

## **Fall 24: Verfolger-Fall**

(nach BGHSt 11, 268)

A und B wollen nachts in ein Lebensmittelgeschäft eindringen, um dort die Ladenkasse auszuplündern. Jeder soll eine Pistole mitführen, aus der notfalls auf Menschen gefeuert werden soll. Entsprechend drückt A einige Tage später die Fensterscheibe eines Zimmers, das er für den Büroraum des Geschäfts hält, ein, während B vor dem Gebäude aufpasst. Es handelt sich jedoch bei dem vermeintlichen Büroraum um das Schlafzimmer der Eheleute E, der Inhaber des Geschäfts. E springt aus dem Bett auf und läuft gestikulierend und schreiend an das Fenster. A und B eilen daraufhin zur Straße zurück. Bei der Flucht bleibt B etwas zurück. Als A rückwärtsschauend sieht, dass ihm in einer Entfernung von nicht mehr als 2-3 Metern eine Person folgt, hält A diese Person – den B – in der Dunkelheit für einen Verfolger und fürchtet, von diesem ergriffen zu werden. Um der vermeintlich drohenden Festnahme und der Aufdeckung seiner Tat zu entgehen, schießt er auf die hinter ihm her eilende Person und rechnet dabei mit einer tödlichen Wirkung seines Schusses. Das Geschoss trifft B am rechten Oberarm. Strafbarkeit von A und B ?

Lösung:

### **Erster Handlungsabschnitt: Der Einbruch**

#### **A. Strafbarkeit des A**

##### **I. Strafbarkeit nach §§ 242 I, II, 243 I 2 Nr. 1, 22 StGB**

Indem A eine Fensterscheibe eindrückt, um in das von ihm gedachte Lebensmittelgeschäft einzudringen, es sich aber nur um ein Schlafzimmer handelte, kann er sich nach §§ 242 I, II, 243 I 2 Nr. 1, 22 StGB strafbar gemacht haben.

##### **1. Tatentschluss**

Hierzu müsste A zunächst Tatentschluss, also Vorsatz bezüglich der Elemente des objektiven Tatbestandes gehabt haben. A wollte durch das Aufbrechen des Fensters in ein Lebensmittelgeschäft eindringen und dort die Ladenkasse ausplündern, also eine für ihn fremde, bewegliche Sache wegnehmen und sie sich und B zueignen.

##### **2. Unmittelbares Ansetzen**

Fraglich ist aber, ob zur Tat bereits unmittelbar angesetzt hat. Ein unmittelbares Ansetzen ist gegeben, wenn der Täter nach seiner Vorstellung eine Handlung vornimmt, die bei ungehindertem Geschehensablauf unmittelbar in eine Tatbestandsverwirklichung einmündet.

Dies zu bestimmen, sind verschiedene Abgrenzungskriterien entwickelt worden: Die Handlung müsse ohne wesentliche Zwischenschritte in die Tatbestandsverwirklichung einmünden, der Täter müsse die Schwelle zum „Jetzt geht's los“ überschritten haben, das betroffene Rechtsgut müsste bereits unmittelbar gefährdet sein oder der Täter müsste nach seiner Vorstellung in die Schutzsphäre des Opfers eingedrungen sein (zu den Theorien vgl. auch *Geppert*, JK 98, StGB § 22/18). Betrachtet man die Tat als besonders schweren Diebstahl, bestehend aus der Wegnahme und dem dazu gehörenden Eindringen in ein Gebäude oder einen Geschäftsraum (so die Rechtsprechung: BGHSt 29, 368 und BGHSt 33, 370 (374)), so hätte A mit dem Aufbrechen des Fensters die Schwelle zum „Jetzt geht's los“ überschritten und wäre bereits in die Schutzsphäre des Opfers ohne weitere Zwischenakte eingedrungen. Hierbei würde man aber die Regelbeispiele, die nur die Frage des Strafmaßes betreffen (BGHSt 23, 254 (257)) zu Tatbestandsmerkmalen erheben. Zwar mag es richtig sein, dass der Unterschied zwischen Regelbeispielen und Tatbestandsmerkmalen nur eine „formale Frage der Gesetzestechnik“ betrifft (BGHSt (GS) 26, 167 (173)), sie aber entgegen der bewussten gesetzgeberischen Differenzierung gleich zu behandeln, hieße gegen den im Gesetz zum Ausdruck kommenden Wesensunterschied und damit letztlich gegen den Willen des Gesetzgebers zu verstoßen (vgl. *Otto*, JZ 1985, 24, *Geppert*, JK, § 243/3 und *Gössel*, FS H.J. Hirsch, 193 (196 ff.)). Das unmittelbare Ansetzen muss sich daher allein auf die Tatbestandsmerkmale des § 242 StGB beziehen, also auf die Tathandlung des Wegnehmens. Ob mit dem Aufbrechen des Fensters bereits zur Wegnahme angesetzt wurde, ist aber fraglich. So müsste der Täter erst noch in das Gebäude eindringen und einen geeigneten Gegenstand entdecken, um diesen zu ergreifen. Geschütztes Rechtsgut ist zudem das Eigentum, so dass dieses bereits unmittelbar gefährdet sein müsste. Das bloße Öffnen des Fensters ist jedoch dem Ergreifen der Eigentumspositionen so weit vorgelagert, dass weder das Eigentum schon gefährdet, noch durch das bloße Öffnen und draußen stehen in die Schutzsphäre des Eigentums eingedrungen worden ist. Das Fensteröffnen ist damit als bloße

