

Hinweise zu den Entscheidungen

2021-II-1

KG, Beschl. v. 5.3.2020 – (2) 161 Ss 190/19 (41/19), NStZ 2021, 175

Sachverhalt

Am Nachmittag des 14.6.2016 bot B dem A die zuvor aus dem Geschäft des G entwendeten Tabakwaren im Wert von geschätzten 5000 Euro telefonisch mit den Worten „dreitausendeinhundertfünfzig musst du zahlen“ für 3150 Euro zum Kauf an. A erklärte sich in Kenntnis der Herkunft der Ware aus einer Straftat zum Ankauf bereit, forderte allerdings mit dem Hinweis, dass es sich nicht um gute Zigaretten handle, einen Preis von „vierzig“, gemeint wahrscheinlich 40 Euro pro Stange. Damit erklärte sich B unter dem Vorbehalt, dass er seine Mittäter („die Leute“) noch fragen müsse, einverstanden. In einem weiteren Telefongespräch etwa eine halbe Stunde später bestellte A den B zu seinem Geschäft in der B-Straße in Berlin und wiederholte die Anschrift mehrfach. Zum Ende dieses etwa eineinhalbminütigen Telefonats erklärte sich B mit den Worten „Dreitausend bringst du, ja?“ mit einer Reduzierung des Kaufpreises für die gestohlenen Zigaretten auf 3000 Euro einverstanden, in der Folge veräußerte A das gekaufte Diebesgut, wie von Anfang an beabsichtigt, gewinnbringend, vermutlich an gutgläubige Kunden in seinem Geschäft in der B-Straße. Durch die Tat entstand ein Vermögensschaden von 5000 Euro.

Am Morgen des 16.6.2016 bot B dem A zuvor aus dem Geschäft des J entwendete Tabakwaren im Wert von bis zu etwa 18000 Euro zum Kauf an. A erklärte sich in Kenntnis der Herkunft der Ware aus einer Straftat grundsätzlich zum Ankauf bereit und bestellte den B zum Abschluss des Geschäfts mit den Worten „Kommst du hier in B-Straße, ich bin da“ telefonisch zu sich. B fragte nach „Wo letzte Mal war?“, was A mit „Gestern warst du da“ bestätigte. Ob es in der Folge zum Ankauf der entwendeten Tabakwaren oder jedenfalls eines Teiles von diesen kam, konnte nicht mit Sicherheit festgestellt werden. Dementsprechend konnte auch nicht festgestellt werden, ob es zu dem von A beabsichtigten, gewinnbringenden Weiterverkauf der gestohlenen Tabakwaren in einem seiner Geschäfte kam.

Am Nachmittag des 2.8.2016 bot B dem A zuvor aus einem „Shop“ entwendete Tabakwaren im Umfang von etwa achtzig bis einhundert Stangen Zigaretten zu einem nicht bekannten Preis zum Kauf an. A bestellte B, der angab, dass er die Ware noch nicht gezahlt habe, dies aber bei A noch tun wolle. Ob es in der Folge zum Ankauf der entwendeten Tabakwaren im Umfang von etwa achtzig bis einhundert Stangen Zigaretten kam, konnte nicht festgestellt werden. Dementsprechend konnte auch nicht festgestellt werden, ob es zu dem von A beabsichtigten, gewinnbringenden Weiterverkauf der gestohlenen Tabakwaren in einem seiner Geschäfte kam.

Strafbarkeit des A

1. In Betracht kommt Strafbarkeit wegen vollendeter und versuchter Hehlerei, §§ 259 Abs. 1, Abs. 3 StGB. Denkbar ist auch eine Qualifikation wegen Gewerbsmäßigkeit gem. § 260 Abs. 1 Nr. 1 StGB. Dafür enthält der Sachverhalt aber zu wenig Informationen.

Beihilfe zu den von B oder anderen begangenen Vortaten (Beihilfe zum Diebstahl, §§ 242, 27 StGB) ist nicht zu berücksichtigen. Die Vortaten sind bereits beendet. Daher scheidet selbst eine „sukzessive Beihilfe“ aus.

Wäre der Diebstahl nur vollendet, aber noch nicht beendet, würde nach h.M. sukzessive Beihilfe möglich sein.

Begünstigung (§ 257 StGB) ist nicht gegeben, weil A nicht dem B Vorteile seiner Tat sichern wollte, sondern sich vielmehr selbst Vorteile aus dieser Tat verschaffen wollte.

