

Ein aufregender Abend

Eines Abends geht A wie sonst auch immer in der Dunkelheit spazieren. Zu seiner eigenen Sicherheit hat er seine geladene Pistole dabei, mit der er sehr gut umgehen kann. Als er in einer dunklen Seitenstraße ein Geräusch bemerkt, erschrickt er und blickt sich um, bis er ein Tier entdeckt, das von der Größe her ihm etwa bis zur Hüfte geht. Aufgrund der Gestalt glaubt er, einem Wildschwein entgegentreten zu sehen, welches sich nun in Bewegung setzt und geradewegs auf A zustürmt. Dies denkt er insbesondere deshalb, weil ein Hof ganz in der Nähe einige Wildschweine hält, die auch in deren Eigentum stehen, was A weiß. Schon öfter kam es zu Ausbrüchen und Angriffen auf Menschen seitens der Wildschweine. Aus Angst vor einem Angriff durch das Tier nimmt er den erstbesten Gegenstand neben sich und schmeißt es auf das Tier – dabei verfehlt er jedoch und trifft einen Gartenzwerg der E, welcher auf einer kleinen Treppe steht und ebenso wie das geworfene Objekt kaputt geht. Die Zerstörung des geworfenen Objekts nahm er billigend in Kauf, wobei er wusste, dass es dem Y gehört. Tatsächlich handelte es sich bei dem Tier nicht um ein Wildschwein, sondern um einen in der Nachbarschaft bekannten, sehr zahmen, immer freundlichen Hund, der an A vorbei zu seinem hinter A stehendem Herrchen sprinten wollte.

Nachdem der erste Schock wieder vorbei ist, macht A sich auf den Heimweg. Als er jedoch in die nächste beleuchtete Straße einbiegt, bemerkt er, wie ihm eine dunkel gekleidete Frau folgt und erkennt in ihr K. Diese (K) ist dafür bekannt, Spaziergänger mit Waffen zu bedrohen, auszurauben und zusammen zu schlagen. Obwohl K noch einige Schritte weit weg ist und ihn sehr gut hören sowie sehen kann, zieht A seine Waffe in der Angst, er würde gerade von ihr mit einer Waffe bedroht und überfallen werden. Um sich zu schützen, schießt A auf K, ohne weiter abzuwarten oder etwas zu sagen. Der Schuss trifft K in die Brust, weshalb diese sofort stirbt. In Wirklichkeit war K jedoch nur auf dem Heimweg und hatte nicht vor, den A zu verletzen. A wusste im Zeitpunkt des Schusses, dass K ihn verstehen und sehen kann. Auch weiß er, was zutrifft, dass K ihre Sicherheit wichtig ist und sie beim Anblick einer Waffe einen eventuellen Angriff abbrechen und weggehen würde.

Wie hat A sich strafbar gemacht? Fahrlässigkeit ist nicht zu prüfen.

Hinweis zum Aufbau: Mit welchem Gegenstand man anfängt, ist letztlich egal, da alle Gegenstände durch eine Handlung zumindest beinahe beschädigt worden sind.

In der Besprechung begann die Prüfung mit §§ 303 I, 22 am Hund – nach nochmaligem Überlegen scheint dieser Aufbau jedoch der Typische zu sein: Erst wird das getroffene und zerstörte Objekt geprüft, dann das anvisierte. Das ist bei dem aberratio ictus bezogen auf zwei Menschen ja auch nicht anders und wird von den Korrektoren wohl als richtiger angesehen.

A. Tatkomplex 1: Geschehnisse in der Seitengasse

I. § 303 I an dem Gartenzwerg

1. Objektiver Tatbestand (+)

2. Subjektiver Tatbestand

- wollte fremde Sache beschädigen (nämlich den Hund, den er für ein Wildschwein hielt)
 - *Hinweis: Möglich ist es mE auch, darauf abzustellen, dass er den geworfenen Gegenstand zerstören wollte und daran die aberratio ictus anzuknüpfen. Auf dem hier gewählten Wege kann man aber zeigen, dass man auch mit zwei Problemen (error in objecto sowie aberratio ictus) in einem Prüfungspunkt umgehen kann, was vielen schwer fällt. Zudem möglich ist es, auf beides abzustellen, was wohl am umfassendsten ist)*
- (P) Er dachte, der Hund wäre ein Wildschwein
 - Daher vorsatzausschließender Tatumstandsirrtum gem. § 16 I 1 möglich
 - Umstand, den A nicht kannte: Tier ist nicht Wildschwein, sondern Hund.
 - Gehört dieser Umstand zum gesetzlichen Tatbestand des § 303?
 - Wortlaut: „Sache“ → (-) [= nicht zum gesetzlichen Tatbestand gehörend]
 - Schutzzweck: schützt jedes Eigentum → (-)
 - daher gehört die Identität des Objektes nicht zum gesetzlichen Tatbestand des § 303 I.
 - § 16 I 1 (-), unbeachtlicher error in objecto (Streit s. auch Fall 1: „Nachbarschaftsstreit“)
 - Dass er Gartenzwerg und nicht Hund traf, kann jedoch ein vorsatzausschließender Tatumstandsirrtum gem. § 16 I 1 sein.
 - *Hinweis: Hier liegen also wieder error in objecto und aberratio ictus gleichzeitig vor. Lösung des Doppelproblems: Erst das Problem nennen und ausformulieren, das in der Rechtsfolge unerheblich ist (error in objecto), dann das, das erheblich ist (aberratio)*
 - Den Umstand, den er nicht kannte, war, dass er den Gartenzwerg und nicht den Hund treffen wird.

