

Fortgeschrittenenhausarbeit: Rocker knacken Schlösser und Knochen

Von Wiss. Mitarbeiter Dr. Sebastian Sobota, Mainz, Wiss. Hilfskraft Marcel Kahl, Heidelberg*

Der folgende Fall wurde im Sommersemester 2014 als Ferienhausarbeit zur Großen Übung im Strafrecht an der Johannes Gutenberg-Universität Mainz (Lehrstuhl für Strafrecht und Strafprozessrecht von Prof. Dr. Volker Erb) gestellt. Schwerpunkte sind Eigentums- und Vermögensdelikte sowie Probleme aus dem Allgemeinen Teil des StGB. Die Hausarbeit wurde von 181 Studenten bearbeitet, die im Durchschnitt 6,2 Punkte erzielten. Die Quote der nicht bestandenen Arbeiten betrug 15,5%; mit mindestens vollbefriedigend wurden 12% bewertet. Die hier vorgestellte Lösung orientiert sich an der Methodik, wie sie von Lagodny/Mansdörfer/Putzke (ZJS 2014, 157) vorgeschlagen wird.

Sachverhalt

Anton (A) ist leidenschaftlicher Motorradfahrer und auch sonst vom Lebensstil der Biker fasziniert. Deshalb schließt er sich dem Mainzer Motorradclub (MC) „Meenzer Street Devils“ an. Als sog. prospect muss er sich zuerst den Respekt der Vollmitglieder erarbeiten: Eine erste Gelegenheit bietet sich A, als ihn der Präsident (P) des lokalen chapters beauftragt, die Getränkeversorgung für einen Grillabend des MC sicherzustellen. A hat freilich wenig Geld, während Rocker regelmäßig großen Durst haben. Als er gerade über eine Eisenbahnbrücke läuft, kommt ihm eine Idee: Am Geländer der Brücke hängen tausende sog. „Liebesschlösser“. Das sind handelsübliche Sicherheitsschlösser, in die verliebte Paare ihre Initialen gravieren lassen. Als Symbol ewiger Liebe werden sie am Geländer angeschlossen; den Schlüssel werfen die Paare in den Rhein. Die Eigentümerin der Brücke (Deutsche Bahn AG) duldet diesen Brauch nicht zuletzt aus Imagegründen bereits seit Jahren und schreitet erst bei Gefahr ein. A kehrt später mit PKW und Bolzenschneider zurück zur Brücke, zertrennt die Bügel von 150 Schlössern und packt sie in den Kofferraum. Anschließend verkauft er sie – wie zuvor geplant – für € 200,- an einen Schrothändler (S), der ihm einige Tage zuvor berichtet hat, dass er solche Schlösser gelegentlich von der Deutschen Bahn selbst ankaufte.

Nachdem der Grillabend dank A ein „voller Erfolg“ geworden ist, ruft ihn P in sein Büro und eröffnet ihm, dass er auf dem besten Weg sei, sich sein patch zu verdienen. Eine Sache wäre da aber noch: P habe kürzlich erfahren, dass ein Ableger der berüchtigten „Red Runners“ im Begriff sei, in Mainz Fuß zu fassen. Er gehe daher davon aus, dass A den neuen Rivalen alsbald „mit Nachdruck“ deutlich macht, welcher MC in Mainz das Sagen hat. Dabei ist ihm jeder Ausgang recht. Weiter teilt P mit, dass sich Mitglieder der „Runners“ regelmäßig nahe einer im Wald gelegenen Gaststätte aufhalten. Am nächsten Abend fährt A „inkognito“ mit sei-

nem Auto dorthin. Vor der Türe stehen zwei Biker, Bruno (B) und Carlo (C), mit dem Rücken zu A und unterhalten sich bei einer Zigarette. Die Gelegenheit scheint A günstig, um an den beiden ein Exempel zu statuieren. Er gibt daher Vollgas und steuert mit einer Endgeschwindigkeit von ca. 50 km/h direkt auf die beiden zu. B, der die Gefahr gerade noch rechtzeitig bemerkt, hat Glück und kann im letzten Moment einen Schritt zur Seite machen. Das Auto fährt nur über seinen rechten Fuß und bricht ihm dabei mehrere Zehen. C dagegen wird frontal erfasst und kann sich nur noch auf die Motorhaube abstützen. Durch die Kollision mit dem PKW wird er einige Meter durch die Luft geschleudert und trägt beim anschließenden Aufprall auf den Boden eine Kopfplatzwunde und ein Schädel-Hirn-Trauma davon. Beim Anblick des humpelnd fliehenden B ist A zufrieden und verzichtet darauf, ihn noch einmal anzufahren. Da sich der Sturz von C außerhalb seines Sichtfeldes in der Dunkelheit abgespielt hat, steigt A nun aus dem Auto, um sein Werk zu begutachten. C liegt verletzt am Boden und fleht schluchzend, ihn zu verschonen. A rechnet in diesem Moment nicht mit einer lebensgefährlichen Verletzung. Weil er weiß, dass für eins der begehrten Rocker-Abzeichen bereits ein nicht-tödlicher Angriff auf feindliche Biker ausreicht, fährt er davon.

Als A ein paar Stunden später zu Hause sitzt, fällt ihm ein, dass es eine große Schmach für einen Biker ist, wenn er die Lederweste mit den Emblemen seines MC verliert. Er kehrt deshalb noch einmal zum Tatort zurück, wo der – tatsächlich lebensgefährlich verletzte – C noch immer am Boden liegt. Während A ihm die „Kutte“ abstreift, behält er sich vor, sie später feierlich zu verbrennen oder als Trophäe für seinen geglückten Überfall im Clubheim aufzuhängen. Gleichzeitig bemerkt A, dass C gar keine Gegenwehr leistet und sich inzwischen eine größere Blutlache um dessen Kopf gebildet hat. Weil ein echter Rocker keine Reue kennt, ruft A jedoch keine Hilfe, sondern fährt so schnell wie möglich ins Clubheim, um mit seinen Heldentaten zu prahlen. Er nimmt dabei in Kauf, dass C ums Leben kommt. Zufällig wird C jedoch wenig später von einem Spaziergänger entdeckt und dank einer Notoperation noch gerettet.

Aufgabe

Erstellen Sie ein Gutachten zur Strafbarkeit von Anton und dem Präsidenten.

Bearbeitervermerk

§§ 129, 142, 211, 221, 315b, 323c StGB sind nicht zu prüfen. Erforderliche Strafanträge sind gestellt.

* Der Verf. Dr. Sobota ist Wiss. Mitarbeiter am Lehrstuhl für Strafrecht und Strafprozessrecht von Prof. Dr. Volker Erb (Johannes Gutenberg-Universität Mainz), der Verf. Kahl ist Wiss. Hilfskraft am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht und Prozessrecht von Prof. Dr. Christoph A. Kern (Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg), LL.M. (Harvard).

Lösungshinweise**Tatkomplex 1 (Liebesschlösser)****Strafbarkeit des A****I. Strafbarkeit nach §§ 242 Abs. 1, 244 Abs. 1 Nr. 1 lit. a StGB durch Entfernen der Schlösser**

Zu prüfen ist, ob sich A wegen Diebstahls mit Waffen strafbar gemacht hat, indem er die Schlösser vom Geländer der Brücke entfernte.

1. Objektiver Tatbestand des § 242 Abs. 1 StGB

Zuerst stellt sich die Frage, ob das Grunddelikt nach § 242 Abs. 1 StGB erfüllt ist. Das ist im objektiven Tatbestand unter zwei Aspekten problematisch:

a) Fremdheit der Liebesschlösser

Die Schlösser müssen für A *fremde Sachen* sein. Allgemein geht man von einer fremden Sache aus, wenn sie (zumindest auch) im Eigentum eines anderen steht, wenn also kein Alleineigentum des Täters besteht und die Sache auch nicht herrenlos ist.¹ Insoweit sind die Regelungen des BGB zum Eigentum maßgeblich (sog. Zivilrechtsakzessorietät).² Ursprünglich waren die verschiedenen Liebespaaren Eigentümer der Schlösser. Sie könnten ihr Eigentum aber nach § 959 BGB aufgegeben haben, wodurch die Schlösser herrenlos geworden wären.³ Eine solche Dereliktion setzt voraus, dass der Eigentümer den Besitz an der Sache aufgibt und seinen Aufgabewillen äußert.⁴ Während die Besitzaufgabe, d.h. nach § 854 BGB die Aufgabe der tatsächlichen Gewalt über die Sache, wegen der ab dem Wegwerfen der Schlüssel fehlenden Einwirkungsmöglichkeit vorliegt, ist der Aufgabewillen näher zu untersuchen. Er muss nicht ausdrücklich geäußert werden, sondern stellt eine nicht empfangsbedürftige⁵ (!) Willenserklärung dar, die konkudent abgegeben werden kann.⁶ Bei ihrer Auslegung kommt es auf den tatsächlichen subjektiven Willen des Eigentümers an (und nicht etwa den objektiven Empfängerhorizont), weshalb in der zivilrechtlichen Literatur mit Blick auf die Eigentumsgarantie des Art. 14 GG gefordert wird, dass im Zweifel nicht von einer

Aufgabe des Eigentums ausgegangen werden darf.⁷ M.a.W. darf aus der bloßen Besitzaufgabe nicht auf den Dereliktionswillen geschlossen werden; vielmehr muss das zukünftige Schicksal der Sache dem Eigentümer völlig gleichgültig sein.⁸ Diejenigen, die „Liebesschlösser“ an das Brückengeländer anbringen, wollen diese aber gerade nicht dauerhaft loswerden, sondern sie wollen sie nur an diesem speziellen Ort deponieren.⁹ Aus diesem Grund sind die Liebespaare nicht mit der Aneignung durch andere Personen einverstanden. Im Ergebnis liegt somit keine Eigentumsaufgabe vor, sodass die Schlösser für A fremde Sachen sind.

Hinweis 1: Eine andere Subsumtion erscheint an dieser Stelle nicht vertretbar.

b) Wegnahme

Die Wegnahme der Schlösser setzt den Bruch fremden Gewahrsams voraus. Deshalb ist zu klären, wer Gewahrsam an ihnen ausübt oder ob sie nicht sogar gewahrsamslos sind. Unter Gewahrsam wird überwiegend die von einem Herrschaftswillen getragene tatsächliche Sachherrschaft verstanden, deren Reichweite unter Berücksichtigung der Verkehrsanschauung zu bestimmen ist.¹⁰ Zunächst kann man auf die Idee kommen, dass die Paare weiterhin die tatsächliche Sachherrschaft über die Schlösser ausüben, weil sie ursprünglich im Besitz der Schlüssel waren und somit ungehinderten Zugriff auf die Schlösser hatten. Allerdings werden die Schlüssel zur Bekräftigung des Rituals in den Fluss geworfen, wodurch die Zugriffsmöglichkeit entfällt.¹¹

Deshalb verbleibt nur noch der Brückeneigentümer als möglicher Gewahrsamsinhaber. Nach der Verkehrsanschauung liegt zumindest ein sog. gelockerter Gewahrsam vor, so lange der Gewahrsamsinhaber jederzeit ohne rechtliche oder tatsächliche Hindernisse Zugang zur Sache hat.¹² Als Eigentümerin der Brücke hat die DB grundsätzlich diese Möglichkeit. Eine gewisse räumliche Distanz zwischen Person und Sache ist dagegen unschädlich.¹³ Spätestens mit dem Wegwerfen der Schlüssel entsteht somit die tatsächliche Sachherrschaft der DB, die durch natürliche Personen als ihre gesetzlichen Vertreter ausgeübt wird.¹⁴

¹ Eser/Bosch, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 29. Aufl. 2014, § 242 StGB Rn. 12.

² Schmitz, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 4, 2. Aufl. 2012, § 242 StGB Rn. 33.

³ Ein möglicher Eigentumsübergang kraft Gesetzes nach §§ 946 ff. BGB würde dagegen nur zugunsten der DB in Betracht kommen und somit an der Fremdheit für A nichts ändern, weshalb er nicht näher zu erörtern ist.

⁴ Oechsler, in: Säcker/Rixecker (Hrsg.), Münchener Kommentar, Bürgerliches Gesetzbuch, Bd. 6, 6. Aufl. 2013, § 959 BGB Rn. 1.

⁵ Oechsler (Fn. 4), § 959 BGB Rn. 3.

⁶ Kindl, in: Bamberger/Roth (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar, Bürgerliches Gesetzbuch, Stand: 1.5.2014, § 959 BGB Rn. 2.

⁷ Fritzsche, MDR 1962, 714.

⁸ So das AG Köln, Urt. v. 10.8.2012 – 526 Ds 395/12 = BeckRS 2012, 20013 m. zust. Anm. Jahn, JuS 2013, 271 f. – im Originalfall erkannten sogar mehrere Personen ihre „Liebesschlösser“ auf Fotos wieder und verlangten sie heraus.

⁹ Fischer, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 62. Aufl. 2015, § 242 StGB Rn. 11; BGHSt 16, 271 (273).

¹⁰ Jahn, JuS 2013, 271 f. m.w.N.; außerdem hat der berechtigte Schlüsselinhaber nicht notwendigerweise Gewahrsam an beweglichen Gegenständen, vgl. BGHSt 22, 180 (182 f.).

¹¹ Wittig, in: von Heintschel-Heinegg (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar, Strafgesetzbuch, Stand: 10.11.2014, § 242 StGB Rn. 15 f.

¹² Mitsch, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2/1, 2. Aufl. 2005, S. 24.

