Gutachten

Bearbeitet von stud. jur. Philipp Raschke, Greifswald*

Der gejagte Dieb – Hausarbeit im Strafrecht

Vorbemerkung

Üblicherweise werden in GreifRecht nur Prüfungsleistungen veröffentlicht, die mit mindestens 15 Punkten bewertet wurden. Bei dieser Arbeit, die mit 13 Punkten benotet wurde, weichen wir von dieser Vorgabe ab, um zu zeigen, woran es liegen kann, dass eine gute Arbeit nicht besser bewertet wird und welche Fehler man machen kann, obwohl die Lösung inhaltlich umfassend und fast vollständig ist.

Sachverhalt

Alfred (A) hat sich seit einiger Zeit zur Finanzierung seines Lebensunterhalts auf die „Beschaffung" und den anschließenden „Verkauf" von Kunstobjekten spezialisiert. Als nächstes hat er es auf eine wertvolle Bronzestatue des Egon (E) abgesehen. Damit die Tat reibungslos gelingt, soll der Berthold (B) diesmal während der Tat auf der Straße vor dem Grundstück „Schmiere stehen", hierfür verspricht A dem B einen Beuteanteil in Höhe von 20 % des späteren Verkaufserlöses. Vor der Tat weiht A den B in seinen Plan ein: Die Statue befindet sich im Wohnzimmer des E, das im 1. Stock des Hauses liegt. Im Erdgeschoss betreibt E ein Weinlokal. In der Tatnacht gelangt A nach Geschäftsschluss in das Gebäude, indem er das Fenster der Damentoilette des Weinlokals einschlägt. Nach Durchqueren des Lokals erreicht A über eine Treppe den Wohnbereich und verstaut die Statue in seiner mitgebrachten Sporttasche. Als sich A bereits wieder auf dem Rückweg befindet, stößt er auf den E, von dem A geglaubt hatte, dass er sich im Urlaub befinde. E hatte das Einschlagen der Fensterscheibe gehört und sich mit seiner Pistole bewaffnet, um den Einbrecher zu stellen. Auf den Anruf „Halt! Stehenbleiben, oder ich schieße" läuft A zu der Toilette, um zu fliehen. Auch nach einem Warnschuss setzt er seine Flucht fort. Nachdem A aus dem Toilettenfenster gesprungen ist, erkennt E, dass ihm eine weitere Verfolgung des A nicht möglich ist. Deshalb gibt er einen gezielten Schuss auf die Beine des A ab. Hierbei geht E, der ein geübter Sportschütze ist, davon aus, dass er den A weder töten noch lebensgefährlich verletzen werde. Die Kugel trifft A in den Oberschenkel; daraufhin bricht A zusammen. B, der ohne Wissen des A eine geladene Pistole mitgenommen hatte, hatte sich bereits nach dem Warnschuss aus dem Staub gemacht.

Als E nach dem A sieht und ihm die Statue wieder abnimmt, erkennt er, dass A eine stark blutende Wunde davongetragen hat, die der ärztlichen Versorgung bedarf. Dennoch fühlt er sich nicht verpflichtet, dem A zu helfen; vielmehr ist E der Ansicht, die nachteiligen Folgen geschähen dem A ganz recht; sollte der A tatsächlich verbluten, wäre dies ein abschreckendes Exempel für andere Einbrecher. Deshalb lässt E den A liegen, begibt sich zurück ins Haus und sieht von dem ihm ohne Weiteres möglichen Anruf bei der Polizei oder bei der Feuerwehr ab. A schafft es mit letzter Kraft, mit seinem Handy einen Krankenwagen zu alarmieren und kann so gerettet werden. Wie haben sich A, B und E strafbar gemacht? § 211 StGB sowie Normen des Waffengesetzes sind nicht zu prüfen. Eventuell erforderliche Strafanträge sind gestellt.

Gutachten

Strafbarkeit des A

I. §§ 242 I, 244 I Nr. 1, 2, 3, 243 I 2 Nr. 1, 3 StGB[1]

A könnte sich des Diebstahls in einem besonders schweren Fall nach §§ 242 I, 244 I Nr. 1, 2, 3, 243 I 2 Nr. 1, 3 strafbar gemacht haben.

[Im Obersatz muss das Verhalten genannt werden, durch das der Täter sich strafbar gemacht haben könnte, um einen konkreten Ansatzpunkt für die Prüfung zu haben.]

1. Tatbestand

Dazu müsste der Tatbestand erfüllt sein.

[Solche Hinweise auf das Vorgehen kann man weglassen, sofern sie nicht mit inhaltlichen Erwägungen verknüpft sind. Sie kosten Platz, Zeit und Konzentration.]

a) Objektiver Tatbestand

Dazu müsste zunächst der objektive Tatbestand erfüllt sein.

aa) Tatobjekt

Taugliches Tatobjekt muss eine fremde bewegliche Sache sein.

[Was kommt hier denn als taugliches Tatobjekt in Frage? Auch hier muss man darauf achten, einen konkreten Ansatz aus dem Sachverhalt für die Prüfung zu nennen. Außerdem wird der Begriff „Sache" nicht definiert und nicht geprüft, ob die Statue eine Sache ist.]

Fremd ist eine Sache, wenn sie nicht im Alleineigentum des Täters steht.[2] Die Statue stand im Eigentum des E. Beweglich ist eine Sache, wenn sie vom Tatort fort-

* *Philipp Raschke* studiert Rechtswissenschaft im 5. Semester. Die Hausarbeit wurde im Sommersemester 2009 an der Universität Greifswald im Rahmen der Zwischenprüfung im Strafrecht bei *Prof. Dr. Christoph Sowada* (Lehrstuhl für Strafrecht und Strafverfahrensrecht) geschrieben und mit 13 Punkten bewertet. Die Anmerkungen (im Text kursiv) stammen von *Dr. Kirstin Drenkhahn*, wissenschaftliche Mitarbeiterin am Lehrstuhl von *Prof. Sowada*.

1 Alle folgenden Paragraphen sind solche des StGB, soweit nicht anders gekennzeichnet.

2 *Wolfgang Joecks*, Studienkommentar StGB, 7. Aufl. 2007, vor § 242 Rn. 9. *[Die Literaturhinweise sind in der gesamten Arbeit recht dürftig. Es ist nicht nur erlaubt, sondern ausdrücklich erwünscht, mehr als eine Quelle zu nennen, wenn es sie denn gibt. Im Übrigen muss man darauf achten, Primärquellen zu verwenden.]*

geschafft werden kann.[3] A hat die Statue aus dem Haus geschafft. Mithin handelt es sich um eine fremde bewegliche Sache und um ein taugliches Tatobjekt.

bb) Wegnahme

A müsste die Sache weggenommen haben. Wegnahme ist die Aufhebung fremden und die Herstellung neuen, nicht notwendigerweise tätereigenen Gewahrsams gegen oder ohne Willen des Berechtigten (Bruch).[4] Wann und ob dies geschieht, richtet sich nach den tatsächlichen Umständen unter Berücksichtigung der Verkehrsanschauung.[5]

[Die Verkehrsanschauung bzw. die sozialen Anschauungen spielen erst bei der Definition von Gewahrsam eine Rolle.]

Gewahrsam ist nach h. M. die tatsächliche Sachherrschaft getragen von einem natürlichen Sachherrschaftswillen.[6] Fraglich ist, ob A den Gewahrsam des E schon durch Verfrachtung in die Sporttasche aufgehoben hat.

[Was unter Gewahrsam zu verstehen ist, ist nach wie vor umstritten, auch wenn die verschiedenen Gewahrsamsbegriffe meist zum gleichen Ergebnis führen. Die Definition muss also in einer Hausarbeit problematisiert werden. Außerdem muss untersucht werden, wer eigentlich ursprünglich Gewahrsam hat, bevor es um den Gewahrsamswechsel geht.]

A könnte dies durch die Verbringung in eine Gewahrsamsenklave in Form der Tasche getan haben,[7] obwohl er sich noch im Haus und damit im Machtbereich des E aufhielt. Wann eine solche Enklave besteht, ist umstritten. A hat jedoch auf jeden Fall den Gewahrsam des E gebrochen, als er mit der Statue durch das Fenster floh. Somit ist die eventuelle Bildung einer vorherigen Enklave unerheblich. Dass A dabei von E beobachtet wurde, ist unerheblich, der Diebstahl ist insofern kein heimliches Delikt.[8] A müsste auch neuen Gewahrsam begründet haben. Dies ist der Fall, wenn A die tatsächliche Sachherrschaft derart erlangt hat, dass ihrer Ausübung keine weiteren Hindernisse mehr entgegenstehen.[9] Die h. M. lässt hier bei leicht fortzuschaffenden Objekten nach der Apprehensionstheorie das Ergreifen und Festhalten der Sache genügen.[10] A hatte spätestens nachdem er aus dem Fenster floh die tatsächliche Sachherrschaft über die Statue, dies wollte er auch so.

[„dies wollte er auch so" umschreibt den Vorsatz, spielt also für den objektiven Tatbestand keine Rolle.]

