

## Examenklausurenkurs Erlangen

### I.

G arbeitet in einem Fastfood-Restaurant als Filialleiter. Er hat als einziger Angestellter neben dem Inhaber Zugriff auf den Schlüssel zur Kasse des Restaurants. Diese wird regelmäßig vom Inhaber geleert. Eine Berechtigung, auf die Kasse Zugriff zu nehmen, hat G nicht.

G vereinbart mit zwei Bekannten, S und M, einen Überfall vorzutäuschen. Dieser soll so ablaufen, dass S und M in der Nacht von Samstag auf Sonntag nach Betriebsschluss maskiert und mit Messern bewaffnet in der Filiale erscheinen. Alle drei gehen davon aus, dass zu diesem Zeitpunkt sich keine Gäste mehr im Restaurant aufhalten. Sie wissen aber, dass nach Schließung des Lokals außer G auch noch eine Reinigungskraft, A, anwesend ist. A soll durch das bewaffnete Auftreten von S und M eingeschüchtert den „Überfall“ beobachten und dann die Polizei unwissentlich auf die falsche Spur führen. Verletzt werden solle niemand. G, S und M gehen davon aus, dass A keine Versuche von Gegenwehr unternehmen wird. In Ausführung dieses Tatplans begeben sich M und S zum vereinbarten Zeitpunkt nachts in den Hinterhof des Lokals. Sie sind schwarz gekleidet, mit Sturmhauben maskiert und jeder führt vereinbarungsgemäß ein Messer mit sich.

Wie verabredet öffnet G den beiden die Tür zum Lieferanteneingang. Zur Vortäuschung eines Überfalles lässt sich G von M ein Messer an den Hals halten. Im Gebäude ruft G wie geplant die Reinigungskraft A herbei und spielt ihm eine echte Bedrohungslage vor. Dabei fordert er ihn auf, sich ruhig zu verhalten, nicht um Hilfe zu rufen und keine Gegenwehr zu ergreifen. G, der vorhatte, aufgrund der vermeintlichen Bedrohung das Geld aus dem Tresor zu holen und es an M und S zu übergeben, spiegelt dabei plangemäß gegenüber A vor, dass er sich durch das Messer an seinem Hals bedroht fühlt und nur deshalb tut, was M von ihm verlangt.

A lässt sich jedoch entgegen den Erwartungen der drei einschüchtern. Er greift nach einem Wischmopp und geht auf M los. In diesem Moment befindet sich S, den A noch gar nicht bemerkt hat, hinter einer Treppe versteckt. S sieht den Angriff des A auf M, tritt hervor und versucht, A den Wischmopp aus der Hand zu schlagen. Dabei wird, wie von S billigend in Kauf genommen, die Hand des A durch das Messer des S verletzt. Aufgrund dieses Zwischenfalls fliehen S und M aus dem Restaurant und können entkommen. G gelingt es, durch eine geschickte Aussage bei der Polizei, den Verdacht auf eine falsche Spur zu lenken

M und S machen sich nach diesem Missgeschick Sorgen, dass A ihr Spiel durchschauen könnte. G hingegen weiß, dass A den gespielten Überfall nach wie vor für echt hält und nichts von der Beteiligung von M, S oder G ahnt. G bringt S und M auf die Idee, den A zu töten. Dem G geht es dabei nicht (wie M und S) darum, einen potenziellen Tatzeugen zu beseitigen. Vielmehr schuldet er dem A noch 10.000 Euro und sieht eine willkommene Gelegenheit, diese Schulden los zu werden.

G erzählt M und S, dass A, der nicht schwimmen kann, immer sonntags an einem einsamen See zum Angeln geht, und instruiert diese, wie sie A gemeinsam beseitigen sollen. M und S verabreden sich daraufhin am nächsten Wochenende an einer versteckten Bucht dieses Sees. Es ist verabredet, den A gemeinsam festzuhalten und mit einem Messer zu töten.

Während M sich zum vereinbarten Zeitpunkt in die Sonne legt und auf S wartet, wird er plötzlich durch Hilferufe gestört, die aus dem Wasser kommen. M sieht, wie ein Mensch, der offensichtlich nicht schwimmen kann, ins Wasser gefallen ist. Ein Boot treibt in der Nähe und ist für den Ertrinkenden nicht greifbar. Spontan zur Hilfe entschlossen greift M nach einem langen Stock, um das Boot in Richtung des Ertrinkenden zu manövrieren, was ihm auch gelingt. Kurz vor der Rettung besinnt sich M eines Besseren. Er denkt sich „Ich bin doch hier, um zu töten, nicht um irgendjemanden zu retten“. Dem M geht es darum, die geplante Tötung des A ungestört zu verwirklichen. Den Ertrinkenden hält er für einen Fremden. Eine Sekunde, bevor der Ertrinkende das Boot berührt, bewegt M dieses mit dem Stock in die entgegengesetzte Richtung. Der Mensch im Wasser kann das Boot nicht greifen und ertrinkt, wie von M beabsichtigt.

Kurz darauf taucht S auf, und berichtet stolz, dass er „den Job schon alleine erledigt habe“. Tatsächlich war S dem A kurz zuvor zufällig an einem Bootssteg begegnet und hatte diesen ins Wasser gestoßen, da er eine günstige Gelegenheit gesehen hatte, A zu töten. Erst jetzt erkennt M, dass es sich bei der Person, deren Rettung er abgebrochen hatte, um A gehandelt hatte.

Strafbarkeit von S, M und G?

## II.

Die Ermittlungsbehörden haben den Verdacht, dass M etwas mit dem Überfall auf das Fast-Food-Restaurant zu tun haben könnte. Aus diesem Grund wird M akustisch überwacht.

Den M plagen Gewissensbisse. Er setzt sich in sein Auto und murmelt grübelnd in einem Selbstgespräch vor sich hin „Ich habe den A umgebracht. Nein, es war doch der S. Können wir ihn beide umgebracht haben? A wäre sowieso ertrunken, er hat das Boot gar nicht berührt. Aber ich habe ihn doch umgebracht, weil er ja schon fast gerettet war...“

Die Polizei hört das Gespräch ab und gelangt auf diese Weise erstmals zu der Erkenntnis, dass M in ein Tötungsdelikt verwickelt sein könnte.

Der Staatsanwalt ist sich nicht sicher, ob die Erkenntnisse aus dem Selbstgespräch verwertbar sind, und ob ausreichend Beweise vorliegen, um M zu verurteilen. Ermittelt wird auch gegen S, der geständig ist und sich darum bemüht, als „Kronzeuge“ die Vorteile des § 46b StGB zu erlangen (dessen Voraussetzungen nicht zu prüfen sind).

Die Ehefrau des S bietet der Polizei aus eigenem Antrieb ihre Hilfe an, um für ihren Mann ein günstiges Urteil zu erreichen. Die Ermittlungsbehörden statten daher die Ehefrau des S mit einem Aufnahmegerät aus. Diese trifft sich mit M und erzählt ihm, dass G ihr alles gestanden habe. Wahrheitswidrig spiegelt sie dem M vor, sie sei nicht sicher, ob sie ihrem Mann glauben kann. Sie wolle daher von M wissen, ob sie von ihrem Mann belogen wurde. Ebenfalls wahrheitswidrig spiegelt sie dem M vor, das Gespräch vertraulich zu behandeln.

Daraufhin schildert ihr M genau, was passiert ist. Dieses Gespräch wird durch die Ehefrau, wie von Anfang an beabsichtigt, aufgenommen und den Ermittlungsbehörden übergeben.

Darf das Selbstgespräch des M und das Gespräch mit der Ehefrau des S in dem Prozess gegen M verwertet werden? Die Voraussetzungen der akustischen Überwachung gemäß den §§ 100c ff. StPO sind nicht zu prüfen, da diese als erfüllt anzusehen sind.