¹³ Vgl. hierzu schon RGSt 60, 271.

Darüber hinaus müsste die Sachherrschaft von einem Herrschaftswillen getragen sein.¹⁵ An diesen sind allgemein keine allzu hohen Anforderungen zu stellen. Es genügt ein latenter, genereller und sogar nur antizipierter Wille, der ebenfalls mithilfe der Verkehrsanschauung bestimmt wird.¹⁶ Das AG Köln verlangt in einem gleich gelagerten Fall lediglich die Kenntnis vom tatsächlichen Herrschaftsverhältnis, nicht aber ständiges Bewusstsein.¹⁷ Dort nimmt es einen Herrschaftswillen an, weil angesichts mehrerer tausend „Liebesschlösser“ an der Brücke zumindest eine Duldung durch den Brückeneigentümer vorliege. Die jahrelange Duldung der am Brückengeländer angebrachten Schlösser begründe den Gewahrsam des jeweiligen Eigentümers. Auch *Jahn* folgt diesen Erwägungen und ergänzt sie um den Vergleich mit dem Gewahrsam einer Person an der Post in ihrem Briefkasten.¹⁸ Die Vergleichbarkeit mit einem Briefkasten erscheint im Hinblick auf dessen Zweck, der sich von dem eines Brückengeländers doch deutlich unterscheidet (Entgegennahme von Sendungen gegenüber Schutz beim Überqueren der Brücke), zweifelhaft. Passend erscheint dagegen der Vergleich mit dem Grundstücksinhaber, in dessen Garten jemand eine Sache geworfen hat. Er erlangt Gewahrsam erst dann, wenn er von ihr erfährt und sie nicht zu entfernen (und damit zu beherrschen) beschließt.¹⁹ Nach diesen Maßstäben kann die jahrelange Duldung dieses „aufgedrängten“ Gewahrsams unter Berücksichtigung der Verkehrsanschauung nur so interpretiert werden, dass ein zumindest schwach ausgeprägter Herrschaftswille vorliegt.

Aus der bloßen (z.T. zeitlich begrenzten) Duldung der Schlösser folgt jedoch nicht zwangsläufig, dass der DB das Entfernen der Schlösser nicht *gleichgültig* oder sogar erwünscht ist.²⁰ In Betracht kommt also ein sog. tatbestandsausschließendes Einverständnis, das einem Gewahrsamsbruch entgegenstehen würde. Ob ein solches Einverständnis vorliegt, bestimmt sich nicht nach einer äußeren Kundgabe, sondern allein nach dem inneren Willen des Gewahrsamsinhabers.²¹ Die DB selbst schreitet nur ausnahmsweise bei Gefahr ein,²² während die üblichen kleinen Schlösser trotz ihres insgesamt beachtlichen Gewichts (z.B. in Köln angeblich ca. 15 Tonnen!)²³ geduldet werden. Mangels näherer

¹⁵ A.A. Schmitz (Fn. 2), § 242 StGB Rn. 66.

¹⁶ Eser/Bosch (Fn. 1), § 242 StGB Rn. 30 m.w.N.

¹⁷ S.o. Fn. 9.

¹⁸ Jahn, JuS 2013, 271 (272).

¹⁹ Eser/Bosch (Fn. 1), § 242 StGB Rn. 30; Mitsch (Fn. 13), S. 25.

²⁰ So auch Jahn, JuS 2013, 271 (272).

²¹ Rengier, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 6. Aufl. 2014, § 23 Rn. 46; BayObLG NJW 1979, 729.

²² Z.B. bei einem 400 kg schweren „Herzschloss“, siehe

<http://www.rundschau-online.de/koeln/400-kilo-schwerer-koloss-kein-happy-end-fuers-liebesschloss,15185496,23563174.html> (20.3.2015).

²³ Im Internet abrufbar unter

<http://www.faz.net/aktuell/wirtschaft/menschen-wirtschaft/bruecken-und-gelaender-woher-kommen-eigentlich-die-ganzen-liebesschloesser-12596147.html> (20.3.2015).

Informationen zu ihrem inneren Willen ist zu diskutieren, ob die DB bei lebensnaher Betrachtung etwas dagegen hat, wenn Dritte die Schlösser entfernen.

Wenn die DB bei einem bestimmten kritischen Gewicht selbst einschreitet, könnte man meinen, dass sie auch nichts einzuwenden hat, wenn Dritte vorher ein paar hundert Schlösser entfernen. Sie spart sich auf diese Weise sogar (finanziellen) Aufwand. *Jahn* führt die Gefahr einer möglichen Korrosion (Rost) an, die zu beseitigen im Interesse der DB sein könnte.²⁴ Auf der anderen Seite macht es wohl doch einen Unterschied, ob die DB selbst im Interesse der Sicherheit Schlösser entfernt oder ob Metallverwerter die Brücken „plündern“. Der DB könnte etwa daran gelegen sein, dass die Entfernung sachgemäß ausgeführt wird – im Originalfall durchtrennte der Dieb z.B. einfach die dünneren Zaunstreben statt der dicken Bügel. Die sachgemäße Entfernung kann die DB in Abwesenheit allerdings nicht sicherstellen, weshalb ihr im Zweifel jede nicht beauftragte Entfernung durch einen Dritten unrecht sein wird. Entscheidend dürfte der Umstand sein, dass eine Erlaubnis für jedermann nach außen hin wenig vorteilhaft wäre, denn die DB schafft mit der jahrelangen Duldung dieses Brauchs ein gewisses Vertrauen der Eigentümer. Wenn sie dieses nun enttäuscht, kann sich das negativ auf das Image des Konzerns auswirken (siehe Sachverhalt) – was wohl auch tatsächlich das Motiv für die Duldung ist. Immerhin disponiert die DB in diesem Fall über den Schutz nach § 242 StGB – andererseits bleiben den Eigentümern immer noch § 303 StGB (siehe dazu sogleich) und Rechtsschutz durch das Zivilrecht. Mit Blick auf die für ein Unternehmen besonders wichtige Außenwirkung ist im Ergebnis nicht von einem Einverständnis auszugehen. A hat die Schlösser weggenommen.

Hinweis 2: Hier darf ein Einverständnis – wenn überhaupt – nur mit eingehender Begründung bejaht werden. In diesem Fall wäre die Diebstahlsprüfung an dieser Stelle beendet. Das AG Köln hat das Einverständnis im Originalfall wohl stillschweigend (!) ausgeschlossen.

2. Subjektiver Tatbestand des § 242 Abs. 1 StGB

In subjektiver Hinsicht ist zu prüfen, ob A vorsätzlich, d.h. mit dem Willen zur Tatbestandsverwirklichung in Kenntnis all seiner objektiven Tatumstände,²⁵ gehandelt hat. Nähere Angaben zur subjektiven Tatseite enthält der Sachverhalt nicht. Die irrite Annahme einer Dereliktion durch die Eigentümer könnte zwar einen beachtlichen Tatbestandsirrtum darstellen,²⁶ allerdings fehlt im Sachverhalt jeder Hinweis darauf, dass A überhaupt einer solchen Fehlvorstellung erlegen ist. Soweit ihm S davon berichtet hat, dass die DB gelegentlich selbst Schlösser entfernt und an S verkauft, käme allenfalls die (nach § 16 Abs. 1 S. 1 StGB vorsatzausschließende) irrite Annahme eines sog. negativen Tatbestands-

²⁴ Jahn, JuS 2013, 271 (272).

²⁵ Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 44. Aufl. 2015, Rn. 203.

²⁶ Bezuglich des normativen Tatbestandsmerkmals der Fremdheit OLG Celle NdsRpfl 1985, 148 (149).

merkmals, nämlich des tatbestandsausschließenden Einverständnisses, in Betracht. Aus der Mitteilung des S kann A jedoch nicht schließen, dass auch ihm selbst das Entfernen der Schlösser erlaubt ist. Hierzu wäre es schon erforderlich, dass A selbst bei der DB nachfragt. Das hat er aber gar nicht erst getan, weshalb es naheliegend erscheint, dass er den Bruch fremden Gewahrsams zumindest für möglich gehalten und auch in Kauf genommen hat. Mit dem Plan, die Schlösser anschließend an S zu verkaufen, erfüllt A zudem die Voraussetzungen der Zueignungsabsicht. Damit ist der Grundtatbestand erfüllt.

Hinweis 3: Vorliegend wird ein integrierter Aufbau für Qualifikationen gewählt, nach dem zunächst objektiver und subjektiver Tatbestand des Grunddelikts und *anschließend* objektiver und subjektiver Tatbestand der Qualifikation geprüft werden. Ebenso vertretbar ist eine komplett getrennte Prüfung, die aber Platz kostet. Üblich ist es auch, die Prüfung jeweils im objektiven und subjektiven Tatbestand zwischen Grunddelikt und Qualifikation zu unterscheiden. Dagegen spricht u.E. jedoch, dass in diesem Fall Teile der Qualifikation geprüft werden, obwohl noch nicht feststeht, dass der Grundtatbestand überhaupt erfüllt ist.

3. Objektiver Tatbestand des § 244 Abs. 1 Nr. 1 lit. a StGB

Im Rahmen der Qualifikation des § 244 Abs. 1 Nr. 1 lit. a StGB stellt sich die Frage, ob A mit dem Bolzenschneider ein „anderes gefährliches Werkzeug“ bei der Tat bei sich geführt hat. Aufgrund der gesetzgeberischen Fehlleistung, zur Auslegung des beim Diebstahl vom Täter lediglich *bei sich geführten* Werkzeugs auf die Auslegung des beim § 224 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2 StGB *konkret verwendeten* gefährlichen Werkzeugs zu verweisen,²⁷ ist stark umstritten, wann ein mitgeführtes Werkzeug gefährlich ist.²⁸ Der BGH hat vor der Frage kapituliert und einer kasuistischen Betrachtung den Vorzug vor einer allgemeinen Bestimmung gegeben.²⁹ Er tendiert einerseits dazu, nicht bereits jede potentielle Einsatzfähigkeit ausreichen zu lassen. Andererseits hat er in der genannten Entscheidung ein klappbares Taschenmesser „mit einer längeren Klinge“ (?) wegen seiner „latenten Gefahr“ (und trotz seiner Alltäglichkeit!) als gefährliches Werkzeug bewertet. In der Literatur streiten – grob zusammengefasst – Ansätze, die sich mit der objektiven Eignung zu erheblichen Verletzungen begnügen, mit Ansätzen, die zusätzlich eine subjektive Verwendungsabsicht verlangen.³⁰

²⁷ BT-Drs. 13/9064, S. 18.

²⁸ Eine Aufbereitung der Argumente aller Ansichten bei Hillenkamp, 40 Probleme aus dem Strafrecht, Besonderer Teil, 12. Aufl. 2013, 26. Problem S. 135 ff.

²⁹ BGH NJW 2008, 2861 m. zust. Anm. Mitsch.

³⁰ Überblick etwa bei Eser/Bosch (Fn. 1), § 244 StGB Rn. 5 ff., die sich für eine objektiv-konkrete Bestimmung aussprechen (Rn. 5a).

A hatte keinen Verwendungsvorbehalt, weshalb bei einer subjektiven Bestimmung³¹ die Gefährlichkeit verneint werden muss. Nur auf der Grundlage einer sehr weitgehenden objektiven Betrachtung (abstrakte Eignung zum Waffenersatz ohne jede Einschränkung) kann man überhaupt zur Gefährlichkeit des Werkzeugs gelangen.³² Allerdings ist zu berücksichtigen, dass es sich beim Bolzenschneider um ein typisches Diebstahlwerkzeug speziell zum Entwenden der Beute handelt. Für diese Fälle nimmt die ganz h.M. eine teleologische Reduktion des § 244 Abs. 1 Nr. 1 lit. a StGB vor, weil andernfalls eine uferlose Ausdehnung der Qualifikation die Folge wäre, die ersichtlich weder kriminalpolitisch sinnvoll ist, noch vom Gesetzgeber gewollt war.³³ Demnach hat A kein gefährliches Werkzeug bei sich geführt.

Hinweis 4: Die Gegenansicht ist mit entsprechender Begründung vertretbar. In diesem Fall wäre mit der Prüfung des subjektiven Tatbestands der Qualifikation fortzufahren. Das AG Köln hat sich in der genannten Entscheidung gar nicht erst mit § 244 StGB befasst.

4. Ergebnis

A hat sich nicht wegen Diebstahls mit Waffen strafbar gemacht.

II. Strafbarkeit nach § 242 Abs. 1 StGB durch Entfernen der Schlösser

A könnte sich wegen Diebstahls strafbar gemacht haben, indem er die Schlösser entfernte.

1. Tatbestand

Wie bereits unter I. 1. u. 2. geprüft, hat A den Tatbestand des § 242 Abs. 1 StGB erfüllt.

2. Rechtfertigung: Mutmaßliche Einwilligung?

Nach h.M. besteht beim Diebstahl die Möglichkeit, durch eine mutmaßliche Einwilligung gerechtfertigt zu werden.³⁴ Der Rückgriff auf hypothetische Überlegungen ist aber subsidiär, d.h. die mutmaßliche Einwilligung kommt nur in Betracht, wenn ein tatbestandsausschließendes Einverständnis des Betroffenen nicht rechtzeitig eingeholt werden kann.³⁵ A

³¹ Z.B. Erb, JR 2001, 205 (206); Rengier, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 1, 16. Aufl. 2014, § 4 Rn. 38 ff.

³² Sehr weitgehend, aber wohl noch einschränkend für einen Schraubendreher BGH NStZ 2012, 571 f.