Mithin hat A neuen Gewahrsam begründet. Dies geschah auch gegen den Willen des berechtigten E, mithin durch Bruch. Somit hat A die Sache weggenommen.

cc) § 244 I Nr. 1a Alt. 1

A könnte zusätzlich den Tatbestand des § 244 I Nr. 1a Alt 1 erfüllt haben und einen Diebstahl mit Waffen begangen haben. Dazu müsste er oder ein Beteiligter eine Waffe bei sich geführt haben. Beteiligter kann dabei auch ein Gehilfe sein, eine Zurechnung nach § 25 II ist nicht nötig.[11] Ob B Mittäter oder Gehilfe war, kann daher zunächst offen bleiben. Waffen sind zumindest alle Schusswaffen wie Pistolen. Das Beisichführen hat eine räumliche und zeitliche Komponente, muss also sowohl in Griffnähe als auch sehr kurzfristig verfügbar sein.[12] Fraglich ist, wie es sich auswirkt, dass hier nur der B die Pistole bei sich führte und zu keinem Zeitpunkt im Haus oder in der Nähe des E oder des Tatobjekts war. Gegen die Anwendung des § 244 I Nr. 1a Alt. 1 spricht, dass zu keinem Zeitpunkt eine Gefahr von der Waffe ausging. Allerdings spricht der eindeutige Wortlaut des § 244 für eine Anwendung, da beim Beisichführen gerade keine konkrete Gefahr wie bei der Verwendung verlangt wird. Die bloße abstrakte Gefahr, dass B mit der Waffe eingreifen könnte, rechtfertigt die höhere Strafandrohung des § 244. Mithin hat ein Beteiligter der Tat eine Waffe bei sich geführt. Somit ist der objektive Tatbestand des § 244 I Nr. 1a Alt. 1 erfüllt.

dd) § 244 I Nr. 2

A könnte zusätzlich den Tatbestand des § 244 I Nr. 2 erfüllt haben und einen Bandendiebstahl begangen haben. Dazu müsste es sich bei A und B um eine Bande handeln. Unstreitig muss sich eine Bande als Gruppe auf die wiederholte Begehung von Straftaten ausgerichtet haben.[13] Inwieweit dies bei A und B der Fall ist, ist nicht klar. Mithin muss über die Mitgliederanzahl differenziert werden. Wie viele Bandenmitglieder nötig sind, ist umstritten. Eine Ansicht lässt zwei Personen ausreichen, um wiederholte mittäterschaftliche Delikte effektiv erfassen zu können.[14]

[Als Beleg für die Zwei-Personen-Bande wird ein einziges BGH-Urteil genannt. Das geht so nicht mehr, da sich der BGH bereits 2001 in BGHSt 46, 321 der Ansicht angeschlossen hat, dass eine Bande mindestens drei Mitglieder haben müsse. Trotzdem gibt es nach wie vor Anhänger der alten Rspr, s. Sch/Sch-Eser, 27. Aufl., § 244 Rn. 24 m. w. N.]

Eine andere Ansicht verlangt drei Personen, da typischerweise erst dann eine gefährliche Gruppendynamik zustande kommt, die vom Austritt einzelner unabhängig ist und die verhindert werden soll.[15] Die zweite Ansicht überzeugt, auch da nach der ersten Ansicht die Abgrenzung zur bloßen Mittäterschaft problematisch wäre. Mithin sind drei Personen zur Bandenbildung nötig und A und B keine Bande. Der Tatbestand des § 244 I Nr. 2 ist somit nicht erfüllt.

3 *Joecks* (Fn. 2), vor § 242 Rn. 20.

4 *Joecks* (Fn. 2), § 242 Rn. 10.

5 *Rolf Schmidt/ Klaus Priebe,* Strafrecht Besonderer Teil II, 6. Aufl. 2007, S. 28 Rn. 70.

6 *Joecks* (Fn. 2), § 242 Rn. 12.

7 *Joecks* (Fn. 2), § 242 Rn. 15.

8 *Joecks* (Fn. 2), § 242 Rn. 17 f.

9 *Schmidt/Priebe* (Fn. 5), S. 28 Rn. 71.

10 *Schmidt/Priebe* (Fn. 5), S. 28 Rn. 72, 74.

11 BGH NJW 2002, 1337 zum BtMG. *[Üblicherweise muss die Seitenzahl der Seite, auf der eine konkrete Aussage aus Urteilen oder Aufsätzen getroffen wird, noch dazu zitiert werden.]*

12 *Schmidt/Priebe* (Fn. 5), S. 80 Rn. 207 ff.

13 *Joecks* (Fn. 2), § 244 Rn. 21.

14 BGHSt 23, 239.

15 *Schmidt/Priebe* (Fn. 5), S. 89 Rn. 229.

ee) § 244 I Nr. 3

A könnte zusätzlich den Tatbestand des § 244 I Nr. 3 erfüllt haben und einen Wohnungseinbruchsdiebstahl begangen haben. Dazu müsste er in eine Wohnung eingebrochen sein. Fraglich ist, wie es sich auswirkt, dass A zuerst in das Geschäft des E eingedrungen ist, um anschließend ungehindert in die Wohnung zu gelangen. Der BGH verneint in solch einem Fall den § 244 I Nr. 3: Die Vorschrift setze den Einbruch in eine Wohnung voraus, ein angeschlossenes Geschäft ist aber gerade keine Wohnung und mit dem Wortlaut des § 244 I Nr. 3 nicht vereinbar. Zwar ist die Gefährdung der Intim- und Privatsphäre bei diesem Vorgehen ebenso intensiv, jedoch kann dies allein nicht den Wortlaut überwinden.[16] Dem könnte man entgegenhalten, dass diese Unterscheidung an der Lebenswirklichkeit vorbeigeht und konstruiert wirkt. Überzeugender ist jedoch die Ansicht des BGH, vor allem da auch in diesem Fall eine Strafschärfung nach § 243 I 2 Nr. 1 weiterhin möglich ist. Mithin ist A nicht in eine Wohnung eingebrochen und der Tatbestand des § 244 I Nr. 3 nicht gegeben.

ff) Ergebnis objektiver Tatbestand

Somit ist der objektive Tatbestand der §§ 242 I, 244 I Nr. 1a Alt. 1 gegeben.

b) Subjektiver Tatbestand

Der subjektive Tatbestand müsste zudem gegeben sein.

aa) Vorsatz

A müsste zum Tatzeitpunkt[17] Vorsatz bezüglich des objektiven Tatbestandes gehabt haben.

[Fn. 17 ist überflüssig, wann der Täter Vorsatz haben muss, ergibt sich aus § 16.]

Vorsatz ist der Wille zur Verwirklichung des Taterfolgs in Kenntnis aller seiner objektiven Tatumstände.[18] Ausreichend ist *dolus eventualis*. A wusste, dass es sich um eine fremde bewegliche Sache handelte und wollte diese auch wegnehmen. Diesbezüglich hatte er Vorsatz. A wusste jedoch nichts von der Pistole des B und hatte deren Existenz auch nicht in Betracht gezogen. Bezüglich des Tatbestands des § 244 I Nr. 1a Alt. 1 hatte A mithin keinen Vorsatz, dieser ist mithin nicht erfüllt. A hatte lediglich Vorsatz bezüglich des Grundtatbestandes aus § 242 I.

bb) Zueignungsabsicht

A müsste auch Zueignungsabsicht gehabt haben, diese setzt sich aus mindestens vorübergehender Aneignung und dauerhafter Enteignung zusammen. Aneignung ist die Anmaßung einer eigentumsähnlichen Herrschaft, Enteignung ist die Verdrängung des Eigentümers aus dieser Position.[19] Auf die Aneignung muss es dem Täter dabei gerade ankommen im Sinne des *dolus directus I*,[20] für die Enteignung genügt *dolus eventualis*.[21] A wollte sich vorliegend die Statue als Hauptziel aneignen, die Enteignung nahm er dabei wissentlich mindestens in Kauf. Mithin hatte A Zueignungsabsicht.

[Keine saubere Subsumtion. Der Sachverhalt hätte unter die Definition von Aneignung und Enteignung subsumiert werden müssen.]

cc) Rechtswidrigkeit der Zueignung

A hatte auch keinen fälligen, einredefreien Speziesanspruch auf die Statue. Die Zueignung war rechtswidrig.[22]

dd) Vorsatz bezüglich der Rechtswidrigkeit der Zueignung

A wusste auch, dass er keinen Anspruch auf die Statue hatte und die Zueignung rechtswidrig war.

ee) Ergebnis subjektiver Tatbestand

Der subjektive Tatbestand des § 242 I ist erfüllt.

c) Ergebnis Tatbestand

Der Tatbestand des § 242 I ist erfüllt.

2. Rechtswidrigkeit und Schuld

Rechtfertigungs- oder Entschuldigungsgründe sind nicht ersichtlich. A handelte mithin rechtswidrig und schuldhaft.