Vorbereitungshandlung zu werten.

### **3. Ergebnis**

A hat sich somit nicht nach §§ 242 I, 243 I Nr. 1, 22 StGB strafbar gemacht.

## **II. Strafbarkeit nach §§ 244 I Nr. 1a, 22 StGB**

Mangels unmittelbarem Ansetzen scheidet auch eine Strafbarkeit nach §§ 244 I Nr. 1a, 22 StGB aus.

## **III. Strafbarkeit nach §§ 249 I, 250 II Nr. 1, 22 StGB**

Aus gleichen Gründen scheidet auch eine Strafbarkeit nach §§ 249 I, 250 II Nr. 1, 22 StGB, unabhängig von der Frage, ob ein unmittelbares Ansetzen zum Raub ein unmittelbares Ansetzen zum Einsatz der Gewalt voraussetzt.

## **IV. Strafbarkeit nach § 123 I StGB**

Eine Strafbarkeit nach § 123 I StGB scheidet daran, dass A die Wohnung noch nicht betreten (zumindest ein Körperteil in den Raum gebracht, z.B. Fuß in der Tür, vgl. *Lackner/Kühl*, 25. Aufl., § 123 Rn. 5) hatte.

## **V. Strafbarkeit nach §§ 123 I, II, 22 StGB**

Mit dem Eindringen der Fensterscheibe hat A aber zum Hausfriedensbruch, den er wollte (Tatentschluss), unmittelbar angesetzt. Da er dies rechtswidrig und schuldhaft tat, hat er sich nach §§ 123 I, II, 22 StGB strafbar gemacht.

## **V. Strafbarkeit nach § 303 I StGB**

Mit dem Aufbrechen des Fensters hat A jedoch eine fremde Sache zumindest beschädigt, was er vorsätzlich, rechtswidrig und schuldhaft tat und sich so nach § 303 I StGB strafbar gemacht hat.

## **VI. Strafbarkeit nach § 30 II iVm §§ 242 I, 243 I 2 Nr.1 StGB**

Eine Strafbarkeit nach § 30 II iVm §§ 242 I, 243 I 2 Nr. 1 StGB scheidet an der fehlenden Verbrechensqualität des Diebstahls.