**Examenklausurenkurs Erlangen**  
**Lösungsskizze Klausur Strafrecht vom 13.02.2012**

Beim ersten Tatkomplex handelt es sich um einen originalen Sachverhalt, der Amtsgericht Erlangen bzw. das Landgericht Nürnberg-Fürth entschieden wurde.

Der zweite Tatkomplex ist konstruiert.

Den beiden prozessualen Fallgestaltungen liegen aktuelle BGH-Entscheidungen zu Grunde.

Bei den kursiv markierten Stellen handelt es sich um Hilfsüberlegungen. Wenn dazu in der Bearbeitung keine Ausführungen gemacht werden, stellt es keinen Nachteil dar.

<b>Teil I.: Strafbarkeit von S, M und G .....</b>	<b>2</b>
<b>A. Erster Tatkomplex: Fast-Food-Restaurant.....</b>	<b>2</b>
1. Strafbarkeit G,S und M.....	2
a) §§ 249, 250 Abs. 2 Nr. 1, 22, 23, 25 StGB – Versuchter schwerer Raub in Mittäterschaft..	2
b) §§ 240 III, 22, 23 I, 25 II StGB - Nötigung des A .....	5
c) §§ 263 II, 22, 23, 25 II – Versuchter Betrug in Mittäterschaft .....	5
d) 239a, 25 II – Erpresserischer Menschenraub .....	5
e) § 123 StGB Hausfriedensbruch .....	5
2. Strafbarkeit des S wegen Körperverletzung, §§ 223, 224 Nr. 2 .....	6
<b>B. Zweiter Tatkomplex: Am See .....</b>	<b>6</b>
1. Strafbarkeit des M .....	6
a) Mord, §§ 212, 211 .....	6
(1) Objektiver Tatbestand .....	6
(a) Kausalität und Handlung .....	6
(b) Objektive Zurechnung.....	8
(2) Subjektiver Tatbestand .....	9
(3) Ergebnis .....	9
b) Verbrechensverabredung, § 30 II.....	9
2. Strafbarkeit des S .....	10
a) Mord, §§ 212, 211 .....	10

---

(1) Objektiver Tatbestand .....	10
(a) Kausalität.....	10
(b) Objektive Zurechnung.....	10
(2) Zwischenergebnis.....	11
b) Versuchter Mord, §§ 212, 211, 22, 23 I, 12 I .....	11
3. Strafbarkeit des G .....	12
a) Anstiftung zum Mord an A durch M, §§ 212, 211, 26 .....	12
b) Anstiftung zum versuchten Mord durch M.....	12
<b>C. Gesamtergebnis und Konkurrenzen .....</b>	<b>13</b>
<b>Teil II.: Prozessuale Verwertbarkeit .....</b>	<b>13</b>
<b>A. Das Selbstgespräch .....</b>	<b>13</b>
<b>B. Das Gespräch mit der Ehefrau.....</b>	<b>15</b>

## **Teil I.: Strafbarkeit von S, M und G**

### **A. Erster Tatkomplex: Fast-Food-Restaurant**

#### **1. Strafbarkeit G,S und M**

a) §§ 249, 250 Abs. 2 Nr. 1, 22, 23, 25 StGB – Versuchter schwerer Raub in Mittäterschaft

1) Es liegt keine Vollendung vor, da kein Geld weggenommen wurde. Der Versuch ist als Verbrechen strafbar gem. §§ 249 I, 12 I, 23 I StGB.

2) Der gemeinsame Tatenschluss müsste sich darauf erstreckt haben, eine fremde bewegliche Sache, einem anderen wegzunehmen. Das Geld ist fremd, da G als Filialleiter keine Zugriffsberechtigung hat. Wegnahme erfordert den Bruch fremden und die Begründung neuen Gewahrsams. Gewahrsam ist die vom Herrschaftswillen getragene tatsächliche Sachherrschaft. Neben G hat noch der Inhaber Zugriff auf die Kasse. Insoweit ist fraglich, ob G Alleingewahrsamsinhaber ist (dafür spricht, dass der Inhaber nicht anwesend ist), oder ob hier lediglich ein mehrstufiges Gewahrsamsverhältnis im Sinne eines Unter- und Überordnungsverhältnisses besteht.

Diese Frage kann hier offen bleiben, da zumindest kein Alleingewahrsam des G bestand, da auch der Bruch eines untergeordneten Gewahrsams eine Wegnahme ist. Denn ein Fall, wie er teilweise bei Kassierern angenommen wird, die alleinigen Zugang zum Geld haben, (vgl. Fischer, 57. Auflage, § 242, Rn. 13) liegt nicht vor, da ja zumindest auch der Inhaber Zugang hat.

---

Nach dem Tatentschluss sollte das Geld aus der Kasse genommen werden, d.h. nach dem äußeren Erscheinungsbild war ein „Nehmen“ beabsichtigt. Da auch keine Vermögensverfügung durch den Inhaber erfolgen sollte, liegt auch nach Ansicht der h.L. im Abgrenzungstreit zwischen § 249 und § 255 hier ein unstreitiger Fall einer Wegnahme vor. Daran ändert sich nichts dadurch, dass G gemäß dem Tatplan das Geld an M und S „herausgeben“ sollte. Denn dies sollte nur zum Schein erfolgen, der eigentliche Gewahrsamsbruch liegt in der geplanten Entnahme des Geldes durch G.

Zwischen den Beteiligten war verabredet, niemanden zu verletzen. Somit bestand kein gemeinsamer Tatentschluss zur Gewaltanwendung, da kein unmittelbarer körperlicher Zwang gegen den A angewendet werden sollte. A wurde gleichwohl durch S mit dem Messer an der Hand verletzt. Dies geschah aus Sicht des S auch mit der notwendigen finalen Verknüpfung, d.h. in der Absicht, die Wegnahme (durch den G) zu ermöglichen. Für S kann daher das Merkmal der Gewalt bejaht werden, nicht jedoch für G und M. S befand sich insoweit in einem sog. Mittäter-Exzess.

Gleichwohl handelten auch G und M mit dem Tatentschluss zur Verwirklichung eines Raubes. Denn auch wenn M dem G das Messer nur zum Schein an den Hals gehalten hat, liegt doch eine Drohung i.S.v. § 249 I vor. Drohung ist das In-Aussicht-Stellen eines künftigen Übels, auf dessen Eintritt der Drohende Einfluss hat oder zu haben vorgibt und dessen Verwirklichung er nach dem Inhalt seiner Äußerung für den Fall des Bedingungseintritts will. A sollte die Drohung nach dem Tatplan ernst nehmen. Dass ihm diese nur vorgespielt wurde, ändert nach der anerkannten Definition nichts, da es insofern nur auf die Sicht des Bedrohten ankommt. Die Tatsache, dass das Messer einer anderen Person als demjenigen, der letztlich bedroht werden sollte an den Hals gehalten wurde, ändert nichts, da es auf eine Personenidentität i.R.v. § 249 I nicht ankommt, was sich auch aus einem Umkehrschluss zu § 250 I Nr. 1b) („Widerstand einer anderen Person...“) ergibt.

Die Wegnahme sollte mit der gemeinsamen Absicht der rechtswidrigen Zueignung des Geldes geschehen.

Der gemeinsame Tatplan erstreckte sich auf eine mittäterschaftliche Begehung des § 249 I i.S.v. § 25 II, da der Raub im arbeitsteiligen Zusammenwirken durchgeführt werden sollte.

- 3) Die Qualifikation des § 250 I Nr. 2 ist nicht erfüllt, da eine Bande den Zusammenschluss von mindestens 3 Personen für eine gewisse Dauer voraussetzt. Hier sollte nur eine einmalige Tat begangen werden.

