

Sommersemester 2020

Neue Entscheidungen zum Strafrecht (27.8.2020)

Hinweise zu den Entscheidungen

Entscheidung 2020-II-1

BGH, Beschl. v. 25.9.2019 – 2 StR 177/19, NStZ 2020, 147

Sachverhalt

Der Angeklagte (A) und K kannten sich seit Ende des Jahres 2017. Gemeinsam verbrachten sie ab und zu Zeit miteinander und konsumierten Alkohol. Einige Zeit vor dem Tattag kam es zu einer körperlichen Auseinandersetzung zwischen beiden, an der außerdem noch der Bruder (B) des K beteiligt war.

Am 31.3. 2018 zwischen 11 und 12 Uhr trafen sich A und K zufällig in Köln. Sie entschlossen sich, zu der in der Nähe befindlichen Unterkunft des A zu gehen, um dort Alkohol zu trinken. In den Abendstunden entschieden sie sich sodann, mit der S-Bahn zusammen in die Stadt zu fahren. An der Haltestelle „H“ stiegen beide gegen 21 Uhr aus der S-Bahn aus und gingen in Richtung „P“, in der sich die Wohnung des zu diesem Zeitpunkt nicht anwesenden Bruders des K befand. K, der keinen Schlüssel für die Wohnung mit sich führte, und A gelangten gleichwohl in den Hausflur des Hauses, weil eine andere Person gerade das Haus verließ.

Im Hausflur hörte A, wie zwei Personen die Treppe herunterkamen, mit denen K sodann auf Deutsch sprach, was A nicht verstand. Weil er die Situation nicht einschätzen konnte und sich unsicher fühlte, begab er sich vorsorglich in Richtung des Hinterhofes, den man zur Straße hin nur über ein zu diesem Zeitpunkt geschlossenes Garagentor verlassen kann. Auch K trat anschließend zu A in den Hinterhof, während die beiden anderen Personen im Bereich der Tür zum Hinterhof stehen blieben. Es entwickelte sich zwischen 21.15 und 21.30 Uhr ein Streitgespräch. Gegenstand des Streits war, dass A ohne dass festgestellt werden konnte, wie und warum, im Besitz von persönlichen Dingen des K war, die dieser von ihm herausverlangte. Im Zuge der verbalen Auseinandersetzung fürchtete A, der diese Dinge zu diesem Zeitpunkt nicht bei sich führte, dass die Lage weiter eskalieren könne. Um sich aus der von ihm als bedrohlich wahrgenommenen Situation zu befreien, zog er aus seiner Hosentasche ein darin befindliches Schweizer Messer und klappte zunächst die ungefähr fingerlange Klinge auf. Anschließend ging er mit dem Messer in der Hand auf K zu, schwang dieses auf Kopfhöhe mehrere Male hin und her, und fügte ihm im Gesicht Schnittverletzungen zu, was er auch bemerkte.

Als sich plötzlich das zur Straße gelegene Garagentor öffnete, ergriff A die Gelegenheit, den Hinterhof durch dieses zu verlassen. K lief ihm hinterher und stellte ihn auf der Straße. Es kam zu einem Gerangel, schließlich wurden beide voneinander getrennt. A konnte zunächst entkommen, wurde aber einige Zeit später im Hauptbahnhof im Besitz von Gegenständen aufgegriffen, die dem K gehörten.

Es konnte nicht festgestellt werden, dass A diese Dinge dem K bei der vorangegangenen Auseinandersetzung gegen seinen Willen abgenommen hätte.

Strafbarkeit des A

Der Fall gibt Gelegenheit zur Erörterung einiger Fragen im Zusammenhang mit dem Rechtfertigungsgrund Notwehr, § 32 StGB.

1. A hat den Tatbestand der **gefährlichen Körperverletzung** erfüllt, §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB.

2. Die Tat könnte aber durch **Notwehr** gerechtfertigt sein, § 32 StGB. Die Rechtfertigung setzt eine Notwehrlage (gegenwärtiger rechtswidriger Angriff) und eine Notwehrhandlung (erforderliche Verteidigung) voraus. Außerdem muss die Notwehr „geboten“ sein (§ 32 Abs. 1 StGB) und der Täter muss Kenntnis von den objektiven Notwehrtatsachen haben (subjektives Rechtfertigungselement).

Die Beschreibung des Geschehens lässt nicht deutlich erkennen, ob für A eine Notwehrlage bestand. Notwehrlage ist ein Angriff, der rechtswidrig und gegenwärtig ist. Diese drei Merkmale basieren auf objektiv gegebenen Tatsachen. Die Vorstellung, die der Täter davon hat, ist erst bei dem subjektiven Rechtfertigungselement („Verteidigungswille“) relevant. An dieser Stelle – bei der Prüfung der Notwehrmerkmale „gegenwärtiger Angriff“ – darf daher nicht darauf abgestellt werden, dass A befürchtete, von den drei Männern sogleich mit physischer Gewalt überzogen zu werden. Es kommt darauf an, was K und gegebenenfalls die beiden anderen Männer vorhatten.

BGH : „Entscheidend sind nicht die Befürchtungen des Angegriffenen, sondern die Absichten des Angreifers und die von ihm ausgehende Gefahr einer Rechtsgutsverletzung.“

Wenn K die Absicht hatte, den A körperlich zu misshandeln, läge ein Anknüpfungspunkt für die Prüfung der Notwehrlage vor. Körperliche Misshandlung des A wäre ein Angriff auf die körperliche Unversehrtheit des A. Die Misshandlungsabsicht ist aber noch keine Misshandlungsaktion, also noch kein Angriff. Die Absicht müsste bereits in aggressiven Handlungen des K Ausdruck gefunden haben, die unter das Notwehrmerkmal „**gegenwärtig**“ subsumiert werden können. Es geht hier also darum, ob bei vorhandener Misshandlungsabsicht der in der beabsichtigten Misshandlung liegende Angriff noch zukünftig oder schon gegenwärtig ist.

BGH : „Ein Angriff ist gegenwärtig im Sinne des § 32 Abs. 2 StGB nicht nur, wenn er beginnt, sondern schon dann, wenn er unmittelbar bevorsteht. Zu den erforderlichen Verteidigungsmaßnahmen berechtigt nicht erst die Verletzungshandlung selbst, sondern ein Verhalten des Gegners, das unmittelbar in eine Rechtsgutsverletzung umschlagen kann, so dass durch das Hinausschieben der Abwehrhandlung entweder deren Erfolg gefährdet würde oder der Verteidiger das Wagnis erheblicher eigener Verletzungen auf sich nehmen müsste. Für die Gegenwärtigkeit des Angriffs entscheidend ist nicht erst die Vornahme der Verletzungshandlung, sondern bereits der Zeitpunkt der durch den bevorstehenden Angriff geschaffenen bedrohlichen Lage.“

3. Falls K Misshandlungsvorsatz und zur Verwirklichung dieser Absicht auch schon angesetzt hatte, die Verletzung mit dem Messer aber keine erforderliche Verteidigung war (intensiver **Notwehrexzess**), müsste § 33 StGB geprüft werden. Dies könnte eine Entschuldigung des A zur Folge haben.

4. Sofern K keine Misshandlungsabsicht hatte und deshalb kein Angriff vorlag, müsste zugunsten des A geprüft werden, ob er sich in einem **Erlaubnistatbestandsirrtum** bezüglich einer Rechtfertigung durch Notwehr befand („Putativnotwehr“). Stellte er sich vor, dass K ihn sogleich körperlich misshandeln werde und die Verletzung mit dem Messer eine erforderliche Verteidigung sei, läge ein solcher Erlaubnistatbestandsirrtum vor. Dieser würde nach h. M. in entsprechender Anwendung des § 16 Abs. 1 StGB den Vorsatz bzw. die Vorsatzschuld („rechtsfolgenverweisende eingeschränkte Schuldtheorie“) ausschließen.

5. Ein „**Putativnotwehrexzess**“ läge unter folgenden Umständen vor: A wird nicht von K angegriffen, A bildet sich den Angriff nur ein. Die Verteidigung mit dem Messer ist nicht erforderlich (intensiver Notwehrexzess) und A erkennt auch, dass die Verteidigung mit dem Messer über das Maß des Erforderlichen hinausgeht. Dieser Fall erfüllt nicht die Voraussetzungen des § 33 StGB, da es an einem wirklichen Angriff fehlt. Der Fall erfüllt auch nicht die Voraussetzungen eines Erlaubnistatbestandsirrtums, da sich A nicht eine erforderliche Verteidigung vorstellt. Die rechtliche Behandlung des Falles ist daher umstritten. Vertretbar ist eine entsprechende Anwendung des § 35 Abs. 2 StGB, also Entschuldigung bei Unvermeidbarkeit des Irrtums (*Rengier AT § 27 Rn. 30*).

## Entscheidung 2020-II-2

BGH, Beschl. v. 14.1.2020 – 4 StR 397/19, NStZ 2020, 353

### Sachverhalt

A hebelte jeweils am Vormittag ein Küchenfenster bzw. die Terrassentür eines Einfamilienhauses auf, um im Anschluss hieran in das Gebäudeinnere einzudringen und stehenswerte Gegenstände zu entwenden. Nach erfolgreichem Aufhebeln von Fenster bzw. Terrassentür wurde A von einer Nachbarin bzw. von den zurückkehrenden Hauseigentümern entdeckt und angesprochen. Daraufhin sah A sein Vorhaben als gescheitert an und entfernte sich.

### Strafbarkeit des A

Der Fall vermittelt wichtige Erkenntnisse über das Wesen des Versuchs, insbesondere des „unmittelbaren Ansetzens“.

1. A hat keinen vollendeten Diebstahl begangen. In Betracht kommt nur eine Strafbarkeit wegen **versuchten Diebstahls** (§§ 242 Abs. 2, 22 StGB), evtl. versuchten Wohnungseinbruchsdiebstahls (§§ 242 Abs. 2, 244 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 2, 22 StGB).

Die Strafbarkeitsvoraussetzungen eines Versuchs werden in folgender Reihenfolge geprüft:

1. Vorprüfung (keine Vollendung, Versuchsstrafdrohung)
2. Tatentschluss
3. Unmittelbares Ansetzen
4. Rechtswidrigkeit
5. Schuld
6. (ggf.) Rücktritt

2. Hier ist problematisch nur das „**unmittelbare Ansetzen** zur Verwirklichung des Tatbestandes“, § 22 StGB.

Wichtig ist, dass sich das unmittelbare Ansetzen immer auf die Verwirklichung des Grundtatbestandes – also des § 242 StGB – beziehen muss. Der Täter muss zur „Wegnahme“ unmittelbar ansetzen. Das gilt auch im Fall eines versuchten qualifizierten Diebstahls. Das unmittelbare Ansetzen kann also nicht damit begründet werden, dass A durch das Aufhebeln

von Fenster oder Tür bereits ein Tatbestandsmerkmal der Qualifikation (§ 244 Abs. 1 Nr. 3 StGB : Einbruch) verwirklicht hat.

Häufig ist es aber der Fall, dass zugleich mit der Verwirklichung des qualifizierenden Merkmals „Einbruch“ bereits ein unmittelbares Ansetzen zur Wegnahme – zum Bruch fremden Gewahrsams – verbunden ist. So ist es z. B., wenn der Täter durch die Terrassentür auf dem Wohnzimmertisch eine wertvolle Armbanduhr liegen sieht und diese stehlen will. Hier würde dem Aufbrechen der Terrassentür das Ergreifen der Uhr unmittelbar – ohne „Zwischenschritte“ – nachfolgen. Daher wäre das Aufbrechen der Tür das unmittelbare Ansetzen zur Wegnahme.

Beinhaltet der Tatplan des Täters hingegen eine aufwendige Suche nach stehlebenswerten Sachen in verschiedenen Räumen des Hauses, möglicherweise noch auf verschiedenen Etagen, mit Öffnen von Schränken, Schubladen usw., ist das gewaltsame Öffnen des Fensters oder der Terrassentür noch kein unmittelbares Ansetzen zur Verwirklichung des Tatbestandes.

3. Die Entscheidungsbegründung des BGH, die das unmittelbare Ansetzen bejaht, ist ziemlich ungenau und geeignet, Mißverständnisse zu provozieren. Wenn Sie also diese Entscheidung lesen, lesen Sie bitte unbedingt auch die auf diese Entscheidung bezogene Anmerkung von *Kudlich* (NStZ 2020, 354) !

4. Haben Sie einen Fall zu bearbeiten, wo Sie in Umsetzung obiger Grundsätze zu dem Ergebnis kommen, dass der Täter noch nicht unmittelbar zur Tatbestandsverwirklichung angesetzt hat, stellen Sie zunächst einmal fest, dass eine Strafbarkeit wegen versuchten (qualifizierten) Diebstahls nicht begründet ist. Sie sollten dann aber den Sachverhalt gründlich danach absuchen, ob er Anhaltspunkte für eine Strafbarkeit wegen „Bereiterklärung“ (§ 30 Abs. 2 Var. 1 StGB) enthält. Taugliche Bezugstaten (Verbrechen, § 12 Abs. 1 StGB) sind in derartigen Fällen Wohnungseinbruchsdiebstahl gem. § 244 Abs. 4, schwerer Bandendiebstahl gem. § 244 a und Raub gem. § 249 StGB. Indikatoren für eine solche Strafbarkeit im Sachverhalt können Gespräche sein, die der Täter vor der Tat mit einem anderen geführt hat und in denen er zum Ausdruck gebracht hat, dass er vorhabe, ein solches Verbrechen zu begehen.

Beispiel: A teilt dem Hehler H mit, dass er beabsichtige, in das Wohnhaus der Familie O, die gerade verreist ist, einzubrechen und wertvolle Sachen zu stehlen. Er würde die Beute gern dem H verkaufen. H verspricht dem A, ihm die gestohlenen Sachen abzukaufen.

Wenn nach einer solchen Unterhaltung nichts mehr passiert, ist dennoch eine Strafbarkeit möglich: A könnte sich aus § 30 Abs. 2 Var. 1 iVm § 244 Abs. 4 StGB und H könnte sich aus § 30 Abs. 2 Var. 2 iVm § 244 Abs. 4 StGB strafbar gemacht haben.

## **Entscheidung 2020-II-3**

**BGH, Beschl. v. 5.6.2019 – 1 StR 34/19, NStZ 2020, 221**

### **Sachverhalt**

A entschloss sich vor dem Hintergrund seiner desolaten finanziellen Situation als „Lebensmittelerpresser“ mehrere Gläser Babynahrung mit der Chemikalie Ethylenglykol zu versetzen und diese im Anschluss in mehreren Lebensmittel- und Drogeriemärkten verschiedener Einzelhandelsketten auszubringen. Er wollte sodann die Verantwortlichen der Einzelhandelskonzerne – unter Hinweis auf die mit der tödlichen Menge Gift kontaminierten Gläser und unter Androhung der Ausbringung weiterer kontaminierter Gläser – zur Zahlung eines Bargeldbetrages

in Millionenhöhe bewegen. Um an das Geld zu gelangen, nahm er den Tod von Säuglingen oder Kleinkindern zumindest billigend in Kauf.

Die Vorbereitungshandlungen des A zogen sich über mehrere Monate hin. Zunächst verschaffte sich A über ein Internethandelsunternehmen zwei Liter reines Ethylenglykol. Sodann erstellte er von Österreich aus über ein Mobiltelefon mit einer österreichischen SIM-Karte einen Fantasie-Google-Account, um diesen für die beabsichtigte anonyme Übermittlung seiner Geldforderung zu nutzen. Schließlich verschaffte er sich insgesamt fünf verschiedene Gläser mit jeweils 190 g Babynahrung zweier verschiedener Marken, öffnete jeweils den Deckel der vakuumverschlossenen Gläser und brachte in die enthaltene breiige Babynahrung jeweils zwischen 41 und 50 ml reines Ethylenglykol ein. Anschließend schraubte er die Deckel wieder auf die Gläser. Bei reinem Ethylenglykol handelt es sich, wie A wußte, um eine farb- und geruchlose Flüssigkeit mit einem süßlichen Geschmack. Die Einnahme von Ethylenglykol ist für Säuglinge und Kleinkinder ab einer Dosis von ca. 1,4 ml pro Kilogramm Körpergewicht tödlich. Nach dem Konsum einer tödlichen Menge tritt der Tod in einem Zeitraum von bis zu 72 Stunden nach der Einnahme infolge Nierenversagens ein. Zuvor kommt es zu einer schweren stoffwechselbedingten Übersäuerung, zu Krampfanfällen, Bewußtseinstörungen, Komazuständen und einer beginnenden Niereninsuffizienz und dann zu Störungen des Herz-Kreislauf-Systems sowie der Atmung.

Am Samstag, den 16.9. 2017 verteilte A die fünf mit jeweils für Säuglinge und Kleinkinder tödlichen Ethylenglykolenmengen versehenen Gläser im Zeitraum von 16.38 Uhr bis 19.02 Uhr auf fünf zu dieser Zeit regulär geöffnete Lebensmittel- und Drogeriemärkte in der Stadt F. In vier dieser Märkte stellte er jeweils eines der Gläser in ein Verkaufsregal für Babynahrung, in dem jeweils eine Vielzahl weiterer Gläser Babynahrung derselben Marke und Geschmacksrichtung zum Verkauf bereitstanden. Im fünften Markt, der keine entsprechende Babynahrung führte, stellte er das Glas in ein Süßwarenregal. Einer der Märkte schloss an diesem Tag um 19 Uhr, die anderen um 20 Uhr, 21 Uhr bzw. 22 Uhr.

Die kontaminierten Gläser Babynahrung wiesen keine Markierungen auf und waren auch sonst optisch nicht von nicht kontaminierten Gläsern zu unterscheiden. Sie enthielten eine für die „Zielgruppe“ der Babynahrung um das drei- bis fünffache tödliche Dosis Ethylenglykol, was A billigend in Kauf nahm. Jedenfalls hinsichtlich der vier Märkte, die entsprechende Babynahrung im Sortiment führten, nahm A billigend in Kauf, dass das jeweilige Glas mit kontaminierter Babynahrung schon bis zum Ladenschluss oder ab Öffnung des Marktes am darauffolgenden Montag verkauft werden und nach dem anschließenden Verzehr zum Tod eines Säuglings oder Kleinkinds führen könnte.

Um 19.02 Uhr verschickte A dann unter dem von ihm eingerichteten Fantasie-E-Mail-Account eine E-Mail mit der Betreffzeile „Vergiftete Babynahrung in Geschäften in F“ an das Bundeskriminalamt, eine Verbraucherschutzorganisation sowie sechs Einzelhandelskonzerne. In dieser anonym verfassten E-Mail teilte A wahrheitsgemäß mit, dass sich in fünf Märkten namentlich bezeichneter Einzelhandelskonzerne, die in F zum Teil mehrere Filialen hatten, fünf mit einer tödlichen toxischen Menge versetzte Produkte befänden. Dabei bezeichnete A Marke und Geschmacksrichtung konkret, nicht aber die direkt betroffene Filiale. In der E-Mail forderte A von den Verantwortlichen der Einzelhandelskonzerne die Zahlung von Bargeld in Höhe von 11,75 Mio. Euro und machte detaillierte Angaben zur Geldübergabe. Sollten seine Forderungen vollumfänglich erfüllt werden, werde niemand zu Schaden kommen. Weiter kündigte er an, dass sich am Samstag, den. 30.9. 2017 zwanzig weitere vergiftete Produkte in „nationalen und internationalen“ Filialen der betroffenen Einzelhandelskonzerne befinden würden. Nach Erfüllung seiner Forderungen würde er die Verbraucherschutzorganisation und das Bundeskriminalamt per E-Mail darüber informieren, welche 20 vergifteten Produkte am 30.9. 2017 ausgebracht worden seien bzw. wo sie sich befänden. Würden seine Forderungen nicht erfüllt, werde er die „Aktion“ abbrechen und noch mehr vergiftete Produkte platzieren, worüber er das Bundeskriminalamt und die Verbraucherschutzorganisation dann aber erst nach dem Verkauf und Verzehr der Produkte informieren werde.