- Der Kausalverlauf gehört grundsätzlich zum obj. Tatbestand
 - Der Kausalverlauf ist jedoch nicht konkret erfassbar. Daher kann ein Abweichen nur dann den Vorsatz entfallen lassen, wenn es außerhalb aller Lebenswahrscheinlichkeit liegt und eine andere Bewertung der Tat zulässt.
 - Außerhalb der Lebenswahrscheinlichkeit? (-)
 - Andere Bewertung der Tat? (+), da es sozial gesehen einen Unterschied macht, ob man einen Hund des Einen oder die Sache des Anderen zerstört.
 - Zwischenergebnis: Abweichung wesentlich (a.A. vertretbar; dann greift aber dennoch das Argument durch, dass er seinen Vorsatz auf den Hund konkretisierte und daher ein aberratio ictus vorliegt)
 - Zwischenergebnis: Damit vorsatzausschließender Tatumstandsirrtum gem. § 16 I 1 (+)
 - Dafür spricht auch, dass der M seinen Vorsatz in dem Moment des Wurfes gerade auf den Hund konkretisiert hat
 - § 16 I 1 (+) → aberratio ictus
 - Subj. Tatbestand (-)

3. Ergebnis

- nicht gem. § 303 I strafbar.

II. §§ 303 I, 22¹ an dem Hund

1. Vorprüfung

- Tat mangels Erfolg in Form eines Beschädigens oder Zerstörens des Hundes unvollendet.
 - *Hinweis: Hätte mehr als diese Feststellung geschrieben werden müssen, hätte § 303 I erst in Vollendung geprüft werden müssen. Da das Fehlen des Erfolges hier evident (= offensichtlich) ist, kann sofort mit dem Versuch begonnen werden.*
- Versuch strafbar gem. § 303 III.

2. Tatentschluss

- A wollte eine fremde Sache zumindest beschädigen
 - *Hinweis: Eigentlich sind Wildschweine wild lebende Tiere und damit herrenlos, also nicht fremd; dies ist laut Sachverhalt jedoch anders, so dass sie fremd sind. Passen Sie bei Tieren ganz besonders auf, ob es typische Haustiere (Hund, Katze, Meerschweinchen; dann idR fremd) oder eher wild lebende Tiere (Rehe, Wildschweine, Füchse, Mäuse,*

¹ Alle §§ ohne Gesetzesangabe sind solche des StGB.

Ratten, Vögel; dann idR herrenlos, also nicht fremd) sind und was der Sachverhalt über die Eigentumsverhältnisse sagt.

- (P) Er hielt Hund für Wildschwein
 - § 16 I 1 (-), daher unbeachtlicher error in objecto, s.o.
 - Wissen und Wollen, damit Vorsatz, also Tatentschluss (+)

3. Unmittelbares Ansetzen

- *Formulierungsvorschlag: A muss unmittelbar angesetzt haben. Mit dem Werfen wurde die tatbestandliche Handlung vorgenommen, also die Schwelle zum „Jetzt-geht-es-los“ überschritten und objektiv zur Tatbestandsverwirklichung angesetzt, so dass keine wesentlichen Zwischenschritte mehr erforderlich sind und das Rechtsgut Eigentum bereits unmittelbar gefährdet sowie sich in der Sphäre des A befand. A setzte damit unmittelbar an.*

4. Rechtswidrigkeit

- § 32 (-) mangels Angriff durch einen Menschen.
- § 228 BGB
 - *Prüfungsschema § 228: 1. Notstandslage – darin a. Gefahr für ein notstandsfähiges Rechtsgut, b. Ausgehend von einer fremden Sache – 2. Notstandshandlung – darin a. Zerstören oder Beschädigen, b. Erforderlichkeit, c. Verhältnismäßigkeit – 3. Subjektives Rechtfertigungselement*
 - Notstandslage
 - *Eine drohende Gefahr iSd § 228 BGB liegt vor, wenn eine auf tatsächliche Umstände gegründete Wahrscheinlichkeit eines Schadenseintritts besteht.*
 - *Der Hund muss eine Sache iSd § 228 BGB sein. Gem. § 90a S. 1 BGB ist ein Tier keine Sache; es wird jedoch gem. § 90a S. 3 BGB genauso behandelt, daher Sache iSd § 228 BGB (+)*
 - *Dass der Hund ein Hund ist, reicht alleine nicht aus. Auch dass er in die Richtung des A läuft, reicht noch nicht. Weitere Umstände kommen hier nicht hinzu, daher Gefahr (-)*
 - *Hinweis: Gereicht hätte ein Anhaltspunkt dafür, dass er den A angreifen könnte; zB, wenn er die Zähne fletscht, knurrt, bellt oder den A in einer Weise fixiert, die auf einen Angriff schließen lässt. Insb. wenn der Hund dafür bekannt ist, Menschen anzugreifen, ist die Schwelle niedriger.*
 - *Problem bei allen Notständen: Welche Sicht ist bei § 228 BGB, § 904 BGB und § 34 für die Beurteilung der Gefahr maßgeblich? Möglich*

sind:

