

Examensklausur StR

Die Zürcher Verfolgungsjagd

Von Dr. Christine Morgenstern, Greifswald

Anwendbarkeit deutschen Strafrechts bei Tatbegehung im Ausland – Mittäterexzess und mittelbare Täterschaft innerhalb einer Mit-täterschaft – Irrtum hinsichtlich konkreter Tatbestandsalternative – aberratio ictus – Rücktritt bei außertatbestandlicher Zielerreichung – gemeinschaftlicher Diebstahl mit Waffen; räuberischer Diebstahl

SACHVERHALT*

Die deutschen Staatsbürger A und B kennen sich auf dem Kunstmarkt gut aus und wissen, dass Skulpturen von Giaco-

metti derzeit Höchstpreise erzielen. Sie planen daher gemein-sam einen Einbruch bei einem Kunsthändler (K) in Zürich, wo

* Die Klausur wurde im Probeexamen im Februar 2010 der Universität Greifswald vom Lehrstuhl für Kriminologie (Professor Dr. *Frieder Dünkel*) gestellt, an dem die Autorin wissenschaftliche Mitarbeiterin ist. Sie ist wegen ihres Umfangs, aber auch wegen der Vielzahl der Anforderungen gerade im Allgemeinen Teil als eher schwierig einzuschätzen. Das zeigte sich vor allem daran, dass es keine mit »gut« oder besser bewerteten Arbeiten gab. Die Durchfallquote lag bei 30%, der Schnitt bei 5,4 Punkten.

§§ ohne Gesetzesangaben sind solche des Strafgesetzbuchs.

sie »L'homme qui marche V«, den K gerade erworben hat, entwenden wollen. Der erzielte Erlös soll hälftig geteilt werden. K will sein neues Prachtstück vor der Öffentlichkeit noch eine Weile geheim halten; daher hat er die Skulptur unauffällig und wenig gesichert in einem Lagerraum in seinem Geschäftshaus verstaut. A, der sich als »Gentleman-Dieb« betrachtet, besteht darauf, den Einbruch ohne Anwendung von Gewalt gegen Menschen durchzuführen, und weigert sich, Waffen mitzunehmen. B hat weniger Skrupel; für ihn muss der Einbruch auch unbedingt ein Erfolg werden, weil er bereits einen Abnehmer für die Skulptur hat. Er kann A schließlich überzeugen, dass jeder zumindest eine Pistole mit Übungsmunition (Platzpatronen) mitnehmen solle, die man notfalls einsetzen könne, um »Störenfriede« zu beeindrucken.

Zunächst verläuft alles nach Plan; von der umfangreichen Ausrüstung an Werkzeug, die A in einem Rucksack dabei hat, muss er außer einem massiven, knapp einen Meter langen Brecheisen nichts einsetzen: Durch eine Seitentür, die A aufgebrochen hat, gelangen A und B in das Lager von K. Als B dort gerade die lebensgroße Statue von ihrem Sockel geschraubt hat, tönt plötzlich aus der Büroetage über dem Lager die Stimme des K, der A und B entdeckt hat: »Halt! Stehenbleiben!« A und B (er hat die Skulptur nun einfach unter den Arm geklemmt), flüchten daraufhin auf die Straße, verfolgt von K, und erreichen bald eine belebte Einkaufsstraße, wo sie versuchen wollen, in der Menge zu verschwinden. K bleibt ihnen jedoch auf den Fersen.

Ohne Wissen des A hat B beide Pistolen nicht mit Platzpatronen, sondern mit scharfer Munition bestückt. Als A nun, um K durch den Knall zu erschrecken und von einer weiteren Verfolgung abzuhalten, auf ihn schießt, verletzt er ihn mit einem Streifschuss leicht. A geht es dabei nur darum, unerkannt zu entkommen. K läuft jedoch weiter. Auch B, immer noch mit der unhandlichen Statue im Arm, hat inzwischen seine Waffe gezückt und schießt auf den Kopf des K, um ihn aufzuhalten und ihn notfalls zu töten. Er will den Giacometti aus den genannten Gründen auf keinen Fall einbüßen. Der in Richtung des K abgegebene Schuss verfehlt diesen jedoch und trifft die Passantin P, die blutend zusammenbricht. Wie sich später herausstellt, ist der Schuss tödlich. Da kein Passant Anstalten macht, sich um P zu kümmern, sondern alle in Panik davonrennen, versucht K nun zunächst, ihr »Erste Hilfe« zu leisten.

B dreht sich um und will nochmals auf K schießen. Als er aber sieht, dass K sich über P beugt, erkennt er, dass dieser ihn nicht weiter an der Flucht hindern wird. B lässt daraufhin den bereits ausgestreckten Arm sinken und rennt weiter, ohne nochmals auf K geschossen zu haben.

Erst sehr viel später werden A und B in Deutschland gefasst.

Wie haben sich A und B strafbar gemacht? Ggf. erforderliche Strafanträge gelten als gestellt.

LÖSUNG

Erster Handlungsabschnitt – Der Einbruch, Flucht auf die Straße

Da es sich um eine im Ausland begangene Tat handelt, muss zunächst geprüft werden, ob nach den Grundsätzen des internationalen Strafrechts (oder besser: Strafanwendungsrechts¹) das deutsche Strafrecht überhaupt Anwendung findet. Maßgeblich ist hier § 7 II Nr. 1, nach der das deutsche Strafrecht dann gilt, wenn am Tatort die Tat auch mit Strafe bedroht ist und der Täter zur Tatzeit Deutscher war². Beides ist hier der Fall³.

Strafbarkeit von A und B⁴

I. Diebstahl mit Waffen gem. §§ 242, 244 I Nr. 1 a) und b), 25 II⁵

Indem A und B die Giacometti-Skulptur unter Einsatz einer Schreckschusspistole und eines Brecheisens entwendet haben, könnten sie sich wegen gemeinschaftlichen Diebstahls mit Waffen gem. §§ 242, 244 I Nr. 1 a) und b), 25 II strafbar gemacht haben.

1. Objektiver Tatbestand

a) Fremde bewegliche Sache

Die Skulptur stand im Eigentum des K, war also für A und B fremd. Sie musste zwar abgeschraubt, d. h. erst beweglich gemacht werden; dann aber handelte es sich um eine bewegliche Sache. Damit liegt ein taugliches Tatobjekt iSd § 242 vor.

b) Wegnahme

Diese Sache müssten A und B weggenommen haben. Hier hatte ursprünglich K sowohl physisch-reale Einwirkungsmöglichkeit auf die Skulptur, die in seinem Lager aufbewahrt wurde, als auch den Sachherrschaftswillen; d. h. ursprünglich war er der Gewahrsamshaber. Zu prüfen ist weiter, ob und wann A und B neuen Gewahrsam begründet haben. Vollendung des Gewahrsamswechsels wird durch die Begründung von eigener Sachherrschaft durch den Täter bewirkt. Nach der herrschenden Apprehensions(Ergreifungs-)theorie⁶ in Verbindung mit dem sozio-normativen Gewahrsamsbegriff⁷ ist bei schweren oder großformatigen Gegenständen wie der Skulptur erforderlich, dass das Tatobjekt ergriffen und aus dem Herrschaftsbereich des bisherigen Gewahrsamshabers entfernt⁸ wird. Hier ist die Statue zum Zeitpunkt der Entdeckung durch K noch in seinem Herrschaftsbereich, d. h. ein Dritter würde sie angesichts der Situation noch ihm zuordnen. Spätestens jedoch als B mit der Skulptur unter seinem Arm die belebte Straße erreicht, ist K nur noch Verfolger, die Skulptur ist – gegen seinen Willen – aus seinem Einwirkungsbereich verschwunden, sein Gewahrsam gebrochen und neuer bei B begründet.

