

Strafrechtliche Assessorklausuren

Brunner / Lafleur / Schwabenbauer

13., neu bearbeitete Auflage 2026
ISBN 978-3-8006-7736-8
Vahlen

schnell und portofrei erhältlich bei
[beck-shop.de](https://www.beck-shop.de)

Die Online-Fachbuchhandlung [beck-shop.de](https://www.beck-shop.de) steht für Kompetenz aus Tradition. Sie gründet auf über 250 Jahre juristische Fachbuch-Erfahrung durch die Verlage C.H.BECK und Franz Vahlen. [beck-shop.de](https://www.beck-shop.de) hält Fachinformationen in allen gängigen Medienformaten bereit: über 12 Millionen Bücher, eBooks, Loseblattwerke, Zeitschriften, DVDs, Online-Datenbanken und Seminare. Besonders geschätzt wird [beck-shop.de](https://www.beck-shop.de) für sein umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

ein Zurückfallen der Entscheidungskompetenz bietet, nachdem der Antrag in die Hand des Richters gelegt wurde. Diese Sichtweise trägt dem grundgesetzlich verbürgten Rechtsschutz durch vorrangige richterliche Entscheidung Rechnung. Der Ausnahmefall, dass nach einem Antrag an den Ermittlungsrichter neue Umstände entstehen oder bekannt werden und daher die Möglichkeit einer Eilentscheidung durch die Staatsanwaltschaft wieder auflebt, ist nicht gegeben.

Es kommt daher nicht mehr darauf an, ob die Staatsanwaltschaft zu Recht Gefahr im Verzug angenommen hat. Auch daran bestehen aber durchgreifende Zweifel. Wie das Gericht zu Recht ausführt, ist nicht klar, warum nicht wenigstens eine Rumpfakte binnen einer Stunde hätte erstellt werden können. Im Übrigen erschließt sich nicht ohne Weiteres, warum der Bruder des Angeklagten – der von sich aus mit der Polizei in Kontakt getreten ist – nunmehr den Angeklagten (noch an diesem Abend) warnen sollte. Eine derartige Annahme ohne eine greifbare Tatsachengrundlage bleibt eine für die Annahme einer Eilkompetenz unzureichende Hypothese. 35

Der Verstoß gegen den Richtervorbehalt zieht vorliegend auch ein Beweisverwertungsverbot nach sich. Zwar fehlt es an der gesetzlichen Anordnung desselben (anders zB: § 136a III StPO). Auch kennt die deutsche StPO keinen allgemeinen Grundsatz, wonach eine rechtswidrige Ermittlungsmaßnahme stets ein Beweisverwertungsverbot nach sich zöge (schon die gesetzliche Anordnung in Einzelfällen spricht gegen ein pauschales Verbot). Vielmehr ist über die Frage eines Beweisverwertungsverbots unter Abwägung der widerstreitenden Interessen zu entscheiden. Die Schwere des Eingriffs in die grundrechtlich geschützten Positionen des Betroffenen ist dem ebenfalls verfassungsrechtlich verbürgten Interesse des Staates (und seiner Bürger) an einer effektiven Strafverfolgung gegenüber zu stellen. Vorliegend streitet für die Annahme eines Beweisverwertungsverbots das hohe Schutzgut der häuslichen Wohnung mit ihrer Privatsphäre. Andererseits – und das fällt regelmäßig besonders schwerwiegend ins Gewicht – handelt es sich lediglich um einen Verstoß gegen formelles Recht; materiell war die Durchsuchung rechtmäßig. In einer solchen Situation kommt die Annahme eines Beweisverwertungsverbots nur dann in Betracht, wenn ein schwerwiegender, bewusster oder gar willkürlicher Verstoß gegen den (im Falle der Wohnungsdurchsuchung verfassungsrechtlich verankerten) Richtervorbehalt vorliegt, insbesondere die Bedeutung des Richtervorbehalts verkannt wird. So liegt der Fall hier: Angesichts der Tatsache, dass nach der verfassungsrechtlichen Judikatur ein Rückfallen der Kompetenz zur Anordnung einer Wohnungsdurchsuchung ausgeschlossen ist, ist eine grundsätzliche Verkennung der Bedeutung des Richtervorbehalts anzunehmen. Hinzu kommen die weiteren oben angeführten Umstände, die die Annahme von Gefahr im Verzug auch in tatsächlicher Hinsicht als rechtsfehlerhaft erweisen und daher ebenfalls ein Beweisverwertungsverbot nach sich ziehen. 36

Der Verteidiger hat der Verwertung des Beweisergebnisses bis zum Zeitpunkt des § 257 StPO (dh unmittelbar nach Abschluss der Beweisaufnahme zu diesem Aspekt) auch widersprochen, sodass es auf die – zwischen den Senaten des BGH umstrittene³² – Frage der Notwendigkeit eines Widerspruchs nicht ankommt. 37

Das Beweisverwertungsverbot erstreckt sich auf die Aussage des Zeugen Blau, den verlesenen Durchsuchungsbericht und das verlesene Sicherstellungsverzeichnis, soweit hierdurch das Ergebnis der rechtswidrigen Durchsuchung in die Hauptverhandlung eingeführt wurde. 38

Die Annahme eines Beweisverwertungsverbots durch das Gericht erfolgte daher zu Recht. Eine Rüge erscheint nicht erfolgversprechend.³³ 39

³² Vgl. hierzu die Ausführungen im Hilfsgutachten.

