

HERAUSGEBER

Prof. Dr. Dr. h.c. Heiner Alwart
Richter am BGH a.D. Dr. Axel
Boetticher
Prof. Dr. Dr. h.c. Otar Gamkrelidze
Präsidentin des Obersten
Gerichtshofs Georgiens a.D.,
Prof. Dr. Nino Gvenetadze
Prof. Dr. Martin Heger
Prof. Dr. Bernd Heinrich
Vizepräsident des BGH a.D. Prof.
Dr. Burkhard Jähnke
Prof. Dr. Edward Schramm
Richter am Obersten Gerichtshof
Georgiens a.D. Prof. Dr. Davit
Sulakvelidze
Präsident des Verfassungsgerichts
Georgiens, Prof. Dr. Merab Turava

SCHRIFTLEITUNG

Assistant Dr. Anri Okhanashvili
(TSU), LL.M. (Jena)

Inhaltsverzeichnis

Vorwort 10

AUFSÄTZE

- „Das letzte Stück“ – Rabattbetrug durch Mitarbeiter eines Unternehmens**
Von Prof. Dr. *Jörg Eisele*, Eberhard-Karls-Universität Tübingen 12
- Auswirkung eines error in persona des Haupttäters auf den Anstifter**
Von Prof. Dr. *Bernd Hecker*, Eberhard-Karls-Universität Tübingen 18
- Die Problematik des Erfordernisses der Zueignungsabsicht beim unbefugten Gebrauch von Fahrzeugen (Eine Analyse der Rechtsprechung)**
Von Associate-Prof. Dr. *Lavrenti Maglakelidze*,
Iwane-Dschawachischwili-Staatliche-Universität Tbilisi,
Richter am Appellationsgericht von Tbilisi 23
- Rücktritt vom fehlgeschlagenen Mordversuch**
Von Prof. Dr. *Wolfgang Mitsch*, Universität Potsdam 29
- Funktionen des Gesellschaftsgefährlichkeitsbegriffs im georgischen Strafrecht**
Von Associate-Prof. Dr. *Ketewan Mtschedlischwili-Hädrich* LL.M.
(Freiburg i.Br.), Universität Georgiens 39
- Die Politik des Strafens und des Strafrechts**
Von Associate-Prof. Dr. *Moris Shalikashvili*, LL.M. (UH),
Iwane-Dschawachischwili-Staatliche-Universität-Tbilisi 44

REDAKTION

Prof. Dr. Dr. h.c. Heiner Alwart
Vorsitzender Richter am LG Bremen a.D., Dr. Bernd
Asbrock
Vizepräsidentin am AG Bremen Ellen Best
Richter am BGH a.D., Dr. Axel Boetticher
Rechtsanwalt David Conrad
Associate Prof. Dr. Irakli Dvalidze
Präsidentin des Obersten Gerichtshofs Georgiens a.D.,
Prof. Dr. Nino Gvenetadze
Prof. Dr. Martin Heger
Prof. Dr. Bernd Heinrich
Vizepräsident des BGH a.D., Prof. Dr. Burkhard Jähne
Associate Prof. Dr. Bachana Jishkariani LL.M.
(LMU Muenchen)
Assistant Prof. Dr. Levan Kharanauli
Assistant Prof. Dr. Maka Khodeli LL.M. (Freiburg i.Br.)
Richterin am Obersten Gerichtshof Georgiens a.D., Prof.
Dr. Tamar Laliashvili
Assistant Prof. Dr. Lavrenti Maglakelidze
Prof. Dr. Ketewan Mtschedlischwili-Hädrich LL.M.
(Freiburg i.Br.)
Assistant Dr. Anri Okhanashvili LL.M. (FSU Jena)
Dr. Anneke Petzsche
Dr. Martin Piazena
Dr. Erol Pohlreich
Wiss. Referentin am MPI zur Erforschung von
Kriminalität, Sicherheit und Recht Dr. Johanna Rinceanu,
LL.M.
Associate Prof. Dr. Moris Shalikashvili LL.M. (UH)
Prof. Dr. Edward Schramm
Richter am Obersten Gerichtshof Georgiens a.D., Prof.
Dr. Davit Sulakvelidze
Teresa Thalhammer
Assistant Prof. Dr. Temur Tskitishvili
Associate Prof. Dr. Giorgi Tumanishvili LL.M.
(FU Berlin)
Präsident des Verfassungsgerichts Georgiens, Prof. Dr.
Merab Turava
Prof. Dr. Martin Paul Waßmer

LEKTORAT DER 2. AUSGABE 2022

Übersetzung:

Aza Morgoshia LL.M. (Köln), Lektoratsmitglied der
DGStZ
Marika Turava LL.M. (Chicago), Lektoratsmitglied der
DGStZ
Tamari Shavgulidze (Passau), Lektoratsmitglied der
DGStZ

Redaktionelle Bearbeitung der georgischen Texte und die Korrektur der Übersetzung:

Levan Kasradze LL.M. (Oslo), Lektoratsmitglied der
DGStZ

Redaktionelle Bearbeitung der deutschen Texte und die Korrektur der Übersetzung:

Dr. Martin Piazena, Lektoratsmitglied der DGStZ

Verantwortlich für die 2. Ausgabe 2022 der DGStZ und redaktionelle Endbearbeitung:

Schriftleiter der DGStZ, Dr. Anri Okhanashvili
LL.M. (Jena), Assistent (TSU), Vorsitzender des
Rechtsausschusses des Georgischen Parlaments

Technische Unterstützung: Gvantsa Makhatadze

Vorwort

Vor sechs Jahren hat die Deutsch-Georgische Strafrechtszeitschrift das Licht der medialen Welt erblickt und bereichert seither kontinuierlich die deutsch- wie georgischsprachige Strafrechtswissenschaft. Diese Onlinezeitschrift ist zudem angesichts ihrer universalen Verfügbarkeit an allen anderen Orten der Welt virtuell und damit potenziell präsent: ein Klick auf den Link genügt. Ein Geburtshelfer und langjähriger Mitstreiter dieses Projekts ist *Bernd Heinrich*. Er hat bereits in seinen zwölf Berliner Jahren, in denen er Professor an der Humboldt-Universität war (2003 – 2015), die vor allem auch mit Jenaer Kollegen begonnene enge fachliche Zusammenarbeit mit georgischen Strafrechtswissenschaftlern mit nach Tübingen genommen, dadurch die strafrechtliche deutsch-georgische Kooperation aus dem Osten und Westen Deutschlands in den süddeutschen Raum ausgedehnt und zugleich bewahrt. Bernd Heinrich beging am 1. Juni 2022 seinen 60. Geburtstag.

Nachdem die Festaussgabe zum 70. Geburtstag von Heiner Alwart der DGStZ im Vorjahr sehr positiv aufgenommen worden ist, sind die Herausgeber übereingekommen, für Beiträge in den 2. – 4. Ausgaben dieses Jahres spezifisch solche Strafrechtswissenschaftlerinnen und -wissenschaftler anzufragen, die in den vergangenen Jahren mit Bernd Heinrich gerade auch, aber natürlich nicht nur im Rahmen von deutsch-georgischen Projekten zusammengearbeitet haben. Anders als die beiden Sonderausgaben für Alwart verfolgen wir vorrangig nicht das Ziel, ein konkretes Sonderheft der DGStZ Herrn Heinrich zu widmen; vielmehr wollen wir seinen runden Geburtstag als Inspiration begreifen, in den genannten Ausgaben dieses Jahres einen besonderen Fokus auf die von ihm vertretenen und damit auch in den deutsch-georgischen Austausch eingebrachten Themenkreise zu setzen.

Der Wirkungsbereich von Bernd Heinrich deckt nahezu die „gesamte Strafrechtswissenschaft“ ab. Daher werden auch die in diesem Jahr erscheinenden Hefte der DGStZ eine breite Palette strafrechtlich hochinteressanter Themen streifen. Mit der Fokussierung dieses Jahrgangs auf das Wirken des Jubilars ist aber nicht nur eine thematische Ausrichtung verbunden; vielmehr steht Bernd Heinrich – wie andere im Herausgeberkreis – gerade auch für das Projekt eines bilateralen (straf-)rechtswissenschaftlichen Austausches. Der mit dieser Zeitschrift

medial institutionalisierte Dialog zwischen der deutschen und der georgischen (Straf)Rechtswissenschaft steht exemplarisch für das Anliegen vieler deutscher und georgischer Strafrechtler, über wissenschaftliche Beziehungen Brücken von West nach Ost und umgekehrt zu bauen und damit Georgien wissenschaftlich noch näher an das Zentrum der Europäischen Union heranrücken zu lassen.

Der fürchterliche Krieg in der Ukraine zeigt deutlich, dass gerade diejenigen Staaten der ehemaligen Sowjetunion, die vor drei Jahrzehnten endlich wieder ihre Selbstständigkeit zurückerlangt haben und nunmehr – etwa über Assoziationsabkommen – engeren Anschluss an die Europäische Union suchen, vor einem erfolgten Eintritt in EU und NATO jederzeit durch russische Expansionsfantasien bedroht sein können. Ein Grund dafür – wie man zuletzt in Deutschland beobachten konnte – liegt auch darin, dass die Nationalstaaten des früheren sog. „Ostblocks“ wie etwa die Ukraine im Westen neben Russland oftmals nicht ausreichend in ihrer selbstständigen historischen und ihnen eigenen rechtskulturellen Entwicklung wahrgenommen worden sind. Bilaterale Projekte stärken daher die wechselseitige Wahrnehmung und Beachtung der daran beteiligten beiden Partnerländer und informieren gerade auch über die Traditionen und Erfahrungen im Partnerstaat. Das trägt dazu bei, dass etwa in Deutschland nicht mehr nur vor allem Russland, sondern gerade auch die anderen – teilweise vom russischen Expansionsstreben bedrohten – Länder Mittel- und Osteuropas in ihrer historischen Lage ernstgenommen werden. So wie der Berliner Straf- und Völkerrechtslehrer Franz v. Liszt in einem Gutachten für das deutsche Kaiserreich im Sommer 1918 kurz vor Ende des Ersten Weltkrieges dargelegt hat, warum dieses das damals aus dem Zarenreich herausgelöste Georgien nunmehr als unabhängigen Staat anzuerkennen hat, so führen die heutigen bilateralen Projekte, für die hier auch Bernd Heinrich exemplarisch stehen mag, gerade der deutschen Seite jedes Mal erneut vor Augen, welche eigenständige Tradition und aktuelle Bedeutung Georgien als Nationalstaat hat.

In diesem Sinne dient der mit dem vorliegenden Heft begonnene Jahrgang 2022 der DGStZ auch und insbesondere der Würdigung der Beiträge von Bernd Heinrich für das gute Gelingen dieser Zeitschrift wie auch

seiner Mitwirkung an einer Vielzahl von deutsch-georgischen Projekten, die in der deutschen wie georgischen Juristenzeitung zu einem besseren Kennenlernen des jeweils anderen Lands beigetragen haben.

Die Herausgeber der DGStZ möchten Bernd Heinrich auf diesem Wege ein „didi madloba“ – herzlichen

Dank! – für seine Verdienste im Dialog zwischen der georgischen und deutschen Strafrechtswissenschaft zuzurufen und ihm zu seinem 60. Geburtstag weiterhin viel Glück, beste Gesundheit und ungebrochene Schaffenskraft wünschen.

Für die gesamten Herausgeber:
Prof. Dr. *Martin Heger* und Prof. Dr. *Edward Schramm*

„Das letzte Stück“ – Rabattbetrug durch Mitarbeiter eines Unternehmens

Von Prof. Dr. *Jörg Eisele*, Eberhard-Karls-Universität Tübingen

I. Einleitung

Der Jubilar ist dem Verfasser seit langem wissenschaftlich und freundschaftlich verbunden, wobei sich ihre wissenschaftlichen Wege mehrfach gekreuzt haben. So wurde der Verfasser vom Jubilar in dessen Assistentenzeit bei Professor Dr. *Ulrich Weber* als wissenschaftliche Hilfskraft angestellt (1995). Als der Jubilar von der Universität Konstanz an die Humboldt Universität nach Berlin wechselte (2003), folgte ihm der Verfasser auf die freiwerdende Professur in Konstanz nach. Als der Verfasser zurück an seine alma mater nach Tübingen – just auf den ehemaligen gemeinsamen Lehrstuhl von Professor Dr. *Ulrich Weber* – berufen wurde, folgte ihm wiederum der Jubilar zwei Jahre später dorthin nach (2015). Und es war dann der Jubilar, der den Verfasser dieses Beitrages mit in seine Kooperationstätigkeit mit Georgien „integrierte“. Von daher verwundert es kaum, wenn sich im wissenschaftlichen Ouvre nicht ganz unerhebliche Überschneidungen finden lassen, so dass der nachfolgende Beitrag hoffentlich das Interesse des Jubilars findet.

II. Bedeutung und Problematik der Rabattierung von Ausstellungsstücken

Pandemiebedingt kam es zu nicht unerheblichen Produktionsausfällen und Lieferverzögerungen. Bei elektronischen Geräten beruhte dies u.a. auf der Verknappung von Mikrochips, die unerlässlicher Bestandteil dieser Geräte sind. Wer durch Elektronikmärkte ging, stand vor fast vollständig leeren Regalen im Bereich der Computergeräte sowie bei Spül- und Waschmaschinen. Vor diesem Hintergrund begann fast ein „Run“ auf aufgestellte Ausstellungsstücke, die sich ohne Weiteres auch in ausgepacktem Zustand verkaufen ließen. Häufig wurden daher die Preise für solche Ausstellungsstücke nicht herabgesetzt oder gar eine Rabattierung verboten. Es stellt sich daher die Frage, inwieweit sich ein Mitarbeiter eines solchen Unternehmens, insbesondere ein

Beschäftigter in der jeweiligen Fachabteilung, strafbar macht, wenn er dennoch dem Kunden einen Rabatt gewährt. Dem soll im Folgenden nachgegangen werden, wobei die Betrachtung anhand dieser speziellen Konstellation sich ohne Weiteres verallgemeinern lässt.

III. Strafbarkeit wegen Betruges nach § 263 Abs. 1 StGB

In solchen Rabattierungsfällen ist vorrangig an einen Betrug gemäß § 263 StGB zu denken. Da die Rabattierung durch einen Mitarbeiter des Unternehmens veranlasst ist und bei der Bezahlung an der Kasse durch Vorlage der preisreduzierten Ware zum Tragen kommt, liegt kein rein computerbedingter Vorgang vor, der allein zu einer Strafbarkeit wegen Computerbetrug nach § 263a StGB führen könnte.

1. Zur Täuschung und einem korrespondierenden Irrtum

Die bedeutsamste Konstellation in der Praxis dürfte diejenige sein, in der der zur Rabattierung nicht befugte Verkaufsmitarbeiter den Preis auf der Ware handschriftlich herabsetzt oder auf einem ausgedruckten Beleg nur den herabgesetzten Preis ausweist bzw. den Preis „nach unten“ korrigiert.

Inhaltlich ist die Rabattierung ohne Weiteres geeignet, eine Täuschung zu begründen. Denn die rabattierte Ware enthält nicht nur die ausdrückliche Täuschung über den Preis, sondern auch die konkludente Erklärung, dass der Kaufpreis durch eine hierzu autorisierte Person festgesetzt wurde bzw. dass der Kaufpreisfestsetzung keine Manipulation zugrunde lag. Dem Angebot auf Abschluss eines Vertrages ist nämlich die konkludente Erklärung zu entnehmen, dass der Vertragsgegenstand nicht zum eigenen Vorteil manipuliert wurde.¹ So kann

¹ Zu Manipulationen siehe RGSt (Entscheidung des Reichs-

etwa eine Täuschung und damit ein Betrug vorliegen, wenn das Preisschild an einer Ware manipuliert wird,² was mit der hier vorliegenden Preismanipulation durch einen Mitarbeiter durchaus vergleichbar ist. Die Erklärung über den Preis ist in den hier genannten Fällen aufgrund der arbeitsvertraglich und damit im Innenverhältnis von Unternehmen und Beschäftigten unzulässigen Herabsetzung des Kaufpreises unwahr.

Eine Betrugsstrafbarkeit ist im Übrigen nicht deshalb ausgeschlossen, weil nur der Kunde, nicht aber der Mitarbeiter selbst die Ware bzw. den Beleg an der Kasse bei der Bezahlung vorlegt. Vielmehr ist der Kunde, der sich mit der rabattierten Ware in Unkenntnis der (fehlenden) unternehmensinternen Berechtigungen an die Kasse begibt, als Tatmittler i.S.d. § 25 Abs. 1 Var. 2 StGB einzustufen. Er selbst handelt nicht mit Täuschungsvorsatz und ist damit ein gutgläubiges, sog. vorsatzlos dolos handelndes Werkzeug.³

Korrespondierend ist von einem entsprechenden Irrtum des Personals an der Kasse über den festgesetzten Preis auszugehen. Dabei muss die Erklärung nicht im Einzelnen nachvollzogen werden. Vielmehr genügt es

gerichts in Strafsachen) 29, 369 (370); RGSt 59, 311 (312); BGHSt (Entscheidung des Bundesgerichtshofes in Strafsachen) 54, 69 (121); *Eisele, Jörg*, Strafrecht Besonderer Teil II, 6. Aufl. 2021, Rn. 531 ff.; *Arzt, Gunther/Weber, Ulrich/Heinrich, Bernd/Hilgendorf, Eric*, Strafrecht Besonderer Teil, 4. Aufl. 2021, § 20 Rn. 37; *Tiedemann, Klaus*, in: *Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.)*, Leipziger Kommentar zum StGB, Band 9 (Teil 1), 12. Aufl. 2012, § 263 Rn. 37; *Perron, Walter*, in: *Schönke/Schröder (Hrsg.)*, StGB, 30. Aufl. 2019, § 263 Rn. 16d; *Walter, Tonio*, Jupitersymphonie und Schlagerparade – Examenklausur Strafrecht, Jura (Juristische Ausbildung) 2002, 415 (420).

² OLG Hamm NJW (Neue Juristische Wochenschrift) 1968, 1985; OLG Düsseldorf NJW 1982, 2268; *Tiedemann, Klaus*, in: *Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.)*, Leipziger Kommentar zum StGB, Band 9 (Teil 1), 12. Aufl. 2012, § 263 Rn. 23; *Perron, Walter*, in: *Schönke/Schröder (Hrsg.)*, StGB, 30. Aufl. 2019, § 263 Rn. 12.

³ Zur Möglichkeit der mittelbaren Täterschaft beim Vertragsschluss siehe *Perron, Walter*, in: *Schönke/Schröder (Hrsg.)*, StGB, 30. Aufl. 2019, § 263 Rn. 180; *Tiedemann, Klaus*, in: *Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.)*, Leipziger Kommentar zum StGB, Band 9 (Teil 1), 12. Aufl. 2012, § 263 Rn. 284; ferner BGH NStZ (Neue Zeitschrift für Strafrecht) 1994, 35; allgemein zum vorsatzlos dolos handelnden Werkzeug *Eisele, Jörg*, in: *Baumann/Weber/Mitsch/Eisele (Hrsg.)*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 13. Aufl. 2021, § 25 Rn. 120 ff.; *Heinrich, Bernd*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 6. Aufl. 2019, Rn. 1249 ff.

im Sinne sachgedanklichen Mitbewusstseins, dass mit dem festgesetzten Preis, d.h. der Rabattierung, „alles in Ordnung ist“.⁴

2. Zur Vermögensverfügung und zum Vermögensschaden

Kausal verbunden mit einem entsprechenden Irrtum seitens des Personals an der Kasse ist auch eine vermögensmindernde Verfügung. Hieran ändert sich auch nichts, wenn bei größeren Waren diese mit der Bezahlung erst zur Abholung an der Warenausgabe freigegeben wird.

Das zentrale Problem liegt bei der Frage, ob letztlich ein Vermögensschaden eingetreten ist. Die Schadensberechnung im Rahmen des § 263 StGB erfolgt bekanntlich anhand eines objektiv individualisierenden Beurteilungsmaßstabs nach dem Prinzip der Gesamtsaldierung. Durch einen Vergleich der Vermögenslage vor und nach der Verfügung ist zu ermitteln, ob eine nachteilige Vermögensdifferenz eingetreten ist, ohne dass diese durch einen unmittelbar mit der Verfügung zusammenhängenden Vermögenszufluss wirtschaftlich voll ausgeglichen wird.⁵ Bei der wirtschaftlichen Wertermittlung der gekauften Ware kommt es dabei nicht auf die Herstellungskosten, sondern auf den Verkaufspreis an, der auf der jeweiligen Umsatzstufe am Markt normalerweise erzielt wird.⁶ Deshalb könnte in Rabattierungsfällen der Vermögensschaden in der Differenz zwischen dem festgelegten und dem vom Kunden tatsächlich gezahlten Preis liegen.

⁴ BGHSt 24, 386 (389); BGHSt 51, 165 (174); *Eisele, Jörg*, Besonderer Teil II, 6. Aufl. 2021, Rn. 543; *Arzt, Gunther/Weber, Ulrich/Heinrich, Bernd/Hilgendorf, Eric*, Strafrecht Besonderer Teil, 4. Aufl. 2021, § 20 Rn. 54; *Perron, Walter*, in: *Schönke/Schröder (Hrsg.)*, StGB, 30. Aufl. 2019, § 263 Rn. 39.

⁵ Siehe BGHSt 16, 221; BGHSt 34, 199 (203); BGHSt 58, 102 (111); BGHSt 58, 205 (208); *Eisele, Jörg*, Strafrecht Besonderer Teil II, 6. Aufl. 2021, Rn. 574; *Fischer, Thomas*, Strafgesetzbuch, 69. Aufl. 2022, § 263 Rn. 110; *Arzt, Gunther/Weber, Ulrich/Heinrich, Bernd/Hilgendorf, Eric*, Strafrecht Besonderer Teil, 4. Aufl. 2021, § 20 Rn. 89 f.; *Tiedemann, Klaus*, in: *Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.)*, Leipziger Kommentar zum StGB, Band 9 (Teil 1), 12. Aufl. 2012, § 263 Rn. 161.

⁶ BGH NStZ 1991, 488 f.; BGH NJW 2004, 2603 (2604); *Fischer, Thomas*, Strafgesetzbuch, 69. Aufl. 2022, § 263 Rn. 122.

Im Folgenden ist hierzu zunächst auf die Grundzüge des sog. Rabattbetruges zu blicken. Nach Ansicht des BGH führt eine Rabatterschleichung oder Rabattgewährung nämlich nicht per se zur Strafbarkeit. Denn grundsätzlich schützt der Betrugstatbestand nicht das bloße Ausbleiben einer nur erwarteten Vermögensvermehrung.⁷ Der BGH hat dies wie folgt prägnant zusammengefasst:⁸ „Da der Rabatt regelmäßig lediglich die Gewinnmarge aus dem Geschäft vermindern wird, bedingt die Rabattgewährung grundsätzlich nur eine reduzierte Vermögensvermehrung. Die bloße Vereitelung einer Vermögensvermehrung begründet aber keinen Betrug i.S. des § 263 StGB (...). Etwas anderes gilt aber dann, wenn die unterlassene Vermögensmehrung sich nicht nur auf eine tatsächliche Erwerbs- oder Gewinnaussicht bezieht, sondern bereits so verdichtet ist, dass ihr der Geschäftsverkehr deswegen bereits wirtschaftlichen Wert beimisst, weil sie mit Wahrscheinlichkeit einen Vermögenszuwachs erwarten lässt (...). Dann erstarkt nämlich die Geschäftschance selbst zum Vermögenswert, welcher dann – und hierin liegt der Vermögensschaden i.S. des § 263 StGB – durch die Täuschungshandlung beeinträchtigt wird.“⁹ Insoweit ist dann präzisierend zu berücksichtigen: „Es dürfen dabei nur die Gewinnaussichten berücksichtigt werden, die bei einem anderweitigen Verkauf der Ware wahrscheinlich zu realisieren gewesen wären“.¹⁰

Ob diese Voraussetzungen, insbesondere die erforderliche Wahrscheinlichkeit eines Weiterverkaufs, erfüllt sind, ist letztlich eine Frage des Einzelfalles. Dabei

lassen sich folgende Anhaltspunkte bzw. Leitlinien der bisherigen Entscheidungen zum Rabattbetrug entnehmen:

Von BGH MDR 1981, 100¹¹ wurde ein Betrug gemäß § 263 StGB in einem Fall bejaht, in dem der Hersteller dem Angeklagten Medikamente nur für Zwecke des Exports mit 50% Rabatt verkauft hatte. Der Angeklagte veräußerte dann aber die Medikamente im Inland an Großhändler. Hier ging der BGH davon aus, dass die entsprechenden Medikamente zu den gewöhnlichen Preisen vom Hersteller auch anderweitig an den Großhandel hätten abgesetzt werden können. Dies wurde u.a. mit einer „starren“ Marktlage begründet, da die Kunden letztlich auf solche Produkte angewiesen seien.

Dass in anderen Entscheidungen im Ergebnis ein Vermögensschaden verneint wurde, lag wiederum an den Besonderheiten des jeweiligen Falles, auf die im Folgenden ein Blick geworfen werden soll:

Im Fall von BGH NStZ 1991, 488 f. wurde den Angeklagten von einem Reifenhersteller nur deshalb ein hoher Rabatt für den Kauf von Autoreifen eingeräumt, weil die Angeklagten durch Vorlage gefälschter Urkunden vorgetäuscht hatten, die Autoreifen nach Brasilien zu exportieren, und der Hersteller deshalb die Hoffnung hatte, sich dadurch einen neuen Markt zu erschließen. Die Angeklagten hatten jedoch von vornherein vor, die Reifen vertragswidrig im Inland und angrenzenden Ausland zu veräußern. In diesem Fall wurde mit Blick auf die Marktlage ein Vermögensschaden verneint. Dass die Reifen anderweitig problemlos abzusetzen waren, wurde vom BGH deshalb bezweifelt, weil „der Reifenmarkt in der Bundesrepublik und im angrenzenden Ausland zur Tatzeit übersättigt war,¹² unter den Reifenherstellern ein harter Verdrängungswettbewerb herrschte und deshalb das Unternehmen ohnehin bereits gezwungen war, Überschussproduktionen mit Sonderrabatten abzusetzen.“ Zudem „durfte ein Anteil der zu den günstigen Exportkonditionen gelieferten Reifen von den Händlern auch im Inland weiterveräußert werden, wenn die ‚Vermarktung geräuschlos‘ vorgenommen wurde.“

BGH NJW 2004, 2603 lag ein Sachverhalt zugrunde, in welchem dem Angeklagten von einem Autohersteller höhere Rabatte auf Kfz eingeräumt wurden, als

⁷ Zu den Voraussetzungen eines sog. Rabattbetrugs BGH MDR (Monatsschrift für Deutsches Recht), 1981, 100; BGH NStZ 1991, 488 f.; BGH NJW 1993, 2992 f.; BGH NJW 2004, 2603 (2604); OLG Stuttgart NStZ-RR (NStZ-Rechtsprechungsreport) 2007, 347 f.; KG wistra (Zeitschrift für Wirtschafts- und Steuerstrafrecht), 2005, 38; zusef. *Dannecker, Gerhard*, in: *Graf/Jäger/Wittig (Hrsg.)*, Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, 2. Aufl. 2017, § 263 Rn. 403 ff.