³³ So explizit für Einbruchwerkzeuge wie Brecheisen etc. und damit wohl auch für den Bolzenschneider Eser/Bosch (Fn. 1), § 244 StGB Rn. 5a; Hörnle, Jura 1998, 169 (172); Jäger, JuS 2000, 651 (655); Kindhäuser, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 3, 4. Aufl. 2013, § 244 StGB Rn. 15; Schmitz (Fn. 2), § 244 StGB Rn. 12 f., 16 f.; Wittig (Fn. 12), § 244 StGB Rn. 8 m.w.N.

³⁴ Siehe nur Schmitz (Fn. 2), § 242 StGB Rn. 83.

³⁵ Lenckner/Sternberg-Lieben, in: Schönke/Schröder (Fn. 1), vor §§ 32 ff. StGB Rn. 54.

hätte selbst bei der DB nachfragen können, hat dies aber gar nicht erst versucht, sodass kein Raum für hypothetische Erwägungen bleibt. A handelte rechtswidrig.

3. Schuld: Verbotsirrtum?

Weiter ist zu prüfen, ob A einem Verbotsirrtum nach § 17 S. 1 StGB erlegen ist, der bei Unvermeidbarkeit die Schuld ausschließen würde. Immerhin hat S ihm gegenüber geäußert, dass er gelegentlich selbst Schlösser von der DB ankaufte. Aus diesem Grund könnte A die Entfernung der Schlösser für straflos gehalten haben. Allerdings suggeriert die o.g. Aussage des S gar nicht die Straflosigkeit seines Tuns. Deshalb erscheint schon zweifelhaft, ob A überhaupt das Unrechtsbewusstsein gefehlt hat. Doch selbst wenn man zu Gunsten des A einen Irrtum über das strafrechtliche Verbot annehmen würde, müsste er auch „unvermeidbar“ sein. Hierzu kommt es darauf an, ob A nach seinen individuellen Fähigkeiten bei Einsatz aller seiner Erkenntniskräfte und sittlichen Wertvorstellungen, u.U. auch durch Erkundigung, zur Unrechtseinsicht hätte kommen können.³⁶ Freilich „liegt es auf der Hand, dass der Rechtsrat eines Schrotthändlers nicht ausreichend ist und der Irrtum des Angeklagten daher vermeidbar“³⁷ wäre. A handelte mithin schuldhaft.

4. Strafzumessungsregel gem. § 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 Var. 2 StGB

In Betracht kommt schließlich eine Verschärfung des Strafrahmens durch das Regelbeispiel des § 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 Var. 2 StGB. Eine besondere Schutzworrichtung ist ein Gegenstand, der geeignet und bestimmt ist, die Wegnahme der Sache zu erschweren.³⁸ Üblicherweise denkt man zwar so gleich an ein Schloss.³⁹ Problematisch ist hier aber, dass A das Schloss selbst weggenommen hat, obgleich das Regelbeispiel offensichtlich nicht von der Identität von Sache und Schutzworrichtung ausgeht.⁴⁰ Zudem erscheint fraglich, ob ein individuell graviertes Schloss überhaupt „nur“ als Schutzworrichtung qualifiziert werden kann.⁴¹ Andererseits ist das Regelbeispiel dem Wortlaut nach einschlägig. Für die Regelvermutung der besonderen Schwere spricht überdies, dass sein Zweck, nämlich die höhere kriminelle Energie in den Fällen, in denen der Täter eine gegenüber dem einfachen Diebstahl erschwerende Wegnahme vornimmt, einschlägig ist. A muss schließlich die Sicherheitsbügel durchtrennen, um die Schlösser zu entwenden. Aus diesem Grund ist A aus dem Strafrahmen des § 243 Abs. 1 S. 1 StGB zu bestrafen.

Hinweis 5: Das Regelbeispiel sollte von den Bearbeitern in jedem Fall diskutiert werden. Hier besteht eine entfernte Ähnlichkeit zur Konstellation, in der eine Sache samt

³⁶ Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch, Kommentar, 28. Aufl. 2014, § 17 StGB Rn. 7 m.w.N.

³⁷ So das AG Köln, Urt. v. 10.8.2012 – 526 Ds 395/12.

³⁸ Fischer (Fn. 10), § 243 StGB Rn. 15.

³⁹ Jahn, JuS 2013, 271 (272).

⁴⁰ So Jahn, JuS 2013, 271 (272).

⁴¹ Jahn, JuS 2013, 271 (272).

Sicherungsvorrichtung entwendet wird.⁴² Deshalb schadet auch eine breitere Erörterung an dieser Stelle nicht. Zu beachten ist, dass A das Durchtrennen der Bügel – insoweit abweichend vom Originalfall – nicht *umgeht*. Mit entsprechender Argumentation ist dennoch die Verneinung des Regelbeispiels vertretbar.

5. Ergebnis

A hat sich des Diebstahls schuldig gemacht.

III. Strafbarkeit nach § 303 Abs. 1 StGB durch Durchtrennen der Bügel

Zusätzlich liegt nach dem zuvor Geschilderten eine Sachbeschädigung an den Schlössern vor, die jedoch wegen des Diebstahls am selben Tatobjekt auf Konkurrenzebene zurücktritt (sog. mitbestrafe Begleittat).⁴³

Hinweis 6: Falls der Diebstahl zuvor verneint wurde, liegt nur die Strafbarkeit wegen Sachbeschädigung vor.

Hinweis 7: Ein Teil der Bearbeiter hat im 1. Tatkomplex zusätzlich eine Strafbarkeit des A wegen Betrugs nach § 263 Abs. 1 StGB geprüft, indem A dem S die gestohlenen Schlösser verkauft. Diese Prüfung ist jedoch *nicht indiziert*. Dem Sachverhalt sind weder eine (ggf. konkludente) Täuschung des A noch ein Irrtum bei S zu entnehmen. Vielmehr lässt sich die Aussage des S („dass er solche Schlösser gelegentlich von der Deutschen Bahn selbst ankauf“) nur so verstehen, dass er genau weiß, woher die Schlösser stammen, die ihm A später zum Kauf anbietet. Deshalb kommt ein Betrug von vornherein nicht in Betracht.

IV. Ergebnis Tatkomplex 1

A ist zu bestrafen nach den §§ 242 Abs. 1, 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 Var. 2 StGB.

Hinweis 8: Bei jeweils anderen vertretbaren Lösungsweisen nach §§ 242 Abs. 1, 244 Abs. 1 Nr. 1 lit. a StGB oder § 242 Abs. 1 StGB oder § 303 Abs. 1 StGB.

Tatkomplex 2 (Angriff mit dem Auto)

Strafbarkeit des A

I. Strafbarkeit nach §§ 212 Abs. 1, 22, 23 Abs. 1, 12 Abs. 1 StGB durch Zu-/Anfahren mit dem Auto

A könnte sich ferner des Totschlagsversuchs schuldig gemacht haben, indem er mit dem Auto auf B und C zufuhr.

Hinweis 9: Die Nichtvollendung ist hier (anders als z.B. bei Nichtvollendung aus Rechtsgründen) derart evident, dass Ausführungen dazu entbehrlich sind. Die Strafbar-

⁴² Siehe dazu Zopfs, Jura 2007, 421 (425 f.).

⁴³ Wieck-Noodt, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 5, 2. Aufl. 2014, § 303 StGB Rn. 70.

keit des Versuchs ergibt sich aus der Normenkette in der Überschrift.

1. Tatentschluss

Zunächst müsste A gem. §§ 212 Abs. 1, 22 StGB den Entschluss zur Tötung eines anderen Menschen gefasst haben. Der Sachverhalt enthält jedoch keine konkreten Angaben zur inneren Tatseite. Es heißt lediglich, dass A „ein Exempel statuieren“ möchte, indem er die beiden Biker B und C mit dem Auto anfährt. Es ist daher zu fragen, ob A nur zu einer (ggf. qualifizierten) Körperverletzung oder doch zur Tötung entschlossen war.

Hinweis 10: Der Streit um eine sog. Hemmschwellentheorie muss hier nicht thematisiert werden, weil die Rspr. selbst inzwischen klargestellt hat, dass damit nur ein Hinweis auf § 261 StPO gemeint sein soll.⁴⁴ Erwartet wird vielmehr, dass sich der Bearbeiter – einem Tatrichter vergleichbar – anhand der Informationen im Sachverhalt lebensnah mit der Frage nach dem Tötungsvorsatz befasst.⁴⁵

Für einen Tötungsentschluss spricht, dass sich A für eine objektiv extrem gefährliche Tatbegehung entscheidet: Man muss kein Naturwissenschaftler sein, um zu erkennen, dass ein PKW, der i.d.R. über eine Tonne wiegt und mit ca. 50 km/h auf zwei Menschen zufährt, eine Todesgefahr schafft.⁴⁶ Hinzu kommt, dass die Opfer nicht mit einem Angriff rechnen und A sogar den Rücken zukehren – anders als z.B. bei der Flucht nach vorne durch eine Polizeiabserrung, wo den Opfern ggf. ein rettender Sprung möglich ist. A kalkuliert auch keine Ausweichbewegung ein oder trifft irgendwelche anderen Vorkehrungen, um die Gefahr zu „kontrollieren“ wie z.B. gezielt seitliches Anfahren (sofern das überhaupt möglich wäre), abruptes Bremsen o.ä., sondern beschleunigt sogar „mit Vollgas“. Bei lebensnaher Betrachtung ist deshalb davon auszugehen, dass er den Todeseintritt zum Zeitpunkt der Tathandlung wenigstens für möglich hält.

Die extrem gefährliche Vorgehensweise und der Umstand, dass er an den Rivalen „ein Exempel statuieren“ und sie nicht etwa bloß erschrecken oder einschüchtern möchte, sprechen überdies dafür, dass ihm jeder Ausgang, d.h. auch ein tödlicher, recht ist. Zu berücksichtigen ist hier insbesondere, dass die Auseinandersetzung im als wenig zimperlich bekannten „Rockermilieu“ stattfindet (vgl. Presse)⁴⁷. Dage-

⁴⁴ BGH NStZ 2012, 384 (386) m. krit. Anm. *Mandla*, NStZ 2012, 695.

⁴⁵ Instruktiv zum Tötungsvorsatz beim Zufahren auf Passanten *Schneider*, in: Joecks/Miebach (Fn. 1), § 212 StGB Rn. 17.

⁴⁶ Vgl. etwa die bekannte Frage aus der theoretischen Führerscheinprüfung, wonach den Insassen (!) eines PKW schon bei Geschwindigkeiten von 30 km/h tödliche Verletzungen drohen, wenn sie nicht angeschnallt sind.

⁴⁷ Siehe etwa FAZ v. 4.7.2014, im Internet abrufbar unter <http://www.faz.net/aktuell/gesellschaft/kriminalitaet/streit-unter-rockern-in-frankfurt-hells-angels-schweigen-nach-schiesserei-13026863.html> (20.3.2015); Spiegel-Online v. 3.11.2014,

gen fehlen im Sachverhalt sämtliche tatsächlichen Umstände, die Zweifel am Vorliegen eines Tötungsvorsatzes entstehen lassen könnten wie z.B. starke Alkoholisierung, sonstige Intoxikation oder Affekt.⁴⁸ Insgesamt ist demnach von Eventualvorsatz auszugehen.

Hinweis 11: Zu diesem Ergebnis sollte der Bearbeiter spätestens aus taktilen Erwägungen gelangen, will er sich wesentliche Teile des Falles (Rücktritt) nicht abschneiden. Eine Diskussion der unterschiedlichen dogmatischen Positionen zur Abgrenzung von Vorsatz und Fahrlässigkeit ist hingegen nicht angezeigt, weil auch die strengeren Definitionen der h.M., die eine Wissens- und eine Wollenskomponente verlangen,⁴⁹ erfüllt sind.

2. Unmittelbares Ansetzen

A müsste gem. §§ 212 Abs. 1, 22 StGB unmittelbar zur Verwirklichung des Totschlags angesetzt haben. Es ist zwar allgemein umstritten, wann der Täter unmittelbar zur Tat ansetzt.⁵⁰ Einigkeit besteht aber für den Fall, dass der Täter eine der Tathandlungen bereits ausgeführt hat.⁵¹ Nach seiner Vorstellung möchte A den beiden Bikern B und C durch das Anfahren mit dem Auto eine Lektion erteilen. Diese Handlung hat er bereits ausgeführt, sodass er nach allen Ansichten unmittelbar zur Tötung angesetzt hat.

Hinweis 12: Wie oben bereits erwähnt, sind wir mit *Lagodny/Mansdörfer/Putzke* (ZJS 2014, 157 ([159]) der Ansicht, dass inhaltsleere Sätze wie „Rechtswidrigkeit und Schuld liegen vor.“ wegzulassen sind. Weil dies aber (noch) nicht allgemein üblich ist, besteht – insbesondere bei Anfängern – die Gefahr, dass dies von Korrektoren (zu Unrecht!) als fehlerhaft bewertet wird. U.U. muss der Student dann mit einer Remonstration gegen solche Bewertungsfehler vorgehen. Dieses Risiko scheint uns aber vertretbar, da eine gelungene Schwerpunktsetzung ohnehin i.d.R. mehr Punkte bringen wird, als solche vermeintlichen „Fehler“ Abzüge verursachen werden.

<http://www.spiegel.de/panorama/kadir-padir-und-hells-angels-in-berlin-wegen-mordes-vor-gericht-a-996838.html>
(20.3.2015).

