

Strafrecht – Allgemeiner Teil

A. Einleitung

1. Vorbemerkungen

2. Was ist Strafrecht?

3. Die Rechtfertigung der staatlichen Strafe

- Vorher: Reaktion der Gesellschaft gegen das Verbrechen, Wiedervergeltung (absolutes StR).
- Heute: Mittel der Gesellschaft zu einem sozialen Zweck, Vorbeugung (relatives StR).
- Die Strafe ist notwendig und nützlich, also legitim, sofern sie ihre Wirkung erfüllt.

4. Gesellschaftliche Funktion und empirische Wirkung des StR

Funktion der Strafrechtspflege:

1) Absolute Theorien: **Vergeltung**, Sühne.

2) Relative, präventive Theorien: **Prävention**, Verhinderung des Verbrechens, der Kriminalität (Plato: *non quia peccetum est, sed ne peccetur*).

- Zielrichtung:
- **Generalprävention:**
 - Stärkung des Rechtsbewusstseins;
 - Abschreckung potentieller Täter.
 - **Spezialprävention:**
 - Individuelle Abschreckung der Straffälligen (mittels *short sharp shock*);
 - Resozialisierung der Straffälligen;
 - Sicherung des Täters und der Gesellschaft.

- Wirkungserreichung:
- Es gibt keine Gesellschaft ohne Kriminalität;
 - In 50% der Fälle werden Straffällige rückfällig.
 - Die härteste Strafe (Todesstrafe, Höllenqual) ist nicht wirksam.

B. Die geschichtliche Entwicklung des StR und seine heutigen Quellen

I. Mittelalter

- Das Strafverfahren war ein Volksfest, ein Schauspiel (handgreiflich für alle: Volksjustiz);
- Zwecke: die Festigung der Autorität und die Erziehung des Volkes;
- Magisches und soziales Strafrecht: Gott urteilt → Hexenprobe (wenn es ein Wunder geschieht, ist der Beschuldigte freigesprochen!);
- Der Verurteilte war als das Übel betrachtet: Er war vernichtet oder isoliert;
- Das Opfer muss den Täter überführen;
- Härte und Grausamkeit der Strafe.

II. Renaissance

- Inquisitorische Untersuchung (Kirchenjustiz);
- Die religiösen Behörden vertreten das Opfer;
- Interesse: Die **Wahrheit** festzustellen, zu ermitteln;
- Einziges Beweismittel: Das **Geständnis**;
- Das erzwingt die **Folter** ("Fortschritt": Wenn der Beschuldigte überlebt, ist er freigesprochen);

- Gerichtsorganisation: Der grosse Inquisitor war Verfolger und Urteiler, Richter; er vertrat Gott und war unfehlbar; seine Allmacht war unkontrollierbar;
- Der Betreffende war nur ein Gegenstand.

III. Neuzeit

- Die Justiz ist ein Fach geworden, das niemand mehr versteht (Kabinetjustiz);
- Rechtsstaatliches Strafrecht: Der Staat ist verpflichtet, ein Strafverfahren zu führen (strafprozessuales Legalitätsprinzip);
- Die Wahrheitsermittlung ist nicht das wichtigste Ziel → Abschaffung der Folter;
- Heute trennt man Ermittlung und Urteil, damit dieses objektiv bleibt;
- Der Mensch ist ein Rechtssubjekt, der Rechte hat;
- Ersetzung der Todesstrafe und der Körperstrafen durch die Freiheitsstrafe.

IV. Schweiz

1893: Erstes Bemühen, das Strafrecht zu vereinheitlichen, unter der Leitung von Professor Carl Stooss.

C. Die strafrechtlichen Sanktionen

1. Strafen und Massnahmen

Tatstrafrecht: Strafe = Staatliche Sanktion nach einer Tat (und nicht wegen Lebensführung, Gesinnung).

Schuldstrafrecht: Strafe = Schuldvorwurf, Tadelvorwurf ("*Nulla poena sine culpa*").

Massnahmen: Gegen soziale Gefährlichkeit; Strafen können mit Massnahmen ergänzt werden.

2. Einteilung der Strafen

3 Arten Strafen (StGB 9, 35, 36, 41, 101):

- Freiheitsstrafen:
 - Zuchthaus: 1 – 20 Jahre oder lebenslänglich (Verbrechen);
 - Gefängnis: 3 Tage – 3 Jahre (Vergehen);
 - Haft: 1 Tag – 3 Monate (Übertretungen);
- Strafaufschub (wenn Freiheitsstrafe < 18 Monaten).
- Vermögensstrafen: Busse: – Fr. 40'000 (Übertretungen).

3. Struktur der Sanktionspraxis

- **Die Kriminalität stellt ein normales Phänomen jeder Gesellschaft dar** und der Zustand einer Gesellschaft muss nicht nur dann als pathologisch bezeichnet werden, wenn die Kriminalität ein gewisses Normalmass übersteigt, sondern auch dann, wenn sie es unterschreitet (vgl. den zeitweisen Rückgang der Kriminalität in totalitären Polizeistaaten).
- Unterschied zwischen Polizeistatistik (tatverdächtige Personen) und Gerichtstatistik (verurteilte Personen).
- Die meisten Verurteilten sind 18 – 30 Jahre alt: Man soll für die Jugend früh sorgen!
- Die Ausländerkriminalität scheint höher, ist aber nicht.
- In der CH, viele Kurzstrafen (81% < 3 Monate).

4. Das Sanktionensystem nach dem VE ExpK 1993

Der Vorentwurf der Expertenkommission stellt attraktive Alternativen zur Freiheitsstrafe vor.

Änderungen:

- Diversion (Umleitung) → Wiedergutmachung für leichte Strafe;

- Die kurze Freiheitsstrafen zurückdrängen;
- Geldstrafe: Tagessätze (Strafe gemäss dem Einkommen) anstatt Gefängnistage;
- Gemeinnützige Arbeit;
- Fahrverbot;
- Die Strafen bis 3 Jahren könnten bedingt werden (aber dies bleibt nur eine Möglichkeit: Schliesslich entscheidet das Gericht, ob der Verurteilte gefährlich ist).

D. Grundsatz der Gesetzesbindung und Geltungsbereich des StR

1. Die Gesetzesbindung: Auslegung und zeitliche Geltung der Strafgesetze

Quellen des schweizerischen Strafrechts?

- 1) Europäische Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK);
- 2) Bundesverfassung;
- 3) StGB, MilitärStGB;
- 4) Bundesrecht für Bundesstrafprozess (Gliederung des Bundesgerichtes);
- 5) Strassenverkehrsgesetz, Betäubungsmittelgesetz;
- 6) Verwaltungsgesetze (z. B.: Umweltschutz);
- 7) Kantonale Gesetze (Übertretungsstrafrecht).

Gibt es andere Quellen?

- Aussergesetzliches Recht?
- Richterliches Recht? Nein!
- Gewohnheitsrecht?

Materiellrechtliches Legalitätsprinzip: Nach StGB 1 bedarf jede Strafbarkeit einer ausdrücklichen gesetzlichen Grundlage ("*Nullum crimen, nulla poena sine lege*"). Das Gesetz ist die einzige Rechtsquelle
➔ Klare Trennung zwischen Moral und Recht (Bürgerfreiheit). Gewohnheitsrecht kann keine Strafbarkeit begründen.

Bestimmtheitsgebot: Der Gesetzgeber muss die gesetzlichen Straftatbestände so bestimmt wie möglich fassen, vor allem die Grenzen der Strafbarkeit möglichst genau bestimmen.

Nur dann kann das Gesetz das Verhalten der Bürger orientieren.

Man will das richterliche Recht vermeiden: Ein vages Recht wurde aus dem Richter keinen Auslegenden, sondern einen Gesetzgeber machen.

Die Begriffe sind manchmal deskriptiv, meistens **normativ**: Auslegung ist in Rechtsanwendung unvermeidbar.

Analoge Rechtsanwendung:

- Die Analogie ist streng verboten, wenn sie zuungunsten des Beschuldigten ist (Verstoss gegen das Bestimmtheitsprinzip).
- **Zugunsten** des Beschuldigten ist sie erlaubt.

Rückwirkungsverbot: StGB 2, EMRK 7

Das Gesetz kann nur Handlungen bestrafen, die sich nach dem Erlass des Gesetzes ereignet haben.

Ausnahmen:

- Das Rückwirkungsverbot gilt nicht für die Massnahmen;
- **Lex mitior:** Zugunsten des Beschuldigten (wenn das neue Gesetz milder ist) ist die Rückwirkung erlaubt.

Verbot der doppelten Bestrafung ("*ne bis in idem*") = formelle Rechtskraft.

Aber 2 Massnahmen oder 2 Sanktionen aus 2 Rechtsgebieten können kombiniert werden.

2. Räumliche und persönliche Geltung der Strafgesetze

Jeder Staat hat sein eigenes Strafrecht.

Das schweizerische Strafrecht bestimmt nur, wann sein eigenes Strafrecht angewandt werden soll; welches andere ausländische Strafrecht angewandt werden soll, interessiert das schweizerische Strafrecht nicht!

→ Kompetenzkonflikte!

- Räumliche Geltung des schw. Strafrechts:
- Territorialitätsprinzip (Art. 3 Ziff. 1);
 - Aktives Personalitätsprinzip (Art. 6);
 - Passives Personalitätsprinzip (Art. 5);
 - Real- oder Staatsschutzprinzip (Art. 4);
 - Flaggenprinzip für See- und Luftfahrt;
 - Weltrechts- oder Universalitätsprinzip (Art. 6^{bis}).

- Persönlicher Geltungsbereich:
- Für Diplomaten (Exterritorialitätsprinzip);
 - Für Militärpersonen: MilitärStGB;
 - Parlamentarische Indemnität & Immunität.

E. Die Systematik der strafrechtlichen Zurechnung

1. Begriffliche Dreiteilung der Straftaten

- Voraussetzungen der Strafbarkeit:
- 1) Gesetzliche Grundlage;
 - 2) Konkrete (und einzelne) Person;
 - 3) Konkretes Verhalten dieser Person.

2. Der dreistufige Deliktsaufbau

- Strafbarkeitprüfung:
- 1) Tatbestandsmässigkeit;
 - 2) Rechtswidrigkeit;
 - 3) Schuld.

3. Das vorsätzliche Begehungsdelikt als Grundform

Es gibt besondere Deliktsformen: Unterlassungsdelikt (Gegenteil vom Begehungsdelikt), Versuch, Fahrlässigkeit, usw.

F. Der objektive Tatbestand

1. Die Tatbestandsverwirklichung durch Handlung

Einen **Verbotstatbestand** verwirklicht man durch Handlung (**Begehungsdelikt**).

Einen **Gebotstatbestand** verwirklicht man durch Unterlassen

(**echtes Unterlassungsdelikt**; Beispiel: Art. 128).

Ausnahmsweise kann ein Verbotstatbestand durch Unterlassen verwirklicht werden (unechtes Unterlassungsdelikt).

