

Wintersemester 2014/2015

Klausurenkurs zur Examensvorbereitung im Strafrecht

1. Klausur / 18. 10. 2014

Knapp vorbei ist auch daneben

Am 23.1. 1958 entschied der 4. Strafsenat des Bundesgerichtshofes als Revisionsgericht über einen Fall, dem folgender **Sachverhalt** zugrunde lag :

„Der Angeklagte P hat zusammen mit den früheren Mitangeklagten M und T versucht, nachts in das Lebensmittelgeschäft von A einzudringen, um dort zu stehlen; jeder von ihnen war dabei mit einer geladenen Pistole bewaffnet. Als P die Fensterscheibe des Schlafzimmers der Eheleute A, das er für einen Büroraum gehalten hatte, eingedrückt und M die Fensterflügel ins Zimmer hinein aufgestoßen hatte, war A ans Fenster gegangen, hatte die Fensterflügel wieder zugestoßen und sich gestikulierend und brüllend vor das Fenster gestellt. Darauf gaben M und T je einen Schuss auf das Fenster ab. Danach liefen sie hintereinander auf die Straße zu. An der vorderen Hausecke bemerkte M rückwärts schauend, dass ihm in einer Entfernung von nicht mehr als 2 bis 3 m eine Person folgte. Diese war der Angeklagte P. Ihn hielt M aber für einen Verfolger und fürchtete, von ihm ergriffen zu werden. Um der vermeintlich drohenden Festnahme und der Aufdeckung seiner Täterschaft zu entgehen, schoss er auf die hinter ihm hergehende Person; dabei rechnete er mit einer tödlichen Wirkung seines Schusses und billigte diese Möglichkeit. Das Geschoß traf P am rechten Oberarm, durchschlug aber nur den gefütterten Ärmel seines Rockes und verfang sich im aufgekrempeelten Hemdärmel.

Die Angeklagten hatten auch sonst bei ihren jetzt mitabgeurteilten Diebesfahrten wiederholt geladene Schusswaffen bei sich. Über deren Verwendung hatten sie besprochen, dass auch auf Menschen gefeuert werden solle, wenn die Gefahr der Festnahme eines der Teilnehmer drohe. Dieser Abrede aller drei Angeklagten entsprach auch der auf P abgegebene Schuss. M wollte ihn treffen, um ihn als vermeintlichen Verfolger auszuschalten; er hielt auf ihn, um ihn auf alle Fälle gleichviel an welcher Stelle des Körpers, zu treffen; es war ihm recht, wenn die Kugel dabei tödlich traf, wenn sie nur überhaupt trafe und den Getroffenen als Verfolger erledigte.

Aufgabe :

1. Legen Sie auf der Grundlage des oben geschilderten Sachverhaltes gutachtlich dar, wie sich P nach jetzt geltendem Strafrecht strafbar gemacht haben könnte. Gehen Sie dabei davon aus, dass P, M und T eine „Bande“ waren.

§§ 123, 303 StGB brauchen nicht berücksichtigt zu werden. Die beiden von M und T auf das Fenster abgegebenen Schüsse und die „mitabgeurteilten Diebesfahrten“ brauchen nicht geprüft zu werden.

2. Erklären Sie unter Heranziehung der einschlägigen Vorschriften aus StPO und GVG, warum der Bundesgerichtshof über diesen Fall entschieden hat.

3. Was könnte der Grund dafür sein, dass M und T in dem Verfahren vor dem BGH nicht „Mitangeklagte“, sondern „frühere Mitangeklagte“ gewesen sind ?