⁴⁸ Zu diesen Merkmalen: *Puppe*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 1, 4. Aufl. 2013, § 15 StGB Rn. 92, krit. zur Rspr. speziell zum Affekt Rn. 95.

⁴⁹ Sog. Ernsthahme- (Literatur) oder auch Billigungstheorie (Rspr.); Überblick über alle gängigen „Theorien“ bei *Rengier* (Fn. 21), § 14 Rn. 19-31; *Fischer* (Fn. 10), § 15 StGB Rn. 9 ff.

⁵⁰ Überblick bei *Hillenkamp*, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 1, 12. Aufl. 2007, § 22 StGB Rn. 63 ff.

⁵¹ *Fischer* (Fn. 10), § 22 StGB Rn. 9: „ein Tatbestandsmerkmal verwirklicht“.

3. Persönlicher Strafaufhebungsgrund: Rücktritt gemäß § 24 StGB

In Betracht kommt jedoch ein strafbefreiender Rücktritt vom Totschlagsversuch nach § 24 StGB.

Hinweis 13: Die Prüfung des Rücktritts steckt voller Probleme und bildet deshalb den Schwerpunkt der Falllösung.

a) Zunächst ist zu prüfen, ob ein strafbefreiender Rücktritt wegen eines Fehlschlags ausgeschlossen ist.⁵² Nach der Rspr. und h.L. liegt ein fehlgeschlagener Versuch vor, wenn der Täter annimmt, er könne die Tat nicht mehr ohne zeitliche Zäsur mit den bereits eingesetzten oder anderen vorhandenen Mitteln vollenden.⁵³ Diese sog. Gesamtbetrachtungslehre stellt entscheidend auf das Vorstellungsbild des Täters nach der letzten Ausführungshandlung ab („Rücktrittshorizont“). Das wäre der Moment nach dem Anfahren. In diesem Moment nimmt A an, dass C noch nicht tödlich verletzt ist und noch überfahren werden kann.

Hinweis 14: Eine mögliche spätere Korrektur seiner Vorstellung spielt hier noch keine Rolle.

A „verzichtet“ zudem darauf, den fliehenden B noch einmal anzufahren. Daraus folgt, dass es ihm zuvor möglich gewesen sein muss, den tatbeständlichen Erfolg noch herbeizuführen, denn andernfalls läge gar kein „Verzicht“ vor. Auf Grundlage der Gesamtbetrachtungslehre liegt also kein Fehlschlag vor.

Hinweis 15: Auf die sog. Tatplantheorie der alten Rspr.⁵⁴ muss und soll nicht näher eingegangen werden, weil sie unseres Wissens⁵⁵ heute nicht mehr vertreten wird.

In der Literatur wird aber noch vereinzelt eine (ggf. modifizierte) Einzelbetrachtung vertreten.⁵⁶ Nach Eser kommt es

für die an den Rücktritt zu stellenden Anforderungen entscheidend darauf an, inwieweit es dem Täter gelingt, den rechtserschütternden Eindruck seines Versuchs wiederum zu beseitigen, was maßgeblich davon abhängt, inwieweit sich das Versuchsgeschehen im Hinblick auf den Erfolgseintritt hin bereits „verselbstständigt“ hat.⁵⁷ Einen Fehlschlag nimmt Eser an, sobald sich das Handeln des Täters „absolut verselbstständigt“ hat, d.h. wenn er Einzelakte vorgenommen hat, die ihm zur Erfolgsherbeiführung geeignet und in ihren Auswirkungen nicht mehr beherrschbar erscheinen. Beim extrem gefährlichen Anfahren mit dem Auto (s.o.) erscheint es als reiner Zufall, dass es nicht zum Erfolgseintritt gekommen ist. Gemessen an den soeben genannten Vorgaben läge für A demnach ein Fehlschlag vor. Für diese strenge Sicht wird primär mit dem Strafzweck des Versuchs argumentiert: Wegen der manifestierten verbrecherischen Energie und dem allein dem unverdienten Zufall zu verdankenden Ausbleiben des Erfolgs sei nicht einzusehen, warum dem Täter (anders als z.B. beim Griff in die leere Tasche) Straffreiheit gewährt werden soll. Der rechtserschütternde Eindruck sei nicht beseitigt. Ähnlich argumentiert Jakobs, nach dem in diesem Fall „objektiv nichts Verdienstliches möglich ist“ und „sich ein Überschuss an Verdienst allenfalls im subjektiven Bereich ausmachen lässt“.⁵⁸

Gegen die Einzelbetrachtung spricht allerdings, dass sie dem Täter die „Rückkehr in die Legalität“ allzu früh verwehrt. Das ist insbesondere kriminalpolitisch verfehlt (Rechtsgüterschutz), denn wenn man dem Täter gleich nach dem ersten noch nicht erfolgreichen Teilakt den Rücktritt versagt, gibt es für ihn keinen Grund, das jeweilige Delikt nicht zu Ende zu bringen.⁵⁹ Ist er ohnehin strafbar, besteht für ihn vielmehr noch der Anreiz, den einzigen Tatzeugen zu beseitigen. Weiter wird kritisiert, dass die Einzelbetrachtung einen einheitlichen Lebensvorgang künstlich in mehrere Einzelakte aufspaltet („Zeitlupenstrafrecht“) und daher auch nicht im Einklang mit der strafrechtlichen Figur der natürlichen Handlungseinheit steht.⁶⁰ Überdies sorgt sie für eklatante Wertungswidersprüche, etwa wenn der Täter einmal vorbeischießt, das Opfer beim zweiten Schuss lebensgefährlich verletzt, es aber danach doch noch aus Reue rettet – hier läge bei Einzelbetrachtung trotz Rettung ein strafbarer Versuch wegen des ersten Fehlschusses vor!⁶¹ Dem entspricht letztlich auch die Wertung des Gesetzes: § 24 Abs. 1 StGB ermöglicht den strafbefreienden Rücktritt selbst beim beendeten Versuch durch Erfolgsverhinderung (oder sogar das bloße Bemühen

⁵² Kann alternativ bei Freiwilligkeit oder Rücktrittshandlung thematisiert werden, auch wenn es u.E. überzeugender ist, darin eine eigene Fallgruppe zu sehen, siehe Herzberg/Hoffmann-Holland, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 2. Aufl. 2011, § 24 StGB Rn. 52.

⁵³ BGHSt 31, 170; 33, 295; 35, 90; Rudolphi, in: Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum StGB, 147. Lfg., Stand: September 2014, § 24 StGB Rn. 14; Fischer (Fn. 10), § 24 StGB Rn. 17; Rengier (Fn. 21), § 37 Rn. 46.

⁵⁴ BGHSt 4, 180; 14, 75.

⁵⁵ Vgl. nur Roxin, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 2, 2003, Rn. 201; Hillenkamp, 32 Probleme aus dem Strafrecht, Allgemeiner Teil, 12. Aufl. 2013, S. 116, wo als neueste Entscheidung BGH NStZ 1984, 116 zitiert wird. Die Entscheidung selbst spricht immerhin noch davon, das beim unbeendeten Versuch die „Freiwilligkeit des Rücktritts nur bejaht werden [können], wenn der Angeklagte die Ausführung seines Plans noch für möglich hielt“.

⁵⁶ Aktuell wohl nur noch Jakobs, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1993, 26/15 f. und Eser, in: Schönke/Schröder (Fn. 1), § 24 StGB Rn. 21.

⁵⁷ Eser (Fn. 56), § 24 StGB Rn. 21.

⁵⁸ Jakobs (Fn. 56), 26/16.

⁵⁹ BGH NStZ 1986, 264 (265); Kühl, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 7. Aufl. 2012, § 16 Rn. 20.

⁶⁰ BGHSt 34, 53 (57); Rengier, JZ 1986, 964 (965 f.); Wessels/Beulke/Satzger (Fn. 25), Rn 629.

⁶¹ Ähnlich widersprüchliches Beispiel bei Herzberg/Hoffmann-Holland (Fn. 52), § 24 StGB Rn. 60; instruktiv auch Roxin (Fn. 55), Rn. 205.

darum). Dann darf ein zum Erfolg führender Einzelakt bei anschließender Umkehrhandlung ebenfalls kein ausreichendes Strafbedürfnis begründen.⁶² Im Ergebnis liegt demnach kein Fehlschlag vor.

Hinweis 16: Die Gegenansicht ist ebenfalls vertretbar. Wenn sich ein Bearbeiter trotz der beachtlichen Einwände der h.M. für die Einzelbetrachtung entscheidet, muss er diesen Streit aber nicht nur umfassend darstellen, sondern sich auch eingehend mit den Gegenargumenten auseinandersetzen. Nur dann ist sein Ergebnis gleichermaßen vertretbar. Zweckmäßig wäre es in diesem Fall, die Prüfung des Fehlschlags erst im Rahmen der Freiwilligkeit vorzunehmen, weil andernfalls wesentliche Teile des Falles abgeschnitten würden.

b) Weiter ist zu erörtern, welche Anforderungen an die Rücktrittshandlung zu stellen sind. Hier ist zunächst zu klären, ob sich der Rücktritt für A nach § 24 Abs. 1 oder Abs. 2 StGB richtet.

Hinweis 17: Dies kann wahlweise auch schon vorher geprüft werden, wird u.E. aber erst an dieser Stelle virulent.

Nach dem Wortlaut „Beteiligter“ (legaldefiniert in § 28 Abs. 2 StGB als „Täter oder Teilnehmer“) kommt § 24 Abs. 2 StGB in Betracht, wenn A von P zur Tat angestiftet wurde. Ob dies der Fall ist, muss an dieser Stelle nur geprüft werden, wenn durch eine Teilnahme des P andere Rücktrittsanforderungen für A ausgelöst werden. Allerdings wird § 24 Abs. 2 StGB von der wohl h.M. ohnehin nicht auf den – hier allenfalls im Raum stehenden – im Vorfeld zur Tat angestifteten Alleintäter angewendet.⁶³ Zur Begründung wird im Wesentlichen angeführt, dass sich der Teilnehmerbeitrag im Vorfeld der Tat nicht auf die Rücktrittsleistung auswirken kann. Solange der Einzeltäter das Rücktrittsgeschehen allein beherrsche, könnten die Rücktrittsvoraussetzungen nicht von der Existenz eines Anstifters oder Gehilfen abhängen. Eine andere Ansicht will dagegen auch in diesem Fall § 24 Abs. 2 StGB anwenden.⁶⁴ Sie argumentiert mit dem eindeutigen Wortlaut und der ratio des § 24 Abs. 2 StGB (mehr Tatbeteiligte = größere Gefahr = höhere Rücktrittsvoraussetzungen). Im Ergebnis muss auch dieser Streit nicht entschieden werden, weil die Vertreter der Gegenansicht in der Konstellation des zuvor angestifteten Einzeltäters die Voraussetzungen des Abs. 1 in den Abs. 2 („Vollendung verhindern“) hineinlesen: Wenn niemand anderes die Vollendung der Tat herbeiführen kann, verhindert sie der Haupttäter bereits durch bloßes Auf-

geben der weiteren Tatsausführung. Damit gelangen sie zum selben Ergebnis wie die wohl h.M.⁶⁵

Hinweis 18: Der Bearbeiter kann hier alternativ den Rücktritt zunächst offenlassen und eine Anstiftung des P prüfen. Die Prüfung verursacht abgesehen von der „Verschachtelung“ keine größeren Probleme, weil es für eine Anstiftung nicht auf den Rücktritt des Haupttäters ankommt („vorsätzliche rechtswidrige Tat“ – sog. limitierte Akzessorietät). Im Anschluss wäre dann auf den Rücktritt zurückzukommen.

Im nächsten Schritt sind also in jedem Fall die Voraussetzungen des § 24 Abs. 1 StGB herauszuarbeiten. Gem. § 24 Abs. 1 S. 1 StGB reicht für den Rücktritt entweder das bloße Aufgeben der weiteren Ausführung (unbeendet Versuch) oder aber der Täter muss die Vollendung verhindern (beendet Versuch).

Hinweis 19: Diese Unterteilung ist zwar nicht unbestritten,⁶⁶ aber doch soweit anerkannt, dass sie von den Bearbeitern ohne weiteres angewendet werden darf.

Der Versuch ist *unbeendet*, wenn der Täter noch nicht alles getan zu haben glaubt, was nach seiner Vorstellung von der Tat zur Tatbestandsverwirklichung erforderlich ist.⁶⁷ Insoweit ist wieder auf den sog. Rücktrittshorizont abzustellen. Nach h.M. ist die Sicht des Täters nach der letzten Ausführungshandlung entscheidend. Dabei ist allein seine subjektive Vorstellung erheblich.⁶⁸ Hier ist zwischen dem Versuch zulasten des B und dem zulasten des C zu unterscheiden:

B ist offensichtlich nicht tödlich verletzt, weshalb der Totschlagsversuch an ihm noch unbeendet ist (zur Rücktrittshandlung sogleich).

Schwieriger zu beurteilen ist dies bei C. Nach der Rspr. sind an die Annahme, dass der Täter noch nicht mit dem Erfolgeintritt gerechnet habe, strenge Anforderungen zu stellen;⁶⁹ so soll es schon genügen, wenn er die tatsächlichen Umstände erkannt hat, die den Erfolgeintritt nach der Lebenserfahrung nahelegen.⁷⁰ A hat den Sturz des C jedoch

⁶⁵ So Zacyk (Fn. 64), § 24 StGB Rn. 96; Lackner/Kühl (Fn. 36), § 24 StGB Rn. 25; Mitsch, in: Arzt (Hrsg.), Festschrift für Jürgen Baumann zum 70. Geburtstag am 22. Juni 1992, 1992, S. 94; Roxin, in: Eser (Hrsg.), Festschrift für Theodor Lenckner zum 70. Geburtstag, 1998, S. 267; Rengier (Fn. 21), § 37 Rn. 13.