³³ Daher bedarf es auch keines näheren Eingehens auf die Frage, ob eine Verfahrensrüge – wie typischerweise bei Fragen eines Beweisverwertungsverbots – erforderlich ist oder ob eine Sachrüge genügen würde (da sich die Umstände des Beweisverwertungsverbots vorliegend aus dem Urteil selbst ergeben). In BGH NStZ 2019, 107 hat sich der 2. Strafsenat für die vorliegende Konstellation – meines Erachtens zu Recht – für die Notwendigkeit einer Verfahrensrüge ausgesprochen.

VII. Nichtgewährung des letzten Wortes

- 40 Der Angeklagte erhielt nach den Schlussvorträgen der Staatsanwaltschaft und seines Verteidigers und vor der Urteilsberatung und -verkündung nicht das letzte Wort. Damit liegt ein Verstoß gegen § 258 II Hs. 2, III StPO vor. Das Urteil beruht auch auf dem Verstoß, da nicht ausgeschlossen werden kann, dass der Angeklagte noch etwas vorgebracht hätte, das die gerichtliche Entscheidung beeinflusst hätte.
- 41 Allerdings kann sich eine Nebenklägerin nicht auf diesen Verstoß berufen, da es sich um eine Vorschrift ausschließlich zum Schutz des Angeklagten handelt. Eine Revision zu seinen Lasten kann analog § 339 StPO (der unmittelbar nur für eine Revision der Staatsanwaltschaft zu Lasten des Angeklagten gilt) hierauf nicht gestützt werden.³⁴

D. Sachlich-rechtliche Fehler

- 42 Reversible Verstöße beim festgestellten Sachverhalt oder der Beweiswürdigung sind nicht ersichtlich. Insbesondere verstößt das Gericht weder gegen Denkgesetze, noch ist seine Beweiswürdigung widersprüchlich oder lückenhaft, soweit es annimmt, dass dem Angeklagten während des Raubes kein Tötungsvorsatz zur Last fällt (zumal der Angeklagte und der Zeuge Abel einen Vorsatzwechsel explizit einräumen). Eine solche Beweiswürdigung ist vom Revisionsgericht hinzunehmen. Für die Sachrüge ist daher zu fragen, ob auf der Basis der Feststellungen des Gerichts – mögen diese auch verfahrensfehlerhaft gewonnen sein – der Schuldspruch rechtsfehlerfrei getroffen wurde, wobei der Nebenkläger grundsätzlich nur Nebenklagedelikte rügen kann. Um dies deutlich zu machen, darf sich der Nebenkläger – will er nicht Gefahr laufen, in die Unzulässigkeit zu rutschen – nicht mit der allgemeinen Sachrüge begnügen.³⁵

I. Materiell-rechtliche Fehler im Tatkomplex „Raub“

1. Versuchter besonders schwerer Raub (§§ 249 I, 250 II Nr. 1, 22, 23 I StGB)³⁶

a) Tatbestandsmäßigkeit

- 43 Der Schuldspruch wegen versuchten besonders schweren Raubes gem. §§ 249 I, 250 II Nr. 1, 22, 23 I StGB begegnet keinen Bedenken.

Die Tat ist angesichts der fehlenden Wegnahme fremder Sachen nicht vollendet, der Versuch des Verbrechenstatbestands des besonders schweren Raubes gem. §§ 23 I, 12 I StGB strafbar.

Die Absicht des Angeklagten, der Geschädigten gemeinsam und aufgrund eines gemeinsamen Tatplans mit den anderweitig Verfolgten Abel und Böse mittels Gewalt in Gestalt der Strangulation und der Schläge eine fremde bewegliche Sache – konkret deren Portemonnaie nebst Barvermögen – wegzunehmen, um dieses ohne entsprechenden Anspruch für sich zu behalten, erfüllt den subjektiven Tatbestand des § 249 I StGB. Aufgrund des geplanten arbeitsteiligen Vorgehens der Beteiligten mit einem wesentlichen Tatbeitrag des Angeklagten (Wegnahme des Geldbeutels), seinem Willen hierzu und seinem eigenen Interesse an der Tat (50% der Beute) war der Angeklagte hierbei nach seiner Vorstellung Mittäter iSd § 25 II StGB, der sich die geplanten Gewalthandlungen der beiden anderweitig Verfolgten zurechnen lassen muss. Zwischen den geplanten Gewalthandlungen und der Wegnahme sollte nach dem Willen des Angeklagten auch ein finaler Zusammenhang bestehen, da gerade die,

³⁴ Schmitt/Köhler/Schmitt StPO § 339 Rn. 2 und 4.

³⁵ Schmitt/Köhler/Schmitt StPO § 400 Rn. 6.

