

Sommersemester 2004

Klausurenkurs zur Examensvorbereitung im Strafrecht

4. Klausur / 5.6. 2004

Der Gorilla

## **L ö s u n g (Kurzfassung)**

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

*Vorbemerkung : Es ist offensichtlich, daß hier weder vollendeter noch versuchter Diebstahl in Betracht kommt. Daher kann Strafbarkeit allein auf der Grundlage des § 30 StGB begründet werden. Langatmige Ausführungen zu Anstiftung zum versuchten Diebstahl oder gar Anstiftung zum vollendeten Diebstahl sind also verfehlt.*

### **Versuchte Anstiftung zum schweren Bandendiebstahl, §§ 244 a Abs. 1, 30 Abs. 1 StGB**

**1. Keine Vollendung** : Da T weder vollendeten noch versuchten Diebstahl begangen hat.

#### **2. Verbrechen**

Versuchte Anstiftung ist mit Strafe bedroht, wenn die Tat, auf die sich der Anstiftungsversuch bezieht, ein Verbrechen iSd § 12 Abs. 1 StGB ist. Die Tat, zu der E den T und den U veranlassen wollte, wäre schwerer Bandendiebstahl § 244 a StGB (= Verbrechen). Die versuchte Anstiftung zu einem schweren Bandendiebstahl ist also in § 30 Abs. 1 StGB mit Strafe bedroht.

*Man kann natürlich bereits an dieser Stelle die Problematik des § 28 Abs. 2 StGB erörtern und mit der h. M. zu dem Ergebnis kommen, daß die Haupttat für den E – der nicht Bandenmitglied ist – kein schwerer Bandendiebstahl, sondern nur ein Wohnungseinbruchsdiebstahl und daher kein Verbrechen wäre. Vertretbar ist aber auch, diese Thematik im Rahmen des Vorsatzes (Vorsatz bzgl. einer Haupttat, die Verbrechen ist) zu bearbeiten.*

#### **3. Subjektiver Tatbestand**

a) Vorsatz bzgl. Haupttat

E müßte den Vorsatz gehabt haben, daß T und U eine Tat begehen, die ein schwerer Bandendiebstahl iSd § 244 a Abs. 1 StGB wäre.

aa) E hatte den Vorsatz bzgl. § 242 StGB :

- (1) Fremder beweglicher Sachen in dem Haus der P,
- (2) Wegnahme dieser Sachen durch T und U (Wegnahme = Bruch fremden und Begründung neuen Gewahrsams),
- (3) vorsätzliches Handeln von T und U sowie Zueignungsabsicht von T und U,
- (4) rechtswidriges Handeln von T und U.

E hatte also den Vorsatz, daß T und U einen objektiv tatbestandsmäßigen, subjektiv tatbestandsmäßigen und rechtswidrigen Diebstahl begehen.

bb) E hatte auch Vorsatz bzgl. § 244 a Abs. 1 StGB :

- (1) Begehung des Diebstahls mittels eines Einbruchs in das Haus der P, § 244 Abs. 1 Nr. 3 StGB,
- (2) Begehung des Diebstahls durch T als Mitglied einer Bande (die nach h. M. erforderliche Mindestmitgliederzahl 3 ist vorhanden), die sich zur fortgesetzten Begehung von Diebstahlstaten zusammengeschlossen hat, unter Mitwirkung eines anderen Bandenmitglieds (U).

cc) Allerdings ist fraglich, ob die Haupttat für E tatsächlich ein schwerer Bandendiebstahl wäre.

Dem könnte die Tatsache entgegenstehen, daß E kein Mitglied der Bande ist. Diese Tatsache hätte zur Folge, daß die Haupttat für E kein schwerer Bandendiebstahl und deshalb kein Verbrechen ist, wenn zwei rechtliche Voraussetzung erfüllt wären :

- die Bandenmitgliedschaft müßte ein besonderes persönliches Merkmal iSd § 28 Abs. 2 StGB sein,
- § 28 Abs. 2 StGB müßte im Rahmen des § 30 Abs. 1 StGB anwendbar sein.

(1) Bandenmitgliedschaft als besonderes persönliches Merkmal

(1a) Nach wohl h. M. ist die Mitgliedschaft in der Bande ein besonderes persönliches Merkmal, das die Strafe schärft, also qualifizierende Wirkung hat.<sup>1</sup>

(1b) Nach einer beachtlichen Gegenmeinung handelt es sich bei der Bandenmitgliedschaft um ein tatbezogenes Merkmal, auf das § 28 StGB keine Anwendung findet. Die Strafschärfung beruhe auf den tatbezogenen Spezifika der Bandentat<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> MKStGB-Schmitz, § 244 Rn 61; ebenso Maurach/Schroeder/Maiwald, BT 1, § 33 Rn 128.