4. Was wäre prozessrechtlich zu beachten, wenn P ein Bruder von Frau A wäre ?

Lösungshinweise

Frage 1

Strafbarkeit des P

I. Versuchter schwerer Bandendiebstahl in Mittäterschaft, §§ 244 a, 25 Abs. 2, 22 StGB

1. Vollendeter schwerer Bandendiebstahl liegt nicht vor. Es wurden keine Sachen weggenommen.
2. Da die Tat Verbrechen ist (§ 12 Abs. 1 StGB), ist der Versuch mit Strafe bedroht (§ 23 Abs. 1 StGB).
3. P hatte den Vorsatz, gemeinsam mit M und T (§ 25 Abs. 2 StGB) einen schweren Bandendiebstahl in Mittäterschaft (Wegnahme fremder beweglicher Sachen im Rahmen einer Bande unter Mitführung einer Schusswaffe) zu begehen. P hatte auch die für § 242 StB erforderliche Zueignungsabsicht bezüglich der Sachen, die gestohlen werden sollten.
4. Es fehlt aber am unmittelbaren Ansetzen zur Tatbestandsverwirklichung (§ 22 StGB). Keiner der drei hat durch sein eigenes Verhalten unmittelbar zur Wegnahme fremder beweglicher Sachen angesetzt. Weder das Aufstoßen der Fensterflügel noch die in Richtung des Fensters abgegebenen Schüsse haben diese strafrechtliche Eigenschaft. Denn bis zum Beginn des ersten Wegnahmeaktes wären noch zahlreiche "Zwischenschritte" erforderlich gewesen : In das Haus eindringen, Raum mit stehlebenswerten Sache betreten, stehlebenswerte Sachen finden und dann letztendlich zugreifen.

Etwas anderes ergibt sich auch nicht daraus, dass der Diebstahl, den P begehen wollte, nicht ein „einfacher“ Diebstahl iSd § 242 StGB ist, sondern ein qualifizierter Diebstahl iSd § 244 a StGB. Zu den qualifizierenden Merkmalen gehört hier auch das Einbrechen in das Haus (§ 244 a Abs. 1 iVm § 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 StGB). Ein unmittelbares Ansetzen zur Verwirklichung des qualifizierenden Merkmals „Einbrechen“ kann man hier durchaus bejahen. Aber daraus ergibt sich nicht „automatisch“ ein unmittelbares Ansetzen zur Verwirklichung des Diebstahlstatbestandes. Denn dazu bedarf es eines unmittelbaren Ansetzens zur Verwirklichung des Diebstahls-Merkmals „Wegnahme“ (§ 242 Abs. 1 StGB). Der Versuch, das Fenster gewaltsam zu öffnen, ist noch kein unmittelbares Ansetzen zur Verwirklichung des Merkmals "Wegnahme". Beachtet werden muss, dass das unmittelbare Ansetzen zur Verwirklichung eines Qualifikationstatbestandes stets ein unmittelbares Ansetzen zur Verwirklichung des Grundtatbestandes voraussetzt (dazu Mitsch, JA 2014, 268 ff)!

5. Strafbarkeit aus §§ 244 a, 25 Abs. 2, 22 StGB ist nicht begründet worden.

II. Verabredung zum schweren Bandendiebstahl, §§ 244 a, 30 Abs. 2 Alt. 3 StGB

1. Da schwerer Bandendiebstahl ein Verbrechen iSd § 12 Abs. 1 StGB ist, ist § 30 Abs. 2 StGB anwendbar.
2. P hat sich mit M und T verabredet, gemeinsam als Bande einen Diebstahl zu begehen und dabei Schusswaffen mitzuführen. Die Verabredung richtete sich auf mittäterschaftliches (§ 25 Abs. 2 StGB) Zusammenwirken.
3. P hatte Vorsatz bezüglich aller Tatbestandsmerkmale des § 244 a StGB. Außerdem hatte er Zueignungsabsicht.
4. Die Tat war rechtswidrig.
5. P handelte schuldhaft.
6. Ein strafbefreiender Rücktritt gem. § 31 StGB liegt nicht vor. Der Plan ist fehlgeschlagen.
7. P hat sich aus §§ 244 a, 30 Abs. 2 Alt. 3 StGB strafbar gemacht.

Ob darüber hinaus auch eine Strafbarkeit aus §§ 249, 250 Abs. 2 Nr. 1, 30 Abs. 2 StGB oder aus §§ 252, 250 Abs. 2 Nr. 1, 30 Abs. 2 StGB begründet ist, kann auf der Grundlage des insofern nicht eindeutigen Sachverhalts (bezog sich die Verabredung auch auf Waffengebrauch zur Ermöglichung der Wegnahme [Raub] oder zur Sicherung der durch Diebstahl erlangten Tatbeute [räuberischer Diebstahl] ?) nicht beantwortet werden.