³⁶ Auch wenn die Verurteilung für die Mandantin günstig erscheint, ist im Hinblick auf die unbeschränkte Prüfung des Gerichts auf die Sachrüge hin eine Behandlung im Gutachten (und nicht nur im Hilfsgutachten) gerechtfertigt.

eine Wegnahme des Portemonnaies erleichternde Verteidigungsunfähigkeit der Geschädigten Zweck der geplanten Gewalt war.

Darüber hinaus handelte der Angeklagte auch mit Vorsatz bezüglich einer ihm nach § 25 II StGB zuzurechnenden Verwendung von gefährlichen Werkzeugen iSd § 250 II Nr. 1 Alt. 2 StGB durch die beiden anderweitig Verfolgten, dh von objektiv gefährlichen Gegenständen, die konkret dazu geeignet waren, erhebliche Verletzungen bei der Geschädigten hervorzurufen.³⁷ Mit dem Kabel sollte durch Druck auf den Hals die Bewusstlosigkeit der Taxifahrerin hervorgerufen werden, auch die gegen den Kopf der Geschädigten ausgeführten Schläge mit dem Stock sollten zu deren Bewusstlosigkeit führen. Beiden Verwendungen wohnt die Gefahr erheblicher, auch über die angestrebte Bewusstlosigkeit – die schon für sich genommen eine erhebliche Verletzung darstellt – hinausgehender Verletzungen im Atemwegs- bzw. Kopfbereich inne.

Angesichts der bereits erfolgten Gewalthandlungen, die sich der Angeklagte nach § 25 II StGB zurechnen lassen muss, liegt ein unmittelbares Ansetzen iSv § 22 StGB unproblematisch vor.

Das Gericht hat nach seinen Feststellungen zu Recht nicht auch den Versuch von § 250 II Nr. 3 lit. a oder b StGB bejaht. Für eine schwere körperliche Misshandlung iSd § 250 II Nr. 3 lit. a StGB bedarf es zwar keiner Verletzungen iSd § 226 StGB. Ausreichend sind vielmehr schwere und langdauernde Schmerzen.³⁸ Die Angeklagten haben sich aber lediglich eine kurze vorübergehende Beeinträchtigung der Geschädigten vorgestellt. Dauerhafte Verletzungen oder gar die Gefahr des Todes der Geschädigten im Sinne der Nr. 3 lit. b haben sie bei Vornahme der Verletzungshandlungen gerade nicht in Betracht gezogen.

b) Kein Rücktritt

Einen Rücktritt des Angeklagten hat das Gericht zutreffend verneint. Angesichts der mit-täterschaftlichen Begehung ist insofern § 24 II StGB maßgeblich, der die freiwillige Verhinderung der Tatvollendung (S. 1) bzw. das freiwillige und ernsthafte Bemühen, die Vollendung der Tat zu verhindern, wenn diese ohne sein Zutun nicht vollendet oder unabhängig von seinem früheren Tatbeitrag begangen wird, verlangt (S. 2). Zwar wurde vorliegend die Vollendung der Tat durch die gemeinsame Flucht vom Tatort zu einem Zeitpunkt verhindert, in dem die Fortsetzung der Suche nach der Beute aus Sicht des Angeklagten physisch noch möglich war. Es fehlt aber an der erforderlichen Freiwilligkeit. Der Täter muss die Tatvollendung aus selbstgesetzten Motiven nicht mehr erreichen wollen und nicht aufgrund einer äußeren Zwangslage.³⁹ Ausweislich der Feststellungen fürchteten die Tatbeteiligten die Entdeckung durch Passanten und brachen deshalb die Tat ab. Sie handelten somit nicht aus autonomen, sondern aus von außen an sie herangetragenen – heteronomen – Motiven. Entscheidend war für sie, dass (aufgrund äußerer Umstände) das mit der Tat verbundene Risiko nunmehr zu hoch erschien. In solchen Konstellationen ist Freiwilligkeit abzulehnen.⁴⁰

2. Gefährliche Körperverletzung (§ 224 I Nr. 2, 4 und 5 StGB)

Dagegen hat das Gericht den Schuldspruch wegen gefährlicher Körperverletzung rechtsfehlerhaft unterlassen. Wie aus den Ausführungen zu § 250 II Nr. 1 StGB ersichtlich, haben die Komplizen des Angeklagten – der sich aufgrund der Mittäterschaft deren Verhalten zurechnen lassen muss, § 25 II StGB – mit dessen Willen die Mandantin mittels der gefährlichen Werkzeuge Kabel und Schlagstock übel und unangemessen behandelt und damit ihr körperliches Wohlbefinden nicht unerheblich beeinträchtigt, mithin den Tatbestand des § 224 I Nr. 2 StGB verwirklicht. Zudem liegt angesichts des bewussten Zusammenwirkens des Angeklagten mit den beiden anderweitig Verfolgten und deren Misshandlungen gegenüber der Geschädigten am Tatort eine gemeinschaftliche Tatbegehung iSv § 224 I Nr. 4 StGB vor.