Im Rahmen der auf die E-Mail hin noch am 16.9. 2017 eingeleiteten polizeilichen Ermittlungsmaßnahmen, die durch die Vielzahl der zu überprüfenden Filialen erschwert wurden, gelang es der Polizei, drei der Gläser mit kontaminierter Babynahrung am nicht verkaufsoffenen Sonntag, den 17.9. 2017 sicherzustellen. Die beiden weiteren Gläser konnten erst im Laufe des darauffolgenden Montags bzw. am Abend des Dienstags von Mitarbeitern des jeweiligen Marktes in Verkaufsregalen für Babynahrung aufgefunden werden; an diesen Tagen waren die Märkte regulär für den Kundenverkehr geöffnet. Weshalb diese Gläser nicht bereits am Sonntag von den in diesen Märkten eingesetzten Polizeibeamten gesichert werden konnten, konnte nicht aufgeklärt werden.

Zu der von A erstrebten Zahlung von 11,75 Mio. Euro kam es nicht. Er konnte identifiziert und festgenommen werden, nachdem im Rahmen einer Öffentlichkeitsfahndung am 28.9 2017 Lichtbilder aus Überwachungskameras von zwei der betroffenen Märkte veröffentlicht worden waren, die den A beim Ausbringen der Gläser mit kontaminierter Babynahrung zeigten.

## Strafbarkeit des A

A hat kein vollendetes Tötungsdelikt begangen (niemand ist gestorben) und auch keine vollendete räuberische Erpressung (niemand hat einen Vermögensschaden erlitten). Er könnte aber wegen Versuchs strafbar sein, also wegen versuchten Mordes (§§ 211, 22 StGB) und wegen versuchter schwerer räuberischer Erpressung mit Todesfolge (§§ 253, 255, 250 Abs. 2 Nr. 1, 251, 22 StGB).

Sowohl hinsichtlich des Mordversuchs als auch hinsichtlich des Versuchs der schweren räuberischen Erpressung mit Todesfolge kommt aber ein strafbefreiender Rücktritt (§ 24 Abs. 1 S.1 Alt. 2 StGB) in Betracht.

### I. Versuchter Mord, §§ 211, 22 StGB

#### 1. Tatentschluss

A hat es bei seiner Tat für möglich gehalten und billigend in Kauf genommen, dass durch die Verfütterung der vergifteten Babynahrung ein Kleinkind (oder mehrere) zu Tode kommen könnte. Dolus eventualis reicht auch beim versuchten Mord aus. A handelte aus Habgier, zur Ermöglichung einer anderen Straftat (räuberische Erpressung) und heimtückisch.

Präzisiert ist zu sagen, dass es sich um einen versuchten Mord in **mittelbarer Täterschaft** (§§ 211, 25 Abs. 1 Alt. 2, 22 StGB) handelt: die unmittelbare todesverursachende Handlung wäre das Füttern des Babys durch dessen Mutter oder Vater. Diese wären vorsatzlos (§ 16 Abs. 1 StGB) handelnde „Werkzeuge“ des A.

#### 2. Unmittelbares Ansetzen

Der Aspekt der mittelbaren Täterschaft kommt weder in der Entscheidung des BGH noch in der Anmerkung von *Christian Jäger* (NStZ 2020, 224) zur Sprache. Das Ergebnis wird davon zwar nicht berührt, möglicherweise aber die Begründung des Ergebnisses. Denn es ist sehr umstritten, wann der Versuch der mittelbaren Täterschaft beginnt (*Rengier* AT § 36 Rn. 2). Nach der „Gesamtlösung“ läge ein unmittelbares Ansetzen erst dann vor, wenn das „Werkzeug“ – hier also Mutter oder Vater des Babys – zu der Handlung unmittelbar ansetzt, mit der der Tatbestand verwirklicht würde, also hier zu einer „Tötungshandlung“ (vgl. *Rengier* AT § 36 Rn. 5, der selbst die „Einzellösung“ vertritt; Vertreter der Gesamtlösung ist z. B. *Kühl* AT § 20 Rn. 91). Da aber die Gläschen mit dem vergifteten Brei gar nicht verkauft wurden, gab es gar keine „Werkzeuge“, auf deren Handeln man bei der Bestimmung des unmittelbaren Ansetzens abstellen könnte. A hätte sich also gar nicht wegen versuchten Mordes strafbar gemacht, sodass es auf einen Rücktritt (§ 24 StGB) nicht ankäme.

Die h. M. und die Rechtsprechung vertritt aber in verschiedenen Modifikationen die „Einzellösung“. Danach hat A bereits unmittelbar zur Verwirklichung des Tatbestandes des Mordes in mittelbarer Täterschaft angesetzt (zu den Spielarten der Einzellösung *Rengier* AT § 36 Rn. 8 ff).

Indem A die fünf Gläschen mit vergiftetem Babybrei in den fünf Geschäften in Verkaufsregale stellte, gab er den Geschehensverlauf aus der Hand. Dieser Aspekt ist das überzeugendste

Argument für die Anerkennung einer – gegenüber der Gesamtlösung – vorverlagerten Versuchsgrenze.

### 3. Rücktritt

Nach h. M. soll man bei einer Versuchsprüfung immer mit dem Aspekt „fehlgeschlagener Versuch“ anfangen. Der Mordversuch des A war **nicht fehlgeschlagen**. Daher ist ein strafbefreiender Rücktritt möglich. Der Versuch des A war beendet. Daher richtet sich der Rücktritt nach § 24 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 StGB. A müsste die **Vollendung der Tat verhindert** haben.

Zur Tötung eines Kleinkindes ist es nicht gekommen, ein Mord wurde also nicht vollendet. Das beruht darauf, dass die Polizei sämtliche fünf Gläschen mit vergiftetem Inhalt gefunden und sichergestellt hat. Dies wiederum wurde dadurch ermöglicht, dass A am 16.9.2017 um 19.02 Uhr die e-mail verschickte, in der er Hinweise auf die Gläschen und ihre Standorte gab. Diese Hinweise führten zum Auffinden der Gläschen. A hat also die Verhinderung der Vollendung mitverursacht. Umstritten ist aber, ob dies für einen Rücktritt vom beendeten Versuch reicht.

Einwenden kann man Folgendes: A hätte die Gefahr der Tötung eines Babys effektiver abwenden können, indem er selbst vor Ladenschluss die Gläschen wieder aus den Regalen genommen hätte. Zumindest hätte er in der e-mail genauere Angaben über die Standorte der fünf Gläschen machen können, was zu einer rascheren Sicherstellung der Gläschen durch die Polizei geführt hätte. A hat also nicht das „Optimale“ zur Verhinderung der Vollendung getan. Es ist umstritten, ob als „Verhinderung der Vollendung“ nur die bestmögliche Vollendungsverhinderung anzuerkennen ist („Bestleitungstheorie“).

Die h. M. lässt es genügen, dass der Zurücktretende in objektiv zurechenbarer Weise das Ausbleiben der Vollendung aktiv verursacht hat. Durch das Kriterium der „objektiven Zurechenbarkeit“ werden nur „halbherzige Rücktrittshandlungen“ ausgegrenzt, die letztlich nur zufällig eine Ursache der Nichtvollendung geworden sind. Der objektiven Zurechnung steht nicht entgegen, dass der Zurücktretende zur Abwendung der Vollendung Dritte – hier die Polizei – eingeschaltet hat.

Das Erfordernis einer „optimalen“ Vollendungsverhinderung steht nach h. M. im Widerspruch zum Gesetzeswortlaut (*Rengier* AT § 37 Rn. 132). Erhöhte Anforderungen stellt das Gesetz nur an den Rücktritt nach § 24 Abs. 1 S. 2 StGB („ernsthaft bemüht“). Beim Rücktritt nach § 24 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 StGB besteht hingegen kein Ernsthaftigkeits-Erfordernis.

Dem Rücktritt steht hier auch nicht entgegen, dass A beabsichtigte, weitere Gläschen mit vergiftetem Babybrei in den Verkehr gelangen zu lassen, falls seine Forderung nicht erfüllt wird. Sein (bedingter) Tötungsvorsatz bestand also fort. Aber dieser Vorsatz richtete sich auf eine andere Tat, die A noch gar nicht auszuführen begonnen hatte. Der Rücktritt bezieht sich auf die Tat, durch die sich A wegen versuchten Mordes strafbar gemacht hat. Das ist das Platzieren der fünf Gläschen mit vergiftetem Inhalt. Hinsichtlich dieser Tat hat A die Vollendung verhindert. Die Absicht bezüglich eines späteren erneuten Versuchs hat keinen Einfluss auf den Rücktritt von dem aktuellen Versuch, um den es hier allein geht.

II. Versuchte schwere räuberische Erpressung mit Todesfolge, §§ 253, 255, 250 Abs. 2 Nr. 1, 251, 22 StGB

1. Durch die Versendung der e-mail hat A eine Drohung ausgesprochen. Adressaten der Drohung sind die Einzelhandelskonzerne (genauer gesagt: bestimmte Person, die für die Konzerne handeln), die er zur Zahlung von 11,75 Millionen Euro nötigen wollte. Nötigungsmittel ist hier die **Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben**.

Da die Gefahr für Leib oder Leben nicht die Adressaten der Drohung, sondern Kinder von Kunden, die Babynahrung aus der Produktion der Drohungsadressaten kaufen, treffen sollte, ist zunächst zu klären, ob dies zur Erfüllung des Tatbestandes ausreicht. Anerkannt ist, dass das angedrohte Übel sowohl bei § 240 StGB als auch bei §§ 253, 255 StGB einen Dritten betreffen kann. Nach h. M. braucht der Dritte auch keine dem Drohungsadressaten nahestehende Person zu sein.

Die angedrohte Gefahr für Leib oder Leben ist gegenwärtig, weil nach dem Verlauf der von A am 16.9. 2017 begangenen Tat im Zeitpunkt der e-mail-Versendung durchaus angenommen werden konnte, dass wenigstens eines der Gläschen mit dem giftigen Inhalt bereits verkauft worden ist und daher die Fütterung eines Babys damit unmittelbar bevorstand.

Die Erfüllung des Qualifikationstatbestandes § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB beruht darauf, dass die Gläschen mit dem vergifteten Brei „gefährliche Werkzeuge“ sind.

Da A mit dem Tod von Babys rechnete, bezog sich sein Vorsatz auch auf die Voraussetzungen des § 251 StGB. Dass der Versuch eines erfolgsqualifizierten Delikts möglich ist, steht außer Frage.

2. Mit dem Verschicken der e-mail setzte A zur Verwirklichung des Tatbestandes unmittelbar an.

3. Indem A den Eintritt von Todeserfolgen verhinderte, trat er zwar nicht vom Versuch der räuberischen Erpressung, wohl aber vom Versuch räuberischer Erpressung mit Todesfolge zurück. Ein solcher „Teilrücktritt“, der sich hier allein auf § 251 StGB bezieht, ist möglich.

4. Übrig bleibt am Ende eine Strafbarkeit des A wegen versuchter schwerer räuberischer Erpressung gem. §§ 253, 255, 250 Abs. 2 Nr. 1, 22 StGB. Diese Strafbarkeit ist nicht durch Rücktritt beseitigt worden.

## **Entscheidung 2020-II-4**

**BGH, Beschl. v. 17.9.2019 – 1 StR 343/19, NStZ 2020, 340**

### **Sachverhalt**

A befand sich nach einem Gartenfest am frühen Abend des 28.10.2018 gemeinsam mit G, dem Gastgeber M sowie zwei weiteren Gästen – S und Z –, in einer Gartenhütte. Nach einem Streit zwischen A und G, der durch eine Beleidigung seitens A ausgelöst worden war und den M schlichtete, verließen G sowie S und Z das Gartengrundstück und blieben im Bereich des Garteneingangs stehen. A ging davon aus, dass die drei Personen ihn zur Rede stellen und gegebenenfalls schlagen wollten. Um für eine körperliche Auseinandersetzung gewappnet zu sein und um sicher zu gehen, dass er sich durchsetzen werde, nahm A ein in der Hütte befindliches Messer mit. Als er beim Verlassen des Grundstücks an G vorbeiging, äußerte dieser sinngemäß unter anderem „Jetzt hau’ ich dich“ und packte ihn an der Schulter. Daraufhin versetzten sowohl A als auch G dem jeweils anderen je einen Faustschlag im Kopfbereich. Nunmehr zog A das Messer und stach dem G in die rechte Flanke oberhalb des

Darmbeinkamms. Der Stich drang mindestens zehn Zentimeter in die Muskulatur der rechten seitlichen Bauchwand in Richtung Körpermitte zur Niere ansteigend ein. Es kam zu einer leichten Blutung im Bereich der Flexur des Dickdarms, ohne dass dieser selbst verletzt wurde. Dem A war dabei bewusst, dass der Stich tödliche Folgen haben konnte; dies war ihm jedoch gleichgültig.

G bemerkte sofort den Schmerz infolge des Stichs und rief: „Er hat mich gestochen“. Spätestens jetzt wusste A, dass der Stich getroffen hatte. Ihm war bewusst, dass er den Stich mit Wucht geführt hatte, und er ging davon aus, dass er G empfindlich, möglicherweise auch tödlich verletzt hatte. Zugleich befürchtete er, er würde es spätestens jetzt nicht nur mit G, sondern auch mit S und Z zu tun bekommen, nachdem diese gesehen hatten, dass er einen Messerstich ausgeführt hatte. Deshalb führte er keine weiteren Stiche mehr durch, sondern ergriff die Flucht Richtung Wald. S verfolgte zunächst den A, brach die Verfolgung aber ab, zum einen, weil A schnell rannte und ihm dabei „komm nur nicht näher“ zugerufen hatte, und zum anderen, um sich um den G zu kümmern.

## Strafbarkeit des A

### I. Gefährliche Körperverletzung, §§ 223, 224 Abs. 1 Nr. 2, Nr. 5 StGB

Diese Strafbarkeit ist unproblematisch. Die Voraussetzungen einer Rechtfertigung gem. § 32 StGB sind auf der Grundlage des Sacherhalts nicht erfüllt. Ein etwaiger Rücktritt vom Tötungsversuch hätte auf die Strafbarkeit wegen vollendeter Körperverletzung keinen Einfluss.

### II. Versuchter Totschlag, §§ 212, 22 StGB

Der Fall ist eines von vielen Anschauungsbeispielen für die Anwendung des § 24 StGB in der Gerichtspraxis. Dass A die subjektiven und objektiven Tatbestandsmerkmale des versuchten Totschlags erfüllt hat, ist nicht zweifelhaft. Auch war A nicht gerechtfertigt. Umstände, die die Schuld ausschließen könnten, liegen nicht vor.

Bei der Rücktrittsprüfung steht meistens die Abgrenzung von fehlgeschlagenem und unbeendetem Versuch sowie die Abgrenzung von unbeendetem und beendetem Versuch im Mittelpunkt. Dabei kommt es jeweils auf das Vorstellungsbild des Täters an:

**Fehlgeschlagen** ist der Versuch, wenn der Täter sich vorstellt, dass sein bisheriges Versuchshandeln nicht ausreicht, um die Vollendung der Tat herbeizuführen. Nach der „Gesamtbetrachtungslehre“ ist darüber hinaus noch erforderlich, dass der Täter sich vorstellt, er könne die Vollendung auch nicht durch weitere Handlungen herbeiführen.

**Unbeendet** ist der Versuch, wenn der Täter sich vorstellt, dass der Versuch nicht fehlgeschlagen ist, er aber auch noch nicht alles getan hat, was zur Herbeiführung der Vollendung erforderlich ist.

**Beendet** ist der Versuch, wenn der Täter sich vorstellt, dass seine bisherigen Handlungen ausreichen, um die Vollendung der Tat herbeizuführen.

Die Unterscheidung von unbeendetem und beendetem Versuch ist erheblich für die Bestimmung der Rücktrittsleistung, die zur Erlangung der Straffreiheit erforderlich ist: beim unbeendetem Versuch genügt bloßes Nichtweiterhandeln, § 24 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 StGB. Beim beendetem Versuch ist Verhinderung der Vollendung erforderlich, § 24 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 StGB. Dies setzt in der Regel aktive Gegensteuerungshandlungen voraus, durch die der auf den Vollendungserfolg hinauslaufende Kausalverlauf unterbrochen wird. Wenn daher – wie hier –

der Täter nichts unternimmt, um den für möglich gehaltenen Vollendungserfolg abzuwenden, kann sein Verhalten ein strafbefreiender Rücktritt nur sein, wenn der Versuch unbeendet ist.

Was sich der Täter im maßgeblichen Zeitpunkt („Rücktrittshorizont“) vorgestellt hat, kann das Gericht nur aus äußeren Umständen schließen. Nach dem BGH ist im vorliegenden Fall insbesondere der Zustand des G nach dem Messerstich und die diesbezügliche Wahrnehmung durch A ausschlaggebend. Anhaltspunkte seien z. B., ob der Verletzte noch stehen konnte und wie stark er blutete.

Wenn es sich um einen unbeendeten Versuch handelt, kann das Weglaufen des A als Aufgabe der weiteren Tatausführung bewertet werden. Dann ist noch festzustellen, ob dieses Rücktrittsverhalten freiwillig war. Wichtige Kriterien dieser Rücktrittsvoraussetzung sind einerseits das Verhalten der anderen Tatzeugen, andererseits die Bewaffnung des A mit einem Messer.

### III. Konkurrenzen

Wenn man zu dem Ergebnis kommt, dass A von dem Totschlagsversuch nicht strafbefreiend zurückgetreten ist, hat er sich wegen versuchten Totschlags und wegen vollendeter gefährlicher Körperverletzung strafbar gemacht. Gefährliche Körperverletzung tritt hinter einem vollendeten Totschlag zurück. Dagegen besteht zwischen einem versuchten Totschlag und einer vollendeten gefährlichen Körperverletzung Tateinheit, § 52 Abs. 1 StGB.

## Entscheidung 2020-II-5

**BGH, Beschl. v. 14.1.2020 – 2 StR 284/19, NStZ 2020, 341**

### Sachverhalt

A traf am 26.7.2018 gegen 4.45 Uhr mit der Z, derer er sich zu diesem Zeitpunkt gewaltsam bemächtigt hatte, um mit ihr – nach Ende ihrer Beziehung – zu reden und für sich zurückzugewinnen, auf den in einem Gebüsch schlafenden P. A führte in seiner rechten Hand ein Messer. Ihm kam die Idee, P dessen Geld zu entwenden. Er zog dem schlafenden P das Portemonnaie aus der Gesäßtasche und steckte es in seine Gürteltasche. Sodann durchsuchte er dessen Rucksack nach Stehlenswertem. Als er den Rucksack wieder auf den Boden legte, erwachte P. Um sich den Besitz der Geldbörse zu sichern und die befürchtete Gegenwehr des P im Keim zu ersticken, stach A unvermittelt viermal kraftvoll auf P ein, wobei er dessen Tod zumindest billigend in Kauf nahm.