- | | |
|---|---------------------------------------|
| Erfolgssdelikte: Tathandlung + Kausalität + Taterfolg | (Das Gesetz beschreibt den Erfolg). |
| Tätigkeitsdelikte: Tathandlung | (Das Gesetz beschreibt die Handlung). |

Verletzungsdelikt: Die Erfüllung des Tatbestandes beeinträchtigt das Rechtsgut.

Gefährdungsdelikt: Die Erfüllung des Tatbestandes gefährdet es nur.

- Konkretes Gefährdungsdelikt: Das Gesetz fordert den Eintritt der Gefahr im Einzelfalle (Bsp.: Art. 127, 129, 223, 224, 227).
- Abstraktes Gefährdungsdelikt: Das Gesetz bedroht eine Handlung **ihrer typischen Gefährlichkeit wegen** allgemein mit Strafe, unabhängig davon, ob im konkreten Falle ein Rechtsgut in Gefahr gerät (Bsp. im SVG: Überschreiten der Höchstgeschwindigkeit).

Eigenhändiges Delikt: Ist das Delikt, dessen Tatbestand die unmittelbar eigenhändige Vornahme der Tatbestandshandlung voraussetzt, **wodurch jede andere Person als Täter, Mittäter oder mittelbarer Täter ausgeschlossen wird**; Beispiel: Sexualdelikte.

2. Arten von Tatbeständen und Tatbestandsmerkmalen

Objektiver Tatbestand: • Tathandlung;
 • Kausalität; } Erfolgsdelikte
 • Taterfolg.

Subjektiver Tatbestand: • Vorsatz / Fahrlässigkeit;
 • Andere subjektive Unrechtselemente, z. B. Motivation.

3. Die Kausalität

Die **Kausalität** ist die (rechtlich beachtliche) **Ursächlichkeit** eines Ereignisses für einen **Erfolg**.

Die Kausalität eines menschlichen Verhaltens für einen Erfolg ist Voraussetzung für dessen **Zurechnung**.

I. Natürliche Kausalität

Äquivalenztheorie: Alle Bedingungen des Erfolges sind gleichwertig ("*condicio sine qua non*": Bedingung, ohne die der Erfolg nicht eintreten wird; sie kann nicht hinweggedacht werden, ohne dass der Erfolg entfielen).

II. Adäquate Kausalität

Adäquanztheorie: Eine Handlung soll nur dann als zurechenbare Ursache eines Erfolgs anzusehen sein, wenn sie erfahrungsgemäss, nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge geeignet ist, den betreffenden Erfolg zu bewirken (→ Einschränkung der Äquivalenztheorie).

Die Adäquanztheorie muss als *Inadäquanztheorie* verstanden werden: Rechtserhebliche Kausalität scheidet aus, wenn die natürliche Verursachung soweit **ausserhalb der normalen Lebenserfahrung** liegt, dass die Folge nicht zu erwarten war, dass mit ihr schlechthin nicht gerechnet werden musste.

- **Überholende Kausalität:** A hat B überholt; A ist kausal, B nicht.
- **Kumulative Kausalität:** A und B sind beide kausal.
- **Doppelkausalität / alternative Kausalität:** Entweder A oder B ist kausal; "*in dubio pro reo*" → keiner ist kausal.
- **Nicht beherrschbare Kausalität:** Keine Zurechnung.

Kausalität für Unterlassungsdelikte: Es bedarf einer besonderen Beziehung zwischen dem Betreffenden und dem Opfer (Garantenstellung).

III. Handlungslehre

Kausalhandlungslehre: Die Handlung ist ein gewillkürtes Körperverhalten, eine auf menschliches Wollen zurückführbare Bewirkung einer Veränderung in der Aussenwelt.

Handlung = causa.

Finalhandlungslehre: Die Handlung ist das bewusst auf ein Ziel ausgerichtete Wirken.

Handlung = causa + Kausalität + Erfolg.

4. Ausschluss der objektiven Zurechnung

Die Kausalität eines menschlichen Verhaltens für einen Erfolg ist Voraussetzung für dessen **Zurechnung**. Die Kausalität ist ein Fundament für die Verantwortung, die Zurechnung.

I. Das erlaubte Risiko

Soziale Adäquanz: Risikorest, Restrisiko.

Ein von der Gesellschaft akzeptiertes Risiko: Die Gesellschaft nimmt die Gefahr hin.

II. Risikozusammenhang

Schutzzweck der Norm: Nur soweit ein Tatbestand in den Schutzbereich der Norm fällt, kann ihre Rechtsfolge eintreten.

Regressverbot (Rückgriffsverbot)

III. Mitwirkung bei vorsätzlicher Selbstgefährdung

Wenn das Opfer sich selbst gefährdet, dürfen wir diese Selbstgefährdung einem Täter als fremde Verletzung nicht zurechnen.

Selbstgefährdung → Regressverbot zur Fremdgefährdung,
weil Selbstgefährdung = Selbstverantwortung.

IV. Einverständliche Fremdgefährdung

Einverständliche Fremdgefährdung → Analogie zur Selbstgefährdung

Voraussetzungen:

- Das Opfer hat die gleiche Verantwortung als der Täter;
- Das Opfer muss die Risiken im ganzen Umfang korrekt einschätzen;
- Der Erfolg ist die adäquate Folge des korrekt eingeschätzten Risikos (Bsp.: Kein zusätzlicher Fehler des T).

G. Der subjektive Tatbestand

1. Bestandteile (Vorsatz und besondere subjektive Unrechtselemente)

- Subjektive Unrechtselemente:
- Vorsatz / Fahrlässigkeit;
 - Motivation, Absicht, usw.

2. Inhalt und Arten des Vorsatzes (mit Abgrenzung zur bewussten Fahrlässigkeit)

	Wissen	Wollen
Vorsatz		
• direkter 1. Grades	Der Täter hält den Eintritt des Erfolges für gewiss oder für möglich.	Der Erfolg bildet nach der Vorstellung des Täters das eigentliche Handlungsziel oder die notwendige Durchgangsstufe zur Erreichung des Handlungsziels.
• direkter 2. Grades	Der Täter hält den Eintritt des Erfolges für gewiss oder für möglich.	Der Erfolg bildet nach der Vorstellung des Täters die unvermeidliche Nebenfolge des Handlungsziels.
• Eventualvorsatz	Der Täter hält den Eintritt des Erfolges für möglich.	Dem Täter ist der Eintritt des Erfolges zumindest gleichgültig bzw. er nimmt den Eintritt des Erfolges in Kauf.
Fahrlässigkeit		
• bewusste (" <i>luxuria</i> ")	Der Täter hält den Eintritt des Erfolges für möglich.	Der Täter vertraut sorgfaltswidrig auf das Ausbleiben des Erfolges.
• unbewusste (" <i>negligentia</i> ")	Der Täter verkennet sorgfaltswidrig die Möglichkeit des Erfolgseintritts.	–

StGB 18²: **Vorsatz = Wissen + Wollen.**

- Der Vorsatz bezieht sich auf die objektiven Tatbestandsmerkmale.
- Der Vorsatz hat nichts zu tun weder mit der Motivation, noch mit dem Unrechtsbewusstsein (≠ Schuld).

Wissen:

- **Aktuelles Begleitwissen** in der Tathandlung;
- Übersetzungsleistung: **Parallelwertung in der Laiensphäre;**
- Fähigkeit, den **sozialen Sinn** des Schutzzwecks der Norm zu erfassen.

Das **Wollen** ist der **Verwirklichungswille**; es setzt das Wissen voraus. Der Verwirklichungswille abstrahiert die Motive.

Eventualvorsatz:

• Wissen:	Blosses Rechnen mit der Möglichkeit eines Erfolgseintritts.	
• Wollen:	• Einwilligungstheorie:	Billigung, Abfindung, Einwilligung in der Möglichkeit eines Erfolgseintritts; positive Einstellung zum Erfolg.
	• Wahrscheinlichkeitstheorie:	Sie basiert sich auf einem objektiven Massstab. Eventualvorsatz ist gegeben, wenn sich dem Täter der Erfolg seines Verhaltens als so wahrscheinlich aufdrängte, dass sein Verhalten vernünftigerweise nur als Inkaufnahme dieses Erfolges ausgelegt werden kann.

3. Tatbestandsirrtum (Art. 19 Abs. 1 StGB)

I. Begriff

Unkenntnis von Merkmalen, die dem gesetzlichen Tatbestand gehören.

II. Irrtum über strafbegründende oder strafausschliessende Umstände

Es fehlt die erforderliche "Wissen" Komponente, die zum Vorsatz gehört.

Rechtsfolge des Tatbestandsirrtums → der Vorsatz entfällt.

Aber vielleicht bleibt der Täter wegen eines **Fahrlässigkeitsdeliktes** strafbar (Art. 19²).

Ein Tatbestandsirrtum liegt vor, wenn der Täter verkennt...

- die **tatsächliche Beschaffenheit** eines vom gesetzlichen Tatbestand umfassten Umstandes;
- die **Sozialwidrigkeit** eines vom gesetzlichen Tatbestand umfassten Umstandes;
- die Rechtswidrigkeit eines vom gesetzlichen Tatbestand umfassten Umstandes derart, dass ihm damit die Sozialwidrigkeit seines Verhaltens nicht einmal laienhaft bewusst wird, weil **die Wertwidrigkeit durch entsprechende "Parallelwertung in der Laiensphäre" nicht erkennbar ist.**

Das hat gar nichts zu tun mit dem fehlenden Unrechtsbewusstsein (Verbotsirrtum).

Erlaubnistatbestandsirrtum: Irrtum über die Voraussetzungen einer gesetzlichen Erlaubnisnorm.

Umgekehrter Tatbestandsirrtum → zuungunsten des Täters → untauglicher Versuch.

III. Irrtum über strafe erhöhende oder strafmindernde Merkmale

Beurteilung des Täters zu seinem Gunsten, wie er sich den Sachverhalt vorgestellt hat.

Beispiel: Nimmt der Täter irrig an, die Voraussetzungen einer Tötung auf Verlangen seien gegeben, so ist er gleichwohl aus Art. 114 zu bestrafen.

4. Irrtum über Kausalverlauf, Error in objecto (in persona) (mit Abgrenzung zu aberratio ictus)

Wesentliche Abweichung vom vorgestellten Kausalverlauf → der Erfolg ist dem Täter nicht zurechenbar.

Error in objecto (in persona): Irrtum über das Tatobjekt, blosser Motivirrtum.

Beispiel: T will auf A schießen, hat ihn aber mit B verwechselt.

T → B (A)

Bestrafung: Dieser Irrtum ist strafrechtlich unbeachtlich, wenn die verwechselten Objekte gleichwertig sind (z.B. Menschen); bei ungleichwertigen Objekten kommt Bestrafung wegen eines Versuches hinsichtlich des angestrebten Objektes und eines Fahrlässigkeitsdeliktes hinsichtlich des tatsächlich betroffenen Objektes in Betracht.

Aberratio ictus: Eintritt des Handlungserfolges an einem anderen als dem nach dem Täterplan angegriffenen Objekt. Beispiel: T schießt auf A und trifft B.

T → A
 └─→ B

→ Wesentliche Abweichung vom vorgestellten Kausalverlauf!