Fast immer, wenn der Tatbestand eines Vermögensdelikts – z. B. §§ 253, 263, 259 StGB – erfüllt ist, steht auch Strafbarkeit wegen Unterschlagung (§ 246 StGB) im Raum. Wer sich als

Hehler eine gestohlene Sache verschafft, eignet sich diese in der Regel auch zu Unterschlagung ist aber gegenüber den anderen Vermögensdelikten subsidiär.

2. Vollendung der Hehlerei

Die Abgrenzung der vollendeten Hehlerei von der nur versuchten Hehlerei ist nicht ganz unproblematisch. Folgendes ist zu beachten:

a) Bei der Variante „ankauft“ ist die Vollendungsphase nicht schon mit Abschluss eines Kaufvertrages (§ 433 BGB) erreicht. „Ankaufen“ ist eine im Gesetz besonders herausgehobene Erscheinungsform des „Sichverschaffens“ und muss deshalb die Voraussetzungen von Sichverschaffen erfüllen. Erforderlich ist die Erlangung tatsächlicher eigener Sachherrschaft, vergleichbar der Verfügungsgewalt, die dem Begriff „Gewahrsam“ im Diebstahlstatbestand entspricht. Vollendet ist die Ankauf-Hehlerei daher erst, wenn der „Käufer“ die tatsächliche Herrschaft über die Sache erlangt hat. Der Eintritt in Kaufverhandlungen und der Abschluss eines Kaufvertrages kann daher allenfalls versuchte Hehlerei sein.

b) Bei den Varianten „Absetzen“ und Absatzhilfe“ war jahrzehntelang zwischen Rechtsprechung und Literatur umstritten, ob es zur Vollendung der Hehlerei eines eingetretenen Absatzerfolges bedarf.¹ Die Literatur forderte eine Absatzerfolg, die Rechtsprechung ließ eine auf den Absatzerfolg gerichtete Handlung genügen. Inzwischen ist auch der BGH auf die Linie der h. M. in der Literatur eingeschwenkt. Sowohl bei „Absetzen“ als auch bei „Absatzhilfe“ ist die Hehlerei erst vollendet, wenn die Sache in die Verfügungsgewalt des Dritten gelangt ist (= Absatzerfolg), dem der Hehler die Sache zwecks wirtschaftlicher Verwertung übertragen hat.²

3. Versuch der Hehlerei

a) Bei der Verschaffens-Variante beginnt der Versuch, wenn der Täter unmittelbar dazu ansetzt, sich oder einem Dritten die tatsächliche Sachherrschaft zu verschaffen.³ Je nachdem, wie groß der Abstand zwischen dem Kaufvertrag, den der Hehler mit dem Vortäter geschlossen hat, und der Übertragung der Sachherrschaft ist, kann schon der Vertragsschluss ein unmittelbares Ansetzen sein oder nicht. Liegt zwischen dem Abschluss des Kaufvertrages und der Besitzverschaffung ein längerer Zeitraum, ist der Vertragsschluss noch kein unmittelbares Ansetzen (dazu die Entscheidung des KG).

b) Bei der Variante „Absetzen“ liegt ein unmittelbares Ansetzen vor, wenn der Hehler beginnt, die tatsächliche Herrschaft über die Sache dem Dritten zu übertragen.⁴ Muss der Hehler die Sache über eine größere räumliche Distanz zum Erwerber transportieren, liegt mit Antritt der Transportfahrt und auch während dieser noch kein unmittelbares Ansetzen vor.

c) Umstritten ist der Versuchsbeginn bei der Variante „Absatzhilfe“.⁵ Diese ist dadurch charakterisiert, dass die „Herrschaft“ über den Absatzvorgang beim Vortäter (Dieb der Sache) liegt. Der Hehler unterstützt ihn dabei, leistet also Hilfe. Eigentlich ist der Hehler daher nur ein

¹ Mitsch, Strafrecht in der Examensklausur, 2021, § 2 Rn 112 (*erscheint im November 2021*).

² Rengier BT I § 22 Rn 55 ff.

³ Mitsch, Strafrecht in der Examensklausur, § 6 Rn 30; Rengier BT I § 22 Rn 64.

⁴ Rengier BT I § 22 Rn 64.

⁵ Mitsch, Strafrecht in der Examensklausur, § 6 Rn 31.