§ 250 II Nr. 1 ist jedoch für alle drei erfüllt, da M dem G ein Messer an den Hals hält, folglich zur Drohung verwendet, was auch dem gemeinsamen Tatplan entspricht. Zwar droht er damit nicht dem G, da dieser ja eingeweiht ist. Es sollte jedoch der Widerstand eines anderen überwunden werden, was ausreicht und den anderen Mittätern gem. § 25 II zugerechnet werden kann.

250 II Nr.1 verdrängt den ebenfalls erfüllten § 250 I Nr.1 b) als *lex specialis*.

Ob auch § 250 Nr. 1a) erfüllt ist, ist kann offen bleiben, da keine konkreten Angaben über die Beschaffenheit des Messers vorhanden sind und Nr. § 250 I 1a) ebenfalls durch § 250 II Nr. 1 verdrängt wird.

- 
- 4) Da bereits Nötigungsmittel eingesetzt wurden und die Qualifikationsmerkmale erfüllt sind, wurde unmittelbar zur Tat angesetzt i.S.v. § 22.
  - 5) Die Tat war rechtswidrig und schuldhaft.
  - 6) Fraglich ist, ob A, S und M vom Versuch zurück getreten sind, § 24. Da noch nicht alles zur Vollendung der Tat erforderliche getan wurde, gelten die Maßstäbe des sog. unbeendeten Versuchs, d.h. es genügt grundsätzlich für einen Rücktritt, wenn von der Tat Abstand genommen wird, was hier der Fall war. Da hier eine gemeinschaftliche Begehungsweise vorliegt, sind allerdings die besonderen Voraussetzungen des § 24 II zu beachten. Nachdem alle drei Mittäter gemeinsam von der Tat Abstand genommen haben, und kein Risiko bestand, dass die anderen Mittäter diese fortführen, ergeben sich für die Rücktrittsvoraussetzungen insoweit keine Unterschiede zu den Maßstäben für einen Einzeltäter i.S.v. § 24 I, vgl. § 24 II S. 2.

Problematisch ist, dass die Tat letztlich durch den A vereitelt wurde, da A in überraschender Weise Widerstand geleistet hat. Dieser hat sich nicht so verhalten, wie S, M und G das erwartet hatten. Damit ist fraglich, ob der Abbruch der Tat im Ergebnis freiwillig erfolgte bzw. ob ein sog. fehlgeschlagener Versuch vorlag.

Fehlgeschlagen ist ein Versuch, wenn der Täter nach seiner Vorstellung den Erfolgseintritt in unmittelbaren räumlichen oder zeitlichen Zusammenhang mit dem ihm zur Verfügung stehenden Tatmitteln nicht mehr herbeiführen kann. Hier wäre es zwar durch den gemeinsamen Einsatz der Kräfte von S, M und G möglich gewesen, den A zu überwältigen. Dies entsprach jedoch nicht dem Tatplan. Nach zutreffender Auffassung kommt es bei der Beurteilung des Fehlschlags jedoch gerade nicht auf den Tatplan an, sondern auf den Erkenntnishorizonts des (oder der) Täter nach Abschluss der letzten Ausführungshandlung. Dieser Maßstab entspricht dem Zweck des § 24, da dem Täter eine „Goldene Brücke“ gebaut werden soll.

Allerdings spielte A auch nach dem aktuellen Erkenntnishorizont für die Durchführung der Tat eine Rolle. Wenn er sich nämlich nicht – wie ursprünglich erwartet – einschüchtern lässt, so wäre das Verhalten des G – im Fall einer hypothetischen Fortsetzung der Tat – nicht mehr vermittelbar. Entweder G würde den Schein aufrechterhalten und sich den Widerstandsbemühungen des A anschließen. Dann bestünde die Gefahr, dass der ganze Plan auffliegt. Oder aber G würde gemeinsam mit S und M den A überwältigen – was mit Sicherheit zur Folge hätte, dass die Tat aufgeklärt werden kann. Es spricht daher einiges dafür, von einem Fehlschlag auszugehen.

Selbst wenn man einen fehlgeschlagenen Versuch ablehnt, wäre der Rücktritt zumindest nicht freiwillig erfolgt.

Denn die Fortsetzung der weiteren Tat ist in jedem Fall durch Gründe, die von außen kamen, vereitelt worden. Nach dem Maßstab der herrschenden Meinung (psychologischer Freiwilligkeitsbegriff) liegen damit „heteronome Motive“ vor, d.h. keine Freiwilligkeit. Dasselbe gilt, wenn man bezüglich der Freiwilligkeit auf einen sog. normativen Maßstab abstellt, d.h. auf die „Verbrechervernunft“. Auch danach macht der ganze Plan keinen Sinn mehr, in dem Moment, in dem A nicht mehr als

---

gutgläubiger Zeuge zur Verfügung steht. Das Entdeckungsrisiko hat sich erheblich vergrößert.

(A.A. gut vertretbar)

- 7) Ergebnis: G, S und M haben sich gem. §§ 249, 250 Abs. 2 Nr. 1, 22, 23, 25 II StGB wegen versuchten schweren Raubes in Mittäterschaft strafbar gemacht.

b) §§ 240 III, 22, 23 I, 25 II StGB - Nötigung des A

*A hat sich entgegen den Vorstellungen der Täter gewehrt, sich durch die vorgespiegelte Bedrohung des G also nicht zu einer Handlung, Duldung oder Unerlassung zwingen lassen. Ein Nötigungserfolg also nicht eingetreten, so dass keine Vollendung vorliegt. Die versuchte Nötigung tritt hinter dem versuchten schweren Raub wegen Spezialität zurück.*

*Dasselbe gilt für einen in dem Raub liegenden versuchten Diebstahl (§§ 242 II, 22).*

c) §§ 263 II, 22, 23, 25 II – Versuchter Betrug in Mittäterschaft

*Aufgrund der Tatsache, dass A über die wahren Tatabläufe getäuscht werden sollte, könnte man an einen versuchten Betrug denken. A hatte jedoch keine Verfügungsmacht über das Geld, d.h. er sollte selbst als Getäuschter keine Vermögensverfügung vornehmen. Auch ein sog. Dreiecks-Betrug liegt nicht vor, da nach den Tätervorstellungen auch G keine irrtumsbedingte Vermögensverfügung vornehmen sollte.*

d) 239a, 25 II – Erpresserischer Menschenraub

*Aus Sicht des A lässt sich evtl. sagen, dass M Verfügungsmacht über G erlangt hat, indem er diesen das Messer an den Hals gehalten hat. Da G jedoch nur eine „Scheingeisel“ war und mit den anderen beiden Tätern kollusiv zusammenwirkte, liegt keine Situation vor, bei der S sich des G „bemächtigt“ hätte.*

e) § 123 StGB Hausfriedensbruch

*Es ist umstritten, ob ein Hausfriedensbruch bereits dann erfüllt ist, wenn für die Öffentlichkeit zugängliche Räume mit einem unerwünschten Zweck betreten werden. Einerseits wurden die Räume hier nach Öffnungszeiten betreten, andererseits wurden S und M jedoch durch G als Filialleiter hereingelassen. Ob G diesbezüglich als Hausrechtsberechtigter angesehen kann, kann offen bleiben, da § 123 in jedem Fall hinter dem versuchten schweren Raub zurück tritt.*

---

## 2. Strafbarkeit des S wegen Körperverletzung, §§ 223, 224 Nr. 2

S hat, indem er den A mit dem Messer an der Hand verletzt, den Tatbestand des § 223 erfüllt. Die Qualifikation des § 224 Nr. 2 ist erfüllt, da das Messer in jedem Fall konkret gefährlich war, d.h. zumindest als gefährliches Werkzeug zu qualifizieren ist. Nr. 4 ist nicht erfüllt, da die Verletzung nicht vom Tatplan gedeckt war, d.h. nicht gemeinschaftlich erfolgte. Die Körperverletzung geschah mit dolus eventualis, d.h. der subjektive Tatbestand ist erfüllt, auch bezüglich der Qualifikation.