<sup>2</sup> SK-Hoyer, § 244 Rn 31, 35; Schönke/Schröder/Eser, § 244 Rn 28; Kindhäuser, Strafrecht Besonderer Teil II, 3. Aufl. 2003, § 4 Rn 40.

*Wer dieser Meinung folgt, kann festhalten, daß sich der Vorsatz des E auf eine Haupttat bezog, die auch für ihn als Nichtmitglied der Bande ein schwerer Bandendiebstahl gem. § 244 a StGB und daher ein Verbrechen iSd § 12 Abs. 1 StGB ist.*

Für die Anhänger der erstgenannten Meinung bezog sich der Vorsatz des E auf eine Haupttat, die für ihn als Nichtmitglied nur ein Wohnungseinbruchsdiebstahl iSd § 244 I Nr. 3 StGB – und daher nur ein Vergehen iSd § 12 Abs. 2 StGB – ist. Allerdings muß noch geklärt werden, ob § 28 Abs. 2 StGB überhaupt im Zusammenhang mit § 30 Abs. 1 StGB anwendbar ist.

(2) Relevanz des § 28 Abs. 2 StGB bei § 30 Abs. 1 StGB

Ob § 28 Abs. 2 StGB im Rahmen des § 30 StGB anwendbar ist, ob also besondere persönliche Merkmale über die „Verbrechens“-Qualität der Haupttat entscheiden können, ist umstritten<sup>3</sup>.

Auszugehen ist davon, daß § 28 Abs. 2 StGB zweifellos anwendbar ist bei einer Anstiftung zum versuchten schweren Bandendiebstahl (§§ 244 a, 22, 26 StGB) und bei einer Anstiftung zum vollendeten schweren Bandendiebstahl (§§ 244 a, 26 StGB). Da es sich bei der versuchten Anstiftung des § 30 Abs. 1 StGB ebenso um eine Form der Beteiligung handelt wie bei der vollendeten Anstiftung des § 26 StGB, muß § 28 Abs. 2 StGB bereits im Zusammenhang mit § 30 Abs. 1 StGB zur Anwendung kommen<sup>4</sup>.

Nach der Gegenmeinung kommt es nur darauf an, ob die Tat für den Haupttäter Verbrechen ist. Denn die Strafdrohung gegen eine bloße Straftatvorbereitung habe ihre Legitimation in der besonderen Schwere der Tat. Diese müsse daher Verbrechen sein, dagegen nicht unbedingt das Verhalten des Beteiligten<sup>5</sup>.

Eine besonders restriktive Auffassung will § 30 I StGB sogar nur dann zur Anwendung kommen lassen, wenn die Tat sowohl für den Täter als auch für den Anstifter Verbrechen ist, also die besonderen persönlichen Merkmale, von denen die Verbrechensqualität der Tat abhängt, bei beiden vorliegen<sup>6</sup>.

(3) Wer der Meinung von *Jescheck/Weigend* folgt, kommt hier zu dem Ergebnis, daß der Vorsatz des E sich auf eine Haupttat bezog, die für ihn ein Verbrechen des schweren Bandendiebstahls ist.

*Nach der h. M. bezieht sich der Vorsatz des E auf eine Tat, die kein schwerer Bandendiebstahl und daher kein Verbrechen ist. Nach dieser Meinung hat sich E nicht aus §§ 244 a, 30 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.*

b) Vorsatz bzgl. Bestimmung (nur zu prüfen, wenn man davon ausgeht, daß die Haupttat für E ein Verbrechen ist) : E hatte den Vorsatz, in T den Entschluß zu dieser konkreten Tat hervorzurufen.

---

<sup>3</sup> LK-Roxin, § 30 Rn 34.

<sup>4</sup> Schönke/Schröder/Cramer/Heine, § 30 Rn 14; LK-Roxin, § 30 Rn 40.

<sup>5</sup> Stratenwerth/Kuhlen, Strafrecht Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 2004, § 12 Rn 173; Jescheck/Weigend, Strafrecht Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 1996, S. 702.

<sup>6</sup> Baumann/Weber/Mitsch, Strafrecht Allgemeiner Teil, 11. Aufl. 2003, § 32 Rn 50.

#### **4. Objektiver Tatbestand (unmittelbares Ansetzen zur Tatbestandsverwirklichung)**

Indem E dem T den Vorschlag zum Einbruch in das Haus der P machte, setzte er zur Verwirklichung des Tatbestandes „Anstiftung zum schweren Bandendiebstahl“ unmittelbar an.