- *Subjektive Sicht ex-ante*
 - *Zur Erklärung: „ex-ante“ bedeutet, dass die Situation aus der Sicht vor der Handlung des Täters beurteilt wird (also zeitliche Komponente). „Subjektiv“ meint dabei, dass es aus Sicht des Täters beurteilt wird (also Bestimmen des Blickwinkels). Zu fragen wäre also: Wie hat der Täter es vor der Tat eingeschätzt?*
 - *Die subjektive ex-ante Sicht weitet den Begriff der Gefahr zu sehr aus. Zudem beurteilt das StGB grundsätzlich alles aus einer objektiven Sicht; anderenfalls ist die Zugrundelegung der subjektiven Sicht explizit vorgeschrieben. Diese Ansicht ist abzulehnen*
- *Objektive Sicht ex-ante*
 - *Also aus der objektiven Sicht vor der Handlung.*
 - *Folgeproblem: Aus welchem Blickwinkel – verständiger Beobachter, sachkundiger Beobachter, Beobachter mit allem menschlich verfügbaren Wissen? Dieses Folgeproblem ist ein Problem für die Studierenden, die sich in dem Rest so sicher fühlen, dass sie hier noch vertiefen wollen, um in den gut zweistelligen Bereich zu kommen. Dazu empfehle ich die Klausur „Die Sandvipere“ von Herrn Prof. Dr. Georg Steinberg und Melanie Epe, ZJS 2016, 370, 371 sowie „Die Glasflasche“ von Herrn Prof. Dr. Georg Steinberg, Christopf Wolf und Anna Lena Füllsack, ZJS 2016, 484, 485 (Hinweis: Wenn zwei Seitenzahlen genannt sind, dann ist die erste Seitenzahl diejenige, auf die der Artikel oä beginnt und die zweite die, auf der das beschriebene Problem/Zitat steht.).*
 - *Überwiegend wird innerhalb dieser Ansicht vertreten, dass es auf das Urteil eines sachkundigen Dritten ankommt, der neben dem generellen Erfahrungswissen auch etwaiges Sonderwissen des Notstandstäters hat.²*
 - *Bedeutet: Wenn ein Dritter, der sich einige Gedanken dazu macht und zudem noch über mehr Wissen verfügt als der Durchschnittsbürger, denkt, es sei eine Gefahr, dann kann diese angenommen werden.*
- *Objektive Sicht ex-post*
 - *Also objektive Betrachtung aus der Sicht in dem Zeitpunkt, in*

² So Wessels, Beulke, Satzger, Strafrecht Allgemeiner Teil, 45. Aufl. 2015, Rn. 452 m.w.N. (=mit weiteren Nachweisen).

dem alles aufgeklärt ist (= nach der Handlung).

- *So zB Fischer, StGB, 64. Aufl. 2017, § 34 Rn. 4.*
- *Da Fischer der in der Praxis wohl am häufigsten angewendete Kommentar ist und die Ausbildungsliteratur wohl ganz überwiegend die objektive Sicht ex-ante vertritt, ist beides gut vertretbar. Da die Korrektoren und vor allem die Klausurersteller allerdings noch von der Universität (und damit aus der Lehre) kommen, ist eine objektive Sicht ex-ante vorzugswürdig.*
 - *In diesem Fall kann der Streit dahinstehen:*
 - *subjektiv ex-ante: sowieso abzulehnen, vgl. oben.*
 - *objektiv ex-ante: Ein sachkundiger Beobachter hätte gewusst, dass K für die Gewalttätigkeiten bekannt ist, jedoch auch gesehen, dass K einfach nur spazieren geht. Aus der objektiven ex-ante-Perspektive war die Situation daher ungefährlich.*
 - *objektiv ex-post: Da dies auch wirklich so war, ist es auch aus der objektiven ex-post-Perspektive ungefährlich.*
 - *Erwähnen Sie den Streit sehr gerne, um dem Korrektor zu zeigen, dass Sie ihn kennen; stellen Sie aber auch recht schnell klar, dass er unbeachtlich ist, da eine Ansicht von vornherein abzulehnen ist und die anderen beiden Ansichten zum gleichen Ergebnis kommen.*
 - *Interessant wird der Streit, wenn es zwar so aussieht, als ob eine Gefahr vorliegt, sie aber aus objektiver Sicht ex ante nicht vorliegen könnte (Scheingefahr). Hier muss sich entscheiden werden, ob der Erlaubnistatumstandsirrtum zu prüfen ist oder ob der Schwerpunkt in einem anderen Problem liegt. Dazu kann ich Ihnen nur wie so oft raten: Üben Sie mit Fällen, Fällen und noch mehr Fällen, um ein Gespür dafür zu bekommen, wann der Erlaubnistatumstandsirrtum zu prüfen ist und wann nicht.*
 - *Nicht unter dieses Problem fällt jedoch das Nutzen von Scheinwaffen (ungefährliche Gegenstände, die aussehen wie eine Waffe). Hier ist § 32 aufgrund der Bedrohung der Willensentschließungsfreiheit zu bejahen, so dass bereits ein Angriff vorliegt.*
- § 228 BGB hier also mangels Gefahr (-)

- Rechtswidrigkeit (+)

5. Schuld

- Erlaubnistatumstandsirrturn
 - *Ein Erlaubnistatumstandsirrturn ist gegeben, wenn der Täter sich irrig Umstände vorstellt, die, wenn sie tatsächlich vorgelegen hätten, seine Handlung gerechtfertigt hätten.*
 - *Formulierungsvorschlag zu diesem Problem s.u.*
 - (P) Unterlag er diesem Irrturn?
 - Dazu muss A nach seiner Vorstellung gerechtfertigt gewesen sein.
 - § 228 BGB
 - Notstandslage
 - Gefahr, wenn dies eines der Wildschweine gewesen wäre (+), insb., da es schon öfters zu Angriffen kam.
 - Für notstandsfähiges Rechtsgut
 - alle rechtlich geschützten Interessen
 - hier Leib (+)
 - Gefahr geht von fremder Sache aus (+)
 - Notstandslage (+)
 - Notstandshandlung
 - Zerstören oder Beschädigen
 - (P) Wortlaut spricht von einem Erfolg, zu dem es nicht kam.
 - Aber erst-Recht-Schluss: Wenn der Täter beim Eintritt des Erfolges gerechtfertigt sein kann, dann erst recht, wenn er nur versucht, die Gefahr abzuwehren.
 - Versuch der Beschädigung (+)
 - Erforderlichkeit, also Geeignetheit und mildestes aus gleich geeigneten Mitteln
 - *Hinweis: Die Geeignetheit kann man auch als eigenen Prüfungspunkt vor der Erforderlichkeit prüfen.*
 - Wurf war tauglich, die Gefahr abzuwehren, damit geeignet (+)
 - Milder wäre es gewesen, auszuweichen, jedoch unklar, ob es funktioniert hätte. Auf unsichere Mittel muss A sich nicht verlassen.