³⁷ Zum Begriff des gefährlichen Werkzeugs bei § 250 II Nr. 1 StGB: Fischer/Fischer StGB § 250 Rn. 19 ff.

³⁸ Fischer/Fischer StGB § 250 Rn. 26.

³⁹ Fischer/Fischer StGB § 24 Rn. 19.

⁴⁰ Fischer/Fischer StGB § 24 Rn. 19b.

- 49 Auch wenn abschließende Feststellungen insoweit fehlen, liegt es zudem nahe, überdies § 224 I Nr. 5 StGB zu bejahen. Die Rechtsprechung verlangt hier eine nach den Umständen des Einzelfalls generelle Eignung der Körperverletzungshandlung (und nicht des Verletzungserfolgs), das Leben des Opfers zu gefährden.⁴¹ Das Würgen mittels eines Kabels und die mit einem Schlagstock ausgeführten Schläge auf den Hinterkopf – jeweils mit dem Ziel der unverzüglichen Bewusstlosigkeit ausgeführt – könnten nach den Umständen des konkreten Einzelfalls generell geeignet sein, das Leben zu gefährden, hierzu müsste ein medizinischer Sachverständiger gegebenenfalls befragt werden. Die tatsächlichen Umstände, die die Gefährlichkeit begründen, waren den Komplizen bekannt (Heftigkeit des Würgens/der Schläge). Das genügt – nach allerdings bestrittener Ansicht – für den Vorsatz.⁴² Revisibel ist insoweit bereits, dass das Gericht die gebotene Prüfung unterlassen hat.
- 50 Das Gericht hat also zumindest § 224 I Nr. 2 und Nr. 4 StGB übersehen und Nr. 5 rechtsfehlerhaft nicht geprüft. Die Strafbarkeit wegen vorsätzlicher Körperverletzung nach § 223 StGB, tritt hinter § 224 StGB zurück. Bei § 224 StGB kommt es – anders als bei der vorsätzlichen Körperverletzung – auch nicht auf einen Strafantrag oder eine Bejahung des besonderen öffentlichen Interesses an der Strafverfolgung an (§ 230 I StGB). Im Verhältnis zum versuchten besonders schweren Raub ist Tateinheit anzunehmen, im Hinblick auf die tatsächlich eingetretenen Verletzungen der Geschädigten tritt die gefährliche Körperverletzung nicht zurück.
- 51 Da es sich bei § 224 StGB um ein Nebenklagedelikt iSv § 395 I Nr. 3 StPO handelt, ist dieser Rechtsverstoß durch die Mandantin angreifbar.

3. Räuberischer Angriff auf Kraftfahrer (§ 316a StGB)

- 52 Nicht näher geprüft hat das Landgericht einen räuberischen Angriff auf Kraftfahrer gem. § 316a StGB. Dabei erfolgte der dem Angeklagten gem. § 25 II StGB zurechenbare Angriff auf den Leib der Geschädigten in Form des Strangulationsversuches sowie der Schläge auf ihren Hinterkopf, während die Geschädigte noch mit dem Rangieren auf dem Schotterweg beschäftigt und damit Führerin eines Kraftfahrzeugs war. Bei diesem Angriff wurden auch die besonderen Verhältnisse des Straßenverkehrs ausgenutzt. Dies ist in objektiver Hinsicht der Fall, wenn der Fahrer zum Zeitpunkt des Angriffs in einer Weise mit der Beherrschung seines Fahrzeugs und/oder mit der Bewältigung von Verkehrsvorgängen beschäftigt ist, dass er deshalb leichter zum Opfer des Angriffs wird. Dies ist regelmäßig zu bejahen, wenn das Opfer mit Lenkvorläufen beschäftigt ist, weil dies mit einer Konzentration auf die Verkehrslage und die Fahrzeugbedienung einhergeht. Dass der Angriff an einsamer Stelle ohne besonderes Verkehrsaufkommen erfolgte, vermag hieran nichts zu ändern. Gerade Wendemanöver bedingen (schon wegen der Richtungswechsel) eine erhöhte Aufmerksamkeit auf die Verhältnisse der unmittelbaren Umgebung. In subjektiver Hinsicht genügt insofern ein beim Angeklagten angesichts der Gesamtumstände vorliegendes Bewusstsein für die Verkehrsverhältnisse.⁴³ Zudem erfolgte der Angriff auf die Geschädigte zur Begehung eines Raubes. Der Angeklagte handelte in der Absicht, dieser ihr Portemonnaie samt Barvermögen mittels Gewalt wegzunehmen, um es ohne entsprechenden Anspruch und in diesbezüglicher Kenntnis für sich zu behalten.
- 53 Das Urteil erweist sich auch nicht deshalb als richtig, weil der anderweitig Verfolgte Abel aufgrund eines Missverständnisses bereits vor dem vereinbarten Anstoß durch den anderweitig Verfolgten Böse mit dem Angriff auf die Geschädigte begann. Zwar kann einem Mittäter ein Exzess seines Komplizen nicht zugerechnet werden. Allerdings ist zu beachten, dass der Mittäter keine ins Einzelne gehende Vorstellung vom Tatplan haben muss; Abweichungen, mit denen gerechnet werden muss, sind vom Willen der Mittäter umfasst, ebenso Handlungen,

41 Fischer/Fischer StGB § 224 Rn. 27.

42 Nach aA muss der Täter die Lebensgefährlichkeit seines Handelns aufgrund einer Bewertung der Umstände auch zumindest für möglich gehalten und in Kauf genommen haben, vgl. insofern Fischer/Fischer StGB § 224 Rn. 32, mwN.