#### **5. Rechtswidrigkeit (+).**

#### **6. Schuld (+)**

#### **7. Rücktritt**

E könnte vom Versuch der Anstiftung zum schweren Bandendiebstahl zurückgetreten sein. Der Rücktritt könnte in dem Versuch zu sehen sein, den M zum Austritt aus der Bande zu bewegen.

##### **a) § 31 Abs. 1 Nr. 1 StGB**

aa) Da T den Entschluß zur Begehung eines schweren Bandendiebstahls schon gefaßt hatte, konnte E nur noch dadurch strafbefreiend zurücktreten, daß er die Gefahr, daß die Tat von T und U begangen wird, abwendet (§ 31 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 2 StGB)<sup>7</sup>.

Hätte E es erreicht, daß M seine Mitgliedschaft in der Bande beendet, wäre damit zugleich die Bande untergegangen. Denn dann blieben nur noch zwei Mitglieder übrig. T und U hätten dann zwar zu zweit den Wohnungseinbruchsdiebstahl, nicht aber einen schweren Bandendiebstahl begehen können. Dann wäre die Tat von T und U auch kein Verbrechen mehr gewesen. E hätte dann zwar nicht die Gefahr beseitigt, daß T und U einen Wohnungseinbruchsdiebstahl begehen. Er hätte aber die Gefahr beseitigt, daß T und U eine Tat begehen, die die strafrechtliche Qualität hat, die zur Begründung der Strafbarkeit aus § 30 Abs. 1 StGB erforderlich ist. Die Tat, die T und U dann noch begehen konnten, wäre für Strafbarkeitsbegründung aus § 30 Abs. 1 StGB nicht ausreichend gewesen.

bb) Tatsächlich haben E's Bemühungen, den M aus der Bande herauszuholen, den Untergang der Bande nicht bewirkt. Diese war schon vorher mit dem Tod des U erloschen.

E ist also nicht nach § 31 Abs. 1 Nr. 1 StGB zurückgetreten.

##### **b) § 31 Abs. 2 StGB**

aa) Als E damit begann, den M zum Austritt aus der Bande zu bewegen, war die Begehung des Verbrechens schwerer Bandendiebstahl schon anderweitig verhindert worden. Eine Tat mit dieser Qualität ist „ohne Zutun“ des E unterblieben.

bb) E hat sich bemüht, den M zum Verlassen der Bande zu bewegen. Damit hat er sich zugleich bemüht, die Bande als solche zu beseitigen. Folglich ist sein Bemühen

---

<sup>7</sup> LK-Roxin, § 31 Rn 3.

sogar darauf gerichtet, die Tat mit der strafrechtlichen Qualität, die für seine Strafbarkeit aus § 30 Abs. 1 StGB verantwortlich ist – nämlich das Verbrechen „schwerer Bandendiebstahl“ – zu verhindern.

Daß er sich nicht bemühte, jegliche Tat des T zu verhindern, ist unschädlich. Ausreichend ist der „Teil-Rücktritt“, der bewirkt, daß die Tat des Angestifteten nicht mehr die strafrechtliche Qualität hat, die zur Begründung der Strafbarkeit aus § 30 Abs. 1 StGB erforderlich ist.

cc) Das Bemühen des E war ernsthaft und freiwillig..

dd) E ist strafbefreiend vom Versuch der Anstiftung zum schweren Bandendiebstahl zurückgetreten.

## **8. Ergebnis**

E ist nicht aus §§ 244 a Abs. 1, 30 Abs. 1 StGB strafbar.

Nach h. M. folgt das bereits daraus, daß die Haupttat des T für E wegen § 28 Abs. 2 StGB nicht die Qualität „schwerer Bandendiebstahl“ (§ 244 a StGB) hat und daher kein Verbrechen ist.

Nach der Gegenmeinung folgt dies aus dem strafbefreienden Rücktritt gem. § 31 Abs. 2 StGB.

# **B. Strafbarkeit des T**

## **Bereiterklärung zur Begehung eines schweren Bandendiebstahls, §§ 244 a Abs. 1, 30 Abs. 2 Alt. 1 StGB**

### **1. Objektiver Tatbestand**

a) Verbrechen „Schwerer Bandendiebstahl“

Die Tat, zu deren Begehung sich T dem E gegenüber bereit erklärt hat, erfüllt alle objektiven und subjektiven Tatbestandsmerkmale des Verbrechens „Schwerer Bandendiebstahl“, § 244 a StGB:

aa) Objektiver Tatbestand

(1) Die Gegenstände in dem Haus der P, die als Tatbeute ausersehen sind, sind fremde bewegliche Sachen.