3. § 243 I 2

Es könnte zudem eine Strafzumessungsregel nach §§ 242, 243 I 2 Nr. 1, 3 wegen Diebstahls in einem besonders schweren Fall einschlägig sein. Dies wäre indiziert, wenn eines der Regelbeispiele erfüllt ist.

a) Nr. 1

A könnte in ein Gebäude oder in Geschäftsräume eingebrochen oder eingestiegen sein. Ein Gebäude ist ein durch Wände und Dach begrenztes Bauwerk, das den Eintritt von Menschen ermöglicht und Unbefugte abhalten soll. Geschäftsräume sind Räumlichkeiten, die dauernd zum Betrieb von Geschäften bestimmt sind.[23] Vorliegend ist A in ein Weinlokal eingedrungen, mithin liegen Geschäftsräume in einem Gebäude vor. A müsste auch eingebrochen oder eingedrungen sein. Einbrechen ist das gewaltsame Öffnen von Umschließungen, die ein tatsächliches Hindernis bilden und insoweit dem Eintritt in den umschlossenen Raum entgegenstehen. Nötig ist eine nicht unerhebliche Anwendung körperlicher Kraft.[24] A hat vorliegend ein Fenster eingeschlagen, mithin hat er nicht unerhebliche körperliche Kraft angewendet und ist eingebrochen. Einsteigen ist das Eindringen in den geschützten Raum auf einem dafür nicht bestimmten Weg unter Überwindung von Umschließungen, die das Eindringen gerade verhindern sollen.[25] A ist vorliegend durch das eingeschlagene Fenster durch die Damento-

16 BGH NStZ 2009, 514.

17 BGH NStZ 2004, 386.

18 *Johannes Wessels/Werner Beulke,* Strafrecht Allgemeiner Teil, 36. Aufl. 2006, § 7 Rn. 203.

19 *Joecks* (Fn. 2), vor § 242 Rn. 22.

20 *Schmidt/Priebe* (Fn. 5), S. 32 Rn. 85.

21 BGH NStZ 2006, 686 f.

22 *Joecks* (Fn. 2), vor § 242 Rn. 48.

23 *Joecks* (Fn. 2), § 243 Rn. 9, 10.

24 *Schmidt/Priebe* (Fn. 5), S. 57 Rn. 139.

25 *Schmidt/Priebe* (Fn. 5), S. 57 Rn. 140.

ilette eingedrungen. Das Fenster der Toilette ist nicht zum Eindringen in die Räumlichkeiten bestimmt und soll ein solches verhindern. Mithin ist A auch eingestiegen. A hatte auch Vorsatz bezüglich des Einbrechens und Einsteigens und wusste, dass es sich um Geschäftsräume handelte. Mithin ist § 243 I 2 Nr. 1 erfüllt, gegen die Annahme eines besonders schweren Falles sprechen keine Hinweise.

b) Nr. 3

A könnte gewerbsmäßig gestohlen haben. A handelte gewerbsmäßig, wenn es ihm darauf ankam, sich eine Haupt- oder Nebeneinnahmequelle von einiger Dauer und einigem Umfang zu schaffen.[26] Hierbei genügt dann auch die erste der beabsichtigten Taten zur Gewerbsmäßigkeit.[27] A hat hier zur Bestreitung seines Lebensunterhalts wiederholt Diebstähle begangen. Mithin hat A gewerbsmäßig gestohlen, § 243 I 2 Nr. 3 ist erfüllt. Gegen die Annahme eines besonders schweren Falles sprechen keine Hinweise.

c) Ergebnis

Die Regelbeispiele des § 243 I 2 Nr. 1, 3 sind gegeben.

4. Ergebnis

A ist strafbar nach § 242 I, 243 I 2 Nr. 1, 3 wegen Diebstahls in einem besonders schweren Fall.

II. §§ 303 I, 123 I

Fraglich ist, ob die gleichzeitig erfüllten §§ 303 I, 123 I hinter den Einbruchsdiebstahl zurücktreten. Nach h. M. werden Sachbeschädigung und Hausfriedensbruch vom Einbruchsdiebstahl durch Gesetzeskonkurrenz konsumiert, da ihr Unrechtsgehalt voll erfasst ist.[28] Die Rspr. nimmt hingegen Tateinheit an.[29] Für letztere Annahme ist jedoch kein Bedürfnis ersichtlich, wenn kein Dritter geschädigt ist neben Täter und Bestohlenem. Auch übertrifft die Strafandrohung der §§ 242, 243 diejenige von § 303 I und § 123 I bei weitem. Der ersten Ansicht ist zu folgen, §§ 303 I, 123 I treten zurück.

[Hier hätte kurz geprüft werden sollen, ob §§ 123 und 303 überhaupt erfüllt sind. Die Konkurrenzverhältnisse werden erst am Ende der Arbeit untersucht.]

Strafbarkeit des B

I. §§ 242 I, 244 I 1a Alt. 1, 243 I 2 Nr. 1, 3, 27

B könnte sich nach §§ 242 I, 244 I 1a Alt. 1, 243 I 2 Nr. 1, 3, 27 der Beihilfe zum Diebstahl in einem besonders schweren Fall strafbar gemacht haben.

1. Tatbestand

Der Tatbestand müsste erfüllt sein.

a) Objektiver Tatbestand

Dazu müsste zunächst der objektive Tatbestand erfüllt sein.

aa) Haupttat

Aufgrund der limitierten Akzessorietät der Teilnahme[30] müsste eine vorsätzliche, rechtswidrige Haupttat[31] vorliegen.

[Dass die Akzessorietät limitiert ist, ergibt sich aus dem Gesetz, §§ 26, 27, 28, 29, nicht aus der Literatur. Das gleiche gilt für die objektiven Voraussetzungen der Beihilfe.]

A hat rechtswidrig und vorsätzlich die §§ 242 I, 243 I 2 Nr. 1, 3 erfüllt, nicht jedoch § 244 I Nr. 1a Alt. 1. B kann zudem wegen § 28 II (analog) nicht wegen der Strafzumessungsregel aus § 243 I 2 Nr. 3 bestraft werden, wenn er nicht auch selbst gewerbsmäßig gehandelt hat. Dabei handelt es sich nach h. M. um ein besonderes persönliches Merkmal nach § 28 II.[32] Weil § 243 I 2 Nr. 3 kein Tatbestand ist, kommt nur eine analoge Anwendung in Betracht.[33] Auf eine gewerbsmäßige Motivation des B gibt es keinen Hinweis, ein einmaliger Beuteanteil reicht dafür nicht aus. Mithin ist eine rechtswidrige teilnahmefähige Haupttat nur im Rahmen der §§ 242 I, 243 I 2 Nr. 1 ist gegeben.

[Man hätte die Prüfung der Beihilfe des B übersichtlicher gestalten können. Als Haupttat reicht hier erst einmal § 242 aus, ob die Tat für B qualifiziert war und wie § 243 bei ihm wirkt, hätte man davon getrennt überprüfen können. Zu § 244 I Nr. 1a war festzustellen, dass es sich nicht um ein täter-, sondern ein tatbezogenes Merkmal handelt, das auch von einem anderen Beteiligten als dem unmittelbaren Täter verwirklicht werden kann. Voraussetzung dafür ist aber, dass der Täter von der Waffe weiß, was hier nicht der Fall ist. § 243 hätte dann als Strafzumessungsregel nach der Schuld geprüft werden sollen.]

bb) Teilnahmehandlung

[Bei B hätte erst die Beteiligung als Mittäter geprüft werden müssen, da bei dieser Beteiligungsform der normale Strafrahmen gilt, während die Strafe bei § 27 gemildert wird.]

Fraglich ist, ob B nur Gehilfe oder stattdessen Mittäter war. Nach der Animustheorie wird zwischen Täterwillen *(animus auctoris)* und Teilnehmerwillen *(animus socii)* unterschieden. Der Täter will die Tat als eigene, der Teilnehmer als fremde.[34]

[Aufbau: Hier werden im objektiven Tatbestand subjektive und objektive Merkmale durcheinander geprüft.]

Der Mittäter muss als gleichberechtigter Partner mitwirken.[35] B wollte hier dem A gegen Belohnung bei dessen Tat helfen. Nach der Animustheorie ist er Teilnehmer, also Gehilfe. Nach der Tatherrschaftslehre wird danach

26 BGHSt 1, 383.

27 BGH NStZ 2004, 265 (zu § 263 III S. 2 Nr. 1).

28 *Joecks* (Fn. 2), § 243 Rn. 49.

29 BGH NStZ 2001, 642.

30 *Wessels/Beulke* (Fn. 18), § 13 Rn. 553.

31 *Herbert Tröndle/Thomas Fischer,* Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 53. Aufl. 2006, § 27 Rn. 10.

32 *Joecks* (Fn. 2), § 243 Rn. 2.

33 *Schmidt/Priebe* (Fn. 5), S. 61, 62 Rn. 154 f.

34 *Joecks* (Fn. 2), § 25 Rn. 3.

35 BGHSt 34, 124.

unterschieden, wer Tatherrschaft hat. Bei der Mittäterschaft ist dies die funktionelle Tatherrschaft. Nötig dafür ist ein gemeinsamer Tatplan, arbeitsteiliges Handeln und die unabhängige Möglichkeit zur Verhinderung oder zum Abbruch der Tat.[36] Teilnehmer ist dagegen, wer lediglich eine Randgestalt des Geschehens ist.[37] Vorliegend hatte A durchgehend allein die Tatherrschaft inne und war Zentralgestalt des Geschehens. Kenntnis vom Tatplan und die Beutebeteiligung allein genügen zur funktionellen Tatherrschaft des B nicht. Auch nach der Tatherrschaftslehre ist B somit Gehilfe. Nötige Teilnahmehandlung ist mithin die Hilfeleistung.

