

Zwei verfeindete Lager*

Bei einem wie immer spannungsgeladenen Fußballspiel der A-Mannschaft und der B-Mannschaft löst eine umstrittene Schiedsrichterentscheidung auf den Rängen zwischen Fans beider Mannschaften eine Schlägerei aus: Vier Fußballfans, zwei Fans der A-Mannschaft, G und L, und zwei Fans der B-Mannschaft, H und M, sind ineinander verkeilt. Als G im Verlaufe der tätlichen Auseinandersetzungen sieht, dass H plötzlich und unerwartet mit einem Schlagring zum Schlag gegen ihn ausholt, kontert G mit einem kräftigen Schwinger, der H von den Beinen holt. H fällt so unglücklich auf den Beton, dass er regungslos liegen bleibt.

Ungerührt zieht G dem H dessen Fan-Schal als Trophäe ab und behält ihn für sich. H verstirbt später auf dem Weg ins Krankenhaus, ohne das Bewusstsein wieder erlangt zu haben. G hatte zwar erkannt, dass H schwer verletzt ist und vielleicht sogar sterben könnte, jedoch nichts unternommen, weil es um einen Fan der B-Mannschaft nicht schade sei. Möglicherweise hätte H bei sofortiger ärztlicher Hilfe gerettet werden können.

Als sich nach einer Weile die Ordner dem Tatort nähern, wo H immer noch am Boden liegt, flieht G in Richtung Ausgang. Den Ordnern gelingt es zwar nicht, ihn festzuhalten, einer von ihnen, O, vermag ihm jedoch die Umhängetasche zu entreißen, in der er zu Recht die Ausweispapiere des G vermutet. Er liefert diese nebst Tasche bei der Polizei ab. Bei dem festen Zugriff des O auf die Umhängetasche trägt G Hautabschürfungen an der Schulter davon.

Dieser Vorgang führt natürlich zu heftigen Reaktionen seitens der Fans der B-Mannschaft. Sie gipfeln in einem von Z unterzeichneten in A-Stadt verteilten Flugblatt, wonach alle Fans der A-Mannschaft Mörder seien. Y ist wie viele andere treue Fans der A-Mannschaft empört.

*Prüfen Sie die Strafbarkeit von G, O und Z nach dem StGB.
Strafanträge sind - soweit erforderlich - gestellt.*

* Diese Klausur wurde im Januar 2004 im Rahmen des 1. juristischen Staatsexamens und im Mai 2005 als Examensklausurenkurs gestellt.

Lösungsskizze

I. Strafbarkeit des G

1. Körperverletzung (§ 223 StGB)¹

G könnte sich einer Körperverletzung schuldig gemacht haben. Eine Körperverletzung ist tatbestandlich gegeben. Der Sachverhalt legt jedoch die Annahme nahe, dass das Verhalten durch Notwehr (§ 32 StGB) gerechtfertigt ist. Auch wenn man von einer Einwilligung des G in die Rauferei ausgeht, ist diese Art des Vorgehens des H, nämlich die Verwendung des Schlagrings, davon nicht abgedeckt. Der Angriff des H war also rechtswidrig. Auch im Hinblick auf den von H verwendeten Schlagring war die Verteidigungshandlung erforderlich. Zu erwägen ist, ob sie auch geboten war. Hier kann man in eine Diskussion der Provokationsfrage eintreten. Doch abgesehen davon, dass der Ablauf der Schlägerei im einzelnen unklar ist, gilt der Grundsatz, dass G sich jedenfalls nicht so weit zurücknehmen muss, dass er einen Schlag mit dem Schlagring dulden muss.

Natürlich kann man die Prüfung auch mit dem Tatbestand der Körperverletzung mit Todesfolge (§ 227 StGB) beginnen. Auch dann sollte freilich zunächst das Grunddelikt geprüft werden, weil an eine gerechtfertigte Körperverletzung eigentlich keine Körperverletzung mit Todesfolge anknüpfen kann. Völlig verfehlt wäre es hier, mit einer versuchten Tötung durch Unterlassen nach dem Motto „schwereres Delikt“ zu beginnen. Dadurch würde der Ablauf des Falles - die Prüfung des Schlages ist im Hinblick auf eine etwaige Garantenstellung aus Ingerenz vorgreiflich - auf den Kopf gestellt.