Bestrafung: Sie wird als Versuch der geplanten Tat und eventuell fahrlässige Verwirklichung des eingetretenen Erfolges behandelt, ausser natürlich, wenn der Täter ihn als möglich vorhergesehen und in Kauf genommen hat.

H. Die Rechtswidrigkeit

1. Unrechtsbegründende Funktion

Begriff der Rechtswidrigkeit: Sie bildet eine Unwerteigenschaft der strafbaren Handlung. Der Unwert dieser strafbaren Handlung lässt sich in zwei Teile zerlegen, in den **Handlungsunwert** (innere Einstellung) und den **Erfolgusunwert** (Wirkung in der Aussenwelt).

Der Tatbestand ist ein Indiz für die Rechtswidrigkeit (rechtswidrigkeitsindizierende Wirkung der Tatbestandsmässigkeit); Ausnahme: Nötigung (Art. 181 StGB), wo es jeweils im einzelnen Fall geprüft wird, ob die Tat rechtswidrig war.

Die Prüfung der Rechtswidrigkeit beschränkt sich auf die Suche nach Rechtfertigungsgründen.

2. Rechtfertigungsgründe

I. Unrechtsaufhebende Funktion

- ◆ Gesetzliche Rechtfertigungsgründe:
 - Notstand (Art. 34);
 - Notwehr (Art. 33);
 - Berufs- und Amtspflicht (Art. 32).

Grund: Prinzip der Einheit der Rechtsordnung.
- ◆ Aussergesetzliche Rechtfertigungsgr.:
 - Einwilligung des Verletzten;
 - Einwilligung ins Risiko;
 - Mutmassliche Einwilligung im Interesse des Verletzten;
 - Wahrnehmung berechtigter Interessen;
 - Pflichtenkollision.

Grund: Analogie zugunsten des Betroffenen.
- ◆ (Übergesetzliche Rechtfertigungsgr.). Grund: Frage der Rechtsphilosophie.

Bemerkungen:

- Die Rechtfertigungshandlung muss subjektiv im Kopf, d.h. bewusst und gewollt sein. Sonst ist es ein umgekehrter Erlaubnistatbestandsirrtum mit Bestrafung wegen untauglichen Versuchs.
- "*Actio illicita in causa*" (Ausnützung einer provozierten Lage; Beispiel: Notwehrprovokation) ist rechtswidrig.
- **Erlaubnistatbestandsirrtum:** Irrige Annahme einer rechtfertigenden Sachlage; Voraussetzung: Angemessene Reaktion des vermeintlich Abwehrenden; Rechtsfolge: Der Vorsatz entfällt.

II. Rechtfertigender Notstand

Notstandslage:

- **Jedes individuelle Rechtsgut** ist notstandsfähig;
- **Die Gefahr ist gegenwärtig** (unmittelbar oder dringend);
- Es spielt keine Rolle, ob die Gefahr vom Täter verschuldet ist: Ein Notstand liegt auch vor. **Aber wenn die Herbeiführung der Notstandslage selbstverschuldet ist, dann ist der Notstand nicht gerechtfertigt.**

Notstandshandlung:

- **Proportionalität** → Interessenkonflikt, Güterkollision: Das gerettete Rechtsgut muss **deutlich höher** liegen als das verletzte Rechtsgut. Zu berücksichtigen bei der Güterabwägung:
 - Rangverhältnis von Rechtsgütern;
 - Schwere des Eingriffs;
 - Grösse der Gefahr;

- Die höchstpersönlichen Rechtsgüter sind nicht quantifizierbar: Zwei Leben sind nicht wertvoller als ein einziges.
- **Subsidiarität:** Die Tat muss **die schonendste und mildeste Lösung** sein, die Gefahr abzuwenden.

Bemerkungen:

- **Duldungspflicht** des Verletzten, der den Eingriff dulden muss. Wenn das verletzte Rechtsgut höchstpersönlich ist (z. B. körperliche Integrität), ist die Einwilligung des Verletzten hingegen erforderlich (Entscheidungsfreiheit, Selbstbestimmung des Verletzten).
- Die staatliche Hilfe hat Vorrang vor der individuellen Notstandshandlung;
- Notstandsexzess (intensiver oder extensiver) ist nicht rechtfertigend.

III. Notwehr

Begriff: Die Notwehr ist die Abwehr des Rechts gegen das Unrecht.

Angriff: Jede von einem Menschen drohende Verletzung rechtlich geschützter Interessen.

Abwehr: Die Handlung, welche sich dem Angriff widersetzt.

Notwehrlage:

- Notwehrfähig ist **jedes individuelle Rechtsgut**;
- Der Angriff geht **von einem Menschen** aus (Naturkatastrophen, Tierangriffe → Notstand);
- Der Angriff muss **rechtswidrig** sein;
- Der Angriff muss **gegenwärtig** sein (laufende oder unmittelbare Drohung);
- **Notwehrprovokation** ("*actio illicita in causa*", absichtliche Herbeiführung eines Angriffs) → die Notwehr ist nicht gerechtfertigt. Eine fahrlässige Notwehrprovokation (durch vorwerfbares Verhalten) soll den Angegriffenen zum Ausweichen als subsidiärer Lösung verpflichten.

Notwehrhandlung:

- Die Abwehr darf sich nur **gegen den rechtswidrigen Angreifer** richten oder gegen dessen Rechtsgüter;
- **Subsidiarität**, Erforderlichkeit des Abwehrmittels: Wahl des mildesten Mittels; aber keine Subsidiarität der Abwehr selbst: Das Recht braucht dem Unrecht nicht zu weichen! (fliehen = auf eigene Abwehr verzichten).
- **Proportionalität:** die Abwehr darf **nicht ausserverhältnismässig** sein, **kein krasses Missverhältnis**; aber der Massstab ist sehr grosszügig zugunsten des Angegriffenen.
- Subjektiv muss die Notwehrhandlung **bewusst und gewollt** sein (Handlungswert).

Bemerkungen:

- Gewaltausübung zwischen Ehegatten (Garantenstellung) oder schuldloser Angriff (z. B. von einem Geisteskranken) → Rechtspflicht, Schutzpflege → nur die Flucht ist geeignet.
- Notwehrexzess (intensiv oder extensiv) ist nicht rechtfertigend.

IV. Rechtfertigende Einwilligung (mit Abgrenzung zur tatbestandsausschliessenden, Einwilligung ins Risiko und mutmasslicher Einwilligung)

Das Individuum muss auf den strafrechtlichen Schutz seiner Rechtsgüter um seiner persönlichen Freiheit willen verzichten können: "*volenti non fit injuria*".

Tatbestand:

obj.: ♦ Individuell verfügbares Rechtsgut

Ausnahmen: • Das Leben ist nicht einwilligungsfähig (Art. 114 StGB)
• Einwilligung in schwere Körperverletzung ist nur zulässig, wenn sinnvolle Entscheidung und vernünftiges oder mindestens vertretbares Interesse des Verletzten

♦ Selbstbestimmung,

Entscheidungsfreiheit: • Der Einwilligende ist urteilsfähig (*ausnahmsweise* Vertreterseinwilligung)
• Er übersieht die Tragweite: - Aufklärungspflicht des Arztes
- Kein Willensmangel (Irrtum, Täuschung, Zwang,...)
• Die Einwilligung muss vor der Tat erteilt werden und ist jederzeit frei widerruflich

subj.: Der Täter muss den Einwilligungswillen des Verletzten kennen (sonst: Untauglicher Versuch)

In besonderen Tatbeständen ist die Einwilligung tatbestandsausschliessend; Beispiel: Einwilligung ins Wegnehmen ≠ Diebstahl.

Einwilligung ins Risiko → Mögliche Lösung: Tatbestandsausschluss.

Mutmassliche Einwilligung:

- Es ist unmöglich, den Betreffenden um seine Einwilligung zu bitten.
- Der Eingriff ist objektiv im Interesse des Betreffenden;
- Der Eingriff **entspricht dem mutmasslichen Willen des Betreffenden.**
 - Wenn Ungewissheit: Es ist zu mutmassen, dass der Betroffene so entschieden hätte, wie es als **normal** und **vernünftig** gilt. Aber wenn der Wille, mag er so unvernünftig sein, dem Eingriff **erkennbar** entgegen ist, also keine Einwilligung.
 - Falls Konflikt zwischen objektivem Interesse und mutmasslichem Willen, hat das letzte Kriterium – der mutmassliche Wille – immer den Vorrang.

V. Sonstige Rechtfertigungsgründe

a) Pflichtenkollision

Gleichzeitig obliegen dem Täter **mehrere Handlungspflichten**: Es ist ihm **unmöglich**, alle (gleichzeitig) vorzunehmen.

Abgrenzung zum entschuldigenden Notstand:

PK: Handlungspflicht ↔ Handlungspflicht → Unmöglichkeit → Rechtfertigungsgr.

ENS: Handlungsrecht ↔ Unterlassungspflicht → Unzumutbarkeit → Entschuldigungsgr.

b) Wahrnehmung berechtigter Interessen

Garantie der Durchsetzung der **bürgerlichen Freiheitsrechte**.

Voraussetzungen:

- Subsidiarität: Die Ziele können nicht auf andere Weise erreicht werden;
- Interessenkonflikt: Beeinträchtigte Rechtsgüter müssen deutlich unterliegen;
- Der Verstoss muss an den Grenzen der Strafbarkeit liegen.

(Lösung durch restriktive Auslegung des objektiven Tatbestandes).

3. Erlaubnistatbestandsirrtum (Putativnotwehr)

Erlaubnistatbestandsirrtum = Irrige Annahme einer rechtfertigenden Sachlage.

- Objektiv: Erfolgswert, rechtswidrig.
- Subjektiv: Nach der Vorstellung des Täters liegt eine Rechtfertigungslage vor (**Handlungswert**), subjektiv rechtstreu.
- Voraussetzung: Angemessene Reaktion des vermeintlich Abwehrenden.
- Rechtsfolge: **Der Vorsatz entfällt** (Analogie zum Tatbestandsirrtum).

I. Die Schuld

1. Funktion und generelle Schuldfähigkeit

Grundsatz: "*Nulla poena sine culpa*"!

Schuldbegriff:

- Kant: Willensfreiheit der Menschen (Autonomiekonzept); Schuld = Entscheidung für den Rechtsbruch, der Vorsatz war in der Schuld inbegriffen.
- Heute: **Verantwortungsbildung**; der Handler ist verantwortlich, ob er willensfrei ist oder nicht → Motivation nach mehr Eigenverantwortung, Erziehungs- und Präventionsfunktion.

Schuldvorwurf:

Die Fähigkeit, das Unrecht einzusehen (**Unrechtsbewusstsein**) und demgemäss zu handeln (**Handlungsfähigkeit**).

Daran fehlt es:

- Bei Unzurechnungsfähigkeit (Art. 10 StGB);
- Bei fehlendem (potentiellem) Unrechtsbewusstsein infolge (unvermeidbaren) Verbotsirrtums;
- Bei Unzumutbarkeit normgemässen Verhaltens (Schuldausschlussgründe).

Bemerkung: Das Unrechtsbewusstsein hat nichts zu tun mit dem Vorsatz.