⁸ BGH NJW 2004, 2603 (2604).

⁹ Ferner BGH NStZ 1991, 488 f.; BGH NJW 1993, 2992 (2993); BGH NStZ 2012, 628; OLG Stuttgart NStZ-RR 2007, 347 f.; KG wistra 2005, 37 (38); vgl. auch *Fischer, Thomas*, Strafgesetzbuch, 69. Aufl. 2022, § 263 Rn. 122.

¹⁰ So BGH NStZ 1991, 488 f.; zum Erfordernis der Wahrscheinlichkeit des Vermögenszuwachses speziell beim Rabattbetrug BGH NJW 1993, 2992 (2993); BGH NJW 2004, 2603 (2604); *Dannecker, Gerhard*, in: *Graf/Jäger/Wittig (Hrsg.)*, Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, 2. Aufl. 2017, § 263 Rn. 403.

¹¹ BGH NJW 1993, 2992 f.; ähnl AG Dieburg, Urteil vom 14. Juli 2016 – 40 Cs 600 Js 17509/14 – (juris).

¹² So auch im Fall KG wistra 2005, 38.

dies für Einzelkunden üblich war. Dabei verpflichtete sich der Angeklagte, die erworbenen Autos nicht vor Ablauf einer Haltezeit von sechs Monaten weiterzuverkaufen. Unter Verstoß gegen diese Halteverpflichtung wurden die Fahrzeuge schließlich vom Angeklagten vorzeitig weiterveräußert. Die betroffenen Fahrzeuge stammten nur zu ca. einem Drittel aus Lagerbeständen, teilweise waren sie auch teure Individualanfertigungen mit Zusatzausstattung für den Verkauf nach Fernost. Der BGH weist in dieser Entscheidung auf das Erfordernis einer Gesamtsaldierung hin. Dabei wird betont, dass bei einem anderweitigen Verkauf möglicherweise den Rabatt ausgleichende Kosten beim Hersteller entstanden wären: „Es muss aber weiterhin, weil die Schadensbestimmung beim Betrug einen Gesamtvermögensvergleich voraussetzt (...), auch der zusätzliche Kostenaufwand mit berücksichtigt werden, der durch den Vertrieb in der nachgelagerten Handelsstufe entsteht (Inseratskosten, erhöhte Vorhaltekosten im Ladenlokal, Vertriebskosten). Zudem war zu berücksichtigen, dass die Fahrzeuge, die teilweise mit besonderer Ausstattung gefertigt waren, nicht ohne weiteres – auch nicht mit etwas geringeren Rabatten – absetzbar waren: „Der Kundenkreis für entsprechend hochpreisige Autos ist zwangsläufig endlich.“

Die genannten Entscheidungen zeigen, dass letztlich im Einzelfall zu prüfen ist, ob ein Verkauf zu einem Preis über dem gewährten Rabattpreis wahrscheinlich ist. Hierfür spricht insbesondere eine konstante Nachfrage nach einem Produkt und eine „starre Marktlage“.¹³ Legt man diese Aspekte zugrunde, kommt man bei Ausstellungsstücken bei Marktknappheit in Pandemiezeiten zur Annahme eines Vermögensschadens. Denn anders als in den zuvor angesprochenen Entscheidungen geht es hier nicht um die Abnahme einer Vielzahl von Stücken im Großhandel, sondern um den Verkauf nur eines einzelnen Stückes. Mag der Absatz einer Großhandelsmenge von Autoreifen oder der Absatz einer Vielzahl hochpreisiger und individuell ausgestatteter Fahrzeuge ungewiss sein, so gilt dies kaum für einen einzelnen Computer, eine Wasch- oder Spülmaschine. Es besteht dann nicht nur eine vage Hoffnung, sondern eine hinreichende Wahrscheinlichkeit, dass das Gerät auch als Ausstellungsstück zum ausgezeichneten Preis veräußert

werden konnte, jedenfalls soweit es keine relevanten Abnutzungserscheinungen oder Beschädigungen aufweist. Offenbar erfreut sich das im Übrigen ausverkaufte Modell einer so großen Beliebtheit, dass letztlich nur noch das letzte Ausstellungsstück verfügbar war. Es besteht daher gerade eine konstante Nachfrage nach dem konkreten Produkt, selbst wenn Käufer auf andere Modelle desselben oder eines anderen Herstellers hätten ausweichen könnte. Anders als bei BGH NJW 2004, 2603 sind insoweit auch keine kostspieligen anderweitigen Absatzwege in die Gesamtsaldierung einzustellen, wenn überhaupt nur eine Vertriebsstufe (Veräußerung im Ladengeschäft) gegeben ist. Würde man eine solche Wahrscheinlichkeit des Verkaufs nicht genügen lassen, dann müsste letztlich auch das täuschungsbedingte Erschleichen von verderblichen Produkten im Einzelhandel kurz vor Ablauf des Mindesthaltbarkeitsdatums straflos sein, weil nie ganz ausgeschlossen werden kann, dass der Absatz letztlich nicht gelingt und das Produkt daher nicht mehr veräußert werden kann.

Gegen eine solche Betrachtung schlagen mögliche Einwände nicht durch. Zu berücksichtigen ist zunächst, dass ein Grundsatz dahingehend, dass Ausstellungsstücke auch im Bereich der Computer- und Elektrotechnik grundsätzlich zu einem Rabattpreis veräußert werden, nicht besteht. Gerade bei gängigen Geräten kann die Nachfrage nach dem „letzten Stück“ so groß sein, dass dieses unproblematisch zum regulären Preis veräußert werden kann und in der Praxis tatsächlich auch häufig zu diesem Preis veräußert wird. Dass in den strafrechtlich relevanten Fällen der Preis von einer hierzu nicht autorisierten Person herabgesetzt wurde, spricht zudem dafür, dass betriebswirtschaftlich mit einem Verkauf zum regulären Preis kalkuliert wird.

Zu überlegen bleibt, ob einer solchen Betrachtung entgegensteht, dass die Preise – insbesondere im Onlinehandel – mitunter stark schwanken, so dass sich dasselbe Gerät möglicherweise auch zu einem geringeren Preis finden ließe. Insoweit streitet aber auch ein niedrigerer Preis im Online-Handel nicht gegen die Annahme eines Vermögensschadens. Denn würde man davon ausgehen, dass sich Geräte stets nur zum niedrigeren Online-Preis verkaufen lassen, so würden der stationäre Fachhandel kaum noch Geräte veräußern können, was jedoch nicht der Realität entspricht. Vielmehr ist es so, dass der Kunde vor Ort im Geschäft regelmäßig eine Beratungsleistung in Anspruch nimmt und dann im Anschluss daran

¹³ BGH MDR 1981, 100; KG wistra 2005, 38; *Fischer, Thomas*, Strafrecht, 69. Aufl. 2022, § 263 Rn. 122.

häufig auch das entsprechende Gerät sofort erwerben, d.h. „mitnehmen“ und nicht im Anschluss eine Online-Bestellung tätigen möchte.

Trotz einer gewissen Ähnlichkeit mit Fällen des Rabattbetrugs ist letztlich zu sehen, dass hier gar kein „echter“ Rabattbetrug vorliegt. Denn genau genommen geht es nicht um das täuschungsbedingte Erschleichen eines Rabattes seitens des Kunden, der vom hierzu befugten Verkäufer bewusst eingeräumt wurde, sondern um die unternehmensinterne Täuschung über die Befugnis zur Rabattierung. So wird – anders als in den oben genannten Entscheidungen – nicht über die Bedingungen der Rabattgewährung bzw. die Weiterverwendung des Produkts getäuscht, sondern über die wahre Höhe des Kaufpreises. Der Fall ist letztlich nicht anders zu beurteilen, als wenn der Verkäufer (bei Drittbereicherungsabsicht) oder der Kunde selbst (bei Eigenbereicherungsabsicht) Preisetiketten austauscht bzw. manipuliert, um so die Ware günstiger zu erwerben. Für solche Fälle ist aber ebenfalls von einer Betrugsstrafbarkeit auszugehen.¹⁴

3. Fragen des subjektiven Tatbestands

In subjektiver Hinsicht bedarf es Vorsatz und Bereicherungsabsicht seitens des Mitarbeiters des Unternehmens. Es genügt zunächst Eventualvorsatz, der auch auf die Täuschung und den Vermögensschaden bezogen sein muss. Hierfür ist erforderlich, aber auch ausreichend, dass der Beschuldigte die zugrundeliegenden Tatsachen erfasst.¹⁵ Der Mitarbeiter muss also wissen, dass er zur Rabattierung nicht befugt ist und damit auch bei Vorlage der Ware bzw. des Belegs an der Kasse ein unzutreffender Preis erklärt wird.

Für die erforderliche Bereicherungsabsicht muss der Täter insofern den zielgerichteten Willen (*dolus directus* 1. Grades) haben, sich oder einen Dritten rechtswidrig zu

bereichern. Dabei steht es der Bereicherungsabsicht nicht entgegen, dass der Täter zugleich andere Ziele verfolgt. Vor allem genügt es, wenn er den Vermögensvorteil als Mittel zu einem anderweitigen Zweck, d.h. als bloßes Zwischenziel anstrebt.¹⁶ Es ist dabei ausreichend, wenn der Mitarbeiter allein in der Absicht handelt, dem Käufer einen Vermögensvorteil in Form des Preisnachlasses zu verschaffen, so dass er damit Drittbereicherungsabsicht hat. Ob er damit andere (End-)Ziele, wie etwa ein erfolgreicher Verkäufer zu sein oder mittelbar eine Provision zu erlangen, bezweckte, ist folglich unerheblich. Auch die notwendige Stoffgleichheit zwischen dem Vermögensschaden und der erstrebten Bereicherung¹⁷ liegt vor, da der Preisnachlass für den Kunden unmittelbare Kehrseite des Vermögensschadens darstellt. Selbst wenn der Mitarbeiter für seine Beteiligung an Verkäufen an Kunden eine Provision erhält, handelt es sich hier also nicht um einen Fall eines Provisionsvertreterbetrugs,¹⁸ da der Schaden von vorneherein nicht beim Kunden, sondern beim Unternehmen eintritt. Es kann durch die Geltendmachung einer Provision allenfalls ein weiterer eigennützigem Betrug des Verkäufers hinzukommen, wenn er einen nicht bestehenden Provisionsanspruch einfordert, obwohl dieser aufgrund der Vertragspflichtverletzung bei der Rabattierung nicht besteht.¹⁹

Die Drittbereicherungsabsicht ist auch nicht deshalb zu verneinen, wenn solche Geräte möglicherweise im

¹⁴ OLG Hamm NJW 1968, 1985; OLG Düsseldorf NJW 1982, 2268; Tiedemann, Klaus, in: *Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.)*, Leipziger Kommentar zum StGB, Band 9 (Teil 1), 12. Aufl. 2012, § 263 Rn. 23; Perron, Walter, in: *Schönke/Schröder (Hrsg.)*, StGB, 30. Aufl. 2019, § 263 Rn. 12.

¹⁵ BGH NSTz 2003, 264; Fischer, Thomas, *Strafgesetzbuch*, 69. Aufl. 2022, § 263 Rn. 181; Perron, Walter, in: *Schönke/Schröder (Hrsg.)*, StGB, 30. Aufl. 2019, § 263 Rn. 165.

¹⁶ BGHSt 16, 1; Fischer, Thomas, *Strafgesetzbuch*, 69. Aufl. 2022, § 263 Rn. 190; Perron, Walter, in: *Schönke/Schröder (Hrsg.)*, StGB, 30. Aufl. 2019, § 263 Rn. 176; Tiedemann, Klaus, in: *Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.)*, Leipziger Kommentar zum StGB, Band 9 (Teil 1), 12. Aufl. 2012, § 263 Rn. 250 ff.

¹⁷ BGHSt 6, 115 (116); BGHSt 34, 379 (391); BGHSt 49, 17 (23); BGHSt 60, 1 (13); Rengier, Rudolf, *Besonderer Teil* 1, 23. Aufl. 2021, § 13 Rn. 246; Perron, Walter, in: *Schönke/Schröder (Hrsg.)*, StGB, 30. Aufl. 2019, § 263 Rn. 168.

¹⁸ Dazu OLG Düsseldorf NJW 1974, 1833 (1834); Achenbach, Jura 1984, 605 f.; Eisele, Jörg, *Strafrecht Besonderer Teil II*, 6. Aufl. 2021, Rn. 639 f.; Arzt, Gunther/Weber, Ulrich/Heinrich, Bernd/Hilgendorf, Eric, *Strafrecht Besonderer Teil*, 4. Aufl. 2021, § 20 Rn. 129 f.; Perron, Walter, in: *Schönke/Schröder (Hrsg.)*, StGB, 30. Aufl. 2019, § 263 Rn. 169.

¹⁹ Dazu in Fällen des klassischen Provisionsvertreterbetrugs BGHSt 21, 384; OLG Celle NJW 1959, 399; Maurach, Reinhard/Schroeder, Friedrich-Chr./Maiwald, Manfred/Hoyer, Andreas/Momsen, Carsten, *Strafrecht Besonderer Teil* 1, 11. Aufl. 2019, § 41 Rn. 141; Perron, Walter, in: *Schönke/Schröder (Hrsg.)*, StGB, 30. Aufl. 2019, § 263 Rn. 169.

Online-Handel günstiger zu erhalten sind. Wie bereits ausgeführt, ist der Online-Handel kein geeigneter Vergleichsfaktor, weil der Kunde im Ladengeschäft häufig Beratung erwünscht, das Gerät sogleich mitnehmen und auch eine etwaige Finanzierung im Ladengeschäft klären möchte. Letztlich kommt es für die Bereicherungsabsicht gar nicht darauf an, ob die Ware anderweitig günstiger zu erwerben ist, weil der Kunde diesen rein hypothetischen Weg nicht eingeschlagen und daher auch keine konkretisierte Aussicht auf einen solchen Erwerb hatte. Im Übrigen wäre ansonsten ein Betrug bei Kaufpreismindernden Täuschungen stets ausgeschlossen, wenn der Gegenstand nur irgendwo zu einem günstigeren Preis erworben werden kann.

IV. Ergebnis

Nach dem Gesagten erfüllt der vorliegende Sachverhalt m.E. die Voraussetzungen des § 263 StGB. Dafür lässt sich auch folgender „Test“ anführen: Hätte der Kunde selbst den Preis manipuliert und sich einen günstigeren Kaufpreis verschafft, so würde man ebenfalls zu einem Betrug gelangen. In Fällen, in denen die Rabattierung rein digital vorgenommen wird, gelten hinsichtlich § 263a StGB – ungeachtet der Frage, ob die weiteren Voraussetzungen des § 263a StGB, insbesondere ein unmittelbar auf dem Datenverarbeitungsvorgang beruhender Schaden,²⁰ vorliegen – die Ausführungen zu Vermögensschaden, Vorsatz und Bereicherungsabsicht bei § 263 StGB selbstverständlich entsprechend.

²⁰ Fischer, Thomas, Strafgesetzbuch, 69. Aufl. 2022, § 263a Rn. 20.

Auswirkung eines error in persona des Haupttäters auf den Anstifter

Von Prof. Dr. *Bernd Hecker*, Eberhard-Karls-Universität Tübingen

I. Einführung

Das von *Bernd Heinrich* verfasste Werk zum Allgemeinen Teil des Strafrechts¹ zeichnet sich dadurch aus, dass darin alle Facetten dieses Rechtsgebiets didaktisch brillant präsentiert werden. Niemals lässt *Bernd Heinrich* seine Leser im Unklaren darüber, welchen Lösungsvorschlag er auf der Grundlage seiner strafrechtsdogmatischen Analyse für den überzeugendsten hält. Nachdem ich sein vorzügliches Lehrbuch bereits seit dem Erscheinen der 1. Auflage im Jahre 2005 als für mich inzwischen unentbehrlich gewordene Arbeitshilfe konsultiere, kann ich feststellen, dass wir in der Beurteilung zentraler Rechtsprobleme des Allgemeinen Teils fast immer auf einer gemeinsamen Linie liegen. Mein lieber Tübinger Kollege und Freund *Bernd Heinrich* findet es aber gewiss interessanter, wenn ich nachfolgend aus der Fülle seiner stets mit gehaltvoller Begründung ausgearbeiteten Lehren eine der wenigen herausgreife, bei der ich zu einer anderen Auffassung gelange als er. Unser Dissens betrifft eine Fallkonstellation, über die seit dem im Jahre 1859 vom Preußischen Obertribunal entschiedenen Fall „*Rose-Rosahl*“² viel und kontrovers diskutiert wird – die Auswirkung eines error in persona des Haupttäters auf den Anstifter. *Bernd Heinrich* behandelt dieses Rechtsproblem anhand eines instruktiven Falles, der dem vom deutschen Bundesgerichtshof³ im Jahre 1990 entschiedenen „*Hoferbenfall*“⁴ nachgebildet ist:⁵

Vater *V* beabsichtigt, seinen Sohn *E* zu töten. Zu diesem Zweck heuert er den *B* an. Diesem gibt er genaueste Anweisungen über das Aussehen und die Gewohnheiten des *E*. Außerdem übergibt er *B* eine Fotografie, damit *B* den *E* eindeutig identifizieren kann. Wie ver-

abredet, wartet *B* am Tatabend versteckt im Pferdestall, um den üblicherweise mit einer Plastiktüte in der Hand erscheinenden *E* zu erschießen. Zu besagter Zeit öffnet sich die Stalltür und der Nachbar *N*, der *E* in Gestalt, Größe und Aussehen ähnlich sieht und eine Plastiktüte mit sich führt, tritt ein. Daraufhin erschießt *B* den *N* in dem Glauben, es handle sich um *E*.

II. Der Lösungsvorschlag von *Bernd Heinrich*

1. Ablehnung der Unbeachtlichkeitstheorie

Zunächst wird zutreffend festgestellt, dass sich *B* wegen eines heimtückisch und aus Habgier begangenen Mordes (§ 211 Strafgesetzbuch⁶) strafbar gemacht hat. Zwar unterlag *B* einem Irrtum über die Identität des Tatopfers *N*, jedoch stellt sich die Personenverwechslung lediglich als unbeachtlicher error in persona dar, der den Tötungsvorsatz des *B* unberührt lässt.⁷ Sodann wendet sich *Bernd Heinrich* dem zentralen Problem des Falles und damit der Frage zu, ob sich *V* wegen Anstiftung zum Mord (§§ 211, 26 StGB) strafbar gemacht hat. Er verwirft die vom Preußischen Obertribunal und einem Teil der Literatur vertretene *Unbeachtlichkeitstheorie*, nach der ein für den Haupttäter unbeachtlicher error in persona generell auch für den Anstifter unbeachtlich sei.⁸ Die Vertreter dieser Theorie argumentieren, dass der Anstifter wegen der akzessorischen Bindung der Anstiftung an die Haupttat „gleich einem Täter“ (siehe Wortlaut des § 26 StGB) bestraft werden müsse. Außerdem sei es unbillig, den Anstifter, der den Täter zur Tötung einen anderen Menschen bewogen habe, gegenüber dem Täter zu privilegieren.

¹ *Heinrich, Bernd*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 6. Aufl., 2019.

² Goldammer's Archiv für Strafrecht 7 (1859), 322.

³ Im Folgenden abgekürzt als BGH.

⁴ BGHSt. 37, 214.

⁵ *Heinrich, Bernd*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 6. Aufl., 2019, Rn. 1307.

⁶ Im Folgenden abgekürzt als StGB.

⁷ *Heinrich, Bernd*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 6. Aufl., 2019, Rn. 1307.

⁸ *Heinrich, Bernd*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 6. Aufl., 2019, Rn. 1308 m. w. N.

2. Ablehnung der Wesentlichkeits- und Individualisierungstheorie

Ebenfalls abgelehnt wird von *Bernd Heinrich* die vom *BGH* im „Hoferbenfall“⁹ vertretene *Wesentlichkeitstheorie*, wonach ein Irrtum des Haupttäters über die Identität des Tatopfers auch für den Anstifter grundsätzlich unbeachtlich sei, wenn der eingetretene Tatverlauf im Rahmen des nach allgemeiner Lebenserfahrung Vorhersehbaren liegt und nicht ausnahmsweise, z. B. bei einem Exzess des Haupttäters, wesentlich von der Vorstellung des Anstifters abweicht.¹⁰ Schließlich erblickt *Bernd Heinrich* auch in der mit der Wesentlichkeitstheorie weitgehend übereinstimmenden *Individualisierungstheorie* keine adäquate Lösung des gestellten Rechtsproblems.¹¹ Nach dieser Lehre lässt der error in persona des Haupttäters den Anstiftervorsatz unberührt, wenn der Anstifter diesem – was regelmäßig der Fall sei – die Individualisierung des Opfers überlassen hat. Der Anstifter müsse das Risiko einer Personenverwechslung in gleicher Weise tragen wie der Haupttäter.

3. Anwendung der Aberratio-ictus-Theorie

Bernd Heinrich ist ein prominenter Repräsentant der von weiten Teilen der Literatur vertretenen *Aberratio-ictus Theorie*, nach der sich die Personenverwechslung des Haupttäters aus der Perspektive des Anstifters als „Abirren des Pfeiles“ darstelle.¹² Es dürfe keinen Unterschied machen, ob der Täter ein mechanische Werkzeug losschicke, welches fehlgeht oder ob er ein „menschliches Werkzeug“ verwende, welches sich bei der Tatausführung über die Identität des Tatopfers irrt. Folgerichtig bejaht *Bernd Heinrich* im Ausgangsfall eine Strafbarkeit des *V* wegen versuchter Anstiftung zum Mord an *E* (§§ 30 I, 211 StGB) in Tateinheit mit fahrlässiger Tötung des *N* (§ 222 StGB). Die teilweise vertretene Auffassung, nach der *V* wegen Anstiftung

zum versuchten Mord an *E* (§§ 211, 22, 23 I, 26 StGB) zu bestrafen sei, weist er mit der zutreffenden Begründung zurück, dass es zu einem unmittelbaren Ansetzen zur Tötung des eigentlich anvisierten Opfers *E* seitens des Haupttäters *B* ja gerade nicht gekommen ist.¹³ In der vollendeten Tötung des „falschen Opfers“ liegt nicht zugleich eine versuchte Tötung des „richtigen Opfers“, weil der Vorsatz des Haupttäters im Tatzeitpunkt auf die Ermordung der vor ihm auftauchenden Person (hier: *N*) konkretisiert war.

III. Diskussion

1. Wortlautargumentation

Der schlichte Verweis auf den Wortlaut des § 26 StGB liefert keine tragfähige Begründung für die Lösung des gestellten Rechtsproblems. Denn die gesetzliche Anordnung, dass der Anstifter „gleich einem Täter“ zu bestrafen ist, bedeutet nur, dass für den Anstifter die gleiche Strafdrohung gilt wie für den von ihm angestifteten Haupttäter. Strafbar ist der Anstifter jedoch nur, wenn die hierfür aufgestellten tatbestandlichen Voraussetzungen im konkreten Einzelfall erfüllt sind. Dies erfordert in objektiver Hinsicht das Bestimmen eines anderen zur Begehung einer vorsätzlichen und rechtswidrigen Haupttat (Akzessorietätsprinzip). In subjektiver Hinsicht ist erforderlich, dass der Vorsatz des Anstifters die Vollendung der Haupttat einschließt. Letzteres ist aber gerade zweifelhaft, wenn die vom angestifteten Haupttäter begangene Tat infolge einer Personenverwechslung von der eigentlichen Vorstellung des Anstifters abweicht. Mit Recht begreift und diskutiert *Bernd Heinrich* die aufgeworfene Frage daher als ein die subjektive Tatseite der Anstiftung betreffendes Vorsatzproblem.

2. Wesentlichkeits- und Individualisierungskriterium

Bernd Heinrich hält der Wesentlichkeitstheorie entgegen, dass das von ihren Vertretern herangezogene

⁹ BGHSt. 37, 214.

¹⁰ *Heinrich, Bernd*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 6. Aufl., 2019, Rn. 1309 m. w. N.

¹¹ *Heinrich, Bernd*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 6. Aufl., 2019, Rn. 1310 m. w. N.

¹² *Heinrich, Bernd*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 6. Aufl., 2019, Rn. 1311 m. w. N.

¹³ *Heinrich, Bernd*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 6. Aufl., 2019, Rn. 1311 m. w. N.

Kriterium der „Wesentlichkeit“ der Abweichung des vorgestellten vom verwirklichten Kausalverlauf zu unbestimmt sei und damit letztlich nur zu willkürlichen Bewertungen führe.¹⁴ Der Makel der Unbestimmtheit treffe gleichermaßen auf das zur Konkretisierung der „Wesentlichkeit“ herangezogene Kriterium der „Individualisierung des Tatopfers“ zu, zumal von den Anhängern dieser Theorie kein Fall benannt würde, in welchem der Anstifter das Opfer selbst individualisiere und ein entsprechender Irrtum daher beachtlich (im Sinne von „wesentlich“) sei.¹⁵ Fraglich seien zudem die Anforderungen, die an eine solche Individualisierung zu stellen sind. So bleibe es im Ausgangsfall unklar, ob *V* durch die Übergabe des Fotos des *E* und die detailgetreue Mitteilung über dessen Lebensgewohnheiten den *E* oder den zur fraglichen Zeit am Tatort auftauchenden *N* individualisiert hat.¹⁶

Die von *Bernd Heinrich* erhobene Kritik an der Unbestimmtheit des Wesentlichkeitskriteriums und des für die Konkretisierung der „Wesentlichkeit“ der Abweichung des vorgestellten vom verwirklichten Kausalverlaufs herangezogenen Individualisierungskriteriums ist durchaus berechtigt, wenn bei dessen Ausfüllung ein flexibler Beurteilungsmaßstab herangezogen wird. Wenn man meint, erst aus einer Zusammenschau aller Umstände des konkreten Einzelfalls erforschen zu müssen, in welchem Maße der Anstifter dem Haupttäter die Individualisierung des Tatopfers überlassen bzw. inwieweit er Verwechslungsrisiken ausgeschlossen hat,¹⁷ dann verliert das Individualisierungskriterium seine Konturen und öffnet einer beliebig anmutenden Rechtsanwendung die Tür. Die insoweit zutreffende Kritik von *Bernd Heinrich* verliert jedoch ihre Berechtigung, wenn man richtigerweise davon ausgeht, dass der Irrtum des Haupttäters über die Identität des Tatopfers für den Anstifter nicht

nur regelmäßig, sondern *generell* eine *unwesentliche* und daher seinen Vorsatz unberührt lassende *Abweichung des vorgestellten vom verwirklichten Kausalverlauf* darstellt. Auf ein wie auch immer zu bestimmendes „Maß“ der dem Haupttäter überlassenen Individualisierungsaufgabe kommt es nämlich gar nicht an. Die generelle Zurechenbarkeit der vom Haupttäter begangenen Tat folgt bereits daraus, *dass* und *nicht inwieweit* der Anstifter dem Haupttäter die Individualisierung des Tatopfers überlässt. Die Exzess-Fälle, in denen der Haupttäter bewusst von den Instruktionen des Anstifters abweicht,¹⁸ bilden streng genommen keine wirkliche Ausnahme von dieser den Anstiftervorsatz betreffenden Regel. Denn wenn der Täter eine Exzesstat und damit *eine andere* als die ihm vom Anstifter aufgetragene Tat begeht, scheidet die Strafbarkeit des Anstifters nicht erst wegen seines fehlenden Anstiftervorsatzes aus. Vielmehr liegt in den Exzess-Fällen schon gar keine einer anderen Person objektiv zurechenbare Anstiftungshandlung vor, weil der Täter von niemandem zur Begehung der Exzesstat im Sinne des § 26 StGB „bestimmt“ wurde.