Der völlig überraschte P sprang nach dem vierten Stich plötzlich auf und lief in Richtung einer nahegelegenen Böschung. A setzte ihm etwa zwei bis drei Meter nach und versetzte ihm noch einen weiteren Stich in die linke Schulter. Es gelang dem P, die Böschung zu einer Straße hochzulaufen. In dieser Situation ließ A von P ab, weil er nicht gleichzeitig diesen weiterverfolgen und die Z, der sein Interesse in erster Linie galt, überwachen konnte. Er entschloss sich daher, mit Z seinen Weg fortzusetzen und P nicht weiter zu verfolgen. Der lebensgefährlich verletzte P wurde kurz darauf von Passanten gefunden und gerettet.

### Strafbarkeit des A

Der kurze Sachverhalt beinhaltet Anknüpfungspunkte für zahlreiche zu erörternde Straftatbestände. Die Entscheidung des BGH befasst sich nur mit den Problemen des Rücktritts vom versuchten Mord.

I. Diebstahl mit Waffen, §§ 242, 244 Abs. 1 Nr. 1 a StGB

Bei der Prüfung des objektiven Tatbestandes des § 242 StGB ist im Rahmen des Merkmals „Wegnahme“ zu begründen, dass P auch als Schlafender Inhaber des **Gewahrsams** an der Geldbörse und dem Rucksack war. Des Weiteren ist in Anlehnung an die Fälle von Diebstahl in Selbstbedienungsläden („Gewahrsamsenklaue“) darzulegen, dass A die Wegnahme an der Geldbörse bereits durch Einstecken in seine Gürteltasche vollendet hat (Begründung neuen Gewahrsams). Die Qualifikation des § 244 Abs. 1 Nr. 1 a StGB hat A schon dadurch erfüllt, dass er ein Messer während der Tat bei sich führte.

Dass A auch die Strafbarkeitsvoraussetzungen der Unterschlagung (§ 246 Abs. 1 StGB) erfüllt hat, sollte man im Gutachten erwähnen. Verurteilt und bestraft wird A nicht aus § 246 StGB, weil die Unterschlagung gegenüber dem Diebstahl subsidiär ist.

## II. Schwerer Raub, §§ 249, 250 Abs. II Nr. 1 StGB

Eine Strafbarkeit wegen Raubes (§ 249 StGB) und damit auch wegen qualifizierten Raubes ist ausgeschlossen, weil A die Wegnahme der Geldbörse schon vollendet hatte, bevor er gegen P gewalttätig wurde. Die Gewalt (Messerstiche) dient also nicht der Ermöglichung der Wegnahme. Erörtern kann man im Gutachten, ob die Erfüllung des Raubtatbestandes damit begründet werden kann, dass die Gewaltanwendung den Zweck hatte, die erfolgreiche Beendigung des Diebstahls zu ermöglichen. Im Ergebnis sollte man das aber ablehnen. Denn Gewaltanwendung zur Beutesicherung nach vollendetem Diebstahl fällt in den Tatbestandsbereich des § 252 StGB. Die Existenz dieser Strafvorschrift ist Ausdruck des gesetzgeberischen Willens, Gewaltanwendungen nach vollendeter Wegnahme nicht in den Raubtatbestand einzubeziehen.

## III. Schwerer räuberischer Diebstahl, §§ 252, 250 Abs. 2 Nr. 1, Nr. 3 b StGB

Die Messerstiche erfüllen den Tatbestand des räuberischen Diebstahls. A war nach vollendetem Diebstahl auf frischer Tat von P betroffen. Die gegen die Person des P gerichtete Gewalt war von der Absicht getragen, sich den Besitz der gestohlenen Sachen zu erhalten. Indem A mit dem Messer zustach, verwirklichte er die Qualifikationsmerkmale des § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB und des § 250 Abs. 2 Nr. 3 b StGB.

## IV. Versuchter räuberischer Diebstahl mit Todesfolge, §§ 252, 251, 22 StGB

Da A bei Ausführung der Messerstiche den Tod des P für möglich hielt und billigend in Kauf nahm, hat er auch die Strafbarkeitsvoraussetzungen des versuchten räuberischen Diebstahls mit Todesfolge erfüllt. Dieser Versuch eines erfolgsqualifizierten Delikts ist möglich (siehe schon oben Entscheidung 3). Allerdings könnte A von diesem Versuch strafbefreiend zurückgetreten sein (dazu unten VI.).

## V. Gefährliche Körperverletzung, §§ 223, 224 Abs. 1 Nr. 2, Nr. 5 StGB

Diese Strafbarkeit ist unproblematisch.

## VI. Versuchter Mord, §§ 211, 22 StGB

A hat versuchten Mord begangen. Bedingter Tötungsvorsatz ist dafür ausreichend. Mordmerkmale sind hier Habgier und eventuell Straftatverdeckungsabsicht.

Die Strafbarkeit könnte aber auf Grund **Rücktritts** aufgehoben worden sein, § 24 Abs. 1 StGB. Da A den flüchtenden P noch hätte weiterverfolgen und durch erneute Messerstiche töten können, war der Versuch nicht fehlgeschlagen. Der Versuch war unbeendet, da A nach seiner Vorstellung noch nicht alles getan hatte, was zur Herbeiführung der Vollendung erforderlich war. Daher genügte für einen Rücktritt die endgültige Aufgabe der weiteren Tatausführung, § 24 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 StGB.

Problematisch ist nach dem BGH die **Freiwilligkeit** der Aufgabe weiterer Tatausführung. Zwei Aspekte sind in diesem Zusammenhang zu würdigen: zum einen die bereits erfolgte Zielerreichung (Sicherung der Beute aus dem Diebstahl), zum anderen die Unvereinbarkeit weiterer Verfolgung des P mit der vorrangigen Zwecksetzung, die Bemächtigung der Z aufrecht zu erhalten. Beides steht nach Ansicht des BGH der Freiwilligkeit nicht entgegen.

Der BGH definiert Freiwilligkeit iSd § 24 Abs. 1 StGB folgendermaßen:

„Freiwilligkeit liegt vor, wenn der Täter Herr seiner Entschlüsse geblieben ist und er die Ausführung seines Verbrechensplans noch für möglich hält, er also weder durch eine äußere Zwangslage daran gehindert, noch durch seelischen Druck unfähig geworden ist, die Tat zu vollbringen. Erst wenn durch von außen kommende Ereignisse aus Sicht des Täters ein Hindernis geschaffen worden ist, das der Tatvollendung zwingend entgegensteht, ist er nicht mehr Herr seiner Entschlüsse und eine daraufhin erfolgte Abstandnahme von der weiteren Tatausführung als unfreiwillig anzusehen.“

In dem umfangreichen und stellenweise schwer verständlichen Kommentar (NStZ 2020, 342-344) stellt sich *Christian Jäger* gegen die Argumentation des BGH und kommt im Ergebnis zu einem unfreiwilligen Rücktritt.

Die vom BGH vertretene „psychologische Betrachtungsweise“ hat in der Literatur viele Anhänger (z. B. *Rengier* AT § 37 Rn. 91 ff.). Die Gegenposition wird von Vertretern einer „normativen Betrachtungsweise“ besetzt (dazu *Rengier* AT § 37 Rn. 99).

## Entscheidung 2020-II-6

BGH, Beschl. v. 26.11.2019 – 3 StR 323/19, NStZ 2020, 344

### Sachverhalt

A gehörte einer Bande an, deren Mitglieder sich im Jahr 2010 zusammengeschlossen hatten, um sich durch arbeitsteiligen und fortgesetzten betrügerischen Verkauf von Wertpapieren jeweils eine dauerhafte Einnahmequelle zu verschaffen. Einige Bandenmitglieder waren als „Telefonverkäufer“ tätig. Sie riefen potentielle Kunden an, traten als Mitarbeiter einer „G“ auf und empfahlen den Kauf sog. vorbörslicher Aktien einer „O“, obwohl eine Lieferung solcher Aktien weder möglich noch beabsichtigt war. Dabei spiegelten sie den Kunden vor, dass der – von der G begleitete – Börsengang der O bevorstehe und dass die O Kapital einsammele, um sich an Firmen zu beteiligen, die in kanadischen Ölsandgebieten Rohöl gewannen. Sowohl bei den Telefonaten als auch in einem den Kunden später übersandten Anschreiben wurde auf Internetseiten der O und der G verwiesen, aus denen sich u.a. ergab, dass „die G“ eine „erfolgreiche private Investmentbank mit langjähriger Erfahrung“ sei und dass eine Investition in Aktien der O ausweislich eines „MarketWatch New York Sonderreports“ mit dem Titel „Analyse: Erdölförderung/Verbrauch/Verfügbarkeit“ ein „Kurspotential von mehreren hundert Prozent in den nächsten 12 Monaten“ berge.

Die Idee zu dem Betrugssystem hatte D entwickelt. Er hatte auch die zur Realisierung des Vorhabens notwendige Infrastruktur geschaffen und den M angeworben, der sich um den Aufbau des Vertriebs kümmerte. Die Telefonverkäufer arbeiteten in einem sog. Opening-Büro und in einem sog. Loading-Büro. Die im Opening-Büro tätigen Telefonverkäufer nahmen erste Kontakte zu potentiellen Kunden auf, die Telefonverkäufer im Loading-Büro hatten die Aufgabe, bereits angeworbene Kunden zum Kauf weiterer Aktien zu veranlassen. Die Telefonverkäufer begannen ihre Tätigkeit im April 2010. Spätestens ab Mai 2011 waren sowohl sie als auch die Internetauftritte von O und G nicht mehr erreichbar.

A arbeitete von November 2010 bis April 2011 im sog. Backoffice des von K geleiteten Opening-Büros. Seine Tätigkeit bestand darin, denjenigen Anlegern, die gegenüber den Telefonverkäufern Interesse an einer Zeichnung der O-Aktien signalisiert hatten, Informationsmaterial zuzusenden, das K erstellt hatte. Falls die Kunden dann tatsächlich Aktien der O erwerben wollten, hatte A ferner die Aufgabe, ihnen ebenfalls von K vorgefertigte Zeichnungsscheine und Anschreiben mit den Kontodaten zu übersenden, auf welche die Anleger ihre Zahlungen leisten sollten. Zu diesem Zweck stand ihm ein Computer zur Verfügung, auf dem nahezu sämtliche Schreiben hinterlegt waren, die K zur Information der Anleger und zur Durchführung eines Kaufs entworfen hatte. A nahm überdies Telefonate von Anlegern entgegen. Weil er selbst nicht in den Telefonverkauf eingebunden war, notierte er in diesen Fällen lediglich entweder Rückrufdaten oder gab das Telefon an den jeweils zuständigen Telefonverkäufer weiter. Für seine Tätigkeit erhielt er ein monatliches Fixgehalt von 1500 Euro. Das Gehalt wurde ihm von M ausgezahlt, der die zur Bezahlung der Vertriebsmitarbeiter verwendeten eingenommenen Gelder seinerseits von D erhalten hatte.

## Strafbarkeit des A

Der Strafbarkeit des A liegt der Straftatbestand „gewerbsmäßiger Bandenbetrug“ (§ 263 Abs. 5 StGB) zugrunde. Problematisch ist in diesem Fall nur die Beteiligungsform des A, **Mittäterschaft oder Beihilfe** ?

Der gewerbsmäßige Bandenbetrug ist ein Qualifikationstatbestand im Verhältnis zu § 263 Abs. 1 StGB. Qualifiziert wird der Betrug durch die kumulative Erfüllung der beiden Merkmale „Bandenmitgliedschaft“ und „gewerbsmäßig“. Beide Merkmale sind nach h. M. „besondere persönliche Merkmale“ und fallen daher in den Anwendungsbereich des § 28 Abs. 2 StGB.

Gewerbsmäßiger Bandenbetrug ist ein Verbrechen (§ 12 Abs. 1 StGB). Daher ist der Versuch strafbar (§ 23 Abs. 1 StGB). Strafbar sind auch die Formen „versuchter Beteiligung“ gem. § 30 StGB. Wenn daher im Sachverhalt beschrieben wird, wie mehrere Personen verabreden, einen gewerbsmäßigen Bandenbetrug zu begehen, der dann letztlich doch nicht ausgeführt wird, muss man an die Strafbarkeit aus § 263 Abs. 5 StGB iVm § 30 Abs. 2 Var. 3 StGB denken und diese prüfen. Wird die Tat ausgeführt, tritt die Strafbarkeit aus § 263 Abs. 5 iVm § 30 Abs. 2 Var. 3 StGB subsidiär zurück.

Zu unterscheiden ist § 263 Abs. 5 StGB von § 263 Abs. 3 S. 2 Nr. 1 StGB. Dort erfüllt der Täter die Merkmale „Bandenmitgliedschaft“ und „gewerbsmäßig“ nicht kumulativ. Die Erfüllung eines dieser Merkmale ist ein „Regelbeispiel“ eines besonders schweren Falls des Betrugs. Es handelt sich bei § 263 Abs. 3 StGB um eine Strafraumenregelung, nicht um einen Qualifikationstatbestand. Beachten Sie die Parallelen zu § 243 StGB !

Die Frage, ob A Mittäter (§ 25 Abs. 2 StGB) oder Gehilfe (§ 27 StGB) ist, beantwortet der BGH im letzteren Sinn. A habe sich wegen Beihilfe zum gewerbsmäßigen Bandenbetrug strafbar gemacht.

Die Mittäterschaft beschreibt der BGH folgendermaßen :

„Bei Beteiligung mehrerer Personen, von denen nicht jede sämtliche Tatbestandsmerkmale verwirklicht, ist Mittäter im Sinne von § 25 Abs. 2 StGB, wer einen eigenen Tatbeitrag leistet und diesen so in die

Tat einfügt, dass er als Teil der Handlung eines anderen Beteiligten und umgekehrt dessen Handeln als Ergänzung des eigenen Tatanteils erscheint. Die Frage, ob sich bei mehreren Tatbeteiligten das Handeln eines von ihnen als Mittäterschaft im Sinne von § 25 Abs. 2 StGB darstellt, ist vom Tatgericht aufgrund einer wertenden Gesamtbetrachtung aller festgestellten Umstände des Einzelfalls zu prüfen; maßgebliche Kriterien sind der Grad des eigenen Interesses an der Tat, der Umfang der Tatbeteiligung und die Tatherrschaft oder wenigstens der Wille dazu, so dass die Durchführung und der Ausgang der Tat maßgeblich auch vom Willen des Betroffenen abhängen müssen.“

Danach habe die Beteiligung des A an der Gesamttat nur das Format einer Beihilfe gehabt. Maßgeblich dafür sei vor allem die untergeordnete Stellung, die A im Gesamtgefüge der Bande eingenommen habe. Die ausgeübte Tätigkeit sei in die für die Anbahnung der betrügerischen Geschäfte wesentlichen Telefonverkäufe nicht eingebunden gewesen. A habe keine eigenen, für die Tatbegehung bedeutsamen Entscheidungen zu treffen gehabt. Auch hatte er keinen anderweitigen maßgeblichen Einfluss auf die Tatbegehung. Ein Indiz für den lediglich fremdes Handeln fördernden Charakter seiner Beteiligung sei auch die verhältnismäßig bescheidene Vergütung in Gestalt eines monatlichen Fixgehalts von 1500 Euro.

## **Entscheidung 2020-II-7**

**BGH, Beschl. v. 17.10.2019 – 3 StR 521/18, NStZ 2020, 273**

### **Sachverhalt**

Spätestens im Jahr 2012 schlossen sich A, der rechtskräftig verurteilte G sowie unbekannte Personen, zumindest die nicht näher identifizierten „T“ und „X“ zusammen, um sich fortan ihre Einkünfte durch den vielfachen Diebstahl von Pkw, die Manipulation der jeweiligen Fahrzeugidentifizierungsnummer (FIN) und den gewinnbringenden Verkauf der Fahrzeuge aufzubessern und sich so eine nicht nur vorübergehende, nicht ganz unerhebliche Einnahmequelle zu verschaffen.

Gemäß dem gemeinsamen Tatplan gingen die Beteiligten wie folgt vor: Zusammen mit zumindest einer weiteren unbekannt Person entwendete „T“, zum Teil auch unter G's Mitwirkung, in Norddeutschland Pkw, insbesondere solche des Typs Ford Kuga, und überführte diese in den Raum B. Dort verfälschten Unbekannte, unter anderem „T“ und „X“, die FIN der gestohlenen Fahrzeuge, indem sie am Bodenblech im Fußraum auf der Beifahrerseite neue Metallplatten mit einer um die letzten sechs oder sieben Stellen veränderten FIN anbrachten, andere Frontscheiben einsetzten, auf denen diese veränderte FIN sichtbar war, und entsprechende Typenschilder an die Innenseite der Fahrertür klebten. Unbekannte führten anschließend die manipulierten Pkw unter Vorlage von Totalfälschungen dänischer oder britischer Zulassungspapiere beim TÜV oder der DEKRA vor, wo die Fahrzeuge unter den falschen FIN abgenommen wurden. Anschließend wurden die Pkw unter anderem mit den vom TÜV bzw. der DEKRA erstellten Unterlagen bei einer deutschen Zulassungsstelle als Reimport angemeldet und – überwiegend auf den Namen von nicht existenten oder nicht informierten Personen – neu zugelassen; die Mitarbeiter der Zulassungsstelle stellten dementsprechend die Zulassungsbescheinigungen Teil I und II (früher: Fahrzeugschein und Fahrzeugbrief) aus, in denen die falsche FIN eingetragen war. Die auf diese Weise „reingewaschenen“ Fahrzeuge wurden an Dritte veräußert.

Dem A – der an der Entwendung der Pkw nicht beteiligt war – kam nach dem gemeinsamen Tatplan regelmäßig die Aufgabe zu, die Zulassung der Kraftfahrzeuge zu organisieren. Mitunter war er auch mit deren Veräußerung an Dritte befasst. Die Verkaufserlöse erhielten „T“ und „X“, während dem A ebenso wie G feste „Provisionen“ zufließen.

Im Einzelnen beging A in Umsetzung der Bandenabrede die folgenden Taten:

An neun verschiedenen Tagen zwischen dem 12.8. und dem 16.12.2013 nahm er die Neuanmeldung und -zulassung jeweils eines gestohlenen und manipulierten Ford Kuga unter falscher FIN vor, wobei entweder A selbst oder ein von ihm beauftragter Zulassungsdienstleister gegenüber der Zulassungsstelle auftrat und Unterlagen einreichte, unter anderem inhaltlich unzutreffende Dokumente des TÜV. Die Fahrzeuge waren dieser technischen Prüforganisation zuvor – ohne Mitwirkung des A – unter Vorlage von Totalfälschungen dänischer Zulassungspapiere vorgestellt worden. Andere Bandenmitglieder veräußerten die neun Fahrzeuge sukzessive. In

dem zeitlich ersten Fall fand der Verkauf „nach genauer Absprache“ mit A statt; in diesem Fall erhielt er für sein Tun einen vom Käufer in Zahlung gegebenen Pkw des Typs BMW 545 i im Wert von 5000 Euro, den er anschließend auf sich zuließ und nutzte. In den weiteren Fällen erhielt er für seine Tätigkeit aus den Erlösen jeweils eine „Provision“ in Höhe von entweder 1500 Euro oder 500 Euro.

