

## **F A M O S**

(Der **F**all des **M**onats im **S**trafrecht)

**April 2001**

### **Nebenfrau-Fall**

#### ***Rücktritt vom Totschlagsversuch / Strafbarkeit wegen vollendeter vorsätzlicher schwerer Körperverletzung***

§§ 24, 212, 226 StGB

#### **Leitsatz des Gerichts:**

**Zur Erfüllung des Tatbestandes des § 226 Abs. 2 StGB reicht es aus, dass der Täter die schwere Körperverletzung als sichere Folge seines Handelns voraussieht. Die Vorschrift ist – etwa nach strafbefreiendem Rücktritt vom Tötungsversuch – auch bei direktem Tötungsvorsatz anwendbar; die entgegenstehende frühere Rechtsprechung (BGH NStZ 1997, 233, 234) ist überholt.**

BGH, Urteil vom 14. 12. 2000, abgedruckt in Strafverteidiger 2001, 162.

### **1. Sachverhalt**

A beschließt, B, die „Nebenfrau“ seines Bruders C, zu töten, weil sie nach Auffassung aller Familienangehörigen den Familienfrieden stört und der Familienehre schadet. Mit einem geladenen Revolver sucht er B in ihrer Wohnung auf. Sofort, nachdem sie geöffnet hat, richtet er die Waffe gegen ihren Körper und drückt ab. Für A unerwartet, bricht B jedoch nicht sterbend zusammen. Trotz des Körpertreffers bleibt sie stehen und blickt ihn verwundert an. Daraufhin ergreift er ihre Haare, zieht den Kopf seitlich nach hinten, setzt die Waffe zwischen dem rechten Augenrand und der Schläfe auf, sieht ihr in die Augen und drückt erneut ab. B erleidet schwere Hirnverletzungen, ist sofort halbseitig gelähmt und stürzt zu Boden. A erkennt, dass sie noch lebt. Ihre hilflose Lage erweckt Mitleid in ihm. Er ruft bei der Polizei an, um sich zu stellen und Rettungsmaßnahmen zu veranlassen. Durch eine sofortige Notoperation kann B gerettet werden. Sie bleibt jedoch infolge der Hirnverletzung für immer halbseitig gelähmt.

### **2. Problem(e) und bisheriger Meinungsstand**

Der BGH konzentriert sich in seiner Entscheidung auf Fragen, die mit Körperverletzungstatbeständen zusammenhängen. Eine gutachtliche Fallprüfung muss je-

doch zunächst der Frage nachgehen, ob der zweifelsfrei vorliegende Totschlagsversuch wegen Rücktritts straflos bleibt. Die Strafbefreiung könnte wegen Fehlschlags zu versagen sein. Denn A hatte angenommen, B mit einem Schuss töten zu können, und er hatte diesen Schuss abgegeben, ohne sein Ziel damit zu erreichen. Andererseits erkannte er nach Abgabe des ersten und auch des zweiten Schusses, dass er die Tötung noch durch weitere Schüsse erreichen konnte, was gegen einen Fehlschlag spricht. Damit ist die **typische Konstellation für den Meinungsstreit über den richtigen Bewertungsansatz beim fehlgeschlagenen Versuch**<sup>1</sup> gegeben.

Als **Einzelaktstheorie** wird die Auffassung bezeichnet, die jede Ausführungshandlung für sich betrachtet, welche der Täter **bei Tatbeginn** für erfolgsg geeignet gehalten hat.<sup>2</sup> Scheitert dieser einzelne Akt, so liegt bereits ein fehlgeschlagener Versuch vor. Dagegen wendet sich die **Gesamtbetrachtungslehre**, die den Anwendungsbereich der Rücktrittsvorschriften erweitert.<sup>3</sup> Sie stellt auf die Perspektive des Täters nach der letzten Ausführungshandlung (**Rücktrittshorizont**) ab und behandelt den Versuch als rücktrittsfähig, wenn der Täter glaubt, sein bisheriges Tun noch mit dem bereits eingesetzten Mittel oder einem neuen vollenden zu können. Vorausgesetzt wird dabei, dass ein einheitlicher Lebensvorgang vorliegt.