3. Lehre von der objektiven Zurechnung

Die von mir vertretene, im Ergebnis (nicht in der Begründung) mit dem Lösungsvorschlag der Unbeachtlichkeitstheorie übereinstimmende Sichtweise, fügt sich nahtlos in die Lehre von der objektiven Zurechnung ein, wonach derjenige, der durch sein Verhalten ein rechtlich missbilligtes Risiko geschaffen hat, sich die Realisierung dieses Risikos – den von ihm kausal herbeigeführten Taterfolg in seiner konkreten Gestalt – als „sein Werk“ zurechnen lassen muss.¹⁹ In der „klassischen“ *Aberratio-ictus*-Konstellation²⁰ ist der Tötungsvorsatz des Täters im Zeitpunkt des Angriffs auf das von ihm sinnlich (in der Regel durch Sichtkontakt) wahrgenommene Opfer konkretisiert. Verfehlt der Täter das von ihm anvisierte Opfer und trifft stattdessen unabsichtlich eine dritte Person, liegt stets eine wesentliche Abweichung

¹⁴ *Heinrich, Bernd*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 6. Aufl., 2019, Rn. 1309.

¹⁵ *Heinrich, Bernd*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 6. Aufl., 2019, Rn. 1310.

¹⁶ So nimmt der *BGH* im „Hoferben-Fall“ (BGHSt. 37, 214) eine Individualisierung des später getöteten Tatopfers durch den Haupttäter an, während *Maurach, Reinhart/Gössel, Karl Heinz/Zipf, Heinz*, Strafrecht Allgemeiner Teil, Teilband 2, 7. Aufl. 1989, § 51 Rn. 57 von einer Individualisierung des auftragsgemäß zu tötenden Tatopfers durch den Anstifter ausgehen.

¹⁷ So *pars pro toto* *Rengier, Rudolf*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 13. Aufl., 2021, § 45 Rn. 58 m. w. N.

¹⁸ Man stelle sich vor, *B* erschießt die im Pferdestall auftauchende *F*, um diese als mögliche Tatzeugin zu beseitigen.

¹⁹ *Heinrich, Bernd*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 6. Aufl., 2019, Rn. 243 ff.

²⁰ *Heinrich, Bernd*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 6. Aufl., 2019, Rn. 1105 ff. m. w. N.

des vorgestellten vom verwirklichten Kausalverlauf vor, die nach den Regeln der *Aberratio-ictus* zu behandeln ist. In der hier interessierenden Fallkonstellation stellt sich die Sachlage jedoch in rechtlich relevanter Weise anders dar. Es liegt im Wesen der Anstiftung, dass der Anstifter die konkrete Durchführung und den Ablauf der Haupttat immer in die Hand des tatusführenden Haupttäters legt (andernfalls wäre er nicht Teilnehmer an der Tat eines anderen, sondern selbst Täter). Der zur Begehung der Haupttat bestimmte Täter ist nun aber gerade kein „mechanisches Werkzeug“, sondern ein Mensch, der sich in der Tatsituation aufgrund seiner sinnlichen Wahrnehmungen ein eigenes Bild über die konkreten Gegebenheiten macht. Da „irren menschlich“ ist, liegt es stets im Bereich des objektiv Vorhersehbaren, dass dem Täter bei der Identifizierung seines Opfers ein Fehler unterläuft. Der Anstifter mag das in seiner Anstiftungshandlung zwangsläufig angelegte Verwechslungsrisiko zwar – wie im Ausgangsfall – durch die Mitteilung möglichst präziser Instruktionen zu minimieren versuchen. Er kann aber letztlich immer nur hoffen, dass der zur Tatusführung schreitende Täter die ihm überlassene Aufgabe der Individualisierung des Tatobjekts korrekt vornimmt und das „richtige“ Tatopfer tötet – mit völliger Sicherheit ausschließen kann der Anstifter das Risiko einer dem Täter unterlaufenden Personenverwechslung jedoch nicht. Es ist daher im Lichte der allgemeinen Zurechnungslehre nur folgerichtig, dem Anstifter generell das Verwechslungsrisiko aufzubürden und ihn wegen vollendeter Anstiftung zum Mord zu bestrafen, wenn der Täter die „falsche“ Person tötet.²¹

4. Distanzfälle

Meine Auffassung, wonach bei Zugrundelegung der Kriterien der Individualisierungstheorie im Ergebnis die Lösung der Unbeachtlichkeitstheorie bestätigt wird, harmoniert auch mit der vom *BGH* vertretenen strafrechtlichen Bewertung der Distanzfälle (insbesondere Gift- und Sprengfälle). Wenn der Täter *T* eine Autobombe am Fahrzeug des *F* anbringt in der Erwartung, dass *F* beim Betätigen des Zündschlüssels durch eine Explosion ge-

tötet wird, haftet *T* auch dann wegen eines vollendeten Tötungsdelikts, wenn statt des *F* eine andere Person den Zündschlüssel betätigt und getötet wird.²² Diese in den Distanzfällen zum Tragen kommende Wertung trifft gleichermaßen auch auf die Fallkonstellation der Objektverwechslung durch den angestifteten Haupttäter zu. In beiden Fallkonstellationen ist das jeweilige Tatgeschehen vom Täter bzw. Anstifter so programmiert worden, dass auch eine andere Person als das eigentliche Zielobjekt in den Wirkungskreis der von ihnen geschaffenen Gefahr treten und somit Opfer ihres Angriffs werden kann. In beiden Fällen realisiert sich bei der getöteten Person der tatbestandsmäßige Erfolg in der für das eigentliche Zielobjekt vorgesehenen Weise.

5. Das „Blutbad-Argument“

Gegen den Lösungsvorschlag, den Anstifter auch in Fällen einer dem Täter unterlaufenden Personenverwechslung wegen vollendeter Anstiftung zur Haupttat zu bestrafen, führt *Bernd Heinrich* den Einwand an, dass der Anstifter konsequenterweise wegen zweifacher Anstiftung zum Mord bestraft werden müsse, wenn der Haupttäter seinen Irrtum bemerke und sodann das „richtige“ Tatopfer töte.²³ Zwei Morde habe der Anstifter jedoch in seinen Vorsatz nicht aufgenommen. Letzteres trifft zwar zu, jedoch lässt sich dieser auch als „Blutbad-Argument“ bezeichnete Einwand entkräften. Wenn die erste vom Haupttäter begangene Tat dem Anstifter mit Blick auf das von ihm – dem Anstifter – zu tragende Verwechslungsrisiko als seine Anstiftungstat zugerechnet wird, dann ist sein Tötungsvorsatz bezüglich der zweiten Tat unabhängig davon verbraucht, gegen wen sie sich richtet.²⁴

²¹ *Gropp, Walter/Sinn, Arndt*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 5. Aufl., 2020, § 13 Rn. 178.

²² *BGH NSTZ* (Neue Zeitschrift für Strafrecht) 1989, 294; anders jedoch *Heinrich, Bernd*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 6. Aufl., 2019, Rn. 1112, der auch im „Autobomben-Fall“ eine *aberratio ictus* annimmt.

²³ *Heinrich, Bernd*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 6. Aufl., 2019, Rn. 1308 f.

²⁴ *Rengier, Rudolf*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 13. Aufl., 2021, § 45 Rn. 61.

6. Versehentlicher Angriff des Haupttäters auf das Rechtsgut des Anstifters

Man stelle sich vor, dass der Anstifter selbst zum Tatopfer des einem error in persona unterliegenden Täters wird, indem man den Ausgangsfall wie folgt abwandelt: *V* betritt mit einer Plastiktüte in der Hand den Pferdestall. *B* schießt in der Annahme, den *E* vor sich zu haben, mit Tötungsvorsatz auf *V*. *Bernd Heinrich* meint, vom Standpunkt der von ihm abgelehnten Lehren würde man zu dem „absurden Ergebnis“ gelangen, den *V*, sofern dieser den Mordanschlag überlebt, wegen *Anstiftung zum versuchten Mord an sich selbst* (§§ 211, 22, 23 I, 26 StGB) bestrafen zu müssen.²⁵ Dieses Ergebnis wäre in der Tat absurd – es trifft aber nicht zu. Zwar hat der Haupttäter *B* durch den Schuss auf *V* einen versuchten Mord (§§ 211, 22, 23 I StGB) begangen. Der von *V* mittelbar durch *B* bewirkte Angriff auf sein – des *V* – Leben erfüllt jedoch in der Person des *V* kein Unrecht, da die Tötungsdelikte nur die Tötung „eines anderen“ erfassen. Ein die Anstiftungsstrafbarkeit begründender mittelbarer Angriff auf ein eigenes Rechtsgut ist daher nicht denkbar.²⁶ *V* ist jedoch wegen versuchter Anstiftung zum Mord (§§ 30 I, 211 StGB) zu bestrafen, weil er vorsätzlich den *B* zur heimtückischen Tötung eines anderen Menschen bestimmt hat.

7. Kriminalpolitischer Aspekt – Vermeidung von Strafbarkeitslücken

Die Aberratio-ictus-Theorie muss sich mit Strafbarkeitslücken abfinden, wenn das Gesetz im konkreten Fall keine Strafbarkeit wegen Versuchs der Anstiftung zu einem Verbrechen (§ 30 I StGB) bzw. wegen einer Fahrlässigkeitstat (§ 15 StGB) vorsieht. Exemplarisch hierfür steht der folgende Beispielfall:

A verspricht dem *B* eine Belohnung, wenn dieser das Auto des *F* demoliert. In der Nacht schlägt *B* in der Annahme, es handle sich um das Auto des *F*, die Scheiben des dem *D* gehörenden Autos ein.

B ist strafbar wegen Sachbeschädigung (§ 303 I StGB). Die Objektverwechslung (error in obiecto) lässt seinen Vorsatz, eine fremde Sache zu beschädigen, unberührt. Nach der Aberratio-ictus-Theorie bleibt *A* straffrei. Der Versuch der Anstiftung zur Sachbeschädigung ist mangels Verbrechenscharakters der von *B* begangenen Tat nicht strafbar (vgl. §§ 12 I, 30 I StGB). Eine Strafbarkeit des *A* wegen fahrlässiger Sachbeschädigung am Fahrzeug des *D* scheidet aus, weil das StGB nur die vorsätzliche Sachbeschädigung mit Strafe bedroht.

Demgegenüber ist dem *A* nach meiner Auffassung das Risiko einer dem Haupttäter unterlaufenden Objektverwechslung generell zuzurechnen. Die Gefahr einer Verwechslung des Angriffsobjekts seitens des Haupttäters ist jeder Anstiftungshandlung inhärent und daher auch vom Anstiftervorsatz umfasst, mag der tatsächlich eingetretene Verletzungserfolg dem Anstifter auch höchst unerwünscht sein. *A* ist daher wegen Anstiftung zur Sachbeschädigung (§ 303, 26 StGB) strafbar. Und dies selbst dann, wenn *A* dem *B* das Fabrikat, äußere Erscheinungsbild, Kennzeichen und den Standort des Autos des *F* präzise mitgeteilt hat. Denn dies ändert nichts am Fortbestehen des hierdurch zwar auf ein Minimum reduzierten, aber dennoch niemals völlig auszuschließenden Restrisikos, dass *B* bei der ihm überlassenen Individualisierung des Tatobjekts versagt und das „falsche“ Auto demoliert.

IV. Schlussbemerkung

Bernd Heinrich kann gewiss jedem von mir vorgebrachten Argument mindestens ein starkes Gegenargument entgegenhalten. Die für „richtig“ erachtete Lösung hängt wie immer von den dogmatischen Prämissen ab, die bei der jeweiligen strafrechtlichen Bewertung der Fallkonstellation zugrunde gelegt werden. Über diese Wertungsvorgaben lässt sich freilich trefflich streiten.

Herzlichen Glückwunsch zum runden Geburtstag, lieber *Bernd*! Ich wünsche Dir Gesundheit und weiterhin viel Schaffenskraft!

²⁵ *Heinrich, Bernd*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 6. Aufl., 2019, Rn. 1308.

²⁶ *Heine, Günter/Weißer, Bettina*, in: *Schönke, Adolf/Schröder, Horst*, StGB, 30. Aufl., 2019, § 26 Rn. 27 m. w. N.

Die Problematik des Erfordernisses der Zueignungsabsicht beim unbefugten Gebrauch von Fahrzeugen (Eine Analyse der Rechtsprechung)*

Von Associate-Prof. Dr. *Lavrenti Maglakelidze*, Iwane-Dschawachischwili-Staatliche-Universität Tbilisi, Richter am Appellationsgericht von Tbilisi

I. Einführung

Die Zueignungsabsicht ist eine der notwendigen Komponenten bei den sog. Zueignungsdelikten (geheimer Diebstahl, offener Diebstahl, Raub). Besondere Aktualität hat diese Voraussetzung der Strafbarkeit in der Strafrechtsdogmatik und Rechtsprechung erlangt, nachdem die Große Kammer des Obersten Gerichtshofs von Georgien am 28. Juni 2007 eine bedeutende Auslegung von Art. 184 des damals geltenden georgischen Strafgesetzbuches¹ vorgenommen hat, der die rechtswidrige Inbesitznahme eines Fahrzeugs oder eines anderen mechanischen Verkehrsmittels ohne Zueignungsabsicht betraf.

Bereits vor der genannten Entscheidung der Großen Kammer des Obersten Gerichtshofs wurde Art. 184 durch das Änderungsgesetz vom 23. Mai 2007 aus dem Strafgesetzbuch gestrichen. Zuvor betraf Abs. 1 dieses Artikels „die rechtswidrige Inbesitznahme eines Fahrzeugs oder eines anderen Verkehrsmittels in der Absicht vorübergehender Nutzung“. Im Fall der rechtswidrigen Inbesitznahme eines Fahrzeugs oder eines anderen Verkehrsmittels in der Absicht der vorübergehenden Nutzung waren die Tatbestandsmerkmale von Art. 184 gStGB erfüllt. Handelte der Täter aber mit Zueignungsabsicht, sollte die Tat, entsprechend der konkreten Form der Inbesitznahme, nach dem jeweiligen Tatbestand des einschlägigen Eigentumsdelikts qualifiziert werden.

Bereits an dieser Stelle ist darauf hinzuweisen, dass die damalige Streichung des Art. 184 gStGB völlig unerwartet und ungerechtfertigt erfolgte. Auf die Gründe, die zur Aufhebung dieser Norm führten, und die Ziele, die der Gesetzgeber damit verfolgte, wird an späterer Stelle noch ausführlicher eingegangen. Der vorliegende Aufsatz widmet sich somit einer rechtshistorischen Be-

trachtung des Art. 184 gStGB sowie einer Analyse der diesbezüglich relevanten Rechtsprechung.

II. Die vor dem 1. Juni 2000 geltende Fassung des Strafgesetzbuches

Das vor dem 1. Juni 2000 in Georgien geltende Strafgesetzbuch der Georgischen Sozialistischen Sowjetrepublik aus dem Jahr 1960 enthielt mit Art. 243 einen Straftatbestand, der die Verantwortung für die Wegnahme eines Verkehrsmittels „in der Absicht vorübergehender Nutzung“ betraf. Am 30. Januar 1991 wurde jedoch im Rahmen einer Änderung das Merkmal der Absicht der vorübergehenden Nutzung aus Art. 243 gestrichen.² Folglich wurde Art. 243 Abs. 1 so umformuliert, dass nunmehr die „Wegnahme von Verkehrsmitteln, also jede Art von Automobilen, Traktoren und anderen selbstfahrenden Fahrzeugen, Straßenbahnen und Oberleitungsbussen sowie die Wegnahme eines Motorrads und anderer mechanischer Transportmittel“ erfasst wurde.

Durch diese Änderung wurde man für die bloße Wegnahme eines Automobils strafrechtlich zur Verantwortung gezogen. Dies hat jedoch eine umstrittene Frage in der damaligen Rechtsprechung hervorgerufen. So war die Wegnahme eines Automobils in Zueignungsabsicht vor der Gesetzesänderung als geheimer oder offener Diebstahl bzw. als Raub zu qualifizieren. Nunmehr war es aber notwendig geworden, solche Tathandlungen gemäß Art. 243 zu qualifizieren. Strittig war insofern, ob neben Art. 243 auch andere Normen zur Anwendung kommen sollten.

Diese Frage hat der Beschluss des Plenums des Obersten Gerichtshofs der Georgischen Republik beant-

* Deutsche Übersetzung des Aufsatzes von Lektoratsmitglied der DGStZ Frau *Marika Turava*.

¹ Im Folgenden als gStGB abgekürzt.

² *Gamkrelidze, Otar*, Der Kampf um den Rechtsstaat, 1998, S. 225.

wortet,³ wonach bei der Wegnahme eines Verkehrsmittels in Zueignungsabsicht Tateinheit zwischen Art. 243 gStGB und den Normen, die die Straftaten gegen den Staat und das Eigentum der Bürger betrafen, anzunehmen sein sollte.⁴

Der genannte Beschluss des Plenums des Obersten Gerichtshofs der Georgischen Republik wurde später zum Gegenstand der Kritik. So wiesen einzelne georgische Wissenschaftler darauf hin, dass die Wegnahme eines Automobils in Zueignungsabsicht nicht zu einer Tateinheit führen könne, weil diese Handlung einen speziellen Tatbestand gegenüber Art. 96¹ darstelle, der die Wegnahme der Vermögensgüter des Staates oder der Gesellschaft betraf. In diesem Fall solle bei einer Normenkonkurrenz die speziellere Norm den Vorrang haben, weshalb eine zusätzliche Qualifikation gemäß Art. 96¹ nicht mehr erforderlich sei.⁵ Tatsächlich gründete der Ansatz der Rechtsprechung auf einem Missverständnis, weshalb die Annahme einer Tateinheit ungerechtfertigt und unbegründet war.

III. Die nach dem 1. Juni 2000 geltende Strafrechtsgesetzgebung

Bis zur Streichung von Art. 184 durch das Änderungsgesetz vom 23. Mai 2007 sah das Strafgesetzbuch eine strafrechtliche Verantwortung für die rechtswidrige Inbesitznahme eines Fahrzeugs oder eines anderen mechanischen Verkehrsmittels ohne Zueignungsabsicht vor. Konkret erfasste Art. 184 gStGB die „rechtswidrige Inbesitznahme eines Fahrzeugs oder eines anderen mechanischen Verkehrsmittels in der Absicht vorübergehender Nutzung“.

Die wesentliche Schutzrichtung des Art. 184 gStGB betraf die eigentumsrechtliche Beziehung, wäh-

rend das Leben und die Gesundheit lediglich sekundäre Schutzgüter der Norm waren.⁶ Im Hinblick auf die objektiven Tatbestandsmerkmale unterschied sich diese Norm zwar kaum von anderen Straftaten gegen das Eigentum,⁷ jedoch gab es Abweichungen im subjektiven Tatbestand.

In der Regel ist die Habsucht die treibende Kraft im subjektiven Tatbestand der Zueignungsdelikte (geheimer oder offener Diebstahl, Raub). Was die Zielsetzung der Tathandlung angeht, ist bei den genannten Delikten daher als notwendiges Merkmal des subjektiven Tatbestands das Vorliegen einer speziellen Absicht, nämlich der Zueignungsabsicht, erforderlich.⁸ Daher stellen die Straftaten gegen das Eigentum solche Delikte dar, die durch ein bestimmtes Ziel determiniert sind. Das heißt, dass bei einer Gewahrsamsbegründung ohne Zueignungsabsicht kein Zueignungsdelikt vorliegt. Zur Veranschaulichung dient folgendes Beispiel aus der Rechtsprechung:

Durch das Urteil des Bezirksgerichts von Gori vom 31. Januar 2014 wurde der Angeklagte O. B. wegen der Begehung eines offenen Diebstahls (Art. 178 gStGB) schuldig gesprochen. Die vom Angeklagten begangene Tat verlief folgendermaßen: Am Tag der Parlamentswahl, dem 1. Oktober 2012, zeichneten Journalisten und Kameraleute das Geschehen rund um die Wahlen auf. Dabei geriet auch der Angeklagte in die Aufnahmen, worauf er und seine Begleitpersonen negativ reagierten, die Journalisten beschimpften und von ihnen die Unterbrechung der Videoaufnahmen verlangten. Als der Kameramann das Aufzeichnen jedoch fortsetzte, nahm der Angeklagte ihm die Kamera

³ Siehe den Beschluss des Plenums des Obersten Gerichtshofs der Georgischen Republik vom 29. April 1992, mit Bezugnahme darauf *Gamkrelidze, Otar*, Der Kampf um den Rechtsstaat, 1998, S. 225.

⁴ Siehe den Beschluss des Plenums des Obersten Gerichtshofs der Georgischen Republik vom 29. April 1992, mit Bezugnahme darauf *Gamkrelidze, Otar*, Der Kampf um den Rechtsstaat, 1998, S. 225; siehe auch den Herold der Justiz, 1993, N 1, S. 15-16.

⁵ *Gamkrelidze, Otar*, Der Kampf um den Rechtsstaat, 1998, S. 226.

⁶ Siehe *Lekveischwili, Mzia/Mamulaschwili, Gocha*, Die Verantwortung für Wirtschaftsstraftaten (Kommentar), 1999, S. 55; *Ebralidze, Tamar* in: Gamkrelidze, Otar (Hrsg.), Kommentar zur Rechtsprechung im Strafrecht, Wirtschaftsstraftaten, 2004, S. 198 f.

⁷ Siehe *Todua, Nona*, Fragen der Kriminalisierung und Entkriminalisierung in der georgischen Strafgesetzgebung, in: *Todua, Nona* (Hrsg.), Tendenzen der Liberalisierung des Strafrechts in Georgien, 2016, S. 110.

⁸ Ebenda; vgl. auch *Tsereteli, Tinatin*, Probleme des Strafrechts, Band I, 2007, S. 110 f.; *dies.*, Probleme des Strafrechts, Band III, 2013, S. 166 f.; *Ugrekheldze, Mindia*, Die Schuld bei Gefährdungsdelikten, 1982, S. 19 ff.; *Turava, Merab*, Grundriss des Allgemeinen Teils des Strafrechts, 9. Auflage, 2013, S. 127 ff.; *Todua, Nona*, Der Besondere Teil des Strafrechts, Buch 1, 7. Auflage, 2019, S. 465.

in der Absicht weg, die Videoaufnahme zu beenden und zu prüfen, ob bereits Aufzeichnungen von ihm erfolgt waren. Die Kamera verbrachte der Angeklagte dann an einen anderen Ort. Nachdem er diese durchsucht und kein relevantes Bildmaterial gefunden hatte, gab er die Kamera am nächsten Tag an den Kameramann zurück.⁹

Das erstinstanzliche Gericht hat diese Tathandlung, wie oben erwähnt, als offenen Diebstahl qualifiziert. Das Appellationsgericht hat dies allerdings aufgehoben und die Handlung als „illegale Störung der journalistischen Tätigkeit“ eingestuft,¹⁰ da nach Auffassung des Gerichts der Angeklagte keine Zueignungsabsicht bezüglich einer fremden beweglichen Sache hatte. Auch der Oberste Gerichtshof von Georgien hat in diesem Fall die Erfüllung des Tatbestands des offenen Diebstahls verneint.¹¹

Die Entscheidungen aller drei Gerichte sind im Hinblick auf die Notwendigkeit der Prüfung der Zueignungsabsicht bei den Zueignungsdelikten richtig und begründet. Es ist unumstritten, dass die Absicht der rechtswidrigen Zueignung mit dem Eigentumsrecht verbunden ist, welches dem Rechtsinhaber erlaubt, die Sache zu besitzen, zu nutzen und zu veräußern. Zwar können das Besitz- und Nutzungsrecht auch einem Nicht-Eigentümer zustehen, das Recht der Veräußerung hat hingegen insofern ein größeres Gewicht, als dass es das rechtliche Schicksal der Sache betrifft.¹² Folglich liegt in der Absicht der rechtswidrigen Zueignung das

Ziel des Täters, die fremde weggenommene Sache als eigene gesetzwidrig zu besitzen, zu nutzen und zu veräußern.

Was die Problematik der Feststellung der Zueignungsabsicht im Zusammenhang mit dem unbefugten Gebrauch von Fahrzeugen angeht, wurde, wie bereits oben erwähnt, Art. 184 aus dem Strafgesetzbuch in Folge der Gesetzesänderungen vom 23. Mai 2007 gestrichen. Damit wurde für die Rechtsprechung eine neue Wirklichkeit geschaffen. Die Frage der strafrechtlichen Verantwortung hat im Hinblick auf diejenigen an Bedeutung gewonnen, die bereits gemäß Art. 184 gStGB verurteilt worden waren. Die Gesetzesänderung hat die Frage hervorgerufen, ob dieses Problem mit der Garantiefunktion des Strafrechts, nämlich mit dem Verbot der Rückwirkung von Gesetzen, verbunden war. Diese Zweifel wurden zudem durch die Gesetzesbegründung des Georgischen Parlaments verstärkt, wonach das Ziel der Gesetzesänderung gerade die Entkriminalisierung des in dieser Norm festgelegten Verhaltens war,¹³ was automatisch zur Beendigung der Strafverfolgung oder Befreiung von strafrechtlicher Verantwortung führen sollte, wenn die Strafverfolgung bzw. die Verurteilung auf diese Norm gegründet war. Allerdings ist dies nicht geschehen, worauf die Entscheidung der Großen Kammer des Obersten Gerichtshofs vom 28. Juni 2007 hinweist.

IV. Die Entscheidung des Obersten Gerichtshofs von Georgien vom 28. Juni 2007

Die Große Kammer des Obersten Gerichtshofs hat in einer Strafsache folgende Erläuterung angeführt: „Die Tatsache, dass der Tatbestand von Art. 184 gStGB die Zueignungsabsicht nicht enthält, bedeutet nicht, dass bei der Begehung der nach dieser Norm vorgesehenen Tat auch keine bloß vorübergehende Zueignungsabsicht besteht, wenn der Täter nach seiner Vorstellung die fremde Sache (Auto) nur vorübergehend zu seinem Vorteil nutzt. Rechtswidrige Aneignung bedeutet, dass

⁹ Siehe das Urteil des Obersten Gerichtshofs von Georgien vom 12. Juni 2015 (Entscheidung N7ap-15).