## Strafbarkeit des A

Aus dem umfangreichen und komplizierten Sachverhalt soll hier nur ein kleiner – den A betreffender – Ausschnitt strafrechtlich gewürdigt werden: Die Fahrzeuge sind von anderen Tätern gestohlen worden. A hat durch seine Tätigkeiten zum Weiterverkauf der „reingewaschenen“ Fahrzeuge an Dritte beigetragen. An den Diebstahlstaten war A nicht beteiligt.

Aus dem Besonderen Teil des StGB kommen als Grundlage für die Strafbarkeit des A die Tatbestände gewerbsmäßige Bandenhehlerei (§ 260 a StGB), bandenmäßige und gewerbsmäßige Urkundenfälschung (§ 267 Abs. 1, Abs. 4 StGB) und qualifizierte mittelbare Falschbeurkundung (§ 271 Abs. 1, Abs. 3 StGB) in Betracht.

Die strafrechtliche Würdigung soll auf den Tatbestand **gewerbsmäßige Bandenhehlerei** (§ 260 a StGB) beschränkt werden.

Gewerbsmäßige Bandenhehlerei ist eine Qualifikation der Hehlerei (§ 259 StGB). Der Täter muss die Tatbestandsmerkmale des § 259 StGB sowie die qualifizierenden Merkmale „Bandenmitgliedschaft“ und „gewerbsmäßig“ erfüllen. Zu den objektiven Tatbestandsmerkmalen des § 259 StGB gehört, dass die Vortat (Diebstahl) von einem anderen begangen worden ist. Der Hehler darf also nicht als Täter an der Vortat beteiligt gewesen sein.

Der Weiterverkauf der zuvor gestohlenen Fahrzeuge ist eine Hehlerei in Form des Absetzens. Da an dem Weiterverkauf die Täter der Diebstähle nicht beteiligt gewesen sind, ist die Tatbestandsalternative „Absetzen“ – und nicht „Absatzhilfe“ – einschlägig. „Absatzhilfe“ wäre relevant, wenn die Diebe selbst den Weiterverkauf – also den Absatz – getätigt hätten und A sie dabei unterstützt hätte.

A hat sich an den Absatztaten der anderen Hehler teilweise als Mittäter (§ 25 Abs. 2 StGB), teilweise als Gehilfe (§ 27 StGB) beteiligt. Jeweils ist er aus § 260 a StGB strafbar, da er selbst die beiden personenbezogenen Qualifikationsmerkmale „Bandenmitgliedschaft“ und „gewerbsmäßig“ erfüllt hat, § 28 Abs. 2 StGB.

In einigen der Fälle, an denen A mitwirkte, wurde die Absatztätigkeit durch einen Täter ausgeführt, der zwar gewerbsmäßig handelte, aber kein Mitglied der Bande war. Der Täter verwirklichte also den Tatbestand des § 260 Abs. 1 Nr. 1 StGB, nicht aber den Tatbestand des § 260 a Abs. 1 StGB. Daher könnte fraglich sein, ob A wegen Beihilfe zu § 260 a Abs. 1 StGB strafbar ist.

Dazu führt der BGH aus :

„Für die strafrechtliche Haftung des Teilnehmers ist die in § 28 Abs. 2 StGB geregelte Akzessorietätslockerung grundsätzlich auch dann maßgebend, wenn das besondere persönliche Merkmal nur bei ihm vorliegt, dagegen beim Täter fehlt. Auch der Gesetzeswortlaut in § 260 a Abs. 1 StGB steht der Anwendung des § 28 Abs. 2 StGB nicht entgegen, falls sich nicht der Täter der Hehlerei, sondern ausschließlich dessen Gehilfe als Bandenmitglied betätigt. Aus der Formulierung ‘wer die

Hehlerei als Mitglied einer Bande ... gewerbsmäßig begeht' ergibt sich nicht, dass die Qualifikationsmerkmale beim Haupttäter vorhanden sein müssen. Wenngleich der Terminus „begehen“ in den §§ 25 ff StGB zur Beschreibung täterschaftlichen Handelns verwendet wird, ist der Wortsinn nicht darauf begrenzt. Es besteht kein Anhalt dafür, dass der Gesetzgeber, als er die Vorschrift des § 260 a StGB zum 22.9.1992 einführte, mit der Formulierung 'wer die Hehlerei als Mitglied einer Bande ... gewerbsmäßig begeht' die Anwendung des § 28 Abs. 2 StGB einschränken wollte. Vielmehr wird in den Materialien zu dem betreffenden Reformgesetz – dem Gesetz zur Bekämpfung des illegalen Rauschgifthandels und anderer Erscheinungsformen der Organisierten Kriminalität (OrgKG) vom 15.7.1992 – ausgeführt, die neu geschaffene Strafnorm knüpfe an gewerbs- und bandenmäßiges 'Handeln' an. Nicht zuletzt spricht der Grund für diese Qualifikation, die wesentlich erhöhte Gefährlichkeit beim Zusammentreffen von Bandenkriminalität und auf Dauer angelegtem Gewinnstreben, wie sie typischerweise die organisierte Kriminalität prägt, für die Anwendung des § 28 Abs. 2 StGB in einer solchen Fallkonstellation.“

## Entscheidung 2020-II-8

BGH, Beschl. v. 24.1.2019 – 5 StR 480/18, NStZ 2020, 345

### Sachverhalt

Der erheblich alkoholisierte A stach aus Wut mehrmals mit einem Messer auf den Hals- und Nackenbereich des rücklings auf einem Sofa seiner Wohnung liegenden R ein, um ihn zu töten. R erlitt dadurch mehrere stark blutende, konkret lebensgefährliche Verletzungen. A ging deshalb – objektiv zutreffend – davon aus, dass R alsbald versterben werde. Er verließ daher den im Erdgeschoss liegenden Tatort und ging zu seinem im ersten Stock wohnenden Bekannten P. Dort angekommen äußerte er: „Ich habe ihn aufgeschlitzt.“ Daraufhin lief die bei P zu Besuch weilende Z in die Wohnung des R, wo sie diesen schwer verletzt, aber noch lebend vorfand. Sie rannte in Panik nach draußen, um Hilfe zu holen.

Währenddessen begab sich auch A wieder in die Wohnung des R. Um ihn endgültig zu töten, versetzte er ihm – nur einige Minuten nach dem ersten Angriff – mit einem Küchenmesser einen Stich in die Herzregion. Kurz danach verstarb R infolge der zahlreichen Stichverletzungen durch Verbluten in Kombination mit einer Flüssigkeitsansammlung im Herzbeutel.

### Strafbarkeit des A

Thema der Entscheidung ist das **Konkurrenzverhältnis** zwischen dem ersten Angriff des A auf das Leben des R und dem zweiten Angriff des A auf das Leben des R. A hat den R vorsätzlich getötet und sich dadurch wegen Totschlags aus § 212 Abs. 1 StGB strafbar gemacht. Für die Erfüllung von Mordmerkmalen (§ 211 Abs. 2 StGB) gibt der Sachverhalt nichts her.

Die Messerstiche in den Hals- und Nackenbereich sind versuchter Totschlag (§§ 212, 22 StGB) und vollendete gefährliche Körperverletzung (§§ 223, 224 Abs. 1 Nr. 2, Nr. 5 StGB). Der Stich mit dem Küchenmesser in die Herzregion des R ist vollendeter Totschlag. Die darin enthaltene gefährliche Körperverletzung tritt hinter dem vollendeten Totschlag zurück.

In dem Verfahren war umstritten, ob der erste und der zweite Angriff auf das Leben des R zwei verschiedene Straftaten sind, die zueinander in Tatmehrheit (§ 53 StGB) stehen oder ob beide Angriffe eine Handlungseinheit bilden.

Der BGH legt folgenden Maßstab zugrunde:

„Bei einem mehraktigen Tatgeschehen liegt eine Tat im Rechtssinne vor, wenn zwischen gleichgelagerten, strafrechtlich erheblichen Betätigungen ein derart unmittelbarer Zusammenhang besteht, dass sich das gesamte Handeln des Täters objektiv auch für einen Dritten als ein einheitlich

zusammengehöriges Tun darstellt, und die einzelnen Handlungen durch ein subjektives Element miteinander verbunden sind. Ein zeitlicher Abstand zwischen den Einzelakten steht der Annahme einer Tat im Rechtssinne dann entgegen, wenn dieser erheblich ist und einen augenfälligen Einschnitt bewirkt. Eine Handlungseinheit endet spätestens mit dem Fehlschlag eines Versuchs, von dem der Täter nicht mehr strafbefreiend zurücktreten kann.“

Im vorliegenden Fall liegt nach Ansicht des BGH ein enger Zusammenhang vor, der die beiden sukzessiven Angriffe des A auf das Leben des R zu einer einheitlichen Tat verbindet. Der erste Angriff des A auf das Leben des R sei kein fehlgeschlagener Versuch. Denn A hatte ohne Weiteres die Möglichkeit, die Tat durch weitere Gewalttätigkeiten gegen R zu vollenden, was er ja dann auch tat.

Das hat folgende Konsequenzen:

1. Im Sanktionenbereich ist keine Gesamtstrafe (§ 53 StGB) zu bilden. Da nur eine Tat begangen wurde, ist auch von vornherein nur eine Strafe zuzumessen.
2. Soweit die beiden Angriffe des A auf das Leben des R mit anderen Straftaten zusammenfallen (z. B. Beschädigung einer Sache während des ersten Angriffs und Beschädigung einer anderen Sache während des zweiten Angriffs), stehen diese Taten zueinander in Tateinheit, § 52 StGB. Sie werden nämlich von dem einheitlichen Totschlag „verklammert“.
3. Bei der zweiten tödlichen Attacke des A gegen R kann nicht das Mordmerkmal „Verdeckungsabsicht“ bezüglich des ersten Angriffs erfüllt worden sein. Wenn nämlich beide Angriffe Teile einer einheitlichen Tat sind, ist der erste Angriff im Verhältnis zu dem zweiten Angriff keine „andere Straftat“.
4. Hätte A nach dem zweiten Angriff auf das Leben des R freiwillig erfolgreiche Lebensrettungsmaßnahmen unternommen, würde dieser Rücktritt vom Versuch nicht nur die Strafbarkeit aus §§ 212, 22 StGB aufheben, die durch den Messerstich in die Herzregion begründet worden ist, sondern auch die Strafbarkeit aus §§ 212, 22 StGB, die durch die Stiche in Hals und Nacken begründet worden war. Unberührt bliebe von dem Rücktritt die Strafbarkeit wegen vollendeter gefährlicher Körperverletzung, §§ 223, 224 Abs. 1 Nr. 2, Nr. 5 StGB.
5. Hätte A bei den Stichen in Hals und Nacken heimtückisch gehandelt, hätte er insoweit versuchten Mord begangen, §§ 211, 22 StGB. Daraus würde ein vollendeter Mord, wenn – wie der BGH es hier annimmt – der zweite und zum Tode führende Angriff mit dem Messer zusammen mit den ersten Messerstichen eine Einheit bildet. Die Tat wäre mit lebenslanger Freiheitsstrafe zu ahnden, § 211 Abs. 1 StGB. Der Täter stünde also besser, wenn der zweite Messerangriff als neue Straftat zu bewerten wäre, die zu dem Mordversuch in Tateinheit stünde. Die vollendete Tötung durch den Stich in die Herzregion wäre kein Mord, da der Täter gegenüber dem nunmehr nicht mehr arglosen Opfer das Mordmerkmal „Heimtücke“ nicht erfüllen könnte. Der Täter hätte sich also wegen versuchten Mordes in Tateinheit mit vollendetem Totschlag strafbar gemacht. Sanktionsrechtlich wäre das für den Täter günstiger, da die Strafe wegen versuchten Mordes gem. § 23 Abs. 2 iVm § 49 Abs. 1 StGB gemildert werden könnte. Sofern das Gericht davon Gebrauch macht, kann gegen den Angeklagten keine lebenslange Freiheitsstrafe, sondern höchstens eine Gesamtstrafe von 15 Jahren verhängt werden, § 54 Abs. 2 S. 2 StGB.

# Entscheidung 2020-II-9

BGH, Beschl. v. 12.11.2019 – 2 StR 415/19, NStZ 2020, 284

## Sachverhalt

A, ein aktiver Feuerwehrmann, wohnte seit Januar 2018 mit N und deren zwei und vier Jahre alten Kindern in einem im Jahr 1900 erbauten, renovierten Haus, an das unmittelbar eine alte Scheune angrenzte. Im April 2018 trennte sich N von dem extrem eifersüchtigen, zum Kontrollwahn neigenden A und wies diesen aus ihrem Haus. Darüber wütend und verärgert begab sich A am 4.5. 2018 gegen 1.15 Uhr zu dem bäuerlichen Anwesen und zerstach die Reifen des vor dem Haus abgestellten Pkw der N.

In seiner Wut noch nicht besänftigt, betrat A die an das Wohnhaus angrenzende Scheune, in der sich zahlreiche Strohballen befanden. Um der N weiter zu schaden, steckte er die Scheune in Brand, wohlwissend, dass sich im angrenzenden Wohnhaus die schlafenden kleinen Kinder und die N befanden; deren möglichen Tod nahm er billigend in Kauf. Wie von A vorhergesehen, brannten die Scheune und das Wohnhaus vollständig nieder; der Sachschaden betrug ca. 847 000 Euro.

Die noch wach im Bett liegende N hatte den Brand rechtzeitig bemerkt, weshalb es ihr gelungen war, das Wohnhaus mit den beiden Kindern unversehrt zu verlassen.

## Strafbarkeit des A

Es ist leicht zu erkennen, dass die Strafbarkeit des A auf Tötungsdeliktstatbeständen (§§ 211 ff StGB) und auf Brandstiftungstatbeständen (§§ 306 ff StGB) beruht. Die Entscheidung des BGH befasst sich mit Strafbarkeit des A wegen versuchten Mordes.

### I. Brandstiftungsdelikte

A hat folgende Brandstiftungstatbestände verwirklicht:

1. Brandstiftung, § 306 Abs. 1 Nr. 1 StGB bzgl. Wohnhaus und Scheune (dahinter treten §§ 303, 305 StGB zurück).
2. Schwere Brandstiftung, § 306 a Abs. 1 Nr. 1 StGB, evtl. auch gem. § 306 a Abs. 2 StGB.
3. Versuchte besonders schwere Brandstiftung, §§ 306 b Abs. 1, 22 StGB, evtl. auch §§ 306 b Abs. 2 Nr. 1, 22 StGB.
4. Versuchte Brandstiftung mit Todesfolge, §§ 306, 22 StGB (vom BGH nicht erwähnt).

### II. Tötungsdelikte

1. A hat versuchten Totschlag begangen, §§ 212, 22 StGB.
2. Zumindest gegenüber den schlafenden Kindern hat A zudem das Mordmerkmal „**Heimtücke**“ erfüllt (Ausnutzung der Arg- und Wehrlosigkeit in feindlicher Willensrichtung). Da es nur um ein versuchtes Tötungsdelikt geht, kommt es nur darauf an, dass sich A Arglosigkeit und Wehrlosigkeit seiner Opfer vorstellte. Dies kann also auch in Bezug auf die Mutter der beiden Kinder der Fall sein, wenn A annahm, dass auch sie schon schlief. Also hat sich A wegen versuchten Mordes strafbar gemacht, §§ 211, 22 StGB.

3. Darauf, ob A auch das Mordmerkmal „**mit gemeingefährlichen Mitteln**“ erfüllt hat, kommt es eigentlich nicht mehr an. Im Gutachten muss gleichwohl darauf eingegangen werden.

Die Erfüllung des Mordmerkmals „mit gemeingefährlichen Mitteln“ ist problematisch, wenn es sich bei der Tat auch um einen „schlichte Mehrfachtötung“ handeln kann. Letztere soll nämlich nach h. M. keine Tötung mit einem gemeingefährlichen Mittel sein.

Der BGH grenzt die beiden Fallkonstellationen folgendermaßen ab:

„Das Mordmerkmal der Tötung mit einem gemeingefährlichen Mittel ist erfüllt, wenn der Täter ein Tötungsmittel einsetzt, das in der konkreten Tatsituation eine unbestimmte Mehrzahl von Menschen an Leib und Leben gefährden kann, weil er die Ausdehnung der Gefahr nicht in seiner Gewalt hat. Dabei ist nicht allein auf die abstrakte Gefährlichkeit eines Mittels abzustellen, sondern auf seine Eignung und Wirkung in der konkreten Situation unter Berücksichtigung der persönlichen Fähigkeiten und Absichten des Täters. Von dem Mordmerkmal tatbestandlich nicht erfasst wird eine ‘schlichte’ Mehrfachtötung; eine solche liegt jedenfalls dann vor, wenn sich der Täter mit Tötungsabsicht gegen eine bestimmte Anzahl von ihm individualisierter Opfer richtet.“

## **Entscheidung 2020-II-10**

**BGH, Beschl. v. 29.8.2019 – 2 StR 295/19, NStZ 2020, 426**

### **Sachverhalt**

A bewohnte als einziger Mieter einen freistehenden Bungalow mit einer Wohnfläche von ca. 42 qm. Im Herbst 2015 fasste er den Entschluss, das Haus niederzubrennen, um zu einem späteren Zeitpunkt einen Versicherungsbetrug zu begehen.

Zu diesem Zweck schloss er am 9.10. 2015 im Internet eine Hausratversicherung über 50 000 Euro mit Wirkung zum 1.11.2015 ab und bezahlte sofort die erste Jahresprämie von 81, 44 Euro.

In der Nacht zum 28.11. 2015 brannte A unter Verwendung von Brandbeschleuniger den Bungalow nieder, wobei er infolge einer Verpuffung schwerste Brandverletzungen erlitt. Der Sachschaden betrug ca. 20 000 Euro, andere Menschen kamen nicht zu Schaden. Eine am 4.6. 2016 beantragte Schadensregulierung hat die Versicherung nach Einsicht in die Ermittlungsakte abgelehnt.

### **Strafbarkeit des A**

A könnte sich aus verschiedenen Brandstiftungstatbeständen strafbar gemacht haben.

#### **I. Brandstiftung, § 306 Abs. 1 Nr. 1 StGB**

A bewohnte das Haus als Mieter. Er war also nicht Eigentümer von Grundstück und Gebäude. Das Haus war für ihn „fremd“. Indem er das Haus in Brand setzte, machte er sich aus § 306 Abs. 1 Nr. 1 StGB strafbar. § 303 StGB und § 305 StGB treten dahinter zurück.