c) Zurechenbarkeit zu A

A hat nicht selbst die Statue abgeschraubt und sich unter den Arm geklemmt, d. h. weggenommen. Es ist daher zu fragen, inwieweit ihm die Handlung des B als Mittäter gem. § 25 II zugerechnet werden kann. Zur Begründung von (Mit)Täterschaft werden verschiedene Auffassungen vertreten, die in unterschiedlichem Ausmaß objektive (Tatherrschaftslehre) und subjektive (»animus«-Lehre) Kriterien betonen. Hier leistet

1 Aufschlussreich hierzu der zweiteilige Aufsatz von *Satzger* JURA 2010, 108 ff., 190 ff.

2 Dazu vertieft *Satzger* (Fn. 1), 190 (191–194).

3 Art. 140 schweizStGB. Natürlich mussten die Studierenden diese Bestimmung nicht kennen, durften eine Strafbarkeit aber getrost unterstellen.

4 Ein getrennter Aufbau ist ebenfalls möglich, führt aber in der weiteren Bearbeitung zu Zeitproblemen.

5 § 243 I S. 2 Nr. 1 ist auch erfüllt. Eine Prüfung ist aber zumindest bei Bejahung von § 244 – an der man hier schwerlich vorbeikommt – entbehrlich.

6 Vgl. Schönke/Schröder (Sch/Sch)/Eser StGB, 27. Aufl., § 242 Rdn. 37; Tröndle/Fischer StGB, 57. Aufl., § 242 Rdn. 17; kritisch zu deren Aussagekraft *Wessels/Hillenkamp* BT 2, 32. Aufl., Rdn. 110.

7 Sch/Sch/Eser (Fn. 6), § 242 Rdn. 23.

8 Sch/Sch/Eser (Fn. 6), § 242 Rdn. 38 f; *Wessels/Hillenkamp* (Fn. 6), Rdn. 111.

der A einen erheblichen objektiven Tatbeitrag, indem er den Diebstahl mit ausführt, selbst wenn er für das Aufbrechen und nicht für die eigentliche Wegnahme zuständig ist; A und B gehen damit arbeitsteilig vor. Außerdem will⁹ A die Tat ebenso wie B, d. h. das subjektive Tatinteresse liegt bei ihm ebenso vor. Das Vorgehen basiert auch auf einem gemeinsamen Tatplan, folgt also im Sinne des § 25 II einem bewussten und gewollten Zusammenwirken. Ein Eingehen auf die verschiedenen Auffassungen zur Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme erübrigt sich damit hier; A und B handeln in Bezug auf den Diebstahl als Mittäter.

d) Qualifikationsmerkmal § 244 I Nr. 1 a)

aa) bezüglich der Pistolen

Geladene Pistolen sind objektiv gefährliche¹⁰ Waffen; damit haben A und B jeweils gem. § 244 I Nr. 1 a) eine Waffe bei sich geführt.

bb) bezüglich des Brecheisens

Fraglich ist, ob beide auch im Hinblick auf das Mitführen des im Sachverhalt als »massiv« und knapp einen Meter lang beschriebenen Brecheisens § 244 I Nr. 1 a) in der Form des Beisichführens eines gefährlichen Werkzeugs verwirklicht haben.

Fraglich ist zunächst, ob man die für § 224 I Nr. 2 verwendete Definition des »gefährlichen Werkzeugs« als »Gegenstand, der nach seiner objektiven Beschaffenheit und nach der Art seiner Benutzung konkret geeignet ist, erhebliche Verletzungen herbeizuführen«¹¹ hier ebenfalls benutzen kann. Der Sachverhalt legt nahe, dass das Brecheisen so beschaffen ist, dass es – sollte man es als Schlaginstrument einsetzen – erhebliche Verletzungen zufügen könnte. Gegen eine Übertragbarkeit der Definition spricht aber, dass es für § 244 I Nr. 1 a) allein auf das Beisichführen ankommt, so dass die nicht verlangte und auch hier nicht stattfindende (Art der) Benutzung als Abgrenzungskriterium nicht taugt¹².

Zu fragen ist dann aber weiter, wie die »gefährlichen Werkzeuge« spezifisch im Sinne des § 244 I Nr. 1 a) zu verstehen sind, wobei zu bedenken ist, dass nahezu jede Mitnahme von Einbruchswerkzeug, das massiver ist als feine Dietriche, potentiell gefährlich werden kann. Hierüber besteht erheblicher Streit¹³. Die Rechtsprechung ist widersprüchlich; zu nennen ist z. B. die Auffassung¹⁴, nach der sowohl die objektive Beschaffenheit des Gegenstandes als auch eine entsprechende »Verwendungsbestimmung« seitens des Täters relevant sein soll. Später hat sich der BGH hiervon wieder entfernt und dem Gesetzgeber eine missglückte Regelung vorgeworfen¹⁵, ohne seinerseits eine Auslegungsalternative aufzuzeigen. In der Tat ist das Problem, dass einerseits die gefährliche Verwendungsmöglichkeit allein sämtliche gefährlichen Mehrzweckgeräte (und eben auch das typischerweise bei einem Einbruchsdiebstahl – der aber schon durch § 243 I S 2 Nr. 1 und ggf. § 244 I Nr. 3 erfasst ist – mitgeführte Einbruchswerkzeug) erfasst, andererseits in § 244 I Nr. 1 b) eine Verwendungsabsicht bzw. ein Verwendungsvorbehalt eben nur für sonstige, ungefährliche Werkzeuge verlangt wird, kaum aufzulösen. Zuzustimmen ist daher Auffassungen, die dem Wortlaut quasi ein Merkmal hinzufügt und eine Auslegung anhand dem Normzweck – dem Schutz vor besonders gefährlichen Begehungsweisen – vornimmt, dadurch zu einer teleologischen Reduktion kommt: Danach unterfällt das Mitführen eines objektiv (potenziell) gefährlichen Werkzeugs ohne inneren Verwendungsvorbehalt nicht dem § 244 I Nr. 1 a). Aus dem Sachverhalt ist hier ersichtlich, dass weder A noch B daran

dachten, das Brecheisen einzusetzen, um jemanden zu verletzen; für A geht sogar das Gegenteil deutlich aus seiner Ablehnung jeglicher Gewalt hervor.

cc) Zwischenergebnis

§ 244 I Nr. 1 a) in Bezug auf die Brechstange ist daher hier nicht erfüllt¹⁶, bezüglich der Pistolen hingegen schon.

