dem Gesetz vereinbar, das ja gerade von einer Tatherrschaft über das Werkzeug ausgeht, vgl. *Schünemann*, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Fn. 7), § 25 Rn. 146; ergänzend *Hoyer*, in: Rudolphi u.a. (Fn. 7), § 25 Rn. 42; a.A. *Weber*, in: Baumann/Weber/Mitsch (Fn. 1), § 29 Rn. 151.

¹⁷ Instruktiv zu Tötungen aus Eifersucht *Schütz*, JA 2007, 23.

b) Umstritten ist, wann der mittelbare Täter unmittelbar zur Tat ansetzt.¹⁸ Da hier jedoch K als Werkzeug des A selbst bereits zur Tatverwirklichung angesetzt hat, liegt selbst nach der engsten Auffassung ein unmittelbares Ansetzen des A vor, so dass der Streit keiner Entscheidung bedarf.

2. Rechtswidrigkeit und Schuld

Rechtswidrigkeit und Schuld sind gegeben.

II. Anstiftung zum versuchten Mord, §§ 212, 211, 22, 23 Abs. 1, 26 StGB

A könnte sich überdies einer Anstiftung zum versuchten Mord schuldig gemacht haben. A hat K zu ihrer Tat bestimmt. Deren Rücktritt ist für die Anstifterstrafbarkeit des A unerheblich, weil § 26 StGB lediglich das Erfordernis einer vorsätzlichen, rechtswidrigen Haupttat statuiert.¹⁹ Problematisch ist jedoch der (so genannte doppelte) Anstiftervorsatz des A. Aufgrund des Umstandes, dass A den K für gutgläubig hielt, hatte A nämlich keinen Vorsatz hinsichtlich einer *vorsätzlichen* Haupttat. Die wohl h.M. kommt gleichwohl zu einer Strafbarkeit wegen Anstiftung mit dem Argument, der Anstiftervorsatz sei gleichsam „als Minus“ im Vorsatz zur mittelbaren Täterschaft enthalten.²⁰ Dieses argumentum a maiore ad minus ist zwar dogmatisch durchaus überzeugend. Es befriedigt auch ein gewisses kriminalpolitisches Bedürfnis, weil ansonsten bei fehlender Versuchsstrafbarkeit der Täter straffrei bleibt.²¹ Die Auffassung der h.M. verstößt jedoch gegen den insoweit klaren Wortlaut des § 26 StGB und ist deshalb sub specie Art. 103 Abs. 2 GG abzulehnen.²²

III. Versuchte Körperverletzung in mittelbarer Täterschaft, §§ 223 Abs. 1, 25 Abs. 1 Var. 2, 22, 23 Abs. 1 StGB

A hat sich ferner einer versuchten Körperverletzung in mittelbarer Täterschaft schuldig gemacht.

IV. Konkurrenzen

Der versuchte Mord in mittelbarer Täterschaft steht wegen der so genannten Klarstellungsfunktion der Idealkonkurrenz in Tateinheit mit der versuchten Körperverletzung in mittelbarer Täterschaft, um im Tenor dem Unrechtsgehalt des ein-

¹⁸ Vgl. zum Streitstand *Fischer* (Fn. 2), § 22 Rn. 24 ff.; *Hiltenkamp*, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Fn. 7), § 22 Rn. 153 ff.; *Kudlich/Schuh*, in: Satzger/Schmitt/Widmaier (Fn. 3), § 22 Rn. 55 ff.; *Putzke*, JuS 2009, 985 (989 f.); *Rengier* (Fn. 1), § 36 Rn. 4 ff.; *Zaczyk* (Fn. 10), § 22 Rn. 30 ff.

¹⁹ Vgl. *Rengier* (Fn. 1), § 37 Rn. 2.

²⁰ *Heine*, in: Schönke/Schröder (Fn. 6), Vorbem. § 25 ff. Rn. 79; *Kühl* (Fn. 1), § 20 Rn. 87; *Roxin* (Fn. 8), § 25 Rn. 167; *Schünemann* (Fn. 16), § 25 Rn. 147; *Wessels/Beulke* (Fn. 1), Rn. 549.

²¹ *Schünemann* (Fn. 16), § 25 Rn. 147.