¹⁰ Allerdings hat das Gericht in diesem Fall die Grenzen der Schuld überschritten, was vom Obersten Gerichtshof ebenfalls hervorgehoben wurde; siehe dazu auch *Maglakelidze, Lavrenti*, Das Verständnis vom Grundsatz der Unveränderbarkeit der Anklage in der georgischen und europäischen Rechtsprechung (EGMR), DGSStZ 2017, 75.

¹¹ Eine ähnliche Analyse hat der Oberste Gerichtshof auch in einer anderen Strafsache vorgenommen, in der der Täter wegen der Wegnahme einer Lederweste angeklagt wurde. Wegen mangelnder Zueignungsabsicht wurde die Handlung im Kassationsverfahren vom offenen Diebstahl zur Nötigung (Art. 150 gStGB) umqualifiziert; siehe dazu das Urteil des Obersten Gerichtshofs von Georgien vom 28. April 2015 (Entscheidung N391ap-14).

¹² Vgl. *Todua, Nona*, Fragen der Kriminalisierung und Entkriminalisierung in der georgischen Strafgesetzgebung, in: *Todua, Nona* (Hrsg.), Tendenzen der Liberalisierung des Strafrechts in Georgien, 2016, S. 111.

¹³ Vgl. *Todua, Nona*, Fragen der Kriminalisierung und Entkriminalisierung in der georgischen Strafgesetzgebung, in: *Todua, Nona* (Hrsg.), Tendenzen der Liberalisierung des Strafrechts in Georgien, 2016, S. 113.

der Täter in dem konkreten Moment die Möglichkeit bekommt, fremdes Eigentum als eigenes zu besitzen und zu veräußern.“¹⁴

Mit dieser Interpretation hat die Große Kammer folglich den Begriff der rechtswidrigen vorübergehenden Zueignung einer Sache eingeführt,¹⁵ was eindeutig falsch ist. „Zueignung“ kann nicht „vorübergehend“ sein.¹⁶ Der Vorsatz kann nicht vorübergehend oder dauerhaft sein. Konkret gesagt, wenn jemand den Vorsatz hat, eine rechtswidrige Tat zu begehen, kann dieser Vorsatz fortbestehen, solange er die Tat nicht begeht oder seine Meinung bezüglich der Tatbegehung ändert.¹⁷ Demzufolge umfasst die Zueignungsabsicht solche Fälle nicht, in denen die Sache nur vorübergehend genutzt und danach an den Eigentümer zurückgegeben werden soll.

Die Auslegung der Großen Kammer ist auch in der Hinsicht unbegründet, als dass sie in ihrer Entscheidung anführt, dass „der Gesetzgeber mit der Streichung des Art. 184 aus dem Strafgesetzbuch aufgrund der Beschaffenheit des Vorsatzes des Täters dessen Bestrafung mittels einer speziellen Norm bei der Wegnahme eines Automobils verneint hat und dadurch, je nach Form der Wegnahme, die rechtswidrige Inbesitznahme eines Automobils und anderer mechanischer Verkehrsmittel in einem Bereich vereint und mit den entsprechenden Normen über die Straftaten gegen das Eigentum erfasst hat, unabhängig davon, ob die Absicht auf eine vorübergehende oder eine anderweitige Nutzung des Verkehrsmittels gerichtet ist.“

Die Große Kammer hat damit auf einem falschen Weg versucht, die Gesetzeslücke zu füllen, die infolge der Streichung der obengenannten Norm aus dem Strafgesetzbuch entstanden ist. Es ist zweifellos, dass die Streichung von Art. 184 gStGB die Entkriminalisierung dieser Handlung bedeutete, denn diese Norm ist weder in historischer Sicht noch aufgrund der Ziele des Gesetz-

gebers jemals ein besonderer Fall der gegen das Eigentum gerichteten Zueignungsdelikte gewesen. Die Zueignungsdelikte sind durch die bestimmte Zielsetzung des Täters determiniert und stellen somit Absichtsdelikte dar. In Art. 184 gStGB wurde hingegen auf eine solche Absicht gerade verzichtet.¹⁸

V. Die Rechtsprechung der ordentlichen Gerichte nach der Entscheidung der Großen Kammer

Nach der Entscheidung der Großen Kammer des Obersten Gerichtshofs von Georgien vom 28. Juni 2007 hat sich die Rechtsprechung der ordentlichen Gerichte, insbesondere in letzter Zeit, geändert. In dieser Hinsicht ist die Entscheidung des Stadtgerichts Tbilisi vom 25. Januar 2019 interessant.¹⁹ Dabei erfolgte die Erhebung der Anklage gegen I. Kh. wegen geheimen Diebstahls (Art. 177 gStGB). Konkret wurde dem Angeklagten vorgeworfen, in der Nacht des 26. August 2017 in Dighomi, einem Vorort von Tbilisi, in rechtswidriger Zueignungsabsicht das dem M. G. gehörende Auto in Besitz genommen zu haben, wodurch dem M. G. ein materieller Schaden in Höhe von 12.000 Lari entstanden sei.

In der Hauptverhandlung wurde dann festgestellt, dass der Angeklagte in der Nähe des im Vorort Dighomi liegenden Autohauses von Toyota ein weißes Auto der Marke Isuzu bemerkt hatte, dass dort zum Verkauf angeboten wurde. Den Schlüssel fand er im Innenraum des unverschlossenen Autos. Ohne die Zustimmung des Eigentümers startete er den Motor, ließ einen Freund im Auto Platz nehmen und begab sich dann in den Straßenverkehr, um das Auto auszuprobieren. Auf dem Weg blieb das Auto dann stehen und ließ sich nicht wieder starten, weshalb der Angeklagte es auch nicht mehr an den ursprünglichen Standort zurückbringen konnte. Daher informierte er die Polizei von dem Vorfall und hoffte darauf, entsprechende Hilfe zu bekommen.

¹⁴ Siehe das Urteil des Obersten Gerichtshofs von Georgien vom 28. Juni 2007 (Entscheidung N1042ap).

¹⁵ Siehe das Urteil des Obersten Gerichtshofs von Georgien vom 28. Juni 2007 (Entscheidung N1042ap).

¹⁶ Vgl. *Turava, Merab*, Strafrecht, Die Lehre von der Straftat, 2011, S. 131.

¹⁷ Vgl. *Todua, Nona*, Fragen der Kriminalisierung und Entkriminalisierung in der georgischen Strafgesetzgebung, in: *Todua, Nona* (Hrsg.), Tendenzen der Liberalisierung des Strafrechts in Georgien, 2016, S. 113.

¹⁸ Vgl. *Todua, Nona*, Fragen der Kriminalisierung und Entkriminalisierung in der georgischen Strafgesetzgebung, in: *Todua, Nona* (Hrsg.), Tendenzen der Liberalisierung des Strafrechts in Georgien, 2016, S. 118.

¹⁹ Siehe das Urteil Stadtgerichts Tbilisi vom 25. Januar 2019 (Entscheidung N1/63-18).

Im Ergebnis stellte das Gericht fest, dass der Angeklagte den Tatbestand des geheimen Diebstahls nicht verwirklicht hatte. Zwar nahm das Gericht an, dass die von der Staatsanwaltschaft dargelegten Beweise ausreichten, um die Inbesitznahme des Autos zu belegen. Jedoch war das Gericht nicht vom Vorliegen der erforderlichen Zueignungsabsicht überzeugt, weswegen es den Angeklagten freisprach.

Die gegen das Urteil eingelegte Revision blieb erfolglos.²⁰ Zudem führte das Appellationsgericht aus: „Der Tatbestand des geheimen Diebstahls ist dann gegeben, wenn die fremde bewegliche Sache unbemerkt in Besitz genommen wird und der Täter dabei eine rechtswidrige Zueignungsabsicht hat, um die Sache besitzen, nutzen und veräußern zu können. Bei der rechtswidrigen Inbesitznahme einer fremden Sache hat der Täter das Ziel, mit dieser nach eigenem Belieben verfahren zu können“.²¹

Nach der Erläuterung der Großen Kammer ist „das Vorliegen der rechtswidrigen Zueignungsabsicht beim geheimen Diebstahl bestätigt, wenn jemand rechtswidrig beabsichtigt, die materiellen Güter anderer für eigene Ziele und nach eigener Auffassung zu nutzen und zu veräußern, unabhängig davon, ob er den Wunsch hatte, sich diese Sache endgültig anzueignen. Doch in jedem Fall ist das Motiv der Habsucht eine der notwendigen Komponenten auf der subjektiven Seite, welches dann vorliegt, wenn der Täter durch die Handlung einen materiellen Gewinn (Geld, Eigentum) anstrebt oder/und fremdes Eigentum zu seinem eigenen Vorteil nutzen will. Im vorliegenden Fall ist infolge der Analyse der vorgelegten Beweise festzustellen, dass der Angeklagte I. Kh. nicht beabsichtigte, durch die Inbesitznahme des Autos einen materiellen Gewinn zu erlangen oder es zu seinem eigenen Nutzen zu veräußern. Folglich ist in diesem Fall die Zueignungsabsicht zu verneinen, weswegen der Tatbestand des geheimen Diebstahls hier nicht verwirklicht ist.“²² Daher hat das Appellationsgericht die Auffassung der Vorinstanz bezüglich des Elements der Zueignungsabsicht vollständig geteilt und die

Entscheidung des Freispruchs des Angeklagten nicht abgeändert.

Auch vom Obersten Gerichtshof ist diese Entscheidung nicht modifiziert worden.²³ Das Kassationsgericht hat in seiner Entscheidung betont, dass es notwendig sei, bei der rechtlichen Bewertung des Falles die Absicht der rechtswidrigen Zueignung zu prüfen, die ein notwendiges Element des subjektiven Tatbestands des geheimen Diebstahls darstelle. In diesem Fall konnte, nach Auffassung des Gerichts, mithilfe der von der Anklagevertretung vorgestellten und in der Hauptverhandlung untersuchten Beweise nicht eindeutig festgestellt werden, dass der Angeklagte in der Absicht rechtswidriger Zueignung gehandelt hatte.²⁴

VI. Fazit

Zusammenfassend lässt sich deutlich und eindeutig sagen, dass die Streichung von Art. 184 gStGB²⁵ ungerechtfertigt und unbegründet war. Die neuere Rechtsprechung teilt offenbar die von der Großen Kammer entwickelte Position nicht und sieht es als notwendig an, die Zueignungsabsicht bei einem unbefugten Gebrauch eines Fahrzeugs festzustellen.

Es ist nicht zu bestreiten, dass die rechtswidrige Inbesitznahme eines Automobils oder eines anderen mechanischen Verkehrsmittels, wenn auch nur in der Absicht bloß vorübergehender Nutzung, zu strafrechtlicher

²⁰ Siehe zu derselben Rechtssache das Urteil des Appellationsgerichts von Tbilisi vom 10. Juni 2019 (Entscheidung N1b/341-19).

²¹ Siehe das Urteil des Appellationsgerichts von Tbilisi vom 10. Juni 2019 (Entscheidung N1b/341-19).

²² Siehe das Urteil des Appellationsgerichts von Tbilisi vom 10. Juni 2019 (Entscheidung N1b/341-19).

²³ Siehe zu derselben Rechtssache das Urteil des Obersten Gerichtshofs von Georgien vom 23. Januar 2020 (Entscheidung N616ap-19)

²⁴ Es ist darauf hinzuweisen, dass bereits vor der geschilderten Entscheidung, namentlich am 25. Oktober 2013, der Oberste Gerichtshof in einer anderen Rechtsache ebenfalls die Notwendigkeit des Vorliegens der Zueignungsabsicht festgestellt hat. In jenem Fall ging es um die Inbesitznahme eines Automobils in der Absicht vorübergehender Nutzung. Weil das Gericht keine Zueignungsabsicht des Angeklagten feststellen konnte, hat es die Anklage nicht zugelassen und darüber hinaus die Einreichung der Anklageschrift als Willkür (Art. 360 gStGB) des zuständigen Staatsanwalts qualifiziert, siehe zu den Einzelheiten das Urteil des Obersten Gerichtshofs von Georgien vom 25. Oktober 2013 (Entscheidung N123ap-13); vgl. auch das Urteil des Obersten Gerichtshofs von Georgien vom 18. Juli 2018 (Entscheidung N99ap-18).

²⁵ Es ist bemerkenswert, dass mit § 248b ein Art. 184 gStGB analoger Tatbestand im deutschen Strafgesetzbuch normiert ist.

Verantwortung führen soll. In dieser Hinsicht wäre es ein guter Lösungsweg, den gestrichenen Art. 184 wieder in das Strafgesetzbuch einzuführen oder eine neue Norm zu verfassen, die unabhängig von der Zielsetzung alle Fälle der Inbesitznahme von Automobilen und anderer mechanischer Verkehrsmittel umfasst und entsprechende Handlungen pönalisiert.²⁶

²⁶ Diese Position wird auch von einigen georgischen Wissenschaftlern geteilt; siehe dazu *Turava, Merab*, Strafrecht. Die Lehre von der Straftat, 2011, S. 132; *Gamkrelidze, Otar*, Die Erläuterung des georgischen Strafgesetzbuchs, 2008, S. 146 ff.; *Todua, Nona*, Der Besondere Teil des Strafrechts, Buch 1, 7. Auflage, 2019. S. 465 f.

Rücktritt vom fehlgeschlagenen Mordversuch

Von Prof. Dr. *Wolfgang Mitsch*, Universität Potsdam

I. Einleitung

Als Autor eines großen Lehrbuchs zum Allgemeinen Teil des Strafrechts hat *Bernd Heinrich* selbstverständlich auch den fehlgeschlagenen Versuch stets „auf seinem Schirm“.¹ Daher wird ihn vielleicht ein Text zu einem Thema interessieren, das den fehlgeschlagenen Versuch mit einer speziellen Tat-Konstellation in Verbindung bringt, nämlich dem Versuch der Verwirklichung eines Qualifikationstatbestandes. Eine Qualifikation des Totschlags (§ 212 StGB) ist nach einhelliger strafrechtswissenschaftlicher Auffassung der Mord (§ 211 StGB).² Daher wird hier das Augenmerk auf diesen Tatbestand gelegt. Aus den gewonnenen Erkenntnissen werden dann gewiss Schlussfolgerungen für fehlgeschlagene Versuche in Bezug auf andere Qualifikationstatbestände – z. B. den Wohnungseinbruchsdiebstahl (§§ 242, 244 Abs. 1 Nr. 3, 22 StGB) – möglich sein.

II. Allgemeines zum fehlgeschlagenen Versuch

1. Begriff

Das Strafgesetzbuch kennt den Begriff „fehlgeschlagener Versuch“ nicht.³ In Rechtsprechung und Literatur ist die Rechtsfigur gleichwohl seit langem etabliert. Ihr strafrechtssystematischer Standort ist der Rücktritt vom Versuch (§ 24 StGB). Ein Versuch ist nach einhelliger Ansicht fehlgeschlagen, wenn der Täter sich – gegebenenfalls irrtümlich⁴ – vorstellt, dass er die angestrebte

Vollendung der Tat nicht mehr erreichen könne.⁵ Häufig – so auch bei *Bernd Heinrich*⁶ – wird in dieser Definition das Wort „Vollendung“ durch das Wort „Erfolg“ ersetzt.⁷ Das ist verständlich, ist doch praktisch der wichtigste Grund für die Nichtvollendung einer Tat das Ausbleiben des zum Tatbestand gehörenden Erfolgs.⁸ Aber die den Versuch von der Vollendung unterscheidende Fragmentarität des objektiven Tatbestandes kann auch andere Tatbestandsmerkmale⁹ betreffen, z. B. das Fehlen einer vom Gesetz vorausgesetzten besonderen Tätereigenschaft, etwa die Garantenstellung beim unechten Unterlassungsdelikt (§ 13 StGB).¹⁰ Auf diese kleine Klarstellung wird im Folgenden noch zurückzukommen sein. Manche Autoren legen dem Begriff eine wesentlich weitere Definition zugrunde: „Ein fehlgeschlagener Versuch liegt vor, wenn der Täter erkennt oder doch wenigstens annimmt, dass sein *Ziel* im Rahmen der konkreten Tat“¹¹ bzw. das „konkrete Handlungsziel“¹² unerreichbar geworden ist, der Täter sich vorstellt das „strafrechtlich relevante Ziel seines Handelns verfehlt“¹³

¹ *Heinrich, Bernd*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 6. Aufl. 2019, Rn. 770 ff.

² *Eisele, Jörg/Heinrich, Bernd*, Strafrecht Besonderer Teil, 2020, Rn. 6.

³ *Kühl, Kristian*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 2017, § 16 Rn. 9.

⁴ *Murmann, Uwe*, in: Leipziger Kommentar zum StGB, Bd. 2, 13. Aufl. 2021, § 24 Rn. 79.

⁵ *Hilgendorf, Eric/Valerius, Brian*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 2015, § 10 Rn. 72; *Murmann, Uwe*, in: Leipziger Kommentar zum StGB, Bd. 2, 13. Aufl. 2021, § 24 Rn. 77; *Zieschang, Frank*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 6. Aufl. 2020, Rn. 536.

⁶ *Heinrich, Bernd*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 6. Aufl. 2019, Rn. 770.

⁷ *Jäger, Christian*, Examens-Repetitorium Strafrecht Allgemeiner Teil, 10. Aufl. 2021, Rn. 437; *Wessels, Johannes/Beulke, Werner/Satzger, Helmut*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 51. Aufl. 2021, Rn. 1010.

⁸ *Mitsch, Wolfgang*, Strafrecht in der Examensklausur, 2022, § 6 Rn. 2.

⁹ Sie kann sogar die Rechtswidrigkeit betreffen, vgl. *Mitsch, Wolfgang*, Strafrecht in der Examensklausur, § 6 Rn. 10.

¹⁰ *Mitsch, Wolfgang*, in Kindhäuser-Festschrift, 2019, S. 293, 301.

¹¹ *Roxin, Claus*, Strafrecht Allgemeiner Teil II, 2003, § 30 Rn. 77 (Hervorh. hier).

¹² *Freund, Georg/Rostalski, Frauke*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 3. Aufl. 2019, § 9 Rn. 25; *Bosch, Nikolaus*, in Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. 2019, § 24 Rn. 9.

¹³ *Murmann, Uwe*, in: Leipziger Kommentar zum StGB, Bd. 2, 13. Aufl. 2021, § 24 Rn. 71.

zu haben. Ein „Ziel“ kann jedenfalls dem natürlichen Sprachempfinden nach auch etwas sein, was außerhalb des tatbestandserfüllenden Bereichs liegt¹⁴, z. B. beim Betrug die Erlangung des erstrebten Vermögensvorteils¹⁵ oder bei jeder beliebigen Tat die Erteilung eines „Denkzettels“.¹⁶ Auch darauf wird noch zurückzukommen sein.

2. Relevanz für § 24 StGB

Welche strafrechtliche Bedeutung dem faktischen Phänomen „Fehlschlag“ zukommt, ist umstritten. Die Kontroverse betrifft die – von der h. M. angenommene – eigenständige dogmatische Relevanz als Rücktrittsausschlussgrund. Überwiegend wird vertreten, der fehlgeschlagene Versuch schließe einen strafbefreienden Rücktritt „von vornherein“ aus.¹⁷ Anders ausgedrückt: der Anwendungsbereich des § 24 StGB ist für fehlgeschlagene Versuche versperrt. Das negative Ergebnis zum Rücktritt („der Versuch ist rücktrittsuntauglich“¹⁸) beruht nicht darauf, dass ein Merkmal des § 24 StGB nicht erfüllt ist, sondern darauf, dass der Geltungsbereich des § 24 StGB fehlgeschlagene Versuche nicht erfasst. Prüfungsmethodisch bedeutet dies, dass in die Subsumtion unter die gesetzlichen Merkmale des § 24 StGB überhaupt nicht „eingestiegen“ wird, weil schon vorher feststeht, dass diese Norm überhaupt nicht anwendbar ist. Die Feststellung des – nicht – fehlgeschlagenen Versuch ist der Prüfung des § 24 StGB also vorgeschaltet.

¹⁴ Auf das „tatbestandliche Ziel“ abstellend hingegen *Murmann, Uwe*, in: Leipziger Kommentar zum StGB, Bd. 2, 13. Aufl. 2021, § 24 Rn. 79.

¹⁵ *Eisele, Jörg/Heinrich, Bernd*, Strafrecht Besonderer Teil, 2020, Rn. 1400.

¹⁶ BGHSt 39, 221 ff., wo es freilich darum ging, ob der Tötungsversuch deswegen fehlgeschlagen war, weil der Täter sein Ziel „Denkzettelverpassung“ ohne Tötung erreicht hatte.

¹⁷ *Heinrich, Bernd*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 6. Aufl. 2019, Rn. 775; *Hilgendorf, Eric/Valerius, Brian*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 2015, § 10 Rn. 71; *Kühl, Kristian*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 2017, § 16 Rn. 10; *Murmann, Uwe*, in: Leipziger Kommentar zum StGB, Bd. 2, 13. Aufl. 2021, § 24 Rn. 71.

¹⁸ *Freund, Georg/Rostalski, Frauke*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 3. Aufl. 2019, § 9 Rn. 22; *Roxin, Claus*, Strafrecht Allgemeiner Teil II, 2003, § 30 Rn. 33 ff., insb. 77 ff.: Rücktrittsunfähigkeit.

Mit Merkmalen wie „Aufgaben der weiteren Tatausführung“ oder „freiwillig“ befasst sich der Rechtsanwender also nur, wenn er zuvor festgestellt hat, dass der Versuch nicht fehlgeschlagen ist.¹⁹ Die Gegenmeinung – zu der sich auch der Verfasser bekennt²⁰ – weist darauf hin, dass auch beim fehlgeschlagenen Versuch ein Versuch vorliegt, mit dem Verhaltensweisen des Täters verknüpft sein können, die eventuell ein Rücktritt sind.²¹ Beispielsweise könnte das Nichtweiterhandeln eine Aufgabe der weiteren Tatausführung und somit ein Rücktritt vom unbeeendeten Versuch²² sein. Ob es diese Qualität hat und zur Aufhebung der Strafbarkeit führt, hängt von der Erfüllung der Merkmale des § 24 Abs. 1 S. 1 Var. 1 StGB ab. Das muss also geprüft werden.²³ In Ermangelung einer vorrangigen Vorschrift (z. B. Ergänzung des § 24 Abs. 1 StGB: „Sofern der Versuch nicht fehlgeschlagen ist, wird wegen Versuchs nicht bestraft, wer ...“), die den fehlgeschlagenen Versuch von vornherein vom Anwendungsbereich des § 24 StGB ausschließt, ist diese Vorgehensweise alternativlos.

III. Fehlgeschlagener Mordversuch

1. Begriff

Ein fehlgeschlagener Versuch eines Mordes ist gemäß dem oben Gesagten eine versuchte Tat, von der der Täter im Stadium des „Rücktrittshorizonts“²⁴ annimmt, dass sie nicht mehr geeignet ist, den Tatbestand des Mordes vollständig zu erfüllen. Nach der h.M. kann der Täter von diesem Mordversuch nicht mehr strafbefreiend zurücktreten, weil § 24 StGB auf fehlgeschlagene Versuche nicht anwendbar ist. Die Gegenmeinung kommt möglicherweise zu demselben Ergebnis, jedoch

¹⁹ Vgl. den Formulierungsvorschlag bei *Eisele, Jörg/Heinrich, Bernd*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Auflage, 2020, Rn. 509.

²⁰ *Baumann, Jürgen/Weber, Ulrich/Mitsch, Wolfgang/Eisele, Jörg*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 13. Aufl. 2021, § 23 Rn. 18.

²¹ *Maurach, Reinhart/Gössel, Karl Heinz/Zipf, Heinz*, Strafrecht Allgemeiner Teil 2, 8. Aufl. 2014, § 41 Rn. 58 ff.

²² Dazu *Heinrich, Bernd*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 6. Aufl. 2019, Rn. 780.

²³ *Frister, Helmut*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 9. Aufl. 2020, 24/20.

²⁴ *Heinrich, Bernd*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 6. Aufl. 2019, Rn. 824.

mit anderer Begründung (z. B. kein freiwilliger Rücktritt).²⁵ Allerdings ist fraglich, ob dieses Ergebnis in jedem Fall richtig ist. Es gibt nämlich verschiedene Erscheinungsformen des fehlgeschlagenen Mordversuchs, die einer differenzierten Betrachtung bedürfen (dazu unten 2.). Vielleicht fallen auch die Urteile unterschiedlich aus (dazu unten 3.).

2. Erscheinungsformen

a) Fehlschlag auf grundtatbestandlicher Ebene

Ein Mordversuch ist auf der grundtatbestandlichen Ebene fehlgeschlagen, wenn der Täter die Vollendung der Tat als Totschlag (§ 212 StGB) nicht mehr für möglich hält. Das ist der Fall, wenn die Herbeiführung des Todeserfolges unmöglich ist und der Täter dies weiß oder wenn der Täter sich die objektiv nicht gegebene Unmöglichkeit vorstellt. Ein Beispiel ist der das Opfer verfehlende Pistolenschuss, mit dem der Täter seine letzte Patrone verschossen hat. Ein fehlgeschlagener Totschlagsversuch ist zugleich ein fehlgeschlagener Mordversuch. Will der Täter einen bestimmten Menschen heimtückisch töten und ist dieser, wie der Täter nach Beginn des Versuchs feststellt, bereits vorverstorben, ist nicht nur der Versuch des Tötens (§§ 212, 22 StGB), sondern auch der Versuch des heimtückischen Tötens (§§ 211, 22 StGB) fehlgeschlagen.

Anerkannt ist, dass ein fehlgeschlagener Versuch nicht vorliegt, wenn der Täter nach einem ersten nicht erfolgreichen Angriff noch „weitere Pfeile im Köcher“ hat, also durch eine Wiederholung den erstrebten Vollendungserfolg doch noch erzielen könnte.²⁶ Anerkennt man die Richtigkeit dieser „Gesamtbetrachtungslehre“²⁷, liegt kein fehlgeschlagener Tötungsversuch vor, wenn das Opfer dem ersten Messerangriff des Täters erfolgreich ausweichen konnte, der Täter aber ohne Weiteres

ein zweites Mal zustechen könnte.²⁸ Darüber hinaus könnte ein fehlgeschlagener Tötungsversuch eventuell sogar zu verneinen sein, wenn der Täter nach dem Verfehlen eines Opfers die Chance zur Tötung eines anderen Opfers hat: T schießt auf A, verfehlt ihn und A rennt weg. B ist noch da, T könnte auf ihn schießen, sieht davon aber ab. Der Versuch, A zu töten, ist fehlgeschlagen. Dennoch ist die Vollendung eines Totschlags noch möglich, nämlich durch einen Schuss auf B. Kam es dem T von vornherein darauf an, den A und niemand anderen zu töten, wird die Möglichkeit einer erfolgreichen Tötungstat zum Nachteil des B an dem Ergebnis des fehlgeschlagenen Versuchs nichts ändern können. Wollte T nur irgendeinen Menschen töten, egal welchen, wird das Urteil vielleicht anders lauten. In der Literatur gilt jedenfalls der erkannte „error in persona“ als Fall eines endgültig fehlgeschlagenen Versuchs. Der Fall weicht von der soeben skizzierten Konstellation insofern ab, als es nur um ein Opfer geht, das der Täter nach dem ersten Fehlversuch immer noch töten könnte: T schießt auf X, den er für Y hält, weil er Y, seinen ärgsten Feind, töten will. Der Schuss verfehlt den X, dessen wahre Identität T nun erkennt. Daher gibt T keinen weiteren Schuss auf diesen Menschen ab. Die h. M. spricht hier von einer „sinnlos“ gewordenen Tat und leitet daraus das Vorliegen eines Fehlschlags ab.²⁹

b) Fehlschlag auf der Qualifikationsebene

aa) Nichterfüllbarkeit eines Mordmerkmals

Strafbarkeit wegen einer vollendeten qualifizierten Tat setzt Erfüllung aller qualifizierenden Tatbestandsmerkmale voraus, im Fall des Mordes also Erfüllung des Totschlagstatbestandes sowie mindestens eines Mordmerkmals.³⁰ Die Nichtvollendung einer solchen Tat kann also darauf beruhen, dass wenigstens ein qualifizierendes Merkmal des objektiven Tatbestands nicht

²⁵ Heinrich, Bernd, Strafrecht Allgemeiner Teil, 6. Aufl. 2019, Rn. 775.