2. Subjektiver Tatbestand

a) Vorsatz bezüglich des objektiven (Grund-)Tatbestands

Wie oben schon angedeutet, handeln sowohl A als auch B mit dem Willen zur Verwirklichung des Grundtatbestandes des Diebstahls nach § 242 I in Kenntnis aller Tatumstände und aufgrund eines gemeinsamen Tatplanes im Sinne des § 25 II.

b) Absicht rechtswidriger Zueignung

Sie handeln beide mit der Absicht, sich den Giacometti zumindest vorübergehend anzueignen (und später weiterzuverkaufen); dass sie dabei den K aus seiner Eigentümerstellung faktisch dauerhaft verdrängen, nehmen sie in Kauf. Sie handeln damit in der Absicht rechtswidriger Zueignung.

c) Vorsatz bezüglich der Qualifikation § 244 I Nr. 1 a)

Beide müssten auch Vorsatz in Bezug auf die Qualifikation des § 244 I Nr. 1 a), bezogen auf die Pistole, gehabt haben. Das ist bei B der Fall.

Da ausgemacht war, nur Schreckschussmunition mitzunehmen, ist aber zu fragen, ob der Einsatz echter Munition dem A über § 25 II zugerechnet werden kann oder einen Täterexzess darstellt. Eindeutig ist der B zugunsten einer gefährlicheren Begehungsweise als ausgemacht vom gemeinsamen Tatplan abgewichen; danach liegt ein Täterexzess vor. Er ist bei der strafrechtlichen Beurteilung des Verhaltens von A jedoch nur relevant¹⁷, wenn Waffen, die (nur) mit Schreckschussmunition bestückt sind, keine »Waffen« im Sinne des § 244 I Nr. 1 a) darstellen. Das ist strittig: Der BGH hat in einer Entscheidung des Großen Senats¹⁸ festgestellt, dass eine Schreckschusspistole »nach ihrer

⁹ Die subjektiven Kriterien der Täterschaftsprüfung gehören strenggenommen in den subjektiven Tatbestand. Bei einem so klar liegenden Ergebnis wie hier ist es zur Arbeitersparnis jedoch durchaus erlaubt, die gesamte Prüfung im objektiven Tatbestand abzuhandeln und schon hier zu einem Zwischenergebnis zu gelangen; dies dient auch der Übersichtlichkeit der Prüfung.

¹⁰ *Joecks* Studienkommentar StGB, 8. Aufl., § 244 Rdn. 9.

¹¹ Leipziger Kommentar (LK)/*Lilie* StGB, 11. Aufl., § 224 Rdn. 20.

¹² Vgl. hierzu *Wessels/Hillenkamp* (Fn. 6) Rdn. 261; *Joecks* (Fn. 10) § 244 Rdn. 10 ff.

¹³ Da dieser Streit lebhaft geführt wird und auch bisher keine höchstrichterliche Klärung erfolgt ist (vgl. mit deutlicher Kritik an der möglichen Herausbildung einer »umfangreichen Einzelfallkasuistik« *Wessels/Hillenkamp* (Fn. 6), Rdn. 262 g), kann von den Bearbeiterinnen und Bearbeitern nicht mehr verlangt werden als dass sie das Problem erkennen und sich schlüssig und unter Einsatz der relevanten Auslegungsmethoden damit auseinandersetzen.

¹⁴ BGH NStZ 1999, 301 – der 3. Senat hat sich hier zum Problem des gefährlichen Werkzeugs bei § 250 I Nr. 1 a) geäußert, das dem des 244 I Nr. 1 a) entspricht.

¹⁵ BGH 52, 257 (266).

¹⁶ Abweichende Ansicht, vor allem unter Berufung auf den Wortlaut als Auslegungsgrenze vertretbar.

¹⁷ Die Erörterung dieses Problems der Inkongruenz von obj und subj Tatbestand in Bezug auf verschiedene Alternativen und die Kenntnis des Streitstandes werden nicht vorausgesetzt; wer sich mit dem BGH auch bei Platzpatronen schon für eine Waffe entscheidet, hat hier ohnehin kein Problem. Nachweise zum komplizierten Streitstand z. B. bei *Sch/Sch/Cramer/Sternberg-Lieben* (Fn. 6) § 16 Rdn. 11; *Nomos-Kommentar (NK)/Puppe* StGB, 3. Aufl., § 16 Rdn. 114.

¹⁸ BGH NJW 2003, 1677; dazu *Fischer* NStZ 2003, 571.

Beschaffenheit geeignet (ist), erhebliche Verletzungen hervorzurufen«, und dass »aus rechtsmedizinischer Sicht Schreckschusswaffen eigentlich genauso behandelt werden (müssen) wie scharfe Waffen«. Dem ist aber entgegenzuhalten, dass der »bestimmungsgemäße Gebrauch« – der üblicherweise zur Definition der Waffe »in technischen Sinn«¹⁹ herangezogen wird, hier eben gerade im Abgeben von Schreckschüssen liegt. Wird die Schreckschusspistole dagegen z. B. bei einem Aufsetzschuss verwendet, wird sie gerade nicht ihrer Bestimmung gemäß eingesetzt, so dass sie ihre Gefährlichkeit erst aus der konkreten Verwendungsart gewinnt – das wiederum ist Kennzeichen des gefährlichen Werkzeugs. Insofern ist die Auslegung des BGH zu weit und abzulehnen. Für das gefährliche Werkzeug gilt aber wieder das oben Gesagte: Im Rahmen einer teleologischen Reduktion muss man einen entsprechenden Verwendungsvorbehalt (d. h. den Vorbehalt eines entsprechend gefährlichen Einsatzes) fordern, den A gerade nicht hat. Damit ist die Fehlvorstellung des A insofern beachtlich, als er nicht vorsätzlich § 244 I Nr. 1 a) verwirklicht.

d) Vorsatz bezüglich der Qualifikation § 244 I Nr. 1 b)

A hat sich allerdings vorgestellt, ein anderes Werkzeug oder Mittel zur Überwindung des Widerstandes einer anderen Person durch (konkludente) Drohung mit Gewalt einzusetzen – hier hat A die vermeintliche Schreckschusspistole ja zur Abschreckung des K einsetzen wollen; subjektiv verwirklicht er damit § 244 I Nr. 1 b). Sein Irrtum wäre grundsätzlich als Tatbestandsirrtum im Sinne des § 16 I zu behandeln, weil er sich auf die Unkenntnis von einem Tatbestandsmerkmal in tatsächlicher statt rechtlicher Hinsicht bezieht. Wie eine Inkongruenz des vorgestellten von realen Geschehen zu bewerten ist, wenn es sich im Rahmen desselben Tatbestandes, jedoch bezogen auf unterschiedliche Tatbestandsalternativen bezieht, ist umstritten. Bei der Streitentscheidung kommt es darauf an, ob man die erhöhte Gefährlichkeit als Grund der Qualifikation des § 244 I Nr. 1 insgesamt als eine Art Kontinuum begreift – dann könnte man argumentieren, dass dem A ja durchaus bewusst war, dass er eben keine Attrappe bei sich hatte und verwenden wollte, sondern eine einsatzfähige Schreckschusspistole (mit all ihren, dem A bekannten, potenziell gefährlichen Eigenschaften); er auf einer Gefährlichkeitsskala zwischen völlig ungefährlicher Attrappe und absolut gefährlicher Schusswaffe demnach irgendwo in der Mitte liegt. Argumentiert man jedoch mit normativen Kategorien, so richtet sich sein Vorsatz auf die ungefährlichere Variante des § 244 I Nr. 1 b), weist damit ein qualitatives Minus gegenüber der (noch) gefährlicheren Variante des § 244 I Nr. 1 a) auf. Vertretbar ist hier beides. Argumentiert man pragmatisch mit der Tatsache, dass die Strafandrohung dieselbe ist und man auch begrifflich von einem »einheitlichen (komplexen) Merkmal«²⁰ ausgehen kann, spricht wohl mehr dafür, dass der Irrtum hier letzten Endes unbeachtlich ist²¹.