2. Beteiligung an einer Schlägerei (§ 231 StGB)

Eine Schlägerei ist eine mit gegenseitigen Körperverletzungen verbundene Auseinandersetzung, an der mehr als zwei Personen beteiligt sind (BGHSt 31, 124). Eine etwaige Einwilligung in die Rauferei ist unmaßgeblich, da es sich nicht um ein disponibles Rechtsgut handelt (Paeffgen, in: NK-StGB, § 231 Rdnr. 12). Der Eintritt des Todes ist objektive Bedingung der Strafbarkeit. Der Tod des H stellt sich als die Realisierung der in der Schlägerei angelegten Gefahr dar (hierzu auch Lackner/Kühl, StGB, 25. Aufl. 2004, § 231 Rdnr. 5). Es fragt sich, ob die objektive Bedingung der Strafbarkeit auch gegeben ist, wenn die schwere Folge durch eine Notwehrhandlung ausgelöst wird. Diese Frage war Gegenstand der Entscheidung BGHSt 39, 305 (vgl. auch die Anmerkungen und Kommentare dazu von Stree, JR 1994, 370; Seitz, NStZ 1994, 185; Jung, JuS 1994, 263; Wagner JuS 1995, 296).

¹ Eine „problemfreundliche“ Prüfung könnte mit § 224 beginnen, weil diese Gelegenheit bietet, zu dem Qualifikationsmerkmal der lebensgefährlichen Behandlung Stellung zu beziehen.

Der BGH hat in dieser Entscheidung eine Art „Trennungsthese“ verfochten, wonach dem Angegriffenen zwar das Notwehrrecht verbleibe, wegen der besonderen Struktur des § 227 a. F. StGB aber eine Bestrafung wegen dieser Tat unberührt bleibe, zumal § 32 StGB nicht so zu verstehen sei, dass ein Tun unter jedem Blickwinkel erlaubt sei. Diese Auslegung ist nicht unangefochten geblieben. Hinter dem Streit steht die fortdauernde Kontroverse über die Struktur des § 231 StGB. Insofern kann man die Auffassung vertreten, dass derjenige Rauber, der gerechtfertigt die schwere Folge herbeiführt, nicht wegen § 231 StGB zu bestrafen sei. Solche Interpretationen laufen allerdings letztlich darauf hinaus, den Eintritt der schweren Folge zu einem Tatbestandsmerkmal aufzuwerten (vgl. etwa Rönnau/Bröker, GA 1995, 549, 567).

3. Mord durch Unterlassen (§§ 211, 13 StGB)

Wegen seiner Untätigkeit im Angesicht der tödlichen Verletzung könnte sich G wegen eines Mordes durch Unterlassen schuldig gemacht haben. Da H jedoch nur *möglicherweise* hätte gerettet werden können, wenn G sofort Hilfe geholt hätte, fehlt es zur Bejahung der Kausalität an dem Merkmal mit „an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit“. Zu einem anderen Ergebnis mag man gelangen, wenn man die Risikoerhöhungslehre vertritt.

4. Versuchter Mord durch Unterlassen (§§ 211, 13, 22 StGB)

In subjektiver Hinsicht wird man wohl vom Vorliegen eines *dolus eventualis* ausgehen müssen. Die verschiedenen hier zur Abgrenzung vertretenen Ansätze sollten (kurz) skizziert werden.

Eine Garantenstellung, die vom Vorsatz umfasst sein muss, könnte sich aus Ingerenz ergeben. Zwar geht man überwiegend davon aus, dass durch Notwehr *gerechtfertigtes* gefahrbe gründendes Vorverhalten diese Garantenstellung nicht auslöst (BGHSt 23, 327). Insofern kommt die Handlung des G, die die schwere Folge ausgelöst hat, als solche nicht in Betracht, weil § 32 StGB greift. Wohl aber war die Beteiligung an der Schlägerei sowohl gefahrbe gründend als auch rechtswidrig, vorausgesetzt man verfolgt zu § 231 StGB die Linie konsequent weiter, die BGHSt 39, 305 vorgegeben hat. Dann liegen die Voraussetzungen von Ingerenz vor. Die Tatsache, dass *möglicherweise* auch andere Teilnehmer an der Schlägerei handlungspflichtig waren, entlastet G nicht. Man kann sich natürlich die Frage stellen, ob man angesichts der Tatsache, dass die objektive Bedingung der Strafbarkeit erst nachher eingetreten ist, von einem *vorangegangenen* gefahrbe gründenden Tun sprechen kann. Wenn

man das Konzept der objektiven Bedingung der Strafbarkeit bei all seiner Problematik konsequent zu Ende denkt, wird man dies wohl bejahen können.