2. Zurechnungsfähigkeit: Ausschluss und Minderung (mit „*actio libera in causa*“)

I. Begriff

- Zurechnungsfähigkeit:
- Erkenntnisfähigkeit;
 - Bestimmungs-, Steuerungsfähigkeit.

Unzurechnungsfähigkeit: Art. 10 StGB

Voraussetzungen:

- **Biologische** Unzurechnungsfähigkeit:
 - Geisteskrankheit (Pathologische Psychose mit seelischem Einfluss);
 - Schwachsinn (Idiotie, Imbezillität oder Debilität);
 - Schwere Störung des Bewusstseins (Hypnose, Fieber, Rausch)
- Infolge deren, **normative** Unzurechnungsfähigkeit: Der Rausch ist nicht quantitativ, sondern derart **qualitativ**, dass die Realitätswahrnehmung völlig gestört ist
→ kein Unrechtsbewusstsein und keine Handlungsfähigkeit.

Art. 11 StGB: Betrifft nicht die Strafbarkeit, aber entspricht eine reine Frage der Strafmilderung (vgl. Art. 63, 64).

II. "*Actio libera in causa*"

Begriff: Die "*actio libera in causa*" ist das Verhalten des Täters in willensfreiem Zustand, das die spätere Begehung einer bestimmten Straftat in einem Zustand auslöst, in dem er nicht mehr verantwortlich handeln kann (z.B. Der Täter betrinkt sich, um in diesem Zustand die Tat leichter begehen zu können [Vorsatz] oder obwohl er damit hätte rechnen müssen, dass er in diesem Zustand eine bestimmte Straftat begehen würde [Fahrlässigkeit]). Der Täter hat die bestimmte Tat vorausgesehen oder hätte sie voraussehen müssen. Er ist daher aus der begangenen Straftat strafbar.

Argumente:

- **Rechtsmissbrauch** des Art. 10;
- Im **Zeitpunkt der Planung** war der Täter zurechnungsfähig: Alles läuft später nach seinem Willen;
- Er benützt seinen Körper als ein **Werkzeug**.

Rechtsfolge: Kein Schuldausschluss.

Art. 263 StGB: Wenn kein Verschulden vorliegt (nur Verschulden für den Rausch, aber sich betrinken ist nicht strafbar), ist noch dieser Artikel anwendbar (Verstoss gegen das Schuldprinzip, laut Kunz).

Unzurechnungsfähigkeit im Tatzeitpunkt → **Vorverlagerung in Verantwortungszeit**

Berausung: Versetzung in Unzurechnungsfähigkeit	Rauschtat: z. B. FIAZ, Tötung.	Rechtsfolge
Vorsatz	Vorsatz	Vorsätzliche „ <i>actio libera in causa</i> “
Vorsatz / Fahrlässigkeit	Fahrlässigkeit	Fahrlässige „ <i>actio libera in causa</i> “
Vorsatz / Fahrlässigkeit	– (vorwurflos)	Keine „ <i>actio libera in causa</i> “ → Schuldausschluss → Art. 263 StGB

3. Unrechtsbewusstsein und Verbotsirrtum

I. Verbotsirrtum

Begriff: Der Täter weiss zwar, was er tatbestandlich tut (**kein Tatbestandsirrtum!**), aber es fehlt ihm das Unrechtsbewusstsein.

a) Prüfung:

I. Das **aktuelle** Unrechtsbewusstsein fehlt

= Mangelnde Vorstellung, rechtswidrig zu handeln

= Verbotsirrtum

II. Erlangbarkeit der Unrechtseinsicht bei individuell zumutbarer Anstrengung

= **potentielles** Unrechtsbewusstsein:

Wenn ja: Vermeidbarer Verbotsirrtum

→ (blosse) Strafmilderung

Wenn nein: **Unvermeidbarer Verbotsirrtum**

→ **Keine Schuld**

→ Keine Strafe

→ Freispruch.

Bemerkung: Der **Überzeugungstäter** weiss zwar, dass was er tut gegen die Rechtsordnung verstösst, aber ist trotzdem überzeugt, berechtigt zu sein → kein Verbotsirrtum!

b) Indirekter Verbotsirrtum

Zwei Möglichkeiten:

- (Ein Rechtfertigungsgrund liegt nicht vor) Irrige Annahme eines nicht existierenden Rechtfertigungsgrundes.
Bsp.: Der Täter nimmt an, er dürfe einen schwer und unheilbar Erkrankten auf sein Verlangen töten.
- (Ein Rechtfertigungsgrund liegt vor) Irrige Annahme eines nicht im vermeintlichen Umfang anerkannten Rechtfertigungsgrundes.

Bei dieser irrigen Annahme **schätzt der Täter die den Unrechtstatbestand konstituierenden Umstände korrekt ein**, wähnt sich aber fälschlich zu seinem Handeln berechtigt.

c) Umgekehrter Verbotsirrtum

Man irrt sich in der Verbotenheit seiner Handlung.

→ Putativ- (Wahn-) delikt

→ Da kein Rechtsgut gefährdet wurde, ist es straflos.

4. Unzumutbarkeit normgemässen Verhaltens und Schuldausschlussgründe

Unter besonderen Umständen fällt die individuelle Vorwerfbarkeit: **Individuell ist das Verhalten nicht zumutbar.**

a) Schuldausschliessender Notstand

Gleichwertigkeit der Rechtsgüter → Konflikt → "Tragödie"

Beispiel: Leben gegen Leben; das Leben ist nicht quantifizierbar, absoluter Achtungsanspruch des Lebens

→ keine Rechtfertigung!

Die Rechtsordnung kann den Konflikt nicht lösen: Rückzug des Rechts vor dem Konflikt.

Voraussetzungen eines entschuldigenden Notstandes:

- Die Gefahr muss **massiv erheblich** sein, so dass ein **Konflikt** vorliegt;
- Der Täter hat die Gefahr **nicht pflichtwidrig** herbeigeführt;
- Der Notstandshandler schützt mindestens **ein gesetzlich geschütztes Rechtsgut**; hauptsächlich notstandsfähig ist das **Leben** (Beim rechtfertigenden Notstand waren alle individuellen Rechtsgüter notstandsfähig);
- Die drohende Gefahr muss spezifisch **ein einzelnes Individuum** drohen; für ihn ist es **tragisch**;
- Der Täter handelt unter **psychischem Druck**;
- Gefahrtragungspflichten (Polizisten, Feuerwehr), Gefahrgemeinschaften, Obhuts- oder Sorgepflichten (Verhältnis Eltern-Kindern) des Täters gegenüber dem Betroffenen stehen einem Schuldausschluss entgegen;
- Subjektive Komponente: **Rettungswille**;
- **Subsidiarität** der Notstandshandlung.

b) Notstandshilfe beim entschuldigenden Notstand

Das Problem ist, dass der Notstandshilfer entscheidet, welches, unter Gleichwertigkeit der Rechtsgüter, gerettet wird, während sein eigenes Rechtsgut nicht bedroht wird; für ihn ist es weder tragisch noch unzumutbar. **Grundsätzlich ist die entschuldigende Notstandshilfe nicht zulässig**, es sei denn, eine nähere Beziehung zum Bedrohten bestehe.

c) Irrtum über einen entschuldigenden Grund (Irrtum über die tatsächlichen Voraussetzungen eines Entschuldigungsgrundes)

Prüfung: Analogie zum Verbotsirrtum. Wenn der Entschuldigungsirrtum unvermeidbar war, ist es ein Entschuldigungsgrund.

d) Notwehrexzess im Affekt

Zwei Arten Exzess:

- Intensiv: Der Täter macht mehr als zulässig, handelt heftiger, als verhältnismässig;
 - Extensiv: Die zeitlichen Grenzen der Notwehr werden überschritten, und sie ist nicht mehr zulässig. "entschuld bare Aufregung oder Bestürzung" (Art. 33 Abs. 2 StGB) = spezieller, **asthenischer Affekt**
- Bestrafung: Nicht gerechtfertigt → blosse Strafmilderung, aber ausnahmsweise entschuldigt → straflos

e) Zwang = Nötigungsnotstand

Der **Nötigungsnotstand** ist ein Spezialfall des entschuldigenden Notstandes; zwei Arten:

- "*vis absoluta*": Unwiderstehliche Nötigung. Verbleibt dem Werkzeug keinerlei Entscheidungsfreiheit, so handelt er auch nicht; der Hintermann ist vielmehr **unmittelbarer Täter**.
 - "*vis compulsiva*": Theoretisch widerstehlich. Mittelbare Täterschaft liegt vor, wenn die Nötigung die strafrechtliche Verantwortung des Werkzeuges aufhebt. Hauptsächlich notstandsfähig ist das **Leben**.
- Der Nötigungsnotstand ist steigerungsfähig und mag ein Entschuldigungsgrund sein.

J. Prozessvoraussetzungen, obj. Strafbarkeitsbedingungen

1. Positive und negative Prozessvoraussetzungen

→ Durchführbarkeit eines Prozesses.

- Positive Prozessvoraussetzungen: - Schweizerische Gerichtsbarkeit;
- Prozessfähigkeit und Verhandlungsfähigkeit einer Person;
- Strafantrag.
- Negative Prozessvoraussetzungen: - Tod des Angeklagten;
- Eintritt des Verfolgungsverjährung;
- "*res judicata*" ("*ne bis in idem*").

Wenn eine dieser Prozessvoraussetzungen nicht erfüllt ist, dann gibt es ein **Prozesshindernis**.

2. Objektive Strafbarkeitsbedingungen

Nichts zu tun mit dem Vorsatz!

Beispiele:

- Art. 133 StGB, Raufhandel → Beteiligung + Tod / Körperverletzung;
- Art. 148 StGB, Check- und Kreditkartenmissbrauch → "sofern..."

K. Fahrlässigkeit; Wiederholung der Irrtumslehre

1. Fahrlässigkeit

I. Die Tatumstände

Wie der Vorsatz, bezieht sich die Fahrlässigkeit auf den objektiven Tatbestand (Handlung, Erfolg und Kausalität).

II. Wissen und Wollen

Fahrlässigkeit: Kein Wissen, kein Wollen und doch verantwortlich sein!

Die Fahrlässigkeit ist eine pflichtwidrige Unvorsichtigkeit, eine Verletzung einer Sorgfaltspflicht. Der Fahrlässigkeitsvorwurf begründet die Verantwortung.

Es gibt zwei Arten von Fahrlässigkeit:

- **Bewusste Fahrlässigkeit:** Der Täter sieht das Risiko des Erfolgs, aber vertraut leichtsinnig darauf, dass der Erfolg ausbleiben werde;
- **Unbewusste Fahrlässigkeit:** Er sieht das Risiko nicht ein.

Bemerkung: Mit dem Unterschied zwischen unbewusster und bewusster Fahrlässigkeit verbindet sich **keine Abstufung** der Schwere des Unrechts.

III. Fahrlässigkeitsaufbau (fahrlässiges Erfolgsdelikt)

a) Voraussehbarkeit

Natürliche Kausalität (Äquivalenztheorie) → Handlung = "*condicio sine qua non*" des Erfolges.