Die Tat ist rechtswidrig, insbesondere nicht durch Notwehr (§ 32) gedeckt, da der „Angriff“ des A auf M seinerseits gerechtfertigt war, da A berechnete Nothilfe leistete – und zwar objektiv im Hinblick auf das Vermögen des Restaurants.

*Wenn man nicht auf das Vermögen abstellt, sondern auf die körperliche Unversehrtheit des G, dann war A nur subjektiv gerechtfertigt, da ja von M in Wirklichkeit keine Gefahr für G ausging. Insoweit lässt sich ein Erlaubnistatbestandsirrtum des A annehmen. Ein solcher würde nach der sog. eingeschränkten Schuldtheorie das subjektive Rechtfertigungselement entfallen lassen, so dass auch nach dieser Auffassung nicht von einem rechtswidrigen Angriff auszugehen ist. Folgt man einer derjenigen Auffassungen, die den Erlaubnistatbestandsirrtum im Rahmen der Schuld ansiedeln (sog. rechtsfolgenverweisende eingeschränkte Schuldtheorie), wäre der Einsatz des Messers durch S gegen A gleichwohl nicht gerechtfertigt. Denn da S wusste, dass A sich in einem Irrtum befand, war sein Einschreiten gegen A nicht „erforderlich“. Teilweise wird auch vertreten, dass Notwehr (bzw. hier Nothilfe) gegen schuldlose Angriffe stets unzulässig ist.*

S handelte auch schuldhaft.

## B. Zweiter Tatkomplex: Am See

### 1. Strafbarkeit des M

#### a) Mord, §§ 212, 211

##### (1) Objektiver Tatbestand

##### (a) Kausalität und Handlung

Dadurch, dass M das Boot zurückgezogen hat, könnte er sich eines vollendeten Tötungsdelikts an A strafbar gemacht haben. Denn hätte M das Boot nicht zurückgezogen, so wäre A, der kurz davor stand, nach dem Boot zu greifen, gerettet worden.

Der objektive Tatbestand eines Tötungsdelikts ist allerdings unter mehreren Aspekten fraglich. Zum einen ist problematisch, ob überhaupt eine Handlung des M vorliegt, die kausal den Tod des A verursacht hat. Denn in einem physikalisch-naturwissenschaftlichen Sinn hat M keine reale Ursache dafür gesetzt, dass A ertrunken ist. Dieser hatte das Boot überhaupt nicht berührt. Die abgebrochene Rettungsaktion des M hat letztlich nichts daran geändert, dass A genau zur selben Zeit



---

am selben Ort ertrunken ist, wie es erfolgt wäre, wenn M bei dem ganzen Geschehen nicht anwesend wäre (vgl. Seelmann, JuS 1987, L 34; Sch.-Sch.-Lenckner, StGB, Vorbem. §§ 13 ff., Rn. 71).

Eine physikalische Ursache für den Tod des A hat freilich S gesetzt, indem er ihn ins Wasser gestoßen hatte. Diese Handlung des S könnte dem M jedoch nur dann zu gerechnet werden, wenn die Voraussetzungen des § 25 II, d.h. einer gemeinschaftlichen Begehung vorliegen. Voraussetzung einer mittäterschaftlichen Begehungsweise wäre ein gemeinsamer Tatplan (subjektiv) und ein arbeitsteiliges Zusammenwirken (objektiv). Ein gemeinsamer Beschluss, den A zu töten, bestand. Dieser Beschluss war jedoch hinsichtlich Zeit, Ort und auch bezüglich der Art der Ausführung konkretisiert. S ist von diesem Plan abgewichen. Objektiv fehlte es an jeder Form des gemeinsamen Zusammenwirkens. Eine Zurechnung der Handlung des S im Rahmen des § 25 II, mit der Folge, dass diese Handlung dem M „wie eine eigene“ zugerechnet werden kann, wäre folglich nur auf der Grundlage einer rein subjektiven Beteiligungslehre möglich, wie sie heute nicht mehr vertreten wird. Nach der Tatherrschaftslehre ist objektiv das In-den-Händen-Halten des tatbestandsmäßigen Geschehensablaufs erforderlich. Zwar ist in bestimmten Fällen sog. funktioneller Tatherrschaft anerkannt, dass ausnahmsweise auch untergeordnete objektive Tatbeiträge zugerechnet werden können. Dies setzt aber sog. Organisationsherrschaft voraus, d.h. eine überragende Funktion in einer klaren Struktur mit eindeutig zugeteilten Aufgaben. („Bandenchef“). Davon kann hier nicht die Rede sein. Die Zurechnung der Handlung des S über § 25 II scheidet folglich aus.

Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, ob nicht durch M ein bloßes Unterlassen vorliegt. Rechtspolitisch würde dies bedeuteten, dass M – da keine Garantenstellung i.S.v. § 13 vorliegt – letztlich nur wegen unterlassener Hilfeleistung gemäß § 323c StGB bestraft werden könne. Dieses Ergebnis wird in derartigen Fällen jedoch allgemein als unbefriedigend empfunden.

Die Fallkonstellation des Abbruchs eigener Rettungsbemühungen wird in der Literatur auch als „Rücktritt vom Gebotserfüllungsversuch“ bezeichnet (vgl. dazu die umfangreichen Nachweise bei Winter, Der Abbruch rettender Kausalität, S. 45 ff.) Andere sehen in dieser Konstellation eine Variante des „Unterlassens durch Tun“ (vgl. etwa Roxin, Begehung und Unterlassung, S. 381 f.). Derartige Schlagworte verdunkeln jedoch eher den Kern des Problems, als dass sie ihn erhellen.

Richtigerweise stellt sich zunächst einmal ein Kausalitätsproblem. Anknüpfungspunkt für die Anwendung der sog. *condicio-sine-qua-non*-Formel i.S.d. Äquivalenztheorie wäre demnach das Zurückziehen des Bootes durch M. Danach wäre die Handlung des M dann kausal für den Tod des A, wenn sie nicht hinweggedacht werden kann, ohne dass der konkrete Erfolg in der konkreten Gestalt entfielen.

Bei der Anwendung der *condicio-sine-qua-non*-Formel ist anerkannt, dass grundsätzlich keine hypothetischen Ursachen hinzugedacht werden dürfen – so kann sich jemand, der einen Sterbenskranken tötet, nicht darauf berufen, dass dieser zur selben Zeit am selben Ort ohnehin gestorben wäre.

Nach dieser Anwendungsregel müsste die Kausalität verneint werden, da die Rettungsbemühungen des M eben nur hypothetischer Natur sind, und keinen Einfluss auf das

---

tatsächliche Geschehen, das in der Geschichte des Todes von A eine Rolle spielte, hatte. Mit der Kausalität entfällt auch der Anknüpfungspunkt für eine Handlung. Es bliebe dann nur bei einer Unterlassungsstrafbarkeit mit dem deutlich geringeren Strafraum des § 323c.

Diese Konsequenz zu ziehen ist – soweit ersichtlich – niemand bereit (vgl. allerdings Walder, SchwZStr 93 (1977), S. 139: „Der Gesetzgeber müsste (...) diese strafwürdigen Fälle besonders unter Strafe stellen“).