Gehilfe iSd § 27 StGB. „Täter“ ist der Vortäter. Da aber der Vortäter nicht den Tatbestand der Hehlerei erfüllen kann (... eine Sache, die ein *anderer* gestohlen ...“), ist eine Strafbarkeit des Absatzhelfers aus §§ 259, 27 StGB in diesem Fall nicht möglich. Damit die Strafbarkeitslücke geschlossen wird, ist die Hilfe beim Absatz zu täterschaftlicher Hehlerei „hochgestuft“ worden.

Die Frage ist nun, auf wessen Verhalten bei der Feststellung des „unmittelbaren Ansetzens“ abzustellen ist, auf das Verhalten des absetzenden Vortäters oder auf das Verhalten des dem Vortäter beim Absetzen helfenden Hehlers.

(1) Die Rechtsprechung knüpft das unmittelbare Ansetzen an das Verhalten des Absatzhelfers.⁶ Stellt dieser z. B. dem Vortäter einen Kleintransporter für den Transport der gestohlenen Sachen zum Erwerber zur Verfügung, befindet sich der Absatzhelfer bereits im Stadium der versuchten Hehlerei. Damit wird der Versuchsbeginn sehr weit vorverlegt. Insbesondere wird damit die grundsätzliche Straflosigkeit der versuchten Beihilfe durchbrochen.

(2) Die überwiegende Meinung in der Literatur verlangt daher für ein unmittelbares Ansetzen zur Verwirklichung des Tatbestandes „Absatzhilfe“, dass der „täterschaftlich“ absetzende Vortäter bereits die Grenze des unmittelbaren Ansetzens (§ 22 StGB) überschritten hat und auch der Absatzhelfer dazu angesetzt hat, bei diesem Absatz zu helfen.⁷

Beispiel: Dieb D transportiert die von ihm gestohlenen Sachen zu dem E, der die Sachen abkauft. Zusammen mit D fährt der H, der beim Abladen der Sachen von der Ladefläche des Kleinlasters helfen soll. Während der Fahrt schläft H ein. Bei E angekommen lässt D den H weiter schlafen und schafft die Sachen gemeinsam mit E von der Ladefläche des Transporters in eine Lagerhalle des E.

Abwandlung: H ist aufgewacht und will eine der Sachen von der Ladefläche des Kleinlasters herunterheben. Dabei stellt H fest, dass die Sache zu schwer und er zu schwach ist. Daher unterbleiben weitere Mitwirkungshandlungen des H.

Von den beiden Voraussetzungen des „unmittelbaren Ansetzens“ zur Verwirklichung der Absatzhilfe ist die erste erfüllt: D hat zum Absetzen der Beute unmittelbar angesetzt. Zudem hat er diese Variante dann auch vollendet. Nicht unmittelbar angesetzt hat indessen H. Dass er mitgefahren ist, reicht dafür nicht, weil die bloße Anwesenheit des H in dem Fahrzeug vor der Ankunft bei E keinerlei Unterstützungseffekt hat. In der Abwandlung hat H zur Verwirklichung des Tatbestandes „Absatzhilfe“ unmittelbar angesetzt.

4. Hehlerei und § 30 StGB

Wenn Sie bei der Prüfung der §§ 259 ff StGB zu dem Ergebnis kommen, dass nicht einmal ein Hehlereiversuch begangen worden ist, müssen Sie noch überlegen, ob eine Strafbarkeit wegen Vorbereitung einer Hehlerei begründet sein kann. Grundlage dafür kann § 30 StGB sein. Verbrechenscharakter hat die Hehlerei, wenn sie die Qualifikationsmerkmale des § 260 a StGB erfüllt: Bandenmitgliedschaft und Gewerbsmäßigkeit. Beachten Sie, dass beide qualifizierende Merkmale nach h. M. „besondere persönliche“ Merkmale iSd § 28 Abs. 2 StGB sind!⁸ Wenn sich also mehrere verabreden, gemeinsam eine Hehlerei zu begehen, kommt eine Strafbarkeit aus § 260 a StGB iVm § 30 Abs. 2 Var. 3 StGB nur für die Beteiligten in Betracht, die selbst

⁶ BGHSt 63, 228 ff.

⁷ Rengier BT I § 22 Rn 65.

⁸ Rengier BT I § 22 Rn 80.