Im Zentrum der Fahrlässigkeit steht die **Voraussehbarkeit des Erfolgseintritts**.

Objektiver Massstab: Der **durchschnittliche "normale" Mensch** mit den gleichen Fähigkeiten als der Täter (→ Individualisierung, Typisierung) in vergleichbarer Lage
→ Berücksichtigung der individuellen Lage.

"Normale" Fähigkeit:

- Die Vorsicht kann gelernt werden (Beispiel: Strassenverkehr);
- Sie wird "gelernt" durch einen **Seitenblick auf die Rechtsgenossen, die sich in vergleichbarer Lage befinden**.

Dieser objektive Massstab schützt nur den durchschnittlichen "normalen" Menschen: Von einem überdurchschnittlichen Menschen erwartet man eine überdurchschnittliche Fähigkeit.

b) Vermeidbarkeit

Wenn ein Schaden voraussehbar ist, ist er auch vermeidbar durch:

- Mehr Sorgfalt, mehr Vorsicht, oder
- Unterlassen der gefährlichen Handlung.

c) Beschränkung der Fahrlässigkeitsverantwortung durch Kriterien der Zumutbarkeit

Sozial adäquates Risiko, erlaubtes Risiko, Restrisiko: Man übernimmt ein Risiko, das voraussehbar und vermeidbar ist, das aber einem sozialen Zweck dient, und ohne welches das Leben praktisch unmöglich, zu teuer wäre. Es ist objektiv nicht zumutbar, dieses Risiko zu vermeiden.

Voraussetzung: **Vertrauensgrundsatz**, d.h. jeder darf grundsätzlich darauf vertrauen, dass jeder andere sich pflichtgemäss verhalten wird, sofern nicht besondere Umstände das Gegenteil befürchten lassen. Einschränkung: Der Vertrauensgrundsatz hilft demjenigen nicht, der selbst unvorsichtig handelt und dadurch die Gefahr des Erfolgseintritts, auch des fremden Fehlverhaltens, bereits über das erlaubte Risiko hinaussteigert.

d) Vermeidbarkeit: Risikoerhöhung, Schutzzweck der Norm, Regressverbot

Der **Risikozusammenhang** ist auszuschliessen, falls:

1) Nutzlosigkeit?

Voraussehbarkeit	✓	} Problem: Wäre der Erfolg ausgeblieben?
Vermeidbarkeit	✓	
Zumutbarkeit	✓	

Zwei Beweismittel:

- **Wahrscheinlichkeitstheorie:** Wir müssen dem Täter nachweisen, dass beim vorsichtigen (= nicht fahrlässigen) Verhalten, pflichtgemässen Sorgfaltsaufwand der Erfolg sicher ausgeblieben wäre.
- **Risikoerhöhungstheorie:** Wir müssen dem Täter nachweisen, dass infolge seines fahrlässigen Verhaltens das Risiko sich erhöht hat.

2) Zufälligkeit?

Schutzzweck der Norm: Der Zusammenhang zwischen dem Schaden und der Unvorsichtigkeit ist eine reine "**Zufälligkeit**", weil der Schaden aus dem Schutzzweck der Norm fällt

→ kein Fahrlässigkeitsvorwurf.

Ein tatbestandsmässiger Erfolg gehört nur dann zum strafrechtlich relevanten Unrecht, wenn die entsprechende Verbotsnorm gerade das Risiko, das sich in ihm verwirklicht, ausschliessen soll.

Regressverbot: Bei der Fahrlässigkeit gilt die **Äquivalenztheorie**, aber diese muss beschränkt werden. Der Rückgriff von einem vorsätzlichen Delikt zu einem Fahrlässigkeitsdelikt ist nicht vernünftig und nicht zulässig: Das widerspräche auch dem Grundsatz, dass jedermann primär nur für sein eigenes, nicht für fremdes Verhalten verantwortlich ist.

Wichtige Ausnahme: Wenn der Fahrlässigkeitstäter zu **besonderen Sicherheitsmassnahmen** gegen den Straftäter verpflichtet ist.

e) Subjektive Fahrlässigkeit (Schuld)

Objektive Fahrlässigkeit = Unvorsichtigkeit, Sorgfaltsmangel.

Subjektive Fahrlässigkeit = persönlicher besonderer Defekt, der **individuell, persönlich**, subjektiv nicht voraussehbar, nicht vermeidbar oder nicht zumutbar ist.

→ Denkfigur des **Übernahmeverschuldens**: Wenn die Übernahme objektiv fahrlässig war (der Täter war wenigstens fähig, seine mangelnde Qualifikation zu erkennen), dann ist sie vorwerflich (≈ „*actio libera in causa*“).

Selbst der gewissenhafte und zuverlässige Mensch macht gelegentlich Fehler. Es wäre absurd und nutzlos, jeden Sorgfaltsmangel zu strafen. Strafrechtlich geahndet werden könnte nur **gleichgültiges, leichtfertiges oder rücksichtsloses Verhalten**. Andernfalls ist das Strafrecht machtlos, eine Strafe wirkungslos.

f) Rechtfertigung und Entschuldigung beim Fahrlässigkeitsdelikt

Rechtfertigung: Wenn der Täter optimal, am besten gehandelt hat, ist seine Handlung gerechtfertigt.

Entschuldigung: Wenn die individuelle Zumutbarkeit fehlt → Schuldabschluss.

2. Irrtumslehre (Wiederholung)

I. Tatbestandsirrtum und Fahrlässigkeit

Tatbestandsirrtum → Rechtsfolge: Der Vorsatz entfällt.

Aber vielleicht bleibt der Täter wegen eines Fahrlässigkeitsdeliktes strafbar (Art. 19 Abs. 2 StGB); deshalb muss man den Fahrlässigkeitsdeliktsaufbau prüfen.

Irrige Annahme der Voraussetzungen eines Rechtfertigungsgrundes: Indirekter Tatbestandsirrtum, Erlaubnistatbestandsirrtum → Rechtsfolge: Der Vorsatz entfällt.

Wie beim Tatbestandsirrtum muss man den Fahrlässigkeitsdeliktsaufbau prüfen.

II. Verbotsirrtum und Vermeidbarkeit

Nicht verwechseln!

Verbotsirrtum = fehlendes Unrechtsbewusstsein → Frage des Gewissens
hat nichts zu tun mit

Fahrlässigkeitsvorwurf = bezieht sich auf die objektiven Tatbestandsmerkmale (nichts zu tun mit dem Unrechtsbewusstsein!) → Frage der Intelligenz.

Ein Verbotsirrtum entlastet nur, wenn er unvermeidbar ist. Allerdings wird in der Praxis ein Verbotsirrtum fast immer als vermeidbar betrachtet.

III. Risiko, Rechtfertigung und Tatbestandsausschluss

Die Fahrlässigkeit besteht darin, das Risiko auszudenken; die Grenze ist die objektive Unzumutbarkeit, sorgfältig zu handeln, das sog. **Restrisiko**.

Die Einwilligung des Verletzten ins Risiko ist ein Rechtfertigungsgrund.

Faustregel:

Vorsatz auf Gefährdung, Risikovorsatz →→ Bewusste Fahrlässigkeit auf die Folgen.

Selbstgefährdung, Einwilligung ins Risiko → 2 Lösungen:

- Einwilligung = Rechtfertigungsgrund;
- Tatbestandsausschluss (obj. Tatbestand = Fremdgefährdung, ≠ Selbstgefährdung)

L. Unterlassungsdelikt

1. Begehen, echtes Unterlassen, unechtes Unterlassen

Einteilung:

- Eine **Gebotsnorm** (= "Du sollst...") wird durch **echtes Unterlassen** verletzt.
- Eine **Verbotsnorm** (= "Du sollst nicht...") wird durch **Handeln** verletzt.

Eine Verbotsnorm kann auch durch ein Unterlassen verletzt werden: Dann ist es ein **unechtes Unterlassen**.

2. Das unechte Unterlassungsdelikt

I. Abgrenzung zum Handeln

Subsidiaritätsprinzip: Das Unterlassungsdelikt ist dem Begehungsdelikt immer subsidiär.

II. Garantenstellung (statt Kausalität) als erstes Sieb

a) Garantenstellung

§ Gesetz;

↔ Vertrag;

♥ Lebensgemeinschaft / Fahrgemeinschaft;

! Gefahrschaffung;

☺ Freiwillige Übernahme.

1) Gesetz

- Verantwortung für einen bestimmten Aufgabenbereich;
- Verpflichtung zur Fürsorge für eine Person (enge persönliche Bindung);
- Verpflichtung zur Überwachung einer Gefahrenquelle (enge Beziehung zur Gefahrenquelle: Die Sache, von der die Gefahr ausgeht, befindet sich im Herrschaftsbereich des Verpflichteten).

Dagegen begründet eine allgemeine Bürgerpflicht (Bsp.: Art. 128 StGB) keine Garantenstellung.

2) Vertrag

Autoritäts- oder Vertrauensstellung mit besonderen Obhuts-, Sorge- oder Aufsichtspflichten.

Der Schutz des Rechtsgutes oder die Abwehr von Gefahren muss eine **Hauptpflicht des Vertrages** sein. Blosser Nebenpflichten, die sich allein aus Treu und Glauben ergeben, genügen hingegen nicht, ausser allenfalls bei einer besonders engen, langdauernden oder auf gesteigertem Vertrauen beruhenden Verbindung des Vertragspartners.

Der Vertrag allein begründet die Garantenpflicht nicht; entscheidend ist ausschliesslich die **tatsächliche Übernahme** der Schutzpflicht.

3) Lebensgemeinschaft / Fahrgemeinschaft

Lebensgemeinschaft → erforderlich: **Dauerelement**.

Garantenpflichten können auch dadurch entstehen, dass mehrere Personen **freiwillig** eine Fahrgemeinschaft eingehen im **Vertrauen** darauf, dass sie sich **gegenseitige Hilfe** leisten werden.

4) Gefahrschaffung (Ingerenz)

Beim Handeln: Kein Vorsatz!

Wenn das Vorverhalten vorwerflich ist und das Unterlassen keine neue Lage bringt, dann ist es ein Begehungsdelikt.

Pflichtwidriges Vorverhalten:	fahrlässig	fahrlässig
Unterlassen:	fahrlässig	vorsätzlich
	→ fahrlässiges Unterlassungsdelikt → kann oft an einem Tun angeknüpft werden	→ vorsätzliches Unterlassungsdelikt → der gefasste Tatentschluss bringt eine neue Lage: Das vorsätzliche Unterlassungsdelikt konsumiert das fahrlässige Begehungsdelikt

Dagegen begründet ein **rechtmässiges Vorverhalten** grundsätzlich keine Garantenstellung, es sei denn, der Täter nimmt eine Garantenstellung wegen seiner **Übernahme** oder seiner **Sicherungspflicht** ein.

5) Freiwillige Übernahme

Wenn man etwas freiwillig übernimmt, muss man es konsequent durchführen.

b) Unterscheidung zwischen Bewacher- und Beschützergaranten

Einschränkung der Garantenstellung durch die Einteilung zwischen **Überwachungsgemeinschaft** (zum

Beispiel Eltern gegenüber unmündigen Kindern, Anstaltsdirektor gegenüber Insassen) und (blosser) **Beschützergemeinschaft**.

c) Gleichstellungsproblem

Unechtes Unterlassungsdelikt: **Gleichstellung zum Tun**.