B müsste somit dem A Hilfe geleistet haben.

[Und zwar wie? Die Prüfung wird hier wieder zu wenig auf den Sachverhalt bezogen.]

Was dazu nötig ist, ist umstritten. Unstrittig ist jede Hilfe mit „Rat" oder „Tat", die die Haupttat fördert oder erleichtert, Hilfeleistung.[38] Vor allem von der Rechtsprechung wird auch die Bestärkung des Tatentschlusses durch voluntative Beihilfe miterfasst.[39] Problematisch an dieser Ansicht ist, dass die Gefahr besteht, die Beihilfe zum Gefährdungsdelikt zu machen[40] und der Verlauf ohne die voluntative Beihilfe meist unklar ist.[41] Vorliegend erleichterte die Mithilfe des B als Wachtposten dem A zumindest den Tatentschluss, womit nach dieser Ansicht ein Hilfeleisten zu bejahen wäre. Fraglich ist, ob das Verhalten des B auch sonst die Haupttat durch „Rat" oder „Tat" gefördert hat. Potentiell hilft ein Wachposten bei der ungestörten Durchführung und Beendigung einer Tat, die Literatur bejaht beim „Schmiere stehen" generell die Beihilfe.[42] Dass B hier mangels Störung von außerhalb des Gebäudes nicht zum Einsatz kam, kann dabei nicht erheblich sein, da sich A auf jeden Fall mehr auf den Einbruch konzentrieren konnte und wegen möglichen Warnungen bei eventueller Störungen von außen auch keine Eile haben musste. Mithin hat B die Haupttat erleichtert und Hilfe geleistet.

cc) Beziehung zur Haupttat

Fraglich ist, in welcher Beziehung die Beihilfe zur Haupttat stehen muss. Nach einer Meinung genügt jegliches tatsächliches Fördern der Haupttat.[43] Unschädlich soll hierbei sein, dass der Gehilfe ohne Einfluss auf den Erfolg war.[44] Dies wäre vorliegend der Fall. Nach einer zweiten Meinung muss die Hilfeleistung den Erfolg mitverursachen.[45] Der Grad der Kausalität ist dabei umstritten, teilweise wird Äquivalenz,[46] teilweise Erleichterung[47] verlangt, bei voluntativer Beihilfe soll der Täter „noch nicht felsenfest und unumstößlich", aber schon „überwiegend zur Tat entschlossen" gewesen sein.[48] A wollte vorliegend mit einem Gehilfen die Tat begehen. Es ist anzunehmen, dass er ohne den B die Tat zumindest so nicht durchgeführt hätte. Dies erfüllt alle drei Varianten der Kausalität. Mithin ist auch nach dieser Meinung eine ausreichende Beziehung zur Haupttat gegeben. Die Risikoerhöhungstheorie wiederum verlangt ein erhöhtes Risiko für das durch die Haupttat angegriffene Rechtsgut durch die Beihilfehandlung.[49] Ob dies hier vorliegt ist fraglich. B hat in die eigentliche Tat nicht mehr eingegriffen und keinen Einfluss auf die Intensität des Eingriffs in die Sphäre des E genommen. Mithin hat B das Risiko für das angegriffene Rechtsgut nicht erhöht, diese Meinung müsste eine Beihilfe verneinen. Ein Streitentscheid ist nötig. Problematisch ist bei der Risikoerhöhungstheorie, dass überflüssige Teilnehmer und zur Sicherheit eingesetzte Gehilfen danach grundsätzlich straflos wären. Die Theorie ist deshalb abzulehnen. Mithin ist eine ausreichende Beziehung zur Haupttat gegeben.

[Hier fehlen Quellen für das Argument gegen die Risikoerhöhungslehre.]

dd) Ergebnis objektiver Tatbestand

Der objektive Tatbestand ist gegeben.

b) Subjektiver Tatbestand

Der subjektive Tatbestand müsste gegeben sein. B müsste Vorsatz bezüglich der Haupttat, der Hilfeleistung und der Beziehung der Hilfeleistung zur Haupttat gehabt haben. B wusste, wie A vorgehen wollte, war sich im Klaren darüber, inwiefern seine Handlung dem A zugute kam und wollte dies auch. Mithin hatte B Vorsatz.

Der subjektive Tatbestand ist erfüllt.

[Hier hätte zumindest erwähnt werden müssen, dass bei § 243 I 2 Nr. 1 Kenntnis des Beteiligten ausreicht.]

c) Ergebnis Tatbestand

Der Tatbestand ist erfüllt.

2. Rechtswidrigkeit und Schuld

Rechtfertigungs- oder Entschuldigungsgründe sind nicht ersichtlich.

3. Ergebnis

B hat sich nach §§ 242 I, 243 I 2 Nr. 1, 27 der Beihilfe zum Diebstahl in einem besonders schweren Fall strafbar gemacht haben.

[Hier hätte noch die Beihilfe zu §§ 123, 303 geprüft werden müssen. Allerdings ist die Lücke innerhalb dieser Arbeit konsequent, da beide Tatbestände bereits auf der Konkurrenzebene abgelehnt wurden.]

36 *Joecks* (Fn. 2), § 25 Rn. 64.

37 *Joecks* (Fn. 2), § 25 Rn. 5.

38 *Wessels/Beulke* (Fn. 18), § 13 Rn. 581 f.

39 BGH NStZ 2002, 139.

40 *Wolfgang Joecks* in: Wolfgang Joecks/Klaus Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 1, 2003, § 27 Rn. 9.

41 *Stephan Osnabrügge,* Die Beihilfe und ihr Erfolg, 2002, S. 165.

42 *Osnabrügge* (Fn. 41), S. 134.

43 BGH NJW 2000, 3010.

44 *Tröndle/Fischer* (Fn. 31), § 27 Rn. 2b; *Joecks* in: MüKo StGB (Fn. 40), § 27 Rn. 22.

45 *Claus Roxin* in: Heinrich Wilhelm Laufhütte et al. (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, 12. A. 2006–2010, § 27 Rn. 2.

46 *Joecks* in: MüKo StGB (Fn. 40), § 27 Rn. 30; dagegen *Tröndle/Fischer* (Fn. 31), § 27 Rn. 2b.

47 *Joecks* in: MüKo StGB (Fn. 40), § 27 Rn. 31.

48 *Roxin* in: Leipziger Kommentar (Fn. 45), § 26 Rn. 18, 58.

49 *Otto,* JuS 1982, 563.

Strafbarkeit des E

I. §§ 212 I, 22, 23 I

E könnte sich wegen versuchten Totschlags nach §§ 212 I, 22, 23 I strafbar gemacht haben, indem er auf den A schoss.

A ist nicht tot, die Tat ist nicht vollendet. Der Versuch des Totschlags ist nach §§ 212 I, 12 I, 23 I strafbar.

[Diese Prüfung ist leider aus der Luft gegriffen. Aus dem Sachverhalt geht deutlich hervor, dass E jedenfalls bei der Abgabe des Schusses keinen Tötungsvorsatz hatte.]

1. Tatentschluss

Dazu müsste E Tatentschluss gehabt haben. Tatentschluss entspricht als subjektiver Tatbestand des Versuchs der gesamten gewollten[50] vollendeten Tat.[51] E müsste also Vorsatz bezüglich der Vollendung der Tat gehabt haben.

E müsste Vorsatz bezüglich des Todes eines anderen Menschen als Taterfolg gehabt haben. Ausreichend ist *dolus eventualis*. A ist ein anderer Mensch. E ging jedoch nicht davon aus, dass er A lebensgefährlich verletzen würde. Fraglich ist, ob er dennoch *dolus eventualis* hatte. Dessen Begriffsbestimmung ist umstritten. Nach der Möglichkeitstheorie muss der Täter den Erfolg für möglich halten und trotzdem handeln.[52] Hier ging E nicht von lebensgefährlichen Verletzungen aus, hat also anscheinend die Möglichkeit zumindest gesehen und trotzdem geschossen. Somit hätte E Vorsatz gehabt. Nach der Wahrscheinlichkeitstheorie müsste der Täter den Erfolg für wahrscheinlich gehalten haben, generell wird „wahrscheinlich" in diesem Zusammenhang zwischen „möglich" und „überwiegend wahrscheinlich" angesiedelt.[53] Diese Vorstellung hatte E nicht. Hiernach hätte E keinen Vorsatz. Nach der Gleichgültigkeitstheorie muss der Täter die Folge seiner Tat gleichgültig hinnehmen und nicht auf ein Ausbleiben derselben hoffen.[54] E nahm jedoch ein Ausbleiben an, hiernach hätte er keinen Vorsatz. Nach der Billigungstheorie der Rechtsprechung muss der Täter den für möglich gehaltenen Erfolg billigend in Kauf nehmen.[55] Im Ergebnis ähnelt dies der Ansicht der herrschenden Lehre, die verlangt, dass die Gefahr erkannt, ernst genommen und das Risiko des Erfolgs hingenommen wird.[56] E hat den möglichen Tod des A zum Zeitpunkt des Schusses weder gebilligt noch hingenommen, auch hat er diese Folge nicht ernsthaft in Betracht gezogen. Hiernach hätte E keinen Vorsatz. Die Theorien kommen zu unterschiedlichen Ergebnissen, ein Streitentscheid ist erforderlich. Die Möglichkeitstheorie geht zu weit, da eine Abgrenzung zur Fahrlässigkeit kaum vorgenommen werden kann und sie verkennt, dass Vorsatz nicht nur ein Wissens-, sondern auch ein Wollenselement enthalten muss. Diese Theorie ist abzulehnen. Die Wahrscheinlichkeitstheorie macht eine klare Grenzziehung unmöglich und kann lediglich Indizwirkung haben, sie ist ebenfalls abzulehnen. Die Gleichgültigkeitstheorie zeigt sich als zu eng und erfasst hauptsächlich den Gesinnungsunwert der Tat, was nur einen Teilaspekt des Problems darstellt. Überzeugen können lediglich die differenzierteren Ansätze der Rechtsprechung und der herrschenden Lehre. Mithin hatte E keinen Vorsatz.