43 Der Fall ist insoweit BGH NStZ 2016, 607 nachgebildet.

mit denen der Komplize einverstanden ist oder die ihm gleichgültig sind.⁴⁴ Vorliegend handelte es sich lediglich um eine geringfügige zeitliche Vorverlegung der gemeinsam geplanten Tat, die im Folgenden wie besprochen durchgeführt wurde. Damit liegt nur eine unwesentliche Tatplanabweichung und kein relevanter Exzess vor.

Diese Prüfung des § 316a StGB hat das Landgericht rechtsfehlerhaft unterlassen. Allein das 54 begründet die Revision.

Auch der vollendete räuberische Angriff auf Kraftfahrer steht aus Klarstellungsgründen in 55 Tateinheit mit dem versuchten besonders schweren Raub.⁴⁵

Die Mandantin kann dieses Vorbringen auch rügen. Zwar setzt die Zulassung der Nebenklage 56 hinsichtlich des § 316a StGB wie ausgeführt gem. § 395 III StPO das Vorliegen besonderer Gründe voraus. Aber selbst wenn das Revisionsgericht – wider Erwarten – die Zulassung unter diesem Gesichtspunkt versagen sollte, würde eine Aufhebung und Zurückverweisung aus anderen Gründen dazu führen, dass der neue Tatrichter nicht nur die Nebenklagedelikte, sondern alle mit diesen in Tateinheit stehenden Delikte zu prüfen hat.⁴⁶

Ergebnis: Während die Verurteilung wegen versuchten besonders schweren Raubes keinen 57 Bedenken begegnet, hat das Gericht fehlerhaft nicht wegen gefährlicher Körperverletzung verurteilt und ebenso fehlerhaft eine Prüfung des räuberischen Angriffs auf Kraftfahrer (§ 316a StGB) unterlassen.

II. Materiell-rechtliche Fehler im Hinblick auf ein „versuchtes Tötungsdelikt“

Zu prüfen ist, ob sich der Angeklagte auch wegen eines versuchten Mordes durch Unterlassen 58 gem. §§ 211, 13, 22, 23 I StGB schuldig gemacht hat. Die Geschädigte ist nicht verstorben, der Versuch des Verbrechens des Mordes ist nach § 23 I StGB strafbar.

1. Tatentschluss

a) Bezüglich der Tötung

Der Angeklagte hatte nach den getroffenen Feststellungen während der ihm zuzurechnenden 59 aktiven Gewalthandlungen der beiden anderweitig Verfolgten keinen Vorsatz bezüglich des Todes der Geschädigten. Erst nach den Verletzungshandlungen gegenüber der Geschädigten ging der Angeklagte unmittelbar nach Verlassen des Taxis davon aus, dass die Geschädigte möglicherweise zu Tode kommen könnte, weil er glaubte, dass die ihr zugefügten Verletzungen zu einem Erbrechen bei Bewusstlosigkeit und dieses wiederum zum Tod durch Ersticken führen könnten. Ob die Geschädigte rechtzeitig erwachen oder gefunden würde, hing – wie dem Angeklagten bewusst war – nachts an einem abgelegenen Ort vom bloßen Zufall ab. Diesem von ihm als möglich erachteten Tod der Geschädigten stand der Angeklagte, der noch am Tatort äußerte, dass „man da jetzt durchmüsse“ letztlich gleichgültig gegenüber.

Als vorgestellte Tathandlung kommt angesichts der genannten Umstände allein ein Unter- 60 lassen iSv § 13 StGB – nämlich das Unterlassen eines Notrufs bei Verlassen des Tatorts – in Betracht. Erst ab diesem Zeitpunkt hatte sich das Vorstellungsbild der Tatbeteiligten dahingehend geändert, dass diese nun nicht mehr nur von vorübergehenden Verletzungen der Geschädigten ausgingen, sondern auch mit deren Tod rechneten.⁴⁷

⁴⁴ Ebenso BGH NSTz 2016, 607, allg.: Fischer/Fischer StGB § 25 Rn. 37, 39.

⁴⁵ Zwar wurde in älterer Rechtsprechung bei einem Zusammentreffen eines einfachen versuchten Raubs mit einem vollendeten räuberischen Angriff auf Kraftfahrer auch ein Zurücktreten des versuchten Raubes im Wege der Konsumtion bejaht (vgl. BGH NJW 1974, 2098). Jedenfalls bei einer Verwirklichung auch des Qualifikationstatbestands des § 250 StGB sollte hier aus Klarstellungsgründen aber Tateinheit bejaht werden (so auch BGH BeckRS 2005, 111162 und BeckRS 2010, 21240).