Mitglied der Bande sind und selbst gewerbsmäßig handeln.⁹ Denn für einen Beteiligten, der ein solches Merkmal nicht selbst erfüllt, ist die gemeinsame Hehlereität kein Verbrechen (§§ 260 a, 12 Abs. 1 StGB), sondern nur ein Vergehen (§§ 259, 260, 12 Abs. 2 StGB).

5. Zur Entscheidung des KG

Im ersten Fall hat A eine vollendete Hehlerei begangen. Er hat sich die Zigaretten von B verschafft. In den beiden anderen Fällen ist es nicht zur Übertragung der Beute aus den vorangegangenen Taten gekommen. A hat daher keine vollendete Hehlerei begangen. Daher ist allenfalls eine Strafbarkeit wegen versuchter Hehlerei begründet. Das Gericht erläutert, unter welchen Voraussetzungen schon der Eintritt in Kaufverhandlungen unmittelbares Ansetzen sein kann. Erforderlich sei, dass die beabsichtigte Übergabe der Sache vom Vortäter auf den Hehler unmittelbar nach Abschluss der Verhandlungen erfolgen kann und soll. So weit seien die Verhandlungen zwischen A und B nicht fortgeschritten gewesen. Daher habe A keine versuchte Hehlerei begangen.

2021-II-2

BGH, Beschl. v. 12.5.2020 – 2 StR 463/19, NStZ 2021, 354

Sachverhalt

Am 25.5. 2018 erzählte D dem M und dem Y bei einem Treffen am Mittag von finanziellen Schwierigkeiten. Auf seinen Vorschlag hin entschlossen sie sich, Geld zu besorgen, notfalls auch mittels Straftaten. Von diesem Entschluss berichteten sie am Nachmittag dem A, der sodann einen Überfall und als Tatobjekt ein Sonnenstudio in der Stadt H vorschlug, mit dessen Örtlichkeiten er vertraut war. Mit diesem Vorschlag erklärten sich alle einverstanden.

Entsprechend dem Tatplan führen alle vier mit dem Pkw des M nach H und parkten dort in fußläufiger Nähe zum Tatobjekt (Sonnenstudio). M und Y, maskiert mit zuvor hergestellten Masken sowie über den Kopf gezogenen Kapuzen, begaben sich gegen 19.40 Uhr in das Innere des Sonnenstudios, während A und D – außer Sichtweite – im Fahrzeug zurückblieben. M und Y trafen auf eine Angestellte des Sonnenstudios und forderten sie unter Vorhalt einer von A beschafften Schreckschusspistole mehrfach auf, Geld herauszugeben. Schließlich kam sie der Aufforderung nach und entnahm aus dem Tresen die Kassenlade. Y nahm sie an sich, anschließend verließen er und M die Räumlichkeiten.

Im Auto stellten die vier fest, dass die Tatbeute sich lediglich auf 68 Euro belief und daher für den D entgegen dem ursprünglichen Plan nicht die vorgestellte finanzielle Hilfe darstellte. Aus diesem Grund entschlossen sich die vier gemeinsam, die Tatbeute sofort umzusetzen. Sie erwarben in einem Coffeeshop Joints und weitere Drogen, kauften in einem Supermarkt Donuts, Zigaretten und Getränke und betankten mit dem Rest des Geldes das Fahrzeug des M. Jedenfalls M und A konsumierten von dem erworbenen Rauschgift, bevor M die anderen jeweils nach Hause fuhr.

A. Strafbarkeit im Verabredungsstadium

Auf der Grundlage des Sachverhalts kommt eine Strafbarkeit wegen Verabredung gemäß § 30 Abs. 2 Var. 3 StGB in Betracht. Allerdings wird kein hinreichend konkreter Tatplan mitgeteilt. Es heißt lediglich, dass ein „Überfall“ auf das Sonnenstudio ausgeführt werden soll.

⁹ Mitsch, Strafrecht in der Examensklausur, § 7 Rn 8.