⁶⁶ Dagegen z.B. Herzberg, NJW 1991, 1633 (1634).

⁶⁷ Wessels/Beulke/Satzger (Fn. 25), Rn. 631; Rengier (Fn. 21), § 37 Rn. 80.

⁶⁸ Beckemper, in: von Heintschel-Heinegg (Fn. 12), § 24 StGB Rn. 19 m.w.N.

⁶⁹ BGH NStZ 1994, 76 (77); siehe auch Kudlich JuS 1999, 349 (350).

⁷⁰ BGHSt 39, 221 (231): „Der Bundesgerichtshof hat [...] hierzu ausgeführt, bei gefährlichen Gewalthandlungen und schweren Verletzungen, deren Wirkungen der Täter wahrgenommen hat, liege es auf der Hand, dass er die lebensgefähr-

⁶² Roxin (Fn. 55), Rn. 204.

⁶³ Herzberg/Hoffmann-Holland (Fn. 52), § 24 StGB Rn. 161; Fischer (Fn. 10), § 24 StGB Rn. 37; Eser (Fn. 56), § 24 StGB Rn. 73; Lilie/Albrecht, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Fn. 50), § 24 StGB Rn. 69; Wessels/Beulke/Satzger (Fn. 25), Rn. 649; Loos, Jura 1996, 518.

⁶⁴ Zacyk, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Fn. 48), § 24 StGB Rn. 96; Lackner/Kühl (Fn. 36), § 24 StGB Rn. 25.

nicht wahrgenommen und rechnet nicht mit dessen tödlicher Verletzung. Auch dieser Versuch wäre somit unbeendet.

Hinweis 20: Hier ist zu beachten, dass es nicht darauf ankommt, ob der Täter mit dem Erfolgseintritt „hätte rechnen müssen“. Dies ist ein häufiger Fehler!

Fraglich ist nun, wie der Umstand zu bewerten ist, dass A Stunden später noch einmal zum Tatort zurückkehrt und nun bemerkt, dass die Verletzungen des C doch lebensbedrohlich sind.⁷¹ In Betracht kommt somit eine sog. *Korrektur des Rücktrittshorizontes*. Ursprünglich gemeint waren damit die Fälle, in denen der Täter unmittelbar nach der Tatausführung davon ausgeht, alles für die Erreichung des tatbestandsmäßigen Ziels getan zu haben, aber kurz darauf zu der Erkenntnis gelangt, dass weitere Ausführungshandlungen notwendig sind.⁷² Hier nimmt die h.M. einen unbeendeten Versuch an, wenn sich die Vorstellungen des Täters in einem engen räumlich-zeitlichen Zusammenhang geändert haben.⁷³ Inzwischen hat die Rspr. eine solche Korrektur aber auch in umgekehrten Fällen für möglich gehalten.⁷⁴ Für unseren Fall bedeutet dies, dass aus einem *unbeendeten* Versuch ein *beendeter* werden kann. Allerdings verlangt die Rspr. eine unmittelbare Korrektur der falschen Vorstellung, d.h. der Täter muss seinen Irrtum in „engstem räumlichen und zeitlichen Zusammenhang“ mit der Tatausführung bemerken.⁷⁵ Der BGH zeigt hier – z.T. wohl aus Billigkeitsgründen – eine gewisse Großzügigkeit, aber auch Widersprüchlichkeit, denn er hat sowohl Zeiträume von 20 Minuten⁷⁶ oder sogar mehr als 30 Minuten⁷⁷ – z.T. als eine natürliche Handlungseinheit, bei der es nach BGH⁷⁸ ebenfalls auf einen „unmittelbaren räumlichen und zeitlichen Zusammenhang“ ankommt – begriffen, andererseits aber auch bei 10 Minuten⁷⁹ oder 15 Minuten abgelehnt, weil der Rücktritt durch Nichtstun bereits „vollzogen“ gewesen sei.⁸⁰

dende Wirkung und die Möglichkeit des Erfolgseintritts erkennt.“

⁷¹ Maßgeblich für diese Erkenntnis ist regelmäßig das Opferverhalten wie z.B. körperliche Reaktionen, so BGH NStZ-RR 2008, 335 (336).

⁷² Z.B. BGHSt 36, 224, wo der Täter vom Opfer abließ, obwohl er entgegen seinem ersten Eindruck nun erkannt hatte, dass dieses nicht sterben würde.

⁷³ BGHSt 36, 224 (225 f.); 39, 221 (227 f.); Wessels/Beulke/Satzger (Fn. 25), Rn. 637; Fischer (Fn. 10), § 24 StGB Rn. 15a; Herzberg/Hoffmann-Holland (Fn. 52), § 24 StGB Rn. 78.

⁷⁴ BGH NStZ 1998, 614 (615), wonach der Versuch im Ergebnis beendet ist, „wenn der Täter bei unverändert fortbestehender Handlungsmöglichkeit mit einem tödlichen Ausgang zunächst nicht rechnet, unmittelbar darauf jedoch erkennt, daß er sich insoweit geirrt hat.“

⁷⁵ BGH NStZ 2010, 146.

⁷⁶ BGH StV 1987, 389.

⁷⁷ BGH NStZ 1990, 490.

⁷⁸ BGHSt 41, 368.

⁷⁹ BGH NStZE § 24 Nr. 19.

⁸⁰ BGH NStZ 2010, 146.

Bei mehreren Stunden und vollständigem Verlassen des Tatorts wie im vorliegenden Fall ist diese Unmittelbarkeit aber eindeutig nicht mehr gegeben. Zum selben Ergebnis kommen hier auch andere Ansichten in der Literatur, die für eine Korrektur ähnlich wie der BGH einen „einheitlichen Lebensvorgang“,⁸¹ eine „natürliche Handlungseinheit“⁸² o.ä.⁸³ verlangen.

Nach h.M. scheidet also eine Korrektur des Rücktrittshorizonts aus mit der Folge, dass ein unbeendeter Versuch vorläge, von dem A grundsätzlich durch bloßes Nichtstun zurücktreten kann.

Hinweis 21: An dieser Stelle wurde für eine überdurchschnittliche Bewertung erwartet, dass diese Konsequenz der h.M. diskutiert wird. Dies könnte etwa wie folgt aussehen:

Dieses Ergebnis weckt Zweifel. Man mag es wegen der subjektiv-objektiven Einheit des Versuchs noch hinnehmen, dass die falsche Vorstellung des Täters, das Opfer bisher noch nicht lebensgefährlich verletzt zu haben, zu einem strafbefreienden Rücktritt durch bloße Tatsaufgabe führen kann.⁸⁴ In der vorliegenden Konstellation irritiert jedoch, dass die Korrektur der Fehlvorstellung (hin zu einem beendeten Versuch) keine weitergehenden Rettungspflichten auslösen soll. Damit steht die Frage im Raum, warum die h.M. auf den Zeitpunkt der letzten *Ausführungshandlung* abstellt statt auf den letzten Täter-Opfer-Kontakt.⁸⁵ *Jäger* fragt in diesem Zusammenhang, „welchen anderen Sinn § 24 StGB haben soll als den, dass der Täter auch noch seine letzte Chance zur Rettung des Opfers mit strafbefreiernder Wirkung nützt, mag diese auch zeitlich und örtlich ‚verschoben‘ sein.“ Und auch *Bosch* fragt, ob ein Täter, der nach zwei Stunden und in einigen Kilometern Entfernung auf das Opfer trifft und dessen lebensgefährliche Verletzung nun erkennt, einfach untätig bleiben darf, nur weil die Korrektur in zeitlich räumlichem Abstand erfolgt ist.⁸⁶ Gerade der von der Rspr. immer wieder betonte Aspekt des Opferschutzes legt hier einen Verzicht auf den „engen räumlichen und zeitlichen Zusammenhang“ nahe und *Jäger* prognostiziert sogar, dass der BGH bei einem entsprechenden Fall seine Rspr. ändern wird.⁸⁷ Andererseits lässt sich mit Blick auf den Wortlaut („freiwillig die weitere Ausführung der Tat aufgeben“) argumentieren, dass A genau dies getan hat. Die mit Straffreiheit zu honorierende Rücktrittsleistung liegt im anfänglichen Nicht-Weiterhandeln trotz Möglichkeit.⁸⁸ Das Risiko der Vollendungsstrafbarkeit trägt der Täter ohnehin bis zum Erfolgseintritt. Der aufgrund der räumlich-zeitlichen Zäsur *neue* Entschluss untätig zu bleiben wäre dann unabhängig vom Rücktritt und könnte als neues Unrecht

⁸¹ Lackner/Kühl (Fn. 36), § 24 StGB Rn. 6.

⁸² Kühl (Fn. 59), § 16 Rn. 28.

⁸³ Überblick bei Otto, Jura 2001, 341 (344 f.).

⁸⁴ Zaczek (Fn. 64), § 24 StGB Rn. 45.

⁸⁵ So *Jäger*, NStZ 1999, 608 (609).

⁸⁶ *Bosch*, Jura 2014, 395 (403).

⁸⁷ *Jäger*, NStZ 1999, 608.

⁸⁸ Vgl. BGH NStZ 2010, 146.

eine eigenständige Unterlassensstrafbarkeit begründen,⁸⁹ die dem Täter freilich eine weitere Strafmilderungsmöglichkeit beschert (neben § 23 Abs. 2 auch § 13 Abs. 2 StGB). Diese Milderungen sind jedoch nicht zwingend, sodass auch auf Grundlage der h.M. ein sachgerechtes Ergebnis erzielt werden kann. Im Ergebnis bleibt es also dabei, dass ein unbeendeter Versuch vorliegt.

Hinweis 22: Nicht erwartet, aber besonders honoriert wurde, wenn sich der Bearbeiter mit weiteren Gegenpositionen aus der Literatur auseinandersetzt:

Jäger etwa plädiert allgemein gegen die h.M. und für eine *objektivierte* Bestimmung der Rücktrittsanforderungen, nach welcher der Täter bei objektiv gegebener Gefährdung diese Gefährdung umkehren muss (Verhinderung nach § 24 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 StGB), während bei tatsächlich fehlender Gefährdung ein bloßes Nichtweiterhandeln genügen soll (Aufgabe nach § 24 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 StGB).⁹⁰ Nach dieser Auffassung hätte A handeln müssen, um straffrei zurückzutreten, weil er das Opfer durch die Tathandlung objektiv gefährdet hat. Ähnlicher Ansicht ist *Otto*, der bei objektiv gefährlichen Versuchshandlungen den gesamten Zeitraum zwischen Gefahrbegründung und Gefahrrealisierung als Rücktrittshorizont ansieht.⁹¹

Eine weitere objektivierende Ansicht fragt, ob der Täter bei der Beurteilung des bisher Geschehenen (am Ende der Ausführungshandlung) *sicher* oder jedenfalls überzeugt davon sein kann, durch bloßes Nicht-Weiterhandeln die Vollendung zu verhindern.⁹² In Fällen höchstgefährlicher Handlungen läge dann meist ein beendeter Versuch vor. Und das müsste man wohl auch hier so sehen, denn A hat den C mit einem Auto mit 50 km/h hinterrücks angefahren und frontal getroffen. Dass C meterweit durch die Luft flog und schwere Kopfverletzungen beim Aufprall auf den Boden erlitt, hat A zwar nicht bemerkt (s.o.), aber doch zuvor immerhin, dass er C voll getroffen hat. Die Tathandlung war demnach objektiv derart gefährlich, dass A zum Zeitpunkt der letzten Ausführungshandlung nicht davon überzeugt sein konnte, durch bloßes Nichtstun die Vollendung zu verhindern. Daran ändert auch das Opferverhalten nichts, weil es nicht ungewöhnlich ist, dass selbst später tödliche Verletzungen nicht sofort zu Tod/Bewusstlosigkeit führen – sicher oder überzeugt hätte A nur sein dürfen, wenn er C kaum berührt hätte.