- *Hinweis und Verbesserung der Besprechung: In der Besprechung hatte ich gesagt, dass „das Recht dem Unrecht nicht zu weichen braucht“. Dies ist ausschließlich ein Grundsatz des § 32, aber nicht im Notstandsrecht anwendbar. In diesem gibt es nämlich nicht das Rechtsbewährungsprinzip, auf das sich § 32 stützt.*
- Gleich geeignet wäre es gewesen, die Waffe herauszuholen und das Tier zu erschießen, aber nicht milder.
- Damit Erforderlichkeit (+)
- Verhältnismäßigkeit: Leib gegen Sache (+)
- Subjektives Rechtfertigungselement
 - *in (vermeintlicher) Kenntnis der Notstandslage; Handlung zur Verteidigung der angegriffenen Rechtsgüter.*
 - Aus seiner Sicht (+)
- § 228 BGB aus Sicht des A (+)
- (P) Rechtsfolge des Erlaubnistatumstandsirrtum?
 - Strenge Schuldtheorie
 - Erlaubnistatumstandsirrtum = *Irrtum gem. § 17 S. 1*
 - Dafür: Nach dem Wortlaut (+) → Einsicht, Unrecht zu tun, fehlt, war aber vermeidbar. Damit ist A strafbar, jedoch mit Strafmilderung gem. § 17 S. 2 iVm § 49 I.
 - Dagegen: A kann lediglich Vorwurf der Fahrlässigkeit gemacht werden, nicht jedoch der Vorwurf des Vorsatzes.
 - Ebenfalls dagegen: A denkt, die Rechtsordnung zu befolgen und will sich nicht über die Rechtsordnung hinwegsetzen; der typische Täter des § 17 will dies jedoch schon.
 - Die strenge Schuldtheorie ist demnach abzulehnen
 - Vorsatztheorie
 - *Aufgrund des fehlenden Unrechtsbewusstseins entfällt demnach der Vorsatz.*
 - Dagegen: Mit Einführung des § 17 S. 1 nicht mehr vertretbar, da Unrechtsbewusstsein Teil der Schuld ist.
 - Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen
 - *Vorsatz muss demnach auch auf das Fehlen von Rechtfertigungsgründen bezogen sein. Nach dieser Theorie entfällt demnach der Vorsatz.*

- Dagegen: dreistufiger Deliktsaufbau gem. §§ 15, 16; 32; 19, 20; 11 I Nr. 5
 - Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen abzulehnen.
- eingeschränkte Schuldtheorie
 - *Analoge Anwendung des § 16 I 1, so dass Vorsatz entfällt*
 - Voraussetzung: Täterbegünstigung, Planwidrige Regelungslücke; vergleichbare Interessenlage
 - Täterbegünstigend (+)
 - *Hinweis: Ob die Analogie täterbegünstigend ist, ist nur im Strafrecht zu prüfen!*
 - Planwidrige Regelungslücke
 - schon schwierig zu bejahen, da ja nach dem Wortlaut eigentlich § 17 greift
 - Vergleichbare Interessenlage
 - Dafür: A will sich rechtstreu verhalten und steht dem Täter des § 16 damit näher als demjenigen des § 17.
 - *Ihm ist daher allenfalls Fahrlässigkeit vorzuwerfen, was sich nach dieser Ansicht eben daraus ergibt, dass der Vorsatz entfällt.*
 - Dagegen: Die Warnfunktion des § 303 I erreichte den A, der genau weiß, dass er gerade eine Sache beschädigt wird. Den typischen Täter des § 16 I 1 erreicht die Warnfunktion des § 303 I gerade nicht, da dieser nicht weiß, dass er eine Sache durch seine Handlung beschädigt.
 - Die Interessenlagen sind nicht vergleichbar
 - § 16 I 1 analog (-)
- rechtsfolgenverweisende Schuldtheorie
 - *Hinweis: Diese kann auch „rechtsfolgenverweisende eingeschränkte Schuldtheorie“ genannt werden, was wohl genauer, aber nicht unbedingt notwendig ist.*
 - *Anwendung der Rechtsfolge des § 16 I 1, so dass Vorsatzschuld entfällt.*
 - Vorsatzschuld meint, dass dem Täter die Bildung des Vorsatzes vorgeworfen wird.
 - Dies wird beim Erlaubnistatumstandsirrtum aber nicht, da er ja subjektiv gerechtfertigt handelt und dieses Unrecht somit wieder aufgehoben wird.

- Dem A wird nur vorgeworfen, dass er die tatsächlichen Umstände verkennt, damit lediglich Fahrlässigkeitsschuld.
- Dafür auch: Bestrafung nach einem Fahrlässigkeitsdelikt bleibt grundsätzlich möglich, ebenso wie Teilnahme, was sachgerecht ist.
- *Hinweis: Bei § 303 ist die Fahrlässigkeit nicht strafbar, da hier kein Fahrlässigkeitsdelikt normiert ist. Zudem wäre die Fahrlässigkeit in diesem Fall sowieso (-), da kein Erfolg gegeben ist (2. Semester). Dass es grundsätzlich möglich ist, Fahrlässigkeiten zu beachten, reicht aber als abstraktes Argument für diese Ansicht aus.*
- rechtsfolgenverweisenden Schuldtheorie ist zu folgen
 - Vorsatzschuld entfällt nach der Rechtsfolge des § 16 I 1
- Zwischenergebnis
 - A handelte schuldlos
- [beachte ab dem 2. Semester, wenn Fahrlässigkeitsdelikt möglich ist: Dann Prüfung der Fahrlässigkeit → Vorwurf: Nichterkennung der tatsächlichen Umstände]

6. Ergebnis

- Strafbarkeit nach §§ 303 I, 22 an dem Hund (-)

III. § 303 I an dem geworfenen Gegenstand

1. Objektiver Tatbestand (+)

2. Subjektiver Tatbestand (+), zumindest billigend in Kauf genommen

3. Rechtswidrigkeit

- § 32 (-) mangels Angriffs durch einen Menschen
- § 904 BGB
 - Notstandslage
 - Gefahr (-), vgl. oben
 - Notstandslage (-), damit § 904 BGB (-)