²² So auch *Herzberg*, Täterschaft und Teilnahme, 1977, S. 45; *Hoyer* (Fn. 16), § 25 Rn. 145; *Kudlich*, JuS 2003, 755 (758); *ders.*, in: von Heintschel-Heinegg (Fn. 11), § 25 Rn. 38.2; *Joecks* (Fn. 2), § 25 Rn. 50; *ders.*, in: Joecks/Miebach (Fn. 8), § 25 Rn. 138; *Kretschmer*, Jura 2003, 535 (537 f.); *Rengier* (Fn. 1), § 43 Rn. 82.

getretenen Körperverletzungserfolges Ausdruck zu verleihen.²³ Dieser ergibt sich zwar wegen der Bösgläubigkeit der K nicht schon aus der Bezeichnung als nur „versuchte Körperverletzung“, wohl aber aus dem Umstand, dass diese gleichwohl mittenoriert wird.

Zweiter Tatkomplex: Das Geschehen vor dem Krankenhaus

A. Strafbarkeit des A wegen Mordes gem. §§ 212, 211 StGB durch den Schuss

Indem er auf B schoss, könnte A sich eines Mordes schuldig gemacht haben.

I. Tatbestand

1. B ist tot. Hierfür müsste die Handlung des A kausal geworden sein. Kausal ist nach der *conditio-sine-qua-non*-Formel jede Handlung, die nicht hinweg gedacht werden kann, ohne dass der tatbestandliche Erfolg in seiner konkreten Form entfiel.²⁴ Denkt man sich den Schuss des A hinweg, so wäre auch der Tod der B nicht eingetreten. Fraglich könnte aber sein, ob unter dem Gesichtspunkt des Kunstfehlers durch den operierenden Arzt die objektive Zurechenbarkeit dieses Erfolges zu verneinen ist. Wann ein nichtvorsätzliches Drittverhalten diese ausschließt, ist im Detail umstritten. Richtigerweise ist aber jedenfalls in einem leicht fahrlässigen Fehlverhalten Dritter noch eine Gefahr zu sehen, mit der man rechnen muss.²⁵

2. In Betracht kommt abermals das Mordmerkmal der Heimtücke. Ein Ausnutzen der Arg- und Wehrlosigkeit ist gegeben. Auch eine feindliche Willensrichtung liegt vor. In Ermangelung einer Vertrauensbeziehung wird freilich nunmehr die bereits angesprochene Frage virulent, wie die gebotene Restriktion des Heimtückemerkmals zu erreichen ist. Gegen das Erfordernis eines verwerflichen Vertrauensbruchs spricht bereits die Konturenlosigkeit des Begriffs. Überdies führt diese Auffassung zu dem kriminalpolitisch unbefriedigenden Ergebnis, dass selbst hinterhältigste Attentate bei fehlender Täter-Opfer-Beziehung nicht erfasst werden.²⁶ Damit ist Heimtücke hier zu bejahen.

²³ Vgl. nur BGH NJW 1999, 69 (70 f.); *Eser* (Fn. 6), § 212 Rn. 23; *Fischer* (Fn. 2), § 211 Rn. 107; *Maatz*, NStZ 1995, 209 (210 f.); *Momsen* (Fn. 2), § 211 Rn. 98; *Seher*, JuS 2004, 482.

²⁴ BGH NJW 1993, 1723; *Fischer* (Fn. 2), Vor § 13 Rn. 21; *Kudlich*, in: Satzger/Schmitt/Widmaier (Fn. 3), Vor § 13 ff. Rn. 34; *Wessels/Beulke* (Fn. 1), Rn. 156.

²⁵ *Heinrich* (Fn. 1), Rn. 255; *Otto*, NJW 1980, 417 (422); *Rengier*, Erfolgsqualifizierte Delikte und verwandte Erscheinungsformen, 1986, S. 164; *ders.* (Fn. 1), § 13 Rn. 95; differenzierend *Walter*, in: Laufhütte/Rissing-van Saan (Fn. 7), Vor § 13 Rn. 106 ff.; weitergehend *Weber* (Fn. 16), § 14 Rn. 76, der auch vorsätzliches Drittverhalten erfassen will; insgesamt abl. *Puppe*, ZJS 2008, 600 (608).

²⁶ Vgl. *Hilgendorf* (Fn. 2), § 2 Rn. 50; *Kett-Straub*, JuS 2007, 515 (520); *Rengier*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 11. Aufl. 2010, § 4 Rn. 33; *ders./Brand*, JuS 2008, 514 (515).