2. Ergebnis

E hatte keinen Tatentschluss. Mithin hat sich E nicht nach §§ 212 I, 22, 23 I wegen versuchten Totschlags strafbar gemacht, indem er auf A schoss.

II. §§ 223, 224 I Nr. 2 Alt. 1. Nr. 3, 5

E könnte sich wegen gefährlicher Körperverletzung nach §§ 223, 224 I Nr. 2 Alt 1. Nr. 3, 5 strafbar gemacht haben, indem er auf A schoss.

1. Tatbestand

Dazu müsste der Tatbestand erfüllt sein

a) Objektiver Tatbestand

Zunächst müsste der objektive Tatbestand erfüllt sein.

A ist eine andere Person nach § 223 I.

aa) Taterfolg

Taterfolg muss eine körperliche Misshandlung oder eine Gesundheitsschädigung sein. Körperliche Misshandlung ist jede üble, unangemessene Behandlung, durch die das körperliche Wohlbefinden nicht nur unerheblich beeinträchtigt wird.[57] Eine Schussverletzung am Bein ist eine üble, unangemessene Behandlung, die das körperliche Wohlbefinden des A erheblich beeinträchtigt. Gesundheitsschädigung ist jedes Hervorrufen oder Steigern eines krankhaften Zustandes, der vom Normalzustand der körperlichen Funktionen nachteilhaft abweicht.[58] Die Schussverletzung des A ist ein krankhafter Zustand, der die körperlichen Funktionen nachteilhaft beeinträchtigt. Mithin wurde A körperlich misshandelt und an der Gesundheit geschädigt.

bb) Tathandlung

E müsste auch gehandelt haben. E hat den Abzug der Schusswaffe betätigt. Mithin hat E gehandelt.

cc) Kausalität

Die Handlung des E muss auch kausal gewesen sein für den Taterfolg. Kausal im Sinne der Äquivalenztheorie ist jede Bedingung, die nicht hinweggedacht werden kann, ohne dass der Erfolg in seiner konkreten Gestalt

50 *Momsen,* S. 62. *[Hier fehlt der genaue Nachweis (Titel und Publikationjahr).]*

51 *Claus Roxin,* Strafrecht Allgemeiner Teil, Band 2: Besondere Erscheinungsformen der Straftat, 2003, § 29 Rn. 71 f.

52 *Wessels/Beulke* (Fn. 18), § 7 Rn. 217.

53 *Joachim Vogel* in: Leipziger Kommentar (Fn. 45), § 16 Rn. 93.

54 *Engisch,* NJW 1955, 1688.

55 BGHSt 14, 256.

56 *Joecks* (Fn. 2), § 15 Rn. 21.

57 *Joecks* (Fn. 2), § 223 Rn. 4.

58 Leipziger Kommentar (Fn. 45), § 223 Rn. 12. *[Es sollte immer auch der Autor der Kommentierung angegeben werden.]*

entfiele.[59] Eingeschränkt wird diese weite Theorie von der Adäquanztheorie, die atypische und regelwidrige Kausalverläufe ausschließt und nur Umstände beachtet, die ein einsichtiger Mensch in der Rolle des Täters voraussehen konnte.[60] Hätte E nicht den Abzug betätigt, hätte die Kugel A nicht verletzt. Dies hat E auch so vorhergesehen. Nach Äquivalenz- und Adäquanztheorie war die Handlung des E kausal für den Taterfolg. Dagegen fragt die Lehre von der gesetzmäßigen Bedingung, ob die auf die Tathandlung folgenden tatsächlichen Veränderungen mit der Handlung durch bekannte Naturgesetze notwendigerweise verbunden war und regelmäßig als dessen Erfolg eintreten würde.[61] Eine Schussverletzung ist regelmäßige und notwendige Folge eines gezielten Schusses. Auch hiernach war die Handlung des E kausal für den Taterfolg.

[Die Aufteilung in Erfolg, Handlung und Kausalität bei § 223 halte ich für ungeschickt, da körperliche Misshandlung und Gesundheitsgefährdung in ihrer Definition sowohl Handlung als auch Erfolg beinhalten. Unter der Überschrift „Erfolg" wird also bereits die Handlung untersucht.]

dd) § 224 I Nr. 2

E hat die Verletzung auch mittels einer Waffe begangen.

ee) § 224 I Nr. 3

E könnte die Körperverletzung auch mittels eines hinterlistigen Überfalls begangen haben. Ein Überfall ist ein unvorhergesehener Angriff, auf den sich das Opfer nicht vorbereiten kann.[62] Hinterlistig ist, wer beim Überfall mit List vorgeht um seine wahre Absicht zu verdecken und dem Opfer die Abwehr zu erschweren.[63] Vorliegend hat E den A sowohl verbal als auch mit einem Warnschuss vorgewarnt und seine Absicht geradezu verkündet. Der bloße Angriff von hinten reicht nicht zur Hinterlist.[64] Mithin hat E die Körperverletzung nicht mittels eines hinterlistigen Überfalls begangen.

[§ 224 I Nr. 3 liegt hier fern, da E erkennbar nicht heimtückisch handelt. Er hat sein Opfer gewarnt.]

ff) § 224 I Nr. 5

E könnte die Körperverletzung mittels einer das Leben gefährdenden Behandlung begangen haben. Umstritten ist, welcher Art die Lebensgefahr sein muss. Nach einer Ansicht muss die Art der Beibringung im konkreten Fall abstrakt geeignet sein, das Opfer in Lebensgefahr zu bringen, eine konkrete Gefahr sei unnötig.[65] Eine Schussverletzung am Bein ist, vor allem wegen eventuell starkem Blutverlust, auch im konkreten Fall abstrakt dazu geeignet, den A in Lebensgefahr zu bringen. Diese Ansicht würde eine das Leben gefährdende Behandlung bejahen. Eine andere Ansicht verlangt eine konkrete Lebensgefahr[66] oder lebensgefährdende Handlung.[67] Vorliegend konnte A nur noch vom Krankenwagen vor dem Tod gerettet werden. Mithin kommen beide Ansichten zu einer das Leben gefährdenden Behandlung, ein Streitentscheid ist entbehrlich. Mithin hat E die Körperverletzung mittels einer das Leben gefährdenden Behandlung begangen.

gg) Ergebnis objektiver Tatbestand

Der objektive Tatbestand ist erfüllt.

b) Subjektiver Tatbestand

Der subjektive Tatbestand müsste erfüllt sein. E müsste Vorsatz bezüglich des objektiven Tatbestands haben. E wusste, dass A ein anderer Mensch ist, dass er eine Waffe nutzte, dass seine Handlung eine Verletzung des A hervorrufen würde und wollte dies zumindest als Zwischenziel auch so. Fraglich ist, ob er auch Vorsatz bezüglich einer das Leben gefährdenden Behandlung im Sinne des § 224 I Nr. 5 hatte. Dabei kommt es darauf an, ob man eine konkrete oder schon eine abstrakte Gefahr für ausreichend hält um § 224 I Nr. 5 zu bejahen (s. o.).[68] Abstrakt muss sich E als erfahrener Waffennutzer einer potentiellen Lebensgefahr durch Schussverletzungen auch im konkreten Fall bewusst gewesen sein. E rechnete jedoch nicht damit, dass die Verletzung konkret lebensgefährdend ausfallen würde. Mithin würde nur Vorsatz vorliegen, wenn auch eine abstrakte Gefahr ausreichend ist. Ein Streitentscheid ist nötig. Gegen eine konkrete Gefahr spricht der Wortlaut des § 224 I, der auch in anderen Tatbeständen nur die Begehung, nicht den Erfolg sanktioniert. Auch würden sich beim Verlangen einer konkreten Gefahr Abgrenzungsprobleme zum Tötungsversuch mit *dolus eventualis* ergeben.[69] Mithin ist lediglich eine abstrakte Gefahr zu verlangen. Somit hatte E Vorsatz. Der subjektive Tatbestand ist erfüllt.

c) Ergebnis Tatbestand

Der Tatbestand ist erfüllt.