## **VII. Strafbarkeit nach § 30 II iVm § 244 I Nr.1a StGB**

Indem A mit B vereinbart hat, in ein Lebensmittelgeschäft einzudringen und die Ladenkasse auszuplündern, wobei beide eine Waffe tragen und im Notfall benutzen sollten, kann sich A nach § 30 II iVm § 244 I Nr. 1a StGB strafbar gemacht haben. Hierzu hätten beide sich zu einem Verbrechen verabreden müssen. Nach der Legaldefinition des § 12 I StGB stellt § 244 I Nr. 1a StGB ein Verbrechen dar, so dass es darauf ankommt, ob sich ihre Vereinbarung hierauf bezieht. Eine Verabredung iSd § 30 II StGB stellt eine Übereinkunft von mindestens zwei Personen dar, eine bestimmte Tat als Mittäter zu begehen. (*Lackner/Kühl*, 25. Aufl., § 30 Rn. 6). Vom Willen der Beteiligten unabhängige Bedingungen schließen die Ausnahme einer Übereinkunft hierbei nicht aus (BGHSt 12, 306). Es ist damit irrelevant, dass A und B nur im Notfall von ihrer Waffe Gebrauch machen wollten. Fraglich ist jedoch, ob A und B bei der Tat wirklich Mittäter sein wollten. Eine Mittäterschaft nach § 25 II StGB setzt einen gemeinsamen Tatplan, ein arbeitsteiliges Zusammenwirken sowie voraus, dass jeder auch Alleintäter sein könnte. A sollte in das Ladengeschäft eindringen, während B vor der Tür Wache halten sollte. Ob dieses „Schmiere stehen“ für eine Mittäterschaft ausreicht, ist zweifelhaft.

Nach der wertenden subjektiven Ansicht bestimmt sich die Frage nach Mittäterschaft oder Beihilfe nach der Existenz von Täterwillen, wobei jedoch äußere Umstände wie die Tatherrschaft zu berücksichtigenden Indizien seien (BGHSt 37, 289 (291), BGHSt 40, 299 (301), BGH, NStZ 2002, 200 (201) und BGH, NStZ 2003, 253 (254)). Jeder müsse seinen Beitrag als Ergänzung des Beitrags des anderen und dessen Beitrag als Ergänzung des eigenen Beitrags wollen. Hiernach ist auch der Schmierestehende als Mittäter anzusehen, sofern beide dem einen diese Rolle zugedacht haben und dessen Beitrag wesentlich sein soll. Das Schmierestehen ist nicht als untergeordneter Beitrag anzusehen (zu diesem Kriterium in der Rechtsprechung BGHSt 34, 124 (125)) und als Ergänzung zum Ausführungsakt des A gewollt, so dass hiernach B Mittäter des Wegnehmens und damit des Diebstahls mit Waffen sein sollte.

Nach der Tatherrschaftslehre kommt es darauf an, ob B ein Teil funktionelle Tatherrschaft zukam, er also aufgrund seiner Funktion das Handlungsgeschehen in der Hand hielt, es anhalten und ablaufen lassen konnte (vgl. nur Sch/Schr/Cramer/Heine, 26. Aufl., § 25 Rn. 63 ff. und Lackner/Kühl, 25. Aufl., § 25 Rn. 11). Das Wesen des Schmierestehens liegt darin, dass durch einen Ruf das Geschehen beendet werden kann, so dass nach dieser weiten Definition eine Mittäterschaft anzunehmen ist. Verlangt man hingegen zusätzlich einen Beitrag an der Ausführungshandlung, also dem Wegnehmen, wäre eine Mittäterschaft zu verneinen. Eine derartige Verengung würde aber einen Rückschritt zur formell-objektiven Theorie bedeuten. Das gesamte Handlungsgeschehen muss beherrscht werden, nicht nur die unmittelbare Ausführungshandlung. Das Schmierestehen ist daher, sofern es vom Tatplan dem Schmierestehenden zugewiesen ist, Teil einer Mittäterschaft. Wollten A und B damit mittäterschaftlich einen Diebstahl mit Waffen begehen, so ist bereits ihre Verabredung hierzu, die auch rechtswidrig und schuldhaft war, nach § 30 II iVm § 244 I Nr. 1a StGB strafbar.