(2) P hat Gewahrsam an den Sachen. Dieser Gewahrsam sollte durch die Tat gebrochen werden. Auf Grund der Tat sollten T und U neuen Gewahrsam an den Sachen begründen. Die zugesagte Tat war also auf Wegnahme der Sachen gerichtet.

(3) T, U und M sind eine Bande. Die Bande ist auf fortgesetzte Begehung von Diebstahlstaten gerichtet. T ist Mitglied der Bande. Die konkrete Tat sollte durch zwei Bandenmitglieder (T und U) begangen werden. Die konkrete Tat würde auch die Eigenschaft

„Wohnungseinbruchsdiebstahl“ (§ 244 Abs. 1 Nr. 3 StGB) haben (Wohnungseinbruchsdiebstahl und Bandendiebstahl zusammen ergeben den Tatbestand des schweren Bandendiebstahls).

bb) Subjektiver Tatbestand

(1) Der zugesagte schwere Bandendiebstahl sollte vorsätzlich begangen werden, § 15 StGB.

(2) T und U sollten mit Zueignungsabsicht handeln.

Die Tat wäre auch rechtswidrig, da keine Rechtfertigungsgründe eingreifen.

b) Bereiterklärung

aa) T hat gegenüber E erklärt, daß er die Tat zusammen mit U begehen werde.

bb) E ist als Anstifter tauglicher Erklärungsadressat<sup>8</sup>.

## 2. Subjektiver Tatbestand

T handelte vorsätzlich und mit dem Willen, die Tat zu begehen und zu vollenden. Die Bereiterklärung gegenüber E war ernst gemeint.

## 3. Rechtswidrigkeit (+)

## 4. Schuld (+)

## 5. Rücktritt

Die Tat, zu deren Begehung sich T dem E gegenüber bereit erklärt hat, ist nicht begangen – weder versucht noch vollendet – worden. Möglicherweise ergibt sich daraus die Straflosigkeit des T. Die Strafbarkeit aus §§ 244 a, 30 Abs. 2 Alt. 1 StGB könnte durch Rücktritt aufgehoben worden sein. Als Rücktrittsverhalten des T kommt die Veranlassung des M zum Austritt aus der Bande in Betracht.

a) § 31 Abs. 1 Nr. 2 StGB

aa) T müßte sein Vorhaben aufgeben haben. Indem T den M veranlasste, seine Mitgliedschaft in der Bande zu beenden, hat T eine Maßnahme getroffen, die auf Auflösung der Bande gerichtet ist. Damit hätte T zugleich verhindert, daß seine nach wie vor geplante Tat die strafrechtliche Qualität eines schweren Bandendiebstahls und eines Verbrechens hat.

---

<sup>8</sup> LK-Roxin, § 30 Rn 86.

bb) Allerdings war die Bande bereits zuvor durch den Tod des U aufgelöst worden. Der Austritt des M konnte gar keine Auflösungswirkung mehr haben. Folglich hat auch T mit seiner Veranlassung des M zum Austritt aus der Bande diese nicht aufgelöst. Das Verhalten des T hat demnach auch nicht die Begehung eines schweren Bandendiebstahls verhindert.

b) § 31 Abs. 2 StGB

aa) Die Begehung eines schweren Bandendiebstahls ist ohne Zutun des T – nämlich durch den Tod des U – verhindert worden.

bb) Indem T den M zur Beendigung seiner Mitgliedschaft in der Bande überredete, hat er sich um Verhinderung des schweren Bandendiebstahls bemüht.

cc) Das Bemühen war ernsthaft und freiwillig.

## **6. Ergebnis**

T hat sich nicht aus §§ 244 a Abs. 1, 30 Abs. 2 Alt. 1 StGB strafbar gemacht.

# **C. Strafbarkeit des B**

## **I. Versucher schwerer Bandendiebstahl in Mittäterschaft, §§ 244 a Abs. 1, 22, 25 Abs. 2 StGB**

**1. Keine Vollendung :** In der Villa des G wurden keine Sachen weggenommen.

**2. Gesetzliche Versuchsstrafdrohung :** Da schwerer Bandendiebstahl ein Verbrechen ist (§ 12 Abs. 1 StGB), ist der Versuch mit Strafe bedroht, § 23 Abs. 1 StGB.