2. Rechtswidrigkeit

Die Rechtswidrigkeit ist bei Tatbestandsmäßigkeit indiziert.[70]

[Dass die Tatbestandsmäßigkeit die Rechtswidrigkeit indiziert, ist eine Floskel, die schon deshalb keinen Zugewinn an Erkenntnis bringt, weil auch gerechtfertigtes Verhalten zunächst mal tatbestandsmäßig sein muss. Außerdem passt die Quelle nicht.]

Fraglich ist, ob ein Rechtfertigungsgrund eingreift.

a) § 127 I StPO

E könnte durch sein Festnahmerecht aus § 127 I StPO gerechtfertigt sein.

59 RGSt 1, 373; BGHSt 1, 332.

60 *Wessels/Beulke* (Fn. 18), § 6 Rn. 169, 170.

61 *Wessels/Beulke* (Fn. 18), § 6 Rn. 168a.

62 RGSt 65, 66.

63 *Joecks* (Fn. 2), § 224 Rn. 28.

64 BGH NStZ 2005, 97.

65 BGHSt 36, 9.

66 *Joecks* (Fn. 2), § 224 Rn. 38.

67 *Walter Stree* in: Adolf Schönke/Horst Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 27. Aufl. 2006, § 224 Rn. 12.

68 *Stree* in: Schönke/Schröder (Fn. 67), § 224 Rn. 13.

69 *Joecks* (Fn. 2), § 224 Rn. 38, 39.

70 *Joecks* (Fn. 2), vor § 32 Rn. 1.

[Auch bei § 127 I StPO müssen die einzelnen Tatbestandsmerkmale sauber subsumiert werden, hier geht es leider durcheinander. Wurde der jemand auf frischer Tat betroffen? Gibt es einen gesetzlichen Grund für die Festnahme? War das Festnahmemittel verhältnismäßig?]

Zweck der Festnahme nach § 127 I StPO darf nur die Zuführung zur Strafverfolgung sein.[71] Der Fluchtverdacht muss nach den erkennbaren Umständen gebildet werden.[72] A wurde auf frischer Tat betroffen und flüchtete. Welche Absichten E verfolgte als er auf den A schoss, ist jedoch unklar. Vorliegend ließ er A liegen, nachdem er seine Statue wiederhatte. Um eine Festnahme jedoch ging es ihm nicht. Auch darf die geschaffene Gefahr für den Flüchtenden nicht im deutlichen Missverhältnis zum Festnahmezweck stehen.[73] Gezielter Schusswaffeneinsatz steht aber im krassen Missverhältnis zum Ziel einer Überführung an die Polizei.[74] Schusswaffengebrauch ist nichtstaatlichen Organen zum Zwecke der Festnahme wegen der typischen Gefährlichkeit nur in Form von Warnschüssen gestattet.[75] Weder die objektiven noch die subjektiven Voraussetzungen des § 127 I StPO[76] liegen vor. Ein Festnahmerecht aus § 127 I StPO scheidet mithin aus.

[Fn. 76 passt nicht: Der BGH hat sich in der zitierten Entscheidung nicht mit dem vorliegenden Fall beschäftigt.]

b) § 32

E könnte durch Notwehr gerechtfertigt sein.

aa) Notwehrlage

Zunächst müsste eine Notwehrlage vorgelegen haben.

[Auch hier muss die Prüfung mit einem ordentlichen Obersatz beginnen: Wer könnte hier wen angegriffen haben? Es muss auch deutlich werden, dass das Opfer dieser Tat der Angreifer ist.]

Dazu müsste ein Angriff vorgelegen haben. Angriff ist jede durch menschliches Verhalten drohende Verletzung rechtlich geschützter, notwehrfähiger Güter oder Interessen.[77] A hatte die Statue des E an sich genommen und dessen Eigentum gefährdet. Ein Angriff lag mithin vor. Der Angriff müsste gegenwärtig gewesen sein. Gegenwärtig ist ein Angriff, wenn er unmittelbar bevorsteht oder noch andauert.[78] Nicht mehr gegenwärtig ist er, wenn die angegriffenen Sach- oder Vermögenswerte gesichert worden sind.[79] Umfasst ist auch die Flucht des Diebes mit der Beute[80] solange die Verfolgung anhält.[81] Vorliegend flüchtete A gerade mit der Statue des E, der Angriff dauerte noch an. Mithin war der Angriff noch gegenwärtig. Der Angriff müsste auch rechtswidrig gewesen sein. Das ist der Fall, wenn er dem Recht objektiv zuwiderläuft.[82] Der Angriff des A lief sowohl dem Zivilrecht als auch dem Strafrecht zuwider (s. o.) und war mithin rechtswidrig. Eine Notwehrlage lag somit vor.

bb) Notwehrhandlung

Die Notwehrhandlung muss erforderlich gewesen sein.

[Vor der Erforderlichkeit muss man überprüfen, ob der Täter in ein Rechtsgut des Angreifers eingegriffen hat, denn nur das darf er im Rahmen der Notwehr.]

Erforderlich ist eine Handlung, wenn sie zur Abwehr des Angriffs geeignet ist und das mildeste zur Verfügung stehende Mittel ist.[83] Mildere Mittel sind nicht zu berücksichtigen, wenn sie weniger effektiv sind.[84] Die Erforderlichkeit ist *ex ante* objektiv von dem Standpunkt eines Durchschnittsbeobachters in der Lage des Angegriffenen zu bewerten.[85] Bei Schusswaffen ist wegen der typischen Gefährlichkeit strenger zu prüfen.[86] Zum Zeitpunkt des Schusses hatte E lediglich die Möglichkeit, weitere Warnschüsse abzugeben oder hinterherzulaufen. Warnschüsse hatten sich zuvor als wirkungslos erwiesen und ein Hinterhereilen hielt E nicht für möglich und wäre zumindest höchst unsicher gewesen. Ein milderes, gleich effektives Mittel existierte nicht. Geeignet ist ein Mittel, wenn es grundsätzlich in der Lage ist, den Angriff ganz zu beenden oder teilweise zu behindern.[87] Die Schüsse waren in der Lage die Flucht mit der Beute und damit den Angriff zu beenden und waren somit geeignetes Mittel. Mithin war die Notwehrhandlung erforderlich.

cc) Verteidigungswille

Umstritten ist, ob der Notwehrberechtigte auch ein subjektives Rechtfertigungselement erfüllen muss. Dies wird überwiegend angenommen,[88] vor allem da sonst lediglich der Erfolgs-, nicht aber der Handlungsunwert kompensiert werden kann.[89] Strittig sind jedoch dessen Voraussetzungen. Nach einer Ansicht muss die Verteidigung Hauptmotiv der Notwehrhandlung sein,[90] neuerdings soll es weniger streng ausreichen, dass dieses Motiv nicht von anderen Motiven wie Rache völlig verdrängt wird.[91] Nach einer zweiten Meinung genügt die Kenntnis der Notwehrsituation.[92] Nach einer dritten Meinung genügt auch das Für-Möglich-Halten, wenn der Täter darauf vertraut.[93] Die Motivationslage des E ist vorliegend unklar. E wusste zum Zeitpunkt des Schusses nicht, dass A

71 *Wolfgang Joecks,* Studienkommentar StPO, 2. Aufl. 2008, § 127 Rn. 6.

72 *Joecks* (Fn. 71), § 127 Rn. 7.

73 BGH NStZ-RR 1998, 50.

74 BGHR StGB § 32 I.

75 *Joecks* (Fn. 71), § 127 Rn. 10.

76 BGH NJW 1981, 745.

77 *Wessels/Beulke* (Fn. 18), § 8 Rn. 325.

78 BGH NJW 1973, 255.

79 *Volker Erb* in: MüKo StGB (Fn. 40), § 32 Rn. 106.

80 *Joecks* (Fn. 2), § 32 Rn. 8.

81 RGSt 55, 82.

82 *Wessels/Beulke* (Fn. 18), § 8 Rn. 331.

83 *Joecks* (Fn. 2), § 32 Rn. 11.

84 BGHSt 3, 217.

85 *Joecks* (Fn. 2), § 32 Rn. 15.

86 *Wessels/Beulke* (Fn. 18), § 8 Rn. 335.

87 *Wessels/Beulke* (Fn. 18), § 8 Rn. 335.

88 *Joecks* (Fn. 2), vor § 32 Rn. 10; *Erb* in: MüKo StGB (Fn. 40), § 32 Rn. 213.

89 *Wessels/Beulke* (Fn. 18), § 8 Rn. 277.

90 BGHSt 2, 114.

91 NStZ 1996, 29.

92 *Claus Roxin,* Strafrecht Allgmeiner Teil, Band 1: Grundlagen: der Aufbau der Verbrechenslehre, 4. Aufl. 2006, § 14 Rn. 94.

93 *Joecks* (Fn. 2), § 32 Rn. 17.

die Statue genommen hatte, hat aber sicherlich die Sporttasche des A bemerkt und konnte annehmen, dass sich darin Beute irgendeiner Art befand.

[Hier wird vom Bearbeiter ein Problem konstruiert, das es nicht gab, denn der Sachverhalt ist deutlich: E will den Einbrecher stellen. Es geht ihm hier allein also um die Verteidigung seiner Rechtsgüter. Die folgende Diskussion ist daher überflüssig.]