3. Rechtswidrigkeit und Schuld

Weder für A noch für B sind Rechtfertigungsgründe ersichtlich. Dasselbe gilt für Entschuldigungs- oder Schuldauusschließungsgründe. Sie handeln damit rechtswidrig und schuldhaft.

4. Ergebnis

A und B sind strafbar gem. §§ 242 I, 244 I Nr. 1 a), 25 II.

II. Hausfriedensbruch gem. §§ 123, 25 II durch das Einsteigen durch das Kellerfenster

Indem A und B ihrem Tatplan folgend gemeinsam in das Lager als Teil der Geschäftsräume des K eingebrochen sind, sind sie iSd § 123 eingedrungen. Sie handelten dabei vorsätzlich, rechtswidrig und schuldhaft.

A und B sind strafbar gem. §§ 123, 25 II.

III. Sachbeschädigung durch das Aufbrechen der Tür gem. § 303 I

Indem A dem gemeinsamen Tatplan folgend die Tür zum Lagerraum mit einem Brecheisen aufgebrochen hat, was eine Substanzverletzung notwendigerweise einschließt, hat er objektiv eine Sachbeschädigung gem. § 303 I verwirklicht. Sein Vorgehen ist dem B über § 25 II zuzurechnen. Beide handelten dabei vorsätzlich, rechtswidrig und schuldhaft.

A und B sind strafbar gem. §§ 303, 25 II.

Zweiter Handlungsabschnitt – Das Geschehen während der Verfolgungsjagd

A) Strafbarkeit des A

I. Strafbarkeit gem. §§ 212, 211, 22, 23 I, 12 I wegen des auf K abgegebenen Schusses

Zur Tatvollendung ist es nicht gekommen, K hat überlebt. Die Versuchsstrafbarkeit ergibt sich aus den §§ 23 I, 12 I i. V. m. den Strafandrohungen der §§ 211 I, 212 I²². Nach § 22 müsste A sich hier eine Vorstellung von der Tat gemacht haben (sog. Tatentschluss) und zur Verwirklichung des Tatbestandes unmittelbar angesetzt haben. Seine Vorstellung ist jedoch gerade nicht auf die Tötung eines Menschengeschöpfes, insofern fehlt es hier am Tatentschluss.

II. Strafbarkeit gem. §§ 223, 224 I Nrn. 2, 4 und 5

A könnte sich gem. §§ 223, 224 I Nrn. 2, 4 und 5 wegen gefährlicher Körperverletzung strafbar gemacht haben, als er den K durch einen Streifschuss verletzte.

1. Objektiver Tatbestand

a) Misshandlung und Gesundheitsschädigung

Der Streifschuss stellt sowohl eine üble, unangemessene Behandlung, die das körperliche Wohlbefinden des K als anderer Person mehr als nur unerheblich beeinträchtigt, mithin eine körperliche Misshandlung als auch das Hervorrufen eines pathologischen Zustandes, d. h. einer Gesundheitsschädigung dar. Der objektive Tatbestand des § 223 I ist erfüllt.

¹⁹ Joecks (Fn. 10), § 224 Rdn. 23.

²⁰ Sch/Sch/Cramer/Sternberg-Lieben (Fn. 6) § 16 Rdn. 11.

²¹ Die unterschiedliche Gefährlichkeit kann so natürlich in der Strafzumessung berücksichtigt werden. Hält man den Irrtum hingegen für beachtlich, ist für A jedenfalls von einer Strafbarkeit nach §§ 242, 243 I S. 2 Nr. 1 und §§ 244 I Nr. 1 b), 22; 52 auszugehen.

²² Teilweise wird vertreten, eine derartige »Vorprüfung« sei in jedem Fall überflüssig, vgl. Putzke JuS 2009, 895. M. E. sollte diese jedoch kurz erfolgen, wenn auch ohne eine entsprechende Zwischenüberschrift.

b) Qualifikationen des § 224 I Nr. 2, 4, 5

Die Pistole ist eine Waffe im Sinne des § 224 I Nr. 2.

Für eine gemeinschaftliche Begehungsweise im Sinne des § 224 I Nr. 4²³ wird vorausgesetzt, dass mehrere Personen dem Opfer tatsächlich gegenüberstehen²⁴. Das ist hier nicht der Fall, A handelte in der konkreten Situation allein. Damit liegt diese Alternative trotz des gemeinsamen Tatplans und des gemeinsam durchgeführten Diebstahls nicht vor.

Fraglich ist, ob durch das gezielte Schießen objektiv eine lebensgefährdende Behandlung gem. § 224 I Nr. 5 vorliegt. Umstritten ist dabei, inwiefern eine objektiv generelle (abstrakte) Lebensgefahr ausreicht bzw. ob eine konkrete Lebensgefahr vorliegen muss. Letzteres ist hier nicht der Fall; aber auch die objektiv generelle Eignung des Schusses ist schwer einzuschätzen, da der Sachverhalt sich nicht dazu äußert, wie gezielt der A geschossen hat. *In dubio pro reo* müsste hier zugunsten des A angenommen werden, dass er nicht in Brust- oder Kopfbereich geschossen hat, so dass auch eine abstrakte Lebensgefahr ausgeschlossen werden kann, ohne dass der Streit entschieden zu werden braucht (a. A. gut vertretbar).

2. Subjektiver Tatbestand

Vorsatz setzt die Kenntnis aller Tatumstände voraus. Da A nichts davon wusste, dass die Pistole scharf geladen und damit objektiv in der konkreten Tatsituation (d. h. Schuss auf längere Distanz) zur Herbeiführung der gefährlichen Körperverletzung geeignet war, fehlt ihm gem. § 16 I der Vorsatz bzgl. der oben genannten Tatbestandsmerkmale.

3. Ergebnis

A ist nicht nach §§ 223, 224 I Nr. 2 strafbar.

III. Fahrlässige Körperverletzung gem. § 229

A könnte sich aber gem. § 229 wegen fahrlässiger Körperverletzung strafbar gemacht haben, als er die vermeintliche Schreckschusspistole einsetzte und den K durch einen Streifschuss verletzte.

1. Tatbestand

Gem. § 16 I kann trotz Unkenntnis der objektiven Tatumstände die Strafbarkeit in Bezug auf die fahrlässige Begehungsweise gegeben sein. Entscheidend ist hier die Frage nach der *Sorgfaltswidrigkeit*. Grundsätzlich ist es nicht (im Hinblick auf das geschützte Rechtsgut, das Leben) sorgfaltswidrig, mit einer mit Platzpatronen bestückten Pistole auf die Distanz auf einen Verfolger zu schießen, um ihn zu erschrecken. Fraglich ist allein, ob man von A nicht hätte verlangen können (hier ergeben sich auch zwischen den objektiven Anforderungen an einen gewissenhaften und besonnen Menschen und individuellen Gegebenheiten des A²⁵ keine Unterschiede), dass er sich angesichts der Gewaltbereitschaft von B hätte vergewissern müssen, was er für eine Waffe bekommt und ihm diesbezüglich ein Vorwurf der Sorgfaltswidrigkeit gemacht werden kann. Das ist vertretbar, geht jedoch ohne entsprechende Hinweise (z. B. dass der B sich an Absprachen nicht hält) des Sachverhalts hier wohl zu weit.