4. Schuld

- Erlaubnistatumstandsirrtrum
 - (P) Unterlag er diesem Irrtum?
 - Dazu muss A nach seiner Vorstellung gerechtfertigt gewesen sein.
 - § 904 BGB
 - Notstandlage
 - gegenwärtige Gefahr für notstandsfähiges Rechtsgut nach

seiner Vorstellung (+)

- *Unter einer Gefahr versteht man einen Zustand, bei dem auf Grund tatsächlicher Umstände die Wahrscheinlichkeit des Eintritts eines schädigenden Ergebnisses besteht.*³

- *Notstandsfähig sind alle rechtlich geschützten Interessen.*

- *Eine Gefahr ist gegenwärtig, wenn ein Zustand gegeben ist, dessen Weiterentwicklung den Eintritt oder die Intensivierung eines Schadens ernstlich befürchten lässt, sofern nicht alsbald Abwehrmaßnahmen ergriffen werden.*⁴

- Notstandlage (+)

- Notstandhandlung

- Beeinträchtigung einer fremden Sache (+)

- *nachteilige Einwirkung auf die Sache*

- Erforderlichkeit (+), vgl. oben

- Verhältnismäßigkeit (+)

- Subjektives Rechtfertigungselement

- *in (vermeintlicher) Kenntnis der Notstandslage; Handlung zur Verteidigung der angegriffenen Rechtsgüter.*

- Aus seiner Sicht (+)

- § 904 BGB aus Sicht des A (+)

- *Hinweis: § 904 BGB ist ebenso wie § 228 BGB ein spezieller rechtfertigender Notstand, der den rechtfertigenden Notstand gem. § 34 verdrängt, so dass dieser nicht mehr zu prüfen ist.*

- (P) Rechtsfolge des Erlaubnistatumsirrtum?

- s.o.: Es ist der rechtsfolgenverweisenden Schuldtheorie zu folgen

- Vorsatzschuld entfällt nach der Rechtsfolge des § 16 I 1

- Zwischenergebnis

- A handelte schuldlos.

5. Ergebnis

- A ist nicht gem. § 303 I strafbar.

IV. Ergebnis zum ersten Tatkomplex

- A blieb straflos.

- *Hinweis: Dies ist auch nicht unsachgerecht – für den Gartenzwerg sowie die*

³ <https://www.iurastudent.de/schemata/schema-zum-aggressivnotstand-904-bgb>, zuletzt abgerufen am 19.02.2021

⁴ <https://www.iurastudent.de/schemata/schema-zum-aggressivnotstand-904-bgb>, zuletzt abgerufen am 19.02.2021

geworfene Sache haftet er zivilrechtlich; bestraft wird er jedoch aufgrund des Irrtums nicht (nicht in der Klausur anzusprechen).

B. Tatkomplex 2: Geschehnisse auf der hellen Straße

I. § 212 I

1. **Objektiver Tatbestand (+)**
2. **Subjektiver Tatbestand (+)**
3. **Rechtswidrigkeit**
 - § 32 (-) mangels Angriff des K
4. **Schuld**
 - Erlaubnistatumstandsirrtum
 - (P) Unterlag er diesem Irrtum?
 - Dazu muss A nach seiner Vorstellung gerechtfertigt gewesen sein.
 - § 32?
 - Notwehrlage
 - Angriff (+)
 - *jede durch menschliche Handlung drohende Verletzung rechtlich geschützter Interessen.*
 - Gegenwärtigkeit (+)
 - *kurz bevorstehend, gerade stattfindend, noch andauernd*
 - Rechtswidrigkeit des Angriffs (+)
 - *Widerspruch zur Rechtsordnung, insb. seinerseits nicht gerechtfertigt*
 - Notwehrlage (+)
 - Notwehrhandlung
 - Geeignet (+)
 - Erforderlich
 - Milderer Mittel: Androhen, Warnschuss, Schuss auf weniger gefährlichere Körperteile
 - Gleich geeignet?
 - K hätte vermeintlichen Angriff sofort abgebrochen, wenn sie die Waffe gesehen hätte, damit bereits Androhen als mildestes Mittel gleich geeignet.
 - Erforderlichkeit (-)
 - Notwehrhandlung (-)
 - § 32 (-)

- Erlaubnistatumstandsirrtum (-)
- § 33 (-) mangels objektiver Notwehrlage
- § 35 I (-) mangels keine Gefahr
- § 35 II 1 (-) mangels „nicht anders abwendbar“ (= Erforderlichkeit)
- § 17 (-), zwar kein Irrtum über das Recht, wohl aber über das Vorliegen eines Angriffs. Bekannt war ihm jedoch, dass er ein milderes Mittel hätte wählen können; es ist auch davon auszugehen, dass er wusste, dass er es hätte müssen (lebensnahe Auslegung – bevor man jemanden tötet, muss man erst versuchen, seinen Angriff anders abzuwehren; das weiß man)
 - *a.A. vertretbar mit der Folge, dass § 17 S. 1 zwar greift, der Irrtum jedoch vermeidbar war und damit nur eine Strafmilderung gem. §§ 17 S. 2, 49 I in Betracht kommt.*
- Putativnotwehrexzess
 - *Hinweis: Da beim Putativnotwehrexzess je nach Ansicht § 33 oder § 35 analog angewendet wird, ist dieses Prüfprogramm – ETBI, § 33, § 35 I, § 35 II, § 17 – zwingend vor dem Putativnotwehrexzess abzuarbeiten.*
 - *Formulierungsvorschlag für dieses Problem (ohne die notwendige vorherige Prüfung der anderen §§) s.u.*
 - Einem Putativnotwehrexzess unterliegt, wer irrtümlich Umstände annahm, die eine Notwehrlage dargestellt hätten, wenn sie vorgelegen hätten, und dabei die Grenzen der vermeintlichen Notwehr aus Furcht, Angst oder Schrecken überschritt.
 - Also drei Prüfungspunkte: 1. Irrtum über tatsächliche Umstände, die eine Notwehrlage dargestellt hätten (ähnlich ETBI), 2. Überschreitung der vermeintlichen Notwehr aus asthenischem Affekt (also § 33) 3. Rechtsfolge des Putativnotwehrexzesses
 - Vermeintliche Notwehrlage (+), s.o.
 - Überschreitung aus asthenischen Affekten
 - Geeignetheit (+), s.o.
 - Erforderlichkeit (-), s.o.
 - Diese Überschreitung aus Angst = asthenischer Affekt (+)
 - *Hinweis: § 33 kann nur den Prüfungspunkt überwinden, der aufgrund seiner Überschreitung aus einem asthenischen Affekt entfällt. Zwingend weiterzuprüfen sind alle anderen Voraussetzungen des § 32.*
 - Gebotenheit (+)
 - Subjektives Rechtfertigungselement (+)