Die Rechtsprechung folgt der Gesamtbetrachtungslehre.<sup>4</sup> Davon profitierte A. Da er durch eigene freiwillige Bemühungen den Tod der B abgewendet hatte, wurde ihm der persönliche Strafaufhebungsgrund des Rücktritts vom beendeten Versuch gem. § 24 Abs. 1 zweite Alt. StGB zuerkannt. **Von der Verantwortung für bereits vollendete Taten entlastet diese versuchsbezogene Strafbefreiung natürlich nicht.** Doch bereitet insbesondere die subjektive Zurechnung Probleme, falls der Täter allein den Erfolg der letztlich nur versuchten Tat im Auge hatte. So lag es hier. A wollte B töten und war sich sicher, sie durch die Schüsse töten zu können. Was er tatsächlich erreichte, war eine gravierende Körperverletzung. Subsumiert man die eingetretenen Verletzungen stufenweise – also nach Grundtatbestand und Qualifikation – unter die Körperverletzungstatbestände, so ergibt sich auch eine Stufenfolge der Probleme.

Zunächst ist also zu fragen: Kann der Körperverletzungsvorsatz gem. § 223 Abs. 1 StGB bejaht werden, auch wenn der Täter einzig und allein die Tötung des Opfers herbeiführen wollte? „Nein“ lautet die Antwort einer Auffassung, die **Gegensatztheorie** genannt wird, weil sie den Willen, jemanden zu töten, für unvereinbar hält mit dem Willen, eine weiterlebende Person zu verletzen.<sup>5</sup> Diese Ansicht wird kaum noch vertreten.<sup>6</sup> Durchgesetzt hat sich die **Einheitstheorie**, die von der Tatsache ausgeht, dass jeder Tötung als **Durchgangsstadium** eine Körperverletzung vorausgeht.<sup>7</sup> Dieses objektive Phänomen wird subjektiv gewendet und verallgemeinert:

<sup>1</sup> Zusammenfassend *Wessels / Beulke*, Strafrecht AT, 30. Aufl. 2000, Rn. 628 ff.

<sup>2</sup> Z. B. *Schönke / Schröder / Eser*, StGB, 26. Aufl. 2001, § 24 Rn. 20.

<sup>3</sup> Z. B. *Kühl*, Strafrecht AT, 3. Aufl. 2000, § 16 Rn. 16 ff.

<sup>4</sup> BGHSt 39, 221; 40, 75; BGH NStZ 1998, 614.

<sup>5</sup> RGSt 61, 375.

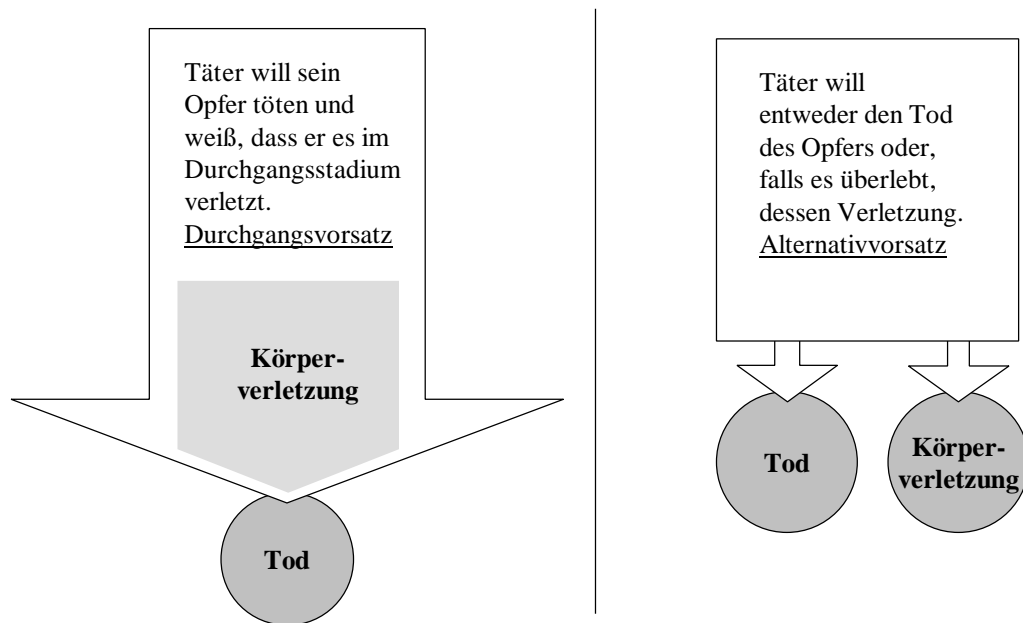
<sup>6</sup> Bedenkenswerte Argumente dafür aber bei *Arzt / Weber*, Strafrecht BT, 2000, § 2 Rn. 86 f.