III. Versuchter Mord in Mittäterschaft, §§ 211, 25 Abs. 2, 22 StGB

Hier liegt das Hauptproblem :

Die Konstellation ist **BGHSt 11, 268** (Verfolgerfall) nachgebildet.

Instruktiv dazu

Streng, JuS 1991, 910 ff. (insb. S. 915 f.);

Scheffler, JuS 1992, 920 ff;

Schröder, JR 1958, 427;

Spendel, JuS 1969, 314

Dehne-Niemann, ZJS 2008,351;

Herzberg, Täterschaft und Teilnahme, 1977, S. 63;

B. Heinrich, Strafrecht Allgemeiner Teil, 3. Aufl. 2012, Rn 1240;

Kühl, Strafrecht Allgemeiner Teil, 7. Aufl. 2012, § 20 Rn 119 ff

Und viele andere Lehrbücher und Aufsätze (Nachweise z. B. bei Heinrich aaO).

* Vorprüfung

1. Vollendeter Mord in Mittäterschaft liegt nicht vor. Es wurde niemand getötet.

2. Da Mord ein Verbrechen ist (§ 12 Abs. 1 StGB), ist der Versuch mit Strafe bedroht, § 23 Abs. 1 StGB.

* Strafbarkeitsvoraussetzungen (Subjektiver Tatbestand, Objektiver Tatbestand, Rechtswidrigkeit, Schuld, evtl. Rücktritt)

3. Subjektiver Tatbestand (Tatentschluss)

P müsste den Vorsatz gehabt haben, eine Tat zu begehen, die den objektiven Tatbestand des Mordes in Mittäterschaft erfüllt hätte (sog. Tatentschluss).

Es wird sich erweisen, dass dieser – auf den Alleintäter zugeschnittene – Aufbau der Konstellation des Versuchs in Mittäterschaft schwer anzupassen ist. Daher wird unten ein alternatives Aufbaumodell gezeigt.

P müsste also den Vorsatz gehabt haben, in Mittäterschaft einen anderen Menschen zu töten (= Totschlag, § 212 StGB) und dabei wenigstens ein Mordmerkmal (§ 211 Abs. 2 StGB) zu erfüllen.

a) P hatte nicht den Vorsatz, allein – als Einzeltäter iSd § 25 Abs. 1 StGB eine Tat zu begehen, die die Tatbestandsmerkmale des Mordes erfüllt hätte. Das wird auch durch sein Verhalten bestätigt: P hat nicht geschossen.

b) Da P nicht selbst geschossen hat und auch nicht selbst schießen wollte, kann seine Strafbarkeit nur damit begründet werden, dass ihm der Schuss des M zugerechnet wird. Rechtsgrundlage dieser Zurechnung könnte § 25 Abs. 2 StGB sein. Voraussetzung dafür ist, dass P und M Mittäter sind.

Daher muss die weitere Prüfung die Besonderheiten der Mittäterschaft (§ 25 Abs. 2 StGB) berücksichtigen.

aa) Ein gemeinsamer Tatentschluss von P, M und T liegt vor. Dieser war im Zeitpunkt der Tatbegehung auch nicht aufgehoben worden. Es ist davon auszugehen, dass sowohl P als auch M weiterhin an der früher getroffenen Verabredung festhielten.

bb) P hat zu der Tat einen objektiven Beitrag geleistet, indem er gemeinsam mit M und T von dem Ort des geplanten Überfalls weglief. Es ist gewiss fraglich, ob man das als gleichwertigen und damit für täterschaftliche Beteiligung ausreichenden Tatbeitrag im Verhältnis zu dem von M abgefeuerten Schuss anerkennen kann. Eine physische Unterstützung der Schussabgabe kann darin nicht gesehen werden. Allenfalls die Aufrechterhaltung der tatplankonformen Gemeinschaftlichkeit bei der Tatausführung könnte ein mittäterschaftlicher Beitrag sein. Man kann sich mit guten Gründen auf den Standpunkt

stellen, dass dies für Mittäterschaft nicht ausreicht und allenfalls Beihilfe (§ 27 StGB) sein kann.

cc) Fraglich ist aber vor allem, ob der Umstand, dass das Handeln des M sich nicht gegen einen Verfolger, sondern gegen P richtete, eine Zurechnung dieses Verhaltens auf der Grundlage des § 25 Abs. 2 StGB ausschließt.