### **3. Subjektiver Tatbestand (Tatentschluß)**

a) B hatte den Vorsatz, zusammen mit A eine Tat zu begehen : In das Haus des G einzusteigen und dort Sachen wegzunehmen.

aa) Der Vorsatz umfasste alle objektiven Tatbestandsmerkmale des schweren Bandendiebstahls (siehe dazu oben B. 1 a).

bb) Der Vorsatz umfasste auch die Voraussetzungen mittäterschaftlicher (§ 25 Abs. 2 StGB) Tatbestandsverwirklichung : B stellte sich nämlich vor,

- (1) gemeinsam mit A gefassten Tatentschluß,
- (2) einen eigenen objektiv gewichtigen Tatbeitrag,
- (3) den eigenen Tatbeitrag im Ausführungsstadium der Tat.

b) B handelte in der Absicht, die gestohlenen Sachen sich selbst und dem A rechtswidrig zuzueignen.

#### **4. Objektiver Tatbestand (unmittelbares Ansetzen zur Tatbestandsverwirklichung)**

B müßte nach seiner Vorstellung von der Tat, zur Verwirklichung des Tatbestandes „Schwerer Bandendiebstahl in Mittäterschaft“ unmittelbar angesetzt haben, § 22 StGB.

a) Mit seinem eigenen Verhalten hat B jedenfalls nicht die Voraussetzungen eines unmittelbaren Ansetzens zur alleintäterschaftlichen (§ 25 Abs. 1 Alt. 1 StGB) Verwirklichung des Tatbestandes „Schwerer Bandendiebstahl“ erfüllt.

b) B könnte allenfalls zur Tatbestandsverwirklichung in der Form mittäterschaftlichen Handelns unmittelbar angesetzt haben.

aa) Mittäterschaftliche Tatbestandsverwirklichung ist bei einer versuchten Straftat möglich. Erforderlich ist, daß die Mitberücksichtigung des Verhaltens des/der anderen als Mittäter in Betracht kommenden Personen zu dem Ergebnis führt, daß alle Tatbestandsmerkmale des Versuchsdelikts erfüllt sind.

bb) Allerdings ist umstritten, ob und in welchem Umfang dies für das zum objektiven Versuchstatbestand gehörende Merkmal „unmittelbares Ansetzen zur Tatbestandsverwirklichung“ gilt. Es ist nämlich fraglich, wessen Verhalten die Voraussetzungen erfüllen muß, die für alleintäterschaftliches unmittelbares Ansetzen zur Tatbestandsverwirklichung erforderlich sind. Es stehen sich eine „Gesamtlösung“ und eine „Einzellösung“ gegenüber<sup>9</sup>.

(1) Nach der Einzellösung muß der Mittäter, um dessen Strafbarkeit wegen Versuchs es geht, selbst durch eigenes Verhalten die Schwelle des „unmittelbaren Ansetzens“ überschritten haben<sup>10</sup>. Da B keine Handlung ausgeführt hat, die die Voraussetzungen des unmittelbaren Ansetzens zur Verwirklichung des Tatbestandes „schwerer Bandendiebstahl“ hat, ist nach der Einzellösung der objektive Tatbestand des Versuchs nicht erfüllt und B nicht aus §§ 244 a, 22, 25 Abs. 2 StGB strafbar.

(2) Nach der Gesamtlösung braucht nur irgendein Mittäter durch eigenes Verhalten die Voraussetzungen „unmittelbares Ansetzen ...“ erfüllt zu haben. Wenn dieses Verhalten von dem gemeinsamen Tatplan gedeckt ist, wird es dem/den anderen Mittäter(n) gem. § 25 Abs. 2 StGB zugerechnet<sup>11</sup>. Diese werden also gewissermaßen in die Strafzone des Versuchs mit hineingezogen, obwohl sie selbst – noch – gar kein zur Erfüllung des Versuchstatbestandes ausreichendes Verhalten vollzogen haben. Die Gesamtlösung ist h. M.<sup>12</sup>.

Auch nach der Gesamtlösung kann hier kein unmittelbares Ansetzen vorliegen, da es ja gar keinen Mittäter des B gibt. Der Gorilla Gonzo, den B für seinen Mittäter hielt, kann

<sup>9</sup> Kühl, Strafrecht Allgemeiner Teil, § 20 Rn 123 f.

<sup>10</sup> Bloy, Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus im Strafrecht, 1985, S. 266.

<sup>11</sup> BGHSt 40, 299 (301).

<sup>12</sup> Kühl, Strafrecht Allgemeiner Teil, § 20 Rn 123.



in keiner Form strafrechtlich erhebliches Subjekt sein. Er kann weder Alleintäter noch Mittäter, weder Anstifter noch Gehilfe sein. Also kann der Gorilla auch nicht unmittelbar zur Tatbestandsverwirklichung ansetzen.