- Rechtsfolge → umstritten
 - e.A.: § 33 analog
 - nach dieser Ansicht also Schuld (-)
 - Arg.: dieselbe psychische Situation für Täter
 - a.A.: § 33 analog nur dann, wenn der Irrtum unvermeidbar war und/oder das Opfer den Irrtum (hier str.: vorsätzlich/fahrlässig) (mit-)verschuldet hat
 - Irrtum aber nicht unvermeidbar und nicht von K mitverschuldet
 - Nach dieser Ansicht Schuld (+)
 - Arg.: Zur Vermeidung des Widerspruchs (bei der ersten Ansicht)
 - a.A.: § 35 II analog
 - Irrtum aber nicht unvermeidbar
 - Nach dieser Ansicht Schuld (+)
 - Arg.: sachliche Nähe des Putativnotwehrexzesses zu § 35 II
 - § 35 II regelt einen auf den Entschuldigungsgrund bezogenen Sachirrtum
 - Teilweise wird fahrlässige Irrtumsverursachung des Opfers gefordert
 - Irrtum nicht von K mitverschuldet
 - Auch dann Schuld (+)
 - Arg.: Opfer ist weniger schutzwürdig, wenn es den Irrtum selbst mitverursacht hat; kann sich durch Notwehr verteidigen; Straflosigkeit des Täters ist wohl sachgerecht (aA gut vertretbar)
- Die erste Ansicht kommt damit zu einem anderen Ergebnis, so dass ein Streitentscheid erforderlich ist.
 - Gegen die erste Ansicht sprechen folgende drei Punkte:
 - § 33 reagiert nicht nur auf die psychische Sondersituation, sondern auch darauf, dass mit dem tatsächlichen Angreifer eine Person geschädigt wird, die sich zuerst ins Unrecht gesetzt hat
 - keine Irrtumsregelung
 - Widerspruch, dass ein Täter bei einem vermeidbaren ETUI bezogen auf § 32 strafbar sein kann, wenn er die Grenzen des nach seiner Sachverhaltsvorstellung erforderlichen nicht überschreitet (§ 17 S. 2 bzw. § 16 I 2 analog), hingegen nach § 33 analog entschuldigt sein soll, wenn er überreagiert (und

somit verwerflicher handelt als der Täter des Erlaubnistatumstandsirrums)

- Ansicht 1 abzulehnen, der Rest kommt zum gleichen Ergebnis, damit Schuld (+)
 - *Hinweis zum Streitaufbau: Es gibt verschiedene Möglichkeiten, einen Streit aufzubauen. Hier habe ich erst alle Ansichten nacheinander genannt, jeweils mit einem Argument, warum man das so sehen kann, und dem Ergebnis dieser Ansicht. Im Anschluss habe ich festgestellt, dass eine Ansicht zu einem anderen Ergebnis kommt. Da wir diese Ansicht ablehnen, reicht es, alle Negativargumente zu nennen und zu erklären, die Ihnen einfallen; zwischen den anderen Ansichten müssen wir uns nicht mehr entscheiden, da sie zum gleichen Ergebnis kommen. Eine andere Möglichkeit wäre es, in der Lösungsskizze genau zu überlegen, zu welchem Ergebnis die Ansichten kommen, und dann die Ansicht, welche zu einem anderen Ergebnis kommt und abzulehnen ist, zuerst zu nennen, um sie auch gleich mit den Argumenten abzulehnen. Dann können die anderen Ansichten genannt und subsumiert werden, wobei bei diesen aufgrund des gleichen Ergebnisses dahinstehen kann, welcher gefolgt wird.*

5. Ergebnis

- A ist gem. § 212 I strafbar.

II. Ergebnis zum zweiten Tatkomplex

- A hat sich im zweiten Tatkomplex gem. § 212 I strafbar gemacht.

C. Gesamtergebnis

- A ist im ersten Tatkomplex straffrei und im zweiten Tatkomplex gem. § 212 I strafbar.

Unterschrift!

Formulierungsvorschlag Erlaubnistatumsirrtum (T = Täter; O = Opfer)

[Erst ordentliche Prüfung, ob ein Erlaubnistatumsirrtum gegeben ist. Wenn (+), dann:]

T unterlag einem Erlaubnistatumsirrtum. Fraglich ist, was die Rechtsfolge dieses Irrtums ist.