3. A handelte vorsätzlich (*dolus directus* 1. Grades) hinsichtlich des Todeseintritts und der Heimtücke. Daran ändert auch der Umstand nichts, dass A nicht B, sondern K töten wollte. Hierin ist nicht etwa ein Tatumstandsirrtum i.S.d. § 16 StGB zu sehen. Tatbestandliche Voraussetzung der §§ 212, 211 StGB ist die Tötung „eines Menschen“ und diese hat A erreicht. Die Identität des Opfers spielt für die Tatbestandsmäßigkeit insoweit keine Rolle. Die Verwechslung ist mit Blick auf das Schießen als tatbestandliche Handlung daher nur ein unbeachtlicher so genannter *error in persona*.²⁷

4. In Betracht kommt weiter das Mordmerkmal der Verdeckungsabsicht. Dies liegt insbesondere vor, wenn der Täter durch Tötung des einzigen Tatzeugen oder eines Verfolgers unerkannt zu entkommen versucht.²⁸ A wollte hier verhindern, dass K sein Verhalten um die Giftspritze aufdecken und er deswegen bestraft werden könnte. Er handelte damit in Verdeckungsabsicht.

II. Rechtswidrigkeit

A handelte rechtswidrig.

III. Schuld

A könnte jedoch gem. § 20 StGB ohne Schuld gehandelt haben. Die Alkoholintoxikation könnte hier als tiefgreifende Bewusstseinsstörung i.S.d. § 20 StGB einzuordnen sein. Obschon sich mehr und mehr die Erkenntnis durchsetzt, dass eine schematische Übertragung der Blutalkoholkonzentration (BAK) nicht möglich, sondern eine Gesamtbetrachtung vorzunehmen ist,²⁹ ist bei Tötungsdelikten unter Berücksichtigung der besonderen Hemmschwelle ab einer BAK von 3,3 ‰ Schuldunfähigkeit jedenfalls naheliegend,³⁰ soweit nicht in der Person des Täters besondere Umstände – insbesondere Trinkgewohnheit – vorliegen.³¹ Da A nicht trinkgewohnt ist, wäre an sich von Schuldunfähigkeit auszugehen. Dieses Ergebnis begegnet aber deswegen durchgreifenden

²⁷ Vgl. BGHSt 11, 268 (270 f.); 37, 214 (216); *Henn*, JA 2008, 854 (856). Die Frage nach der gesonderten Beurteilung *rauschbedingter* Irrtümer ist Konsequenz der dogmatischen Besonderheiten der Tatbestandslösung und daher auch erst in deren Rahmen (s. unten II. 2.) zu erörtern, vgl. auch *Schweinberger*, JuS 2006, 507.

²⁸ Vgl. nur BGH NJW 1988, 2682; *Fischer* (Fn. 2), § 211 Rn. 68; *Hilgendorf* (Fn. 2), § 2 Rn. 62; *Eser* (Fn. 6), § 211 Rn. 31; *Joecks* (Fn. 2), § 211 Rn. 43; *Lackner/Kühl* (Fn. 2), § 211 Rn. 12; *Neumann* (Fn. 2), § 211 Rn. 99; *Rengier* (Fn. 26), § 4 Rn. 53.

²⁹ Vgl. BGH NStZ 1987, 321 m. Anm. *Blau*, JR, 1988, 210; BGH NStZ-RR 2003, 71; *Fischer* (Fn. 2), § 20 Rn. 16; *Kröber*, NStZ 1996, 659 (574 f.); *Roxin* (Fn. 14), § 20 Rn. 10.

³⁰ Vgl. BGH StV 1990, 107; *Joecks* (Fn. 2), § 20 Rn. 4; *Lackner/Kühl* (Fn. 2), § 20 Rn. 18; *Perron*, in: Schönke/Schröder (Fn. 6), § 20 Rn. 16b; krit. insoweit *Rengier/Forsster*, BA 1987, 161 (167); zusammenfassend *Schild*, in: Kindhäuser/Neumann/Paefgen (Fn. 7), § 20 Rn. 81 f.

³¹ *Fischer* (Fn. 2), § 20 Rn. 20; *Schöch*, in: Satzger/Schmitt/Widmaier (Fn. 3), § 20 Rn. 38.

Bedenken, weil sich A hier vorsätzlich in den Rauschzustand begeben hat und dabei schon den Entschluss gefasst hatte, später K zu töten. Aufgrund dieser empfundenen evidenten Unbilligkeit der Straflosigkeit der so genannten vorsätzlichen *actio libera in causa* werden verschiedene Lösungen vorgeschlagen, die gleichwohl zu einer Strafbarkeit unmittelbar aus der Rauschtat gelangen.