2. Ergebnis

Eine Sorgfaltspflichtverletzung ist daher weder in dem Schuss mit der vermeintlichen Schreckschusspistole noch in der Tatsache zu sehen, dass A die Munition nicht überprüft hat. Eine Strafbarkeit gem. § 229 scheidet aus.

IV. Räuberischer Diebstahl gem. § 252²⁶

Indem A auf K geschossen hat, um ihn zu erschrecken und zu stoppen, könnte er sich eines räuberischen Diebstahls nach § 252 schuldig gemacht haben.

1. Objektiver Tatbestand

a) Nach der hier vertretenen Ansicht liegt bereits mit der Flucht auf die Straße, ungeachtet der Verfolgung durch K, ein vollendeter Diebstahl gem. § 242 vor, s. o²⁷. Beendet ist der Diebstahl jedoch noch nicht, da hier noch keine Beutesicherung durch A und B vorgenommen werden konnte. Nach ganz h. M. ist in diesem Stadium der Tat nicht mehr zu erwägen, dass ein Raub gem. § 249 vorliegt, weil die Wegnahme als Tathandlung des § 249 nicht mehr »durch« Gewalt erreicht werden kann, wenn die Gewaltausübung zeitlich nach ihr liegt. Es ist daher zu prüfen, ob die Voraussetzungen des räuberischen Diebstahls gem. § 252 vorliegen²⁸.

b) A ist von K in unmittelbarem räumlichem und zeitlichem Zusammenhang zur Tatausführung entdeckt worden und ist damit »auf frischer Tat betroffen«.

c) Objektiv hat A auch nach der engsten Auffassung des Gewaltbegriffs²⁹ durch den Schuss auf K, der diesen verletzt hat, Gewalt ausgeübt.

2. Subjektiver Tatbestand

a) Vorsatz hatte A jedoch nur bzgl. seines »Schreckschusses«; nach dem Sachverhalt wollte er keine »Gewalt gegen Menschen ausüben«. Hier wollte A den K allerdings mit dem Schuss erschrecken, was, sofern solche Schüsse nicht sofort als ungefährlich erkannt werden, zumindest eine konkludente Drohung für Leib oder Leben darstellten. Fraglich ist daher wieder, ob sich der Irrtum über Tatbestandsalternativen gem. § 16 I auswirkt. Diese Frage müsste allerdings nur entschieden wer-

23 Die Prüfung weiterer Qualifikationsvarianten des § 224 war angesichts des offenkundig fehlenden Vorsatzes entbehrlich. Zumindest die unstrittig vorliegende Qualifikation des § 224 I Nr. 2 an dieser Stelle überhaupt zu prüfen war hingegen trotz dieses Fehlens sinnvoll, weil dies im Rahmen der mittelbaren Täterschaft für B bedeutsam ist.

24 *Joecks* (Fn. 10), § 224 Rdn. 31 m. w. N.

25 Vgl zu den unterschiedlichen eher objektiv bzw. eher individuell ausgerichteten Sorgfaltsmaßstäben *Sch/Sch/Cramer/Sternberg-Lieben* (Fn. 6), § 15 Rdn. 118 f m. w. N.

26 § 250 kommt hier natürlich in Betracht, da der Grundtatbestand aber an der nötigen Besitzerhaltungsabsicht scheitert, wäre es unökonomisch, eine Qualifikation zu prüfen.

27 Wer oben – aber völlig gegen die h. M. – noch keinen vollendeten Diebstahl angenommen hat, muss hier § 249 prüfen, da nach dieser Auffassung zu prüfen wäre, ob A eine Nötigung einsetzt, damit B die Wegnahme vollenden kann.

28 Die Mindermeinung, die von *Dreher* vertreten wurde und die bei einem Einsatz der Nötigungsmittel zwischen Vollendung und Beendigung des Diebstahls stets noch § 249 annehmen wollte, konnte schon fast als überholt gelten, vgl. hierzu *Dreher* MDR 1979, 531; *Sch/Sch/Eser* StGB, 24. Aufl., § 252 Rdn. 3 a. In einer Entscheidung von 1993 (BGHSt 38, 295 = NJW 1992, 2103 und NSTZ 1992, 589 (mit Anm. von *Rengier*)) ist aber der BGH der sog. Beendigungslehre wieder gefolgt, mit der Begründung, dass sonst Fälle nicht erfasst würden, in denen tödliche Gewalt verübt werde, es dem Täter aber nicht mehr um die Beutesicherung gehe (etwa weil er sie bereits verloren hat), sondern nur noch um die Fluchtsicherung. Auch dieses Argument lässt sich jedoch damit widerlegen, dass dann auch – mangels zu sichernden Raubobjekts – der vollendete § 249 entfallen müsste (*Rengier* JuS 1993, 462). Entsprechende Strafbarkeitslücken sind hinzunehmen. Eine Anwendung des § 249 ist daher auch für den vorliegenden Fall abzulehnen (vgl. auch *Geppert* JURA-Karteikarte 93, StGB § 251/3). Eine Auseinandersetzung mit diesem Problem wurde von den Studierenden nicht erwartet.

29 Ausführlich dazu *Sinn* JuS 2009, 580 ff.

den, wenn die subjektiven Voraussetzungen des § 252 im Übrigen erfüllt wären.

b) Dazu müsste der A in der Absicht gehandelt haben, sich (selbst)³⁰ im Besitz der gestohlenen Sache zu halten. Hier weist der Sachverhalt ausdrücklich darauf hin, dass dies nicht der Fall war – ihm ging es allein um die Flucht.

3. Ergebnis:

A ist nicht gem. § 252 strafbar.

V. Zudem ist durch das Schießen auf K, um ihn zu erschrecken und zu stoppen, eine **versuchte Nötigung gem. §§ 240, 22** gegeben.

B) Strafbarkeit des B

I. Strafbarkeit gem. §§ 212, 211, 25 I 2. Alt., 22, 23 I, 12 I wegen des auf K von A abgegebenen Schusses

Zur Tatvollendung ist es nicht gekommen, K hat überlebt. Die Versuchsstrafbarkeit ergibt sich aus den §§ 23 I, 12 I i. V. m. den Strafandrohungen der §§ 211 I, 212 I. Nach § 22 müsste B sich hier eine Vorstellung von der Tat gemacht haben (sog. Tatentschluss) und zur Verwirklichung des Tatbestandes unmittelbar angesetzt haben.