Wer einer dieser Gegenansichten folgt, muss einen beendeten Versuch annehmen, von dem A nicht zurückgetreten ist, weil er keinerlei Rettungsbemühungen entfaltet

hat. Im Ergebnis wäre der Totschlagsversuch an C demnach zu bejahen. Die Prüfung ist aber auch in diesem Fall bezüglich B weiterzuführen, zu dessen Lasten unstreitig ein unbeendeter Versuch vorliegt (s.o.).

c) Sodann ist zu fragen, ob A die weitere Tatausführung gegenüber B und C *aufgegeben* hat. Das erscheint problematisch, weil A sein eigentliches Ziel, nämlich ein Exempel zu statuieren, bereits erreicht hat, während er den Tod seiner Opfer ohnehin nur als „Nebenerfolg“ in Kauf genommen hat (Eventualvorsatz). In diesen Fällen der sog. außertatbeständlichen Zielerreichung ist umstritten, ob der Täter überhaupt noch etwas aufgeben kann.⁹³ Teile der Literatur und älteren Rspr. gehen davon aus, dass der Täter das nicht kann, weil er sein eigentliches Ziel bereits erreicht hat; überdies fehle jedenfalls eine honorierungsfähige Rücktrittsleistung.⁹⁴ Der *Große Senat* des BGH und andere Stimmen aus der Literatur bejahen als nunmehr h.M. dennoch die Rücktrittsmöglichkeit.⁹⁵ Dafür spricht maßgeblich, dass mit Tat i.S.v. § 24 Abs. 1 StGB die Tat im sachlich-rechtlichen Sinn gemeint ist, also die in den gesetzlichen Straftatbeständen umschriebene tatbestandsmäßige Handlung und der tatbestandsmäßige Erfolg.⁹⁶ Dementsprechend beschränkt sich beim unbeendeten Versuch der Entschluss, die weitere Tatausführung aufzugeben, auf die Verwirklichung der gesetzlichen Tatbestandsmerkmale.⁹⁷ Auf bloße Motive des Täters kommt es schon nach dem Wortlaut des Gesetzes nicht an.⁹⁸ Für den Erhalt der Rücktrittsmöglichkeit in diesen Fällen spricht darüber hinaus, dass der dolus-eventualis-Täter, der sein Hauptziel erreicht hat, andernfalls schlechter gestellt würde als derjenige, der mit dolus directus handelt – das wäre in höchstem Maße ungerecht.⁹⁹ Dieses Ergebnis gebietet schließlich auch der Opferschutz, denn das Opfer hat ein Interesse daran, dass dem Täter auch bei Eintritt seiner außertatbeständlichen Ziele die Rücktrittsmöglichkeit erhalten bleibt¹⁰⁰ – eine andere Sicht würde dagegen sogar einen Anreiz für den Täter schaffen, den Angriff zur endgültigen Sicherung seines Handlungsziels fortzusetzen.¹⁰¹

⁸⁹ Wird teilweise auch bei der „Freiwilligkeit“ verortet.

⁹⁰ BGH NStZ 1987, 314 (317); BGH NStZ 1990, 30; *Otto*, Jura 1992, 423 (430); *Puppe*, JZ 1993, 359 (361); *Roxin*, JZ 1993, 894 (896); *Lackner/Kühl* (Fn. 36), § 24 StGB Rn. 12.

⁹¹ BGHSt 39, 221 (230-232); *Herzberg/Hoffmann-Holland* (Fn. 52), § 24 StGB Rn. 86; *Lilie/Albrecht* (Fn. 63), § 24 StGB Rn. 190-195; *Kudlich*, JuS 1999, 349 (354); *Kindhäuser*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 6. Aufl. 2013, § 32 Rn. 18; *Hauf*, MDR 1993, 929 (930); *Schroth*, GA 1997, 151 (160).

⁹² BGHSt 39, 221 (230); 33, 142 (144 f.).

⁹³ BGHSt 39, 221 (230).

⁹⁴ BGHSt 39, 221 (230).

⁹⁵ *Herzberg/Hoffmann-Holland* (Fn. 52), § 24 StGB Rn. 86; *Lilie/Albrecht* (Fn. 63), § 24 StGB Rn. 193; *Kindhäuser* (Fn. 95), § 32 Rn. 18; *Schroth*, GA 1997, 151 (156); weniger deutlich BGHSt 39, 221 (230).

⁹⁶ *Herzberg/Hoffmann-Holland* (Fn. 52), § 24 StGB Rn. 86; *Hauf*, MDR 1993, 929 (930).

⁹⁷ BGHSt 39, 221 (232).

⁹⁸ Rudolphi (Fn. 53), § 24 StGB Rn. 15a; BGH NStZ 2010, 146.

⁹⁹ *Jäger*, Der Rücktritt vom Versuch als zurechenbare Gefährdungsumkehr, 1996, S. 65 ff.; *ders.*, NStZ 1999, 608 (609).

¹⁰⁰ *Otto*, Jura 2001, 341 (345 f.).

¹⁰¹ *Zaczyk* (Fn. 64), § 24 StGB Rn. 46; vgl. auch *Puppe*, JR 2005, 382 (385); *dies.*, ZIS 2011, 524 (526); ähnlich BGH NStZ 1984, 116.

Hinweis 23: Wer sich der Gegenansicht anschließt, beendet hier die Prüfung des Rücktritts und bejaht den Totschlagsversuch.

d) Schließlich muss A freiwillig vom Totschlagsversuch zurückgetreten sein. Die Freiwilligkeit wäre ausgeschlossen, wenn A durch heteronome Motive zum Abbruch seiner Tat veranlasst worden wäre. Solange A abwägen und eine „nüchterne Entscheidung“ treffen kann, handelt er dagegen autonom und damit freiwillig i.S.d. § 24 StGB. A hat selbst entschieden, dass ihm das erste Anfahren genügt, und ist insoweit „Herr seiner Entschlüsse“¹⁰² geblieben. Andere Aspekte wie z.B. erhöhte Entdeckungsgefahr, bei der die „Verbrechervernunft“ eine Tataufgabe verlangen würde,¹⁰³ sind nicht ersichtlich und auf ein ehrenhaftes Motiv kommt es nach dem Wortlaut des § 24 StGB nicht an.¹⁰⁴ Damit hat A freiwillig von der weiteren Ausführung der Tat zulasten des B und C abgesehen.

4. Ergebnis zu I.

A ist strafbefreit zurückgetreten und hat sich deshalb nicht wegen Totschlagsversuchs strafbar gemacht.

Hinweis 24: Wer beim Fehlschlag der Einzelbetrachtungslehre anhängt, muss einen Fehlschlag bejahen und deshalb im Ergebnis einen Totschlagsversuch zu Lasten des B und des C annehmen. Wer zunächst bei der Frage des Fehlschlags der h.M. folgt, sich dann beim korrigierten Rücktrittshorizont aber der Gegenansicht anschließt, bejaht den Rücktritt nur bezüglich B. Je nachdem, wie man sich dann beim „außertatbestandlichen Ziel“ entscheidet, stünde im Ergebnis ein Totschlagsversuch zu Lasten des C oder eben nicht.

II. Strafbarkeit nach §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2; Nr. 4; Nr. 5 StGB durch Anfahren mit dem Auto

A könnte sich wegen gefährlicher Körperverletzung strafbar gemacht haben, indem er B und C mit dem Auto anfuhr.

Hinweis 25: Unabhängig davon, ob man den Totschlagsversuch bejaht oder verneint, ist im Anschluss die Strafbarkeit wegen gefährlicher Körperverletzung zu prüfen. Darauf kann nicht aus Konkurrenzverwägungen verzichtet werden, weil versuchter Totschlag und vollendete Körperverletzung zur Klarstellung in Idealkonkurrenz stehen (§ 52 StGB).¹⁰⁵

1. § 223 Abs. 1 StGB

A hat mit dem schmerzhaften Anfahren sowohl eine üble unangemessene Behandlung vorgenommen, durch die das körperliche Wohlbefinden der B und C nicht unerheblich beeinträchtigt wurde (körperliche Misshandlung), als auch einen pathologischen Zustand (Schädel-Hirn-Trauma und Platzwunde bei C, Brüche bei B) hervorgerufen (Gesundheitsschädigung). Die Verletzungen sind insbesondere auch objektiv zurechenbar entstanden, weil es das typische Risiko der Verletzungshandlung (Anfahren mit Auto) ist, das sich mit den Verletzungen infolge des Aufpralls verwirklicht.

Hinweis 26: Ob der Kontakt mit dem Auto oder dem Boden die Verletzungen hervorruft, ist an dieser Stelle noch nicht zu thematisieren, weil dies eine Frage des § 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB ist.

Das Ganze geschah mindestens mit Eventualvorsatz, eher sogar mit Absicht des A, weil er an den beiden „ein Exemplum statuieren“ möchte, wozu im Rockermilieu bei lebensnaher Betrachtung mindestens eine Körperverletzung notwendig ist (s.o.). Objektiver und subjektiver Tatbestand des § 223 Abs. 1 StGB sind somit erfüllt.

Hinweis 27: Das ist so offensichtlich, dass mit Blick auf eine angemessene Schwerpunktsetzung der Urteilstil angezeigt ist (vgl. wiederum Lagodny/Mansdörfer/Putzke, ZJS 2014, 157 [160]).

2. § 224 Abs. 1 StGB

Darüber hinaus könnte die Körperverletzung als gefährlich zu qualifizieren sein.

a) Zuerst ist zu fragen, ob die Verletzungen i.S.d. § 224 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2 StGB mit „einem anderen gefährlichen Werkzeug“ zugefügt wurden. Das Anfahren mit einem Auto ist ohne weiteres als Verwendung eines anderen gefährlichen Werkzeugs einzustufen, weil der fahrende PKW nach der konkreten Art seiner Verwendung dazu geeignet ist, das Opfer erheblich zu verletzen.¹⁰⁶ Die Körperverletzung müsste aber gerade „mittels“ des gefährlichen Werkzeugs begangen sein. Hier ist zwischen der Verletzung des B und des C zu unterscheiden:

Bezüglich des B macht die Subsumtion unter Nr. 2 keine Probleme. Das Auto überrollt seinen Fuß und bricht ihm mehrere Zehen.

Auch wenn es auf den ersten Blick eindeutig der Fall scheint, ist problematisch, ob dies auch für die Verletzung des C gilt. Hier hat nämlich nicht wie bei B der unmittelbare Kontakt zwischen Auto und Körper die schweren Verletzungen verursacht, sondern erst der spätere Aufprall auf den Boden. Aus dem Wortlaut „mittels“ leiten die ständige Rspr. und ein Teil der Lehre ab, dass Kausalität oder Zurechnungszusammenhang zwischen dem Einsatz des Werkzeugs und der eingetretenen Körperverletzung nicht ausreichen. Erforderlich sei vielmehr ein (objektiver) Zusammenhang derart,

¹⁰² BGHSt 7, 296 (299).

¹⁰³ Bei der Prüfung der Freiwilligkeit kommt es allgemein darauf an, dass sich der Täter letztlich selbst zum Rücktritt entschließt, vgl. BGH StV 2012, 15 f.

¹⁰⁴ Eine „nüchterne Abwägung“ als ausreichend erachtend BGHSt 35, 184 (186).

¹⁰⁵ BGHSt 44, 196 (198 f.); Eser (Fn. 56), § 212 StGB Rn. 23.

¹⁰⁶ BGH NStZ 2012, 697 (698); BGH NStZ 2007, 405.

dass der Körperverletzungserfolg unmittelbar durch das von außen auf den Körper des Tatopfers einwirkende gefährliche Tatmittel verursacht wird.¹⁰⁷ M.a.W. setze die Annahme einer gefährlichen Körperverletzung voraus, dass bereits durch den Anstoß eine körperliche Misshandlung oder Gesundheitsschädigung i.S.d. § 223 Abs. 1 StGB ausgelöst worden ist. Erst infolge des anschließenden Sturzes erlittene Verletzungen, die nicht auf den unmittelbaren Kontakt zwischen Kraftfahrzeug und Körper zurückzuführen sind, könnten dagegen für sich allein die Beurteilung als gefährliche Körperverletzung nach § 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB nicht tragen. Somit ist die Nr. 2 Alt. 2 bezüglich C nach Rspr. und Teilen der Lehre nicht erfüllt.

Hinweis 28: Grundsätzlich ist der Sachverhalt von den Bearbeitern als feststehend hinzunehmen. Hier ist es ausnahmsweise möglich, unter Hinweis auf eine lebensnahe Interpretation davon auszugehen, dass schon der Kontakt mit dem Auto bei C mindestens Hämatome oder mehr hervorgerufen haben muss. Dann käme es auf den Streit gar nicht mehr an. Das ist zwar ersichtlich nicht gewollt, wurde bei der Bewertung dennoch akzeptiert, weil sich der Sachverhalt an dieser Stelle doch erheblich von der Realität entfernt.

Eine Gegenmeinung in der Literatur will diese Konsequenz nicht ziehen.¹⁰⁸ Sie verlangt zwar mit Blick auf Sinn und Zweck der Qualifikation auch eine spezifische, d.h. gesteigerte Gefährlichkeit des Werkzeuggebrauchs im Vergleich zum menschlichen Körper, bemängelt aber die Rspr. als zu restriktiv. *Hardtung* etwa argumentiert, dass es wertungsmäßig gleich ist, ob man mit einem Katapult einen Stein gegen das Opfer oder das Opfer gegen ein hartes Objekt schleudert; beide Male liege das Gefährliche des Werkzeugs darin, dass es gefährliche Bewegungsenergie erzeugt.¹⁰⁹ Das gelte ebenso für Fälle wie den vorliegenden, wenn der Täter das Opfer mit einem Auto erfasst und durch die Luft schleudert: Die Gefährlichkeit des als Werkzeug eingesetzten Autos läge in der Aufprallenergie des harten Autos auf das Opfer und aber ebenso in der Aufprallenergie des Opfers auf der harten Straße. Ähnlich argumentieren *Paeffgen* und *Eckstein*.¹¹⁰ Nicht zuletzt wegen der sachwidrigen Ergebnisse der h.M. (z.B. [-], wenn der Täter sein Opfer aus dem fahrenden Fahrzeug wirft und allein der Aufprall auf die Straße Verletzungen verursacht; dagegen [+], wenn das Opfer mitgeschleift oder überfahren wird) ist diese Gegenmeinung überzeugender. Das

¹⁰⁷ BGH NStZ 2006, 572 (573); BGH NZV 2007, 481 m. zust. Anm. *Krüger*; BGH NStZ-RR 2014, 11 (12); *Stree/Sternberg-Lieben*, in: *Schönke/Schröder* (Fn. 1), § 224 StGB Rn. 3; *Fischer* (Fn. 10), § 224 StGB Rn. 9.