1. Nach dem so genannten Ausnahmehmodell soll wegen der rechtsmissbräuchlichen Vorgehensweise des Rauschtäters eine Ausnahme vom Koinzidenzprinzip des § 20 StGB gemacht werden, wonach die Schuld an sich „bei Begehung der Tat“ vorliegen muss.³² Mitunter wird dabei auch eine gewohnheitsrechtliche Anerkennung der *actio libera in causa* postuliert.³³

2. Das so genannte Ausdehnungsmodell will den Begriff der „Tat“ des § 20 StGB nicht im Sinne zeitlicher Grenzen verstehen, sondern gleichsam als Schuldtatbestand, in dessen Rahmen schuldhaftes Vorverhalten mit zu berücksichtigen ist.³⁴

3. Beide Ansichten vermögen nicht zu überzeugen. Zuvörderst ist dabei die Unvereinbarkeit mit dem Wortlaut des § 20 StGB hervorzuheben, die mit der Überschreitung der Grenze von noch zulässiger Auslegung zu verfassungswidriger Analogie zu Lasten des Täters einhergeht. Ferner muss sich das Ausdehnungsmodell fragen lassen, warum der Begriff der Tat in § 20 StGB anders zu verstehen sein soll, als in den §§ 16 und 17 StGB. A war daher zum Zeitpunkt, als er den Schuss auf B abgab, schuldunfähig. Die gewohnheitsrechtliche Anerkennung der *actio libera in causa* ist im Übrigen mit Art. 103 Abs. 2 GG schlechterdings unvereinbar.³⁵

II. Strafbarkeit des A wegen Mordes gem. §§ 212, 211 StGB durch das Sich-betrinken³⁶

1. Möglicherweise hat A sich aber bereits durch das Sich-betrinken eines Mordes schuldig gemacht. Die Kritik an den

³² Kindhäuser, Gefährdung als Straftat, 1989, S. 120; Lackner/Kühl (Fn. 2), § 20 Rn. 25; Otto, Jura 1986, 426 (429 ff.); Wessels/Beulke (Fn. 1), Rn. 415.

³³ So etwa Jescheck/Weigend, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 1996, S. 446.

³⁴ Safferling, JA 2007, 183 (185); Streng, JuS 2001, 540 (542); ders., in: Joecks/Miebach (Fn. 22), § 20 Rn. 128; wohl auch Jerouschek/Köbel, JuS 2001, 417 (420).

³⁵ Eschelbach, in: von Heintschel-Heinegg (Fn. 11), § 20 Rn. 72.1; Paeffgen, ZStW 97 (1985), 513 (524); a.A. Fischer (Fn. 2), § 20 Rn. 55; Streng, JZ 2000, 20 (23).

³⁶ Die Darstellung des Tatbestandsmodells als eigener Prüfungspunkt setzt dessen dogmatische Konstruktion über das Sich-betrinken als tatbestandliche Handlung am konsequentesten um. Sie hat auch den Vorteil, dass in der hier einschlägigen Konstellation des rauschtatbedingten Irrtums nicht bereits im Rahmen des Vorsatzes auf das Vorliegen der *actio libera in causa* vorweggegriffen werden muss. Vgl. zur Aufbaufrage auch Rengier (Fn. 1), § 25 Rn. 32, der freilich für eine „kombinierte“ Prüfung plädiert; wie hier: Kindhäuser, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 4. Aufl. 2009, § 23 Rn. 28; Rönnau, JuS 2010, 300 (302); Schweinberger, JuS 2006, 507.

vorgenannten Begründungsmodellen zur *actio libera in causa* sucht eine verbreitete Auffassung, Tatbestandslösung oder Vorverlagerungstheorie genannt, dadurch zu vermeiden, dass sie die tatbestandliche Handlung bereits in dem Sich-betrinken erblickt und damit an einen Zeitpunkt anknüpft, in dem der Täter noch schuldfähig war.³⁷ Insoweit wird mit einer Parallele zur mittelbaren Täterschaft argumentiert: Der Täter mache sich gleichsam zu seinem eigenen Werkzeug. Diese Auffassung verdient Zustimmung. Sie hat den Vorteil für sich, eine dogmatisch fundierte Begründung zu liefern, die geeignet ist, die Friktionen mit § 20 StGB aufzulösen. Soweit ihr mitunter vorgehalten wird, der Rekurs auf die mittelbare Täterschaft passe nicht, weil § 25 Abs. 1 Var. 2 StGB die Tatbegehung „durch einen anderen“ fordert,³⁸ so ist dem zu entgegnen, dass die Tatbestandslösung sich nicht wirklich als ein Fall der mittelbaren Täterschaft versteht, sondern lediglich zur Exemplifizierung der Begründungsstruktur auf die dogmatische Parallele verweist.³⁹

2. Zu klären bleibt, wie sich der rauschbedingte Irrtum des A über die Identität des Opfers auf seinen Vorsatz auswirkt.

a) Mitunter wird unter Rekurs auf die Werkzeugeigenschaft des Täters vorgeschlagen, dessen Irrtum als Fall der *aberratio ictus* zu beurteilen.⁴⁰ Die rauschbedingte Verwechslung stelle eine wesentliche Abweichung vom Tatplan dar. Hiernach könnte A lediglich wegen versuchten Mordes bestraft werden.

b) Nach anderer Auffassung soll es sich stets um einen unbeachtlichen *error in persona* handeln.⁴¹ Nach dieser Meinung hätte A sich eines vollendeten Mordes schuldig gemacht.