a. Er könnte ein Irrtum iSd § 17 S. 1 sein, so dass T schuldlos handelte, wenn ihm die Einsicht fehlt, Unrecht zu tun, und dies unvermeidbar war. (Subsumtion fehlende Einsicht). Unvermeidbarkeit liegt vor, wenn es dem Täter aufgrund seiner sozialen Stellung und nach seinen individuellen Fertigkeiten auch bei der ihm zumutbaren Anspannung seines Gewissens unter Zuhilfenahme anderer möglicher Erkenntnisquellen nicht möglich war, das Unrecht der Tat einzusehen. (Subsumtion Unvermeidbarkeit). Der Irrtum, kein Unrecht zu tun, war vermeidbar. Nach der strengen Schuldtheorie handelte T schuldhaft, doch ist seine Strafe gem. § 17 S. 2 iVm § 49 I zu mildern. Allerdings ist hiergegen einzuwenden, dass der Irrtum des T mit den sonst von § 17 erfassten Konstellationen nicht vergleichbar ist aufgrund dessen, dass T lediglich der Vorwurf der Fahrlässigkeit gemacht werden kann, nicht jedoch ein Vorwurf des Vorsatzes. Der typische Fall des § 17 ist das Hinwegsetzen über die Rechtsordnung, was T jedoch gerade nicht will. Vielmehr denkt er aufgrund seines Irrtums, die Rechtsordnung zu befolgen. Die strenge Schuldtheorie ist demnach abzulehnen.

b. Es könnte aufgrund des fehlenden Unrechtsbewusstseins der Vorsatz entfallen, doch ist diese Vorsatztheorie mit Einführung des § 17 S. 1 nicht mehr vertretbar.

c. Der Vorsatz könnte auch auf das Fehlen von Rechtfertigungsgründen bezogen sein müssen, so dass gem. § 16 I 1 der Vorsatz des T entfallen könnte, jedoch widerspricht dies dem dreistufigen Deliktsaufbau gem. §§ 15, 16; 32; 19, 20; 11 I Nr. 5, so dass die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen somit abzulehnen ist.

d. Der Irrtum über die tatsächlichen Voraussetzungen des Rechtfertigungsgrundes könnte gem. § 16 I 1 analog den Vorsatz entfallen lassen aufgrund dessen, dass T sich rechtstreu verhalten möchte und damit wertungsmäßig dem § 16 näher steht als dem § 17. Allerdings ist dagegen einzuwenden, dass die Warnfunktion des [verwirklichter §] erreicht hat, während diese Warnfunktion den typischen Täter des § 16 I 1, der nicht alle Tatstände kennt, nicht erreicht. Die Interessenlagen sind nicht vergleichbar, mithin ist § 16 I 1 nicht mit der eingeschränkten Schuldtheorie analog anzuwenden.

e. Es könnte allerdings die Rechtsfolge des § 16 I 1 Anwendung finden, so dass die Vorsatzschuld entfällt. T hat durch seine Tat und seinen Irrtum über den Rechtfertigungsgrund nicht eine derartige Schuld wie ein vorsätzlich rechtswidrig handelnder Täter auf sich geladen, so dass ihm lediglich die Fahrlässigkeitsschuld aufgrund des Verkennens der tatsächlichen Umstände trifft. Für diese Theorie spricht auch, dass T somit ohne Schuld handelt, doch Fahrlässigkeit und Teilnahme bleiben möglich, was sachgerecht ist. Es ist der rechtsfolgenverweisenden Schuldtheorie zu folgen, so dass die Vorsatzschuld nach der Rechtsfolge des § 16 I 1 nach der rechtsfolgenverweisenden Schuldtheorie entfällt.

e. T handelte schuldlos

[Dann Prüfung der Fahrlässigkeit → Vorwurf: Nichterkennung der tatsächlichen Umstände]

Formulierungsvorschlag Putativnotwehrexzess (T = Täter, O = Opfer)

Hinweis: Dieser Formulierungsvorschlag ist sehr lang und eignet sich dann, wenn es keine anderen wirklichen Probleme in der Klausur gibt (bei anspruchsvollen Prüfern eher selten). Anderenfalls können Sie ihn auch kürzer fassen (vor allem die Rechtsfolge).

Wichtig ist in der Rechtsfolge: § 33 kann nicht analog angewandt werden, § 35 II wohl schon eher (je nachdem, wie Sie es für richtig empfinden). In den meisten Fällen wird die zweite Ansicht, die mit § 33 arbeitet, und jene, die mit § 35 II arbeiten, zu dem gleichen Ergebnis kommen (da bei allen drei Unvermeidbarkeit oder Mitverschulden gegeben sein muss und dies selten in Klausuren zu finden ist). Dann müssen Sie nur Ansicht 1 mit den unten genannten Argumenten ablehnen und können sich beim Rest etwas kürzer fassen.

Wichtig ist auch, dass Sie sauber die Analoganwendung einleiten (also die Täterbegünstigung erwähnen, ggfs. Auch, dass Art. 103 II GG nicht greift, die planwidrige Regelungslücke darstellen und die Interessenlagen vergleichen).

. Putativnotwehrexzess

Es könnte ein Putativnotwehrexzess vorliegen. Dieser ist gegeben, wenn der Täter irrig das Vorliegen der tatsächlichen Voraussetzungen annimmt und dabei die Grenzen der Notwehr iSd § 33 überschreitet.

a. Irrige Annahme der Notwehrvoraussetzungen

Wie bereits geprüft [*nämlich beim Erlaubnistatumstandsirrturn*], liegen die Voraussetzungen der Notwehrlage vor, wenn man die Vorstellung des T zugrundelegt.

Allerdings war die Handlung nach seiner Vorstellung nicht erforderlich.

b. Exzess

Er überschritt damit die Grenze der Erforderlichkeit aus Furcht (s.o.). Dieser intensiver Notwehrexzess aus asthenischen Affekten wird von § 33 erfasst.

c. Rechtsfolge

Was die rechtlichen Folgen des Putativnotwehrexzesses sind, ist umstritten.

Ausgeschlossen ist die direkte Anwendung des § 33 aufgrund des Wortlauts und der Systematik.