²⁶ Heinrich, Bernd, Strafrecht Allgemeiner Teil, 6. Aufl. 2019, Rn. 818 ff.

²⁷ Heinrich, Bernd, Strafrecht Allgemeiner Teil, 6. Aufl. 2019, Rn. 821; Hilgendorf, Eric/Valerius, Brian, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 2015, § 10 Rn. 80; Murmann, Uwe, in: Leipziger Kommentar zum StGB, Bd. 2, 13. Aufl. 2021, § 24 Rn. 90.

²⁸ Heinrich, Bernd, Strafrecht Allgemeiner Teil, 6. Aufl. 2019, Rn. 778.

²⁹ Kühl, Kristian, Strafrecht Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 2017, § 16 Rn. 15; Murmann, Uwe, in: Leipziger Kommentar zum StGB, Bd. 2, 13. Aufl. 2021, § 24 Rn. 125; krit. Heinrich, Bernd, Strafrecht Allgemeiner Teil, 6. Aufl. 2019, Rn. 777; für eine Berücksichtigung beim Rücktrittsmerkmal „freiwillig“ Mitsch, Wolfgang, Strafrecht in der Examensklausur, § 6 Rn. 53.

³⁰ Eisele, Jörg/Heinrich, Bernd, Strafrecht Besonderer Teil, 2020, Rn. 26.

erfüllt worden ist. Dieser Situation kann durchaus eine vollendete grundtatbestandliche Tat – also ein vollendeter Totschlag – zugrunde liegen.³¹ Dies lässt sich beim versuchten Mord zwar schwer mit lebensnahen Beispielen veranschaulichen. Mit etwas Phantasie fallen einem aber „Lehrbuch-Fälle“ ein: T will den O grausam töten, indem er ihn in einem Kellerraum einsperrt und dort langsam verhungern und verdursten lässt. Tatsächlich verstirbt O in seinem Gefängnis nach zehn Tagen. Da er aber von Anfang an – von T unbemerkt – bewußtlos war und weder Hunger noch Durst verspürte, war der Prozess seines Versterbens objektiv nicht grausam.³² Wird in diesem Fall das noch lebende Opfer von einem Dritten befreit, liegt eine Kumulation von grundtatbestandlicher und qualifikationstatbestandlicher Nichtvollendung vor. Für den Täter ist der Versuch bereits auf der Grundtatbestandsebene fehlgeschlagen. Interessant ist der Fall der Befreiung des Opfers durch den Täter selbst: Rettet der Täter sein noch lebendes Opfer, nachdem er dessen Bewußtlosigkeit erkannt und sich vorgestellt hat, dass es vor Eintritt des Durst- oder Hungertodes nicht mehr aufwachen werde, befand sich seine Tat im Stadium eines Versuchs, der auf der grundtatbestandlichen Ebene nicht fehlgeschlagen, auf der Qualifikationsebene aber fehlgeschlagen war. Die Vollendung des Totschlags war objektiv und aus der Sicht des Täters möglich, die Vollendung des Mordes war es nicht, weil das Mordmerkmal „grausam“ gegenüber dem bewußtlosen Opfer nicht erfüllt werden konnte. Auf diese spezielle Konstellation wird unten bei der Erörterung des Rücktritts näher eingegangen sein (unten 3. b).

Theoretisch lässt sich ein Mordversuch, der lediglich auf der Qualifikationsebene fehlgeschlagen ist, bei jedem Mordmerkmal der „2. Gruppe“ des § 211 Abs. 2 StGB konstruieren. Erkennt der Täter im Stadium der versuchten Tötung, dass sein Opfer wider Erwarten bei Versuchsbeginn nicht „arglos“ war³³, hält er die Begehung eines vollendeten Heimtückemordes nicht mehr für möglich. Der Totschlagsversuch ist hingegen nicht fehlgeschlagen. Ein Täter, der zu einem Sprengstoffan-

schlag auf einen Bus ansetzt und sodann feststellt, dass sich in dem Fahrzeug wider Erwarten keine Passagiere, sondern nur der Fahrer befindet, hält seinen Versuch einer Tötung mit gemeingefährlichen Mitteln für gescheitert³⁴, könnte die Tat aber immer noch als Totschlag vollenden.

Fraglich ist, ob der Fehlschlag des Mordversuchs Mordmerkmale der 1. und 3. Gruppe betreffen kann. Denkbar ist z. B. der Wegfall der Habgier während der Tatausführung, weil der Täter erkennt, dass die erstrebte Bereicherung nicht mehr durch Tötung erzielbar ist. Verprügelt der Neffe mit Tötungsabsicht einen Mann, den er für seinen Erbonkel hält, um den Erbfall herbeizuführen und sodann als Alleinerbe das umfangreiche Vermögen zu erwerben³⁵, könnte ein habgierbezogener Fehlschlag vorliegen, wenn der Täter bemerkt, dass der von ihm misshandelte Mann gar nicht sein Onkel ist. Zwar gehört die tatsächliche Erlangung des begehrten Gutes nicht zu den objektiven Tatbestandsmerkmalen, von deren Erfüllung die Vollendung des Mordes abhängt.³⁶ Gleichwohl bedeutet „Tötung aus Habgier“ mehr als nur das Vorhandensein einer den Tötungsakt begleitenden Intention oder Motivation. Habgier impliziert die Vorstellung des Täters, dass durch die Tötung der begehrte Vermögensvorteil zu erreichen ist. Ist diese Mittel-Zweck-Verknüpfung aus der Sicht des Täters hinfällig geworden, erscheint ihm eine Tötung „aus Habgier“ nicht mehr möglich. Auch wenn das streng genommen kein Fehlschlag wegen Vollendungsunmöglichkeit ist, würde die h. M. den Fall wohl als fehlgeschlagenen Versuch wegen „Sinnlosigkeit“ qualifizieren.³⁷

Ein Beispiel mit einem Mordmerkmal der 3. Gruppe ist der Fall eines Täters, der durch Tötung eines vermeintlichen Tatzeugen eine vorangegangene Straftat verdecken will und noch vor Beendigung seines Tötungsversuchs erfährt, dass die zu verdeckende Tat gar keine Straftat oder das Opfer gar kein Zeuge der Straftat ist. Auch hier wird man zumindest von Sinnlosigkeit der Tatfortsetzung, also der Vollendung der Tötung, ausge-

³¹ *Schneider, Helmut*, in Münchener Kommentar zum StGB, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 211 Rn. 278.

³² *Schneider, Helmut*, in Münchener Kommentar zum StGB, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 211 Rn. 137.

³³ *Eisele, Jörg/Heinrich, Bernd*, Strafrecht Besonderer Teil, 2020, Rn. 43.

³⁴ *Eisele, Jörg/Heinrich, Bernd*, Strafrecht Besonderer Teil, 2020, Rn. 59.

³⁵ *Eisele, Jörg/Heinrich, Bernd*, Strafrecht Besonderer Teil, 2020, Rn. 35.

³⁶ Vgl. das Aufbauschema bei *Eisele, Jörg/Heinrich, Bernd*, Strafrecht Besonderer Teil, 2020, Rn. 26.

³⁷ *Murmann, Uwe*, in Leipziger Kommentar zum StGB, Bd. 2, 13. Aufl. 2021, § 24 Rn. 122.

hen und deshalb einen fehlgeschlagenen Versuch annehmen können.

bb) Taten mit mehreren Mordmerkmalen

Rücktrittsprobleme entstehen durch eine Konstellation der oben dargestellten Art dann nicht, wenn der Täter von Anfang an noch ein weiteres Mordmerkmal erfüllen wollte und dies nach seiner Vorstellung immer noch möglich ist. Handelt der Täter nicht nur mit Heimtückeversatz, sondern auch noch aus Habgier oder sonstigen niedrigen Beweggründen, ist sein Mordversuch nicht zwangsläufig fehlgeschlagen, wenn er im Versuchsstadium erkennt oder irrtümlich annimmt, eine heimtückische Tötung sei nicht mehr möglich. Soweit die Tragfähigkeit von Habgier oder einem sonstigen niedrigen Beweggrund für den Täter immer noch vorhanden ist, kann der Mord durch Erfüllung dieser Mordmerkmale vollendet werden.

cc) Austausch des Mordmerkmals

Nach der herrschenden Gesamtbetrachtungslehre ist ein Tötungsversuch trotz Erfolglosigkeit eines ersten Angriffs nicht fehlgeschlagen, wenn der Täter die – zutreffende oder irrige – Vorstellung von erfolgsversprechenden – also vollendungstauglichen – Wiederholungsmöglichkeiten hat („vorläufig fehlgeschlagener Versuch“³⁸). Dabei soll sogar die Möglichkeit der Auswechslung des Tatmittels oder der Tötungsmethode berücksichtigungsfähig sein.³⁹ Kann der Täter nach dem Verschießen der letzten Patrone sein noch unverletztes Opfer durch Erwürgen oder Überfahren mit einem Kraftfahrzeug töten, befindet er sich immer noch im Stadium eines rücktrittsfähigen nicht fehlgeschlagenen Versuchs.⁴⁰ Davon ausgehend ist zu überlegen, ob das Scheitern einer Mordmerkmalsverwirklichung dadurch neutralisiert werden kann, dass der Täter mit der Vollendung der Tötung ein anderes Mordmerkmal verwirklicht. Der Täter, der erkannt hat, dass sein Opfer mangels Arglosigkeit nicht mehr heimtückisch getötet werden kann, könnte zu einer grausamen Tötungsart wechseln.

³⁸ *Murmann, Uwe*, JuS (Juristische Schulung) 2021, 3895 (387).

³⁹ *Heinrich, Bernd*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 6. Aufl. 2019, Rn. 825.

⁴⁰ Weitere Beispiel bei *Murmann, Uwe*, in: Leipziger Kommentar zum StGB, Bd. 2, 13. Aufl. 2021, § 24 Rn. 112.

Vermeidet er damit einen fehlgeschlagenen Versuch und erhält er sich damit die Chance auf Strafbefreiung durch Rücktritt, wäre ihm zu empfehlen, im Strafverfahren zumindest zu behaupten, ihm habe die Alternative einer grausamen Tötung vor Augen gestanden, bevor er von der Fortsetzung seiner Tötungstat endgültig Abstand nahm. Einfacher wäre natürlich die Verteidigung mit der – wahren oder unwahren – Einlassung, man habe von Anfang an heimtückisch und grausam töten gewollt. Dann käme ein fehlgeschlagener Mordversuch von vornherein nicht in Betracht (s.o. bb).

c) Exkurs: Fehlschlag auf Strafzumessungsebene

Der Unterschied zwischen einem Mord und einem Totschlag in einem besonders schweren Fall (§ 212 Abs. 2 StGB) kann sehr gering sein. Hält man mit der Rechtsprechung an der Abgrenzung von Tötung mit gemeingefährlichen Mitteln (§ 211 Abs. 2 StGB) und „schlichter Mehrfachötung“ (§ 212 StGB) fest, ist letztere ein sicherer Kandidat für § 212 Abs. 2 StGB.⁴¹ Man stelle sich vor, der Täter beabsichtigt mit einem Sprengstoffanschlag die Tötung von hundert Personen oder er beabsichtigt nur die Tötung eines Menschen, nimmt aber den Tod weitere 99 Personen als „Kollateralschaden“ billigend in Kauf: letzteres ist ein Mord, die erste Variante sei hingegen nur ein Totschlag. Diese Ansicht ist gewiss angreifbar.⁴² Jedenfalls müßte diese Tat zumindest gemäß § 212 Abs. 2 StGB wie ein Mord mit lebenslanger Freiheitsstrafe geahndet werden.

Von der Anerkennung der das Mordmerkmal „gemeingefährliches Mittel“ nicht erfüllenden „schlichten Mehrfachötung“ ausgehend lässt sich nun ein „Fehlschlag auf der Sanktionsebene“ folgendermaßen konstruieren: Der Täter hat Tötungsvorsatz in Bezug auf die – wie er meint – ungefähr 70 Insassen eines Linienbusses. Nachdem er unmittelbar dazu angesetzt hat, den Bus in die Luft zu sprengen, stellt er fest, dass außer dem Fahrer keine weitere Person in dem Bus ist. Der Täter könnte immer noch einen vollendeten Totschlag begehen. Er könnte die Tat aber nicht mehr so begehen, dass sie als „besonders schwerer Fall“ eines Totschlags gemäß § 212 Abs. 2 StGB mit lebenslanger Freiheits-

⁴¹ *Schneider, Helmut*, in Münchener Kommentar zum StGB, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 212 Rn. 113.

⁴² *Mitsch, Wolfgang*, JA (Juristische Arbeitsblätter) 2021, 726 ff.

strafe zu sanktionieren wäre. Die § 212 Abs. 2 StGB begründenden Tatsachen haben keine tatbestandliche Relevanz. Von ihnen hängt nicht ab, ob die Tat ein vollendeter Totschlag ist oder nicht. Daher kann die Unmöglichkeit der Begehung des vollendeten Totschlags unter diesen strafscharfenden Umständen kein fehlgeschlagener Versuch sein. Das gilt jedenfalls, sofern man den Begriff des fehlgeschlagenen Versuchs eng fasst und auf Fälle der Unmöglichkeit tatbestandsmäßiger Vervollendung beschränkt.

d) **Vollendung, Erfolg, Ziel, Sinn**

Die sprachlichen Ausdrücke zur Charakterisierung des fehlgeschlagenen Versuchs sind – wie oben gesehen – variabel. Gemeinsame Basis aller Definitionen ist, dass der Täter meint, etwas strafrechtlich Relevantes nicht mehr erreichen zu können. Was dieses Unerreichbare ist, wird unterschiedlich bezeichnet: die Vollendung der Tat, die Verursachung eines Erfolges, die Erreichung eines Ziels. Hinzukommt, dass dem „klassischen“ fehlgeschlagenen Versuch auch noch Fälle gleichgestellt werden, in denen zwar die Vollendung möglich, deren weiteres Anstreben aber aus der Sicht des Täters „sinnlos“ geworden ist. Im Kontext des wegen Unmöglichkeit der Erfüllung eines Mordmerkmals fehlgeschlagenen Mordversuchs sind diese scheinbar belanglosen terminologischen Abweichungen nicht zu unterschätzen. Wenn der Täter sein Opfer zwar noch töten, aber nicht mehr heimtückisch töten kann, ist das eine Situation, die mit der Aussage, dass der Täter den „Erfolg“ nicht mehr verursachen oder das „Ziel“ nicht mehr erreichen kann, gewiss unzutreffend beschrieben wäre. Eindeutig richtig ist hingegen die Feststellung, dass die Vollendung des Mordes unmöglich geworden ist. Die Frage nach dem „Sinn“ könnte vielleicht in umgekehrter Wirkrichtung interessant werden: nicht Fehlschlag, weil die mögliche Tatfortsetzung sinnlos geworden ist, sondern kein Fehlschlag, weil die Tatfortsetzung auf grundtatbestandlicher Ebene trotz Unmöglichkeit qualifizierter Vervollendung immer noch sinnvoll ist. Darauf wird unten zurückzukommen sein.

3. **Rücktritt**

Der Rücktritt vom Mordversuch ist nach h. M. nicht möglich, wenn der Versuch fehlgeschlagen ist. Oben

wurde dargelegt, dass der Grund für den Fehlschlag auf der Ebene des Grundtatbestandes – also des Totschlagsversuchs – oder auf der Ebene der Qualifikation – also der Mordmerkmale – liegen kann. Dementsprechend ist auch die Erörterung des Rücktritts vom Versuch zweispurig durchzuführen.

a) **Fehlgeschlagener grundtatbestandlicher Versuch**

Betrifft der Grund des Fehlschlags Tatsachen, von denen die Vollendung des Grundtatbestandes Totschlag (§ 212 StGB) abhängt, scheidet ein Rücktritt vom Mordversuch aus. Erkennt beispielsweise der Täter in der Versuchsphase, dass das erwählte Opfer bereits vor dem Angriff verstorben war, ist die Vollendung „ohne Zutun“ des Täters verhindert worden. Nach § 24 Abs. 1 S. 2 StGB könnte allenfalls noch ein „ernsthaftes Bemühen“ um Vervollendungsverhinderung die Versuchsstrafbarkeit aufheben. Das aber setzt voraus, dass der Täter die Herbeiführung der Vollendung noch für möglich hält. Ist am Tatort noch ein anderer Mensch anwesend, den der Täter töten könnte, drängt sich der Gedanke an die „Gesamtbeurteilungslehre“ und somit die Überlegung auf, dass der Verzicht auf diese Tötung als Rücktritt vom Versuch der Tötung des untauglichen – weil vorverstorbenen – Opfers anerkannt werden kann. Dies ist jedoch entschieden zu verneinen, weil der Versuch, den anderen Menschen zu töten, nicht dieselbe, sondern eine andere Tat wäre. Wie sich der Täter gegenüber diesem Menschen verhält, hat auf die strafrechtliche Bewertung seines Verhaltens gegenüber dem ersten Opfer keinen Einfluss. Hätte der Täter beide Menschen getötet, lägen zwei vollendete Tötungsdelikte vor, die zueinander in Tatmehrheit (§ 53 StGB) stünden. Wäre der Täter nach vollendeter Tötung des ersten Opfers vom Versuch der Tötung des zweiten Menschen strafbefreiend zurückgetreten, hätte dies in der Strafzumessung bezüglich des ersten vollendeten Tötungsdelikts keine mildernde Wirkung. Dabei ist gewiss auch von Bedeutung, dass die Taten ein höchstpersönliches Rechtsgut betreffen und der Verletzte bzw. – bei vollendeter Tötung – seine Angehörigen im Strafverfahren nebenklageberechtigt wären, § 395 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 Nr. 1 StPO. Ginge es um den Versuch einer Sachbeschädigung (§ 303 StGB), könnte darüber diskutiert werden, ob das Absehen von der Zerstörung einer zweiten Sache, nachdem die Zerstörung der ersten Sache gescheitert war, als Rücktritt vom Sachbeschädigungs-

versuch „insgesamt“ anerkannt werden kann: T verfehlt mit einem Steinwurf die Schaufensterscheibe eines Geschäftes. Diese wird kurz danach durch den von einem anderen (der kein Mittäter ist) geworfenen Stein zerstört. T könnte nun die Schaufensterscheibe des benachbarten Geschäftes mit einem Steinwurf zerstören. Davon sieht er ab. Ob damit die Strafbarkeit wegen versuchter Sachbeschädigung bezüglich der ersten Schaufensterscheibe aufgehoben wurde und ob das eventuell nur in dem Fall zu befürworten ist, dass beide Geschäfte demselben Eigentümer gehören, kann hier nicht abschließend geklärt werden. Bei einem identischen Eigentümer wird man die „Gesamtwirkung“ des Rücktritts vertreten können. Im Fall einer versuchten Tötung oder Körperverletzung sind solche Überlegungen schon faktisch nicht möglich. Wenn es um zwei verschiedene Menschen geht, sind immer zwei verschiedene Rechtsgutsinhaber betroffen.

b) Fehlgeschlagener Qualifikationsversuch

Dogmatisches Neuland betritt der vorliegende Text mit der Betrachtung von Fällen, in denen ein Täter vom Versuch des Totschlags zurücktritt, nachdem er – evtl. irrtümlich – sich vorgestellt hat, dass zwar die Verursachung des Todeserfolges, nicht aber die Erfüllung eines Mordmerkmals möglich ist. In der Literatur sind dazu keine umfassenden und systematischen Darlegungen gefunden worden. Eine gewisse Nähe zu unserer Thematik signalisieren punktuelle Bemerkungen an zwei Stellen im Leipziger Kommentar: (1) Dem Täter kommt es darauf an, sein Opfer heimlich durch Vergiftung zu töten, was nicht mehr möglich ist. Er könnte das Opfer mit einem Messer erstechen.⁴³ (2) Der Täter will das Opfer berauben. Nach unmittelbarem Ansetzen und noch vor der Gewaltanwendung wird das Opfer bewußtlos. Gewalt ist zur Ermöglichung der Wegnahme nicht mehr erforderlich.⁴⁴ In beiden Fällen nimmt *Uwe Murmann* einen fehlgeschlagenen (Mord-, Raub-) Versuch an. Gewalt sei in dem Raubfall „völlig überflüssig geworden“, ein Aufgeben der Tatausführung deshalb nicht möglich. Dazu, dass der Verzicht auf Tötung mit dem Messer bzw. auf Wegnahme von Sachen zumindest eine Art „Teilrücktritt“ sein könnte, macht der Autor keine

Ausführungen. Interessant ist ein Detail in der Beschreibung des Tötungs-Falles: „Wenn es dem Täter gerade darauf ankommt, sein Opfer ... auf heimlichem Wege zu töten“.⁴⁵ Fällt das Urteil vielleicht anders aus, wenn es dem Täter darauf ankommt, das Opfer zu töten, es ihm aber gleichgültig ist, ob die Tötung heimlich mit Gift oder nicht heimlich mit einem anderen Werkzeug oder Mittel – also letztlich nicht heimtückisch – gelingt ?

Wie gesehen eignen sich die Mordmerkmale der 2. Gruppe des § 211 Abs. 2 StGB am besten zur Veranschaulichung der Thematik: Im Versuchsstadium erkennt der Täter, dass er das Opfer zwar noch töten, aber nicht mehr heimtückisch, grausam oder mit gemeingefährlichem Mittel töten kann. Weil er seine Tat bereut oder mit dem Opfer oder seinen Angehörigen Mitleid hat, sieht er vom Vollzug des „finalen“ Tötungsaktes ab. Das ist ein Rücktritt vom unbeendeten Versuch (§ 24 Abs. 1 S. 1 Var. 1 StGB). Hat der Täter das Opfer schon – wirklich oder vermeintlich – lebensgefährlich verletzt und wendet er durch geeignete Rettungsmaßnahmen den Todeserfolg ab, handelt es sich um einen Rücktritt vom beendeten Versuch (§ 24 Abs. 1 S. 1 Var. 2 StGB). Dem werden Anhänger der Lehre von der eigenständigen Bedeutung des fehlgeschlagenen Versuchs möglicherweise folgende Einwände entgegenhalten: Die heimtückische, grausame oder mit gemeingefährlichen Mitteln zu bewirkende Tötung kann der Täter gar nicht mehr „aufgeben“. Die Vollendung einer heimtückischen, grausamen oder mit gemeingefährlichen Mitteln begangenen Tötung kann er nicht mehr „verhindern“. Also sei der Mordversuch fehlgeschlagen, die Prüfung eines Rücktritts sei trotz des dem Verhalten des Täters zu verdankenden Ausbleibens des Todeserfolges ausgeschlossen.

Für eine Auseinandersetzung mit Vertretern dieser herrschenden Meinung fehlt der Diskussionsstoff, da keine Stellungnahmen zu der hier behandelten speziellen Konstellation vorliegen. Daher können nur Mutmaßungen über die Behandlung des Rücktritts angestellt werden. Wer in den Mittelpunkt der Definition des fehlgeschlagenen Versuchs die Unmöglichkeit der „Vollendung“ stellt, kommt an der Bejahung eines rücktrittsunfähigen Fehlschlags nicht vorbei. Eine Sonderdogmatik für den Rücktritt vom auf der Qualifikationsebene fehlgeschlagenen Versuch existiert nicht. Etwas elastischer

⁴³ *Murmann, Uwe*, in: Leipziger Kommentar zum StGB, Bd. 2, 13. Aufl. 2021, § 24 Rn. 109.

⁴⁴ *Murmann, Uwe*, in: Leipziger Kommentar zum StGB, Bd. 2, 13. Aufl. 2021, § 24 Rn. 126.

⁴⁵ Hervorhebung hier.

kann mit dem Fall umgehen, wer nicht auf Unmöglichkeit der „Vollendung“, sondern auf die Unmöglichkeit des „Erfolges“ abstellt (s.o. II.1.). Den zentralen Todeserfolg kann der Täter noch verursachen. Dass er dies nicht heimtückisch, grausam oder mit gemeingefährlichen Mitteln tun kann, hat nichts mit einem „Erfolg“ zu tun. So könnte man jedenfalls argumentieren und im Ergebnis den Fehlschlag verneinen. Ähnlich ist die Argumentationslage für diejenigen, die als Bezugspunkt des Fehlschlags das erstrebte „Ziel“ des Täters akzentuieren. Dass es das Ziel eines Täters ist, sein Opfer heimtückisch, grausam oder mit gemeingefährlichem Mittel zu töten, ist durchaus denkbar. Einem Sadisten wird es sogar vielleicht egal sein, ob sein Opfer am Ende stirbt oder die Torturen überlebt. Ihm kommt es darauf an, sein Opfer zu quälen, leiden zu sehen und seinen perversen Drang zu befriedigen. Generell ist also Voraussetzung, dass es dem Täter gerade auf die Heimtücke, Grausamkeit oder Gemeingefährlichkeit ankommt, er also diesbezüglich mit *dolus directus* 1. Grades handelt.⁴⁶ Wenn ihm das misslingt, hat er in der Tat sein „eigentliches“ Ziel verfehlt, obwohl er den Todeserfolg noch herbeiführen könnte. Ein Täter aber, der in erster Linie einen bestimmten Menschen töten will und die spezifische Gemeingefährlichkeit nur als vielleicht sogar unwillkommenen Begleitumstand seines Handelns billigend in Kauf nimmt, hat gewiss nicht das „Ziel“ das Leben einer unbestimmten Vielzahl Menschen durch Freisetzen unbeherrschbarer tödlicher Kräfte zu vernichten. Als „fehlgeschlagenen Versuch“ braucht der Vertreter einer Definition, die den Bezugspunkt des Scheiterns „Ziel“ nennt, diesen Fall nicht zu bezeichnen. Aber die Wortwahl in den Texten erweckt nicht den Eindruck einer gezielten sachorientierten Festlegung der Sprache auf bestimmte strafrechtliche Inhalte. Die Ausdrücke werden synonym, verwendet, in manchen Texten tauchen mehrere der genannten Varianten offensichtlich gleichwertig nebeneinander auf.⁴⁷ Deshalb muss davon aus-

gegangen werden, dass die h.M. letztlich in jedem Fall einen fehlgeschlagenen Versuch annimmt, wenn dem Täter im Versuchsstadium die Unmöglichkeit der tatbestandlichen Vollendung vor Augen steht und zwar auch dann, wenn dies nicht auf Erfolgs- oder Zielverfehlung, sondern auf Unerfüllbarkeit eines qualifizierenden Tatbestandsmerkmals – also eines Mordmerkmals gemäß § 211 Abs. 2 StGB – beruht. Ein strafbefreiender Rücktritt vom versuchten Mord ist danach also nicht möglich. Der theoretisch mögliche strafbefreiende Rücktritt vom Totschlagsversuch nützt dem Täter nichts, da der Totschlagsversuch ohnehin konkurrenzrechtlich von dem Mordversuch verdrängt wird.