1. Tatentschluss

a) Bzgl. Tötung eines Menschen und der mittelbaren Täterschaft

B müsste hier einen Tatentschluss hinsichtlich aller Merkmale des objektiven Tatbestandes gefasst haben. Er wusste im Gegensatz zu A, dass die Waffe, mit der A auf K schoss, scharf geladen war; er hatte damit überlegenes Wissen und musste zugleich davon ausgehen, dass A diese Waffe als vermeintlich ungefährliches Drohungsmittel gegen etwaige Verfolger einsetzen und sich dabei ein Schuss lösen könnte, der einen Menschen tötet. A selbst ist dabei als nicht voll deliktisch handelnd mangels Vorsatz nicht gem. §§ 211, 212, 22, 23 I, 12 I strafbar (s. o.), wovon B wusste. Insoweit war er sich seiner Tatherrschaft bewusst. Weiterhin musste B zumindest für möglich halten, durch A als Werkzeug einen Menschen in zurechenbarer Weise zu töten. Angesichts seines besonderen Interesses am Gelingen des Diebstahls, im weiteren Verlauf deutlich durch seine eigenen Schüsse auf P unterstrichen, ist davon auszugehen, dass er diesen Tatentschluss auch zumindest mit *dolus eventualis* gefasst hat und er auch im Hinblick auf das Tatopfer ausreichend konkretisiert war (vom Tatplan war das Vorgehen gegen jegliche »Störenfriede« umfasst – das dürfte für einen potentiellen Verfolger ohne weiteres gelten).

b) Bzgl. etwaiger Mordmerkmale

Des Weiteren könnte B hier die Vorstellung gehabt haben, mit dem Schuss des A ein Mordmerkmal zu verwirklichen. In Betracht kommen Habgier, der Einsatz eines gemeingefährlichen Mittels und die Tatbegehung mit Absicht der Ermöglichung einer anderen Straftat. Habgier ist dabei das übersteigerte, abstoßende Gewinnstreben auch um den Preis eines Menschenlebens³¹. Problematisch ist hier zum einen, ob der Giacometti bereits in das Vermögen des B soweit übergegangen ist, dass eher ein Fall der »Behaltengier« mit der damit verbundenen Problematik³² der Subsumierbarkeit unter die Habgier vorliegt. Zum anderen muss das Merkmal jedenfalls tatbeherrschend sein. Betrachtet man mit dem BGH³³ die Besitzerhaltungs-

absicht als eine Form der Habgier und damit als – nach Sachverhaltsschilderung – dominierendes Motiv, ist dieses Erfordernis hier erfüllt.

Die Tatbegehung durch Schüsse mit der Pistole stellt hingegen mangels Breitenwirkung oder Unbeherrschbarkeit nach ganz h. M. kein gemeingefährliches Mittel dar, selbst wenn B in Kauf nimmt, auch Nicht-Verfolger könnten von A getroffen werden³⁴.

Jedenfalls stellte sich B hier aber vor, mittels der Tötung den räuberischen Diebstahl zu ermöglichen³⁵. Dahingehend lag bei ihm auch Absicht vor.

2. Unmittelbares Ansetzen

Ein unmittelbares Ansetzen liegt entweder vor, wenn der Täter ein *Handlungsmerkmal* des objektiven Tatbestandes tatsächlich verwirklicht, oder hilfsweise nach der gemischt subjektiv-objektiven Betrachtungsweise, wenn nach seiner Vorstellung von der Tat die Tatvorbereitung schon derart weit fortgeschritten ist, dass sie bei ungestörtem Fortgang unmittelbar zur Tatbestandsverwirklichung führt, in unmittelbarem räumlich-zeitlichem Zusammenhang mit ihr steht oder das geschützte Rechtsgut bereits konkret gefährdet ist. Dazu muss er subjektiv die Schwelle zum »Jetzt geht es los« überschreiten und objektiv zur tatbestandsmäßigen Handlung ansetzen, so dass sein Tun ohne weitere wesentliche Zwischenakte in die Erfüllung des Tatbestandes übergeht³⁶. Für die mittelbare Täterschaft wird ein Versuch jedenfalls dann bejaht³⁷, wenn – wie hier vorliegend mit den von A auf K abgegebenen Schüssen – in der Person des Tatmittlers ein unmittelbares Ansetzen gegeben ist. Somit hat B auch unmittelbar zur Tat angesetzt.

3. Rechtswidrigkeit und Schuld

Dass der K den B verfolgte und damit selbst nötigte iSd. § 240 I, konnte dem B nicht als Rechtfertigungsgrund zur Seite stehen, da K wiederum zumindest gem. § 127 I StPO gerechtfertigt war. Des Weiteren handelte B schuldhaft.

4. Ergebnis

B ist hier des versuchten Mordes an K in mittelbarer Täterschaft strafbar.

II. Strafbarkeit gem. §§ 223, 224 I Nr. 2, 25 I 2. Alt. wegen des von K durch A erlittenen Streifschusses

1. Objektiver Tatbestand

A hat den K iSd §§ 223, 224 I Nr. 2 mittels einer Waffe verletzt. Wie oben bereits ausgeführt, hatte B hinsichtlich der Gefährlichkeit der Waffe überlegenes Wissen. Er wäre damit auch in der Lage gewesen, den A von seinem Schuss abzuhalten. Wie oben ausgeführt, benutzte B den A auch als Werkzeug, da dieser

30 Drittbewahrungsabsicht genügt nicht, vgl. Sch/Sch/Eser (Fn. 6), § 252 Rdn. 7.

31 Sch/Sch/Eser (Fn. 6), § 211 Rdn. 17.

32 Dazu übersichtlich Joecks (Fn. 10) § 211 Rdn. 15.

33 ZB BGHSt 47, 243. Andernfalls muss ein niedriger Beweggrund angenommen werden.

34 Überblick bei Lackner/Kühl StGB, 26. Aufl., § 211 Rdn. 11.

35 Dass hier die Tötungshandlung mit dem § 252 Tateinheitlich zusammentrifft, ist unschädlich, vgl. Joecks (Fn. 10) § 211 Rdn. 42.

36 So in ständiger Rechtsprechung der BGH mit Abweichungen im Detail, vgl. nur BGH NSStZ 2001, 416.

37 Joecks (Fn. 10) § 25 Rdn. 54.

nicht voll deliktisch handelte, d. h. nicht gem. §§ 223, 224 I Nr. 2 (229) zu bestrafen ist.

2. Subjektiver Tatbestand

B hatte Vorsatz, d. h. zumindest *dolus eventualis* bzgl. der gefährlichen Körperverletzung. Zur Konkretisierung des Tatobjekts bleibt es bei den obigen Ausführungen. Dabei wusste und nahm es B in Kauf, dass der insoweit ahnungslose A den K verletzt, so dass wiederum Bewusstsein der Tatherrschaft vorliegt.

3. Rechtswidrigkeit und Schuld

Beides ist hier gegeben.

4. Ergebnis

B ist strafbar gem. §§ 223, 224 I Nr. 2, 25 I S. 2.

III. Totschlag der P gem. § 212³⁸ durch den abirrenden Schuss

Als B selbst geschossen und dabei die P tödlich getroffen hat, könnte er sich gem. § 212 wegen Totschlags strafbar gemacht haben.

1. Der objektive Tatbestand

Der objektive Tatbestand ist hier erfüllt.

2. Subjektiver Tatbestand

B wollte den K treffen, traf aber, weil sein Schuss fehlging, die P. Wie eine solches Fehlgehen des Angriffs (*aberratio ictus*) zu beurteilen ist, ist umstritten.

Zunächst muss ausgeschlossen werden, dass der Täter auch bzgl. des tatsächlich getroffenen, aber nicht ursprünglich anvisierten Opfers, nicht zumindest *dolus eventualis* hatte. Dies ist hier trotz der Belebtheit der Einkaufsstraße dem Sachverhalt nicht zu entnehmen – B ging es konkret um den Verfolger K, der seinen Diebstahl entdeckt hatte und die Beute wieder haben wollte.