Ob diese Tat ein Raub (§ 249 StGB), eine räuberische Erpressung (§§ 253, 255 StGB) oder eventuell „nur“ ein Diebstahl (§ 242 StGB; kein Verbrechen, § 12 Abs. 1 StGB!) sein würde, geht aus dem Sachverhalt nicht hervor. Auch wird keine Aufgabenverteilung mitgeteilt. Da Strafbarkeit wegen Verabredung nur in Bezug auf mittäterschaftliche Tatbeteiligung (§ 25 Abs. 2 StGB) möglich ist (Beihilfe genügt nicht), müsste man genaue Angaben über die von den Beteiligten zu verrichtenden Aktionen haben, um eine Zuordnung zur Beteiligungsform vornehmen zu können. Daran fehlt es hier. Schlussendlich ist die auf § 30 StGB beruhende Strafbarkeit subsidiär gegenüber einer Strafbarkeit, die durch vollendete oder versuchte Ausführung des Verbrechens begründet worden ist.¹⁰ Selbst wenn der Sachverhalt also eine Prüfung der Strafbarkeit am Maßstab des § 30 Abs. 2 Var. 3 StGB ermöglichte, käme diese Prüfung im Gutachten erst ganz am Ende zur Geltung. Daher ist hier nur eine Strafbarkeit zu erörtern, die durch Beteiligung an der Tat im Sonnenstudio begründet sein könnte.

B. Strafbarkeit im Ausführungsstadium

I. Strafbarkeit von M und Y

1. Hausfriedensbruch, § 123 StGB

Das Betreten des Sonnenstudios ist ein Hausfriedensbruch. Problematisch ist nur die Erfüllung des Tatbestandsmerkmals „eindringen“. Darunter versteht man das Betreten der geschützten Räumlichkeit gegen den Willen oder ohne Einverständnis des Hausrechtsinhabers.¹¹ Wären M und Y Kunden oder träten sie wie Kunden auf, hätte ihr Aufenthalt im Sonnenstudio keine tatbestandsmäßige Qualität. Das generelle Einverständnis des Inhabers gegenüber Kunden und Interessierten nähme ihrem Betreten der Räumlichkeit die Eigenschaft als „Eindringen“ (tatbestandsausschließendes Einverständnis). Nach h. M. ist das Einverständnis auch gegenüber Tätern beachtlich, die lediglich vortäuschen, zu dem Personenkreis zu gehören, für die das generelle Einverständnis bestimmt ist. Auf Grund ihrer Aufmachung (Maske vor dem Gesicht, Kapuze über dem Kopf) waren M und Y aber als Nicht-Kunden und Kriminelle erkennbar. Der Inhaber des Sonnenstudios wäre mit ihrem Erscheinen nicht einverstanden gewesen. Deswegen greift auch das generelle Einverständnis nicht ein. M und Y haben gegen den Willen des Inhabers das Sonnenstudio betreten. Sie sind in die Geschäftsräume eingedrungen.

2. Raub in Mittäterschaft, §§ 249, 25 Abs. 2 StGB

Bitte keine „vorgezogene“ Abgrenzung von Raub und räuberischer Erpressung!¹² Ob eine Strafbarkeit aus § 249 StGB begründet ist, ist keine Frage der Abgrenzung zu §§ 253, 255 StGB, sondern hängt davon ab, ob die Tatbestandsmerkmale des § 249 StGB und die sonstigen Strafbarkeitsvoraussetzungen erfüllt sind. Die Prüfung ist mit § 249 StGB zu beginnen.¹³

Tatobjekt ist hier das Geld (68 Euro), das dem Inhaber des Sonnenstudios gehört. Das sind fremde bewegliche Sachen. Fraglich ist, ob M und Y das Geld weggenommen haben. Das Geld befand sich in fremdem Gewahrsam. Dieser Gewahrsam wurde dadurch aufgehoben, dass die

¹⁰ Mitsch, Strafrecht in der Examensklausur, § 7 Rn 23.

¹¹ Mitsch, Strafrecht in der Examensklausur, § 2 Rn 142.

¹² Allgemein zu „Vorprüfungen“ im Gutachten Mitsch, Strafrecht in der Examensklausur, § 1 Rn 14 ff.

¹³ Rengier BT I § 11 Rn 33.

Angestellte das Geld aus der Kassenlade nahm und es den beiden Tätern aushändigte. Die Aufhebung des Gewahrsams müßte ein Gewahrsamsbruch sein. Darunter versteht man eine Handlung, die das bisherige Gewahrsamsverhältnis ohne Einverständnis des Gewahrsamsinhabers aufhebt.