<sup>7</sup> BGHSt 16, 122, 123; 22, 248.; *Tröndle / Fischer*, StGB, 50. Aufl. 2000, § 211 Rn. 47.

Wer töten wolle, wolle zugleich auch körperlich verletzen. Der Körperverletzungsvorsatz ist – gewissermaßen als „Durchgangsvorsatz“ – notwendiger Bestandteil des Tötungsvorsatzes. Diese Annahme (oder soll man sagen: Unterstellung?) soll verhindern, dass in Fällen des Rücktritts vom versuchten Totschlag lediglich wegen fahrlässiger Körperverletzung verurteilt werden könnte, was tatsächlich schwer erträglich wäre.

Die Einheitstheorie benötigt man natürlich nicht, wenn der Täter von vornherein beide Möglichkeiten ins Auge gefasst hat, weil er sich des Tötungserfolges nicht sicher war. Hielt er sowohl eine Tötung als auch eine Körperverletzung für möglich und waren ihm beide Alternativen recht, so lässt sich der Körperverletzungsvorsatz – als **Alternativvorsatz** – glatt bejahen. Einer Begründung, die auf die Körperverletzung als Durchgangsstadium zur Tötung abstellt, bedarf es hier nicht.

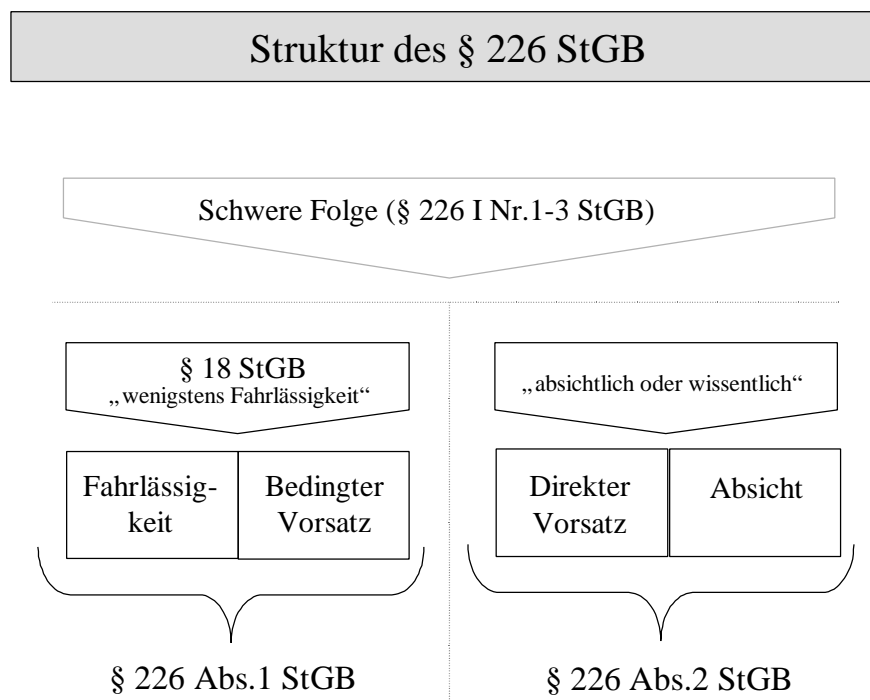
Den Unterschied zwischen dem Körperverletzungsvorsatz als Durchgangsvorsatz und als Alternativvorsatz soll die folgende Grafik verdeutlichen.



Komplizierter wird es, wenn eine schwere Folge gem. § 226 Abs. 1 StGB eingetreten ist, wie hier das Verfallen in Lähmung nach Nr. 3. Die Einheitstheorie stößt an ihre Grenzen. Denn sämtliche in § 226 Abs. 1 StGB genannten schweren Folgen beinhalten einen „besonders tiefen Eingriff in die körperliche Integrität des Tatopfers und sind durch ein gewisses Dauerelement gekennzeichnet“, wie der BGH in einer

früheren Entscheidung<sup>8</sup> ausgeführt hat. Sie setzen demnach „schon begrifflich ein Weiterleben des Tatopfers voraus“. Mit anderen Worten: Wer in Lähmung verfällt, kann nicht tot sein. Damit würde sich die Annahme eines Durchgangsvorsatzes schwerlich vertragen.<sup>9</sup> In den Willen, einen anderen zielgerichtet zu töten, müsste die Absicht hineininterpretiert werden, ihn zugleich zum Opfer einer dauerhaften Lähmung zu machen. Allzu nahe liegt der Einwand bloßer Unterstellung.