Nach der ganz h. M. ist der Täter dann wegen Versuchs bzgl. des ursprünglichen Zielobjektes und einer Fahrlässigkeitstat bzgl. des tatsächlich getroffenen Objektes zu bestrafen³⁹. Die Gegenansicht⁴⁰ nimmt bei tatbestandlicher Gleichwertigkeit der beiden betroffenen Rechtsgüter *eine* vollendete vorsätzliche Tat bzgl. des getroffenen Tatobjektes an. Da der Vorsatz des Täters auf eine konkrete Wirklichkeit und nicht auf eine abstrakte Begrifflichkeit bezogen ist, kann der fehlende Vorsatz zur Tötung des versehentlich getroffenen Dritten aber nicht durch die allgemeine Vorstellung, irgendeinen Menschen töten zu wollen, ersetzt werden – der Gegenansicht ist daher nicht zu folgen.

Ergebnis: B ist bzgl. der P nicht gem. § 212 zu bestrafen⁴¹.

IV. Fahrlässige Tötung der P gem. § 222 durch den abirrenden Schuss

Eine fahrlässige Tötung der tatsächlich getroffenen P gem. § 222 ist hier aber unproblematisch gegeben.

V. Versuchter Mord des K gem. §§ 212, 211, 22 durch den Schuss

1. Tatentschluss

B hatte sich hier vorgestellt, den K mit seinem Schuss zu treffen und dabei zumindest billigend in Kauf genommen, dass dieser

dadurch sterben werde, so dass der Tatentschluss mit *dolus eventualis* gefasst wurde. Hinsichtlich der Verwirklichung von Mordmerkmalen gilt das oben zum Schuss des A auf K Gesagte.

2. Unmittelbares Ansetzen

Der Anfang der Ausführungshandlung ist mit dem Abgeben des ersten Schusses auf K gegeben.

3. Rechtswidrigkeit und Schuld

Rechtswidrigkeit und Schuld sind bei B gegeben.

4. Persönl. Strafaufhebungsgrund des § 24

Fraglich ist hier, ob ein mit bedingtem Tötungsvorsatz begangener Totschlagsversuch unbeendet und ein freiwilliger Rücktritt gem. § 24 I S. 1 noch möglich ist, wenn der Täter, der nach der letzten Tathandlung nicht mit dem Tod des Opfers rechnet, von weiteren ihm möglichen Handlungen allein deshalb absieht, weil er sein außertatbestandsmäßiges Handlungsziel bereits erreicht hat⁴².

a) Charakterisierung des Versuchs

Der Versuch der Tötung des K ist noch nicht endgültig fehlgeschlagen, d. h. B hätte bei der Gesamtbetrachtung der Verfolgungsjagd noch weiter (durch erneute Schüsse) die Möglichkeit gehabt, den K zu töten⁴³. Problematisch ist aber, ob hier noch ein unbeendeter Versuch, der die Voraussetzung für die Anwendbarkeit des § 24 I S. 1 1. Alt. ist, vorliegt. Unbeendet ist der Versuch, wenn der Täter noch nicht alles getan zu haben glaubt, was nach seiner Vorstellung von der Tat zu deren Vollendung notwendig ist. Maßgeblicher Beurteilungszeitpunkt ist nach inzwischen h. M. der sog. »Rücktrittshorizont«⁴⁴, die Vorstellung zum Zeitpunkt des »Nichtweiterhandelns« ist entscheidend: Hier glaubte B, als er den schon zum Schuss ausgestreckten Arm wieder senkte, er habe zur Tatverwirklichung noch nicht alles getan, d. h. ein unbeendeter Versuch liegt vor.

c) Freiwilligkeit der Tataufgabe

Des Weiteren müsste die Aufgabe der Tat freiwillig gewesen sein. Da das Handlungsziel bereits auf andere Weise als durch die Vollendung der Tat erreicht wurde, ist dies hier strittig.

³⁸ Es kann – der Auffassung von selbstständigen Tatbeständen folgend – auch mit § 211 begonnen werden, da jedoch in eine Prüfung der Mordmerkmale an dieser Stelle ohnehin nicht eingetreten wird, ist die Überschrift unerheblich.

³⁹ Sch/Sch/Cramer/Sternberg-Lieben (Fn. 6), § 15 Rdn. 57 m. w. N.

⁴⁰ Vgl. z. B. Puppe JZ 1989, 728; Heuchemer JA 2005, 279. Sie wird hauptsächlich damit begründet, dass es für die Zurechnung des Vorsatzes genüge, wenn dieser sich auf die abstrakte Beschreibung der tatbestandsmäßigen Eigenschaften des Handlungsobjekts beziehe; da der Täter einen Menschen töten wollte und dieser Erfolg auch eingetreten sei, sei es auch nur konsequent, wegen eines vollendeten Tötungsdelikts zu bestrafen. Die Tatbestände schützen nach dieser Auffassung Rechtsgüter nur ihrer Gattung nach; ebenso wie beim Objektsirrtum fehle dem Täter die Kompetenz, über das ihm als Vorsatztat Zuzurechnende durch eigene Vorstellungen zu disponieren.

⁴¹ Wer hier anders entschied, kam um die Rücktrittsproblematik trotzdem nicht herum: In dem zweiten Anlegen auf K ist nach h. M. bereits ein unmittelbares Ansetzen zu sehen, so dass auch hier § 24 I 1. Alt. zu prüfen war.

⁴² Dies ist – etwas abgewandelt – die Frage, die der Erste Strafsenat dem Großen Senat zur Entscheidung vorlegte, die mit dem Beschluss vom 19. 5. 1993 erging (NJW 1993, 2061).

⁴³ Um die Notwendigkeit der Rechtsfigur des fehlgeschlagenen Versuchs ist gerade jüngst der Streit wieder aufgeflammt: vgl. Schroeder NStZ 2009, 9 mit Entgegnung Roxin NStZ 2009, 319; auch Wörner NStZ 2010, 66.

⁴⁴ ZB Otto JURA-Karteikarte 93, StGB § 24/19; m. w. N. Wessels/Beulke STrafR AT, 39. Aufl., Rdn. 633.

Nach dem Großen Senat des BGH⁴⁵ kommt es nicht auf die sittliche und ethische Bewertung der Motive für die Aufgabe an, sondern darauf, dass sich so objektiv die Gefährlichkeit für das Opfer verringert hat: Hier war zwar primäres Ziel des Täters das Abhalten des K von weiterer Verfolgung und nur das sekundäre Ziel die Tötung; da aber alle Ziele bzw. alle Vorsatzformen gleich zu behandeln sind, kann dies für die Bewertung als freiwilliges Aufgeben der Tat keinen Unterschied machen⁴⁶. Somit hätte B freiwillig die Tat aufgegeben.