Geht man davon aus, dass die Angestellte Alleingewahrsam an dem Geld in der Kasse hatte, ist zu erörtern, ob dem Bruch dieses Gewahrsams die aktive Herausgabehandlung entgegensteht. Geht man davon aus, dass der Inhaber des Sonnenstudios Mitgewahrsam an dem Geld in der Kasse hatte, könnte trotz Herausgabe durch die Angestellte ein Gewahrsamsbruch vorliegen, weil der Inhaber des Sonnenstudios das Geld nicht herausgegeben hat, ihm gegenüber also der Gewahrsam gebrochen wurde. Nach der Rechtsprechung liegt bei Alleingewahrsam der Angestellten kein Gewahrsamsbruch vor, weil die Angestellte selbst ihren Gewahrsam aufgehoben hat. Dass sich M und Y das Geld nicht durch Gewahrsamsbruch verschafft haben, folgt schlicht aus dem äußeren Erscheinungsbild des Vorgangs, der zum Gewahrsamswechsel führte. Sofern aber der Inhaber des Sonnenstudios Mitgewahrsam hatte, wurde dieser Mitgewahrsam durch die Herausgabe des Geldes seitens der Angestellten gebrochen. Diese wäre „Werkzeug“ von M und Y, die als mittelbare Täter das Geld weggenommen hätten, § 25 Abs. 1 Alt. 2 StGB.

Anzunehmen ist jedoch, dass die Angestellte Alleingewahrsam hatte.

Rengier BT I § 2 Rn 37: Speziell der Kassierer (z.B. im Supermarkt) hat nach der Verkehrsanschauung Alleingewahrsam bezüglich des in der Kasse befindlichen Geldes, sofern er die Kasse in alleiniger Verantwortung führt, also niemand bis zur Abrechnung gegen seinen Willen Geld entnehmen darf; ein bloßes Kontroll- und Weisungsrecht des Dienstherrn ändert daran nichts.

Ob Umstände vorliegen, auf Grund deren die Herausgabe des Geldes durch die Angestellte nach einem Teilen der Literatur gleichwohl als Wegnahme durch M und Y zu bewerten ist, geht aus dem Sachverhalt nicht hervor.

3. Schwere Räuberische Erpressung in Mittäterschaft, §§ 253, 255, 250 Abs. 1 Nr. 1 b, 25 Abs. 2 StGB

M und Y haben der Angestellten mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben gedroht. Die Herausgabe des Geldes durch die Angestellte ist eine Vermögensverfügung. Allerdings gehört das Geld nicht zum Vermögen der Angestellten, sondern zum Vermögen des Inhabers des Sonnenstudios. Daher ist der Tatbestand der räuberischen Erpressung nur unter den Voraussetzungen der „Dreieckerpressung“ erfüllt. Diese spezifische Voraussetzung ist ein Näheverhältnis zwischen der genötigten Person (Angestellte) und dem Inhaber des von der Vermögensverfügung betroffenen Vermögens (Inhaber des Sonnenstudios).¹⁴ Dieses Näheverhältnis besteht zwischen dem Inhaber des Sonnenstudios und der Angestellten. Dem Vermögensinhaber ist ein Vermögensschaden zugefügt worden. M und Y handelten mit Bereicherungsabsicht.

Die räuberische Erpressung ist qualifiziert gemäß § 250 Abs. 1 Nr. 1 b StGB. Die Schreckschusspistole ist zwar keine Waffe oder ein gefährliches Werkzeug (§ 250 Abs. 1 Nr. 1

¹⁴ Rengier BT I § 11 Rn 31.

a, Abs. 2 Nr. 1 StGB), wohl aber ein „Werkzeug oder Mittel“, mit dessen Anwendung M und Y den Widerstand der Angestellten überwinden wollten.

4. Erpresserischer Menschenraub, § 239 a Abs. 1 Alt. 1 StGB

Dieser Tatbestand ist nicht erfüllt, weil M und Y bezüglich der Angestellten keine „stabile Bemächtigungslage“ hergestellt haben.¹⁵

5. Zurücktretende Straftatbestände

Von der räuberischen Erpressung verdrängt wird die Nötigung (§ 240 StGB) und die Bedrohung (§ 241 StGB).

II. Strafbarkeit von A und D

1. Schwere räuberische Erpressung in Mittäterschaft, §§ 253, 255, 250 Abs. 1 Nr. 1 b, 25 Abs. 2 StGB

Problematisch ist, ob A und D die Voraussetzung der Mittäterschaft (§ 25 Abs. 2 StGB) erfüllen. Beide waren bei der Ausführung der Tat durch M und Y zugegen, haben aber selbst keine tatbestandsverwirklichenden Handlungen ausgeführt. Dennoch könnten sie Mittäter sein.