¹⁰⁸ *Eckstein*, NStZ 2008, 125; *Paeffgen*, in: *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen* (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 2, 4. Aufl. 2013, § 224 StGB Rn. 12a; diff. *Hardtung*, in: *Joecks/Miebach* (Fn. 1), § 224 StGB Rn. 23 f.

¹⁰⁹ Hierzu wie im Weiteren *Hardtung* (Fn. 108), § 224 Rn. 23.

¹¹⁰ S.o. Fn. 108.

fahrende Auto ist gerade deshalb ein gefährliches Werkzeug, weil es seine im Vergleich zum Menschen deutlich erhöhte Bewegungsenergie auf das Opfer überträgt und letzteres dank Gravitation am Ende immer auf der Erde landen wird. Dabei darf es auch keinen Unterschied machen, ob das Opfer, das von einem beweglichen Gegenstand beschleunigt wird, später auf einen beweglichen oder unbeweglichen Gegenstand prallt.¹¹¹

Hinweis 29: Solange sich der Bearbeiter nicht einfach mit einem Hinweis auf die Rspr. begnügt, sondern ausführlich für diese restriktive Sicht argumentiert, ist auch das gegenteilige Ergebnis vertretbar.

b) Weiter kommt § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB in Betracht, bei dem es umstritten ist, unter welchen Voraussetzungen eine Körperverletzung „mit einem anderen Beteiligten gemeinschaftlich“ begangen wird. Nach ganz h.M. reicht jedenfalls die Beteiligung eines anderen im Vorfeld der Tat nach Sinn und Zweck der Qualifikation nicht aus, weil sie die Verteidigungschancen des Opfers nicht nennenswert mindert.¹¹² Für P kommt nur eine Anstiftung zur Tat des A in Betracht, während er später nicht mehr am Tatort auftaucht. A selbst ist bei der Tatbegehung sogar in Unterzahl, sodass eine Steigerung der Gefährlichkeit der Körperverletzung nicht aus einer etwaigen gemeinschaftlichen Begehung resultieren würde. In einem solchen Fall ist § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB teleologisch zu reduzieren. Er ist demnach nicht erfüllt.

c) Somit bleibt noch § 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB, der eine das Leben gefährdende Behandlung voraussetzt. Nach h.M. bedarf es des Eintritts einer konkreten Lebensgefahr nicht und die eingetretene Verletzung braucht nicht lebensgefährlich zu sein.¹¹³ Lediglich die Verletzungshandlung müsse zur Lebensgefährdung geeignet sein, was anhand der Umstände des Einzelfalles zu bestimmen sei.¹¹⁴ Wenn A hinterrücks mit einem Auto mit 50 km/h auf zwei Personen zufährt – wobei schon ein Aufprall mit 30 km/h für die Insassen (!) eines PKW tödlich sein kann – ist diese Tathandlung ohne weiteres dazu geeignet, die Opfer zu töten (s.o.). Wegen dieser Eignung ist § 224 Abs. 1 Nr. 5 auf Grundlage der h.M. zu bejahen.¹¹⁵ In der Literatur wird dagegen teilweise der Eintritt einer *konkreten* Lebensgefahr verlangt.¹¹⁶ Sie setzt nicht voraus, dass das Opfer tatsächlich knapp dem Tode entrinnt

¹¹¹ Siehe *Eckstein*, NStZ 2008, 125 (128).

¹¹² *Stree/Sternberg-Lieben* (Fn. 108), § 224 StGB Rn. 11; *Kiuper*, GA 2003, 379 f.; *Fischer* (Fn. 10), § 224 StGB Rn. 11; *Horn/Wolters*, in: *Wolter* (Fn. 53), § 224 StGB Rn. 26; *Lackner/Kühl* (Fn. 36), § 224 StGB Rn. 7; a.A. *Maurach/Schroeder/Maiwald*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 1, 10. Aufl. 2009, § 9 Rn. 17.

¹¹³ *Stree/Sternberg-Lieben* (Fn. 108), § 224 StGB Rn. 12 m.w.N.

¹¹⁴ BGH NStZ 2004, 618 m.w.N.

¹¹⁵ Vgl. BGH VRS 14 (1958), 286 (288); zum Herunterstoßen vom fahrenden Moped BGH bei *Dallinger*, MDR 1957, 652.

¹¹⁶ Siehe etwa *Paeffgen* (Fn. 108), § 224 StGB Rn. 27 f. m.w.N.

(was es hier zwar ist, aber erst infolge des weiteren Verlaufs), sondern dass die Behandlung konkret lebensgefährlich war. C wurde frontal vom Auto erfasst, weshalb es als (zugegeben: eher unrealistischer) reiner Zufall erscheint, dass er bei der Kollision nicht tödlich verletzt wurde. Auch nach dieser Ansicht wird man daher wenigstens zu Lasten des C eine konkrete Lebensgefahr annehmen müssen. Somit kommen beide Ansichten zum selben Ergebnis: § 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB ist erfüllt.

d) A kannte auch alle Umstände, aus denen sich die Verwendung eines gefährlichen Werkzeugs bzw. die lebensgefährdende Behandlung ergab, und wollte die Körperverletzung in dieser Weise begehen. Vorsatz bezüglich der Qualifikation liegt somit vor.

3. Ergebnis zu II.

A hat sich der gefährlichen Körperverletzung nach §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2; Nr. 5 StGB schuldig gemacht.

Hinweis 30: Alternativ nur §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB.

III. Strafbarkeit nach §§ 212 Abs. 1, 22, 23 Abs. 1, 12 Abs. 1, 13 Abs. 1 StGB durch erneutes Verlassen des Tatorts

A könnte sich wegen versuchten Totschlags durch Unterlassen strafbar gemacht haben, indem er C nach seiner Rückkehr erneut liegen gelassen hat.

Hinweis 31: Folgt man oben im Rahmen des korrigierten Rücktrittshorizontes der h.M., muss der Rücktritt vom Totschlagsversuch insgesamt bejaht werden und die sonst auf Konkurrenzebene vom Begehungsdelikt verdrängte Unterlassensstrafbarkeit lebt wieder auf. Nur dann ist zu prüfen, ob A mit dem erneuten Verlassen des Tatorts einen versuchten Totschlag durch Unterlassen begangen hat.

1. Tatentschluss

Zunächst müsste A den Entschluss gefasst haben, C durch Unterlassen zu töten. Nach der Vorstellung des A hat er dem – wie auch er nun erkannt hat – lebensgefährlich verletzten C keine Hilfe gerufen, obwohl es ihm subjektiv möglich gewesen wäre (Nichtvornahme der erforderlichen Rettungshandlung trotz Möglichkeit)¹¹⁷. Dabei ist ihm auch der Todeseintritt recht, sodass insoweit Eventualvorsatz gegeben ist. Weiter müsste seine Vorstellung auch alle Umstände umfasst haben, aus denen seine Garantenstellung folgt. Eine Garantenhaftung ergibt sich hier aus vorangegangenem gefährdenen Tun (sog. Ingerenz)¹¹⁸. Wenn schon fahrlässiges Vorverhalten ausreicht, muss dies erst recht für vorsätzliches Tun

¹¹⁷ Überblick bei Rengier (Fn. 21), § 49 Rn. 8-10; Wessels/Beulke/Satzger (Fn. 25), Rn. 708 f.

¹¹⁸ Überblick bei Rengier (Fn. 21), § 50 Rn. 70 ff.; Wessels/Beulke/Satzger (Fn. 25), Rn. 725-727.

(hier: absichtliches Anfahren mit dem Auto) gelten.¹¹⁹ A war bewusst, dass er den C zuvor mit dem Auto rechtswidrig schwer verletzt und somit vorsätzlich eine Gefahr für dessen Leben geschaffen hat. Damit fasst sein Entschluss auch die Umstände, aufgrund derer er von Rechts wegen dazu verpflichtet ist, dem C zu helfen. Ein Tatentschluss zur Tötung durch Unterlassen liegt damit vor.

2. Unmittelbares Ansetzen

Auch wenn allgemein umstritten ist, wann der Täter gem. §§ 22, 13 Abs. 1 StGB zum Versuch durch Unterlassen unmittelbar ansetzt,¹²⁰ wird man den Versuchsbeginn spätestens mit dem endgültigen Verlassen des Tatorts nach allen Ansichten bejahen müssen.¹²¹

3. Persönlicher Strafaufhebungsgrund: Rücktritt vom Versuch

Ebenfalls umstritten ist, inwiefern bei der Unterlassungstat zwischen unbeendetem und beendetem Versuch unterschieden werden kann.¹²² Der Unterlassungstäter muss aber – dem im Stadium des beendeten Versuchs befindlichen Täter vergleichbar – in jedem Fall aktiv tätig werden.¹²³ A hat keinerlei Rettungsbemühungen entfaltet, sodass ein strafbefreiender Rücktritt ausscheidet.

4. Ergebnis

Die Strafbarkeit nach §§ 212 Abs. 1, 22, 23 Abs. 1, 12 Abs. 1, 13 Abs. 1 StGB liegt vor und steht wegen des neuen Tatentschlusses in Tatmehrheit (§ 53 StGB) zur gefährlichen Körperverletzung.

Hinweis 32: Bei alternativem Lösungsweg, d.h. wenn der Rücktritt zuvor abgelehnt wurde, steht der Totschlagsversuch in *Tateinheit* zur gefährlichen Körperverletzung.

¹¹⁹ H.M., siehe *Freund*, in: Joecks/Miebach (Fn. 52), § 13 StGB Rn. 133 m.w.N – in der Rspr. wurde freilich vereinzelt vertreten, dass eine Rettungspflicht nach vorsätzlicher Gefährdung ausscheidet. Dabei handelt es sich allerdings um eine einzige Entscheidung des BGH (in NStZ-RR 1996, 131), die in der Literatur gar als „Versehen“ (*Stein*, JR 1999, 265 [273]) eingeordnet wird. Diese Gegenansicht ist nur vertretbar, wenn sie umfassend und überzeugend begründet wird. Der Bearbeiter müsste sich dann auch mit der Frage beschäftigen, ob das Urteil in NStZ-RR 1996, 131 überhaupt allgemeine Rückschlüsse zulässt. Dort ging es nämlich um Aussetzung und Mord. Gerade im vorliegenden Fall erscheint es äußerst fragwürdig, dem Täter erst den Rücktritt zu gewähren und dann aber eine Unterlassenstrafbarkeit mangels Ingerenz zu verneinen.

¹²⁰ Lackner/Kühl (Fn. 36), § 22 StGB Rn. 17; Kudlich, JA 2008, 601 (603); Exner, Jura 2010, 276 (278 f.).

¹²¹ Siehe etwa BGH NJW 1992, 3309 (3310).

¹²² Überblick bei Kudlich, JA 2008, 601 (603).

¹²³ Lackner/Kühl (Fn. 36), § 24 StGB Rn. 22a.

IV. Strafbarkeit nach § 249 Abs. 1 StGB durch Abstreifen der Kutte

Ferner könnte sich A wegen Raubes strafbar gemacht haben, indem er C die Weste abnahm. A hat zwar Gewalt angewendet und eine fremde bewegliche Sache weggenommen. Es fehlt aber am erforderlichen Finalzusammenhang zwischen Nötigungsmittel und Wegnahme. Vielmehr liegen eine zeitliche Zäsur und ein neuer Tatentschluss dazwischen. Es handelt sich auch nicht um eine sog. fortgesetzte Gewaltanwendung, wenn der Täter das hilflose Opfer nur „bei Gelegenheit“ (ohne erneute konkludente Drohung) bestiehlt.¹²⁴ Das Abstreifen der Weste kann mangels Gegenwehr des C nicht als Gewalt gewertet werden. Und schließlich kommt eine Gewalt durch Unterlassen nicht in Betracht, weil es bereits an einer fortbestehenden Gewaltwirkung (Fesselung, Einsperren etc.) mangelt.

V. Strafbarkeit nach § 242 Abs. 1 StGB durch Abstreifen der Kutte

Damit bleibt nur eine mögliche Strafbarkeit wegen Diebstahls, indem A dem C die Kutte abstreifte. A hat vorsätzlich eine fremde bewegliche Sache weggenommen.

Hinweis 33: Teilweise kam bei den Bearbeitern die Frage auf, ob C vielleicht bewusstlos gewesen ist. Das wäre hier zwar lebensnah, ist aber im Sachverhalt gar nicht mitgeteilt. Jedenfalls würde es nichts am Gewahrsam des C ändern, denn nach der Verkehrsanschauung dauert jener auch bei vorübergehender Bewusstlosigkeit des Inhabers fort.¹²⁵

Fraglich ist nur, ob A mit *Zueignungsabsicht* gehandelt hat. Er behält sich nämlich vor, die „Kutte“ entweder zu zerstören oder als Trophäe aufzubewahren. Eine Rückführung an den Eigentümer steht nicht im Raum, sodass ein mindestens bedingt vorsätzlicher Enteignungswille vorliegt. A müsste aber auch dolus directus 1. Grades hinsichtlich der Aneignung der Sache aufweisen.¹²⁶ Die läge nur in der Variante der Aufbewahrung im Clubhaus vor – ein wirtschaftlicher Umgang mit der Weste ist dagegen nicht zwingend, weil § 242 StGB ein Eigentums- und kein Vermögensdelikt ist.¹²⁷ Das Verbrennen der Weste würde zwar grundsätzlich auch zum Umgang mit der Sache gehören, wie er nur dem Eigentümer zusteht (§ 904 BGB). Allerdings ist die Zerstörung der Sache nach § 303 StGB gesondert pönalisiert und zwar mit einer geringeren Höchststrafe, als sie § 242 StGB vorsieht, nämlich mit drei statt fünf Jahren Freiheitsstrafe. Deshalb ist es allgemein anerkannt, dass ein Täter keine Aneignungsabsicht aufweist, der eine Sache nur zerstören will, ohne dabei zugleich einen

wirtschaftlichen Nutzen aus ihr zu ziehen.¹²⁸ Es darf nämlich keinen Unterschied machen, ob der Täter eine Sache ohne Gewahrsamserlangung zerstört oder kurz darauf.