In den Fällen des Abbruchs eines rettenden Kausalverlaufs, welche nach Roxin die „heikelste“ Bewährungsprobe für die Äquivalenztheorie darstellen (Roxin, AT, § 11, Rn. 32 f.), sollen bei der Anwendung der *condicio-sine-qua-non*-Formel daher ausnahmsweise hypothetische Entwicklungen hinzugedacht werden (vgl. dazu Kühl, Strafrecht, § 4, Rn. 17 f.; Roxin, AT, § 11, Rn. 32 f.; jeweils m.w.N.). Es wird also nicht mehr ausschließlich danach gefragt, ob es sich bei der Handlung des M um ein Ereignis handelt, welches nicht hinweggedacht werden kann, ohne dass der tatbestandliche Erfolg entfiel. Es wird vielmehr noch die zusätzliche Frage gestellt, ob A durch die ursprünglich geplante Rettungshandlung gerettet worden wäre. Dies kann bejaht werden. Die ausnahmsweise Berücksichtigung hypothetischer Entwicklungen bei der Anwendung der *condicio-sine-qua-non*-Formel wird damit begründet, dass der Kausalbegriff des Rechts sich mit „der gesetzmäßigen Aufeinanderfolge der Ereignisse“ zu begnügen habe (Roxin, AT, § 11, Rn. 33), d.h. nicht rein physikalisch-naturwissenschaftlich zu verstehen sei.

Nach einer anderen Ansicht ist es Zeit, sich von der Äquivalenztheorie zu verabschieden (vgl. dazu Rudolph, Das Korrespondenzprinzip im Strafrecht, S. 107 ff.; dort auch S. 15, FN 14). Denn die h.M. hat durchaus Recht, wenn sie feststellt, dass die Äquivalenztheorie in ihrer klassischen Form für strafrechtliche Zwecke keinen Sinn macht. Sie wurde ursprünglich entwickelt, um rationale Einschränkungen in Fällen vorzunehmen, bei denen das klassische auf Schuld- und Vorsatzgesichtspunkte abstellende Strafrecht zu weit war. Derartige Einschränkungen werden heute hinreichend durch die Lehre von der objektiven Zurechnung vorgenommen.

In Wirklichkeit hat sich nach dieser Auffassung auch die herrschende Lehre durch die „Ausnahmen“ bereits von dem Dogma verabschiedet, wonach bei vollendeten Begehungsdelikten zwischen der Handlung und dem Erfolg ein realer Zusammenhang bestehen muss.

Im Ergebnis ist daher entweder das Erfordernis der Kausalität überflüssig oder kann – mit der h.M. – bejaht werden.

#### *(b) Objektive Zurechnung*

Objektiv zurechenbar ist ein Erfolg, wenn durch eine Handlung eine konkrete Gefahr geschaffen wurde, die sich auch im eingetretenen Erfolg realisiert hat.

Das Problem besteht hier darin, dass die Gefahr, die darin bestand, dass A sich im Wasser befand, nicht durch den M geschaffen worden ist, sondern durch den A. Das Zurechnungsproblem stellt sich hier parallel zur Frage der Kausalität.

---

Die Situation stellt sich bei genauerer Analyse folgendermaßen dar: Zunächst einmal bestand hier eine Gefahr für ein geschütztes Rechtsgut. A, der sich im See befand, drohte nämlich zu ertrinken. Die Situation veränderte sich, als sich das Boot näherte. Die ursprünglich bestehende Gefahrensituation wurde gewissermaßen aufgehoben. Von einem ex-ante-Standpunkt aus war bei gewöhnlichem Verlauf der Dinge nun nicht mehr zu erwarten, dass A ertrinken wird. Es lässt sich von einer stabilisierten Rettungssituation sprechen. Darunter ist ein Zustand zu verstehen, bei dem eine ursprüngliche Gefahrenlage insoweit überlagert wird, dass sich das zu schützende Rechtsgut in Sicherheit befindet. Zieht M das Boot nun aber zurück, so lebt die ursprüngliche Gefahr wieder auf. A, der sich kurzzeitig in Sicherheit befunden hatte, ist jetzt erneut in Gefahr. Denn es ist aus einer ex-ante-Perspektive wieder zu erwarten, dass er bei ungestörtem Verlauf der Dinge ertrinken wird.

Genau diese neue Gefahr, die durch das Zurückziehen des Bootes durch M geschaffen wurde, hat sich auch in dem Tod des A verwirklicht. Der tatbestandliche Erfolg ist somit objektiv zurechenbar.

## (2) Subjektiver Tatbestand

M handelte vorsätzlich, da er wusste, dass S sterben wird, wenn er das Boot zurück zieht.

Es ist das Mordmerkmal der Ermöglichungsabsicht erfüllt. Die Ermöglichungsabsicht ist dadurch gekennzeichnet, dass der Täter tötet, um weiteres kriminelles Unrecht begehen zu können. Bei der Ermöglichungsabsicht ist dolus directus 1. Grades bzgl. der Ermöglichung erforderlich. M kam es bei der Tötung des A gerade auf die Ermöglichung der eigentlich geplanten Tötung an.

Verdeckungsabsicht liegt hier nicht vor, da M ja nicht weiß, dass er den A tötet, d.h. einen potentiellen Zeugen beseitigt. Sofern man hier von einem „error in persona“ sprechen will, wäre dieser ausnahmsweise beachtlich, im Rahmen des Tatbestandsmerkmals „Verdeckungsabsicht“ das Motiv – und damit die Person – hier von Bedeutung sind.

Das eventuell bei G erfüllte Mordmerkmal der Habgier ist dem M schon deshalb nicht zuzurechnen, da S davon nichts wusste.

## (3) Ergebnis

Da die Tat auch rechtswidrig und schuldhaft ist, ist M wegen Mordes strafbar.

### b) Verbrechensverabredung, § 30 II

Der ebenfalls verwirklichte § 30 II (Verbrechensverabredung mit S über die Tötung des A) tritt dahinter als mitbestrafte Vortat zurück.

---

## 2. Strafbarkeit des S

### a) Mord, §§ 212, 211

#### (1) Objektiver Tatbestand

##### (a) Kausalität

S hat, indem er den A in das Wasser stieß, eine reale Ursache für den Tod des M gesetzt, die nicht hinweggedacht werden kann, ohne dass der Erfolg (Tod des A) entfiel. Da im Sinne der Äquivalenztheorie alle Bedingungen als gleichwertig zu behandeln sind, ist es dabei irrelevant, dass A zwischenzeitlich fast gerettet worden wäre, da das nachfolgende Geschehen letztlich nicht denkbar wäre, ohne dass S den A ins Wasser gestoßen hätte.

Die auf Frank zurückgehende Lehre vom Regressverbot wird heute wohl nicht mehr in dem Sinne vertreten, dass hier die Kausalität unterbrochen sei (vgl. allerdings Diel, S. 29 ff. und S. 375 ff.; Ling, Die Unterbrechung des Kausalzusammenhangs durch willentliches Dazwischentreten eines Dritten (1996) S. 101 ff.; Roxin, FS Tröndle, S. 177 f., Nachweise, z.B. Schönke/Schröder, vor §§ 13 ff., Rn. 77 ff.)

##### (b) Objektive Zurechnung

Fraglich ist, ob sich genau diejenige Gefahr verwirklicht hat, die S dadurch geschaffen hat, dass er A vom Bootssteg gestoßen hatte.

Nach heute h.M. handelt es sich um ein Problem der objektiven Zurechnung, welches unter dem Stichwort „Regressverbot“ bzw. „vorsätzliches Dazwischentreten eines Dritten“ diskutiert wird. Die Rechtsprechung behandelt derartige Konstellationen hingegen im Rahmen des subjektiven Tatbestandes, wobei dann zu entscheiden ist, ob es sich um eine wesentliche Abweichung des tatsächlichen vom vorgestellten Kausalverlauf handelt (vgl. BGHSt 7, 325, 329; 38,32, 34).