Für große Teile der Lehre⁴⁷ hingegen ist bei der Prüfung der freiwilligen Aufgabe der Tat die subjektive Seite maßgeblich: Da in der tatbestandsmäßigen Handlung der konkrete Vorsatz (hier: den K zu stoppen) steckt, kann der Täter ihn nicht mehr freiwillig aufgeben, wenn er ihn sowieso nicht mehr umsetzen muss, d. h. den angestrebten Zweck seiner Tat bereits voll verwirklicht hat⁴⁸. Daher hätte B nicht freiwillig gehandelt⁴⁹. Gegen die zu weitgehende erste Auffassung spricht, dass hier – abweichend auch von der herrschenden vermittelnden Strafzwecktheorie – verkannt wird, dass vom Täter aktuell zwar keine Gefahr für das Opfer mehr ausgeht, jedoch potentiell, weil er innerlich gerade nicht von seinem Tatplan Abstand nimmt, sondern lediglich Zweckmäßigkeitsüberlegungen (der »Verbrechervernunft«) folgt. Stünde der K nach dieser zeitlichen Zäsur wieder auf und nähme die Verfolgung wieder auf, würde B wohl mit weiteren Schüssen reagieren. Dass hier das Strafbedürfnis entfallen soll, ist kaum einzusehen⁵⁰.

V. Räuberischer Diebstahl gem. §§ 252, 250 I Nr. 1 a) und c), 250 II Nr. 1 und 3 b) durch den Schuss des B auf K

1. Objektiver Tatbestand:

B hat neben der Zurechnung des Schusses des A für ihn auch selbst Gewalt durch den fehlgehenden Schuss gegenüber dem K eingesetzt.

B führt eine Pistole als Waffe iSd. § 250 I Nr. 1 a) bei sich und verwendet diese sogar gem. § 250 II Nr. 1. Dass er durch den Schuss K in die Gefahr einer schweren Gesundheitsschädigung bringt iSd. § 250 I Nr. 1 c), wird hier davon verdrängt, dass K sogar in Todesgefahr nach § 250 II Nr. 3 b) gebracht wird⁵¹.

2. Subjektiver Tatbestand

B handelt hier sowohl zumindest mit *dolus eventualis* hinsichtlich der Gewaltanwendung und der Qualifikationen als auch mit der Absicht, sich im Besitz des gestohlenen Gutes zu halten.

3. Rechtswidrigkeit und Schuld

B handelte rechtswidrig und schuldhaft.

4. Ergebnis

B ist strafbar gem. §§ 252, 250 I Nr. 1 b), II Nr. 3 b).

VI. Räuberischer Diebstahl mit Todesfolge gem. §§ 252, 251 V durch den abgeirrten Schuss des B auf P

1. Objektiver Tatbestand

Der räuberische Diebstahl (vgl. oben unter V.), d. h. der Einsatz von Gewalt (mit Schusswaffe gem. § 250 II Nr. 1) durch B, hat den Erfolg – den Tod der P – zurechenbar verursacht⁵².

2. Subjektiver Tatbestand

B müsste den Tod auch leichtfertig verursacht haben. Der Gebrauch einer Schusswaffe in einer belebten Einkaufsstraße, wo

die Zielgenauigkeit noch dazu erschwert ist, da der Schütze vorwärts läuft, aber nach hinten schießt, ist in grobem Maße fahrlässig und damit leichtfertig.

3. Ergebnis

B ist strafbar gem. §§ 252, 251.

Konkurrenzen und Endergebnis

A) Strafbarkeit des A

A hat hier sowohl einen schweren als auch einen qualifizierten Diebstahl in Mittäterschaft gem. §§ 242 I, 243 und §§ 242 I, 244 I Nr. 1 a), 25 II als auch einen Hausfriedensbruch, eine Sachbeschädigung und eine versuchte Nötigung gem. §§ 240 I, III, 22 verwirklicht.

§ 244 I Nr. 1 a) verdrängt den besonders schweren Fall des Diebstahls⁵³, der seinerseits den § 123 und den § 303 verdrängt hätte; zur Klarstellung ist jedoch hier Idealkonkurrenz gem. § 52 zwischen § 244 und § 123 I und § 303 I anzunehmen. Hinsichtlich der versuchten Nötigung ist wegen des engen Zusammenhangs zwischen Vortat und Reaktion auf die Verfolgung wohl eine natürliche Handlungseinheit gegeben (§ 53 aber auch vertretbar).

Im Ergebnis ist A strafbar gem. §§ 242, 244 I Nr. 1 a), 123 I, 303 I, 25 II; 240 I, III, 22; 52.

B) Strafbarkeit des B

B hat hier ebenfalls einen qualifizierten Diebstahl gem. §§ 242 I, 244 I Nr. 1 a) sowie einen Hausfriedensbruch gem. § 123 I, eine Sachbeschädigung gem. § 303 I, einen versuchten Mord in mittelbarer Täterschaft gem. §§ 212, 211, 25 I 2. Alt., 22, 23 I, 12 I, eine gefährliche Körperverletzung in mittelbarer Täterschaft gem. §§ 223 I, 223 I Nr. 2, 25 I 2. Alt., je nach Ansicht einen versuchten Mord gem. §§ 212, 211, 22, 23 I, 12 I, eine fahrlässige Tötung und einen räuberischen Diebstahl mit Todesfolge verwirklicht.

§ 252 i. V. m. § 251 verdrängen die Diebstahlsdelikte (und eine Nötigung) im Wege der Gesetzeskonkurrenz und stehen zu § 123 und § 303 in Idealkonkurrenz. § 251 verdrängt außerdem § 222. Lehnt man einen Rücktritt ab, so steht der versuchte Mord hierzu in Idealkonkurrenz, auch die Körperverletzung in

45 BGH NJW 1993, 2061; JuS 1994, 82; in MDR 1993, 929 mit zustimmender Anm von *Hauf*.

46 Sonst wäre nämlich der Absichtstäter privilegiert, da ihm nach einer solchen Betrachtung ein Rücktritt – anders als dem Täter mit *dolus eventualis* – noch offenstehen würde.

47 Die Begründungen sind vielfältig, vgl. zB *Roxin* in einer Urteilsanmerkung in JZ 1993, 894; und *Otto JURA*-Karteikarte 93, StGB § 24/20.

48 Sehr anschaulich das Beispiel von *Jakobs* AT, 2. Aufl, 26/39 a.

49 Hier waren beide Ansichten vertretbar, es kam auf eine schlüssige Argumentation an.

50 Sch/Sch/*Eser* (Fn. 6) § 24 Rdn. 19, vgl. zum Ganzen auch *Roxin* AT II Rdn. 354 ff.

51 Da der im Anschluss geprüfte § 251 nach h. M. vorgeht, kann sich der Bearbeiter hier kurz fassen. Im Übrigen gehen der Abs. 2 Nr. 1 dem Abs. 1 Nr. 1 a) und der Abs. 2 Nr. 3 c) dem Abs. 1 Nr. 1 c) als *leges specialis* vor, vgl. NK/*Kindhäuser* (Fn. 7), § 250 Rdn. 27.

52 Achtung: Das Problem ist nicht, ob die tödliche Gewalt nach Wegnahme für §§ 249, 251 ausreicht – hier funktioniert der Verweis auf § 251 über § 252 (»gleich einem Räuber«) wegen der Besitzerhaltungsabsicht; anders eben als in dem Urteil des BGHSt 38, 295.

53 Sch/Sch/*Eser* § 244 Rdn. 35.

mittelbarer Täterschaft konkurriert idealiter. Jedenfalls in Ideal-
konkurrenz (wegen zweier verschiedener Opfer) hierzu steht
der versuchte Mord in mittelbarer Täterschaft.

B ist daher strafbar gem. §§ 252, 251; 123 I; 303 I; 212, 211, 22,
23 I, 12 I; 223 I, 224 I Nr. 2, 25 I 2. Alt.; 52.