Als Mordmerkmal kommt das Vorliegen niedriger Beweggründe in Betracht, also solcher Beweggründe, die auf tiefster Stufe stehen und daher besonders verwerflich sind. Hierzu kann man - ähnlich wie bei Ausländerhass (z.B. Neumann, in: NK-StGB, § 211 Rdnr. 33) - die menschenverachtende Einstellung zu einem Fan der anderen Mannschaft zählen. Vor dem Hintergrund der Erregung durch die Schlägerei ist auch die Verneinung des Mordmerkmals vertretbar.

5. Raub (§ 249)

Die Annahme eines Raubes im Hinblick auf den Fan-Schal scheidet wegen des mangelnden finalen Zusammenhangs aus. Die Nötigung muss also gerade als Mittel zur Wegnahme eingesetzt werden. Hier wird die Wirkung der ohne Wegnahmewillen eingesetzten Gewalt lediglich ausgenutzt (statt vieler Rengier, Strafrecht BT I, 7. Aufl. 2005, S. 124).

6. Diebstahl (§ 242)

Durch das Ansichnehmen des Schals könnte G einen Diebstahl begangen haben. Hier kommt es entscheidend auf die Gewahrsamsfrage an. Das Problem liegt darin, dass H bewusstlos ist und bis zu seinem Tode das Bewusstsein nicht wiedererlangt hat. Es geht also um die Frage, ob ein bewusstloser Sterbender Herrschaftswillen haben kann. Dies wird überwiegend bejaht. Es soll offenbar nur darauf ankommen, dass der Gewahrsam irgendwann einmal willentlich begründet worden ist (Kindhäuser, LPK-StGB, 2. Aufl. 2005, § 242 Rdnr. 29; Wessels/Hillenkamp, Strafrecht BT/2, 27. Aufl. 2003, S. 39). Seelman/Pfohl, JuS 1997, 199, verlangen dagegen eine Nutzungsmöglichkeit. Kargl (JuS 1996, 971) deutet die in einer Bejahung des Herrschaftswillens liegende gewisse Vergeistigung des Gewahrsamsbegriffs so, dass das Gewahrsamserfordernis (nur) gegen die Ausübung des Faustrechts gerichtet sei. Wer einen fortdauernden Gewahrsam verneint, müsste wohl zur Annahme eines versuchten Diebstahls gelangen.

7. Konkurrenzen

Diskussionsbedürftig ist hier namentlich die Frage der Konkurrenz zwischen § 231 StGB und §§ 211, 22 StGB. Überträgt man die Grundsätze, die der BGH (BGH, NSTZ 2000, 29, 30) für

das Verhältnis der Körperverletzung mit Todesfolge zum Totschlag durch Unterlassen entwickelt hat, auf die vorliegende Konstellation, so kann man zu der Annahme von Tateinheit zwischen der Beteiligung an der Schlägerei und dem versuchten Mord bzw. versuchten Totschlag durch Unterlassen gelangen (Stichwort: Todeserfolg als verbindendes Element). Vertretbar erscheint auch die Annahme von Tatmehrheit, schwerlich dagegen die Annahme von Gesetzeskonkurrenz.

II. Strafbarkeit des O

1. Raub (§ 249 StGB)

Die Umhängetasche nebst Inhalt ist ein taugliches Tatobjekt. O wendet auch Gewalt an. Es fehlt jedoch an der Zueignungsabsicht.