Aber dieser Ausschluss eines strafbefreienden Rücktritts ist nicht richtig. Vielleicht beschleicht auch Anhänger der h. M. bei Betrachtung der verschiedenen Versionen⁴⁸ des Beispiels einer vom Täter gewollten „heimlichen“ Tötung⁴⁹ das (Rechts-)Gefühl, dass eine differenzierte Beurteilung der Fälle geboten ist. Plausibel ist die Ablehnung eines strafbefreienden Rücktritts wegen Fehlschlags, wenn dem Täter die Verwirklichung eines Details, auf das es ihm ankommt, nicht möglich ist oder erscheint. Das kann auch ein Vertreter der Gegenmeinung akzeptieren, weil das Rücktrittsmerkmal „freiwillig“⁵⁰ – versteht man es nicht rein „psychologisch“⁵¹ – eine solche Wertung zulässt. Ist jedoch die Erfüllung eines qualifizierenden Merkmals wie z. B. „gemeingefährlich“ dem Täter „egal“ und nur auf Basis eines diesbezüglichen *dolus eventualis*⁵² überhaupt Teil der subjektiven Tatbestandsmäßigkeit seiner Tat,

⁴⁶ *Murmann, Uwe*, in: Leipziger Kommentar zum StGB, Bd. 2, 13. Aufl. 2021, § 24 Rn.

⁴⁷ *Heinrich, Bernd*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 6. Aufl. 2019, Rn. 770: „Erfolg ... nicht mehr ... herbeiführen kann“; „Ziel objektiv nicht erreichen kann“; *Murmann, Uwe*, in: Leipziger Kommentar zum StGB, Bd. 2, 13. Aufl. 2021, § 24 Rn. 71: „Erfolg ... nicht mehr erreichen kann“; „Ziel seines Handelns verfehlt“; „Aussichtslosigkeit des Bestrebens um Tatvollendung“.

⁴⁸ (1) Es kommt dem Täter auf Arglosigkeit des Opfers an; (2) es kommt ihm auf Arglosigkeit nicht an, aber sie ist ihm bewußt; (3) er hält Arglosigkeit für möglich und nimmt sie billigend in Kauf; vgl. zur Ablehnung eines besonderen „Ausnutzungsbewußtseins“ bei der Heimtücke *Schneider, Helmut*, in: Münchener Kommentar zum StGB, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 211 Rn. 187 ff.

⁴⁹ *Murmann, Uwe*, in: Leipziger Kommentar zum StGB, Bd. 2, 13. Aufl. 2021, § 24 Rn. 109.

⁵⁰ *Heinrich, Bernd*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 6. Aufl. 2019, Rn. 809 ff.

⁵¹ *Mitsch, Wolfgang*, Strafrecht in der Examensklausur, § 6 Rn. 69.

⁵² Weder aus § 211 StGB noch aus § 15 StGB folgt, dass bedingter Vorsatz nicht ausreicht; so aber anscheinend *Sternberg-Lieben, Detlev*, in: Schönke/Schröder, 30. Aufl., 2019, § 211 Rn. 37: „Bewusstsein der Nichtkontrollierbarkeit des benutzten Tötungsmittels“.

drängt sich die entgegengesetzte Beurteilung geradezu auf. In diesem Fall den Verzicht auf die mögliche Erreichung dessen, worauf es dem Täter ankommt, nämlich die Tötung eines Menschen, nicht als Rücktritt vom Mordversuch anzuerkennen, überzeugt nicht. Die Nichtvollendung der Tat ist unter diesen Umständen honorierungswürdig und als Rückkehr in die Legalität mit Strafbefreiung zu belohnen. Ein spezial- oder generalpräventives Bedürfnis zur Ahndung der vom Täter aus freien Stücken nicht zu Ende geführten Tat ist nicht erkennbar.

Das stärkste Argument für die hier vertretene Meinung, dass aus der Unmöglichkeit der Mordmerkmalserfüllung nicht zwangsläufig ein fehlgeschlagener Mordversuch resultiert, liefert die Nebeneinanderstellung eines Mordversuchs (§§ 211, 22 StGB) und des Versuchs eines Totschlags in besonders schwerem Fall (§§ 212 Abs. 2, 22 StGB). Man stelle sich einen Sprengstoffanschlag auf ein Haus vor, in dem der Täter eine größere Zahl sich dort aufhaltender Menschen vermutet. Tatsächlich befindet sich zur Tatzeit nur eine einzige Person in dem Haus. Auch in der näheren Umgebung des Hauses sind keine Menschen. Täter X will nur einen Menschen töten und zwar genau die Person, die sich in dem Haus gerade aufhält. Dass als „Kollateralschaden“ noch zahlreiche weitere Menschen – eventuell sogar solche außerhalb des Hauses – ums Leben kommen werden, nimmt er billigend in Kauf. Täter Y will viele, möglichst alle Menschen in dem Haus töten. Er wäre aber auch zufrieden, wenn ihm die Tötung eines Menschen gelänge. Beide Täter stellen im Versuchsstadium fest, dass sie mehr als einen Menschen nicht töten können. Davon nehmen sie Abstand. Die geplante Tötungstat des Täters Y gilt nach einer umstrittenen Meinung als „schlichte Mehrfachtötung“, die nicht das Mordmerkmal „gemeingefährliches Mittel“ erfüllt.⁵³ Y wollte also nur einen Totschlag begehen, der allerdings wegen der Vielzahl der Opfer ein „besonders schwerer Fall“ sein könnte. Der Vorsatz des Täters X bezog sich hingegen auf einen Mord, begangen mit einem gemeingefährlichen Mittel. Sowohl X als auch Y können durch Tötung des einen Menschen in dem Haus vollendeten Totschlag begehen. Da Y ohnehin nichts anderes als die Begehung eines Totschlags vorhatte, kann sein Versuch

nicht fehlgeschlagen sein. Was sich als unmöglich erwiesen hat, die Tötung vieler Menschen statt nur eines Menschen, hat auf die Tatbestandsmäßigkeit und somit auf die Vollendung keinen Einfluss. Anders die Tat des X: Er wollte einen Mord begehen, dessen tatbestandsmäßige Vollendung an der Unmöglichkeit der Mordmerkmalserfüllung scheitert. Deswegen in diesem Fall einen fehlgeschlagenen Mordversuch anzunehmen und einen strafbefreienden Rücktritt auszuschließen ist angesichts der davon extrem abweichenden Beurteilung der Vergleichstat – Strafflosigkeit wegen Rücktritts – ungerecht und inakzeptabel. Die Anerkennung eines Rücktritts kann nicht davon abhängen, ob unrechtserhöhende Umstände gesetzestechnisch in eine tatbestandliche Qualifikation⁵⁴ oder in ein den besonders schweren Fall indizierendes Regelbeispiel⁵⁵ transformiert worden sind. Worauf es in beiden Varianten allein ankommen muss, ist der Grundtatbestand. Ist dessen Vollendung nach der Vorstellung des Täters noch möglich, liegt nicht schon deshalb ein fehlgeschlagener Versuch vor, weil nach der Vorstellung des Täters die Erfüllung des Qualifikationstatbestandes nicht mehr möglich ist. Kam es dem Täter aber gerade darauf an, die Tat unter den qualifizierenden Umständen auszuführen, kann die Fortsetzung der Tat zwecks Vollendung des grundtatbestandlichen Delikts sinnlos geworden sein. Das ist ein beachtlicher Grund für die Verweigerung des Rücktrittsprivilegs, jedoch nicht wegen fehlgeschlagenen Versuchs, sondern wegen Unfreiwilligkeit. Will man den Grund für die Konzentration der Rücktrittsmöglichkeit auf den Grundtatbestand in einer materiellen Formel fassen, bietet sich der in anderem Zusammenhang⁵⁶ verwendete „Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit“ an. Dieser liegt typischerweise auf dem Grundtatbestand. Ein strafbefreiender Rücktritt liegt deshalb immer dann vor, wenn der Täter freiwillig darauf verzichtet, dieses Schwerpunkt-Unrecht zu vollenden.

⁵³ *Schneider, Helmut*, in Münchener Kommentar zum StGB, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 211 Rn. 127.

⁵⁴ *Heinrich, Bernd*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 6. Aufl. 2019, Rn. 179.

⁵⁵ *Heinrich, Bernd*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 6. Aufl. 2019, Rn. 184.

⁵⁶ Abgrenzung von Tun und Unterlassen, vgl. *Heinrich, Bernd*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 6. Aufl. 2019, Rn. 866.

IV. Andere Qualifikationsversuche

Was hier für den Rücktritt vom Versuch des Qualifikationstatbestandes „Mord“ untersucht und letztlich als Lösung vorgeschlagen wurde, ist auf andere Qualifikationstatbestände übertragbar. Demonstrieren lässt sich das mit einem versuchten Wohnungseinbruchsdiebstahl:

Der Täter X dringt nachts in ein Gebäude ein, das er für eine dauerhaft genutzte Privatwohnung hält. Er will Wertsachen stehlen. Nach dem „unmittelbaren Ansetzen“, aber noch vor der Vollendung der Wegnahme fällt ihm auf, dass das Gebäude unbewohnt ist. Der Täter Y dringt nachts in ein Gebäude ein, das er für eine katholische Kirche hält. Er will wertvolle Sachen, unter anderem Kelche, Kerzenständer und andere sakrale Gegenstände stehlen. Aus einem großen Raum nimmt er ein großes Gemälde von der Wand, das Motive aus dem Alten Testament darstellt. Bevor er mit dem Gemälde das Haus verlässt, fällt ihm auf, dass das Gebäude keine Kirche, sondern die pompöse Residenz eines russischen Milliardärs ist, die dem Ulmer Münster nachgebildet ist.

Brechen jetzt beide Täter den Abtransport von Beutegenständen ab, kann das ein strafbefreiender Rücktritt vom versuchten Diebstahl sein. Täter X hatte zwar versucht, einen Wohnungseinbruchsdiebstahl gemäß §§ 242 Abs. 1, 244 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 4 StGB zu begehen, was ihm in der qualifizierten Form mangels Objekttauglichkeit des Gebäudes nicht möglich ist. Da es ihm aber gewiss allein auf die Erlangung von Beute und nicht darauf ankam, dass das von ihm betretene Gebäude eine „Wohnung“ ist, schließt dieser Fehlschlag auf der Qualifikationsebene den Rücktritt nicht aus. Bestätigt wird das durch den Vergleich mit der Tat des Y. Dieser hat von vornherein lediglich die Begehung eines grundtatbestandlichen Diebstahls beabsichtigt. Dass er diesen zunächst unter den Voraussetzungen eines „besonders schweren Falles“ iSd § 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 4 StGB zu begehen meinte und während der Tatausführung erkannte, dass dies nicht der Fall ist, ändert an der lediglich grundtatbestandlichen Qualität seines Diebstahlsversuchs nicht. Der „Fehlschlag“ betrifft also nicht die vom Täter von Anfang an gewollte Vollendung der Tat als Diebstahl gemäß § 242 StGB. Was die Möglichkeit eines strafbefreienden Rücktritts anbelangt, gibt es für eine Ungleichbehandlung der Fälle X und Y keinen tragfähigen Grund.

V. Schluss

Für diesen Text gäbe es keinen besonderen sachlichen Grund, wenn nicht die Strafrechtswissenschaft und die Rechtsprechung allen Einwänden zum Trotz an dem praeter legem kreierten dogmatischen Eigenleben des „fehlgeschlagenen Versuchs“ festhielten. Die auch vom Verfasser vertretene Gegenansicht hat mit all den hier aufgegriffenen Fallkonstellationen keine über die Maßen schwierigen Probleme. Die Merkmale des § 24 StGB sind der Maßstab, nach dem sich die Qualität eines Täterverhaltens als strafbefreiender Rücktritt richtet. Mit dieser Methode bekommt man jeden Fall, in dem der Täter ein mit zumindest bedingtem Vorsatz in seinen Tatplan aufgenommenes Qualifikationsmerkmal nicht mehr erfüllen kann oder meint, nicht mehr erfüllen zu können, in den Griff. Was schon früher erklärt wurde, hat sich bestätigt: Der „fehlgeschlagene Versuch“ ist überflüssig.⁵⁷

⁵⁷ Schröder, *Friedrich Christian*, NSTZ (Neue Zeitschrift für Strafrecht) 2009, 9, 12.

Funktionen des Gesellschaftsgefährlichkeitsbegriffs im georgischen Strafrecht

Von Associate-Prof. Dr. *Ketewan Mtschedlischwili-Hädrich* LL.M. (Freiburg i.Br.), Universität Georgiens

I. Einführung

Die kollegiale Freundschaft von Herrn Prof. *Bernd Heinrich* und mir begann im Jahre 2007, als innerhalb der „ersten Forschungskoooperation Tbilissi – Jena – Berlin (2006-2010)“ verschiedene Workshops stattfanden. Zu dieser Zeit hatte der Jubilar die 1. Auflage seines Lehrbuchs zum Allgemeinen Teil des Strafrechts bereits verlegt gehabt und ich war gerade dabei, mein Lehrbuch über die besonderen Erscheinungsformen der Straftat zu verfassen. Unsere wissenschaftlichen Diskussionen über die Transformation des georgischen Strafrechts und die Weiterentwicklung der georgischen Strafrechtsdogmatik betrafen unter anderem auch die Gesellschaftsgefährlichkeit, einen der Begriffe, dem im Laufe der Geschichte des sowjetischen Strafrechts verschiedene Funktionen zugesprochen wurden. Im vorliegenden Aufsatz wird das genannte Rechtsinstitut in seinen verschiedenen Rollen dargestellt und gezeigt, dass der Begriff sich im Laufe der Zeit gewandelt hat und heutzutage nicht die Aufgabe der Strafbarkeitsausdehnung, sondern die Aufgabe der Strafbarkeitseinschränkung erfüllt. Aus diesem Grund sollte er nicht pauschal, als Rudiment des Unrechtssystems, aus der postsozialistischen georgischen Strafrechtsdogmatik entfernt werden.¹

II. Die Gesellschaftsgefährlichkeit als Instrument zur Ausdehnung der Staatsgewalt

Nach der Sowjetisierung Georgiens im Jahre 1921 wurden Organe zur Bekämpfung der Kriminalität gegründet, jedoch wurden bis zum Inkrafttreten des ersten gStGB von 1922 keine Gesetze verabschiedet, die

kriminelle Handlungen definierten. Erlassen wurden zahlreiche Dekrete propagandistischen Charakters, die allgemeine Aufrufe zum Klassenkampf, jedoch keine Straftatbestände und Sanktionen beinhalteten.

In Sowjetgeorgien (GSSR) wurden – nach dem Beispiel Sowjetrusslands (RSFSR) – im vorrevolutionären Russland anerkannte fortschrittliche strafrechtliche Prinzipien und Institute abgeschafft² und das Gerichtssystem aufgehoben.³ Der formale Straftatbegriff, die Straftat als bei Begehung der Tat verbotene Handlung, wurde negiert, da es als unmöglich erachtet wurde, alle Formen des Klassenkampfes ins Strafgesetz aufzunehmen.⁴ Die Gesellschaftsgefährlichkeit der Handlung bzw. Person wurde zur einzigen Voraussetzung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit erhoben und Art und Maß der Sanktionen durch Tribunale und Volksgerichte bestimmt,⁵ wobei die Richter sich durch ein von der Revolution geprägtes Rechtsbewusstsein leiten ließen.⁶ Die Zeit bis zur Verabschiedung des ersten sowjetgeorgischen Strafgesetzbuches (StGB GSSR) von 1922 kann in Georgien als „Periode des durch den bolschewistischen Rechtsnihilismus⁷ he-

¹ *Mtschedlischwili-Hädrich, Ketewan*, Der Verbrechensbegriff im georgischen Strafrecht, in: *Eser, Albin/Arnold, Jörg/Trappe, Julie* (Hrsg.), Strafrechtsentwicklung in Osteuropa, Zwischen Bewältigung und neuen Herausforderungen, 2005, S. 170 ff.

² *Mtschedlischwili-Hädrich, Ketewan*, Der Verbrechens- und Gesellschaftsgefährlichkeitsbegriff im georgischen Strafrecht, 2000, S. 31 ff.

³ *Schittenhelm, Ulrike*, Strafe und Sanktionssystem im sowjetischen Recht, 1994, S. 10.

⁴ *Piontkovskij, Andrey/Kelina, Sofija*, in: Kudrjavcev (Red.), *Ugolovnoe pravo, Istorija juridičeskoj nauki*, 1978, S. 36.

⁵ *Schvekov, Georgij*, *Pervij sovetskij ugolovnij kodeks*, 1970, S. 120.

⁶ In den ersten Monaten der Sowjetisierung wurde Recht durch die Gerichte in Georgien wie auch in Sowjetrussland, mehr oder weniger willkürlich, „nach einfachem Gerechtigkeitsgefühl gesprochen, das weder die alten Gesetze, noch unbedingt die neuen Dekrete berücksichtigte“. *Schittenhelm, Ulrike*, Strafe und Sanktionssystem im sowjetischen Recht, 1994, S. 11.

⁷ *Turawa, Merab*, Straftatsysteme in rechtsvergleichender Sicht unter besonderer Berücksichtigung des Schuldbegriffs, 1998, S. 132.

raufbeschworenen rechtlichen Vakuums“ bezeichnet werden.

Obwohl es nach der Oktoberrevolution von 1917 in Russland sogar Bestrebungen gab, das StGB ohne eine genaue Definition von Straftaten d.h. ohne einen Besonderen Teil auszuarbeiten,⁸ waren die ersten Strafgesetzbücher der RSFSR und der GSSR von 1922 und 1928⁹ traditionell in einen Allgemeinen und einen Besonderen Teil gegliedert. Die Straftatbestände in den genannten Strafgesetzbüchern waren weit formuliert und der Anwendungsspielraum der Gerichte war in erheblichem Maße erweitert.¹⁰ Um das Strafrecht als Instrument des Klassenkampfes zu etablieren, wurde das ideologisch geprägte Institut der Gesellschaftsgefährlichkeit in den ersten georgischen Kodifikationen von 1922 und 1928 bis zur Annahme des StGB GSSR von 1960 zum einzigen Merkmal der Straftat erklärt¹¹ und dadurch mit dem Begriff der Straftat gleichgesetzt.

Das StGB GSSR von 1922 übernahm den Wortlaut des StGB RSFSR vollständig und definierte die Straftat folgendermaßen: „Als Straftat wird jede gesellschaftsgefährliche Handlung oder Unterlassung bezeichnet, die die Grundlagen des sowjetischen Aufbaus und die Rechtsordnung, die von der Arbeiter- und der Bauernmacht für die Übergangsperiode zum kommunistischen Aufbau geschaffen wurde, bedroht.“¹² Auch nach Art. 5 StGB GSSR von 1928 galt als Straftat „jede gesellschaftsgefährliche Handlung oder Unterlassung, die die

Sowjetordnung bedroht oder die Rechtsordnung verletzt [...]“ und nicht die im StGB vorgesehene gesellschaftsgefährliche Handlung oder Unterlassung. So wurde die Gesellschaftsgefährlichkeit zum Generalatbestand erhoben,¹³ die Analogie zuungunsten der Person zugelassen und das Prinzip „keine Strafe ohne Gesetz“ durch das Postulat „keine Gesellschaftsgefährlichkeit ohne Strafe“ ersetzt.

Der einstufige Aufbau der Straftat (strafbar ist alles, was gesellschaftsgefährlich ist) widersprach jedoch den Definitionen der Notwehr (Art. 12 StGB GSSR von 1928) und des Notstands (Art. 13 StGB GSSR von 1928) da diese als Gründe betrachtet wurden, die die Gesellschaftsgefährlichkeit einer im StGB GSSR vorgesehenen Handlung ausschließen. So musste der Gesetzgeber dem Straftatbestand eine sekundäre Bedeutung beimessen und dadurch den Rahmen des einstufigen Verbrechensaufbaus sprengen.¹⁴

Wenn die Gesellschaftsgefährlichkeit der Handlung als Generalatbestand die Strafbarkeit eines Tuns oder Unterlassens begründete, hätte im Umkehrschluss ihr Fehlen die Straftat und die Strafbarkeit ausschließen müssen. Nach Art. 6 Abs. 2 StGB RSFSR von 1926 führte logischerweise die geringfügige Gesellschaftsgefährlichkeit eines Tuns oder Unterlassens zur Straflosigkeit der Handlung. Danach lag keine Straftat vor, wenn die Tat zwar „formal die Tatbestandsmerkmale eines Artikels des Strafgesetzbuches verwirklichte, aber wegen ihrer offensichtlichen Geringfügigkeit und mangels ihrer schädlichen Folgen keine soziale Gefahr darstellte.“ Trotz der Zulassung der Analogie zuungunsten der Person und der Ablehnung des Gesetzlichkeitsprinzips durch den Gesetzgeber wirkte die fehlende Gesellschaftsgefährlichkeit (fehlende soziale Gefahr) der Tat bereits neun Jahre nach der Oktoberrevolution in der RSFSR strafeinschränkend.

Das georgische Strafgesetz von 1928 beschritt einen anderen Weg – den Weg des Täterstrafrechts. Art. 14 StGB GSSR, das georgische Pendant zu Art. 6 Abs. 2 StGB RSFSR, lautete: „Falls nach dem Ermessen des Gerichts *der Angeklagte* zum Zeitpunkt der Gerichts-

⁸ Siehe *Piontkovskij, Andrey/Kelina, Sofija*, in: Kudrjavcev (Red.), *Ugolovnoe pravo, Istorija juridičeskoj nauki*, 1978, S. 15.

⁹ Da die Annahme der Grundlagengesetzgebung in die Kompetenz des Unionsgesetzgebers fiel, waren die Strafgesetzbücher der Unionsrepubliken inhaltlich fast identisch.

¹⁰ Nach einem Brief Lenins an den Justizkommissar Kurskij waren Gesetze möglichst weit zu formulieren, da nur das revolutionäre Rechtsgefühl und das Gewissen über die mehr oder minder extensive Anwendung in der Praxis entscheiden würden. *Mtschedlischwili-Hädrich, Ketewan*, *Der Verbrechens- und Gesellschaftsgefährlichkeitsbegriff im georgischen Strafrecht*, 2000, S. 24, Fn. 24.

¹¹ Parallele zum polnischen Strafrecht: *Wróbel, Włodzimierz*, *Zum Aufbau der Straftat, insbesondere zum formellen/materiellen Straftatbegriff*, in: *Eser, Albin/Arnold, Jörg/Trappe, Julie* (Hrsg.), *Strafrechtsentwicklung in Osteuropa, Zwischen Bewältigung und neuen Herausforderungen*, 2005, S. 148.

¹² Übersetzung von *Turawa, Merab*, *Straftatsysteme in rechtsvergleichender Sicht unter besonderer Berücksichtigung des Schuldbegriffs*, 1998, S. 135.

¹³ *Marckwald, Hans*, *Der Verbrechensbegriff im russischen Strafrecht*, Berlin 1933, S. 5; *Schroeder, Friedrich-Christian*, *Das Strafrecht der UdSSR de lege ferenda*, 1959, S. 12.

¹⁴ *Mtschedlischwili-Hädrich, Ketewan*, *Der Verbrechens- und Gesellschaftsgefährlichkeitsbegriff im georgischen Strafrecht*, 2000, S. 38 f.

verhandlung keine Gesellschaftsgefahr darstellt, ist das Gericht befugt, unter Angabe der entsprechenden Motive im Urteil Maßnahmen des sozialen Schutzes nicht zu verhängen.“ Damit wurden im georgischen StGB nicht nur die Straftatmerkmale – Tatbestandsmäßigkeit, Rechtswidrigkeit und Schuld – negiert, sondern auch die Auffassung abgelehnt, dass die Straftat ein äußerliches willentliches Verhalten einer konkreten Person darstellt. Die fehlende Gesellschaftsgefährlichkeit der Person als Grundlage der Strafbefreiung erlaubte einen Rückschluss auf deren Sozialgefährlichkeit als Strafbedingungsvoraussetzung. Somit wurde in Georgien das Strafrecht als Instrument der staatlichen Willkür etabliert und der Weg zur weiteren politischen Säuberung der Gesellschaft geebnet. Die Gesellschaftsgefährlichkeit als schärfstes Instrument des Klassenkampfes begünstigte die Feststellung strafrechtlicher Verantwortlichkeit auch ohne Begehung einer konkreten Straftat, allein aufgrund des „gefährlichen Zustands“, d.h. wegen der Klassenzugehörigkeit einer Person.¹⁵

III. Die Gesellschaftsgefährlichkeit als Schranke der Staatsgewalt

In Art. 3 der Grundlagen der Strafgesetzgebung der UdSSR von 1958 sowie in Art. 3 StGB GSSR von 1960 (Grundlagen der Strafrechtlichen Verantwortlichkeit) wurde darauf hingewiesen, dass „strafrechtlicher Verantwortlichkeit und Strafe nur die Person unterliegt, die schuldhaft eine Straftat begangen hat, d.h. die vorsätzlich oder fahrlässig eine im Strafgesetzbuch vorgesehene gesellschaftsgefährliche Handlung begangen hat.“ In den genannten Artikeln wurde somit das Gesetzlichkeitsprinzip „*nullum crimen sine lege*“ und das Schuldprinzip „*nullum crimen sine culpa*“ festgelegt.¹⁶ Auch in

¹⁵ *Mtschedlischwili-Hädrich, Ketewan*, Der Verbrechens- und Gesellschaftsgefährlichkeitsbegriff im georgischen Strafrecht, 2000, S. 32.

¹⁶ Die grundsätzliche Änderung der Voraussetzungen der Strafanwendung ist aus einer kontroversen wissenschaftlichen Diskussion über die Abschaffung der strafbegründenden Analogie im sowjetischen Strafrecht hervorgegangen. Für die Einführung des Gesetzlichkeitsprinzips in das sowjetische Strafrecht setzten sich *Cereteli, Gerzenson, Piontkovskij*, u.a. ein. Siehe *Cereteli, Tinatin/Tkescheliadse, Giorgi*, Die Lehre vom Verbrechen, 1969, S. 93 ff; zur Abschaffung der strafbegründenden Analogie im sowjetischen Strafrecht siehe *Tu-*

der Definition der Straftat in Art. 8 StGB GSSR (1960) erklärte der Gesetzgeber die Tatbestandsmäßigkeit einer Handlung (eines Tuns oder Unterlassens) zum Straftatmerkmal.