(3) Möglicherweise reicht es aber auch, daß sich B vorstellte, es gebe einen Mittäter, der gerade Handlungen ausführt, mit denen er unmittelbar zur Tatbestandsverwirklichung ansetzt. Eben dies stellte sich B ja vor : Er glaubte, das Lebewesen, das in das Haus des G eingedrungen ist, sei sein Komplize A.

Der BGH hat im „Münzhändlerfall“ (BGHSt 40, 299) das Merkmal „unmittelbares Ansetzen“ beim Mittäterversuch radikal subjektiviert und zu einem bloßen Inhalt der Tätervorstellung gemacht. Danach kann jeder Vorgang unmittelbares Ansetzen sein, wenn der Mittäter sich vorstellt, dieser Vorgang sei eine Handlung eines anderen Mittäters und diese Handlung werde unter Umständen vollzogen, die es rechtfertigen, der Handlung die Eigenschaft „unmittelbares Ansetzen“ zuzuschreiben. Es sei nicht erforderlich, daß diese Umstände tatsächlich vorliegen, weil auch der untaugliche Versuch strafbar ist und bei einem untauglichen Versuch das Fehlen der objektiven Voraussetzungen durch eine entsprechende Vorstellung des Täters kompensiert werden könne<sup>13</sup>.

In der Literatur wird die „Münzhändler-Entscheidung“ zu Recht überwiegend abgelehnt<sup>14</sup>. Denn wenn der nicht selbst unmittelbar ansetzende Mittäter - hier B - durch einen anderen unmittelbar ansetzenden Mittäter in die Versuchszone mitgezogen werden soll, dann muß dieser andere Mittäter - hier der „scheinbare“ A - tatsächlich zur Tatbestandsverwirklichung unmittelbar ansetzen. Auf die Vorstellung des ersten Mittäters kann es gar nicht ankommen, weil ja nicht er, sondern der andere Mittäter unmittelbar ansetzt. Der andere Mittäter muß nach seiner Vorstellung von der Tat zur Tatbestandsverwirklichung unmittelbar ansetzen. Dem ersten Mittäter wird das dann gem. § 25 Abs. 2 StGB zugerechnet – vorausgesetzt, er ist überhaupt Mittäter<sup>15</sup>.

(4) Der Ausweg, das unmittelbare Ansetzen nicht nach den Regeln des aktiven Tuns, sondern nach den Regeln des unechten Unterlassungsdelikts zu prüfen, wird in der Literatur vereinzelt vertreten. Tatsächlich könnte man dann durch Abstellen auf das eigene Verhalten des B relativ leicht zur Bejahung des unmittelbaren Ansetzens kommen : B hat nichts unternommen, um den Diebstahl im Haus des G zu verhindern. Spätestens als er die Gestalt – die er für A hielt (Gonzo) – in das Haus des G einsteigen sah, stellte sich der Vorgang für B als akute Gefährdung von Eigentum und Gewahrsam des G dar. A hätte also jetzt eingreifen müssen, wenn er Garant (§ 13 Abs. 1 StGB) wäre<sup>16</sup>. Genau dies wird man aber verneinen müssen : Bei der Mittäterschaft ist jeder Mittäter für sein eigenes Handeln voll verantwortlich. Daher ist kein Mittäter Überwachergarant gegenüber den anderen Mittätern. Wäre es anders, würde die „normale“ Anstiftung (§ 26 StGB) fast immer durch eine Unterlassungstäterschaft des Anstifters überlagert und letztlich verdrängt werden.

Wer dem BGH folgt, muß weiter prüfen.

---

<sup>13</sup> BGHSt 40, 299 (302).

<sup>14</sup> *Kühl*, Strafrecht Allgemeiner Teil, § 20 Rn 123 a; *Ahrens*, JA 1996, 664 (669); *Ingelfinger*, JZ 1995, 704 (713); *Joerden*, JZ 1995, 735 (736); *Graul*, JR 1995, 427 (430); *Krack*, ZStW 110 (1998), 611 (624); *Streng*, ZStW 109 (1997), 862 (892).

<sup>15</sup> Das ist er nach der zustimmungswürdigen – aber nicht „herrschenden“ – Einzellösung nicht, da er seinen objektiven Tatbeitrag noch nicht geleistet hat. Wer noch keine mittäterschaftliche Handlung ausgeführt hat, kann noch nicht Mittäter sein. Folglich kann auch § 25 Abs. 2 StGB noch nicht zur Anwendung kommen.