§ 33 könnte jedoch täterbegünstigend analog anwendbar sein. Dazu muss eine planwidrige Regelungslücke sowie eine vergleichbare Interessenlage bestehen. Die Regelungslücke besteht darin, dass es keine Regelung gibt, wie sich jemand strafbar macht, der unter irriger Annahme einer Notwehrlage diese überschreitet. Von der Planwidrigkeit ist auszugehen. Die Interessenlage des § 33 besteht darin, dass eine psychische Ausnahmesituation für den Täter des § 33 besteht, indem er selbst um seine Rechtsgüter fürchten muss. Diese Ausnahmesituation besteht auch dann, wenn der Täter sich die Notwehrlage nur irrig vorstellt, was für eine vergleichbare Interessenlage spricht. Dagegen spricht jedoch, dass § 3 nicht nur auf diese Sondersituation reagiert, sondern auch darauf, dass sich der tatsächlich Angreifende zuerst in Unrecht gesetzt hat, während der O sich rechtstreu verhalten hat. Zudem stellt § 33 keine Irrtumsregel dar. Darüber hinaus wäre es widersprüchlich, den Täter des Erlaubnistatumstandsirrturn möglicherweise wegen Fahrlässigkeit zu bestrafen,

während der Täter des Putativnotwehrexzesses schuldlos handelt, obwohl er sich nicht nur über die Tatsachen irrt, sondern zudem auch noch die Grenzen der Notwehr überschreitet (*Hinweis: das ist ein bloßes „Überdies“-Argument und für sich allein genommen noch nicht ausschlaggebend, da es einen Hauch von „Wir bestrafen, weil wir bestrafen wollen“ hat. Außerdem ist es zirkelschlüssig: Genauso gut kann man fragen, wieso dann der Täter des Erlaubnistatumsirrtum wegen eines Fahrlässigkeitsdelikts strafbar sein sollte. Immerhin könnte man sich bei diesem ja auch anders entscheiden. Mit den anderen Argumenten zusammen aber überzeugend und dieser in Klammern geschriebene Einwand ist in der Klausur nicht anzuführen.*). Die Interessenlagen sind damit nicht vergleichbar, so dass § 33 nicht analog angewandt werden kann.

Zur Vermeidung dieser Widersprüche könnte jedoch § 33 dann analog anwendbar sein, wenn der Irrtum unvermeidbar war und/oder das Opfer den Irrtum mitverschuldet hat. [Subsumtion Unvermeidbarkeit und Mitverschulden des Opfers; Ergebnis dieser Theorie].

Argumente hiergegen, falls es notwendig sein sollte, diese Theorie auch abzulehnen (also falls sie zu einem anderen Ergebnis kommen sollte als die Ansicht, die mit § 35 II arbeitet): Allerdings ist die Vermeidbarkeit im Rahmen des Tatbestandes des § 33 nicht enthalten, was gegen diese Ansicht spricht. Zudem spricht dagegen, dass das rechtstreue Opfer, das eben kein Angreifer ist, bei analoger Anwendung des § 33 nicht durch das Gesetz geschützt ist. Gegen die analoge Anwendung spricht auch, dass § 33 an § 32 anknüpft und daher das objektive Vorliegen der Notwehrlage verlangt. Diese Ansicht ist deshalb abzulehnen.

Andererseits könnte aufgrund der sachlichen Nähe des Putativnotwehrexzesses zu § 35 II auch dieser täterbegünstigend analog angewendet werden. Die dafür notwendige planwidrige Regelungslücke ist gegeben. Die vergleichbare Interessenlage besteht darin, dass § 35 II einen auf den Entschuldigungsgrund des § 35 I bezogenen Sachirrtum regelt und der Putativnotwehrexzess ebenfalls einen Sachirrtum im Rahmen eines Entschuldigungsgrundes, nämlich des § 33, darstellt. Die Analogie ist möglich. T muss also bei Begehung der Tat irrig Umstände angenommen haben, die ihn gem. § 33 entschuldigen würden, und der Irrtum muss unvermeidbar gewesen sein. [Subsumtion § 35 II; Ergebnis zu dieser Theorie]

Dagegen spricht (falls das mal notwendig sein sollte), dass der rechtstreue Bürger O geschützt werden muss. Ebenso kann man das Argument mit dem Vergleich von dem Täter des Erlaubnistatumsirrtum mit dem des Putativnotwehrexzesses heranziehen.

Zur Vermeidung von Wertungswidersprüchen mit § 33 könnte § 35 II jedoch nur dann analog anzuwenden sein, wenn das Opfer den Irrtum mitverschuldet hat. Dafür spricht insbesondere, dass O dann weniger schutzwürdig ist, als wenn er keine Schuld an dem Irrtum trägt. Zudem bleiben ihm die Notwehrrechte erhalten, so dass er sich zumindest selbst wehren kann; eine Straflosigkeit des T ist damit sachgerecht. [Subsumtion dessen; Ergebnis hierzu]

Hinweis: Meistens kommen die letzten drei Theorien zum gleichen Ergebnis; dann ist keiner der drei abzulehnen, sondern beim Gesamtergebnis festzustellen, dass nach allen drei Theorien der Putativnotwehrexzess unbeachtlich ist. Ansonsten können die Theorien mit den in kursiv geschriebenen Argumenten abgelehnt werden, bevor die nächste angesprochen wird. Der letzten kann mit den genannten Argumenten gefolgt. Eine andere Ansicht lehnt

auch diese Theorie ab und misst dies einfach anhand von § 17; wie Sie sich entscheiden, ist unerheblich, solange Sie eine gute Diskussion führen und sich keine Probleme abschneiden [insb. wenn eine Teilnahme vorliegen könnte, muss das Ergebnis klausurtaktisch hinterfragt werden; 2. Semester]

[Gesamtergebnis zum Putativnotwehrexzess in den meisten Klausuren:] Der Putativnotwehrexzess ist damit unbeachtlich, mithin handelte T schuldhaft.

(Dieses Ergebnis ist nur das typische; es kann selbstverständlich auch anders ausgehen. Bleiben Sie da flexibel und lösen Sie einfach den Fall, der vor Ihnen liegt, ohne vom Ergebnis her zu denken, wenn dies keine Probleme abschneidet; was es im 1. Semester in aller Regel nicht tut)