#### **II. Schwere Brandstiftung, § 306 a Abs. 1 Nr. 1 StGB**

Das Haus diene tatsächlich der **Wohnung** von Menschen. Allerdings kann diese Zweckbestimmung aufgehoben und damit die Tauglichkeit des Hauses als Objekt einer schweren Brandstiftung beseitigt werden. Zuständig für diese Entwidmung ist derjenige, der das Haus als Wohnung nutzt. Auf die Eigentumsverhältnisse kommt es nicht an. Hier kann also der A die tatsächliche Zweckbestimmung als Wohnung beseitigen. Dies kann auch dadurch geschehen, dass das Haus durch Zerstörung – z. B. mittels Feuer – unbewohnbar gemacht wird. Dass sich A dadurch zugleich wegen Eigentumsverletzung aus § 306 Abs. 1 Nr. 1 StGB strafbar macht, steht dem nicht entgegen.

A hat sich nicht aus § 306 a Abs. 1 Nr. 1 StGB strafbar gemacht.

### III. Besonders schwere Brandstiftung, § 306 b Abs. 2 Nr. 2 StGB

Da dieser Tatbestand die Erfüllung des Tatbestandes „schwere Brandstiftung“ (§ 306 a StGB) voraussetzt, hat sich A hier nicht aus diesem Tatbestand strafbar gemacht. Im Übrigen würde § 306 b Abs. 2 Nr. 2 StGB auch daran scheitern, dass der von A beabsichtigte „Versicherungsbetrug“ nach h. M. keine „andere Straftat“ wäre (Schönke/Schröder/Heine/Bosch, § 306 b Rn. 13).

## Entscheidung 2020-II-11

BGH, Beschl. v. 20.3.2019 – 4 StR 517/18, NStZ 2020, 225

### Sachverhalt

A entschloss sich am 2.10. 2016 bei einer Fahrt durch die K-Straße in E dazu, mit dem von ihm geführten Pkw auf eine Menschengruppe zuzufahren, die sich zum Teil auf der Straße und zum Teil auf dem neben der Straße verlaufenden Fußgängerweg befand. Dieser war durch Betonpoller zur Straße hin abgegrenzt. Dabei erkannte A, dass der M mit dem Rücken zu ihm vor den Pollern auf der Straße stand, und beabsichtigte, diesen mit seinem Fahrzeug nicht unerheblich zu verletzen.

M wurde entweder durch Rufe von anwesenden Personen oder durch das Motorengeräusch des auf ihn zufahrenden Fahrzeugs aufmerksam und sprang, unmittelbar bevor es zu einer Kollision kam, hinter die Poller, wobei er eine neben ihm befindliche Mülltonne gleichzeitig schützend vor sich warf. Das von A gelenkte Fahrzeug verfehlte ihn infolge seines Sprungs und streifte den ersten Poller mit einer Kollisionsgeschwindigkeit von mindestens 20 km/h und höchstens 33 km/h. Außerdem erfasste es frontal die Abfalltonne, deren Deckel dadurch abbrach und bei der ein Rad verkratzt wurde. Wäre M nicht hinter die Poller gesprungen, wäre er von dem Fahrzeug des A erfasst und wie von diesem beabsichtigt nicht unerheblich verletzt worden.

### Strafbarkeit des A

A könnte sich wegen gefährlichen Eingriffs in den Straßenverkehr aus § 315 b Abs. 1 Nr. 3 StGB strafbar gemacht haben. Regelwidrigkeiten bei der Teilnahme am Straßenverkehr werden aber grundsätzlich nicht von § 315 b StGB erfasst. Diese Strafvorschrift bezieht sich auf (**verkehrsfremde**) **Eingriffe „von außen“**, während Verkehrsregelübertretungen innerhalb des Verkehrsgeschehens entweder nach § 315 c StGB oder überhaupt nicht strafbar sind (*Eisele* BT I Rn. 1145). Ausnahmsweise ist § 315 b StGB doch auf „Inneneingriffe“ anwendbar, wenn sich die Bewegung im Verkehrsraum als „verkehrsfremd“ darstellt (*Eisele* BT I Rn. 1146). Dafür ist erforderlich, dass es sich um eine grobe Zweckentfremdung des Fahrzeugs als Waffe zu

verkehrsfeindlichen Zwecken („Pervertierung“) handelt. Der Täter muss zudem mit Schädigungsvorsatz handeln (*Eisele* BT I Rn. 1149).

Diese Voraussetzungen sind hier erfüllt. Aber das hat nur zur Folge, dass die Tatbestandsmerkmale „Wer die Sicherheit des Straßenverkehrs dadurch beeinträchtigt, dass er einen ähnlichen, ebenso gefährlichen Eingriff vornimmt“ erfüllt worden sind. Hinzukommen muss noch eine konkrete Gefährdung von Leib oder Leben eines anderen Menschen oder fremder Sachen von bedeutendem Wert. Denn § 315 b StGB normiert ein konkretes Gefährdungsdelikt.

Das Tatbestandsmerkmal der konkreten Gefährdung ist nach dem BGH im vorliegenden Fall nicht erfüllt.

„Ein vollendeter gefährlicher Eingriff in den Straßenverkehr erfordert, dass die Tathandlung über die ihr innewohnende latente Gefährlichkeit hinaus in eine kritische Situation geführt hat, in der – was nach allgemeiner Lebenserfahrung auf Grund einer objektiv nachträglichen Prognose zu beurteilen ist – die Sicherheit einer bestimmten Person oder Sache so stark beeinträchtigt war, dass es im Sinne eines „Beinahe-Unfalls“ nur noch vom Zufall abhing, ob das Rechtsgut verletzt wurde oder nicht.“

## Entscheidung 2020-II-12

BGH, Beschl. v. 14.4. 2020 – 5 StR 10/20, NStZ 2020, 483

### Sachverhalt

A und M begegneten am 1.3. 2019 kurz nach Mitternacht auf der Straße dem G. Nachdem dieser den A gefragt hatte, ob er – A – ihm Drogen verkaufe, kam es aus nicht näher bekanntem Anlass zu einem Gerangel, bei dem niemand verletzt wurde. Im Zuge der Auseinandersetzung entschied sich G zu fliehen. Dabei verlor er von ihm selbst zunächst unbemerkt sein Mobiltelefon im Wert von etwa 20 Euro. Dem G war bei der Flucht klar, dass er Hab und Gut am Ereignisort zurückgelassen hatte und beschloss schon zu diesem Zeitpunkt, später zurückzukehren und die Sachen wieder an sich zu nehmen. A und M setzten zunächst ihren Weg fort. Als sie auf ihrem Rückweg am Ort des Geschehens vorbeikamen, erblickte A das Mobiltelefon des G und entschloss sich, dieses an sich zu nehmen, um es für sich zu behalten.

### Strafbarkeit des A

#### I. Diebstahl, § 242 StGB

Das Problem des Falles ist die Erfüllung des Tatbestandsmerkmals „**Wegnahme**“. Das ist der Bruch fremden Gewahrsams und die Begründung neuen Gewahrsams. Voraussetzung ist also, dass jemand anderes als der Täter Gewahrsam an der Sache hat. Hier geht es um den Gewahrsam des G an dem Mobiltelefon. Bis G das Mobiltelefon verlor, hatte er Gewahrsam daran. Ob er den Gewahrsam auch danach und insbesondere als A das auf der Straße liegende Mobiltelefon an sich nahm noch hatte, ist fraglich.

Der BGH macht dazu folgende Ausführungen :

„Gewahrsam ist die von einem Herrschaftswillen getragene tatsächliche Sachherrschaft. Ein einmal begründeter Gewahrsam besteht fort, solange der Gewahrsamsinhaber noch Einwirkungsmöglichkeiten auf die Sache hat. Entscheidend für die Frage des Wechsels der tatsächlichen Sachherrschaft ist, dass

der Täter die Herrschaft über die Sache derart erlangt, dass er sie ohne Behinderung durch den alten Gewahrsamsinhaber ausüben kann und dieser über die Sache nicht mehr verfügen kann, ohne seinerseits die Verfügungsgewalt des Täters zu brechen. Ob die tatsächliche Sachvorherrschaft vorliegt bzw. wer sie innehat, bemisst sich nach den Umständen des Einzelfalls und den Anschauungen des täglichen Lebens.“

Gemessen daran habe der G hier zum Zeitpunkt der Mitnahme des Mobiltelefons durch A keinen Gewahrsam mehr gehabt. Er war nicht am Ort des Geschehens und tatsächlich nicht in der Lage, auf das im öffentlichen Raum liegende Mobiltelefon einzuwirken. Liegt ein Gegenstand in einem öffentlichen, für jede Person zugänglichen Bereich und ist der ortsabwesende ehemalige Gewahrsamsinhaber nicht in der Lage, auf die Sache einzuwirken und so die Sachherrschaft willentlich auszuüben, ist die Sache gewahrsamslos. Da G das Mobiltelefon nicht in einem öffentlichen Verkehrsmittel oder in einer sonstigen Räumlichkeit (Kino, Konzertsaal, Museum, Rathaus usw.) sondern „unter freiem Himmel“ verloren hat, ist auch nicht der Gewahrsam auf einen Dritten – den Inhaber der Herrschaft über das Verkehrsmittel oder die Räumlichkeit – übergegangen. A konnte also keinen fremden Gewahrsam brechen und hat somit das objektive Tatbestandsmerkmal „Wegnahme“ nicht erfüllt.

## II. Unterschlagung, § 246 StGB

A hat sich wegen Unterschlagung strafbar gemacht. Das Einstecken des gewahrsamslosen Mobiltelefons ist eine rechtswidrige Zueignung.

Hätte sich A aus § 242 StGB strafbar gemacht, müsste im Gutachten auf § 246 StGB kurz eingegangen werden. Ausreichend dafür ist die knappe Feststellung, dass der Täter die Strafbarkeitsvoraussetzungen des § 246 Abs. 1 StGB erfüllt hat und dass die Unterschlagung gegenüber dem Diebstahl kraft ausdrücklicher gesetzlicher Anordnung subsidiär ist.

Schwierig würde die Fallbearbeitung, wenn der Aufgabensteller die Beschreibung des Geschehens um Gewaltelemente angereichert hätte: Kurz nachdem A das Mobiltelefon eingesteckt hat, erscheint G am Tatort und fordert Rückgabe des Mobiltelefons. A reagiert mit einem Faustschlag in das Gesicht des G.

Hier sollte man kurz klarstellen, dass eine Strafbarkeit aus § 249 StGB nicht begründet ist, weil die Gewalt nicht der Gewahrsamserlangung diene (kein Finalzusammenhang zwischen Nötigung und Wegnahme). Danach muss man räuberischen Diebstahl (§ 252 StGB) prüfen. Aber auch dieses Delikt hat A nicht begangen, da er das Mobiltelefon nicht durch einen Diebstahl erlangt hat. Vortat ist eine Unterschlagung. Eventuell kann eine Erörterung versuchten räuberischen Diebstahls (§§ 252, 22 StGB) veranlasst sein, wenn der Sachverhalt mitteilt, dass A sich vorgestellt hat, er habe das Mobiltelefon gestohlen. Abschließend muss noch auf räuberische Erpressung (§§ 253, 255 StGB) eingegangen werden. Dieses Verbrechen liegt zwar im Ergebnis nicht vor. Nicht ganz einfach ist aber die Begründung. Man kann mit der h. M. in der Literatur darauf abstellen, dass G nicht zu einer Vermögensverfügung genötigt wurde. Man kann auch argumentieren, ein – weiterer, neuer – Vermögensschaden sei nicht verursacht worden, denn der Verlust des Mobiltelefons sei schon vor der Gewalt verursacht worden. Zusätzlich sollte man darauf hinweisen, dass die engen Grenzen des § 252 StGB (z. B. taugliche Vortat kann nur ein Diebstahl sein, nicht eine Unterschlagung) nicht durch ein Ausweichen auf §§ 253, 255 StGB umgangen werden dürfen.

# Entscheidung 2020-II-13

BGH, Beschl. v. 22.1.2020 – 3 StR 526/19, NStZ 2020, 484

## Sachverhalt

In der Nacht auf den 24.6. 2016 stieg A in ein Wohnhaus ein, nachdem er zuvor ein Fenster aufgehebelt hatte. Während eine Bewohnerin im ersten Stock schlief, durchsuchte A das Erdgeschoss. Anschließend flüchtete er mit einer Beute von 490 Euro.

In der Folgezeit beschloss A, von nun an vorrangig in die Häuser von Verstorbenen einzubrechen. Über entsprechende Todesfälle informierte er sich durch Traueranzeigen in der Tageszeitung. Zur Ausführung der Taten versicherte er sich der Unterstützung des M.

Seinem Plan entsprechend hebelte A am 6.5. 2017 ein Fenster im Haus eines zwei Wochen zuvor Verstorbenen auf. Er stieg ein, während M draußen den Fluchtweg absicherte. Die Beute von 60 Euro Bargeld teilten A und M auf.

Am 29.6. 2017 hebelte A die Terrassentür einer weiteren Immobilie auf. Auch dieses Haus stand leer, weil die Bewohnerin kurz zuvor verstorben war. Während M erneut die Sicherung des Fluchtwegs übernahm, stieg A ein, brach einen Tresor aus einem Schrank und nahm ihn an sich. Nach ihrer Flucht öffneten die Täter diesen und teilten den Inhalt von 1000 Euro Bargeld.

Am 19.7. 2017 brach A das Vorhängeschloss des Lagercontainers eines Sportvereins auf. Daraus erbeutete er u.a. einen Werkzeugkoffer. Hierbei handelte er in der Absicht, sich durch gleichgelagerte Taten eine fortlaufende Einnahmequelle von einigem Umfang und einiger Dauer zu verschaffen.

## Strafbarkeit des A

### I. Tat am 24. 6. 2016

#### 1. Wohnungseinbruchsdiebstahl, §§ 242, 244 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 4 StGB

Wohnungseinbruchsdiebstahl ist eine Qualifikation des Diebstahls (§ 242 StGB). Die Strafverschärfung durch § 244 Abs. 4 StGB wurde im Jahr 2017 eingeführt. Daher war diese Vorschrift auf die von A im Jahr 2016 begangene Tat noch nicht anwendbar, vgl. § 2 Abs. 1 StGB.

Die Erfüllung des objektiven Tatbestandes des Grunddelikts (§ 242 Abs. 1 StGB) ist unproblematisch. Die 490 Euro sind für A fremde bewegliche Sachen. Diese hat A der schlafenden Bewohnerin weggenommen. Auch während des Schlafes hat der Inhaber einer Wohnung Gewahrsam an allen beweglichen Sachen, die sich in der Wohnung befinden.

A handelte vorsätzlich (§ 15 StGB) und mit Zueignungsabsicht.

Obwohl A viele einzelne Sachen (Geldscheine, Münzen) an sich genommen und dazu wahrscheinlich mehrerer Zugriffsakte ausgeführt hat, ist seine Tat nur ein Diebstahl. Es handelt sich um einen Fall „natürlicher Handlungseinheit“.

§ 242 StGB tritt hinter §§ 242, 244 Abs. 1 Nr. 3 StGB zurück.

Nicht anwendbar ist § 243 StGB ! Es wäre ein grober Fehler, im Gutachten nach der Bejahung einer Strafbarkeit aus §§ 242, 244 Abs. 1 Nr. 3 StGB noch auf § 243 Abs. 1 StGB einzugehen.

§ 243 StGB kommt nur zur Anwendung, wenn der Täter lediglich den Grundtatbestand § 242 StGB erfüllt hat.

§ 243 StGB kann in Fällen anwendbar sein, bei denen als Tatobjekt eine Wohnung in Betracht kommt, wenn es sich um ein gemischt genutztes Haus handelt und der Täter in den Teil des Hauses eingebrochen oder eingestiegen ist, der nicht Wohnzwecken dient (z. B. : Gastwirtschaft im Erdgeschoss, Wohnung der Gastwirtsfamilie im Obergeschoss). Dann kann die strafrechtliche Würdigung zu dem Ergebnis führen, dass die Strafbarkeitsvoraussetzungen des § 244 Abs. 1 Nr. 3 StGB nicht erfüllt sind, wohl aber die Regelbeispielsvoraussetzungen des § 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 StGB (bzgl. der Gastwirtschaft).

## 2. Hausfriedensbruch, § 123 Abs. 1 StGB

Mit dem Einstieg in die Wohnung hat A die Strafbarkeitsvoraussetzungen des Hausfriedensbruchs erfüllt. § 123 Abs. 1 Alt. 1 StGB wird aber von §§ 242, 244 Abs. 1 Nr. 3 StGB konsumiert (Gesetzeskonkurrenz).

## 3. Sachbeschädigung, § 303 Abs. 1 StGB

Sofern das Aufhebeln des Fensters mit einer Beschädigung verbunden ist, hat A auch die Strafbarkeitsvoraussetzungen des § 303 Abs. 1 StGB erfüllt. Nach inzwischen h. M. wird § 303 StGB von §§ 242, 244 Abs. 1 Nr. 3 StGB nicht verdrängt.

## 4. Unterschlagung, § 246 Abs. 1 StGB

Die Erfüllung der Strafbarkeitsvoraussetzungen des Diebstahls geht so gut wie immer mit Erfüllung der Strafbarkeitsvoraussetzungen der Unterschlagung einher. § 246 StGB ist kraft gesetzlicher Anordnung gegenüber § 242 StGB subsidiär.

## II. Tat am 6. 5. 2017

Bei dieser Tat ist fraglich, ob A die Diebstahlsqualifikation § 244 Abs. 1 Nr. 3 StGB erfüllt hat. Auszugehen ist davon, dass der einzige Bewohner des Hauses der vor zwei Wochen Verstorbene war und noch keine neuen Bewohner in da Haus eingezogen sind.

Fraglich ist bereits, ob A den Grundtatbestand (§ 242 StGB) verwirklichen konnte. Kein Problem ist die Erfüllung des Tatbestandsmerkmals „fremd“. Denn das Eigentum an den Sachen geht mit dem Tod des bisherigen Eigentümers automatisch auf den oder die Erben über, § 1922 BGB. Die Sachen bleiben für den Täter fremd, es sei denn, er ist selbst Alleinerbe und damit Eigentümer geworden. Sollte letzteres der Fall sein, liegt vollendeter Diebstahl nicht vor. In Betracht kommt dann eine Strafbarkeit wegen (untauglich) versuchten Diebstahls (§§ 242 Abs. 2, 22 StGB), wenn der Täter noch nicht weiß, dass er Erbe und deshalb Eigentümer der Sachen geworden ist.

Nicht so einfach liegen die Dinge in Bezug auf das objektive Tatbestandsmerkmal „Wegnahme“. Die Erfüllung dieses Tatbestandsmerkmals wäre zu verneinen, wenn die Sachen in dem Haus durch den Tod des bisherigen Bewohners gewahrsamslos (nicht herrenlos !) geworden wären. Klar ist, dass ein Toter keinen Gewahrsam mehr haben kann. Der Gewahrsam, der die tatsächliche Sachherrschaft ist, geht nicht ohne Weiteres mit dem Tod des bisherigen Gewahrsamsinhabers auf den Erben über. Vor allem ist § 857 BGB nicht anwendbar. Erforderlich ist, dass der Erbe – oder auch jemand anderes, der nicht Erbe ist – tatsächlich Herrschaft an den zum Nachlass gehörenden Sachen begründet hat. Mindestvoraussetzung dafür ist Kenntnis von dem Todesfall. Nicht erforderlich ist, dass der Erbe in das auf Grund des Todes leer stehende Haus einzieht. Für die Begründung des Gewahrsams ausreichend ist, dass der Erbe – oder ein anderer Angehöriger, der nicht Erbe geworden ist – die Möglichkeit jederzeitigen Zugriffs auf die Sachen, also vor allem einen Schlüssel zu dem Haus hat.