⁴⁶ BGHSt 39, 390 (391) = NJW 1994, 1015; KK-StPO/Gericke § 400 Rn. 10.

⁴⁷ Fischer/Fischer/Anstötz StGB § 13 Rn. 48 f., 55, § 211 Rn. 70, 72.

- 61 Den Angeklagten traf zu diesem Zeitpunkt eine Garantenstellung aus Ingerenz gegenüber der Geschädigten, da er die (vermeintliche) Todesgefahr durch die – in Mittäterschaft – begangene Gewalttat begründet hatte. Beim Verlassen des Tatorts hatte der Angeklagte Vorsatz bezüglich dieser seine Garantenstellung begründenden Umstände.

b) Bezüglich des Mordmerkmals Verdeckungsabsicht

- 62 Der Angeklagte handelte auch mit Verdeckungsabsicht iSv § 211 StGB. Er wollte durch das Unterlassen des Notrufs die Entdeckung seiner eigenen Beteiligung an der vorausgegangenen Raubtat und damit auch der Tat an sich verhindern. Rechtlich irrelevant ist insoweit, ob diese Raubtat in Tateinheit oder Tatmehrheit zum Tötungsdelikt steht bzw. eine andere prozessuale Tat iSd § 264 StPO darstellt.⁴⁸ Entscheidend für das gesteigerte Unrecht der Verdeckungsabsicht ist allein, dass der Tod eines Menschen zur Verdeckung von kriminellen Tun vorsätzlich verursacht bzw. seine Verursachung versucht wird. § 211 StGB setzt zudem auch bei einem Mordversuch in Verdeckungsabsicht nicht voraus, dass der Täter hinsichtlich der Tötungshandlung selbst absichtlich handelt, insofern genügt ausweislich des Wortlauts ein bedingter Tötungsvorsatz. Ebenso wenig sind tatbestandsmäßige Einschränkungen im Hinblick auf ein Unterlassungsdelikt gerechtfertigt (zumal § 13 StGB eine Strafraumverschiebung ermöglicht, falls dies im Einzelfall veranlasst sein sollte).⁴⁹

2. Unmittelbares Ansetzen und Rücktritt

- 63 Der Angeklagte hat unmittelbar zum Mordversuch angesetzt, indem er den Tatort ohne einen Notruf zu tätigen endgültig verlassen hat. Subjektiv hat er durch seine Flucht die Schwelle zum Jetzt-geht's-los überschritten, da er nach seiner Vorstellung hierdurch die relevante Tat handlung bereits verwirklichte und das Leben der Geschädigten der konkreten Gefahr eines Erstickungstodes aussetzte. Er unterließ eine als geboten erkannte Handlung, nämlich den Notruf, in der Vorstellung, dass der Tod der Geschädigten nun ohne weitere Zwischenschritte eintreten könnte.
- 64 Schließlich liegt kein Rücktritt vor, da der Angeklagte nach seiner Vorstellung bereits alles Erforderliche getan hatte, damit der Erfolg (der Tod) eintreten konnte und er gleichwohl nicht die Vollendung verhinderte, sondern die Geschädigten ihrem Schicksal überließ.
- 65 **Zwischenergebnis:** Nach den getroffenen Feststellungen ist der Tatbestand des versuchten Mordes durch Unterlassen erfüllt. Ein etwaiger Versuch einer Aussetzung (§ 221 StGB) und eine unterlassene Hilfeleistung (§ 323c I StGB) treten hinter den Mordversuch zurück.
- 66 Zum Tatvorwurf des versuchten besonders schweren Raubes bzw. (gegebenenfalls) des räuberischen Angriffs auf einen Kraftfahrer steht dieser Tatvorwurf in Tatmehrheit, da es sich – wenn auch in räumlich-zeitlich engem Zusammenhang – um zwei Handlungen im materiellen Sinn handelt. Dies wird vorliegend schon daran deutlich, dass die Beteiligten einen Tod des Opfers erst nach dem unfreiwilligen Abbruch des Raubversuchs außerhalb des Fahrzeugs in Betracht gezogen haben.⁵⁰

3. Mordversuch durch Unterlassen von Anklage umfasst?

- 67 Eine Verurteilung wegen versuchten Mordes kommt indes nur in Betracht, wenn das maßgebliche Unterlassen auch schon von der Anklage umfasst war und das Gericht das Verfahren insoweit eröffnet hat. Dies wird vom Revisionsgericht von Amts wegen geprüft.⁵¹ Die zuge-

⁴⁸ Fischer/Fischer StGB § 211 Rn. 70.

⁴⁹ Hierzu Fischer/Fischer StGB § 211 Rn. 70, 72, 79a.

⁵⁰ Im Originalfall (NStZ 2016, 607) hat der BGH den (dort verurteilten) Mordversuch ohne nähere Ausführungen „durchgewunken“.