Eher kommt der Alternativvorsatz in Betracht.<sup>10</sup> Dafür bedarf es jedoch einer näheren Betrachtung rechtlicher und tatsächlicher Bedingungen. Nötig ist zunächst eine klare Erfassung der Struktur von § 226 StGB,<sup>11</sup> die in der folgenden Übersicht abgebildet ist:



§ 226 Abs. 1 StGB erfasst – neben der fahrlässigen Erfolgsqualifizierung – die bedingt vorsätzliche Herbeiführung der schweren Folge, während Abs. 2 der Vorschrift entsprechend der höheren Strafandrohung die höheren Vorsatzgrade des direkten Vorsatzes und der Absicht zum Gegenstand hat. Der Tötungsvorsatz nach § 212 Abs. 1 StGB umfasst sämtliche Vorsatzgrade. Einige Kombinationen sind als

<sup>8</sup> BGH NSTZ 1997, 233, 234.

<sup>9</sup> Vgl. auch Schönke / Schröder / Eser, aaO., § 212 Rn. 19; Rengier, Strafrecht BT 2, 3. Aufl. 2000, § 16 Rn. 19.

<sup>10</sup> Diese Möglichkeit bleibt bei Rengier, aaO., unberücksichtigt.

<sup>11</sup> Es gilt auch generell: Für die sachgerechte Handhabung dieser Vorschrift in Fallbearbeitungen ist es wichtiger, sich mit dieser Struktur vertraut zu machen, als Detailkenntnisse über die zahlreichen tatbestandlichen Varianten anzuhäufen.

Alternativvorsatz denkbar, andere nicht. Wer die Tötung beabsichtigt, kann nicht zugleich die Herbeiführung einer Lähmung beabsichtigen. Dagegen kann derjenige, der nur mit bedingtem Tötungsvorsatz handelt, durchaus für den Fall des Scheiterns mit bedingtem oder direktem Vorsatz oder auch mit Absicht eine schwere Körperverletzung herbeiführen. In der bereits erwähnten früheren Entscheidung hat der BGH es auch als „nicht ausgeschlossen“ bezeichnet, „dass sich ein – direkter – alternativer Vorsatz des Angekl. sowohl auf den Tod des Geschädigten als auch für den Fall, dass dieser Erfolg nicht eintreten sollte, auf eine dann ernstlich in Betracht gezogene schwere Körperverletzungsfolge ... gerichtet haben kann.“<sup>12</sup>

Im vorliegenden Fall hatte die Vorinstanz einen strafbefreienden Rücktritt des A vom Totschlagsversuch angenommen und ihn nach § 226 Abs. 1 Nr. 3 StGB bestraft. § 226 Abs. 2 StGB hatte das Landgericht für nicht anwendbar gehalten. Begründung: Es habe nicht festgestellt werden können, dass die schwere Folge absichtlich herbeigeführt worden sei; auch enthalte der Tötungsvorsatz als Durchgangsstadium nur eine Körperverletzung, nicht aber schwere Schädigungen eines noch lebenden Menschen.

### 3. Kernaussagen der Entscheidung

Die Entscheidung bestätigt das Landgericht mit knappen Worten in der Annahme eines strafbefreienden Rücktritts auf der Grundlage der Gesamtbetrachtungslehre sowie in der Ablehnung eines im Tötungsvorsatz enthaltenen Vorsatzes zur Herbeiführung einer schweren Körperverletzung. Nicht einverstanden ist der BGH aber mit der Verneinung einer Strafbarkeit nach § 226 Abs. 2 StGB. Wieso nicht – das ist ein Rätsel dieser Entscheidung, dessen Lösung uns nicht gelungen ist. Doch lassen wir zunächst den BGH zu Wort kommen.