Der BGH nimmt zu § 242 StGB in der Entscheidung nicht Stellung. Offenbar war nach dem Tod des bisherigen Bewohners des Hauses neuer Gewahrsam durch jemand anderen begründet worden. Gegen diesen neuen Gewahrsam richtete sich die Tat des A, die somit die Strafbarkeitsvoraussetzungen des § 242 StGB erfüllt.

Umstritten ist die Erfüllung der Qualifikationsmerkmale des § 244 Abs. 1 Nr. 3 StGB. Der BGH bejaht dies im Ergebnis und begründet dies mit dem Wortlaut des Gesetzes, mit der Gesetzessystematik und mit „Sinn und Zweck“ der Qualifikation. Zum Wortlaut des Gesetzes bemerkt der BGH:

„Der Begriff ‘Wohnung’ bezeichnet eine für die private Lebensführung geeignete und in sich abgeschlossene Einheit von gewöhnlich mehreren Räumen. Nach dem allgemeinen Sprachgebrauch ist somit der Zweck der Stätte maßgebend, nicht deren tatsächlicher Gebrauch. Dem entspricht es etwa, dass Wohnmobile und Wohnwagen tatbestandlich von § 244 Abs. 1 Nr. 3 StGB unabhängig davon erfasst sind, ob sie zur Tatzeit zum Wohnen genutzt werden.“

Auf die Gesetzessystematik beruft sich der BGH zum einen mit Blick auf den neu eingeführten § 244 Abs. 4 StGB, sowie durch Einbeziehung der §§ 123, 201 a und 306 a Abs. 1 Nr. 1 StGB, Vorschriften, die ebenfalls das Merkmal „Wohnung“ enthalten.

„Das Strafgesetzbuch sieht bei Einbruchsdiebstählen eine Staffelung in Deliktsschwere und Strafmaß vor, die vom besonders schweren Fall des Diebstahls gem. § 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 StGB über den Wohnungseinbruch im Sinne des § 244 Abs. 1 Nr. 3 StGB bis zum Einbruch in eine dauerhaft genutzte Privatwohnung nach § 244 Abs. 4 StGB reicht. Spätestens mit der Einführung der letztgenannten Vorschrift im Jahr 2017 hat der Gesetzgeber deutlich gemacht, dass er die (dauerhafte) Nutzung der Wohnung nicht als tatbestandliche Voraussetzung des einfachen Wohnungseinbruchsdiebstahls nach § 244 Abs. 1 Nr. 3 StGB verstanden wissen will. Die sprachliche Betonung dieses zusätzlichen Tatbestandsmerkmals in § 244 Abs. 4 StGB wäre somit nicht geboten gewesen.“

Zu „Sinn und Zweck“ der Qualifikation äußert sich der BGH folgendermaßen :

„Schließlich gebieten Sinn und Zweck der Qualifikation aus § 244 Abs. 1 Nr. 3 StGB die Einbeziehung von unbewohnten Immobilien, jedenfalls so lange sie nicht als Wohnstätte entwidmet sind. Die Vorschrift soll Eigentum an höchstpersönlichen Gegenständen und die häusliche Integrität an sich schützen. Diese Rechtsgüter können auch dann verletzt sein, wenn sie neben den aktuellen Bewohnern weiteren Bewohnern zuzuordnen sind, die einen Bezug zu den Räumlichkeiten aufweisen – etwa, weil sie sich häufig in ihnen aufhalten, weil es sich um ihr Elternhaus handelt oder weil sie in dem Haus private Gegenstände lagern.“

### III. Tat am 29. 6. 2017

Nach dem BGH ist diese Tat genauso zu bewerten, wie die am 6. 5. 2017 begangene Tat. Der Täter ist also aus §§ 242, 244 Abs. 1 Nr. 3 StGB strafbar.

### IV. Tat am 19. 7. 2017

Hier war Tatobjekt kein Wohngebäude. Daher ist der Qualifikationstatbestand des § 244 Abs. 1 Nr. 3 StGB nicht erfüllt. Der Diebstahl (§ 242 StGB) ist aber ein besonders schwerer Fall gem. § 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 StGB.

### V. Konkurrenzen

Die vier Taten sind verschiedene Straftaten, die nicht aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen zu einer Handlungseinheit zusammengefasst werden können. Sie stehen daher zueinander in Tatmehrheit, § 53 StGB.

In dieser Entscheidung befasst sich der BGH zum ersten Mal mit der Frage, ob als Wohnung genutzte Räumlichkeiten, deren Bewohner verstorben ist, eine „Wohnung“ im Sinne des § 244 Abs. 1 Nr. 3 StGB sind. In seiner lesenswerten kritischen Anmerkung zu dieser Entscheidung legt *Aziz Epik* dar, dass die Frage entgegen dem BGH zu verneinen ist (NStZ 2020, 485 - 487).

## Entscheidung 2020-II-14

BGH, Beschl. v. 18.9.2019 – 1 StR 129/19, NStZ 2020, 219

### Sachverhalt

Am 16.6. 2018 forderte eine dem A bekannte, aber nicht identifizierte Person namens B diesen auf, wie in der Vergangenheit bereits geschehen, für ihn einen Pkw anzumieten. Auf diese Aufforderung hin fuhr A mit B und zwei weiteren, ihm bekannten Personen, zu einer Autovermietung. Auf die Frage des A, wofür er den anzumietenden Pkw benötige, antwortete B ihm, dass er und die zwei weiteren Personen einen Diebstahl begehen wollten. Man habe den Plan, eine Geldtasche aus dem stehenden Auto des Fleischgroßhändlers K zu entwenden. Dass dieser über hohe Bargeldeinnahmen verfügte, war dem A bekannt. Er hatte im Jahr 2017 selbst geplant, in das Privathaus des K einzudringen, den Einbruchsplan aber damals wegen einer polizeilichen Kontrolle aufzugeben. A ging zunächst davon aus, dass die Täter an einer Ampel oder im Stau die Autotüre des K aufreißen, eine Tasche herausholen und wegrennen würden. Er billigte diesen Plan, da keine Gewalt angewendet werden sollte, und mietete gegen 10.15 Uhr einen Pkw Opel Astra, den er B überließ.

Gegen 12 Uhr baten die zwei namentlich bekannten Personen den A, ihnen zusätzlich seinen Pkw VW Polo zu überlassen. Sie würden eventuell ein zweites Auto benötigen, um dieses an einer Ampel vor das Auto des K zu stellen, aus dem die Tasche gestohlen werden solle, damit dieses nicht nach vorne wegfahren könne, bzw. um das Auto des K an einer Ampel abbremsen zu können. Die beiden Personen versprachen dem A einen Anteil an der Tatbeute in Höhe von 1000 Euro. Auch dieser Bitte kam A nach und überließ den beiden zur Durchführung des geschilderten Tatplans sein Fahrzeug.

Tatsächlich entwendeten gegen 13.25 Uhr zwei Personen dem K einen Koffer mit insgesamt 22 330 Euro Bargeld aus dem Kofferraum, nachdem dieser seinen Pkw vor seinem Haus geparkt hatte. Um eine etwaige Gegenwehr des K zu unterbinden, sprühte ein Täter ihm Pfefferspray ins Gesicht, als er gerade aussteigen wollte. Der weitere Täter nahm in Ausführung des gemeinsamen Tatplans den Koffer mit dem Bargeld an sich. Anschließend flüchteten beide mit dem von A angemieteten Opel Astra.

Davon, dass es sich bei einem der zwei vor Ort handelnden Täter um den A handelte, oder dieser Kenntnis von dem geplanten Einsatz von Pfefferspray hatte, konnte sich die Strafkammer nicht überzeugen. Sie geht aber davon aus, dass A aufgrund des ihm geschilderten Tatplans billigend in Kauf nahm, dass bei der Tatausführung Gewalt gegenüber K angewendet werden würde. Diese sei in dem Versperren des Weges bzw. in dem Erzwingen des Anhaltens durch ein Abbremsen mit dem zweiten Fahrzeug zu sehen. Der zweite Pkw hätte sich als unüberwindliches physisches Hindernis für K dargestellt, der durch das Versperren der Fahrbahn an einer Weiterfahrt bzw. Flucht und damit an einem körperlichen Widerstand gehindert gewesen sei. Eine Gegenwehr in Form des nach vorne Wegfahrens sei so zumindest erschwert, wenn nicht gar ausgeschlossen gewesen.

## Strafbarkeit des A

### I. Beihilfe zum Raub, §§ 249, 27 StGB

#### 1. Haupttaten

a) Die zwei Personen, die um 13.25 Uhr den Koffer mit Bargeld entwendeten, haben sich wegen schweren Raubes in Mittäterschaft strafbar gemacht, §§ 249, 250 Abs. 2 Nr. 1, 25 Abs. 2 StGB. Die Anwendung des Pfeffersprays ist Gewalt gegen die Person des K und erfüllt zugleich die Qualifikationsvariante § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB.

b) Nach der Rechtsprechung haben die beiden Täter zugleich die Strafbarkeitsvoraussetzungen der schweren räuberischen Erpressung gem. § 253, 255, 250 Abs. 2 Nr. 1, 25 Abs. 2 StGB erfüllt. Denn die Rechtsprechung hält zur Erfüllung des Erpressungstatbestandes eine Vermögensverfügung des Genötigten nicht für erforderlich (anders die h. M. in der Literatur). Die räuberische Erpressung tritt aber hinter dem Raub zurück.

c) Nicht erfüllt wurden die Strafbarkeitsvoraussetzungen des räuberischen Angriffs auf Kraftfahrer, § 316 a StGB. Denn als der Angriff mit dem Pfefferspray begann, war K schon kein Führer eines Kraftfahrzeugs mehr.

#### 2. Beihilfe

Objektiv hat A den Tätern zu ihrer Tat dadurch Hilfe geleistet, dass er ihnen den angemieteten Opel Astra zur Verfügung gestellt hat.

Fraglich ist die Erfüllung des subjektiven Tatbestandes. A müßte Vorsatz in Bezug auf die von den Tätern begangene Haupttat gehabt haben. A stellte sich vor, die Täter würden den K im Straßenverkehr zum Anhalten zwingen und dies zur Wegnahme der Geldtasche ausnutzen. Dass die Täter ihre Tat nicht so, sondern anders ausgeführt haben, muss dem Beihilfevorsatz nicht unbedingt entgegenstehen. Problematisch ist indessen, dass das Vorstellungsbild, das A von der Haupttat hatte, möglicherweise die Tatbestandsmerkmale des Raubes nicht erfüllte.

Der Tatbestand des § 249 StGB setzt anders als der Tatbestand des § 240 StGB nicht bloß „Gewalt“, sondern „Gewalt gegen eine Person“ voraus. Die Anwendung des Pfeffersprays gegen K war Gewalt gegen die Person. Nur hatte A diesbezüglich keinen Vorsatz. Sein Vorsatz umfasste nur die Fahrzeugblockade. Wenn diese keine „Gewalt gegen eine Person“ wäre, hätte A keinen Vorsatz bezüglich der Haupttat „Raub“ gehabt.

Der BGH verneint in seiner Entscheidung einen Vorsatz in Bezug auf „Gewalt gegen eine Person“ :

„Gemäß § 249 Abs. 1 StGB ist ein Raub gegeben, wenn der Täter mit Gewalt gegen eine Person eine fremde bewegliche Sache in der Absicht wegnimmt, die Sache sich oder einem Dritten rechtswidrig zuzueignen. Der Einsatz eines qualifizierten Nötigungsmittels im Sinne des § 249 Abs. 1 StGB in Form der Gewalt gegen eine Person unterliegt in Abgrenzung zur einfachen Gewalt im Sinne der §§ 240, 253 StGB erhöhten Anforderungen. Gewalt im Sinne des Tatbestandes des Raubes setzt eine unmittelbar oder mittelbar gegen den Körper des Opfers gerichtete Einwirkung voraus. Erforderlich ist, dass der Einsatz auch nur geringer Körperkraft durch den Täter eine körperliche Zwangswirkung beim Opfer zur Folge hat. Lediglich psychisch vermittelter Zwang reicht dagegen nicht aus. ...

Auf der Grundlage dieser Urteilsfeststellungen fehlt es bei der vom Angeklagten vorgestellten Verkehrssituation jedenfalls an einem körperlich wirkenden Zwang bei dem Geschädigten. Durch das langsame Abbremsen an einer Ampel oder das schlichte Stehenbleiben des Fahrzeugs bei „grün“ mangelt es jedenfalls an einer körperlichen Auswirkung beim Geschädigten. Eine Vollbremsung oder ein abruptes, starkes Abbremsen der Geschädigten, das gegebenenfalls eine körperliche Reaktion hätte auslösen können, war nach den Feststellungen nicht von dem Vorstellungsbild des Angekl. umfasst. Die von dem vorliegenden Abbremsungsvorgang ausgehende Zwangswirkung geht mithin über einen lediglich psychisch vermittelten Zwang nicht hinaus.“

In seiner lesenswerten Anmerkung (NStZ 2020, 220) kritisiert *El-Ghazi* zutreffend, dass die Ausführungen des BGH nicht spezifisch auf die qualifizierte Gewalt „gegen eine Person“, sondern auf Gewalt generell bezogen sind. Nach der Begründung des BGH läge hier nicht einmal „einfache Gewalt“ iSd §§ 240, 253 StGB vor. In Anlehnung an die „Zweite-Reihe-Rechtsprechung“ hätte aber hier eine „einfache“ Gewalt bejaht werden müssen. Für die Abgrenzung der einfachen Gewalt von der Gewalt gegen eine Person schlägt *El-Ghazi* vor, letztere nur bei unmittelbaren physischen Körperkontakten anzunehmen.

## II. Beihilfe zur Erpressung, §§ 253, 27 StGB

Wenn man die Fahrzeugblockade als einfache Gewalt iSd § 253 StGB anerkennt, ist eine Strafbarkeit des A wegen Beihilfe zur Erpressung gegeben, sofern man – mit der Rechtsprechung – bei der Erpressung auf das Tatbestandsmerkmal „Vermögensverfügung“ verzichtet.

## III. Beihilfe zum Diebstahl, §§ 242, 27 StGB

Die Täter haben durch die Entwendung des Koffers mit dem Bargeld Diebstahl begangen. Dazu hat A Beihilfe geleistet.

## IV. Begünstigung, § 257 Abs. 1 StGB

Erörterungswürdig ist auch eine Strafbarkeit des A wegen Begünstigung. Denn die Zurverfügungstellung des Pkw hat den Tätern vor allem den erfolgreichen Abtransport des gestohlenen Geldes ermöglicht. Es spricht sogar einiges dafür, dass das Fahrzeug eine Unterstützungseffekt stärker bei der Flucht mit dem gestohlenen Geld als bei der Durchführung des Diebstahls selbst entfaltet hat.

Der Erfüllung des Tatbestandes der Begünstigung steht nicht entgegen, dass die Begünstigungshandlung vor der Tat, die begünstigt wurde, ausgeführt wurde. Entscheidend ist, dass ein Begünstigungserfolg (Vorteilssicherung) nach Vollendung des Diebstahls eingetreten ist. Allerdings wird A gem. § 257 Abs. 3 S. 1 StGB nicht wegen Begünstigung bestraft.

# Entscheidung 2020-II-15

BGH, Beschl. v. 29.8.2019 – 2 StR 85/19, NStZ 2020, 356

## Sachverhalt

A war von September 2014 bis zu seiner Kündigung im September 2017 in einer T-Filiale in F als Verkäufer angestellt. Anfang Dezember 2017 beschloss A, unter Ausnutzung der während seiner Beschäftigung erworbenen Kenntnisse zu den dortigen Räumlichkeiten und Betriebsabläufen Bargeld aus dem Tresor dieser T-Filiale zu entwenden.

In Umsetzung des Tatplans hatte A ausgekundschaftet, dass die Z, mit der A längere Zeit zusammengearbeitet hatte, am 12.12. 2017 in der „Spätschicht“ arbeiten und nach Schichtende die zur Filiale gehörigen Schlüssel mit nach Hause nehmen würde. Er lauerte ihr an diesem Abend gegen 21.25 Uhr an der ihm bekannten Wohnanschrift in einem Hinterhof auf und sprühte ihr ohne Vorwarnung mit einem Reizstoffsprühgerät in das Gesicht, um aus ihrer Handtasche die Filialschlüssel – und mit diesen das im Tresor deponierte Bargeld – zu entwenden. Dem zufällig anwesenden Passanten S, der der Z zu Hilfe eilte, sprühte A ebenfalls mit dem Reizstoffsprühgerät ins Gesicht. Es gelang dem A daraufhin, der Z die Handtasche zu entreißen und damit davonzulaufen. S lief dem A hinterher, gab die Verfolgung allerdings auf, als dieser ihm – um sich das Diebesgut zu sichern – nochmals das Pfefferspray ins Gesicht sprühte.

A entnahm der Handtasche der Z die Filialschlüssel, entledigte sich der Tasche mit deren übrigem Inhalt auf seinem weiteren Fluchtweg und ließ sich unmittelbar von einem Taxi zur Filiale der T GmbH fahren, wo er zwischen 21.30 und 22.18 Uhr eintraf. Mit den entwendeten Schlüsseln öffnete er die Räumlichkeiten und den dort befindlichen Tresor. Seiner vorgefassten Absicht entsprechend entnahm er aus diesem 18 330 Euro Bargeld und verließ die Filiale über den Hinterausgang.

## Strafbarkeit des A

### I. Schwerer Raub, §§ 249, 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB

Die Attackierung der Z mit dem Reizstoffsprühgerät ist eine Gewalt gegen eine Person und zugleich Erfüllung der Qualifizierungsmerkmale des § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB. Durch diese Nötigung müßte eine Wegnahme fremder beweglicher Sachen ermöglicht worden sein. A hat der Z die Handtasche mit den Filialschlüsseln und später das Bargeld in der T-Filiale weggenommen. Hinsichtlich Handtasche und Schlüssel hat sich A aus §§ 249, 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB strafbar gemacht.

Bei der Wegnahme des Bargeldes wendete A nicht unmittelbar Gewalt gegen eine Person an. Daher hängt die Erfüllung des Raubtatbestandes durch Wegnahme des Bargeldes davon ab, dass die Gewalt, die A gegenüber der Z vor der Wegnahme der Handtasche mit den Filialschlüsseln verübte, auch mit der Wegnahme des Geldes in **raubspezifischem Zusammenhang** steht. Nach h. M. ist das ein Finalzusammenhang.

Die Feststellung dieses Zusammenhangs hat eine Reihe von Konsequenzen:

1. Verneint man den raubspezifischen Zusammenhang, liegt Raub allein bezüglich Handtasche und Schlüssel vor, während die Wegnahme des Bargeldes nur Diebstahl wäre. So hat die Vorinstanz die Tat beurteilt und demzufolge den A wegen schweren Raubes in Tateinheit mit gefährlicher Körperverletzung und dazu in Tateinheit (§ 53 StGB) stehendem Diebstahl verurteilt. Bejaht man hingegen den Zusammenhang zwischen Gewalt durch Anwendung des

Pfeffersprays und Wegnahme des Bargeldes, liegt nur eine Tat vor, die aus §§ 249, 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB und §§ 223, 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB strafbar ist. Es besteht dann also keine Tatmehrheit.