(1) **Gegen** eine Zurechnung könnte eingewendet werden, dass die Tat des M objektiv eine Abweichung vom gemeinsamen Tatplan war, weil die Person, auf die M schoss, kein wirklicher Verfolger war. Zugerechnet werden können nur Handlungen, die mit dem gemeinsamen Tatplan übereinstimmen. Was M getan hat, ist ein „Exzess“, für den die anderen Beteiligten nicht haften (so Herzberg, Täterschaft und Teilnahme, S. 63). Außerdem könnte man hinzufügen, dass die Zurechnung des Handelns des M für P zur Folge hat, dass er so gestellt wird, als habe er auf sich selbst geschossen. Auch das widerspricht den im gemeinsamen Tatplan getroffenen Vereinbarungen. Zudem wäre das dann gar kein tatbestandsmäßiges Verhalten („versuchte Selbst-Tötung“).

(2) **Für** eine Zurechnung, die insbesondere vom BGH vertreten wird, spricht das Dogma von der grundsätzlichen Unbeachtlichkeit der Personenverwechslung (error in persona). Den M bewahrt die Verwechslung des P mit einem Verfolger nicht vor Strafbarkeit wegen versuchten Mordes. M hat sich zudem subjektiv im Rahmen des gemeinsamen Tatplans gehalten (Streng, JuS 1991, 910, 916). Insofern ist sein Handeln kein Exzess. Ob die Unbeachtlichkeit des error in persona für den Täter auch Unbeachtlichkeit im Verhältnis zu anderen Tatbeteiligten zur Folge hat, ist sehr umstritten. Das ist die Problematik des „Rose-Rosahl-Falles“ und des „Hoferben-Falls“. Die h. M. (insb. Der BGH) überträgt die Unbeachtlichkeit des error in persona einfach auf die anderen Beteiligten (B. Heinrich, AT, Rn 1240; Kühl, AT, § 20 Rn 121). Eine in der Literatur vertretene Meinung bewertet die Personenverwechslung des M dagegen als aberratio ictus aus der Perspektive des P.

Vertretbar sind beide Auffassungen !

c) Als Mordmerkmal (§ 211 Abs. 2 StGB) kommt die Absicht, eine andere Straftat zu verdecken, in Betracht. Habgier scheidet aus, weil die Täter keine Beute hatten und auch nicht mehr nach Beute strebten, sondern nur entkommen wollten.

4. Unmittelbares Ansetzen

Wenn man das Verhalten des M dem P zurechnet, hat das für diesen zur Folge, dass er so gestellt wird, wie das der strafrechtlichen Qualität des Verhaltens des M entspricht (Kühl, AT, § 20 Rn 122) : M hat unmittelbar dazu angesetzt, einen anderen Menschen zu töten. Dies wird dem P zugerechnet. Also steht auch der P so, als habe er unmittelbar dazu angesetzt, einen anderen Menschen zu töten. Dass das für P ein untauglicher Versuch ist (Selbsttötung ist untauglich als Totschlag und Mord), steht der Strafbarkeit nicht entgegen (Streng, JuS 1991, 910, 916).

5. Die Tat war rechtswidrig.

6. P handelte schuldhaft.

7. Ein Rücktritt (§ 24 Abs. 2 StGB) liegt nicht vor.

8. Ergebnis :

Nach BGH und anderen hat sich P aus §§ 211, 25 Abs. 2, 22 StGB strafbar gemacht. Ein anderes Ergebnis ist vertretbar.

IV. Verabredung zur Begehung eines Mordes, §§ 211, 30 Abs. 2 StGB

Wenn man Strafbarkeit aus §§ 211, 25 Abs. 2, 22 StGB verneint, kommt Strafbarkeit aus §§ 21, 30 Abs. 2 Alt. 3 StGB in Betracht.