<sup>16</sup> *Kühl*, AT, § 18 Rn 148.

## **5. Rechtswidrigkeit (+)**

## **6. Schuld (+)**

## **7. Rücktritt**

a) B hat weder die Vollendung eines schweren Bandendiebstahl noch die Vollendung eines Wohnungseinbruchsdiebstahls verhindert, § 24 Abs. 2 S. 1 StGB.

aa) Die Vollendung des schweren Bandendiebstahls hat er nicht vollendet, weil die Vollendung aus anderem Grund nicht mehr möglich war : Mit dem Tod des C war die Bande aufgelöst worden.

bb) Die Vollendung des Wohnungseinbruchsdiebstahls hat B zwar objektiv verhindert, weil er davon absah, Sachen aus dem Haus des G wegzunehmen. Er hatte aber gar nicht den Willen, einen Wohnungseinbruchsdiebstahl zu verhindern. Er ging davon aus, sein Komplize A sei schon in dem Haus und werde notfalls auch ohne ihn Sachen aus dem Haus wegschaffen.

b) B hat sich – wie gerade gesehen (a bb) – nicht ernsthaft darum bemüht, die Vollendung eines Wohnungseinbruchsdiebstahls zu verhindern.

c) B hat sich aber ernsthaft und freiwillig darum bemüht, die Vollendung eines schweren Bandendiebstahls zu verhindern, § 24 Abs. 2 S. 2 StGB. Indem er sich vom Tatort entfernte, um beim Unfall Erste Hilfe zu leisten, verhinderte er nach seiner Vorstellung, daß der Diebstahl unter Mitwirkung eines anderen Bandenmitglieds begangen wird.

## **8. Ergebnis**

Nach vorzugswürdiger Ansicht ist B nicht aus §§ 244 a, 22, 25 Abs. 2 StGB strafbar, weil es am unmittelbaren Ansetzen fehlt.

Auch nach der Gegenmeinung ist B nicht aus §§ 244 a, 22, 25 Abs. 2 StGB strafbar, weil B strafbefreiend von diesem Versuch zurückgetreten ist. Strafbar ist er allerdings aus §§ 244 I Nr. 3, 22, 25 Abs. 2 StGB.

# **II. Verabredung zum schweren Bandendiebstahl, §§ 244 a Abs. 1, 30 Abs. 2 Alt. 3 StGB**

## **1. Objektiver Tatbestand**

a) Verbrechen „Schwerer Bandendiebstahl“, § 244 a StGB

aa) Die Tat, zu deren Begehung sich A und B verabredet haben, erfüllt alle Tatbestandsmerkmale eines schweren Bandendiebstahls, § 244 a Abs. 1 StGB. Diese

Tat ist auch rechtswidrig. Die Art und Weise der gemeinsamen Tatbegehung entspricht den Anforderungen der Mittäterschaft, § 25 Abs. 2 StGB.

bb) B ist Mitglied der Bande.

cc) Der schwere Bandendiebstahl ist ein Verbrechen.

b) Verabredung

Bezüglich des schweren Bandendiebstahls wurde von B und A eine Verabredung getroffen.

## **2. Subjektiver Tatbestand**

a) B hatte Verabredungsvorsatz und den Vorsatz, den schweren Bandendiebstahl zu begehen und zu vollenden.

b) B hatte auch Zueignungsabsicht.

## **3. Rechtswidrigkeit (+)**

## **4. Schuld (+)**

## **5. Rücktritt**

Indem B seinen Posten vor dem Haus des G verließ, um bei dem Unfall Erste Hilfe zu leisten, könnte er von der Verbrechensverabredung strafbefreiend zurückgetreten sein.

a) B stellt sich vor, sein „Ausstieg“ habe zur Folge, daß A die Tat nicht mehr unter Mitwirkung eines anderen Bandenmitglieds begeht. Die Tat wäre daher kein schwerer Bandendiebstahl gem. § 244 a StGB und damit kein Verbrechen gem. § 12 Abs. 1 StGB mehr. Da die Bande durch den Tod des C schon vorher aufgelöst worden war, konnte der Tatbestand des § 244 a StGB allerdings ohnehin nicht mehr verwirklicht werden. Also hat B durch seinen „Ausstieg“ die Tat nicht verhindert, § 31 Abs. 1 Nr. 3 StGB.

b) B konnte also nur nach § 31 Abs. 2 StGB zurücktreten.

Freiwilliges und ernsthaftes Bemühen ist gegeben.