Der BGH bemerkt dazu:

„Bei der Beteiligung mehrerer Personen, von denen nicht jede sämtliche Tatbestandsmerkmale verwirklicht, ist Mittäter, wer seinen eigenen Tatbeitrag so in die Tat einfügt, dass dieser als Teil der Handlung eines anderen Beteiligten und umgekehrt dessen Handeln als Ergänzung des eigenen Tatanteils erscheint. Mittäterschaft erfordert dabei zwar nicht zwingend eine Mitwirkung am Kerngeschehen selbst; ausreichen kann auch ein die Tatbestandsverwirklichung fördernder Beitrag, der sich auf eine Vorbereitungs- oder Unterstützungshandlung beschränkt. Stets muss sich diese Mitwirkung aber nach der Willensrichtung des sich Beteiligenden als Teil der Tätigkeit aller darstellen. Ob ein Beteiligter ein so enges Verhältnis zur Tat hat, hat der Tatrichter aufgrund einer wertenden Gesamtbetrachtung aller festgestellten Umstände zu prüfen. Wesentliche Anhaltspunkte können dabei der Grad des eigenen Interesses am Taterfolg, der Umfang der Tatbeteiligung und die Tatherrschaft oder wenigstens der Wille zur Tatherrschaft sein, so dass die Durchführung und der Ausgang der Tat maßgeblich auch vom Willen des Betroffenen abhängen.“¹⁶

Nach Ansicht des BGH reichen die Feststellungen zum Tathergang nicht aus, um eine Mittäterschaft von A und D zu begründen.

2. Beihilfe zur schweren räuberischen Erpressung, §§ 253, 255, 250 Abs. 1 Nr. 1 b, 27 StGB

Die Mitwirkung an der von M und Y begangenen Tat ist eine Beihilfe.

¹⁵ Schönke/Schröder/Eisele § 239 a Rn. 13b.

¹⁶ BGH NSTz 2021, 354 (355).

C. Strafbarkeit nach dem Überfall

1. Betrug, § 263 StGB

Das Ausgeben des bei dem Überfall erbeuteten Geldes ist kein Betrug zum Nachteil der Verkäufer. Diese haben keinen Vermögensschaden erlitten. Der Verlust, der durch die Übereignung der gekauften Waren verursacht wurde, ist durch die Bezahlung mit dem Geld kompensiert worden. Die Verkäufer erlangten an dem Geld Eigentum gemäß §§ 929, 932 BGB. Das Abhandenkommen des Geldes (§ 935 Abs. 1 BGB) steht dem gutgläubigen Eigentumserwerb nicht entgegen, § 935 Abs. 2 BGB.

2. Hehlerei, § 259 StGB

A und D haben an dem Geld keine Hehlerei begangen, da sie es sich nicht verschafft haben. Die gekauften Sachen (Drogen, Donuts, Zigaretten, Getränke, Benzin) sind nicht gestohlen oder durch eine gegen fremdes Vermögen gerichtete Tat erlangt worden („Ersatzhehlerei“).

2021-II-3

BGH, Urt. v. 14.1.2021 – 4 StR 95/20, NStZ 2021, 419

Sachverhalt

A schlug am 11.3.2019 mit einem Hammer in Richtung der N und ihres unmittelbar hinter ihr stehenden Bruders B. Dabei hielt A es für möglich, dass der Hammer eine der beiden Personen treffen und verletzen könnte. Dies nahm A billigend in Kauf. N und B konnten den Schlag so weit ablenken, dass der Hammer den B leicht am Kopf traf.

Die Entscheidung ist die erste, in der sich der BGH ausführlich mit dem Themas „dolus alternativus“ auseinandersetzt. Sie ist deshalb für Studium und Examen enorm wichtig.

Strafbarkeit des A

1. Gefährliche Körperverletzung (zum Nachteil des B), §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB

A hat den objektiven Tatbestand der vollendeten gefährlichen Körperverletzung erfüllt. Hinsichtlich dieses Taterfolges hatte A dolus eventualis. Daher hat A auch den subjektiven Tatbestand erfüllt.

Möglicherweise wollte A in erster Linie die N treffen. Objektiv stellt sich die Verletzung des N vor diesem Hintergrund als „aberratio ictus“ dar. Das mit dieser Figur verbundene dogmatische Problem stellt sich hier aber nicht, da A auch bezüglich des auf Grund der „Abirrung“ eingetretenen Verletzungserfolges vorsätzlich handelte. Bei der klassischen aberratio ictus hat der Täter in Bezug auf den Abirrungs-Erfolg (Verletzung des B) gerade keinen Vorsatz.