Grundsätzlich ist jeder nur für eigene Fehlleistungen verantwortlich. Die Verantwortung des einen endet dort, wo die Verantwortung des anderen beginnt. Diese Lehre von der Abgrenzung von Verantwortungsbereichen würde beispielsweise eingreifen, wenn das Opfer eines Messerstichs auf der Fahrt ins Krankenhaus zufällig durch eine Bombe getötet wird. (vgl. Otto, FS Maurach, S.91, 98, ders., FS Lampe, S. 491, 497 f.; Roxin, FS Tröndle, S. 177, 179). In diesem Zusammenhang ist auch von einem „restriktiven Täterbegriff“ die Rede, womit zum Ausdruck gebracht wird, dass eben nicht jede ursächliche Mitwirkung im Sinne der Äquivalenztheorie dazu führt, dass jemand eine Tat als eigene zurechenbar ist (vgl. Renzikowski, Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung).

Ausnahmen von dem Grundsatz werden vor allem bei Fahrlässigkeitsdelikten diskutiert (Bsp: Wer ein Kleidungsstück mit einer geladenen Pistole an der Garderobe abgibt, soll auch für missbräuchlichen Umgang Dritter mit der Pistole verantwortlich sein, wenn hierdurch der Tod eines Menschen bewirkt wird, RGSt, 34,91; die Geliebte, die dem Ehemann Gift verschafft, mit dem der Ehemann seine Ehefrau tötet, soll wegen fahrlässiger Tötung strafbar sein, RGSt, 64, 375; diese Konstellationen sind freilich

---

höchst umstritten, vgl. Frisch, Tatbestandsmäßiges Verhalten, S. 230 ff; Roxin, AT I § 24 Rdn. 26 ff,

Bei Unterlassensdelikten ist hingegen allgemein anerkannt, dass es so etwas wie ein Regressverbot nicht gibt (Bsp: X stößt Y in einen See, Z unterlässt es, Y zu retten – der Tod kann unzweifelhaft dem X zugerechnet werden; vgl. dazu Biewald, Regelmäßiges Verhalten und Verantwortlichkeit).

Während teilweise beim vorsätzlichen Dazwischentreten eines Dritten stets eine Unterbrechung des Zurechnungszusammenhangs angenommen wird, ist nach wohl herrschender Meinung danach zu unterscheiden, ob zwischen der ersten Kausalkette und dem Handeln des Dazwischentretenden noch ein nachvollziehbarer Zusammenhang besteht, oder ob es sich um eine mehr oder weniger zufällige Abfolge der Ereignisse handelt (Kudlich, in Satzger/Schmitt/Widmaier: StGB Strafgesetzbuch Kommentar, 1. Auflage 2009, Vorbemerkungen zu §§ 13 ff., Rn. 56). Entscheidend ist danach also, ob der Dritte sich zu einem solchen Verhalten typischer- und für den Ersthandelnden vorhersehbarerweise - aufgefordert bzw. herausgefordert fühlen dürfte.

Dafür, dass hier der Zurechnungszusammenhang nicht unterbrochen wurde, spricht vorliegend die Tatsache, dass A letztlich ertrunken ist, wie es S beabsichtigt hatte, ohne dass eine andere Person darauf in einem physikalischen Sinn Einfluss genommen hat. Die Konstellation ist daher durchaus mit einem Unterlassen durch den dazwischentretenden Dritten vergleichbar. Bei Unterlassensdelikten ist allgemein anerkannt, dass es bei der Verantwortlichkeit des aktiven Ersttätters bleibt, d.h. der Zurechnungszusammenhang nicht unterbrochen wird.

Der Grund, weshalb dem M der Tod des A als aktives Tun zugerechnet werden kann, liegt jedoch gerade darin, dass M durch das Zurückziehen des Bootes *eine neue Gefahr* geschaffen hat, nachdem sich die Situation des A zunächst durch die Rettungsbemühungen stabilisiert hatte. Dies bedeutet zwingend aber auch, dass diejenige Gefahr, die dem S zuzurechnen war, nachdem er den A in den See gestoßen hatte, nicht mehr besteht, d.h. sich auch nicht in dem konkreten Erfolg, der dann eingetreten ist, realisiert hat. Folglich wäre es widersinnig, zu behaupten, dass der Tod des A sowohl dem M als auch dem S zuzurechnen ist.

## (2) Zwischenergebnis

S ist nicht wegen vollendeten Mordes strafbar (a.A. vertretbar).

## b) Versuchter Mord, §§ 212, 211, 22, 23 I, 12 I

Die Tat ist nicht vollendet, der Versuch als Verbrechen strafbar, §§ 23 I, 12 I.

S hatte Tatentschluss, den A zu töten.

Er hat das Mordmerkmal des Verdeckungsabsicht erfüllt. Denn S hatte die Befürchtung, dass A den vorgetäuschten Überfall durchschaut haben könnte. Es kam ihm darauf an eine Aufdeckung dieser Vortat durch den A zu verhindern.

Zur Tat, die rechtswidrig und schuldhaft war, wurde unmittelbar angesetzt.

---

S ist im Ergebnis wegen versuchten Mordes strafbar.

Die ebenfalls verwirklichte Verbrechensverabredung (§ 30 II) tritt dahinter zurück.

*(Anmerkung: Wenn man das Problem mit der Rspr. i.R. des subjektiven TB ansiedelt, ließe sich evtl. auch noch über eine fahrlässige Tötung nachdenken).*

### **3. Strafbarkeit des G**

#### **a) Anstiftung zum Mord an A durch M, §§ 212, 211, 26**

Es liegt eine vorsätzliche und rechtswidrige vollendete Haupttat des M vor. Zu dieser hat G auch angestiftet, da er den Tatentschluss des M hervorgerufen hat.

Es liegt kein Fall der Mittäterschaft i.S.v. § 25 II vor, da G keine Tatherrschaft hatte. Einen objektiven Tatbeitrag hat er nicht geleistet, er hatte auch keine Organisationsherrschaft über das spätere Geschehen. Zwar hat er bewusst einen Irrtum von S und M über dessen mögliche Gefahr als Zeuge hervorgerufen. Dieser Irrtum der Haupttäter bezog sich jedoch alleine auf die Motive, d.h. begründete keine Wissensherrschaft i.S.v. § 25 I Alt. 2.

A handelte vorsätzlich hinsichtlich der Anstiftungshandlung. Er hatte allerdings keinen hinreichend konkretisierten Vorsatz bezüglich der Tötung des A. Denn A unterlag nicht lediglich einem error in persona, wie es in der berühmten Rose-Rosahl-Konstellation der Fall ist. Denn während in der Rose-Rosahl-Konstellation der Angestiftete glaubt, „den Richtigen“ zu töten, in Wirklichkeit aber „den Falschen“ tötet, war es hier umgekehrt. M glaubte, eine völlig unbeteiligte Person zu töten. Die Tötung des A durch den M liegt folglich aus der Sicht des G im Bereich des Zufalls. und kann diesem nicht als Anstifter zugerechnet werden.

#### **b) Anstiftung zum versuchten Mord durch M**

Auch der Versuch ist eine vorsätzliche und rechtswidrige Haupttat i.S.v. § 26. Zu dieser hat G bei M den Tatentschluss hervorgerufen.

Diesbezüglich lag auch der sog. doppelte Anstifternvorsatz vor.