Dass dies seine Motivation für den Schuss war, muss angenommen werden. Fraglich ist, ob dies nach den genannten Meinungen ausreichend ist. Gegen die erste Ansicht, die eine durch die Verteidigung motivierte Handlung verlangt, spricht, dass andere Rechtfertigungsgründe dies nicht verlangen und der Wortlaut des § 32 dieses Erfordernis nicht nennt.[94] Bloße Kenntnis der Situation nach der zweiten Meinung ist mithin ausreichend, fraglich ist ob positive Kenntnis auch notwendig ist. Wäre objektiv Notwehrberechtigten immer die Notwehr versagt, wenn sie sich nicht vollkommen sicher über die Notwehrlage sind, führte dies zu unbefriedigenden Ergebnissen bei deren Strafbarkeit. Zudem können in typischen, spontanen und überraschenden Notwehrhandlungen selten vollkommen sichere Aussagen von den Beteiligten über die Situation getroffen werden. Eine detaillierte Kenntnis der Umstände wird denn auch selten verlangt.[95] Mithin genügt auch ein Für-Möglich-Halten der Notwehrsituation. E hielt eine Notwehrsituation für möglich. E hatte somit Verteidigungswillen.

dd) Einschränkungen des Notwehrrechts

Zwar findet keine Verhältnismäßigkeitsprüfung statt, nach h. M. ist aber kein Notwehrrecht gegeben, wenn ein krasses Missverhältnis zwischen den jeweils verletzten Rechtsgütern besteht.[96] Dies ist vor allem der Fall, wenn das verteidigte Rechtsgut nur geringfügig beeinträchtigt ist und eine Lebensgefahr bewirkt wird.[97] Bei höherwertigen Sachen ergeben sich besondere Einschränkungen durch Rücksichtnahmepflichten[98] nur bei Tötungen.[99] Das Eigentum und der Besitz an der wertvollen Statue stehen mithin nicht im krassen Missverhältnis zur Gesundheitsschädigung des A. Das Notwehrrecht des E ist insofern nicht eingeschränkt.

ee) Ergebnis § 32

Eine Notwehrlage und eine erforderliche Notwehrhandlung, getragen vom Verteidigungswillen, liegen vor. Die Voraussetzungen für § 32 sind gegeben.

c) Ergebnis Rechtswidrigkeit

E war durch Notwehr gerechtfertigt und handelte nicht rechtswidrig.

94 *Joecks* (Fn. 2), § 32 Rn. 17.

95 *Erb* in: MüKo StGB (Fn. 40), § 32 Rn. 216.

96 *Joecks* (Fn. 2), § 32 Rn. 30.

97 *Tanja Stiller,* Grenzen des Notwehrrechts bei der Verteidigung von Sachwerten, 1999, S. 144.

98 *Stiller* (Fn. 97), S. 164.

99 *Stiller* (Fn. 97), S. 207.

3. Ergebnis

E hat sich nicht wegen gefährlicher Körperverletzung nach §§ 223, 224 I Nr. 2 Alt 1, 5 strafbar gemacht haben, indem er auf A schoss.

III. § 212, 13, 22, 23 I

E könnte sich wegen versuchten Totschlags nach §§ 212 I, 22, 23 I durch Unterlassen strafbar gemacht haben, indem er dem A keine Hilfe zukommen ließ.

A ist nicht tot, die Tat ist nicht vollendet. Der Versuch des Totschlags ist nach §§ 212 I, 12 I, 23 I strafbar.

1. Tatbestand

Der Tatbestand müsste erfüllt sein.

a) Tatentschluss

E müsste Tatentschluss gehabt haben.

aa) Taterfolg

E müsste zumindest *dolus eventualis* bezüglich des Todes des A gehabt haben. Der BGH verlangt bei Tötungen durch Unterlassen höhere Anforderungen beim bedingten Vorsatz, da die hohe Hemmschwelle, die vor der aktiven Tötung eines Menschen steht, nicht vergleichbar hoch gegeben ist.[100] Vorliegend hat E die Möglichkeit des Todes gesehen, ernst genommen, gebilligt und sich dem gegenüber gleichgültig gezeigt. Er hat auch nicht auf ein Ausbleiben des Todes gehofft. Die besondere Gleichgültigkeit gegenüber dem Leben des A hält auch der strengeren Prüfung des BGH stand. Mithin hatte E Vorsatz in Form des *dolus eventualis*.

bb) Fähigkeit zur Erfolgsabwendung

Wegen Unterlassen kann nur bestraft werden, wer zur generellen Schadensabwendung, nicht nur in einer konkreten Gestalt,[101] auch fähig war.[102] Die Rettungsmöglichkeit muss ihm dabei lediglich bewusst sein.[103] E wusste, dass er problemlos einen Krankenwagen hätte rufen könne. Mithin hatte er auch Vorsatz hinsichtlich seiner Fähigkeit zur Erfolgsabwendung.

cc) Hypothetische Kausalität

E müsste Vorsatz bezüglich der hypothetischen Kausalität des Unterlassens für den Erfolg gehabt haben. Kausal beim Unterlassensdelikt ist jede Handlung, die nicht hinzugedacht werden kann, ohne dass der Erfolg mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit in seiner konkreten Gestalt entfiele.[104] Nach einer zweiten Meinung genügt auch eine Erhöhung der Rettungschancen für das bedrohte Rechtsgut.[105] E wusste, dass eine ärztliche Behandlung den A sicher gerettet hätte. Ein Streitentscheid

100 BGH NStZ 1992, 125.

101 *Rudolf Wassermann,* Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 1, 1990, vor § 13 Rn. 194. *[Diese Quelle ist zu alt für einen Kommentar.]*

102 *Wessels/Beulke* (Fn. 18), § 16 Rn. 708.

103 *Wassermann* (Fn. 101), § 13 Rn. 76

104 *Wessels/Beulke* (Fn. 18), § 16 Rn. 711.

105 *Joecks* (Fn. 2), § 13 Rn. 16.

ist somit entbehrlich. Mithin hatte E Vorsatz bezüglich der hypothetischen Kausalität.

dd) Unterlassen

E hat auch bewusst jede Hilfeleistung unterlassen.

ee) Zumutbarkeit normgemäßen Verhaltens

E wusste auch, dass Rettungsmaßnahmen wie ein Anruf beim Notruf zumutbar gewesen wären.

ff) Garantenstellung

E müsste auch Vorsatz bezüglich der tatsächlichen Grundlagen[106] seiner Garantenstellung gehabt haben. Fraglich ist zunächst, woraus sich eine Garantenstellung ergeben könnte. Eine Garantenpflicht kann sich nach h. M. aus Ingerenz ergeben.[107] Garant ist danach jedenfalls, wer durch vorwerfbares pflichtwidriges Tun die Gefahr eines Schadens für Rechtsgüter Dritter geschaffen hat.[108] Fraglich ist, inwiefern sich eine Pflicht auch aus rechtmäßigem, weil durch Notwehr gerechtfertigtem Verhalten ergeben kann. Dies ist umstritten. Eine Meinung, vor allem die ältere Rechtsprechung,[109] *[Beliebter Fehler: Es wird auf die ältere Rechtsprechung verwiesen, die Fußnote enthält aber eine Literaturquelle.]* setzt lediglich eine Verursachung irgendeiner nahen, adäquaten[110] Gefahr voraus, gleichgültig, ob diese rechtmäßig war.[111] Vielfach wird jedoch ein pflichtwidriges Vorverhalten verlangt[112] oder bei Notwehr generell Ingerenz verneint.[113] Das Vorverhalten des E war durch Notwehr gerechtfertigt, nur nach der ersten Meinung entstand eine Garantenstellung. Gegen die erste Meinung spricht, dass bloße Kausalität das Strafmaß von § 212 statt dem von § 323 c anwendbar machen würde. Zudem ist bei Notwehr dem Opfer sein eigenes pflichtwidriges Vorverhalten vorzuwerfen.[114] Gegen die zweite Meinung spricht, dass allgemeine Solidarpflichten, die ihren Ausdruck in den Garantenpflichten finden,[115] nicht durch juristische Bewertungen des Vorverhaltens eingeschränkt werden sollten, schließlich schränkt auch § 323 c hier nicht ein. Auch kann die ledigliche Nichtbestrafung der Vortat nicht von der Sorgfaltspflicht befreien, die Folgen der Tat gering zu halten. Teilweise wird auch vertreten, dass zumindest dann Notwehrverhalten Ingerenz begründen kann, wenn ein höheres Risiko als beim unumgänglichen alltäglichen Verhalten gesetzt wurde.[116] Der Solidargedanke überzeugt, der ersten Meinung ist zu folgen, eine Garantenpflicht aus Ingerenz bestand. E war sich der tatsächlichen Grundlage der Garantenstellung auch bewusst. Mithin hatte E diesbezüglich Vorsatz.