Durch die Anerkennung der strafrechtlichen Garantiebestimmungen verlor die Gesellschaftsgefährlichkeit, die als Generaltatbestand und als strafwürdiges Personenmerkmal die uferlose Ausweitung der Strafbarkeit ermöglichte, ihre strafbegründende Bedeutung. Der Begriff gewann eine neue Legitimations- und Begrenzungsfunktion der Strafgewalt und wurde zum grundlegenden Kriterium der Kriminalisierung eines Verhaltens durch den Gesetzgeber.¹⁷ Ohne die Feststellung des materiellen Gehalts eines Verhaltens auf der metajuristischen Ebene war dieses nicht strafwürdig und strafbedürftig. Dabei wurde die Gesellschaftsgefährlichkeit als eine konkrete Verletzung oder Gefährdung von konkreten gesellschaftlichen Beziehungen (und dadurch eine konkrete Verletzung oder Gefährdung der Regeln des sozialistischen Zusammenlebens sowie der Rechte¹⁸ und Interessen¹⁹/Güter²⁰ Teilnehmer gesellschaftlicher Beziehungen) verstanden und nicht als eine bloße in der fernen Zukunft liegende abstrakte Gefahr für die gesellschaftlichen Beziehungen.²¹

Über den Inhalt des modernisierten Begriffs der Gesellschaftsgefährlichkeit wurde in der sowjetgeorgischen Strafrechtswissenschaft kontrovers diskutiert. Nach einer in der sowjetischen Strafrechtstheorie vorherrschenden und in der georgischen Strafrechtstheorie geteilten Meinung wurde die Gesellschaftsgefährlichkeit weit verstanden, sowohl als eine objektive (z.B. Unfall) als auch eine schuldhaftes/sozial-politisch negativ bewertete Verletzung gesellschaftlicher Beziehungen (In-

rawa, Merab, Straftatsysteme in rechtsvergleichender Sicht unter besonderer Berücksichtigung des Schuldbegriffs, 1998, S. 153 ff.

¹⁷ Vgl. *Ebert, Udo*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 3. Aufl., 2001, S. 1; *Frisch, Wolfgang*, An der Grenze des Strafrechts, in: *Wilfried, Küper* (Hrsg.), Festschrift für Walter Stree und Johannes Wessels, 1993, S. 69.

¹⁸ *Cereteli, Tinatin/Tkescheliadse, Giorgi*, Die Lehre vom Verbrechen, 1969, S. 33.

¹⁹ *Cereteli, Tinatin/Tkescheliadse, Giorgi*, Die Lehre vom Verbrechen, 1969, S. 140 f.

²⁰ *Piontkovskij, Andrey*, Die Lehre vom Verbrechen, 1961, S. 147.

²¹ *Cereteli, Tinatin/Tkescheliadse, Giorgi*, Die Lehre vom Verbrechen, 1969, S. 38.

teressen).²² Durch den Ausschluss der Gesellschaftsgefährlichkeit wurde nach dieser Meinung auch die Tatbestandsmäßigkeit einer Handlung ausgeschlossen. Bildhaft könnte man diese Auffassung der Gesellschaftsgefährlichkeit als eine horizontale Linie darstellen, die das ganze soziale Leben durchquert und alle Verletzungen und Gefährdungen menschlicher, gesellschaftlicher und staatlicher Interessen vereint, der Gesetzgeber jedoch nur einen kleinen Ausschnitt davon (willensgetragene, tatbestandsmäßige, gesellschaftsgefährliche und schuldhaft menschliche Handlung) kriminalisiert und bestraft.

Eine eng und objektiv verstandene Gesellschaftsgefährlichkeit beinhaltet die „Schadenszufügung oder Gefährdung der durch das Strafrecht geschützten Rechtsgüter“.²³ Sie wurde nicht mit der Straftat gleichgesetzt²⁴ und verkörperte neben der Funktion der Kriminalisierung einer Handlung durch den Gesetzgeber den materiellen Gehalt der Rechtswidrigkeit. Nach dieser Meinung indizierte die Tatbestandsmäßigkeit nur die formelle Rechtswidrigkeit und eine tatbestandsmäßige Handlung war in bestimmten Fällen (Notwehr, Art. 15 StGB GSSR, und Notstand, Art. 16 StGB GSSR) zwar formell rechtswidrig, jedoch nicht gesellschaftsgefährlich und daher nicht strafbar.²⁵

Cereteli zufolge übernahm das Strafrechtssystem der Gesellschaftsgefährlichkeit noch eine andere Funktion bei der Einschränkung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit. *Cereteli*'s Meinung nach war ein solches Tun oder Unterlassen nicht gesellschaftsgefährlich, welches zwar nach der *conditio sine qua non*-Formel eine der Ursachen des Erfolgs darstellte, jedoch bei Begehung der Tat keinen Einfluss auf den tatsächlichen Ablauf der Ereignisse haben konnte.²⁶ Für die kausale

aber nicht gesellschaftsgefährliche Handlung wurden folgende Beispiele angeführt: das Schicken des Stiefkinds in den Wald bei einem Unwetter, damit es vom Blitz erschlagen wird, was auch tatsächlich so eintritt; das Schicken der Schwiegermutter ans Meer, damit sie ertrinkt, was ebenfalls geschieht. So übernahm die Gesellschaftsgefährlichkeit die Aufgabe der Einschränkung der uferlosen Kausalität der (von *Cereteli* vertretenen) Bedingungstheorie.²⁷

Durch die fehlende Gesellschaftsgefährlichkeit schränkte *Cereteli* auch die Kausalität der zu weit entfernten Bedingung ein, wie z.B. die Zeugung eines Kindes, das einige Jahrzehnte später jemanden umbringt. Bezeichnen wir die nicht gesellschaftsgefährlichen Handlungen mit anderen Worten als sozialadäquat, drängt sich eine Parallele der fehlenden Gesellschaftsgefährlichkeit zur objektiven Zurechnung geradezu auf (Ausschluss der objektiven Zurechnung wegen mangelnder Beherrschbarkeit des Erfolgs, sozialer Adäquanz der Handlung, allgemeinen Lebensrisikos, erlaubten Risikos).²⁸ Heutzutage wird bei solchen Fallkonstellationen die Kausalität zwischen Handlung und Erfolg im georgischen Strafrecht auch durch die objektive Zurechnung ausgeschlossen.²⁹

Die fehlende Gesellschaftsgefährlichkeit einer Handlung schloss nach der von *Cereteli* vertretenen Ansicht auch dann die Straftat aus, wenn das Opfer trotz der Gefahrenwarnung des Handelnden die Gefahr fahrlässig missachtete, sich selbst der Gefahrenquelle näherte und daraufhin zu Tode kam³⁰ (Parallele dazu ist die eigenverantwortliche Selbstgefährdung bei der objektiven Zurechnung).³¹

Die Gesellschaftsgefährlichkeit übernahm in der georgischen Strafrechtspraxis außerdem die Funktion der

²² *Schawgulidse, Tamaz/Surguladse, Lamara*, Gesellschaftsgefährlichkeitsausschließende Bedingungen im Strafrecht, 1984, S. 14.

²³ *Cereteli, Tinatin/Tkescheliadse, Giorgi*, Die Lehre vom Verbrechen, 1969, S. 31 ff.; *Cereteli, Tinatin*, Grundlage der strafrechtlichen Verantwortlichkeit, „Pravovedenie“ 2/1980, 84.

²⁴ *Cereteli, Tinatin/Tkescheliadse, Giorgi*, Die Lehre vom Verbrechen, 1969, S. 31.

²⁵ *Cereteli, Tinatin/Makaschwili, Wladimer*, Der Tatbestand als Grundlage der strafrechtlichen Verantwortlichkeit, „Sowetskoe gosudarstwo i pravo“ 5/1954, nach *Piontkovskij, Andrey*, Die Lehre vom Verbrechen, 1961, S. 167.

²⁶ *Cereteli, Tinatin/Tkescheliadse, Giorgi*, Die Lehre vom Verbrechen, 1969, S. 273.

²⁷ Die Bedingungstheorie und die hier dargestellten Ansichten vertrat *Tinatin Cereteli* zuerst in ihrer Habilitation „Die Kausalität im Strafrecht“ im Jahre 1949.

²⁸ *Heinrich, Bernd*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 6. Aufl., 2019, Rn. 245.

²⁹ *Mtschedlischwili-Hädrich, Ketewan*, Methodik der strafrechtlichen Fallbearbeitung, 2008, S. 66 ff.; *Turawa, Merab*, Strafrecht, 8. Aufl., 2008, S. 104; *Turawa, Merab*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Band I, Die Lehre vom Verbrechen, 2011, S. 205 ff.

³⁰ *Cereteli, Tinatin/Tkescheliadse, Giorgi*, Die Lehre vom Verbrechen, 1969, S. 283.

³¹ *Heinrich, Bernd*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 6. Aufl., 2019, Rn. 252.

Einschränkung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit bei der versuchten Risikovermeidung mit tödlichem Ausgang. In einem bekannten Fall wurde der Täter wegen der fehlenden Gesellschaftsgefährlichkeit seines Tuns von der strafrechtlichen Verantwortlichkeit befreit, als er beim Versuch, das Leben eines Kindes durch den Rauswurf aus dem in eine Schlucht stürzenden Auto zu retten, dessen Tod verursachte.³² Im neuen georgischen StGB (gStGB) zählen derartige Handlungen zu den Bedingungen, die die Rechtswidrigkeit einer Tat ausschließen (rechtmäßiges Risiko, Art. 31 gStGB, d.h. die Schädigung eines Rechtsguts beim Versuch, dieses zu retten, wenn der Handelnde alle Maßnahmen ergriffen hat, um die Schädigung zu vermeiden).

Angewandt wurde das Rechtsinstitut der Gesellschaftsgefährlichkeit von der Rechtsprechung auch zur Einschränkung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit bei sogenannten Bagatelldelikten. Nach Art. 8 Abs. 2 StGB GSSR (1960) war eine Handlung (Tun oder Unterlassen), die zwar formal die Merkmale eines im Besonderen Teil vorgesehenen Delikts enthält, wegen Geringfügigkeit nicht gesellschaftsgefährlich und daher keine Straftat.³³ Art. 8 Abs. 2 StGB GSSR manifestierte damit das Prinzip „nullum crimen sine periculo sociali“ und gab dem Richter die Möglichkeit, bei fehlender Gesellschaftsgefährlichkeit die konkrete Handlung zu entkriminalisieren.

Im neuen gStGB wurde in Art. 7 Abs. 1 ein modernisierter Straftatbegriff etabliert und die Gesellschaftsgefährlichkeit als Straftatmerkmal gestrichen. Jedoch wurde in Art. 7 Abs. 2 gStGB die Geringfügigkeitsregelung beibehalten und folgendermaßen formuliert: „Ein solches Tun oder Unterlassen, das zwar einen Tatbestand erfüllt, jedoch wegen Geringfügigkeit weder einen Schaden verursacht noch eine entsprechende Gefahr geschaffen hat, die eine strafrechtliche Ahndung notwendig machen würde, ist keine Straftat.“

Die fehlende Gesellschaftsgefährlichkeit, die in Art. 8 Abs. 2 StGB GSSR (1960) mit der Geringfügigkeit gleichgesetzt wurde, ist somit in der neuen negativen Legaldefinition der Straftat in Art. 7 Abs. 2 gStGB erhalten geblieben und gewann dadurch ihre letzte und

einzigste Funktion. Im neuen Gewand der Strafwürdigkeit besetzt sie jetzt die vierte Stufe im Verbrechenaufbau nach Tatbestandsmäßigkeit, Rechtswidrigkeit und Schuld und gibt dem Richter die Möglichkeit eines Freispruchs bei Bagatelldelikten. Die Berücksichtigung der Strafwürdigkeit im Verbrechenaufbau ist auch für andere postsozialistische Länder charakteristisch.³⁴

IV. Fazit

In der georgischen Strafrechtsgeschichte erfüllte die Gesellschaftsgefährlichkeit diametral unterschiedliche Funktionen.³⁵ Als Generaltatbestand ermöglichte sie in Verbindung mit der strafbegründenden Analogie die staatliche Instrumentalisierung des Strafrechts. Nach der Anerkennung des Gesetzlichkeitsprinzips durch den Gesetzgeber im Jahre 1960 erfüllte sie verschiedene strafatausschließende Funktionen. Im modernen georgischen Strafrecht hat sie eine einzige Aufgabe beibehalten – die der materiell-rechtlichen Behandlung von Bagatelldelikten nach Art. 7 Abs. 2 gStGB. Die sich daran anschließend stellende Frage, ob für die Behandlung der Bagatellkriminalität diese (in der Strafrechtswissenschaft kritisierte) materiell-rechtliche Lösung oder die (ebenfalls mit Schwierigkeiten behaftete) prozessrechtliche Lösung (ähnlich § 153 der deutschen StPO) herangezogen werden sollte, kann am besten mit der deutschen Redewendung „gehupft wie gesprungen“ beantwortet werden.

³⁴ *Avrigenau, Tudor*, Zum Verbrechensbegriff im rumänischen Strafrecht, in: *Eser, Albin/Arnold, Jörg/Trappe, Julie* (Hrsg.), *Strafrechtsentwicklung in Osteuropa, Zwischen Bewältigung und neuen Herausforderungen*, 2005, S. 194; *Zoll, Andrzej*, Der Verbrechensbegriff im Lichte des Entwurfs des polnischen Strafgesetzbuches, *ZStW (Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft)* 107/1995, 424 f.; *Wróbel, Włodzimierz*, Zum Aufbau der Straftat, insbesondere zum formellen/materiellen Straftatbegriff, in: *Eser, Albin/Arnold, Jörg/Trappe, Julie* (Hrsg.), *Strafrechtsentwicklung in Osteuropa, Zwischen Bewältigung und neuen Herausforderungen*, 2005, S. 142.

³⁵ *Mtschedlischwili-Hädrich, Ketewan*, Der Verbrechensbegriff im georgischen Strafrecht, in: *Eser, Albin/Arnold, Jörg/Trappe, Julie* (Hrsg.), *Strafrechtsentwicklung in Osteuropa, Zwischen Bewältigung und neuen Herausforderungen*, 2005, S. 170 ff.

³² *Turawa, Merab*, *Strafrecht*, 8. Aufl., 2008, S. 212.

³³ *Mtschedlischwili-Hädrich, Ketewan*, Der Verbrechens- und Gesellschaftsgefährlichkeitsbegriff im georgischen Strafrecht, 2000, S. 141 ff.

Die Politik des Strafens und des Strafrechts*

Von Associate-Prof. Dr. *Moris Shalikashvili*, LL.M. (UH), Iwane-Dschawachischwili-Staatliche-Universität-Tbilisi

„Es ist angebracht darauf hinzustreben, dass von Menschenhand verursachte Leid (Strafanwendung) möglichst zu reduzieren“

Nils Christie

I. Einführung

„Die Strafe“, „die Strafzwecke“, „die Verhältnismäßigkeit der Strafen“ und „die Alternativstrafe“ sind die Begriffe, hinter denen das strikte System der (Straf-) Gerichtsbarkeit steht. Ein bedeutender Teil der Diskussionen und Forschungen in der Rechtswissenschaft widmet sich Fragestellungen die die Strafen betreffen. Zur Erforschung dieser Fragestellungen ist es wichtig, auch die Politik des Strafens zu betrachten. Gemeint ist damit der Teilbereich der Strafrechtspolitik, der die Strafzumessung und die Strafvollstreckung umfasst. Die Auseinandersetzung mit der Politik des Strafens als staatliche Zwangsmaßnahme ist in der Gesellschaft weniger populär, weil Strafe im konkreten Fall stets eine Veränderung der persönlichen Lebensumstände, Leid,¹ soziale Isolation und die Einschränkungen von Rechten für den Verurteilten bedeutet. Im Strafvollzug fehlt es häufig an einer Auseinandersetzung mit den Möglichkeiten und Mechanismen der Strafvollstreckung, mit denen die Strafzwecke erreicht werden sollen. Den Angestellten und Beamten im Strafvollzug stehen keine gesetzlichen Mechanismen zur Verfügung, um den Prozess der Erreichung der Strafzwecke zu kontrollieren, die Auswirkungen bestimmter Entscheidungen zu analysieren und zu prüfen, wie und mit welchen Mitteln die durch das Strafurteil gesetzten Ziele erreicht werden. Die Strafvollstreckung, die Erreichung der Strafzwecke und deren Kontrolle gehören nicht zu einem einheitlichen System, denn während die Arten und Zwecke

von Strafe abstrakt durch den Gesetzgeber bestimmt werden, wird die konkrete Strafe vom Gericht verhängt und in den Einrichtungen des Strafvollzugs umgesetzt. In diesem dreiteiligen System fehlt es im Hinblick auf die Erreichung der Strafzwecke an wirksamen Kontrollmechanismen. So können bei einem zu einer langfristigen Freiheitsstrafe Verurteilten nach der Verbüßung ein Verlust der Fähigkeit zu einem selbstständigen Leben, physische oder psychische Gesundheitsprobleme,² soziale Entfremdung und Verarmung die Folge sein. In diesem Fall erreicht die Strafe nicht ihre Zwecke und der Verurteilte wird sich kaum noch in die Gesellschaft reintegrieren lassen. Dies zwingt zu dem Eingeständnis, dass die Politik des Strafens und des Strafrechts von der Befriedigung der Bedürfnisse der Gesellschaft als solcher sowie auch von der des Verurteilten und seiner Familienangehörigen weit entfernt sind.

Im Unterschied zu den Vertretern der Sozial- und Naturwissenschaften machen es Juristen sich häufig leicht, indem sie sich ohne Reflektion auf die Maxime „Alles was im Gesetz steht ist umzusetzen!“ berufen. Gleichzeitig wird bei einer solchen Gesetzesumsetzung der Mensch als Individuum mit all seinen positiven und negativen Eigenschaften wie auch seine Familie, seine soziale Lage und der sich darin häufig stellenden unerledigten Probleme vergessen.

Im 21. Jahrhundert bedarf es – unter Einbezug von Forschungen der Kriminologie, Psycho-, Sozial- und Neurowissenschaften – einer Politik des Strafens, die der konkreten psychologischen Beschaffenheit der Ge-

* Deutsche Übersetzung des Aufsatzes von Lektoratsmitglied der DGStZ Frau *Tamari Shavgulidze*.

¹ *Christie, Nils*, Grenzen des Leids: Die Rolle des Strafens in der Strafvollzugspolitik, 2017, S. 20.

² Die Dauer der Haft ist unmittelbar mit dem Gesundheitszustand des Inhaftierten verknüpft. Siehe Sonderbericht des Ombudsmans Georgiens: Einfluss der Haftbedingungen auf den Gesundheitszustand der Gefangenen, 2018, S. 129.

sellschaft und ihrer Mentalität entspricht und sich an der Erreichung der Strafzwecke orientiert.

In Georgien hat die Diskussion über gesetzliche Strafen in der Gesellschaft vor sieben bis acht Jahren aktiv begonnen.³ Diese Diskussion soll im vorliegenden Aufsatz aufgegriffen und fortgesetzt werden. Zudem sollen ein kurzer Überblick und eine Analyse der Politik des Strafens und künftiger Forschungsfragen in diesem Bereich gegeben werden.

II. Der Sinn der Politik des Strafrechts und des Strafens

Zunächst sind die Begriffe der Strafrechts- und Kriminalpolitik voneinander abzugrenzen. Georgische Gesetzgebungsakte und offizielle Dokumente sprechen grundsätzlich von „Strafrechtspolitik“, wenn sie sich unmittelbar und konkret auf die Anwendung der Strafnormen beziehen. Die Politik des Strafens ist hingegen Bestandteil einer einheitlichen staatlichen Kriminalpolitik, die den Anwendungsrahmen der Strafnormen zur Bekämpfung von Straftaten und zum Schutz der Sicherheit umfasst.⁴ Die „Kriminalpolitik“ oder die „Politik zur Bekämpfung von Straftaten“ ist weiter gefasster Begriff, der sowohl strafrechtliche Aspekte zum Schutz der Sicherheit umfasst als auch Aspekte des Strafvollzugs und der Kriminalprävention beinhaltet. Kriminal- oder/und Strafrechtspolitik bedeutet vor allem die Verwaltung der Straftaten⁵ und ist Bestandteil einer einheitlichen staatlichen Politik.

Die Strafrechtspolitik ist Bestandteil der allgemeinen Rechtspolitik, d.h. sie ist die Rechtspolitik im Strafrecht.⁶ Die Politik des Strafens ist der Strafrechtspolitik zuzuordnen, weil die Strafe allein durch die Strafgesetzgebung bestimmt wird. Im Jahr 2015 trat das Jugendstrafgesetzbuch in Kraft, wodurch die Regelungen be-

züglich der von Minderjährigen begangenen Straftaten in einem einheitlichen Kodex zusammengefasst wurden. Damit wurde parallel zur Strafrechtspolitik eine Jugendstrafrechtspolitik etabliert, die u.a. auch Maßnahmen vorsieht, die nicht direkt mit einer strafrechtlichen Regulierung verbunden sind, z.B. die Umleitung (Diversi-on), Umleitung-Mediation.

Nach dem georgischen Rechtswissenschaftler *Guram Nachkebia* entsteht das Verhältnis zwischen Staat und Individuum bereits vor der Begehung der Straftat, weil der Staat sich an der Kriminalprävention orientiert.⁷ Einer der Zwecke der Strafe ist es, künftigen Straftaten vorzubeugen. Die Anordnung von Strafe durch den Staat soll potentielle Täter abschrecken (Generalprävention). „In der Bestrafung für eine konkrete Handlung kommt zugleich zum Ausdruck, dass jeder, der eine solche Tat begeht, von der gleichen Strafe bedroht ist, so dass sich daraus eine hemmende Wirkung auf potentielle Täter ergibt“.⁸ Die Strafrechtspolitik und die Politik des Strafens gehen damit im Rahmen der Kriminalpräventionsfunktion über den politischen Kontext des rein legislativen Strafrechts hinaus, weil sie sich auf den Zeitraum vor der Straftatbegehung – und damit auch das Vorfeld des zeitlichen Anwendungsbereichs des Strafgesetzbuches – beziehen. Demnach bedeutet die Umsetzung der Kriminalpolitik zumeist die Wahrnehmung von Aufgaben zur Bekämpfung von Straftaten, die sowohl repressive als auch präventive Maßnahmen umfassen.⁹ „Kriminalpolitik soll darauf abzielen, Straftaten vorzubeugen und das Strafgesetz als Mittel zu diesem Zweck einzusetzen“.¹⁰ Außer den strafrechtlichen dienen auch

³ Gemeint ist hier die Entscheidung des Georgischen Verfassungsgerichts vom 24.10.2015, N 1/4/592, *Beka Tsikarishvili* gegen das Georgische Parlament, (abrufbar unter: <https://www.constcourt.ge/ka/judicial-acts?legal=1043>, zuletzt abgerufen am 05.05.2022).

⁴ *Schwind, Hans-Dieter*, Kriminologie: Eine praxisorientierte Einführung mit Beispielen, 17. Aufl., 2007, S. 14.

⁵ *Nachkebia, Guram*, Praktische Empfehlungen zum Allgemeinen Teil des georgischen Strafgesetzbuches, 2015, S. 143.

⁶ *Zipf, Heinz*, Kriminalpolitik, 2. Aufl., 1980, S. 6.

⁷ *Nachkebia, Guram*, Methodologische Probleme der Liberalisierungspolitik des georgischen Strafrechts, in: Todua, Nona (Hrsg.), Liberalisierungstendenzen der Strafgesetzgebung in Georgien, 2016, S. 72 f.; *Okhanashvili, Anri/Schütze, Mario*, Tagungsbericht der 2. Deutsch-Georgischen Strafrechtslehrertagung: „Strafrechtswissenschaft in einem vereinten Europa“, DGStZ (Deutsch-Georgische Strafrechtszeitschrift) 1/2016, 39.

⁸ Entscheidung des Georgischen Verfassungsgerichts vom 24.10.2015, N 1/4/592, *Beka Tsikarishvili* gegen das Georgische Parlament, II-51, (abrufbar unter: <https://www.constcourt.ge/ka/judicial-acts?legal=1043>, zuletzt abgerufen am 05.05.2022).

⁹ *Schwind, Hans-Dieter*, Kriminologie: Eine praxisorientierte Einführung mit Beispielen, 17. Aufl., 2007, S. 14.

¹⁰ *Nachkebia, Guram*, Methodologische Probleme der Liberalisierungspolitik des georgischen Strafrechts, in: Todua, Nona

andere präventive Maßnahmen außerhalb der Strafgesetzgebung (und der Strafjustiz) der Vorbeugung von Straftaten¹¹ und gehören damit ebenfalls zur Kriminalpolitik.

Die Kriminalpolitik als Bestandteil einer einheitlichen Staatspolitik bedeutet Maßnahmen, die auf den Schutz der Öffentlichkeit und des Individuums gerichtet sind, wobei den Reformen des Strafrechts und des Strafprozesses sowie den Sanktionen eine besondere Bedeutung zukommt.¹²

Als rational lässt sich eine Strafrechtspolitik dann bezeichnen, wenn sie bestehende Gefährdungen für die Öffentlichkeit wahrheitsgemäß einschätzt und beschreibt und dabei sowohl Analyse als auch Reaktion auf kriminologischen Forschungen basieren, die ihrerseits unter Beachtung der verfassungsmäßig gewährleisteten Rechten und Freiheiten durchgeführt wurden.¹³

III. Die Statistik der Strafanwendung

Vor einem detaillierten Blick in die Statistik der Strafanwendungen ist es notwendig, die Zahl von Verurteilungen in Georgien zu betrachten. Im Dezember 2020 betrug die Zahl von Inhaftierten 9.143, wovon 1.646 Beschuldigte und 7.497 zu Freiheitsstrafen Verurteilte waren,¹⁴ damit gab es 250 Inhaftierte pro 100.000 Einwohner.¹⁵

(Hrsg.), Liberalisierungstendenzen der Strafgesetzgebung in Georgien, 2016, S. 73.

¹¹ Bspw. Beseitigung der Arbeitslosigkeit, der Armut und der Obdachlosigkeit, gute Bildungsmöglichkeiten usw. *Shalikashvili, Moris*, Kriminologie, 3. Aufl., 2017, S. 182; *Bjørgero, Tore*, Kriminalprävention: ein ganzheitlicher Ansatz, 2019, S. 48.

¹² *Kaiser, Günther/Kerner, Hans-Jürgen/Sack, Fritz/Schellhoss, Hartmut* (Hrsg.), Kleines Kriminologisches Wörterbuch, 3. Aufl., 1993, S. 280.