G hat darüber hinaus selbst das Mordmerkmal der Habgier erfüllt. Habgier ist ein noch über Gewinnsucht hinaus gesteigertes abstoßendes Gewinnstreben um jeden Preis. Auch die Absicht sich von eigenen Zahlungsverpflichtungen zu befreien ist hierfür ausreichend, wenn dabei die eigene Vermögensmehrung im Vordergrund steht (str., a.A. vertretbar.). Dies ist bei G der Fall.

Das bei M erfüllte Mordmerkmal der Ermöglichungsabsicht kann dem G schon deshalb nicht zugerechnet werden, da dieser davon nichts wusste.

Fraglich ist, ob dem G ihm das Mordmerkmal der „Verdeckungsabsicht“, welches beim Haupttäter M bejaht werden kann, zuzurechnen ist. Findet § 28 II Anwendung, dann

---

wäre dies nicht der Fall. Denn nach dieser Akzessorietätslockerung ist jedem Beteiligten nur das besondere persönliche Merkmal zuzurechnen, das er selbst erfüllt hat. Da es sich bei § 211 um eine Qualifikation zu § 212 handelt, geht die ganz h.L. zu Recht davon aus, dass hier § 28 II zur Anwendung kommt.

Dagegen sieht der BGH § 211 und § 212 als selbständige Delikte und wendet § 28 I an, weil die subjektiven Mordmerkmale bei dieser Sichtweise die Strafbarkeit zum Mord erst begründen. Für diese Ansicht wird angeführt, dass § 211 mit seinen zwingenden Rechtsfolgen vor § 212 steht, was bei anderen Qualifikationen sonst nicht der Fall ist. Würde § 28 I zur Anwendung kommen, so wäre das Mordmerkmal der Verdeckungsabsicht dem G über § 26 zuzurechnen, die Tatsache, dass er selbst nicht mit dieser Absicht handelte, wäre dann lediglich auf Strafzumessungsebene relevant. Da hier jedoch in jedem Fall eigene Mordmerkmale des G erfüllt sind, dürfte der Streit im Ergebnis keine Relevanz haben.

G ist wegen Anstiftung zum versuchten Mord durch M strafbar.

### **C. Gesamtergebnis und Konkurrenzen**

S und M haben sich im ersten Tatkomplex gem. §§ 249, 250 Abs. 2 Nr. 1, 22, 23, 25 II StGB wegen versuchten schweren Raubes in Mittäterschaft strafbar gemacht.

S hat darüber hinaus eine gefährliche Körperverletzung i.S.d. §§ 223, 224 Nr.2 begangen, die zum versuchten Raub in Tateinheit steht, § 52 I.

Im zweiten Tatkomplex ist M wegen Mordes strafbar, S wegen versuchten Mordes und G wegen Anstiftung zum versuchten Mord. Zu den Delikten des ersten Komplexes besteht Tatmehrheit, § 53.

## **Teil II.: Prozessuale Verwertbarkeit**

### **A. Das Selbstgespräch**

BGH 2 StR 509/10 vom 22.12.2011 (Entscheidungsgründe liegen noch nicht vor)

Gegen Normen der StPO wurde nicht verstoßen. Die Tonbandaufnahme darf jedoch nicht in dem Prozess verwertet werden, wenn ein selbständiges Beweisverbot entgegensteht.

Selbständige Beweisverbote können sich direkt aus dem Grundgesetz ergeben. Berührt ist hier der Schutzbereich Art. 2 Abs. 1 (Allgemeines Persönlichkeitsrecht) in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG (Schutz der Menschenwürde) in Verbindung mit dem Rechtsstaatsprinzip, Art. 20 III GG. Konkret könnte hier in den Kernbereich privater Lebensgestaltung eingegriffen worden sein.

Nach der sog. Drei-Sphären-Theorie des Bundesverfassungsgerichts ist der Kernbereich privater Lebensgestaltung je nach Situation unterschiedlich

---

schutzbedürftig. Erkenntnisse aus der Geschäftssphäre bzw. dem Bereich der sozialen Kommunikation sind voll verwertbar. Auch Eingriffe in die sog. Individualsphäre (Sozialbereich) sind grundsätzlich verwertbar, wobei es im Einzelfall auf eine Abwägung ankommt. Im Bereich der Intimsphäre sollen hingegen staatlichen Eingriffe per se unzulässig sein.

Die Drei-Sphären-Theorie des BVerfG wurde anhand von Tagebuchaufzeichnungen entwickelt. Der 2. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat in der hier zugrunde liegenden Entscheidung entschieden, dass die Selbstgespräche im konkreten Fall nicht hätten zur Überführung des Angeklagten im Strafprozess hätten verwendet werden dürfen. Insoweit besteht ein Beweisverwertungsverbot, das sich unmittelbar aus der Verfassung ergibt. Denn mit der heimlichen Aufzeichnung und Verwertung des nichtöffentlich geführten Selbstgesprächs war ein Eingriff in den nach Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG absolut geschützten Kernbereich der Persönlichkeit verbunden.

Maßgeblich für diese Bewertung ist eine Abwägung und Gesamtbetrachtung der maßgeblichen Umstände des konkreten Falles. Nicht jedes Selbstgespräch einer Person ist dem absolut geschützten Kernbereich zuzuordnen. Allerdings muss ein Kernbereich privater Lebensgestaltung und Lebensäußerung verbleiben, in welchen der Staat auch zur Aufklärung schwerer Straftaten nicht eingreifen darf.

Der Grundsatz, dass "die Gedanken frei" und dem staatlichen Zugriff nicht zugänglich sind, beschränkt sich nicht allein auf innere Denkvorgänge, sondern erfasst auch ein in – unbewussten oder bewussten, unwillkürlich oder willkürlich geführten – Selbstgesprächen formuliertes Aussprechen von Gedanken, bei welchem sich die Person als "allein mit sich selbst" empfindet.

Wichtige Kriterien für die Entscheidung, ob Äußerungen in Selbstgesprächen diesem innersten, unantastbaren Bereich der Persönlichkeit zuzuordnen sind, sind die Eindimensionalität der Selbstkommunikation; die Nichtöffentlichkeit und das Maß des berechtigten Vertrauens der Person darauf, an dem jeweiligen Ort vor staatlicher Überwachung geschützt zu sein. Weitere Kriterien sind die mögliche Unbewusstheit der verbalen Äußerung; die Identität der Äußerung mit den inneren Gedanken, die Qualität einer Äußerung als bruchstückhafter, auslegungsfähiger oder –bedürftiger Ausschnitt eines "Gedankenflusses".

In der Flüchtigkeit und Bruchstückhaftigkeit des in Selbstgesprächen gesprochenen Worts liegen im konkreten Fall auch Unterschiede zu Eintragungen in Tagebüchern. Aus dem Umstand, dass eine Äußerung innerhalb des nach Art. 13 GG geschützten Bereichs der Wohnung fällt, lässt sich nach der gesetzlichen Systematik zwar ein Indiz für die Zuordnung zum geschützten Kernbereich ableiten. Auch außerhalb der Wohnung ist dieser Kernbereich aber absolut geschützt, wenn andere der genannten Gesichtspunkte in der Wertung überwiegen.

Vorliegend sind die genannten Kriterien für den absoluten Schutz erfüllt. Die Äußerungen waren bruchstückhaft, in sich widersprüchlich, ein nicht-kommunikativer Gedankenfluss und mehr oder weniger unbewusst vor sich hin gesagt.



---

## B. Das Gespräch mit der Ehefrau

(= BGH 3 StR 400/10 - Beschluss vom 31. März 2011)

Das Gespräch kann entweder durch Abhörung der Tonbandaufnahme oder durch Vernehmung der Ehefrau als Zeugin in den Prozess eingeführt werden.

aa) § 136 I StPO steht der Verwertung nicht entgegen.