[Hier kann man natürlich auch mit ziemlich guten Argumenten die Gegenmeinung vertreten, da der Solidargedanke auch in § 323 c zum Ausdruck kommt. Zudem würde das Nothilferecht – auch Ausdruck des Solidargedankens – entwertet, wenn der Verteidiger von vornherein damit rechnen müsste, nach einer erfolgreichen Abwehr des Angriffs für das Wohl des Angreifers verantwortlich zu sein und strafbewehrte Garantenpflicht auferlegt zu bekommen.]

gg) Ergebnis Tatentschluss

E hatte somit Tatentschluss.

b) Unmittelbares Ansetzen

E müsste auch unmittelbar angesetzt haben. Wann dies beim unechten Unterlassungsdelikt der Fall ist, ist umstritten. Vertreten wird das Verstreichenlassen der ersten[117] und der letzten[118] möglichen Rettungshandlung. Überwiegend wird aber dann ein Ansetzen bejaht, wenn eine unmittelbare Gefahr für das Opfer entsteht oder der Täter den Kausalverlauf aus der Hand gibt.[119] Der differenzierte Ansatz überzeugt, der pauschale Ansatz der ersten Handlung setzt zu früh an und ist zu streng, die erste mögliche Rettungshandlung ist für die Verhinderung des Erfolgs oft noch nicht erforderlich.[120] Der Ansatz der letzten möglichen Handlung ist unsinnig, wenn ein Dritter den Erfolg verhindert, da dann nie unmittelbar angesetzt werden könnte.

[Das Problem mit der letzten Rettungshandlung liegt in der Abgrenzung von Versuch und Vollendung, da es dann nur einen untauglichen Versuch geben kann. Bei einem tauglichen Versuch wird die Tat vollendet, wenn die letzte Rettungsmöglichkeit nicht genutzt wurde.]

Das unmittelbare Ansetzen ist Ausdruck des Handlungsunrechts der Tat,[121] dem wird allein der differenzierte Ansatz gerecht. Der dritten Ansicht ist zu folgen. Die unmittelbare Gefahr war sofort nach dem Schuss gegeben und E gab auch den Kausalverlauf aus der Hand, als er den A verließ. Mithin hat E unmittelbar angesetzt.

c) Gleichstellung

Bei reinen Erfolgsdelikten ergibt sich keine besondere Entsprechungsproblematik über die Garantenstellung hinaus,[122] nach einer Ansicht entfällt die Prüfung ganz.[123] Das Unterlassen des E entspricht in seinem sozialen Sinngehalt und seinen Handlungsmodalitäten[124] beim Totschlag einem Tun nach § 13 I.

[Dass das Unterlassen der Verwirklichung des Tatbestandes entspricht, ist ein Tatbestandsmerkmal des unechten Unterlassungsdelikts und hätte hier also beim Tatentschluss geprüft werden sollen.]

106 *Wassermann* (Fn. 101), § 13 Rn. 75.
107 *Sowada,* Jura 2003, 236.
108 BGHSt 38, 358.
109 *Christoph Schulte,* Garantenstellung und Solidarpflicht, 2001, S. 162.
110 *Theodor Lenckner/Jörg Eisele* in: Schönke/Schröder (Fn. 67), § 13 Rn. 32.
111 BGHSt 7, 287.
112 *Schröder,* JA 2001, 191.
113 *Lenckner/Eisele* in: Schönke/Schröder (Fn. 67), § 13 Rn. 37.
114 *Wassermann* (Fn. 101), § 13 Rn. 114, 118.
115 *Schulte* (Fn. 109), S. 27.
116 *Wassermann* (Fn. 101), § 13 Rn. 117.
117 *Wessels/Beulke* (Fn. 18), § 16 Rn. 741.
118 *Joecks* (Fn. 2), § 13 Rn. 70.
119 *Roxin* (Fn. 51), § 29 Rn. 271 ff.
120 *Wassermann* (Fn. 101), § 13 Rn. 83.
121 *Momsen,* S. 62.
122 *Wassermann* (Fn. 101), § 13 Rn. 68.
123 *Lenckner/Eisele* in: Schönke/Schröder (Fn. 67), § 13 Rn. 4.
124 AaO.

d) Ergebnis Tatbestand

Der Tatbestand ist erfüllt.

2. Rechtswidrigkeit

E könnte durch Notwehr nach § 32 gerechtfertigt sein. Dies setzt zunächst einen gegenwärtigen Angriff voraus. Zum fraglichen Zeitpunkt war der Angriff des A abgeschlossen, das Eigentum des E war nicht mehr in Gefahr. Notwehr scheidet somit aus. Wegen der Spezialität der Notwehr ist § 34 verdrängt.[125]

[§ 34 ist hier nicht „verdrängt", sondern nicht erfüllt, weil E sich nicht in einer Notstandssituation befindet: Von A geht keine Gefahr aus.]

E handelte rechtswidrig.

3. Schuld

E könnte nach § 33 durch extensiven Notwehrexzess entschuldigt sein.

[Diese Annahme liegt hier schon deshalb fern, weil es im Sachverhalt keinerlei Hinweise auf Furcht, Verwirrung oder Schrecken des E gibt.]

Diese Rechtsfigur ist umstritten. Der nachzeitige Notwehrexzess gegen eine nicht mehr gegenwärtige Gefahr wird teilweise vertreten,[126] teilweise als nicht von § 33 und der Notwehrlage umfasst abgelehnt.[127] Dafür spricht, dass ohne Notwehrlage auch keine Notwehrmöglichkeit besteht, dessen Grenzen überschritten werden könnten.[128] In jedem Fall aber muss der Täter aus Furcht, Verwirrung oder Schrecken handeln, er muss der Situation aus einem Gefühl der Bedrohung psychisch nicht gewachsen sein.[129] Dies ist nicht der Fall. Ein Streitentscheid ist somit entbehrlich. § 33 scheidet aus.

E sah sich zudem nicht zum Handeln verpflichtet.

[Mit anderen Worten: er könnte sich über seine Garantenstellung geirrt haben. Das wäre dann aber ein Tatbestandsirrtum nach § 16 und kein Verbotsirrtum nach § 17.]

Ein Verbotsirrtum nach § 17 könnte gegeben sein, wenn dieser Irrtum unvermeidbar war. Vermeidbar war er, wenn E die faktische Möglichkeit zum Erkennen des Irrtums gehabt hätte, erweitert durch die normative Zumutbarkeit des Erkennens bei Indifferenz des Täters.[130] Die Rechtsprechung verlangt hier eine Gewissensanspannung[131] nach den Umständen des Falles und dem individuellen Lebenskreis[132] und den Einsatz der geistigen Erkenntniskräfte,[133] soweit ein Anlass zur Gewissensprüfung bestand.[134] Die Fähigkeit zur Erkenntnis wird wegen dem sittlichen, freiverantwortlichen Wesen des Menschen im Regelfall angenommen.[135] E hätte bei Gewissensanspannung unschwer eine Garantenpflicht erkennen können. E befand sich mithin in einem unschädlichen, weil vermeidbaren, Gebotsirrtum entsprechend dem Verbotsirrtum nach § 17.[136] E handelte auch schuldhaft.

4. Rücktritt

E ist auch nicht zurückgetreten.

[Rücktritt muss nur angesprochen werden, wenn es dafür Anhaltspunkte gibt.]

5. Ergebnis

E hat sich wegen versuchten Totschlags nach §§ 212 I, 22, 23 I durch Unterlassen strafbar gemacht, indem er dem A keine Hilfe zukommen ließ.

[Wer zu diesem Ergebnis kommt, muss konsequenterweise auch noch § 221 prüfen. Bei der Aussetzung stellten sich dann folgende Fragen: War A überhaupt hilflos? Er konnte schließlich noch selbst einen Krankenwagen rufen. Hat E A in eine hilflose Lage versetzt, indem er wegging? Er hat damit weder die Hilfsbedürftigkeit des A erhöht, noch die Hilfsmöglichkeiten verringert.]

IV. § 323 c

§ 323 c tritt als subsidiäres Delikt zurück.

[Gesamteinschätzung: In dieser Arbeit werden fast alle Probleme bearbeitet, die sich aus dem Fall ergeben. Es werden allerdings auch noch einige wenige Probleme bearbeitet, für die es im Sachverhalt keine Anhaltspunkte gibt. Der Bezug zum Fall wird in den Obersätzen nicht immer hergestellt. Die Quellenarbeit ist deutlich verbesserungsbedürftig. In der abgegebenen Version war darüber hinaus das Literaturverzeichnis nicht vollständig.]

125 *Joachim Renzikowski,* Notstand und Notwehr, 1994, S. 19 f., 27.

126 *Joecks* (Fn. 2), § 33 Rn. 3.

127 RGSt 61, 216.

128 *Erb* in: MüKo StGB (Fn. 40), § 33 Rn. 14.

129 *Erb* in: MüKo StGB (Fn. 40), § 33 Rn. 19.

130 *Wassermann* (Fn. 101), § 17 Rn. 53.

131 BGHSt 2, 194, 201.

132 *Christoph Roos,* Die Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums nach § 17 StGB im Spiegel der BGH-Rechtsprechung, 2000, S. 194.

133 *Wassermann* (Fn. 101), § 17 Rn. 55.

134 *Wassermann* (Fn. 101), § 17 Rn. 61.

135 *Roos* (Fn. 132), S. 195.

136 BGHSt GrS 16, 155.