A hat sich jedoch zum Tatzeitpunkt gerade nicht auf diese Verwendung festgelegt, sondern sich die Entscheidung über den Umgang mit der Sache für einen späteren Zeitpunkt vorbehalten. Mit der Sache nach Belieben zu verfahren, ist ein Privileg des Eigentümers, das sich A hier anmaßt. Insofern besteht eine Parallele zum Sachverhalt einer Entscheidung des OLG Nürnberg.¹²⁹ Dort hat das OLG eine Verurteilung wegen Raubes bestätigt, nachdem das LG festgestellt hatte, dass es den Angeklagten darum ging, die „Fankutte“ eines gegnerischen Fans zu erbeuten, um später frei darüber entscheiden zu können, in welcher Form mit der Jacke weiter verfahren werden solle (Vernichtung bzw. Aufbewahrung als Trophäe und Beweis für den glücklichen Überfall)¹³⁰. An der Aneignungskomponente fehle es nur dann, wenn sich der Wille des Täters in der Schädigung des Opfers erschöpfe. Anders als in einem ähnlichen vom BGH entschiedenen Fall,¹³¹ in dem das Tatgericht nicht ausschließen konnte, dass die Kutte unmittelbar nach der Wegnahme weggeworfen werden sollte, und keine andere eigentümerähnliche Verwendung im Raum stand, liegt in unserem Fall also die Aneignungsabsicht vor. Damit ist auch der subjektive Tatbestand des Diebstahls erfüllt.

Zusätzlich nutzte A auch die hilflosen Lage des C aus (§ 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 6 StGB), was die Regelvermutung für einen besonders schweren Fall des Diebstahls begründet. Angesichts des üblichen Preises einer (echten) Lederweste von jenseits der 25,- € kommt ein Ausschluss wegender sog. Geringwertigkeitsklausel des § 243 Abs. 2 StGB nicht in Betracht. A ist demnach strafbar wegen Diebstahls nach §§ 242 Abs. 1, 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 6 StGB.

VI. Endergebnis zur Strafbarkeit des A

Nach hier vertretener Lösung hat sich A wegen Diebstahls nach §§ 242 Abs. 1 StGB unter Verwirklichung des Regelbeispiels des § 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 Var. 2 StGB, gefährlicher Körperverletzung nach §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2; Nr. 5 StGB, versuchtem Totschlag durch Unterlassen nach §§ 212 Abs. 1, 22, 23 Abs. 1, 12 Abs. 1, 13 Abs. 1 StGB und nochmals Diebstahls gem. §§ 242 Abs. 1 StGB unter Verwirklichung des Regelbeispiels des § 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 6 StGB strafbar gemacht. Diese Delikte stehen jeweils in Tatmehrheit gem. § 53 StGB.

¹²⁸ RGSt 35, 355 (357); 61, 228 (232); BGH bei *Dallinger*, MDR 1966, 725 (727); BGH NJW 1977, 1460; *Eser/Bosch* (Fn. 1), § 242 StGB Rn. 55; *Wittig* (Fn. 12), § 242 StGB Rn. 35.1; *Schmitz* (Fn. 2), § 242 StGB Rn. 143; a.A. *Wallau*, JA 2000, 248 (255).

¹²⁹ OLG Nürnberg NStZ-RR 2013, 78.

¹³⁰ Dass die Beweiswürdigung des LG Nürnberg-Fürth a.a.O. womöglich vom Ergebnis geleitet war, steht auf einem anderen Blatt.

¹³¹ BGH NStZ 2011, 699.

Strafbarkeit des P**I. Strafbarkeit des P gem. §§ 212 Abs. 1, 22, 23 Abs. 1, 12 Abs. 1, 26 StGB durch Aufforderung**

Es ist zu prüfen, ob P den A durch seine Aufforderung zum versuchten Totschlag angestiftet hat.

1. Teilnahmefähige Haupttat

Die nach § 26 StGB erforderliche vorsätzliche rechtswidrige Haupttat ist der Totschlagsversuch des A zulasten von B und C (s.o.).

2. Bestimmen gemäß § 26 StGB

P müsste A zur Haupttat bestimmt haben, d.h. den Tatentschluss in A – nach teilweise vertretener Ansicht: im Wege kommunikativer Beeinflussung¹³² – hervorgerufen haben. P hat A dazu aufgefordert, den „Runners“ mit Nachdruck deutlich zu machen, wer in Mainz das Sagen hat, und ihm den gewöhnlichen Aufenthaltsort der Rivalen mitgeteilt. Anschließend hat A den Angriff auf B und C ausgeführt. Damit war die verbale Aufforderung des P kausal für den Tatentschluss des A. P hat A nach allen Ansichten zur Tatbegehung bestimmt.

3. Vorsatz bezüglich Anstiftungshandlung und Haupttat

Weiter müsste P vorsätzlich gehandelt haben, und zwar mit Vorsatz bezüglich der eigenen Anstiftungshandlung und bezüglich der Haupttat. Während der Vorsatz bezüglich der eigenen Handlung vorliegt, erscheint problematisch, ob das für die Haupttat gilt. Denn der Vorsatz des Anstifters muss sich auf eine konkrete Haupttat beziehen. Bezuglich der konkreten Tatumstände genügt jedoch Eventualvorsatz.¹³³ Für eine Zurechnung und damit die tätergleiche Bestrafung wird verlangt, dass die Tat im Unrechtsgehalt und von der Angriffsrichtung her im Wesentlichen der Tat entspricht, zu welcher der Teilnehmer den Haupttäter bestimmen wollte.¹³⁴ Daran fehlt es etwa, wenn bloß allgemein dazu aufgefordert wird, eine „Bank oder Tanke machen“.¹³⁵ Die Rspr. fordert vielmehr, dass der Anstifter die individualisierenden Merkmale des konkreten Geschehens (Objekt, Ort, Zeit und sonstige Umstände des Tatgeschehens) kennt.¹³⁶ Andere wieder-

um fordern genau dies nicht¹³⁷ oder formulieren andere Kriterien¹³⁸.

P kennt den konkreten Personenkreis, aus dem die Opfer stammen sollen. Er kennt auch den Tatort und immerhin die Zeitspanne („alsbald“), in der die Tat verübt werden soll. Fraglich ist allein, auf welches Delikt sich sein Vorsatz bezogen hat. Bei lebensnaher Betrachtung wird zu einer Macht-demonstration im Rockermilieu mindestens eine körperliche Attacke (durchaus auch gegen mehrere Personen) notwendig sein. Anders lässt sich die Aufforderung verbunden mit dem Hinweis auf den mutmaßlichen Aufenthaltsort der Opfer schwerlich verstehen. Zudem heißt es sogar, dass P „jeder Ausgang recht ist“. Damit ist klar, dass P auch die Tötung anderer Biker für möglich hält und billigt. Eine versuchte Tötung ist damit ebenfalls von seinem Anstifternvorsatz umfasst.

Die Bestimmtheit des Anstifternvorsatzes ist also selbst bei den strengen Anforderungen der Rspr. zu bejahen.

4. Ergebnis

P hat A zum versuchten Totschlag angestiftet.

II. Strafbarkeit des P gem. §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2; Nr. 5, 26 StGB durch Aufforderung

Zudem hat P den A zur tateinheitlich begangenen vollendeten gefährlichen Körperverletzung angestiftet. Denn auch bezüglich des Einsatzes von Waffen oder anderen gefährlichen Werkzeugen wird man aus den o.g. Gründen annehmen müssen, dass P dies (ebenso wie eine lebensgefährdende Behandlung) für möglich gehalten und in Kauf genommen hat („jeder Ausgang recht“). Eine unbewaffnete Auseinandersetzung unter Rockern wäre ohnehin geradezu unrealistisch (vgl. Presse)¹³⁹.

Hinweis 34: Ein Teil der Bearbeiter hat bezüglich P eine mittelbare Täterschaft (als „Täter hinter dem Täter“) geprüft und teilweise sogar bejaht. Hier wurde allenfalls eine kurze Prüfung als unschädlich bewertet, nicht aber deren ausführliche Erörterung und Bejahung. Der Sachverhalt enthält nämlich überhaupt keine näheren Angaben zur Organisationsstruktur des Motorradclubs, weshalb solche Subsumtionen überwiegend auf reinen Spekulationen beruhten, die selbst bei realen Motorradclubs recht fraglich und damit auch nicht „lebensnah“ erscheinen würden. Zudem ist die Figur des Täters hinter dem Täter für absolute Ausnahmefälle geschaffen worden und an strenge Voraussetzungen¹⁴⁰ gebunden, die nicht leichtfertig bejaht werden dürfen.

¹³² Fischer (Fn. 10), § 26 StGB Rn. 3; Wessels/Beulke/Satzger (Fn. 25), Rn. 568; Roxin (Fn. 55), § 26 Rn. 74; a.A. Lackner/Kühl (Fn. 36), § 26 StGB Rn. 2 m.w.N.

¹³³ Heine, in Schönke/Schröder (Fn. 1), § 26 StGB Rn. 17 m.w.N.

¹³⁴ Schünemann, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Fn. 50), § 26 StGB Rn. 79; Heine (Fn. 134), § 26 StGB Rn. 17 m.w.N.

¹³⁵ BGH NStZ 1986, 407 f. = BGHSt 34, 63; zust. Joecks, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 2. Aufl. 2012, § 26 StGB Rn. 57; Satzger, Jura 2008, 514 (519 f.), der einen „Test der hypothetischen Anwesenheit“ vorschlägt; abl. Roxin, JZ 1986, 908.

¹³⁶ BGHSt 34, 63 (66).

¹³⁷ Heine (Fn. 133), § 26 StGB Rn. 17 m.w.N.

¹³⁸ Schünemann (Fn. 134), § 26 StGB Rn. 40: „wesentliche Unrechtsdimension“; Roxin, JZ 1986, 908.

¹³⁹ S.o. Fn. 47.

¹⁴⁰ Überblick für Studenten bei Koch, JuS 2008, 400 (401 f. m.w.N.).

III. Ergebnis Strafbarkeit des P

P hat sich nach §§ 212 Abs. 1, 22, 23 Abs. 1, 12 Abs. 1, 26, 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nr. 2, Nr. 5, 52, 26 StGB wegen Anstiftung zum Totschlagsversuch in Tateinheit mit gefährlicher Körperverletzung strafbar gemacht.

argumente; ggf. eigene Argumente; umfangreiche Literaturauswertung usw.).

- Im Zweifel war die Bearbeitungsqualität des 2. Schwerpunkts ausschlaggebend.

Bewertungshinweise

Hinweis 35: Die Hausarbeit enthält nicht mehrere gleichrangige Rechtsprobleme, deren Darstellung und Lösung den Schwerpunkt der Benotung bilden. Zwar sind auch diverse „klassische“ Streitstände enthalten, deren souveräne Beherrschung erwartet wurde. Insgesamt standen die Bearbeiter aber vor mehrschichtigen Problemen insbesondere auch auf der Subsumtionsebene (z.B. Liebeschlösser und Tatentschluss zur Tötung durch Anfahren mit dem Auto). Innerhalb dieser vielen kleinen Schwerpunkte kam der Prüfung des Rücktritts vom Totschlagsversuch die größte Bedeutung zu und innerhalb des Rücktritts wiederum der sog. Korrektur des Rücktrittshorizontes – wurde dieser Punkt übergangen, lag i.d.R. ein schwerer Fehler vor. Es wurde allerdings nicht erwartet, dass die Bearbeiter alle in der Lösungsskizze problematisierten Punkte so umfangreich wie hier behandeln, weil dies schon wegen des begrenzten Umfangs (vorgegeben waren 25 Druckseiten mit üblicher Formatierung) kaum zu leisten gewesen wäre.

Für die Bewertung wurde die Arbeit in drei größere Schwerpunkte eingeteilt:

- Die Prüfung des Diebstahls der „Liebesschlösser“.
- Die Prüfung des Totschlagsversuchs durch Anfahren mit dem Auto (inkl. Rücktritt).
- Die Prüfung der gefährlichen Körperverletzung, der Wegnahme der Kutte und der Teilnehmerstrafbarkeit des P.

Für die Bewertung folgte daraus:

- Die Grenze für das Bestehen wurde in etwa dort ange setzt, wo der Bearbeiter zwei der drei Schwerpunkte in annehmbarer Form erfasst, d.h. die wesentlichen Probleme erkannt und vertretbar gelöst hatte (nicht unbedingt differenziert oder mit besonderem Tiefgang, aber wenigs tens konsequent).
- Eine befriedigende Leistung lag vor, wenn der Bearbeiter entweder alle Schwerpunkte annehmbar gelöst hatte oder Schwächen in einem Teil in den anderen beiden Teilen durch besonders gelungene Ausführungen kompensiert wurden.
- Überdurchschnittliche Noten wurden vergeben, wenn über die brauchbare Lösung aller Schwerpunkte hinaus einer oder mehrere im Hinblick auf Tiefgang und Vielschichtigkeit der Argumentation besonders gut gelungen erschienen (d.h. keine schematische Streitdarstellung, sondern lebhafte Diskussion der Argumente und Gegen