Nach ständiger Rechtsprechung des BGH ist § 136 I StPO (i.V.m. § 163a IV StPO) auf Befragungen eines Beschuldigten durch Privatpersonen nicht anwendbar. Zum Begriff der Vernehmung im Sinne der StPO gehört vielmehr, dass der Vernehmende der Auskunftsperson in amtlicher Funktion gegenübertritt und in dieser Eigenschaft von ihr eine Auskunft verlangt („funktioneller Vernehmungsbegriff“).

Da die Regelungen nach ihrem Sinn und Zweck den Beschuldigten vor der irrtümlichen Annahme einer Aussagepflicht im Rahmen einer Kraft staatlicher Autorität vorgenommenen Befragung bewahren sollen, sind sie auch dann nicht entsprechend anwendbar, wenn eine "vernehmungähnliche" Situation durch eine Privatperson, die - wie hier - als Informantin der Polizei tätig wird, hergestellt wird. Aus den gleichen Gründen stellt sich das hier in Rede stehende Vorgehen auch nicht als unzulässige Umgehung des § 163a Abs. 4, § 136 Abs. 1 StPO dar (BGH, Beschluss vom 13. Mai 1996 - GSSt 1/96, BGHSt 42, 139, 145; BGH, Urteil vom 26. Juli 2007 - 3 StR 104/07, BGHSt 52, 11, 15 f.).

bb) Veranlasst eine Privatperson unter Verheimlichung ihres Ermittlungsinteresses einen Tatverdächtigen, mit ihr ein Gespräch über die Tat zu führen, so begründet dies auch keinen Verstoß gegen die unmittelbar oder entsprechend heranzuziehende Regelung der § 163a Abs. 3, § 136a Abs. 1 StGB.

Das vorliegend in Betracht kommende Verbot der Täuschung ist bei systematischer Betrachtung der anderen in § 136a Abs. 1 StPO aufgeführten verbotenen Vernehmungsmethoden einschränkend auszulegen (BGH, Beschluss vom 13. Mai 1996 -GSSt 1/96 aaO). Mit der Beeinträchtigung der Willensentschließung durch Misshandlung, Ermüdung, körperlichen Eingriff, Verabreichung von Mitteln, Quälerei oder Hypnose lässt sich die unter wahrheitswidriger Zusicherung der Vertraulichkeit vorgenommene verdeckte Befragung des M durch die Ehefrau des S nicht vergleichen.

cc) Das von den Ermittlungsbehörden gebilligte Vorgehen der Ehefrau verstößt auch nicht gegen den Grundsatz, dass niemand gezwungen werden darf, sich selbst zu belasten ("nemo tenetur se ipsum accusare").

Die Selbstbelastungsfreiheit gehört zum Kernbereich des in Art. 6 Abs. 1 EMRK garantierten Rechts auf ein faires Strafverfahren (EGMR, Urteil vom 5. November 2002 - 48539/99 - Fall Allen v. Großbritannien, StV 2003, 257, 259). Zwar dient das Recht zu schweigen und der Schutz vor Selbstbelastung ohne Rücksicht auf die Art der Straftat (EGMR, Urteil vom 10. März 2009 - 4378/02 - Bykov v. Russland, NJW 2010, 2013) nach der Rechtsprechung des EGMR in erster Linie dazu, den Beschuldigten vor unzulässigem Zwang der Behörde und vor Erlangung von Beweisen durch Methoden des Drucks zu schützen. Der EGMR hat jedoch anerkannt, dass die Freiheit einer verdächtigen Person zu entscheiden, ob sie in Polizeibefragungen aussagen oder

---

schweigen will, auch dann unterlaufen wird, wenn die Behörden in einem Fall, in dem der Beschuldigte, der sich für das Schweigen entschieden hat, eine Täuschung anwenden, um ihm belastende Äußerungen zu entlocken, die sie in der Vernehmung nicht erlangen konnten, damit diese sodann im Prozess als Beweis eingeführt werden können (EGMR, Urteil vom 5. November 2002 - 48539/99 aaO). Ob bei Anwendung einer Täuschung das Schweigerecht in einem solchen Maß beeinträchtigt wurde, dass eine Verletzung des Art. 6 Abs. 1 EMRK vorliegt, hängt indes von den Umständen des Einzelfalles ab (EGMR, Urteil vom 5. November 2002 - 48539/99 aaO).

So hat der EGMR die Verletzung des Rechts auf Selbstbelastungsfreiheit in einem Fall bejaht, in dem ein inhaftierter Beschuldigter, der sich durchgängig auf sein Schweigerecht berufen hatte, von einem in derselben Zelle einsitzenden, eigens von der Polizei instruierten und vorbereiteten Informanten unter Ausnutzung des entstandenen Vertrauensverhältnisses beharrlich zu dem ihm vorgeworfenen Tötungsdelikt befragt wurde und schließlich der vermeintlichen Vertrauensperson gegenüber selbstbelastende Angaben machte. Der EGMR hat unter diesen Umständen das Vorgehen der Polizei als funktionales Äquivalent einer Vernehmung angesehen, ohne dass die Sicherungen einer formalen Polizeibefragung, wie etwa die übliche Belehrung, gewährleistet waren (EGMR, Urteil vom 5. November 2002 -48539/99 aaO, S. 260).

Bei einer ähnlichen Sachverhaltsgestaltung hat der Bundesgerichtshof (BGH, Urteil vom 26. Juli 2007 - 3 StR 104/07, BGHSt 52, 11) ein Verwertungsverbot hinsichtlich der Erkenntnisse eines Verdeckten Ermittlers wegen Verstoßes gegen den Grundsatz der Selbstbelastungsfreiheit angenommen. Auch in diesem Fall wurde der Beschuldigte, obwohl er sich zuvor gegenüber den Ermittlungsbehörden auf sein Schweigerecht berufen hatte, von dem Verdeckten Ermittler unter Hinweis auf ein vorgetäushtes Vertrauensverhältnis und unter Ausnutzung der den Beschuldigten belastenden Haft in einer vernehmungähnlichen Situation intensiv zu selbstbelastenden Aussagen zu der ihm vorgeworfenen Tat gedrängt.

Demgegenüber hat der EGMR eine Verletzung des Rechts auf Selbstbelastungsfreiheit in einem Fall verneint, in welchem es dem Beschuldigten, der sich weder in Haft befand noch bis dahin polizeilich vernommen worden war, freistand, sich mit dem Informanten der Polizei, der das verdeckt geführte Gespräch heimlich aufzeichnete, zu unterhalten (EGMR, Urteil vom 10. März 2009 - 4378/02 - Bykov v. Russland, NJW 2010, 2013, 2015).

So liegt der Fall auch hier. Die von der Ehefrau aufgezeichneten, den M belastenden Angaben sind weder durch Zwang noch durch einen psychologischen Druck gleichkommende Täuschung, die eine Verletzung des Rechts des M zu Schweigen begründen könnte, zu Stande gekommen.

M befand sich im Zeitpunkt des Gesprächs mit der Ehefrau in Freiheit. Selbst unter Berücksichtigung ihrer wahrheitswidrigen Angaben ist es nicht der Fall, dass sich der Angeklagte den drängenden Fragen der Zeugin, mit der ihn keine engere Beziehung verband, nicht hätte entziehen können. Unter diesen Umständen befand sich M in keiner Drucksituation, die es ihm unmöglich gemacht hätte, sich den Fragen der M zu entziehen.

---

Zudem wiegt das Vorgehen der Ermittlungsbehörden hier deshalb weniger schwer, weil sich die Ehefrau von sich aus der Polizei als Informantin zur Verfügung gestellt hat, von dieser weder instruiert noch angeleitet, sondern nur mit technischen Mitteln zur Aufzeichnung des Gesprächs ausgestattet worden ist.