⁵¹ Hätte das LG den Mordversuch verurteilt, hätte das Revisionsgericht die Frage des Vorliegens der Anklage/ des Eröffnungsbeschlusses von Amts wegen geprüft. Im Gutachten hätten dann entsprechende Ausführungen unter I. erfolgen müssen. Gleiches hätte gegolten, wenn das LG wegen des Mordversuchs freigesprochen hätte. Dass vorliegend kein Freispruch erfolgt ist, ist aus Sicht des Gerichts korrekt, da – unabhängig vom korrekten Prüfungsumfang – der Tenor des LGs den Zulassungsbeschluss spiegelt. Dort war der Mordversuch durch Unterlassen nicht enthalten, also gab es keinen Anlass für einen Teilfreispruch.

lassene Anklage behandelt das Tötungsdelikt vorliegend nicht explizit. Für sich genommen insofern nicht ausreichend ist zudem, dass sich das Landgericht in den Urteilsgründen mit dem Tatvorwurf eines Tötungsdelikts auseinandergesetzt hat.

Angeklagt und – hier identisch – zugelassen ist die prozessuale Tat iSv § 264 StPO. Eine prozessuale Tat in diesem Sinne ist ein einheitlicher geschichtlicher Vorgang, soweit er nach natürlicher Auffassung einen einheitlichen Lebensvorgang enthält, dessen getrennte Aburteilung zu einer Aufspaltung eines zusammengehörenden Geschehens führen würde. Die materiellrechtliche Einordnung als Tatmehrheit mag zwar das Vorliegen zweier prozessualer Taten indizieren – sie entscheidet hierüber aber nicht abschließend. Zu berücksichtigen sind im Rahmen der obigen Definition die Faktoren räumlich-zeitliche Nähe, Tatort, Angriffsrichtung sowie normative Gesichtspunkte.⁵² Vorliegend liegt sowohl in räumlicher als auch in zeitlicher Hinsicht ein unmittelbarer Zusammenhang vor, da der Tötungsvorsatz im unmittelbaren Anschluss an den Raubversuch noch in unmittelbarer Tatortnähe gefasst wurde. Belegt wird dieser Zusammenhang zudem durch folgende Überlegung: Bei Raubdelikten wie diesen wird typischerweise die Flucht mitgeplant – gerade auf der insoweit nach natürlicher Betrachtungsweise zur Raubtat gehörenden Flucht wurde der Tötungsvorsatz gefasst. Die Stoßrichtung des Angriffs ist zwar nicht identisch (bis dahin gerade kein Tötungsvorsatz), aber doch hinreichend ähnlich (Angriff gegen die Integrität der Person der Geschädigten, der nur qualitativ verstärkt ist). Im Übrigen besteht eine rechtliche Verknüpfung, da die eindeutig angeklagte Vortat des versuchten besonders schweren Raubes überhaupt erst die Garantenstellung des Angeklagten aufgrund von Ingerenz begründet hat. Damit sprechen – im Sinne der Mandantin – gute Argumente für das Vorliegen einer prozessualen Tat. Die fehlende Verurteilung des Angeklagten wegen Mordes durch Unterlassen sollte daher in die Sachrüge mitaufgenommen werden.

4. Nebeklagedelikt

Wie bereits oben ausgeführt, handelt es sich beim Mordversuch um ein Nebeklagedelikt nach § 395 I Nr. 2 StPO. 69

Ergebnis: Nach den getroffenen Feststellungen hätte das Landgericht wegen (tatsächlich begangenen) versuchten Mordes durch Unterlassen verurteilen müssen. 70

III. Strafzumessung

Die Nebeklage kann die Strafzumessung nicht rügen, § 400 I StPO. 71

E. Taktische Überlegungen

I. Erhebung von Verfahrensrügen

Aus Sicht der Nebeklage stellt sich die taktische Frage, ob es geschickt ist, die möglichen Verfahrensrügen auch zu erheben. Diese Frage stellt sich deshalb, weil das Gericht viele für die Nebeklage günstige Feststellungen getroffen hat, so zur Verneinung eines etwaigen Rücktritts vom Versuch des besonders schweren Raubs und zum Tötungsversuch durch Unterlassen. Die Erhebung von Verfahrensrügen führt grundsätzlich⁵³ zur Aufhebung der diesbezüglichen tatsächlichen Feststellungen nach § 353 II StPO. Andererseits können die Verfahrensrügen der Revision auch dann zum Erfolg verhelfen, wenn das Revisionsgericht den sachlich-rechtlichen Ausführungen nicht folgen sollte. Letztlich wird die Nebeklage jedenfalls dann alle ihr günstigen Verfahrensrügen erheben, wenn im Rahmen der Sachrüge ohnehin eine Aufhebung der Feststellungen naheliegend erscheint. 72

Vorliegend hat das Gericht jedenfalls bezüglich des räuberischen Angriffs auf Kraftfahrer die notwendigen tatsächlichen Feststellungen unterlassen. Zwar werden bei sachlich-rechtlichen 73

⁵² Schmitt/Köhler/Schmitt StPO § 264 Rn. 3 f., 14.