### **VIII. § 30 II iVm §§ 249 I, 250 II Nr. 1 StGB**

Darüber hinaus hatten A und B vereinbart, beim Diebstahl ihre Waffen notfalls zu verwenden, so dass sie sich zugleich zu einem Raub mit Waffeneinsatz (§§ 249 I, 250 II Nr. 1 StGB) hätten verabredet haben können. Bei § 30 II StGB muss die verabredete Tat zwar hinsichtlich Ort und Zeit hinreichend konkretisiert sein und muss diesbezüglich der Entschluss endgültig gefasst sein. Hierfür genügt es aber, wenn das „Ob“ der Tat feststeht und nur die genaue Ausführungsmodalität fraglich ist, die insoweit umfasst ist, wie der Täter diesen Ausgang der Tat zumindest für möglich hält (Tröndle/Fischer, 52. Aufl., § 22 Rn. 8). Da A wie B den Waffeneinsatz gegen das Opfer für möglich hielt, wurde zwischen ihnen auch ein Raub verabredet. Dies erfolgte vorsätzlich, rechtswidrig und schuldhaft, so dass A sich nach § 30 II iVm §§ 249 I, 250 II Nr. 1 StGB strafbar gemacht hat.

### **IX. § 30 II iVm §§ 252, 250 II Nr. 1 StGB**

Bei lebensnaher Sachverhaltsauslegung bezieht sich die Vereinbarung auch darauf, die Waffen notfalls zur Fluchtsicherung und Sicherung der Beute einzusetzen, also ein Verbrechen nach §§ 252, 250 II Nr. 1 StGB zu begehen, so dass sich A zugleich nach § 30 II iVm §§ 252, 250 II Nr. 1 StGB strafbar gemacht hat.

### **X. Konkurrenzen**

Nach der räuberische Diebstahl in erschwerter Form den Diebstahl sowie Raub gesetzeskonkurrierend verdrängt, hat sich A bezüglich der Verabredung nur nach § 30 II iVm §§ 252, 250 II Nr. 1 StGB strafbar gemacht. Zum mit einer späteren Handlung verwirklichten § 303 I StGB besteht Tatmehrheit.

### **XI. Ergebnis**

A hat sich damit nach §§ 30 II iVm §§ 252, 250 II Nr. 1; 303 I; 53 I StGB strafbar gemacht.

### **B. Strafbarkeit des B**

Nachdem wie dargelegt zwischen A und B eine Mittäterschaft bestand und zudem beide das Verbrechen verabredeten, hat sich B nach §§ 30 II iVm §§ 252, 250 II Nr. 1; 303 I, 25 II; 53 I StGB strafbar gemacht.

## **Zweiter Handlungsabschnitt: Die Flucht**

### **A. Strafbarkeit des A**

#### **I. Strafbarkeit nach §§ 212 I, 211, 22 StGB**

Indem A auf B geschossen und mit der tödlichen Wirkung des Schusses gerechnet, B aber nur im rechten Oberarm getroffen hat, kann A sich nach §§ 212 I, 211, 22 StGB strafbar gemacht haben.

#### **1. Tatentschluss**

Hierzu müsste A Tatentschluss, also Vorsatz bezüglich der Elemente des objektiven Tatbestandes gehabt haben.

**a.** Zunächst muss sich der Vorsatz also auf die Tötung eines Menschen beziehen. Als A einen Menschen hinter sich sah, zielte er und schoss auf diesen, wobei er mit der tödlichen Folge rechnete. Er hatte damit den Vorsatz, diesen zu töten. Fraglich ist einzig, wie es sich auswirkte, dass er die

Person für einen Verfolger hielt. Dies spielte jedoch nur für den Entschluss eine Rolle, überhaupt zu schießen. Im Tatzeitpunkt, auf den es nach §§ 16 I, 8 I StGB wesentlich ankommt, zielte er auf den A. Diesen wollte er in diesem Moment treffen und ihn traf er auch, so dass sich sein Vorsatz auf den A als Opfer konkretisiert hat. Aufgrund der tatbestandlichen Gleichwertigkeit zwischen dem erwarteten und dem getroffenen Opfer (beides Menschen) hatte A den Vorsatz, einen Menschen zu töten. Dass er einen anderen Menschen vermutete, stellt demgegenüber nur einen unbeachtlichen „error in persona“ dar.

**b.** Zudem könnte A ein subjektives Mordmerkmal mit der Verdeckungsabsicht verwirklicht haben. Hierzu hätte er schießen müssen, um zumindest nach seiner Vorstellung eine Straftat nicht aufdecken zu lassen (BGHSt 11, 226 (228)). Möchte der Täter dagegen nur einen lästigen Verfolger abschütteln, so genügt dies angesichts des eindeutigen Wortlautes nicht (*Geppert*, Jura 2004, 242 (245) und *Lackner/Kühl*, 25. Aufl., § 211 Rn. 12). A ging es jedoch erklärtermaßen darum, der vermeintlich drohenden Festnahme und der Aufdeckung seiner Tat zu entgehen. Er handelte somit mit Verdeckungsabsicht.