³⁷ Ellbogen, Jura 1998, 483 (486); Puppe, JuS 1980, 346 (347); Rengier (Fn. 1), § 25 Rn. 15; Roxin (Fn. 14), § 20 Rn. 61; Rudolphi (Fn. 10), § 20 Rn. 28e; Satzger, Jura 2006, 513 (515 f.); Weber (Fn. 16), § 19 Rn. 40; wohl auch Spendel, JR 1997, 133 (134).

³⁸ Kühl (Fn. 1), § 11 Rn. 13; Rönnau, JA 1997, 707 (710).

³⁹ Hirsch, NStZ 1997, 230 (231); Rengier (Fn. 1), § 25 Rn. 15. Im Hinblick auf die erwähnten Friktionen mit dem Wortlaut des § 20 StGB können die Bearbeiter mit guten Gründen auch das Tatbestandsmodell und eine Strafbarkeit nach den Grundsätzen der vorsätzlichen *actio libera in causa* insgesamt als verfassungswidrig ablehnen; so etwa Ambos, NJW 1997, 2296 (2297); Paeffgen, ZStW 97 (1985), 513 (524); Salger/Mutzbauer, NStZ 1993, 561 (565); Stühler, Die *actio libera in causa* de lege lata und de lege ferenda, 1999, S. 111 f.

⁴⁰ Joecks (Fn. 2), § 323a Rn. 32; Lackner/Kühl (Fn. 2), § 20 Rn. 26; Perron, in: Schönke/Schröder (Fn. 6), § 20 Rn. 37; Roxin (Fn. 14), § 20 Rn. 74; Rudolphi (Fn. 10), § 20 Rn. 31; Schweinberger, JuS 2006, 506 (507); Schöch, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Fn. 7), § 20 Rn. 203; wohl auch Otto, Jura 1986, 426 (433).

⁴¹ BGHSt 21, 381 (383 f.); Jähnke, in: Jähnke/Laufhütte/Odersky (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, 11. Aufl. 2003, § 20 Rn. 80; Streng (Fn. 34), § 20 Rn. 144.

c) Eine vermittelnde Ansicht möchte den Individualisierungsgedanken fruchtbar machen, der für die Frage nach der Auswirkung des Irrtums des Vordermanns auf den Hintermann entwickelt worden ist. Damit käme man nur dann zu einer *aberratio ictus*, wenn der Täter vor Eintritt in den Bereich des § 20 StGB alles Erforderliche getan hätte, um das Risiko von rauschbedingten Irrtümern möglichst weit auszuschließen.⁴² A hat indessen als Tatort den Personalausgang gewählt und damit von Anfang an die Möglichkeit geschaffen, dass es zu einer Personenverwechslung kommt. Nach dieser Auffassung stellt sich der Irrtum des A also ebenfalls als unbeachtlicher *error in persona* dar.

d) Die Auffassung, die eine Lösung parallel zur *aberratio ictus* sucht, überzeugt nicht. Sie verkennt, dass eine Verwechslung infolge des Rauschzustands grundsätzlich ein typisches Risiko darstellt, dessen apodiktische Nichtzurechnung unbillig wäre. Das Argument, es läge eine erhebliche Abweichung vom Tatplan vor, trifft auf den *error in persona* in unberauschtem Zustand gleichermaßen zu.

A ist daher strafbar wegen Mordes durch das Sichbetrinken.

Gesamtergebnis

K ist strafbar wegen Körperverletzung gem. § 223 Abs. 1 StGB.

A ist strafbar wegen versuchten Mordes in mittelbarer Täterschaft gem. §§ 212, 211, 25 Abs. 1 Var. 2, 22, 23 Abs. 1 StGB in Tateinheit mit versuchter Körperverletzung in mittelbarer Täterschaft gem. §§ 223 Abs. 1, 25 Abs. 1 Var. 2, 22, 23 Abs. 1 StGB an N in Tatmehrheit mit Mord gemäß §§ 212, 211 StGB an B.

⁴² *Kühl* (Fn. 1), § 11 Rn. 23; *Rengier* (Fn. 1), § 25 Rn. 23.