¹³ *Schöch, Heinz*, Kriminalpolitik in Zeiten komplexer Bedrohungsformen, in: Lösel, Friedrich/Bender, Doris/Jehle, Jörg-Martin (Hrsg.), Kriminologie und wissenschaftsbasierte Kriminalpolitik, 2007, S. 54; *Schwind, Hans-Dieter*, Kriminologie: Eine praxisorientierte Einführung mit Beispielen, 17. Aufl., 2007, S. 15.

¹⁴ Abrufbar unter: <https://www.geostat.ge> (zuletzt abgerufen am: 02.04.2022).

¹⁵ Abrufbar unter: <https://www.geostat.ge> (zuletzt abgerufen am: 02.04.2022).

3.380 der 7.497 Personen wurden wegen besonders schwerer Straftaten verurteilt, während die verbleibenden 3.299 wegen schwerer Straftaten verurteilt wurden.¹⁶ Von den Verurteilten haben 4.101 Wirtschaftsdelikte, 3.139 Straftaten gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung und 3.075 Straftaten gegen Menschen begangen.¹⁷ Bei 30 Prozent der Straftaten gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung handelt es sich um unerlaubte Herstellung, Produktion, Erwerb, Aufbewahrung, Beförderung, Versendung oder Absatz von Betäubungsmitteln, was zur Erzielung eines wirtschaftlichen Gewinns führte.¹⁸

Im gleichen Zeitraum des Jahres 2020 erreichte der Anteil der sich im Strafvollzug befindenden Verurteilten 19.995, wobei die Zahl der zuständigen Strafvollzugsangestellten 134 betrug. Durchschnittlich kamen damit in der Hauptstadt Tbilisi auf einen Strafvollzugsangestellten 200 Verurteilte, während es in der Region Samegrelo-Oberswanetien 193 waren. Die geringsten Fallzahlen gab es in den Regionen Racha-Letschkhumi (49 Verurteilte auf einen Strafvollzugsangestellten), Samtskhe-Javakheti (68) und Mtskheta-Mtianeti (81). In allen anderen Regionen lag die Zahl der Verurteilten pro Strafvollzugsangestellten bei über 100.¹⁹

Nach statistischen Angaben des Obersten Gerichtshofes von Georgien sieht die Zahl der Verhängung von Strafen in den Jahren 2017 bis 2020 wie folgt aus:²⁰

¹⁶ Nach Art. 12 des georgischen Strafgesetzbuches (im Folgenden abgekürzt als gStGB) gilt als schwer eine solche vorsätzlich begangene Tat, für deren Begehung gemäß diesem Gesetz eine maximale Freiheitsstrafe von nicht mehr als zehn Jahren vorgesehen ist. Als besonders schwer gilt eine solche vorsätzlich begangene Tat, für deren Begehung gemäß diesem Gesetz eine Freiheitsstrafe von mehr als zehn Jahren oder lebenslange Freiheitsstrafe vorgesehen ist.

¹⁷ Abrufbar unter: <https://www.geostat.ge> (zuletzt abgerufen am: 02.04.2022).

¹⁸ Von 3.833 Personen, die Straftaten gegen öffentliche Sicherheit und Ordnung begangen haben, wurden 1.240 Personen (32 Prozent) wegen unerlaubter Herstellung, Produktion, Erwerb, Aufbewahrung, Beförderung, Versendung oder Absatz von Betäubungsmitteln im Jahr 2020 verurteilt (abrufbar unter: <https://www.supremecourt.ge/statistical2020>, zuletzt abgerufen am 02.04.2022).

¹⁹ Abrufbar unter: <https://www.geostat.ge> (zuletzt abgerufen am 02.04.2022).

²⁰ Abrufbar unter: <https://www.supremecourt.ge/statistical2020> (zuletzt abgerufen am 02.04.2022).

Jahr	Summe von Verurteilungen	Freiheitsstrafe	Strafaussetzung zur Bewährung	Geldstrafe	Besserungsarbeit	Gemeinnützige Arbeit	Hausarrest
2017	14517	3559 24.5%	6461 44.5%	3079 21.2%	0	1352 9.3%	36 0.2%
2018	15846	3864 25.0%	7740 48.8%	3207 20.2%	1 0.01%	895 5.6%	20 0.1%
2019	16748	3885 23.2%	8291 49.5%	3353 20%	0	1175 7.0%	41 0.2%
2020	13441	3336 25.7%	6556 50.5%	2151 16.6%	0	917 7.1%	14 0.1%

Aus den dargestellten Angaben ergibt sich, dass der Anteil der Verurteilungen zu einer Freiheitsstrafe bei rund 25 Prozent liegt. Bemerkenswert ist, dass die Fälle der Freiheitsstrafe, die in Verbindung mit bestimmten Auflagen zur Bewährung ausgesetzt wurden, rund 50 Prozent beträgt. Zu erwähnen ist ferner, dass die Überlastung der Strafvollzugseinrichtungen zu einer unzureichenden Aufsicht über die unter Bewährung stehenden Verurteilten führt, was die Wahrscheinlichkeit der Rückfälligkeit erhöht. Darauf weist die Tatsache hin, dass im Dezember 2020 von insgesamt 9.143 Verurteilten und Beschuldigten 3.162 (34,5 Prozent) vorbestraft waren.²¹ Die erneute Straffälligkeit kann u.a. auf eine unzureichende Kontrolle und Beaufsichtigung seitens des Strafvollzugssystems zurück zu führen sein.

Bedauerlicherweise ist die Zahl der Anwendung von Alternativstrafen (Geldstrafe, gemeinnützige Arbeit, Hausarrest) sehr gering. Häufig können die Gerichte aufgrund der finanziellen Lage des Beschuldigten eine Geldstrafe nicht verhängen. Eine Ursache der geringen Anwendung des Hausarrests kann in dem damit verbundenen Einsatz einer elektronischen Fessel liegen. Für den Fall der Beschädigung dieses Geräts ist eine Garantie in Höhe von 5.000 GEL zu hinterlegen, wozu die Verurteilten häufig nicht in der Lage sind.²² Aus diesem Grund wird der Hausarrest nur selten angewendet. Die geringe Rate bei der Verurteilung zu gemeinnütziger Arbeit steht unmittelbar in Verbindung mit unzurei-

chenden Arbeitsplätzen, der Mentalität der Verurteilten und dem Fehlen von erforderlichen Kenntnissen und Fähigkeiten.²³

Zudem ist darauf hinzuweisen, dass ein Grund der Nichtanwendung von nichtfreiheitsentziehenden Strafen in dem Mangel entsprechender Vorschriften des gStGB liegt. Zum Beleg sollen nochmals die statistischen Angaben des Obersten Gerichtshofes von Georgien aus dem Jahr 2020 bemüht werden, wonach die Zahl von Verurteilungen insgesamt 13.411 betrug. 4.015 Angeklagte wurden wegen Wirtschaftsdelikten verurteilt, nur 57 davon zu gemeinnütziger Arbeit und sieben zu Hausarrest. Die Verurteilungen im Bereich der Straftaten gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung betrug 3.833. Nur in 421 Fällen wurde zu gemeinnütziger Arbeit und nur in zwei Fällen zu Hausarrest verurteilt.²⁴ In Prozent ausgedrückt waren es 1,6 bei den wegen Wirtschaftsdelikten und elf bei den wegen Straftaten gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung Verurteilten. Die Anwendung nichtfreiheitsentziehender Strafen wird weiterhin dadurch verhindert, dass der Richter gem. Art 55 gStGB nicht befugt ist, eine unterhalb der Mindeststrafe liegende Strafe oder eine andere mildere Sanktion zu verhängen, solange keine strafprozessuale Absprache zwischen den Parteien zustande gekommen ist.

²¹ Abrufbar unter: <https://www.geostat.ge> (zuletzt abgerufen am 02.04.2022).

²² Siehe die Anordnung des Ministers für Strafvollzug und Bewährung „zur Bestätigung der Umsetzungsregelung des Hausarrests“ vom 28.12.2017, N 146.

²³ *Shalikashvili, Moris*, Zur Erforschung der Alternativstrafen in Georgien, in: Festschrift für Mzia Lekveishvili zum 85. Geburtstag, 2014, S. 101 f.

²⁴ Abrufbar unter: <https://www.supremecourt.ge/statistical2020> (zuletzt abgerufen am 04.04.2022).

IV. Die Politik des Strafens und ihre Analyse anhand statistischer Angaben

Nach dem Rechtsstaatsprinzip ist der Staat verpflichtet, kriminelle Gefahren abzuwehren.²⁵ Diese Aufgabe des Rechtsstaates wird mithilfe der Kriminalpolitik umgesetzt. Im Hinblick auf die Beseitigung krimineller Gefahren ist eine Kriminalpolitik erforderlich, die auf eine ständige Beobachtung und Reduzierung der Inhaftierungsrate gerichtet ist. Dabei spielt die Strafrechtspolitik, nämlich die Politik des Strafens eine entscheidende Rolle.

Die Politik des Strafens und des Strafvollzugs ist in Europa und in den Vereinigten Staaten von Amerika unterschiedlich. Während die Kriminalpolitik in Europa eher von dem Gedanken der Resozialisierung geprägt ist, handelt es sich in Vereinigten Staaten dabei um eine Industrie und einen Wirtschaftsbereich.²⁶ Daher hat die Zahl der Verurteilungen sich in Vereinigten Staaten in den letzten zwanzig Jahren vervierfacht²⁷ und beläuft sich heutzutage auf mehr als zwei Millionen, also 700 Verurteilungen pro 100.000 Einwohner.²⁸ Ein anderes Bild ergibt sich beim Blick auf die westeuropäischen Länder, in denen es ca. 100 Verurteilungen pro 100.000 Einwohner sind.²⁹

Die Anzahl der Inhaftierten hat direkte Auswirkungen auf deren rechtliche Stellung sowie die Verfüg-

barkeit von Resozialisierungs- und Rehabilitierungsangeboten. Durch den Anstieg bei den Inhaftierungen wird die Resozialisierung und Rehabilitation der Gefangenen erschwert.³⁰ Je geringer die Zahl der Inhaftierten ist, desto mehr finanzielle und Humanressourcen stehen dem Staat für deren Betreuung zur Verfügung. Um eine Resozialisierung der Inhaftierten zu erreichen, bedarf es außerdem qualifizierten Personals, einer hohen Verfügbarkeit bzw. häufigen Durchführung von Resozialisierungsprogrammen, einer kontinuierlichen Beobachtung und Evaluation des Strafvollzugssystems und auch eines in der Gesellschaft vorhandenen Wissens um die Bedeutung der Resozialisierung.³¹

Zum Schutz des Rechts der Inhaftierten auf Leben und Gesundheit waren die Amnestie und die Begnadigungen von 2013 freilich wichtig. Diese führten zu einer Verringerung der Anzahl der Inhaftierten, was die Planung und Umsetzung von Rehabilitierungsmaßnahmen ermöglichte. Im Jahr 2011 betrug die Zahl der Inhaftierten in Georgien 24.114, d.h. 540 Verurteilungen pro 100.000 Einwohner,³² was – abgesehen von der Russischen Föderation – einen Höchstwert in Europa darstellte. In diesem Zeitraum betrug die Zahl der Probationen (bei der Bewährung oder der Aussetzung der Strafvollstreckung zur Bewährung) 38.681.³³

Durch die Amnestie und die Begnadigungen von 2013 verringerte sich die Anzahl der Inhaftierten auf 8.994 und die der Probationen auf 13.642.³⁴ Nach 2013 gab es eine wachsende Tendenz der Rechtsprechung zu Probationen und wie bereits erwähnt, belief sich die Zahl der Verurteilten im Strafvollzug bis 2020 auf

²⁵ Schwabe, Jürgen, Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, 2011, S. 381.

²⁶ Im Jahr 1999 waren in den Vereinigten Staaten über 100.000 Menschen in 3.400 Gefängnissen beschäftigt. Die Gesamtkosten betragen dabei mehr als 65 Milliarden Dollar, Christie, Nils, Kriminalitätskontrolle als Industrie: Auf dem Weg zu Gulags westlicher Art, 2017, S. 169.

²⁷ Schneider, Hans Joachim, Kriminalpolitik an der Schwelle zum 21. Jahrhundert, 1998, S. 7.

²⁸ Barrows, Randel, Strafrechtspolitik und Straftat: kritische internationale Besprechung, in: Javakhishvili, Nino (Hrsg.), Zum Lehrkurs: Soziale Arbeit im Rahmen der Strafgerichtsbarkeit, 2014, S. 109.

²⁹ In Finnland sind es 53 Verurteilte pro 100.000 Einwohner, in Norwegen 44, in Deutschland 83, in Belgien 90, Schneider, Hans Joachim, Kriminalpolitik an der Schwelle zum 21. Jahrhundert, 1998, S. 7; Barrows, Randel, Strafrechtspolitik und Straftat: kritische internationale Besprechung, in: Javakhishvili, Nino (Hrsg.), Zum Lehrkurs: Soziale Arbeit im Rahmen der Strafgerichtsbarkeit, 2014, S. 111; Christie, Nils, Grenzen des Leids: Die Rolle des Strafens in der Strafvollzugspolitik, 2017, S. 47.

³⁰ Barrows, Randel, Strafrechtspolitik und Straftat: kritische internationale Besprechung, in: Javakhishvili, Nino (Hrsg.), Zum Lehrkurs: Soziale Arbeit im Rahmen der Strafgerichtsbarkeit, 2014, S. 108.

³¹ Barrows, Randel, Strafrechtspolitik und Straftat: kritische internationale Besprechung, in: Javakhishvili, Nino (Hrsg.), Zum Lehrkurs: Soziale Arbeit im Rahmen der Strafgerichtsbarkeit, 2014, S. 107.

³² Einheitlicher Statistikbericht zum Strafrecht, Dezember 2011 (abrufbar unter: <https://geostat.ge/media/16919/2011-wlis-dekembri-angariSi.pdf>, zuletzt abgerufen am 04.04.2022).

³³ Einheitlicher Statistikbericht zum Strafrecht, Dezember 2011 (abrufbar unter: <https://geostat.ge/media/16919/2011-wlis-dekembri-angariSi.pdf>, zuletzt abgerufen am 04.04.2022).

³⁴ Einheitlicher Statistikbericht zum Strafrecht, November 2013 (abrufbar unter: <https://geostat.ge/media/16919/2011-wlis-dekembri-angariSi.pdf>, zuletzt abgerufen am 04.04.2022).

19.995. Bemerkenswert ist auch, dass im Jahr 2017 22.857 Probationen registriert wurden. Daraus geht hervor, dass nach 2013 die Anzahl der Inhaftierungen nicht mehr zugenommen hat, jedoch die Zahl der Probationen gestiegen ist, nämlich im Vergleich zu 2013 auf 46 Prozent im Jahr 2020.

Fraglich ist vor allem, warum in Georgien die Zahl der Verurteilungen, darunter auch die zu Freiheitsstrafen nicht sinkt. Eine Verringerung bei der Ausurteilung von Freiheitsstrafen ist direkt mit der Politik des Strafens verbunden. In diesem Zusammenhang ist auf einige Faktoren hinzuweisen:

1. Eine Strafe wird häufig nicht ultima ratio bzw. als letztes mögliches Mittel, d.h. „wenn der nichtstrafrechtliche Weg zum Rechtsgutsschutz erschöpft ist“³⁵ verhängt. Meist stellt sich eine Strafe schon als erste Reaktion des Staates dar.³⁶ Bspw.³⁷ entfaltet im Fall von häuslicher Gewalt eine Schutz- oder Unterlassungsordnung keine ausreichende Wirkung, sodass hier die Kriminalstrafe keine ultima ratio darstellt.³⁸ Allein aufgrund des formellen Vorhandenseins nichtstrafrechtlicher Maßnahmen kann die Anwendung strafrechtlicher Maßnahmen mittels des ultima ratio-Prinzips nicht ausgeschlossen werden. Gleichwohl stehen im Fall der häuslichen Gewalt auf dem nichtstrafrechtlichen Weg zur Er-

langung des Rechtsgutsschutzes meist noch weitere Mittel (z.B. Mediation) zur Verfügung.

2. Die Kriminalpolitik/Politik des Strafens hat oft einen situativen Ansatz, der schnell und ohne gründliche Forschung zur Problemlösung und Erwägung geeigneter Mittel (Nichtanwendung von Strafe) angewendet wird. Eine derartige Kriminalpolitik kann strafrechtlichen Problemen jedoch nur kurzfristig entgegenwirken.
3. Die Kriminalpolitik/Politik des Strafens beruht nicht auf wissenschaftlichen Forschungen. Der Zweck der kriminologischen Forschung besteht darin, die Gründe für die Begehung von Straftaten zu erklären und diesbezüglich eine gezielte staatliche Politik zu ermöglichen. Die Kriminalpolitik sollte daher die Zielsetzung haben, die Zahl der Verurteilungen zu verringern.
4. Die erhebliche Dauer der Freiheitsstrafe ist als grundsätzliches und gewichtiges Problem zu identifizieren, das eine Verringerung der Inhaftierungszahlen unmöglich macht. Anhand von Art. 177 Abs. 3 und Art. 180 Abs. 2 gStGB lässt sich dies gut verdeutlichen, wenn wegen gemeinschaftlichen Diebstahls oder Betrugens mit einem Schadenswert von mehr als 150 GEL (knapp 50 EUR) bereits eine Freiheitsstrafe von vier bis sieben Jahren droht.
5. Zur Verringerung der Anwendung von Strafe wäre die Einführung des Instituts der Mediation wichtig. Der Wille des Geschädigten ist in der Regel die Wiederherstellung des früheren Zustandes. Bei Wirtschafts- und Vermögensdelikten kommt insofern eine Mediation unter der Bedingung der Entschädigung des Opfers durch den Täter in Betracht. Damit ließe sich in diesem Kriminalitätsbereich eine größere Anzahl von Verurteilungen und Inhaftierungen vermeiden. Die Mediation wäre ebenfalls ein effektives Mittel bei häuslicher Gewalt, wenn sie parallel zur einer Unterlassungsordnung stattfindet. Dadurch könnten langfristig eine friedliche Entwicklung der Gesellschaft ermöglicht und die negativen Folgen der Strafverfolgung wegen häuslicher Gewalt – namentlich zerstörte, desorientierte und sozial verwüstete Familien – vermieden werden.
6. Auch besteht ein direkter Zusammenhang zwischen der Reduzierung der Straftatbegehung, der Anzahl von Inhaftierungen und der sozioökonomischen Lage des Landes. Nach statistischen Angaben des

³⁵ Entscheidung des Georgischen Verfassungsgerichts vom 24.10.2015, N 1/4/592, *Beka Tsikarishvili* gegen das Georgische Parlament, II-37, (abrufbar unter: <https://www.const-court.ge/ka/judicial-acts?legal=1043>, zuletzt abgerufen am 05.05.2022).

³⁶ *Bakhtadze, Ushangi*, Kriminologische Analyse des Kriminalisierungsprozesses, 2021, S. 32.

³⁷ Zu weiteren Beispielen für die Anwendung von Kriminalstrafe als erster Reaktion des Staates siehe *Bakhtadze, Ushangi*, Kriminologische Analyse des Kriminalisierungsprozesses, 2021, S. 32 ff.

³⁸ Im Jahr 2021 wurden in Georgien 9.376 Unterlassungsordnungen erlassen und 4.767 Fälle als häusliche Gewalt nach Art. 1261 gStGB qualifiziert. Bedauerlicherweise lässt sich hier nicht feststellen, wie viele der Unterlassungsanordnungen mit dem Auftreten von häuslicher Gewalt in Verbindung stehen. Es wird jedoch vermutet, dass es häufig genau nach dem Ablauf der Unterlassungsanordnung zu häuslicher Gewalt kommt. Siehe www.police.ge (zuletzt abgerufen am 09.04.2022). Die Praxis im Bereich der häuslichen Gewalt zeigt, dass eine Unterlassungsanordnung in der Regel erfolglos ist. Siehe *Khatiashvili, Goga*, Wichtige Stellungnahmen der allgemeinen Gerichte zu den Fällen von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt 2016-2018, 2019, S. 52, 69, 107.

Obersten Gerichtshofes von Georgien waren in den letzten Jahren 80 bis 85 Prozent der Verurteilten zum Zeitpunkt der Straftatbegehung arbeitslos. Die Bekämpfung der Arbeitslosigkeit oder die Einführung staatlicher Leistungen für Arbeitslose kann zu einer Verringerung der Strafbegehung führen. Interessant ist die Tatsache, dass im Dezember 2020 von 7.497 Verurteilten 4.101 ein Wirtschafts- oder Vermögensdelikt begangen haben. Ein Gefangener kostet den Staat pro Tag 40 GEL (rund 12,69 Euro).³⁹ Wenn der Staat dem Verurteilten auch nur die Hälfte dieses Geldes als Arbeitslosengeld gäbe, wäre es denkbar, dass sich in vielen Fällen eine Straffälligkeit vermeiden ließe.

In diesem Zusammenhang ist auch zu erwähnen, dass eine Freiheitstrafe regelmäßig die Risiken der Rückfälligkeit und der Verschlechterung des Gesundheitszustandes⁴⁰ erhöht. Nach Angaben aus dem Jahr 2020 ist es bei 34,5 Prozent der Inhaftierten zu wiederholter Straffälligkeit gekommen.⁴¹

Außer der Absenkung von Strafraumen und der Reduzierung der Anzahl von Inhaftierten ist es wichtig, die sich im gStGB ausdrückende Politik des Strafans auch mit Blick auf die Schwere der Tat zu überarbeiten. Das geltende gStGB hat seit dem Jahr 2000 bis heute 238 Änderungen erlebt. Diese Änderungen haben viele Fragen offen gelassen und teilweise Widersprüche zu anderen Vorschriften hervorgerufen. Als wichtigstes Problem zeigt sich die weitläufige Unverhältnismäßigkeit der Strafans, die sich bei einem Blick in die Delikte des Besonderen Teils gut erkennen lässt. So ist bspw. für einen gemeinschaftlichen Diebstahl nach Art. 177 Abs. 3 gStGB eine höhere Strafe als für eine vorsätzliche

schwere Gesundheitsschädigung nach Art. 117 gStGB vorgesehen. Die gleichen Strafraumen sind bei dem Diebstahl in großem Umfang nach Art. 177 Abs. 4 lit. b gStGB und bei der Folter nach Art. 144¹ gStGB vorgesehen. Ebenso ist dies der Fall bei der gemeinschaftlichen Beraubung nach Art. 178 Abs. 3 lit. a gStGB und der Vergewaltigung nach Art. 137 Abs. 1 gStGB. Ein dringend zu lösendes Problem ist zudem die strafrechtliche Behandlung der Betäubungsmitteldelikte, die in unterschiedlichen Regelwerken normiert sind und mehr Klarheit benötigen. Seit dem Jahr 2015 ist das entsprechende Kapitel der Betäubungsmittelstraftaten im gStGB aufgrund einer Entscheidung des Georgischen Verfassungsgerichts und daraufhin durchgeführter Änderungen zersplittert. Das Thema der Betäubungsmittelstraftaten betrifft viele Menschen und die Tendenz nimmt weiter zu. Die strafrechtliche Regulierung des Umgangs mit Betäubungsmitteln ist über verschiedene Vorschriften verstreut, was deren Bestimmtheit und Verständlichkeit erschwert. Aus diesem Grund ist ein eigenständiges Betäubungsmittelstrafgesetzbuch zu fordern, durch das sämtliche Betäubungsmittel detailliert und differenziert reguliert werden. Die Notwendigkeit der Einführung eines derartigen Gesetzbuches ist auch durch die gesellschaftlichen Herausforderungen bedingt, die eine Darstellung und Regelung der Materie in klar erkenn- und vorhersehbaren Vorschriften verlangt.⁴²

V. Fazit

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass es eines bedachten und vorsichtigen Umgangs mit der Sanktion der Freiheitstrafe bedarf, wenn der Staat die Resozialisierung der Verurteilten, deren Möglichkeit, ihr gesellschaftliches Ansehen wiederherzustellen, sowie die Verringerung der Belastungen durch eine Inhaftierung verfolgt. Die Strafe als eine Form der Zufügung von Leid ist nur ausnahmsweise und als letztes geeignetes Mittel anzuwenden.⁴³ Es ist wünschenswert, statt Alter-

³⁹ Aebi, Marcelo f./Tiago Mélanie M., (2021). SPACE I – 2020 – Council of Europe Annual Penal Statistics: Prison populations, Strasbourg: Council of Europe, 2020, S. 130.

⁴⁰ Im Jahr 2017 wurden 953 Inhaftierte in acht Strafvollzugsanstalten befragt. Laut der Umfrage verwiesen 21 bis 23 Prozent der Befragten auf eine erhebliche Verschlechterung der Gesundheitszustandes bereits im ersten Jahr der Haft, 37 Prozent der Befragten bei einer Haftdauer von drei bis sechs Jahren und 64 Prozent der Befragten bei einer Haftdauer von über neun Jahren. Siehe Sonderbericht des Ombudsmans Georgiens: Einfluss der Haftbedingungen auf den Gesundheitszustand der Gefangenen, 2018, S. 129.

⁴¹ Abrufbar unter: <https://www.geostat.ge> (zuletzt abgerufen am 10.04.2022).

⁴² Entscheidung des Georgischen Verfassungsgerichts vom 30.10.2008, N 2/3/406,408, Ombudsman Georgiens und Assoziation junger georgischer Juristen gegen das Georgische Parlament, II-36, (abrufbar unter: <https://www.constcourt.ge/ka/judicial-acts?legal=390>, zuletzt abgerufen 05.05.2022).

⁴³ Christie, Nils, Grenzen des Leids: Die Rolle des Strafans in der Strafvollzugspolitik, 2017, S. 20.

nativstrafen Alternativen zu Strafen einzuführen.⁴⁴ In den skandinavischen Ländern wurde eine Reduzierung der Inhaftierungszahlen durch eine generelle Abmilderung der Strafraumen verringert.⁴⁵ Die Paradebeispiele hierfür sind Finnland und Dänemark, die noch im 20. Jahrhundert über 250 Inhaftierte pro 100.000 Einwohner verzeichneten⁴⁶ und heutzutage weltweit die niedrigsten Quoten aufweisen.

Unter Berücksichtigung der oben genannten Punkte ist eine staatliche Kommission zur Überarbeitung des gStGB einzusetzen, die vor allem unter der Beteiligung von Juristen, Soziologen und Psychologen für die Schaffung einer liberalen Politik des Strafens verantwortlich ist. Wünschenswert wäre auch die Schaffung eines eigenständigen Betäubungsmittelstrafgesetzbuches, das alle relevanten Vorschriften umfasst und Normenklarheit bezüglich der Betäubungsmitteldelikte ermöglicht.

⁴⁴ *Christie, Nils*, Grenzen des Leids: Die Rolle des Strafens in der Strafvollzugspolitik, 2017, S. 20.

⁴⁵ *Christie, Nils*, Kriminalitätskontrolle als Industrie: Auf dem Weg zu Gulags westlicher Art, 2017, S. 68.

⁴⁶ *Christie, Nils*, Kriminalitätskontrolle als Industrie: Auf dem Weg zu Gulags westlicher Art, 2017, S. 64.