Für eine Anwendung von § 226 Abs. 2 StGB kann eigentlich nur noch der Alternativvorsatz in Betracht kommen. Der Vorwurf des BGH an das Landgericht könnte daher lauten, es habe diese Möglichkeit bei der Erforschung des Sachverhalts nicht genügend ausgelotet. Doch nimmt die Sachverhaltsaufklärung erst die zweite Stelle im Begründungszusammenhang ein. Im Vordergrund steht die **Verkündung einer Rechtsprechungsänderung, die mit einer Gesetzesänderung in Zusammenhang gebracht wird**. Die Vorläufervorschrift zu § 226 Abs. 2 StGB knüpfte die Strafschärfung daran, dass die schwere Folge „beabsichtigt und eingetreten war“. Jetzt heißt es „absichtlich oder wissentlich“. Mit der Änderung soll die frühere Rechtsprechung überholt sein, die wir oben bereits zitiert haben und jetzt nochmals zitieren: „Ein – direkter – alternativer Vorsatz des Angekl. (kann sich) sowohl auf den Tod des Geschädigten als auch für den Fall, dass dieser Erfolg nicht eintreten sollte, auf eine dann ernsthaft in Betracht gezogene schwere Körperverletzungsfolge ... gerichtet haben.“ Diese Rechtsprechung will der BGH also aufgeben. Es soll gelten: „Nunmehr reicht es zur Tatbestandserfüllung aus, dass der Täter – alternativ zur beabsichtigten Tötung – die schwere Folge als sichere Auswirkung seiner Handlung voraussieht“.<sup>13</sup> Dementsprechend sollten nochmals tatrichterliche Feststellungen zur inneren Tatseite getroffen werden. Der BGH hat die Sache also zurückverwiesen.

<sup>12</sup> BGH NStZ 1997, 233, 234.

<sup>13</sup> BGH Strafverteidiger 2001, 162, 163.

Was die Entscheidung so rätselhaft macht, ist – erstens – die Interpretation der Gesetzesänderung und – zweitens – das Verhältnis der neuen zur aufgegebenen Rechtsprechung.

Schon die alte Gesetzesfassung wurde einhellig so verstanden, dass der Begriff der Absicht lediglich die Aufgabe hatte, den nur bedingten Vorsatz auszuschließen.<sup>14</sup> Miterfasst war also bereits damals der direkte Vorsatz, so dass das Merkmal der Wissentlichkeit in der neuen Fassung nur der Klarstellung diene.<sup>15</sup> Da der sachliche Anwendungsbereich unberührt blieb,<sup>16</sup> ist nichts zu entdecken, was eine Rechtsprechungsänderung veranlassen könnte.

Aber hat sich die Rechtsprechung denn überhaupt geändert? Beide Entscheidungen betreffen den Alternativvorsatz. Beide Entscheidung sprechen den direkten Körperverletzungsvorsatz an. Im Hinblick auf den alternativen Tötungsvorsatz wird in der früheren Entscheidung auf den direkten Vorsatz abgestellt; in der aktuellen Entscheidung ist von „beabsichtigter Tötung“ die Rede, womit vermutlich auch der direkte Vorsatz – neben der Tötungsabsicht – gemeint ist.

Allerdings wählt die ältere Entscheidung zur inhaltlichen Kennzeichnung des Körperverletzungsvorsatzes eine Begrifflichkeit, die eher auf den bedingten Vorsatz passt (ernsthaft In-Betracht-Ziehen), während die aktuelle Entscheidung die klassische Formulierung für den direkten Vorsatz verwendet (sichere Voraussicht).<sup>17</sup> Insofern mag es eine Differenz geben. Ein gewisser Unterschied besteht auch darin, dass die frühere Entscheidung sich zurückhaltender äußerte hinsichtlich der Möglichkeit der Alternativität von direktem Tötungsvorsatz und direktem Vorsatz hinsichtlich einer schweren Körperverletzung („nicht ausgeschlossen“). Mehr als eine klarstellende Funktion hätte diese „Rechtsprechungsänderung“ aber nicht.

#### 4. Konsequenzen für Prüfung und Praxis

Jetzt müssen wir uns natürlich fragen lassen, was die Wahl einer solchen Entscheidung zum Fall des Monats rechtfertigt. Der Entscheidungsinhalt ist es sicherlich nicht, sondern allein die tatsächliche und rechtliche Konstellation. Der Fall bietet geradezu **idealtypisch die wesentlichen Elemente einer Standardaufgabe** aus Studium und Examen: Totschlagsversuch – Rücktritt – vollendete Körperverletzung – Qualifikation – Vorsatz. Es drängt sich förmlich auf, dass die Neufassung von § 226 StGB in diese Aufgabenstellung einbezogen wird.