- Zwei Probleme:
- Strafmilderung des Unterlassens, wenn die Garantenstellung schwach ist;
 - Ein passives Verhalten kann nicht zu einem qualifizierten Delikt (Mord statt Tötung, Betrug statt Täuschung) gleichgestellt werden.

III. Garantenstellung und Garantenpflicht

Juristischer Kunsttrick: Zweiteilung

- Garantenstellung = Merkmal des objektiven Tatbestands
- Garantenpflicht = Merkmal der Rechtswidrigkeit

Fehlendes Unrechtsbewusstsein → Verbotsirrtum (wenn unvermeidbar → Schuldausschluss)

Zweck: Es ist schwierig nachzuweisen, dass der Täter seine Pflicht kennen sollte. Dank diesem Trick ist der Vorsatz gegeben (wenn kein TbI), und man muss nur nachweisen, dass sein VI vermeidbar war.

IV. Kausalitätsprobleme

Eine **mögliche Handlung hinzudenken** (hypothetische Kausalität), wodurch der Täter den Erfolg mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit hätte abwenden können (**Wahrscheinlichkeitstheorie**) oder das Risiko des Erfolgseintritts hätte vermindern können (**Risikoerhöhungstheorie**).

Falls Zweifel → untauglicher **Versuch** des vorsätzlichen unechten Unterlassens.

Zumutbarkeitsprüfung: Unzumutbarkeit der gebotenen Handlung → Entschuldigender Notstand.

M. Täterschaft und Teilnahme

1. Die Teilnahmelehren: Grundlegung

Die Teilnahmelehre verdeutlicht die Äquivalenztheorie: Jedes Glied ist kausal.

Terminologie:

- Extensiver Täterbegriff (Italien, Österreich): Täter ist jeder, der irgendwie zur Verwirklichung des gesetzlichen Tatbestandes beiträgt. Die Strafzumessung hängt von der Art der Mitwirkung ab.
- Restriktiver Täterbegriff (Schweiz): Es gibt nur bestimmte Formen der Mitwirkung an der Tat als Täterschaft → Problem des Verhältnisses der Teilnahme zur Haupttat (Akzessorietät der Teilnahme).
- Teilnahme in engeren Sinne: Anstiftung + Gehilfenschaft.
- Teilnahme in weiteren Sinne: Anstiftung + Gehilfenschaft + Mittäterschaft + mittelbare Täterschaft.

2. Formen der Täterschaft

Voraussetzungen der Täterschaft (Mittäterschaft / mittelbare Täterschaft):

- Der Täter hat **die notwendigen Tätereigenschaften**. Vorsicht bei:
 - Sonderdelikten (dem Täter muss eine Sonderpflicht obliegen),
 - eigenhändigen Delikten (nur die Person, die die Tat unmittelbar vornimmt, ist Täter),
 - Unterlassungsdelikten (der Täter muss Garant sein);
- **Tatherrschaft**: Der Täter beherrscht den Geschehensablauf kraft zweckgerichteter Steuerung;
- **Vorsatz**.

I. Mittäterschaft

Die Mittäterschaft ist eine **wechselseitige Zusammenwirkung zum Erfolg (Arbeitsteilung)**.

Die Mittäterschaft setzt bewusstes und gewolltes Zusammenwirken voraus und ist damit **nur beim Vorsatzdelikt** möglich.

Abgrenzung zur Gehilfenschaft: Die Täterschaft kennzeichnet sich durch die **Tatherrschaft**.

Mittäterschaft, als gemeinschaftliche Begehung der Tat verstanden, erfordert sowohl einen **gemeinsamen Tatentschluss** der Beteiligten wie dessen gemeinsame ("arbeitsteilige") Verwirklichung. Das Bundesgericht lässt es für die Mittäterschaft genügen, dass jemand bei der Entschliessung, Planung *oder* Ausführung eines Deliktes **vorsätzlich und in massgebender Weise** mit einem anderen Täter zusammenwirkt.

II. Nebentäterschaft

Definition: **Völlig unkoordinierte, voneinander unabhängige Zusammenwirkung (→ Zufall)**.

Diese Konstellation ist selten bei Vorsatzdelikten, häufig bei **Fahrlässigkeitsdelikten**.

Unabhängigkeit: Keiner weiss, dass er den Erfolg herbeiführen wird, also weiss keiner, dass der andere den Erfolg herbeiführen wird.

Grundsatz: **Da Nebentäterschaft eine mehrfache Alleintäterschaft darstellt, haftet jeder der Beteiligten nur für sein eigenes Verhalten.**

<u>Rechtsfolgen</u>	Doppelkausalität: → "in dubio pro reo" → keiner ist kausal	Kumulative Kausalität: → wesentliche Abweichung vom vorgestellten Kausalverlauf
Vorsätzliches Delikt:	Strafbar wegen Versuchs (umstritten)	Strafbar wegen Versuchs
Fahrlässiges Delikt:	Straflos	Strafbar

III. Mittelbare Täterschaft

- **Einseitige Zurechnung im Verhältnis Werkzeug – Hintermann;**
- **Der Hintermann beherrscht das Werkzeug durch eine Täuschung, die einen Defekt auslöst.**

Vier Möglichkeiten von Defekten:

- 1) Fehlender Vorsatz des Werkzeuges wegen eines **Tatbestandsirrtums** (aber ein Motivirrtum ist unbeachtlich, denn der Täter erleidet keinen Defekt);
- 2) Fehlendes Unrechtsbewusstsein des Werkzeuges wegen eines **unvermeidbaren Verbotsirrtums**;
- 3) Fehlende Schuld des Werkzeuges wegen seiner **Unzurechnungsfähigkeit**;
- 4) **Nötigungsdrohung** (aber der Defekt muss massiv sein: Eine blosser Unterdrückung genügt nicht);
- 5) **Rechtmässig handelndes Werkzeug**.

Beispiel: Strafverfolgungsbehörden werden durch falsche Aussage veranlasst, einen Unschuldigen festzunehmen.

Lösung: Irrige Annahme eines Rechtfertigungsgrundes (Ampspflicht) = Erlaubnistatbestandsirrtum
→ der Vorsatz entfällt → deshalb ist der Hintermann mittelbarer Täter.

Täter hinter Täter (Kathederbeispiel: Teigroller): Da der Täter nur einen Motivirrtum (und keinen Defekt) erleidet, ist der "Hintermann" nur Gehilfe.

3. Formen der Teilnahme

I. Gehilfenschaft, Art. 25

Akzessorietät: Abhängigkeit der Teilnahme von der Haupttat.

- Haupttat:
- Tatbestandsmässig;
 - Rechtswidrig;
 - Vorsätzlich;
 - Muss nicht schuldhaft sein → **limitierte Akzessorietät**.

Jede Haupttat ist, unter dem Gesichtspunkt des Gehilfen, ein Erfolgsdelikt. Der Erfolg des Deliktes ist ein objektives Tatbestandsmerkmal.

Versuchte Haupttat → Teilerfolg des Gehilfen → strafbar
Keine Haupttat → Kein Erfolg des Gehilfen → nicht strafbar

- Die Gehilfenschaft setzt eine **vorsätzlich begangene Haupttat** voraus; anders ist die für den Gehilfen charakteristische Unterordnung nicht denkbar.
- Der Gehilfe muss **vorsätzlich handeln**.
- Vorsatz des Gehilfen + Vorsatz des Haupttäters = **Doppelvorsatz**.
- Der Tatbeitrag des Gehilfen ist die Hilfeleistung, die Mitwirkung **in untergeordneter Weise**.
- Sie braucht keine "condicio sine qua non" der Haupttat zu sein: Sie braucht die Tat nur **gefördert** zu haben (Wenn nicht: Straflöse versuchte Gehilfenschaft). Gedanke der Risikoerhöhung: Der Gehilfe muss die Erfolgchance der tatbestandserfüllenden Handlung erhöhen, indem er sie etwa durch sachverständigen Rat erleichtert, durch Überlassung von Werkzeugen beschleunigt, durch Wachestehen absichert, usw.
- Nicht erforderlich ist, dass der Täter um die Hilfe weiss.
- Man unterscheidet:
 - Physische Gehilfenschaft: Körperlicher Tatbeitrag;
 - Psychische Gehilfenschaft: Geistiger Tatbeitrag, Bekräftigung. Die Hilfeleistung muss nachweisbar sein. Die blosser Billigung der Tat eines anderen ist keine Gehilfenschaft.

II. Anstiftung, Art. 24

Haupttat: Siehe Gehilfenschaft

Anstiftungshandlung: Beim Täter **den Entschluss** zur Begehung der Tat **hervorrufen**, seinen **Vorsatz auslösen**. Es muss sich stets um eine **psychische Beeinflussung** handeln: Lediglich eine Situation zu schaffen, in der sich ein anderer, wie man voraussieht, zum Delikt entschliessen wird, ist grundsätzlich straflos. Sonst wäre jede Eröffnung eines Selbstbedienungsgeschäftes eine Anstiftung zum Ladendiebstahl.

Zwei Theorien:

- 1) **Schuldteilnahmetheorie = Korruptionstheorie:** Der Anstifter stürzt den Täter in Schuld, korrumpiert ihn. Nach dieser Theorie wäre ein "*agent provocateur*" strafbar.
- 2) **Unrechtsteilnahmetheorie:** Das Unrecht der Teilnahme hängt vom Unrecht der Haupttat ab.

Bemerkungen:

- Unterschied zur mittelbaren Täterschaft: Kein Defekt beim Haupttäter!
- Bekräftigung der Geneigtheit eines "*omnimodo facturus*" Täters = psychische Gehilfenschaft
≠ Anstiftung.
- Wenn der Anstifter nur einen Versuch veranlassen will ("*Agent provocateur*", Lockspitzel bei der Polizei), dann ist er nicht strafbar (Kein Vollendungs-wille → kein Vorsatz).

III. Akzessorietät

- Die Teilnahme hängt von der Haupttat ab;
- Teilnahme = Erfolg der Haupttat;
- Versuchte Haupttat → Teilerfolg der Teilnahme;

- Die Schuld des Teilnehmers ist abhängig von der Haupttat.

IV. Lockerung der Akzessorietät, Art. 26 StGB

Art. 26 StGB: "*Besondere persönliche Verhältnisse, Eigenschaften und Umstände, die die Strafbarkeit erhöhen, vermindern oder ausschliessen, werden bei dem Täter, dem Anstifter und dem Gehilfen berücksichtigt, bei dem sie vorliegen.*"

Definition: Modifikation (Abänderung) der bestehenden Strafbarkeit durch persönliche Verhältnisse, Eigenschaften oder Umstände.