2. Nötigung (§ 240 StGB)

Angesichts der Vorgaben im Sachverhalt muss man die für die bekannten „Handtaschenfälle“ differenziert zu beurteilende Gewaltfrage hier positiv beantworten (vgl. Maurach/Schroeder/Maiwald, Strafrecht BT, Tbd 1, 9. Aufl. 2003, S. 411 f.). G wird zu einem Dulden durch Wegnahme der Tasche genötigt. Fraglich ist, ob das Verhalten rechtswidrig ist. Im Rahmen der Vorschrift des § 240 Abs. 2 StGB sollten die Bearbeiterinnen und Bearbeiter zunächst auf das Vorliegen von Rechtfertigungsgründen eingehen. Hier kommt § 127 StPO in Betracht. O hätte in der Situation ein Festnahmerecht. Nun hat er zwar G nicht persönlich festgenommen. Doch wird der Zugriff auf die Tasche, die ja mit derselben Zielrichtung, nämlich zum Zwecke der Identifizierung erfolgte, von § 127 StPO miterfasst (vgl. z.B. Wessels/Beulke, Strafrecht AT, 34. Aufl. 2004, S. 124). Dies gilt auch, wenn der Zugriff auf die Tasche mit dem Identifikationspapier gewaltsam erfolgte.

3. Körperverletzung (§ 223 StGB)

Verfehlt wäre es, angesichts der Vorgaben des Sachverhalts die Körperverletzung an der Erheblichkeitsschwelle scheitern zu lassen oder den bedingten Vorsatz zu verneinen. Der für die Festnahme von Personen geltende Grundgedanke, wonach derjenige, der sich der Festnahme widersetzt oder sich ihr gewaltsam zu entziehen versucht, auch Eingriffe in seine körperliche Unversehrtheit zur Überwindung des Widerstandes dulden muss (so schon RGSt 34, 443 [446] sowie neuerdings sehr weitgehend BGHSt 45, 378; vgl. dazu u.a. Mitsch, JuS 2000, 848; Kühne, Strafprozessrecht, 6. Aufl. 2003, S. 240), muss auch für die Wegnahme

von Gegenständen gelten, so dass die an sich gegebene Körperverletzung nach § 127 StPO gerechtfertigt ist.

III. Strafbarkeit des Z

1. Beleidigung (§ 185 StGB)

Durch die Verteilung des Flugblattes könnte sich Z der Beleidigung schuldig gemacht haben. Problematisch ist hier zunächst, wer überhaupt beleidigt ist. In Betracht zu ziehen ist sowohl eine Kollektivbeleidigung, also eine Beleidigung, die sich gegen die Personengesamtheit aller Fans der A-Mannschaft richten könnte, als auch eine Beleidigung unter einer Kollektivbezeichnung, durch die die Ehre von Individualpersonen, darunter denkbarerweise auch Y, verletzt worden sein könnte. Die Fans der A-Mannschaft sind sicher keine Personengemeinschaft, die selbständig beleidigungsfähig ist (zu den Voraussetzungen Wessels/Hettinger, Strafrecht BT/1, 28. Aufl. 2004, S. 139). Eher schon ist an das Vorliegen einer Beleidigung durch Kollektivbezeichnung zu denken (näher Zaczyk, in: NK-StGB, Rdnrn. 27 ff. vor § 185). Voraussetzung dafür ist, dass sich die bezeichnete Personengruppe aufgrund bestimmter Merkmale so deutlich aus der Allgemeinheit abhebt, dass der Kreis der Betroffenen klar abgegrenzt und überschaubar ist (BayObLG, NJW 1990, 1742). Hinsichtlich der Fans einer Mannschaft wird man hier geteilter Meinung sein können. Einerseits sind sie möglicherweise geographisch weit verteilt. Auch wird es zwischen Sympathisanten und den „eigentlichen“ Fans fließende Übergänge geben. Trotzdem erscheint es vertretbar, den engeren Kern, der sich ja auch durch entsprechende Kennzeichen, Clubs etc. zu einem Verein bekennt, als eine in diesem Sinne überschaubare Gruppe zu betrachten. Die Aktion zielte im übrigen darauf ab, jedenfalls die Fans in A-Stadt gezielt anzusprechen. Insofern kann man durchaus von einer Beleidigung der in A-Stadt ansässigen Fans der A-Mannschaft ausgehen (nach wie vor grundlegend zum Ganzen Androulakis, Die Sammelbeleidigung, 1970; Wagner, JuS 1978, 674). Die gegenteilige Position ist natürlich gleichermaßen vertretbar.

Die Bezeichnung *aller* Fans der A-Mannschaft als Mörder stellt trotz des realen Hintergrundes wegen der überzeichnenden Verallgemeinerung ein Werturteil dar. Wer die Möglichkeit einer Beleidigung durch Sammelbezeichnung bejaht, wird daher zur Annahme einer Beleidigung gelangen.