⁵³ Vgl. zu den Ausnahmen: MüKoStPO/Knauer/Kudlich § 353 Rn. 39.

Mängeln die Feststellungen durch das Revisionsgericht im Zweifel so weit als möglich (zB nur hinsichtlich des äußeren Geschehens) aufrechterhalten.⁵⁴ Wegen des untrennbaren Zusammenhangs mit dem Raubdelikt erscheint es aber zumindest als möglich, dass das Revisionsgericht – um die Gefahr widersprechender Feststellungen auszuschließen – bezüglich dieses Tatkomplexes sämtliche Feststellungen aufheben wird. Dasselbe gilt bezüglich des Mordversuchs.⁵⁵ Auch hier besteht die Gefahr widersprüchlicher Feststellungen (Vorstellungen zur Gefahr eines Todes Eintritts bei der Geschädigten). Schon vor diesem Hintergrund erscheint ein Verzicht auf die Verfahrensrügen nicht angezeigt.⁵⁶

- 74 Schließlich gilt: Falls das Revisionsgericht die Zulassung der Nebenklage mit Blick auf § 395 III StPO beschränkt (zB hinsichtlich des räuberischen Angriffs auf Kraftfahrer), führen erfolgreiche Verfahrensrügen zu einer Aufhebung und Zurückverweisung, die – wie ausgeführt – in der neuen Verhandlung eine Verurteilung wegen des in Tateinheit stehenden räuberischen Angriffs auf Kraftfahrer ermöglicht.
- 75 **Zwischenergebnis:** Verfahrensrügen sollten daher erhoben werden.

II. Risikobewertung im Falle einer Aufhebung und Zurückverweisung

1. Rechtlicher Rahmen

- 76 Eine Nebenklagerevision kann auch zu einer Abmilderung des Urteils führen. Dies folgt aus der analogen Anwendung von § 301 StPO. Dass der Nebenkläger – anders als die Staatsanwaltschaft (vgl. § 160 II StPO) – nicht „objektive“ Partei ist, hindert eine analoge Anwendung der Norm nicht. Die Nebenklage ist – wie schon der Begriff zeigt – Teil der Anklage und teilt auch deren rechtliches Schicksal. Sie muss es folglich hinnehmen, wenn es infolge ihres Rechtsmittels zu einem milderen Urteil kommt, falls dies der „objektiven“ Sach- und Rechtslage entspricht. Anderes wäre mit der Amtsermittlung des Gerichts nicht vereinbar – der Strafprozess ist gerade kein Parteiprozess. Gesetzestechisch folgt dieses Ergebnis aus dem Fehlen einer § 358 II StPO entsprechenden Norm für die Nebenklage.
- 77 Andererseits folgt aus der Beschränkung der Rechtsmittelbefugnis der Nebenklage hinsichtlich des Strafmaßes (§ 400 I StPO) nicht, dass es in der Folge einer erfolgreichen Nebenklagerevision nicht zu einer Strafschärfung kommen kann. Die Wirkung der Norm beschränkt sich darauf, dass die Nebenklage nicht ausschließlich wegen des Straferkenntnisses Rechtsmittel einlegen darf. Erfolgt aber eine Zurückverweisung, so ist der neue Tatrichter keineswegs nach oben hin auf die frühere Strafe beschränkt. Dieses Ergebnis ergibt sich aus dem Wortlaut von § 358 II StPO, der ausschließlich dann ein Verschlechterungsverbot statuiert, wenn nur der Angeklagte (oder die Staatsanwaltschaft zu seinen Gunsten) in Revision gegangen ist.

2. Risiko der rechtlichen Bewertung des Falles

- 78 Bereits oben wurde darauf hingewiesen, dass selbst dann, wenn ein Nebenklagedelikt nicht vorliegt, nach einer Aufhebung und Zurückverweisung das Tatgericht auch wegen solcher Delikte verurteilen muss, die mit einem Nebenklagedelikt in Tateinheit stehen, selbst wenn es sich insoweit um kein Nebenklagedelikt handelt oder die Nebenklage nicht zugelassen war. Daraus folgt:
- 79 **Nach den getroffenen Feststellungen** ist zusätzlich wegen gefährlicher Körperverletzung (in Tateinheit mit versuchtem besonders schwerem Raub) und – in Tateinheit hierzu – wegen versuchten Mordes zu verurteilen. Gerade der letztgenannte Aspekt legt nahe, dass die Strafe deutlich härter ausfällt als bisher. Bei – naheliegenden – entsprechenden tatbestandlichen Feststellungen kommt zudem auch die Verurteilung wegen räuberischen Angriffs auf Kraftfahrer in Betracht, der im Regelstrafrahmen eine Mindeststrafe von fünf Jahren Freiheitsstrafe vorsieht.

54 MüKoStPO/Knauer/Kudlich § 253 Rn. 40.

55 So auch BGH NSTZ 2016, 607.

56 Folgt man der Auffassung, dass Schuldspruchabreden im Rahmen des § 257c StPO mit der Sachrüge anzugreifen sind, würde auch das zur Aufhebung der Feststellungen führen.