Art. 26 StGB verankert den Grundsatz der **limitierten Akzessorietät**: Die gemeinsame Haftung der an einem Delikt Beteiligten bezieht sich prinzipiell nur auf das Unrecht der Tat, während es für die Schuld auf die persönlichen Verhältnisse jedes einzelnen ankommt.

a) Beispiel 1: Schweigepflicht (Art. 321)

Sachverhalt: Ein Journalist bestecht einen Arzt, damit dieser Informationen über einen Patienten aufdeckt.

Persönliche Eigenschaft des Teilnehmers: ≠ Beruf des Arztes.

Strafbarkeit des Teilnehmers: Der Journalist hat keine Schweigepflicht. Deshalb kann er nur wegen Anstiftung, **nicht wegen Mittäterschaft bestraft** werden.

b) Beispiel 2: Kindestötung (Art. 116)

Sachverhalt: Eine Mutter tötet ihr gerade geborenes Kind; ihre Schwester hilft ihr.

Persönliche Eigenschaft des Teilnehmers: ≠ Mutter.

Strafbarkeit des Teilnehmers: Gehilfenschaft zur Tötung (Art. 111) statt Kindestötung.

Persönliche Eigenschaft des Teilnehmers: Mörderische Gesinnung.

Strafbarkeit des Teilnehmers: Gehilfenschaft zum Mord (Art. 112) statt Tötung.

➔ Art. 26 mehrfach anwenden!!

Art. 26 ist auf die strafbegründenden Schuldmerkmale nicht anzuwenden.

Ein gewisser Ausgleich der Unstimmigkeiten kann immerhin dadurch erfolgen, dass die Strafe des nicht gewinnsüchtig oder gewerbsmässig handelnden Teilnehmers entsprechend niedrig bemessen wird.

Den Gegensatz zu den persönlichen Merkmalen bilden **die sachlichen Umstände**, die nicht die Schuld des Täters, sondern das Unrecht der Tat charakterisieren. **Diese sind akzessorisch zu behandeln**, d. h. der Teilnehmer ist gleich strafbar wie der Täter, auch wenn er die sachlichen Umstände nicht selber verwirklicht; es genügt, dass er weiss, dass der Täter sie verwirklicht.

Subjektive Unrechtsmerkmale (Bsp.: Bereicherungsabsicht) müssen als sachliche Umstände angesehen werden.

Art. 26 passt nur auf Merkmale der Schuld, nicht auf solche des Unrechts, mögen diese auch "persönlicher" Natur sein.

Die Beamteneigenschaft ist ein Umstand sachlicher Natur.

Bei den echten Sonderdelikten begründet die Sonderpflicht die Strafbarkeit, ist Art. 26 also unanwendbar.

4. Einzelfragen zu Täterschaft und Teilnahme

I. Teilnahme an Unterlassungsdelikten

a) Beispiel 1:

Sachverhalt: Der Vater ist am Strand; der Sohn ertrinkt sich in der See; die Freundin des Vaters bittet ihn, die Nothandlung zu unterlassen.

Persönliche Eigenschaft des Haupttäters: Garantenstellung des Vaters.

Strafbarkeit des Haupttäters: Vorsätzliche Tötung durch unechte Unterlassung.

Persönliche Eigenschaft des Teilnehmers: Keine Garantenstellung der Freundin.

Strafbarkeit des Teilnehmers: Da sie nicht Garant ist, kann die Freundin nicht (Mit-)Täterin eines unechten Unterlassungsdelikttes sein; sie kann nur wegen Anstiftung, **nicht wegen Mittäterschaft** bestraft werden.

b) Beispiel 2:

Sachverhalt: Die Freundin des Vaters tötet dessen Sohn. Der Vater macht nichts.

Strafbarkeit des Haupttäters: Vorsätzliche Tötung durch Tun.

Persönliche Eigenschaft des Teilnehmers: Garantenstellung des Vaters.

Strafbarkeit des Teilnehmers: Da er Garant ist, ist er wegen Mittäterschaft durch unechte Unterlassung strafbar.

Eine Teilnahme *durch* Unterlassen ist unmöglich. Ausnahme: Wenn die täterschaftlichen Voraussetzungen fehlen, damit der Teilnehmer ein Täter ist.

c) Beispiel 3:

Die Mutter, die gegen die sexuellen Beziehungen ihres erwachsenen Sohnes mit seiner noch nicht 16 Jahre alten Schwester nicht einschreitet, unterlässt die Hinderung des *eigenhändigen* Delikttes der Unzucht mit Kindern (Art. 187).

Mögliche Lösung: Nie vergessen, dass das Unterlassen dem Tun subsidiär ist!

II. Notwendige Teilnahme

In besonderen Deliktsformen ist die Mitwirkung des Opfers denknotwendig, um den Tatbestand zu verwirklichen.

Beispiele: Erpressung (Art. 156), Wucher (Art. 157).

➔ Dann bleibt das Opfer selbstverständlich straflos.

III. Teilnahme an der Teilnahme (Kettenteilnahme)

Teilnahme an der Teilnahme ist Teilnahme. Es gibt keine Teilnahme an der Teilnahme. Es gibt nur Teilnahme an der Haupttat.

Lösung: Die Teilnahme **vom Standpunkt der Haupttat, im Verhältnis zur Haupttat** betrachten. Welche Rolle dem Teilnehmer zukommt, entscheidet das **schwächste Glied** der Kette.

IV. Irrtumsfälle

a) Exzess

Geht der Täter über das vom Teilnehmer Gewollte hinaus, so haftet der Teilnehmer **nur nach Massgabe seines Vorsatzes** (und allenfalls noch für die fahrlässige Herbeiführung des weitergehenden Erfolges, sofern diese mit Strafe bedroht ist).

Mittäterschaft: **Der gemeinsame Entschluss begrenzt die gemeinsame Haftung**. Geht die Verabredung etwa dahin, einen Einbruchsdiebstahl zu begehen, und schießt einer der Mittäter dabei ohne Vorwissen der anderen auf einen Verfolger, so bildet dieser Tötungsversuch einen **Exzess**, der nur demjenigen zuzurechnen ist, der ihn begangen hat.

b) Irrtum über die Teilnehmerrolle

- Ein Tatbeteiligter **überschätzt** seine eigene Rolle. Man muss von der **objektiv** gegebenen Form der Beteiligung ausgehen. Es wäre nicht vernünftig, von einem Versuch zu sprechen, während die Haupttat vollendet ist.

Bsp.: B glaubt, er sei Hintermann und beherrsche den Täter; in Wirklichkeit erleidet der Täter keinen Defekt

- subjektiv: Mittelbarer Täter
 - objektiv: Anstifter
 - B ist strafbar als Anstifter.
- Ein Tatbeteiligter **unterschätzt** seine eigene Rolle. Man muss von der **subjektiven** Seite ausgehen und dem Beteiligten das objektive Geschehen **nach Massgabe seines Vorsatzes** zurechnen.
Bsp.: A glaubt, er sei nur Gehilfe; in Wirklichkeit ist er Mittäter
 - subjektiv: Gehilfe
 - objektiv: Mittäter
 - A ist strafbar als Gehilfe.

N. Versuch und Vorbereitung

1. Wesen des Versuchs

Strafbar ist der Versuch bei Verbrechen und Vergehen, nicht dagegen bei Übertretungen (Art. 104 Abs. 1 StGB).

Der Handlungsunwert ist gegeben, der Erfolgswert nicht. Der Handlungswert beim Vorsatzdelikt ist nicht anders als der antizipierte Erfolgswert; anders gesagt, der Handlungswert ist ein Vorausblick über den Erfolgswert. Es hängt nur vom *Zufall* ab, ob ein Erfolg eintritt oder nicht.

Es gibt bei fahrlässigem Handeln keinen Versuch; in jedem Falle fehlt hier ein Verwirklichungswille.

Der Entschluss ist eine denkwürdige Bedingung für den Vorsatz: **Solange der Entschluss noch nicht gefasst ist, ist der Vorsatz noch nicht gegeben.**

Im Gegenteil, **wenn der Entschluss nur noch von äusseren Bedingungen abhängt, ist der Vorsatz gegeben.**

2. Vorsatz und Wahnvorstellung

Terminologie: Wahndelikt = Putativdelikt.

Subsumtionsirrtum: Falsche Wertung eines Laien. **Subsumtionsirrtümer der Laien im normativen Bereich sind immer irrelevant und unbeachtlich.**

Untauglicher Versuch = umgekehrter Tatbestandsirrtum	Wahndelikt = umgekehrter Verbotsirrtum	Wahndelikt = umgekehrter Subsumtionsirrtum
Das vorgestellte Verhalten ist tatbestandsmässig, rechtswidrig und strafrechtlich verboten.	Das vorgestellte Verhalten ist straflos (Irrige Annahme, eine in Wahrheit straflose Handlung sei strafrechtlich verboten).	Der Täter subsumiert einen von ihm wohlbekannten Sachverhalt falsch (Irrige Subsumtion eines Verhaltens unter einem strafbaren Straftatbestand).
Erfolgswert Handlungswert (Deliktvorsatz gegeben) → strafbar.		Erfolgswert Handlungswert → straflos.

3. Versuch und straflose Vorbereitung

Der Versuch ist der Ausdruck des Willens, eine Straftat zu begehen; der Vorsatz entspricht deren Entschluss.

Obwohl der Vorsatz schon bei der Vorbereitung gegeben ist, **bleibt die Vorbereitung einer Straftat grundsätzlich straflos.** Aus welchen Gründen?

- Gewährleistung der Gedankenfreiheit: Es gehört zur Freiheit des Individuums, böse Pläne zu machen.
- Verhinderung der Indizienschnüffelei: Eine gesetzliche Grundlage ist erforderlich für die Beweisbarkeit des Vorsatzes.

Dafür wurde die **Schwellentheorie** als Test für die Ernsthaftlichkeit eines bösen Vorsatzes entwickelt. Die Schwelle wird überschritten mit dem ersten Schritt, der über die Vorbereitung hinausführt, mit demjenigen, **von dem es in der Regel** (abgesehen von einem *freiwilligen* Zurück) **kein Zurück gibt**.

Wie bestimmt man die Schwellentheorie?

I. Die objektive Schwelle der räumlich–zeitlichen Vollendungsnähe

Der Versuch beginnt nur dann, wenn der Täter den Schauplatz, **die Bühne des Verbrechens** betritt. Unter dem Gesichtspunkt des **Opfers** entspricht diese Bühne seiner **Schutzsphäre**.

Es spielt keine Rolle, ob das Opfer die Bühne nicht betritt, denn das ist nur vom Zufall abhängig (→ untauglicher Versuch wegen untauglichen Objektes).

II. Die subjektive Schwelle des "point of no return" (Investition)

Der entscheidende Schritt wird hier als **Überschreitung einer psychologischen Schwelle** verstanden.

Der Täter erreicht den "point of no return", wenn er in ein verbrecherisches Vorhaben soviel investiert hat, dass ein Zurück schlechterdings unvorstellbar ist.

III. Vollendeter und unvollendeter Versuch

Ein Versuch ist vollendet, wenn der Täter alles gemacht hat, was er nach seinem Tatplan überhaupt machen wollte, und der Erfolg doch nicht eintritt.

Vollendeter Versuch ist nur beim Erfolgsdelikt möglich.