2. Verneint man bezüglich der Handtasche und des Schlüssels die Zueignungsabsicht (z. B. weil A den Schlüssel nur zur Begehung dieser Tat verwenden und ihn danach an Z zurückgelangen lassen wollte >>> fehlender Enteignungsvorsatz), hat A bezüglich Handtasche und Schlüssel weder Raub noch Diebstahl begangen. Zur Bestrafung aus § 249 StGB kommt man also nur, wenn man einen ausreichenden Zusammenhang zwischen der Verwendung des Reizstoffsprüngeräts und der Wegnahme des Bargeldes annehmen kann.

3. Hat der Täter den ersten Nötigungsakt ohne Verwirklichung von Qualifikationsmerkmalen gem. § 250 StGB vollzogen, bei der Wegnahme des Bargeldes aber z. B. eine Waffe bei sich geführt (§ 250 Abs. 1 Nr. 1 a StGB), ist er wegen schweren Raubes strafbar, sofern die Wegnahme des Bargeldes und die vorangegangene Nötigung auf Grund eines raubspezifischen Zusammenhanges zu einer Raubtat zusammengefasst sind. Anderenfalls käme das Mitführen der Waffe nur als diebstahlsqualifizierender Umstand zur Geltung, § 244 Abs. 1 Nr. 1 a StGB.

4. Hat der Täter bei der Wegnahme der Handtasche und Schlüssel eine Waffe bei sich geführt ohne sie zu verwenden und hat er sich dieser Waffe auf dem Weg zu der T-Filiale entledigt, sodass er bei der Wegnahme des Bargeldes keine Waffe mehr bei sich führte, müsste man bezüglich der Qualifikation aus § 250 Abs. 1 Nr. 1 a StGB einen „Teilrücktritt“ gem. § 24 Abs. 1 S.1 Alt. 1 StGB prüfen. A könnte nämlich in der Phase des Raubversuchs (bzgl. Bargeld) die weitere Erfüllung der Raubqualifikation § 250 Abs. 1 Nr. 1 a StGB aufgegeben haben. Konsequenz dieses Teilrücktritts wäre, dass die Wegnahme des Bargeldes nur als vollendeter einfacher Raub (§ 249 StGB) und nicht als versuchter oder gar vollendeter schwerer Raub (§§ 249, 250 Abs. 1 Nr. 1 a, 22 StGB) strafbar wäre.

Die Erfüllung des Raubtatbestandsmerkmals „Finalzusammenhang“ könnte hier fraglich sein, weil Nötigung und Wegnahme an verschiedenen Orten und zu verschiedenen Zeiten stattfanden.

Nach dem BGH stehen diese Umstände aber der Erfüllung des Raubtatbestandes in Bezug auf das Bargeld nicht entgegen:

„Kennzeichnend für das Vorliegen eines Raubes iSd §§ 249 ff StGB ist die Wegnahme einer Sache ‘mit Gewalt gegen eine Person’ oder ‘unter Anwendung von Drohungen mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben’. Die raubspezifische Einheit zwischen Nötigungshandlung und Wegnahme ist gegeben, wenn zwischen beiden Elementen sowohl eine subjektiv-finale Verknüpfung als auch ein zeitlicher und räumlicher Zusammenhang bestehen. Für den räumlich-zeitlichen Zusammenhang ist weder erforderlich, dass der Ort der Nötigungshandlung und der Ort des Gewahrsamsbruchs identisch sind, noch bestehen verbindliche Werte zu einem zeitlichen Höchstmaß zwischen Einsatz des Nötigungsmittels und Wegnahme. Entscheidend sind die Umstände des Einzelfalls, wobei es vor allem darauf ankommt, ob es zu einer – vom Täter erkannten – nötigungsbedingten Schwächung des Gewahrsamsinhabers in seiner Verteidigungsfähigkeit oder -bereitschaft gekommen ist.“

Die ebenfalls verwirklichten Straftatbestände schwerer Diebstahl (§§ 242, 244 Abs. 1 Nr. 1 a StGB), Unterschlagung (§ 246 StGB) und Nötigung (§ 240 StGB) treten hinter dem schweren Raub zurück.

## II. Schwere räuberische Erpressung, §§ 253, 255, 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB

Nach der Rechtsprechung erfüllt der schwere Raub zugleich auch die Strafbarkeitsvoraussetzungen der schweren räuberischen Erpressung. Da nach dieser Ansicht § 249 StGB lex specialis im Verhältnis zu §§ 253, 255 StGB ist, tritt die schwere räuberische Erpressung hinter dem schweren Raub zurück.

## III. Schwerer räuberischer Diebstahl, §§ 252, 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB

Durch den Einsatz des Pfeffersprays gegen den ihn verfolgenden S hat A auch die Strafbarkeitsvoraussetzungen des schweren räuberischen Diebstahls in Bezug auf die entwendete Handtasche mit den Schlüsseln erfüllt. In der Entscheidung des BGH findet das keine Erwähnung.

## IV. Hausfriedensbruch, § 123 Abs. 1 Alt. 1 StGB

Das Betreten der T-Filiale zwecks Entwendung des Bargeldes ist ein Hausfriedensbruch.

## V. Konkurrenz zwischen Raub bzgl. Handtasche/Schlüssel und Raub bzgl. Bargeld

Aufschlussreich zu dieser Thematik ist die Entscheidung des BGH vom 27. 5. 2009 – 5 StR 187/09. In dem der Entscheidung zugrunde liegenden Fall hatten die Täter einen Schlüsseltresor aufgehebelt, in dem die Fahrzeugschlüssel mehrerer Dienstfahrzeuge aufbewahrt wurden. Die Täter entwendeten drei dieser Fahrzeugschlüssel und anschließend mithilfe dieser Schlüssel die drei dazugehörigen Fahrzeuge. Nach dem BGH sind die Täter nur wegen der drei Fahrzeugdiebstähle strafbar, während der vierte Diebstahl – bzgl. der Fahrzeugschlüssel – als mitbestrafte Vortat konsumiert werde:

„Bei natürlicher Betrachtungsweise bildete der Diebstahl der Fahrzeugschlüssel nur einen unselbständigen Teilakt des Diebstahls der Fahrzeuge, wobei er in einem sehr engen zeitlichen und räumlichen Zusammenhang mit der nachfolgenden Entwendung der Fahrzeuge stand.“

Demnach kann man auch im vorliegenden Fall vertreten, dass der Raub bzgl. der Schlüssel von dem Raub des Bargeldes konsumiert wird.

## **Entscheidung 2020-II-16**

**BGH, Beschl. v. 13.11.2019 – 3 StR 342/19, NStZ 2020, 417**

### **Sachverhalt**

Am Abend des 27.10. 2017 hielten sich A, D, M, H und Z auf einer Kirmes auf. Als H den ihm flüchtig bekannten M fragte, ob er ihm ein Gramm Marihuana verkaufen könne, hielt M kurz Rücksprache mit A und D und stellte H den Verkauf anschließend in Aussicht. Die fünf Männer begaben sich sodann in einen Park, wobei H davon ausging, dass er dort das Marihuana erhalten werde. Tatsächlich wollten ihm A, D und M aber kein Marihuana verkaufen, sondern ihn und Z „abrippen“, das heißt ihnen unter Gewaltandrohung Wertsachen abnehmen, um diese für sich zu behalten. M führte an dem Abend einen Schlagring mit sich. A, D und M waren dahin übereingekommen, dass der Schlagring bei der Tat zumindest als Drohmittel zum Einsatz kommen sollte. Den Schlagring hatte schließlich A an sich genommen.

Auf dem Weg in den Park hinein ging M mit H und Z voraus und unterhielt sich mit ihnen, während A und D mit etwas Abstand folgten. Als M auf eine Bluetooth-Musikbox aufmerksam wurde, die H bei sich hatte, bat er ihn, ihm die Musikbox zu geben, damit er sie sich ansehen könnte. H übergab daraufhin die Musikbox. M reichte sie anschließend an D weiter, der sie in seine Jackentasche steckte.

Im Park kam Z sodann auf die in Aussicht gestellten Betäubungsmittel zu sprechen. Er öffnete im Hinblick auf den beabsichtigten Kauf sein Portemonnaie und nahm 10 oder 20 Euro heraus, die D daraufhin an sich nahm. Als H und Z nunmehr ihren Unmut darüber äußerten, dass sie nicht das in Aussicht gestellte Marihuana erhielten, zog A den Schlagring über die Finger der rechten Hand und hielt ihn mit geballter Faust H und Z vor. Dabei standen A, D und M in einem Halbkreis um H und Z herum, hinter denen ein Bach verlief, der ihnen den Weg nach hinten abschnitt. M sagte nun sinngemäß zu H und Z: „Macht jetzt keinen Scheiß, sonst gibt’s was auf die Fresse“. Im Anschluss daran ließen H und Z es aus Angst vor Schlägen mit dem Schlagring geschehen, dass A, D und M eine Bauchtasche von H und das Portemonnaie von Z an sich nahmen, in dem sich mindestens 150 Euro befanden. Die Bluetooth-Musikbox verkaufte D später für 50 Euro.

## Strafbarkeit des A

Der Sachverhalt enthält Tatsachen, die den Straftatbestand des Raubes (§ 249 StGB), des räuberischen Diebstahls (§ 252 StGB) oder der räuberischen Erpressung (§§ 253, 255 StGB) nebst Qualifikationen (§ 250 StGB) erfüllen können, sofern die Tatsachen zueinander in einer tatbestandsmäßigen Verbindung (z. B. raubspezifischer Finalzusammenhang) stehen.

Unproblematisch ist die Erfüllung des Tatbestandsmerkmals „Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben“ durch das Vorhalten der geballten Faust mit dem übergezogenen Schlagring. Durch dieses Tatbestandsmerkmal können die Tatbestände § 249 StGB, § 252 StGB und §§ 253, 255 StGB erfüllt werden. Außerdem wird dadurch die Qualifikationsvariante § 250 Abs 1 Nr. 1 a StGB und § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB erfüllt.

Weitere tatbestandlich relevante Tatsachen sind die Verluste der Musikbox, der 10 oder 20 Euro Bargeld, der Bauchtasche und des Portemonnaies mit weiterem Bargeld. Je nachdem, wie es zu diesen Verlusten gekommen ist, werden dadurch die Tatbestandsmerkmale „Wegnahme“ (§ 249 StGB) bzw. „bei einem Diebstahl“ (§ 252 StGB) oder „dem Vermögen des genötigten oder eines anderen einen Nachteil zufügt“ (§§ 253, 255 StGB) erfüllt.

Die Strafbarkeit bezüglich der verschiedenen Gegenstände prüft man zweckmäßigerweise chronologisch.

### I. Musikbox

#### 1. Schwerer Raub, §§ 249, 250 Abs. 1 Nr. 1 a, Abs. 2 Nr. 1 StGB

##### a) Objektiver Tatbestand

Die Musikbox ist eine für A fremde bewegliche Sache.

An der Musikbox hatte ursprünglich H Gewahrsam. Durch die freiwillige Übergabe der Musikbox an M verlor H seinen Gewahrsam noch nicht. Die Übergabe an M bewirkte lediglich eine Gewahrsamslockerung. Aufgehoben wurde der Gewahrsam des H erst durch die Weitergabe der Musikbox von M an D. Da H damit nicht einverstanden war, handelte es sich um einen Gewahrsamsbruch. D begründete neuen eigenen Gewahrsam. Damit war die Wegnahme der Musikbox vollendet.

Bis zu diesem Zeitpunkt war weder Gewalt angewendet worden noch mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben gedroht worden. Erst nach Begründung neuen Gewahrsams fand die Drohung mit dem Schlagring statt. Diese kann somit nicht in einem Finalzusammenhang mit der Wegnahme stehen. Der objektive Tatbestand des § 249 StGB ist nicht erfüllt.

b) Ergebnis

A hat sich nicht aus §§ 249, 250 Abs. 1 Nr. 1 a, Abs. 2 Nr. 1 StGB strafbar gemacht.

2. Schwerer räuberischer Diebstahl, §§ 252, 250 Abs. 1 Nr. 1 a, Abs. 2 Nr. 1 StGB

a) Objektiver Tatbestand

aa) Vortat Diebstahl

D hatte an der Musikbox Diebstahl begangen. Der Diebstahl war vollendet.

Dazu, dass A an dem Diebstahl weder als Mittäter noch als Gehilfe beteiligt war, unten ff.

bb) Betroffen

D war bei dem Diebstahl betroffen worden. H und Z hatten die Begehung des Diebstahls (Weitergabe der Musikbox von M an D) wahrgenommen. Der Dieb kann von einem Dritten, aber auch von dem Bestohlenen selbst „betroffen“ sein (Schönke/Schröder/Bosch § 252 Rn. 4).

cc) Auf frischer Tat

Der zeitliche Abstand zwischen Vollendung des Diebstahls und dem Betroffensein ist so gering, dass die erforderliche „Frische“ unproblematisch ist. Es ist nicht notwendig, dass das Betroffenwerden der Vollendung des Diebstahls nachfolgt. Das Betroffensein kann auch schon während der Begehung des Diebstahls beginnen (BGH NStZ 2015, 700, 701: Observierung der Tat durch Polizeibeamte).

dd) Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben

A hat durch das Vorhalten des Schlagrings konkludent Gewalt angedroht. Hinzu kommt die verbale Gewaltandrohung durch M, die dem A gem. § 25 Abs. 2 StGB zugerechnet werden kann.

ee) Qualifikation

Die Verwendung des Schlagrings erfüllt die Qualifikation des § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB.

ff) Täterschaft des A

Problematisch ist, ob A Täter eines räuberischen Diebstahls sein kann, nachdem er nicht (Mit-)Täter der Vortat „Diebstahl“ gewesen ist. A war nicht einmal Gehilfe in Bezug auf den von D begangenen Diebstahl. Nach zutreffender Ansicht würde aber Diebstahlsbeihilfe nicht ausreichen, um anschließend als Täter räuberischen Diebstahl zu begehen. Der Täter des räuberischen Diebstahls muss sowohl die Vortat „Diebstahl“ als auch die Gewalt oder Drohung

täterschaftlich begehen (*Wessels/Hillenkamp/Schuhr* BT 2 Rn. 407). Räuberischer Diebstahl ist ein raubähnlicher Tatbestand. Beim Raub muss der Täter sowohl die Nötigung (Gewalt oder Drohung) als auch die Wegnahme täterschaftlich begehen. Zur Wahrung der Raubähnlichkeit muss es also beim räuberischen Diebstahl genauso sein: sowohl Wegnahme als auch Nötigung müssen täterschaftlich ausgeführt werden.

Nach anderer Ansicht kann der Diebstahlsgelhilfe Täter des räuberischen Diebstahls sein, wenn er an der gestohlenen Sache Mitbesitz hat und die Gewalt oder Drohung täterschaftlich ausführt (BGH NStZ 2015, 276, 277).

*An dieser Stelle steht schon fest, dass sich A nicht wegen räuberischen Diebstahls strafbar gemacht hat. Hilfsweise noch folgende Bemerkungen zum subjektiven Tatbestand.*

#### b) Subjektiver Tatbestand

##### aa) Vorsatz, § 15 StGB

A müsste Vorsatz bezüglich der von D begangenen Vortat „Diebstahl“ gehabt haben. Sofern A die Weitergabe der Musikbox von M an D bemerkt hatte, ist diese subjektive Tatbestandsvoraussetzung erfüllt.

##### bb) Besitzerhaltungsabsicht

Die Erfüllung dieses subjektiven Tatbestandsmerkmals ist problematisch.

Besitz an der Musikbox hatte D, nicht A. A war an dem Diebstahl der Musikbox durch D auch nicht als Mittäter beteiligt. Er hat auch keinen Mitbesitz an der Musikbox erlangt. Alleinbesitzer war D. Daher konnte A nicht die Absicht haben „sich“ den Besitz des gestohlenen Gutes zu erhalten. Er konnte allenfalls die Absicht haben, dem D den Besitz an der Musikbox zu erhalten. Eine drittbegünstigende Besitzerhaltungsabsicht erfüllt den subjektiven Tatbestand nach dem eindeutigen Wortlaut des § 252 StGB nicht.

Wenn also A und D den Diebstahl an der Musikbox als Mittäter begangen hätten und A dabei mit „Drittzueignungsabsicht“ zugunsten des D mitgewirkt hat, könnte A anschließend zwar den objektiven Tatbestand des § 252 StGB erfüllen (s. o. a ff), aber nicht den subjektiven Tatbestand. Denn die „Drittbesitzerhaltungsabsicht“ ist vom Wortlaut des § 252 StGB nicht erfasst.

##### c) Ergebnis

A hat sich nicht aus §§ 252, 250 Abs. 1 Nr. 1 a, Abs. 2 Nr. 1 StGB strafbar gemacht.

#### *Achtung!*

*Anders ist das Ergebnis, wenn man Strafbarkeit des D aus § 252 StGB prüft. D hat die Vortat Diebstahl begangen und er hat Alleinbesitz an der Musikbox. Sofern ihm die Drohung des A gem. § 25 Abs. 2 StGB zugerechnet werden kann (A und D begehen gegenüber H und Z als Mittäter Nötigung, §§ 240, 25 Abs. 2 StGB), erfüllt D alle Merkmale des objektiven Tatbestandes des § 252 StGB. Die Erfüllung des subjektiven Tatbestandes ist unproblematisch, denn D wirkt an der Tat des A mit, um sich den Besitz an der Musikbox zu erhalten.*

Instruktiv dazu *Rengier* BT I § 10 Rn 20 (zum Fall BGH StV 1991, 349).

### 3. Schwere räuberische Erpressung, §§ 253, 255, 250 Abs. 1 Nr. 1 a, Abs. 2 Nr. 1 StGB

Nach der Rechtsprechung steht der Strafbarkeit aus diesem Straftatbestand nicht entgegen, dass H und Z von A nicht zu einer Vermögensverfügung genötigt wurden (anders die h. M. in der Literatur). Der Strafbarkeit steht aber entgegen, dass die Drohung mit dem Schlagring eine bloße „Sicherungserpressung“ ist. Diese erfüllt das Tatbestandsmerkmal „Vermögensnachteil zufügt“ nicht. Der Vermögensschaden ist schon durch die Wegnahme der Musikbox verursacht worden. Die Drohung mit dem Schlagring verursacht keinen neuen oder weiteren Vermögensschaden.

Außerdem ist zu beachten, dass die engen Tatbestandsvoraussetzungen des § 252 StGB nicht durch Anwendung der §§ 253, 255 StGB umgangen werden dürfen.

### 4. Nötigung, § 240 StGB

Die Androhung von Verletzungen mit dem Schlagring ist eine strafbare Nötigung.

### 5. Begünstigung, § 257 StGB

Soweit A durch die Bedrohung von H und Z erreichen wollte, dass D die gestohlene Musikbox behalten kann (Vorteilssicherung), ist diese Hilfeleistung als Begünstigung strafbar.