In derartigen Fällen sollte man sich zukünftig sorgfältig mit § 226 Abs. 2 StGB auseinandersetzen. Relativ klare Lösungen ermöglichen solche Sachverhalte, die deutliche Hinweise auf einen Alternativvorsatz enthalten oder einen Vorsatz in Bezug auf schwere Folgen der Körperverletzung ausschließen. Schwieriger wird es, wenn

<sup>14</sup> Vgl. etwa Schönke / Schröder / Stree, StGB, 24. Aufl. 1991, § 225 Rn. 2.

<sup>15</sup> Schönke / Schröder / Stree, StGB, 25. Aufl. 1997, § 225 Rn. 2 a.

<sup>16</sup> Geändert hat sich insoweit lediglich die Strafraumenabstufung.

<sup>17</sup> Vgl. Wessels / Beulke, aaO. Rn. 213 f.

dem Sachverhalt keinerlei Hinweise auf einen Vorsatz bezüglich der schweren Folgen zu entnehmen sind. Dann ist es nötig, die Einheitstheorie und ihre Anwendung auf die schwere Körperverletzung zu erörtern. Man sollte wissen, dass die Rechtsprechung es bislang abgelehnt hat, auch die schweren Folgen gem. § 226 StGB als Durchgangsstadium zum Tod zu bewerten und so den Vorsatz zu bejahen. Davon weicht die vorliegende Entscheidung nicht ab, auch wenn sie eine Rechtsprechungsänderung verkündet. Kommt man zu einer Verneinung von § 226 Abs. 2 StGB, wird regelmäßig § 226 Abs. 1 StGB zu bejahen sein. Der objektive Sorgfaltspflichtverstoß ist dabei in der in Tötungsabsicht begangenen Handlung zu sehen.<sup>18</sup>

Welche praktische Bedeutung die Entscheidung hat, wird sich erst dann klären, wenn der BGH in nachfolgenden Entscheidungen mitteilt, was er eigentlich gemeint hat.

## 5. Kritik

Es war nicht zu vermeiden, schon bei der Darstellung der Entscheidung Kritik zu üben. Ihr ist hier nichts mehr hinzuzufügen.

Erwähnt sei lediglich noch ein Lösungsweg, der uns jedenfalls nicht unvertretbar erscheint.<sup>19</sup> Dem Durchgangsvorsatz und dem Alternativvorsatz könnte noch ein **Minusvorsatz** an die Seite gestellt werden. Die schweren Folgen gem. § 226 StGB könnten als graduelle Lebensbeeinträchtigungen angesehen und als solche in ein Stufenverhältnis zum Tod gesetzt werden. Daraus ließe sich ableiten, dass der Vorsatz, das Leben eines Menschen ganz auszulöschen, als Minus den Vorsatz enthalte, ihn dauerhaft wesentlicher Lebensfunktionen zu berauben. Dagegen lässt sich allerdings anführen, dass der Vorsatz, einen Menschen zu töten, nicht nur graduell, sondern qualitativ etwas ganz anderes sei als ein bloßer Verletzungsvorsatz, der die Annahme voraussetze, dass das Opfer weiterlebe.

*(Dem Text liegt ein Entwurf von Ch. Elsner zugrunde. Die Grafiken hat M. Hahme entworfen.)*

<sup>18</sup> Bei einer näheren Begründung kann man in eine Argumentationsfalle tappen: siehe BGHSt 22, 248, 249, wonach der Vorwurf keinen Sinn mache, der Täter habe es bei der von ihm beabsichtigten Tötung an der erforderlichen und zumutbaren Sorgfalt fehlen lassen. Dieses Argument beruht jedoch auf der fälschlichen Annahme, der Täter müsse es für einen Fahrlässigkeitsvorwurf *bei* seinem Handeln an der erforderlichen Sorgfalt fehlen lassen, so als laute die zugrundeliegende Norm: „Führe dein Tötungshandeln immer sorgfältig aus.“ Das macht in der Tat keinen Sinn. Der Sorgfaltspflichtverstoß ist jedoch schon *in dem* in Tötungsabsicht durchgeführten *Handeln selbst* zu sehen.

<sup>19</sup> In Rechtsprechung und Literatur ist dieser Lösungsweg bislang nicht auffindbar. Wir betrachten uns als Urheber.