- Ausnahmen:
- Beim untauglichen Versuch eines Tätigkeitsdelikts ist die Vollendung des Versuchs durchaus möglich.
 - Für den Teilnehmer ist die Haupttat immer ein Erfolg.

Bemerkung: Bei einem unvollendeten Versuch mag der Erfolg doch eintreten: **Abweichung vom vorgestellten Kausalverlauf**. Es ist noch zu prüfen, ob sie wesentlich oder unwesentlich ist.

IV. Ausnahmskriminalisierung der Vorbereitungshandlung (Art. 260^{bis-ter})

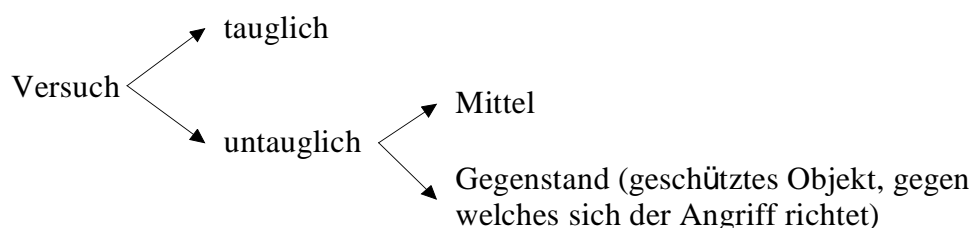
Art. 260^{bis}: Die Vorbereitung von den genannten Straftaten ist strafbar.

Art. 260^{ter} ("Maffia-Klausel"): Gegen die Organisationsdelikte ("*conspiracy*").

Die Mitgliedschaft als solche ist strafbar.

4. Untauglicher Versuch

Art. 23 StGB: Der untaugliche Versuch ist der **ungefährliche**, derjenige, der unter den gegebenen Umständen kein Rechtsgut in Gefahr bringt.



Der untaugliche Gegenstand ist meistens unproblematisch.

Dagegen ist das untaugliche Mittel oft nur relativ untauglich: z.B. Gift in ungenügender Menge, Schuss auf ein gepanzertes Fahrzeug. Dann ist der Versuch als tauglich betrachtet.

Es kann vom untauglichen Versuch nur die Rede sein, wenn das Mittel **absolut untauglich** ist: z.B. ungeladene Waffe, abergläubischer Versuch, Handeln aus Unverstand.

Dann kann die Tat milder bestraft werden, sogar auch straflos bleiben.

5. Rücktritt

I. Rücktritt vom Versuch und tätige Reue

Voraussetzungen:

- Der Rücktritt muss **freiwillig** ("aus eigenem Antrieb") sein: Aus der Sicht des Täters liegt **eine subjektive und realistische Wahlfreiheit** vor: **Er will nicht mehr fortsetzen, obwohl er noch könnte**. Unfreiwillig ist der Rücktritt, wenn der Versuch nach der Vorstellung des Täters fehlgeschlagen ist: Wenn der Täter fürchtet, an der Vollendung des Delikts gehindert zu werden, vor allem wenn er bei der Tat überrascht oder gestört wird, ebenso, wenn er die Sache für aussichtslos hält.
- Der Täter führt die strafbare Tätigkeit nur dann nicht zu Ende, wenn er **endgültig** auf die Begehung des Delikts verzichtet.

Zwei Fälle:

- 1) Der Täter gibt im Stadium des unvollendeten Versuchs auf: Eine bloße Unterlassung reicht aus. [Wenn der Erfolg trotz seines Unterlassens eintritt, ist zu prüfen, ob diese Abweichung vom vorgestellten Kausalverlauf wesentlich ist; sonst → 2)].
→ **Rücktritt**
- 2) Wenn der Täter die Vollendung erreicht hat, reicht eine bloße Untätigkeit nicht aus. Der Täter muss etwas unternehmen, tätig werden, um den Erfolg abzuwenden.
→ **Tätige Reue**

Rücktritt vom untauglichen Versuch:

Objektiv kann der Täter den Erfolg nicht abwenden, denn der Erfolg wird nie eintreten.

Wenn der Täter den vorgestellten Erfolg abwenden wollte, ist dieser Umkehrwille verdienstlich (Analogie zum Art. 22 zugunsten des Täters).

Erkennt der Täter dagegen die Untauglichkeit des Versuchs, so gibt es nichts mehr, wovon er zurücktreten könnte.

II. Rücktritt von der Vorbereitung

- Straflos!
- Als Teilnehmer mag die Vorbereitung trotz Rücktritts zu einem Erfolg führen. Emotional ist diese Fallkonstellation schwierig.

6. Teilnahme am Versuch und versuchte Teilnahme

I. Teilnahme am Versuch

- Aus der Sicht des Teilnehmers ist eine versuchte Haupttat ein **Teilerfolg**.
- **Akzessorietät** (= Abhängigkeit der Teilnahme von der Haupttat): Der Teilnehmer unterliegt grundsätzlich **dem gleichen Strafrahmen** als der Haupttäter, aber nicht zwangsläufig der gleichen Strafe, denn diese wird nach dem Schuld individualisiert.
- Bei einer Versuchstat bedarf es einem **Vollendungswillen** des Täters; wenn der Täter nur eine unvollendete Haupttat anstiften will (sog. "*Agent provocateur*"), dann ist er straflos.

II. Versuch der Teilnahme

- Die Teilnahme überschreitet nicht die Stufe des Versuchs, solange die zugehörige Tat darauf verbleibt.
- Falls die Haupttat nicht besteht (im Unterschied zur Teilnahme zum Versuch), stellt sich die Frage, ob **der Versuch, Teilnehmer zu sein**, strafbar ist.

a) Versuchte Anstiftung (Art. 24 Abs. 2)

Es ist gleichgültig, ob...

- der Anstifter weckt keinen Vorsatz bei dem Angestifteten;
- der Anstifter weckt den Vorsatz des Angestifteten, aber dieser betätigt seinen Tatentschluss nicht.

Die versuchte Anstiftung ist strafbar nur bei Verbrechen (also nur bei den mit **Zuchthaus** bedrohten Handlungen, → Art. 9).

b) Versuchte Gehilfenschaft

Im Unterschied zur versuchten Anstiftung ist die versuchte Gehilfenschaft nicht geregelt. **Deshalb ist sie straflos.**

Nicht verwechseln:	• Gehilfenschaft zum Versuch	→	strafbar!
	• Versuch der Gehilfenschaft	→	straflos!

c) Versuch der Mittäterschaft

Gesamtbetrachtung: **Der Versuch beginnt**, kraft gemeinsamer Tatherrschaft, **für alle Mittäter im gleichen Zeitpunkt**, wo einer von ihnen unmittelbar zur Verwirklichung des Tatbestandes ansetzt. Insbesondere ändert die abgeschlossene Leistung eines Beteiligten nichts daran, dass sich die Tat insgesamt erst im Vorbereitungsstadium (oder im Stadium eines unvollendeten Versuchs) befinden kann. Folge: Der Einzelne muss mit der Ausführung durch die anderen Beteiligten rechnen.

Vorbehalten: Art. 260^{bis} – 260^{ter} StGB.

d) Versuch der mittelbaren Täterschaft

Umstritten.

Unvollendeter Versuch mit Beginn der Einwirkung des Täters auf sein menschliches Werkzeug.

Vollendeter Versuch bei erfolgreichem Abschluss der Einwirkung auf das Werkzeug.

7. Versuch bei Unterlassungsdelikten

- Der Täter kann etwa irrigerweise annehmen, das zu schützende Rechtsgut befinde sich in Gefahr, und trotzdem untätig bleiben;
- oder es kann die Gefahr, die er nicht abwendet, noch rechtzeitig von anderen beseitigt werden.

Verwirklichungsstufen der Unterlassungsdelikte:

Die Handlungspflicht entsteht daher mit der Gefahr, und jede Verzögerung des Eingreifens ist pflichtwidrig, **sofern die Gefahr währenddessen wächst.**

Der Versuch beginnt, wenn sich die (wirkliche oder vom Täter angenommene) Gefahr für das Rechtsgut bei Verzögerung des rettenden Eingriffs steigert.

Er ist vollendet, wenn der Untätige die (vermeintlich) letzte Chance, rettend einzugreifen, hat vorübergehen lassen, der Erfolg aber noch aussteht.

O. Konkurrenzen

1. Der prozessuale Tatbegriff

Grundsätze:

- Formelle Rechtskraft: **Verbot der doppelten Bestrafung** ("*ne bis in idem*").
- Materielle Rechtskraft: Ein Lebenssachverhalt darf nur einmal der Gegenstand eines Prozessverfahrens sein.

Aber die Rechtskraft ist nicht absolut: In besonderen Ausnahmefällen ist eine Wiederaufnahme (Revision) möglich, auch zum Nachteil eines Freigesprochenen, wenn z.B. neue Indizien entdeckt werden.

Gerechtigkeitsdenken:

- Materielle Wahrheit: Man muss alles machen, um zu finden, was gerecht ist.
- Rechtssicherheit: Man muss einen Prozess zu Ende führen, man darf nicht endlos die Wahrheit untersuchen.

2. Der materiell–rechtliche Tatbegriff

Problem: Was ist *eine* Handlung und was sind *mehrere* Handlungen?

I. Natürliche Handlungseinheit

Natürliche Betrachtung einer Handlung: Verschmelzung, Vereinigung von mehreren Handlungen in eine Handlung.

→ Arbeitersparnis und Vereinfachung des Prozessverfahrens ("Ökonomieprinzip").

II. Rechtliche Handlungseinheit (Fortsetzungszusammenhang)

Fortgesetzte Handlung = eine Handlung. (Nat. Handlungseinheit in w. S.)

Das BGer hat diese Figur aufgegeben.

3. Die mehrfache Gesetzesverletzung

In welchem Verhältnis stehen die mehrfachen Gesetzesverletzungen zueinander?

I. Unechte (= scheinbare) Konkurrenz

Durch ein näheres Zusehen findet man nur eine Gesetzesverletzung.

Eine Gesetzesverletzung "frisst" die andere "auf" (**Konsumtion**).

II. Echte Konkurrenz

- **Idealkonkurrenz:** mehrfache Verletzung durch eine Handlung.
- **Realkonkurrenz:** mehrfache Verletzung durch mehrere Handlungen.

- **Gleichartige Konkurrenz:** Mehrfache Verletzung eines selben Tatbestandes.
- **Ungleichartige Konkurrenz:** Verletzung mehrerer Tatbestände.

III. Rechtsfolgen der Ideal– oder Realkonkurrenz, insbesondere Art. 68

Strafschärfung (Asperationsprinzip).

In anderen Rechtsordnungen: Kumulationsprinzip. In der Schweiz gilt die Kumulationsprinzip nur im Bereich vom Bussen.

4. Materiell–rechtlicher und prozess–rechtlicher Tatbegriff

Was materiell–rechtlich eine Tat ist (Idealkonkurrenz), ist prozess–rechtlich der einzige und selbe Lebenssachverhalt.

Was materiell–rechtlich mehrere Taten sind (Realkonkurrenz), *mögen* prozess–rechtlich mehrere Lebenssachverhalte sein.