Die Strafbarkeitsvoraussetzungen sind erfüllt (Herzberg, Täterschaft und Teilnahme, S. 64). P hat sich mit M und T verabredet, eventuell einen mittäterschaftlichen Mord zu begehen.

V. Konkurrenzen

Verabredung zum Mord und Verabredung zum schweren Bandendiebstahl stehen in Tateinheit, § 52 StGB.

Verabredung zum schweren Bandendiebstahl und versuchter Mord in Mittäterschaft (wenn man die Strafbarkeit bejaht hat) stehen in Tatmehrheit, § 53 StGB.

Verabredung zum Mord tritt hinter versuchtem Mord in Mittäterschaft zurück (Subsidiarität).

Frage 2

Zuständigkeit des BGH

Die Zuständigkeit des BGH ergibt sich aus § 135 Abs. 1 GVG. Denn die Sache konnte hier nur im Wege der Revision zum BGH gelangen, § 333 StPO.

In erster Instanz war, da es um versuchten Mord geht, die Große Strafkammer am Landgericht als Schwurgericht zuständig, § 74 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 GVG. Folglich konnte es als Rechtsmittel nur die Revision zum BGH geben, § 333 StPO.

Frage 3

Mitangeklagte

Dass P, M und T Mitbeschuldigte oder Mitangeklagte waren, beruhte auf einer Verbindung ihrer Verfahren. Diese war zulässig und zweckmäßig.

Verbundene Verfahren können aber auch wieder getrennt werden.

Ob das hier der Fall war, geht aus dem Sachverhalt nicht hervor.

Möglich – und naheliegend – ist auch, dass M und T gegen das Urteil des Landgerichts nicht Revision eingelegt haben. Somit waren sie vor dem BGH nicht mehr Mitangeklagte neben P.

Frage 4

1. Strafantragserfordernis

Im Strafprozess könnte hier ein Strafantragserfordernis gem. § 247 StGB zu beachten sein.

Der Strafantrag ist eine Prozessvoraussetzung, ohne die ein Strafverfahren nicht durchgeführt werden darf, § 77 b StGB.

Da P Bruder der Frau A war, war er Schwager von Herrn A. Er war somit Angehöriger des „Verletzten“, d. h. des Eigentümers, gegen den sich der verabredete Bandendiebstahl richten sollte.

§ 247 StGB bezieht sich auch auf § 244 a StGB.

Gegenüber M und T besteht das Strafantragserfordernis aber nicht.

2. Zeugnis- und Auskunftsverweigerungsrecht

Außerdem ergeben sich aus dem Angehörigenverhältnis Zeugnisverweigerungsrechte (§ 52 StPO) und Auskunftsverweigerungsrecht (§ 55 StPO).

Als Schwester hat Frau A im Verfahren gegen P ein Zeugnisverweigerungsrecht gem. § 52 Abs. 1 Nr. 3 StPO.

Solange P noch nicht Beschuldigter ist, hat Frau A ein Auskunftsverweigerungsrecht gem. § 55 Abs. 1 iVm § 52 Abs. 1 Nr. 3 StPO.

Dasselbe gilt für A, wenn er Zeuge ist. Als Schwager des P gehört er zu dem Kreis von Angehörigen, die in § 52 Abs. 1 Nr. 3 StPO berücksichtigt sind.

Alternatives Aufbaumodell für den Versuch in Mittäterschaft im Fall BGHSt 11, 268

1. Vorprüfung : keine Vollendung

2. Vorprüfung : gesetzliche Versuchsstrafdrohung

3. Strafbarkeit wegen Versuchs als Alleintäter

Normale Versuchsprüfung bis zum unmittelbaren Ansetzen : P hat nicht unmittelbar zur Verwirklichung des Totschlagstatbestandes angesetzt

4. Strafbarkeit wegen Versuchs als Mittäter

a) Tat des M

aa) Tatentschluss

bb) Unmittelbares Ansetzen

b) Mittäterschaftliches Verhältnis zwischen M und P

aa) Gemeinsamer Tatentschluss

bb) Tatbeitrag des P

c) Zurechnung der Tat des M zu P

Fraglich wegen Verwechslung

5. Rechtswidrigkeit

6. Schuld