## II. Bargeld (10 oder 20 Euro)

Hinsichtlich dieses Bargeldes hat das Verhalten des A die gleiche strafrechtliche Qualität wie hinsichtlich der Musikbox. Die Anwendung des Nötigungsmittels „Drohung“ erfolgte erst nach der Wegnahme des Geldes durch D. daher kann die Tat kein Raub sein. Räuberischer Diebstahl kann die Tat des A nicht sein, weil er an dem Diebstahl des Bargeldes nicht beteiligt war und zudem keinen Besitz an dem Geld hatte.

## III. Bauchtasche und Portemonnaie

### 1. Schwerer Raub, §§ 249, 250 Abs. 1 Nr. 1a, Abs. 2 Nr. 1 StGB

Hinsichtlich dieser Sachen liegt der raubspezifische Zusammenhang von Nötigung und Wegnahme vor. A hat zunächst mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben gedroht. Dadurch ermöglichte A die Wegnahme der Sachen. Dies geschah mit Zueignungsabsicht. Daher hat sich A aus §§ 249, 250 Abs. 1 Nr. 1 a, Abs. 2 Nr. 1 StGB strafbar gemacht.

Verdrängt werden Nötigung (§ 240 StGB), Diebstahl (§ 242 StGB) und Unterschlagung (§ 246 StGB).

### 2. Schwere räuberische Erpressung, §§ 253, 255, 250 Abs. 1 Nr. 1 a, Abs. 2 Nr. 1 StGB

Nach der Rechtsprechung sind die Strafbarkeitsvoraussetzungen dieses Verbrechenstatbestandes erfüllt (anders die h. M. in der Literatur). Als *lex specialis* verdrängt § 249 StGB die §§ 253, 255 StGB.

## Entscheidung 2020-II-17

BGH, Beschl. v. 8.1.2020 – 4 StR 548/19, NStZ 2020, 286

### Sachverhalt

A, der auf der Suche nach einer Einnahmequelle war, um sich Marihuana kaufen zu können, bedrohte zwei 13-jährige Jungen mit einem Messer und forderte sie auf, für ihn in der Innenstadt von Detmold Wertgegenstände zu stehlen. Wie von A beabsichtigt, hatten die beiden Jungen Angst vor A und waren von dem vorgehaltenen Messer so beeindruckt, dass sie sich zunächst nicht zu widersetzen wagten. Auf dem Weg in die Innenstadt gelang es ihnen aber, wegzulaufen und sich dem A zu entziehen.

Dieser sehr knappe und übersichtliche Sachverhalt enthält eine überraschende Fülle strafrechtsdogmatischer Probleme. Der Schwerpunkt der strafrechtlichen Würdigung liegt auf der von A beabsichtigten Entwendung wertvoller Sachen durch die beiden Jungen, zu der es letztlich nicht gekommen ist. Ein vollendetes Vermögens- oder Eigentumsdelikt liegt nicht vor. Zu prüfen ist Strafbarkeit wegen Versuchs.

Dazu *Jäger* JA 2020, 551

### Strafbarkeit des A

I. Versuchter schwerer Raub, §§ 249, 250 Abs 1 Nr. 1 a, Abs. 2 Nr. 1, 22 StGB

#### 1. Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben

Dieses Tatbestandsmerkmal hat A sogar erfüllt, im Rahmen des Versuchs ist darauf aber nur auf der Stufe „Tatentschluss“ einzugehen. A hatte den Vorsatz, die beiden Jungen mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben zu bedrohen.

#### 2. Wegnahme

A wollte, dass unbekanntem Menschen von den beiden Jungen fremde bewegliche Sachen weggenommen werden. Zu beachten ist aber, dass auch eine Wegnahme durch A gegenüber den beiden Jungen in Betracht kommt.

##### a) Wegnahme gegenüber den beiden Jungen

A stellte sich vor, dass die beiden Jungen **Gewahrsam** an den Sachen begründen würden, die sie unbekanntem Mitbürgern stehlen würden. Danach sollten die Jungen diese Sachen dem A übergeben. Dieser Gewahrsamswechsel von den Jungen zu A könnte eine Wegnahme (Gewahrsamsbruch) zum Nachteil der beiden Jungen sein. Dem könnte allerdings entgegenstehen, dass die beiden Jungen an diesem Gewahrsamsübergang aktiv mitwirken würden (Herausgabe der gestohlenen Sachen an A). Nach der Rechtsprechung schließt dies eine Wegnahme aus. Nach einer verbreiteten Auffassung in der Literatur wäre trotz aktiver Mitwirkung der Jungen eine Wegnahme seitens A möglich. Eine Strafbarkeit des A wegen versuchten schweren Raubes durch Wegnahme gegenüber den beiden Jungen scheidet aber

jedenfalls daran, dass A zur Verwirklichung des Raubtatbestandes noch nicht unmittelbar angesetzt hat. Zwar hat er bereits das Tatbestandsmerkmal „Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben“ verwirklicht. Dies begründet aber ein unmittelbares Ansetzen zur Verwirklichung des Raubtatbestandes nur, wenn die Wegnahme im unmittelbaren Anschluss an die Drohung vollzogen werden soll.

#### b) Wegnahme gegenüber unbekanntem Bürgern

Die beiden Jungen sollten unbekanntem Bürgern fremde bewegliche Sachen wegnehmen. Diese Wegnahme wäre dem A gem. § 25 Abs. 1 Alt. 2 StGB (mittelbare Täterschaft) zuzurechnen. Die Werkzeugeigenschaft der beiden Jungen beruht zum einen auf ihrer Schuldunfähigkeit (§ 19 StGB), zum anderen auf der Nötigung mittels des Messers. Diese wäre die Tat der Jungen gem. § 35 Abs. 1 S. 1 StGB entschuldigen.

### 3. Raubspezifischer Finalzusammenhang

Die Nötigung durch Drohung müsste die beabsichtigte Wegnahme ermöglichen oder erleichtern (*Rengier BT I*, § 7 Rn. 22). Die Nötigung muss also vom Täter zu dem Zweck bestimmt worden sein, etwaigen Widerstand gegen die Wegnahme zu brechen. Daraus folgt, dass sich die Nötigung entweder gegen den Gewahrsamsinhaber, dem die Sache weggenommen werden soll, oder gegen einen schutzbereiten Dritten, der als Nothelfer gegen die Wegnahme interveniert, richten muss.

#### a) Finalzusammenhang bei Wegnahme gegenüber den Jungen

Hätten die Jungen unbekanntem Bürgern Sachen weggenommen und diese anschließend an A übergeben, läge der raubspezifische Finalzusammenhang zwischen Nötigung der Jungen und Wegnahme gegenüber den Jungen vor.

#### b) Finalzusammenhang bei Wegnahme gegenüber unbekanntem Bürgern

Nötigung gegenüber den Wegnahmeopfern läge nicht vor. Nach dem Plan des A sollten die Jungen anderen Bürgern Sachen wegnehmen, diese aber nicht mit Gewalt oder Drohung zur Duldung der Wegnahme nötigen. Schutzbereite Dritte wären die Jungen im Verhältnis zu den Wegnahmeopfern natürlich nicht. Hier wandte A die Nötigung gegenüber den Personen an, die für ihn als „Werkzeuge“ die Wegnahme ausführen sollen. Dadurch kann die Raubvoraussetzung „raubspezifischer Finalzusammenhang“ nicht erfüllt werden (*Mitsch NSTZ* 1995, 498, 499).

## II. Versuchte schwere räuberische Erpressung zum Nachteil der Jungen, §§ 253, 255, 250 Abs. 1 Nr. 1 a, Abs. 2 Nr. 1, 22 StGB

Tatentschluss zu einer schweren räuberischen Erpressung zum Nachteil der Jungen ist zu bejahen, wenn man den Besitz an gestohlenen Sachen als Bestandteil des Vermögens der Diebe anerkennt. Der Zwang zur Herausgabe der gestohlenen Sachen an A würde danach den genötigten Jungen einen Vermögensnachteil zufügen. Es fehlt aber auch hier das unmittelbare Ansetzen zur Tatbestandsverwirklichung.

III. Versuchte schwere räuberische Erpressung zum Nachteil der potentiellen Diebstahlsopfer, §§ 253, 255, 250 Abs. 1 Nr. 1 a, Abs. 2 Nr. 1, 22 StGB

Tatentschluss zu einer schweren räuberischen Erpressung zum Nachteil der Eigentümer, denen die Jungen durch Diebstrahl einen Vermögensschaden zufügen sollte, hatte A nicht. Dafür wäre erforderlich gewesen, dass die Einschaltung der beiden Jungen gegenüber den Opfern die Voraussetzungen einer „Dreieckerpressung“ erfüllt. Das ist nicht der Fall, da zwischen den Jungen und den Diebstahlsopfern kein Näheverhältnis besteht.

IV. Versuchter schwerer Diebstahl in mittelbarer Täterschaft, §§ 242, 244 Abs. 1 Nr. 1 a, 25 Abs. 1 Alt. 2, 22 StGB

Der Tatentschluss des A umfasste die Begehung von Diebstahlstaten in mittelbarer Täterschaft. Problematisch ist die Erfüllung des Tatbestandsmerkmals „unmittelbares Ansetzen zur Verwirklichung des Tatbestandes“. Da die beiden Jungen noch nicht zur Verwirklichung des Diebstahlstatbestandes angesetzt haben, hat auch A nicht zur Verwirklichung des Diebstahlstatbestandes unmittelbar angesetzt, wenn man der Meinung folgt, wonach beim mittelbar-täterschaftlichen Versuch auf das unmittelbare Ansetzen durch das „Werkzeug“ abzustellen ist.

V. Nötigung, § 240 StGB

A hat mittels Androhung eines empfindlichen Übels die beiden Jungen genötigt ihn in die Innenstadt zu begleiten. Das ist eine vollendete Nötigung.

VI. Bedrohung, § 241 Abs. 1 StGB

Die Bedrohung mit dem Messer kann zumindest als Androhung einer schweren Körperverletzung (§ 226 Abs. 1 StGB), wenn nicht sogar als Androhung einer vorsätzlichen Tötung (§§ 211, 212 StGB) verstanden werden. Daher hat A den Tatbestand der Bedrohung erfüllt.

## **Entscheidung 2020-II-18**

**BGH, Beschl. v. 21.8.2019 – 3 StR 221/18, NStZ 2020, 291**

### **Sachverhalt**

A, die ausgebildete Krankenschwester ist und diesen Beruf in der Vergangenheit bei wechselnden Arbeitgebern ausgeübt hatte, bewarb sich bei der Justizvollzugsanstalt Moers-Kapellen als Krankenpflegerin. Dabei gab die vielfach wegen Betrugstaten vorbestrafte A wahrheitswidrig an, nicht vorbestraft zu sein und von 1996 bis 2014 durchgehend in einem Krankenhaus in Frankfurt am Main gearbeitet zu haben. Sie wurde ab dem 2.5. 2016, befristet bis Ende Februar 2017, in der JVA als Krankenpflegerin eingestellt.

### **Strafbarkeit der A**

In Betracht kommt eine Strafbarkeit der A wegen Betruges (§ 263 StGB) in Form des „Anstellungsbetrugs“.

Bei diesem Betrug ist die Erfüllung der objektiven Tatbestandsmerkmale „Täuschung“, „Irrtum“ und „Vermögensverfügung“ unproblematisch. A hat vorgetäuscht nicht vorbestraft zu sein. Dadurch wurde bei dem Arbeitgeber ein entsprechender Irrtum hervorgerufen. Die Vermögensverfügung besteht im Abschluss des Anstellungsvertrags.

Spezifika weist der Anstellungsbetrag im Bereich des Tatbestandsmerkmals „Vermögensschaden“ auf. Allgemein ist der Eintritt des Vermögensschädigungserfolg das objektive Tatbestandsmerkmal, mit dessen Erfüllung der Betrug vollendet ist. Der Vermögensschaden muss auf einer irrtumsbedingten Vermögensverfügung des Vermögensinhabers oder – beim „Dreiecksbetrug“ – eines in seinem „Lager“ stehenden Dritten beruhen. Ein „Schaden“ ist an dem betroffenen Vermögen entstanden, wenn der Gesamtwert dieses Vermögens nach der Vermögensverfügung geringer ist als vor der Vermögensverfügung. Bei dieser Wertermittlung sind außer vermögensmindernden Effekten der Vermögensverfügung (z. B. Zahlung eines Kaufpreises) auch mit der Vermögensverfügung unmittelbar zusammenhängende Vermögenszuflüsse (Erwerb der gekauften und bezahlten Sache) zu berücksichtigen. Zu- und Abflüsse sind also zu „saldieren“ (*Rengier* BT I, § 13 Rn. 156).

Hinsichtlich des Zeitpunkts der Ermittlung des Vermögenswertes ist bei Leistungsaustauschvorgängen zwischen „Erfüllungsbetrag“ und „Eingehungsbetrag“ zu unterscheiden.

Beim „echten“ Erfüllungsbetrag kann der Tatbestand des § 263 StGB nur dadurch erfüllt werden, dass der Täter seinem Vertragspartner eine minderwertige Leistung erbringt. Der Wert des Vermögens des Vertragspartners wird dadurch vermindert, dass die vom Täter erbrachte Leistung nicht den Wert hat, den der Vertragspartner auf Grund des geschlossenen Vertrages beanspruchen kann. Zugleich ergibt sich daraus, dass der Vertragspartner für die Erlangung dieser Leistung einen zu hohen Kaufpreis gezahlt hat. Da der Täter beim Vertragsschluss noch nicht getäuscht hat, kann die Ermittlung des Vermögensschadens nicht – wie beim „Eingehungsbetrag“ – mit der Phase des Vertragsschlusses verbunden werden (*Rengier* BT I, § 13 Rn. 173).

Beim „unechten“ Erfüllungsbetrag täuscht der Täter bereits beim Vertragsschluss (*Rengier* BT I, § 13 Rn. 171). Ob dem Vertragspartner ein Vermögensschaden entstanden ist, kann aber erst nach dem Austausch der vertraglich zugesagten Leistungen festgestellt werden. Der Täter kann daher die Strafbarkeit wegen Betrugs jedenfalls faktisch verhindern, indem er entgegen seiner ursprünglichen Absicht dem Vertragspartner die zugesagte Leistung erbringt. Dann wird nämlich der Vertragspartner nicht merken, dass er von dem Täter schon beim Vertragsschluss getäuscht worden war.

Beim Eingehungsbetrag entsteht der Vermögensschaden bereits auf Grund des Vertragsschlusses. Da die vertraglich eingegangene Verpflichtung des Getäuschten auf die Erbringung von Leistungen gerichtet ist, denen keine gleichwertige Gegenleistungsverpflichtung des Täters gegenübersteht, ist die wirtschaftliche Situation des durch Täuschung zur Eingehung der vertraglichen Verpflichtung veranlassenden Vermögensinhabers bereits ab Wirksamwerden des Vertrages schlechter als vorher.

**Beispiel:** Täter täuscht vor, eine Leistung mit dem Wert 100 zu erbringen. Tatsächlich kann der Täter aber nur eine Leistung mit dem Wert 80 erbringen. Der getäuschte Vertragspartner verpflichtet sich zur Erbringung einer Gegenleistung mit dem Wert 100.

Auch wenn noch kein Leistungsaustausch stattgefunden hat (z. B. Zahlung eines Geldbetrages), besteht für den getäuschten Vertragspartner die konkrete Gefahr eines Vermögensverlustes. Der Schaden, der beim Eingehungsbetrug entstanden ist, ist also ein sog. „Gefährdungsschaden“. Dieser Schaden wird nicht erst durch den Austausch ungleichwertiger Leistungen verursacht (im Beispiel: Erbringung der Leistung mit dem Wert 80, Erbringung der Gegenleistung mit dem Wert 100), sondern dadurch allenfalls vertieft. Umgekehrt kann der Eingehungsschaden durch Erbringung ausreichend werthaltiger Leistungen seitens des Täters nicht mehr beseitigt werden (im Beispiel: Täter erbringt doch eine Leistung mit dem Wert 100).

Beim Anstellungsbetrug handelt es sich um einen Unterfall des Eingehungsbetrugs. Dass der Arbeitgeber/Dienstherr einen Vermögensschaden erlitten hat, steht schon beim Abschluss des Arbeitsvertrages bzw. im Zeitpunkt der Ernennung zum Beamten fest. Denn der Arbeitnehmer/Beamte ist zur Erbringung der kraft Arbeitsvertrages/Beamtenverhältnisses geschuldeten Leistung nicht in der Lage. Es kommt für die Feststellung des Vermögensschadens also nicht darauf an, welche Leistungen der Arbeitnehmer/Beamte während des Bestehens des Arbeitsverhältnisses/Beamtenverhältnisses tatsächlich erbringt.

Im vorliegenden Fall geht es nicht um die Erschleichung einer Beamtenstellung, sondern um die Erschleichung einer privatrechtlichen Anstellung. Der Beurteilung der Tat als Anstellungsbetrug sind daher nicht die besonderen Kriterien der Erschleichung einer Beamtenstellung zugrunde zu legen. Dass es sich hier um ein Arbeitsverhältnis im öffentlichen Dienst handelt, ändert daran nichts.

Ein Vermögensschaden ist dem Arbeitgeber entstanden, wenn der Wert der Leistungen, die die Täterin zu erbringen in der Lage ist, geringer ist als der Wert der Gegenleistung, zu deren Erbringung sich der Arbeitgeber verpflichtet hat. Während bei der Erschleichung einer Beamtenstellung zur Ermittlung des Wertes der Leistung auf fachliche Eignung und auf persönliche Eignung abzustellen ist, kommt es bei der Erschleichung einer privatwirtschaftlichen Anstellung grundsätzlich allein auf den fachlichen Wert der Leistung des Täters an.

Ausnahmsweise sind bei privatrechtlichen Anstellungsverhältnissen die für Beamte entwickelten Grundsätze dann anzuwenden, wenn die dem Arbeitnehmer gestellten Aufgaben eine besondere Vertrauenswürdigkeit und Zuverlässigkeit erfordern und mit Rücksicht darauf die Bezahlung höher ausfällt oder wenn Anstellung und Höhe der Bezüge – ähnlich wie bei Beamten – eine abgeschlossene Ausbildung voraussetzen oder von Art und Dauer früherer Beschäftigung abhängt. Darüber hinaus ist ein Gefährdungsschaden darin zu sehen, dass ein Angestellter erhebliche Vorstrafen wegen Vermögensdelikten verschwiegen hatte und in der neuen Stellung über das Vermögen des Arbeitgebers verfügen konnte.

Im vorliegenden Fall hat die A nach Maßgabe dieser Grundsätze ihrem Arbeitgeber keinen Vermögensschaden zugefügt. Die A erlangte keine besondere Vertrauensstellung im Hinblick auf das Vermögen ihres Arbeitgebers. Deshalb konnten die von ihr verschwiegenen vermögensrechtlichen Vorstrafen keinen Vermögensschaden begründen. Die Stellung als Krankenpflegerin in einer JVA kann nicht mit einer Beamtenstellung gleichgestellt werden.

Allein der Umstand, dass der Staat Arbeitgeber war, rechtfertigt eine solche Gleichstellung gerade nicht.