Problematisch ist nur, daß B im Zeitpunkt seines Bemühens davon ausging, daß die Tat schon im Versuchsstadium ist. B hatte also die Vorstellung, zwar die Vollendung, nicht aber den Versuch des schweren Bandendiebstahls verhindern zu können. Wenn man unter „Tat“ das gesamte Verbrechen einschließlich der strafbaren Versuchsphase versteht, richtet sich das Verhinderungsbemühen des B nicht auf die Tat, sondern nur den Vollendungs-Teil dieser Tat. Auf eine solche Situation ist § 31 Abs. 2 StGB an sich nicht anwendbar. Denn der Gesetzestext stellt nicht auf Verhinderung der „Vollendung“, sondern auf Verhinderung der Tat – einschließlich des Versuchs – ab.

Das beruht aber auf einem Versehen des Gesetzgebers. Deshalb ist § 31 Abs. 2 StGB entsprechend anwendbar.

## **6. Ergebnis**

B ist nicht aus §§ 244 a, 30 Abs. 2 Alt. 3 StGB strafbar.

# **III. Hausfriedensbruch in Mittäterschaft, §§ 123 Abs. 1, 25 Abs. 2 StGB**

## **1. Objektiver Tatbestand**

### a) Wohnung

Die Villa des G ist eine Wohnung.

### b) Fremdes Hausrecht

Inhaber des Hausrechts an der Villa ist der G. Es handelt sich daher für B um die Wohnung eines anderen.

### c) Eindringen

B selbst ist in die Villa nicht eingedrungen. Die Anwesenheit eines lebenden Tieres in der geschützten Räumlichkeit ist kein Zustand, der zur Erfüllung des objektiven Tatbestandes beitragen könnte. Hausfriedensbruch kann nur durch die physische Anwesenheit eines lebenden Menschen begangen werden.

Nach h. M. ist Hausfriedensbruch zwar kein eigenhändiges Delikt. Tatbestandsverwirklichung in Mittäterschaft ist also möglich. Der Gorilla verwirklicht aber nicht das Tatbestandsmerkmal „Eindringen“. Außerdem kann der Gorilla nicht Mittäter des B sein.

## **2. Ergebnis**

B hat sich nicht aus §§ 123 Abs. 1, 25 Abs. 2 StGB strafbar gemacht.

# **IV. Sachbeschädigung in Mittäterschaft, §§ 303 Abs. 1, 25 Abs. 2 StGB**

## **1. Objektiver Tatbestand**

B hat selbst keine Handlung ausgeführt, die für die Beschädigung der Balkontür ursächlich sein könnte. Die Balkontür ist durch den Gorilla beschädigt worden. Der Gorilla kann selbstverständlich kein Mittäter des B sein. Daß B irrtümlich davon

ausging, die Balkontür werde von seinem Komplizen A beschädigt, vermag die Lücke im objektiven Tatbestand nicht zu schließen.

## **2. Ergebnis**

B hat sich nicht aus §§ 303 Abs. 1, 25 Abs. 2 StGB strafbar gemacht.

# **V. Versuchte Sachbeschädigung in Mittäterschaft, §§ 303 Abs. 2 , 22 StGB**

## **1. Keine Vollendung**

Vollendete Sachbeschädigung liegt nicht vor, da B weder als Alleintäter noch als Mittäter den objektiven Tatbestand des § 303 Abs. 1 StGB erfüllt hat.

## **2. Gesetzliche Versuchsstrafdrohung**

Der Versuch der Sachbeschädigung ist gem. § 303 Abs. 2 StGB mit Strafe bedroht.

## **3. Subjektiver Tatbestand (Tatentschluß)**

B müßte den Vorsatz gehabt haben, eine Tat zu begehen, die alle objektiven Tatbestandsmerkmale einer Sachbeschädigung in Mittäterschaft (§§ 303 Abs. 1, 25 II StGB) erfüllt.

Das ist der Fall (s. o. I 3 a).

## **4. Objektiver Tatbestand (Unmittelbares Ansetzen)**

B müßte eine Handlung vollzogen haben, mit der er nach seiner Vorstellung von der Tat unmittelbar zur Verwirklichung des Tatbestandes „Sachbeschädigung in Mittäterschaft“ (§§ 303 Abs. 1, 25 Abs. 2 StGB) ansetzt, § 22 StGB.

Es stellt sich hier dasselbe Problem wie beim Versuch des schweren Bandendiebstahls in Mittäterschaft.

Nach vorzugswürdiger Ansicht liegt kein unmittelbares Ansetzen vor.

## **5. Ergebnis**

B ist nicht aus §§ 303, 22, 25 Abs. 2 StGB strafbar.

# **E N D E**



”