**c.** Zudem könnte er Vorsatz bezüglich einer heimtückischen Tötung gehabt haben. Heimtücke ist die bewusste Ausnutzung der auf Arglosigkeit beruhenden Wehrlosigkeit des Opfers. Arglos ist, wer sich zum Zeitpunkt der Tat keines Angriffs auf seinen Körper von Seiten des Angreifers versieht. In diesem Sinne rechnete B sicher nicht damit, dass sein Mittäter auf ihn schießen werde. Es geht jedoch im Rahmen des Tatentschlusses nicht um die objektive Situation, sondern um den Vorsatz bezüglich der Heimtücke. B dachte, auf einen Verfolger zu schießen. Ein solcher musste damit rechnen, dass ein flüchtender Dieb ihn angreift, so dass A nicht den Vorsatz bezüglich einer heimtückischen Tötung hatte.

## **2. Unmittelbares Ansetzen**

Mit dem Schuss hat A unmittelbar zur Tötung angesetzt.

## **3. Rechtswidrigkeit und Schuld**

Mangels Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründen geschah die Tat rechtswidrig und schuldhaft.

## **4. Ergebnis**

A hat sich somit nach §§ 212 I, 211, 22 StGB strafbar gemacht.

## **II. Strafbarkeit nach §§ 223 I, 224 I Nr. 2 und 5 StGB**

Mit dem Schuss, der B in den Oberarm traf, hat A diesen übel und unangemessen behandelt und damit körperlich misshandelt sowie durch die Schusswunde an der Gesundheit beschädigt. Dies geschah mittels einer Waffe und einer lebensgefährdenden Behandlung. A hatte, insoweit die Körperverletzung ein notwendiges Durchgangsstadium des Todes ist, mit dem Tötungsvorsatz auch Körperverletzungsvorsatz. Da die Tat zudem rechtswidrig und schuldhaft geschah, hat sich A nach §§ 223 I, 224 I Nr. 2 und 5 StGB strafbar gemacht.

## **III. Strafbarkeit nach §§ 253, 255, 22 StGB**

Mangels erlangter Beute scheidet der Versuch einer Sicherungserpressung dagegen aus.

## **IV. Strafbarkeit nach §§ 252, 250 II Nr. 1, 22 StGB**

Das gleiche gilt für den Versuch eines qualifizierten räuberischen Diebstahls.

## **V. Strafbarkeit nach §§ 240 I, 22 StGB**

Der im Mordversuch zugleich mitverwirklichte Nötigungsversuch tritt hinter diesen konkurrenzrechtlich zurück.

## **VI. Konkurrenzen**

§ 224 I Nr. 2 und 5 StGB verdrängt die einfache Körperverletzung konkurrenzrechtlich (Spezialität) und steht aus Klarstellungsgründen zum nur versuchten Mord, der den versuchten Totschlag als spezielleres Delikt verdrängt, in Tateinheit.

## **VII. Ergebnis des Handlungsabschnitts**

A hat sich damit mit dem Schuss nach §§ 211, 22; 224 I Nr. 2 und 5; 52 I StGB strafbar gemacht.

## **B. Strafbarkeit des B**

### **I. Strafbarkeit nach §§ 212 I, 211, 22, 25 II StGB**

Indem B mit A verabredet hat, notfalls auch ihre Waffe einzusetzen und B zur Abwendung der Festnahme auf B geschossen hat, kann sich B nach §§ 212 I, 211, 22, 25 II StGB strafbar gemacht haben.

#### **1. Tatentschluss**

Hierzu müsste B Tatentschluss gehabt haben, einen Menschen umzubringen. Einen derartigen hatte er zum Zeitpunkt der Verabredung und hinsichtlich eines Verfolgers auch zum Zeitpunkt der Tat, insoweit der gemeinschaftliche Tatplan noch immer bestand. Gleiches gilt um die vom Tatplan umfasste mögliche Verdeckungsabsicht beider Beteiligten.

#### **2. Unmittelbares Ansetzen**

B müsste aber zur Tat auch unmittelbar angesetzt haben. Nachdem A geschossen hat, kommt es darauf an, ob B dieser Schuss nach § 25 II StGB zugerechnet werden kann. Dazu müsste es sich bei A und B um Mittäter gehandelt haben. Wie oben bereits dargelegt wurde, bestand beim Diebstahl eine Mittäterschaft zwischen den beiden, die während der Flucht nicht aufgelöst wurde. Somit ist der Schuss an sich dem A auch zuzurechnen. Anders wäre es nur, wenn es sich bei dem Schuss um eine Exzesshandlung des A gehandelt hätte, die vom gemeinschaftlichen Tatplan nicht mehr umfasst war. Einerseits könnte man hierzu argumentieren, dass der Tatplan das Schießen auf mögliche Verfolger umfasste und A annahm, einen solchen vor sich zu haben. Dass er beim Schuss einem error in persona unterlag, dürfe dem Mittäter nicht entlasten, sondern müsste auch für ihn unbeachtlich sein. Dies beruhe darauf, dass in jedem Tatplan die Möglichkeit einer Fehlleistung im Zuge der Planverwirklichung enthalten sei (BGHSt 11, 268 (270 ff.), *Jakobs*, AT, 2. Aufl., 21/45 und *Wessels/Beulke*, AT, 34. Aufl., Rn. 533). Mag dies grundsätzlich anzunehmen sein mit auch der berechtigten Überlegung, dass die Mittäterschaft quasi einen Gesamtorganismus mit vielen Armen darstellt, so ist doch der vorliegende Fall eine Besonderheit. Das angegriffene Rechtsgut gehört dem B. Dieses ist ihm gegenüber jedoch nicht geschützt, so dass B sein Leben nicht in rechtlich relevanter (strafbarer) Weise angreifen kann. Sieht man jedoch das Wesen nicht nur der geringeren Form der Teilnahme, sondern auch der Täterschaft zurecht darin, dass der Beteiligte selbständig das betroffene Rechtsgut angreifen muss, um sich strafbar zu machen, so ist dies unmöglich bei B, so dass er nie Täter eines Totschlagsversuchs an sich selbst sein kann. Genauso wie das Opfer niemals Anstifter oder Teilnehmer einer Tötung auf Verlangen sein kann, kann es auch nicht Täter eines Tötungsversuchs an sich selbst sein. Dies würde für an die Täterschaft unrechtmäßig geringere Anforderungen stellen als an die Teilnahme. Der Schuss auf B kann B damit als Exzesshandlung nicht zugerechnet werden (aA BGHSt 11, 268 (272)).

#### **3. Ergebnis**

B hat sich damit nicht nach §§ 212 I, 211, 22, 25 II StGB strafbar gemacht.

## **II. Strafbarkeit nach § 30 II iVm §§ 212 I, 211 StGB**

A und B haben jedoch vereinbart, notfalls auch während der Flucht die Waffen einzusetzen und damit mittäterschaftlich einen Verdeckungsmord zu begehen, so dass sich B nach § 30 II iVm §§ 212 I, 211 StGB strafbar gemacht hat.

### **Gesamtkonkurrenzen und Gesamtergebnis**

A hat mit der Verabredung, der Beschädigung des Fensters und dem Schuss auf B mit drei Handlungen Tatbestände verwirklicht, so dass diese zueinander in Tatmehrheit stehen. A hat sich damit nach §§ (211, 22; 224 I Nr.2 und 5; 52 I); (30 II iVm §§ 252, 250 II Nr.1; 303 I; 53 I); 53 I StGB strafbar gemacht.

B hat sich mit der Vereinbarkeit und dem Aufbrechen des Fensters in Mittäterschaft strafbar gemacht, so dass die hiermit verwirklichten Tatbestände in Tatmehrheit stehen. Die Verabredungen zum räuberischen Diebstahl und zum Mord stehen hierbei in Tateinheit. B hat sich damit nach §§ (30 II iVm §§ 252, 250 II Nr.1; 30 II iVm § 211; 52 I); 303 I, 25 II; 53 I StGB strafbar gemacht.