2. Versuchte gefährliche Körperverletzung (zum Nachteil der N), §§ 223, 224 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2, 22 StGB

Vollendete gefährliche Körperverletzung gegenüber N hat A nicht begangen, da N nicht von dem Hammer getroffen wurde. A hielt es für möglich, dass der Hammerschlag *entweder* die N *oder* den B treffen würde. Er nahm also nicht an, dass der Hammerschlag die N *und* den B treffen würde. Letzteres wäre ein „dolus cumulativus“.¹⁷

Der Alternativvorsatz in Bezug auf eine Verletzung der N reicht aber als Grundlage für eine Strafbarkeit wegen versuchter gefährliche Körperverletzung nach h. M. aus. A hat auch zur Verwirklichung des Tatbestandes der gefährlichen Körperverletzung gegenüber N unmittelbar angesetzt. Folglich hat er auch die Strafbarkeitsvoraussetzungen der versuchten gefährlichen Körperverletzung in Bezug auf N erfüllt.

3. Konkurrenz

Nach dem BGH stehen die vollendete gefährliche Körperverletzung (Opfer B) und die versuchte gefährliche Körperverletzung (Opfer N) in Tateinheit, § 52 StGB.¹⁸ Im Ergebnis beinhaltet das Urteil gegen A also einen Tatvorwurf, der dem einer mit dolus cumulativus begangenen Tat entspricht. Hätte A es für möglich gehalten, dass der Hammerschlag die N und den B trifft, wäre er ebenfalls wegen vollendeter gefährlicher Körperverletzung in Tateinheit mit versuchter gefährlicher Körperverletzung verurteilt worden. Der Unterschied zwischen dolus alternativus und dolus cumulativus wird durch die vom BGH für richtig gehaltene Verurteilung eingegeben. Der BGH meint, dies müsse bei der Strafzumessung berücksichtigt werden. Die Strafe müsse geringer sein als bei einer Tat, die mit dolus cumulativus ausgeführt worden ist.¹⁹

4. Abweichende Meinungen

a) Einige reduzieren den Tatvorwurf bereits auf der Ebene des Tatvorsatzes. Da der Täter beim dolus alternativus nur einen Vollendungsvorsatz hat, kann am Ende auch nur eine vorsätzliche Tat vorliegen.²⁰ Der alternative Vorsatz ist lediglich auf einen Versuch gerichtet, was für eine Strafbarkeit nicht ausreicht. Im vorliegenden Fall ist A danach allein wegen vollendeter gefährlicher Körperverletzung zum Nachteil des B strafbar. Gegenüber B hat A gar keine versuchte gefährliche Körperverletzung begangen, weil er insoweit keinen Vollendungsvorsatz hatte.

b) Die meisten Vertreter anderer Meinungen gehen zwar wie der BGH davon aus, dass der Täter die Strafbarkeitsvoraussetzungen einer vollendeten Vorsatztat und einer versuchten Vorsatztat oder mehrerer versuchter Vorsatztaten erfüllt hat. Sie beurteilen aber die Konkurrenz anders als der BGH. Zwischen den verschiedenen Taten bestehe eine Gesetzeskonkurrenz.²¹ Welche Strafbarkeit dabei Vorrang hat, ist umstritten:

aa) Begeht der Täter eine vollendete Tat und daneben eine denselben Tatbestand erfüllende versuchte Tat (so im BGH-Fall), soll der Versuch hinter der Vollendung zurücktreten.

¹⁷ Rengier AT § 14 Rn 45.

¹⁸ Ebenso Rengier AT § 14 Rn 49.

¹⁹ So auch Rengier AT § 14 Rn. 52.

²⁰ Mitsch NJW 2021, 798; ebenso Joerden ZfL 2021, 31 ff.

²¹ Sowada ZfL 2021, 41 (47).

bb) Die Lösung aa stößt auf Schwierigkeiten, wenn überhaupt keine Tat vollendet wird (im BGH-Fall: der Hammerschlag verfehlt sowohl N als auch B). Wieso ein Versuch hinter einem anderen Versuch zurücktreten soll, leuchtet nicht ein. Zumal lässt sich nicht bestimmen, welcher Versuch zurücktritt.²²

cc) Lösung aa stößt auch auf Schwierigkeiten, wenn die versuchte Tat einen gravierenderen Straftatbestand erfüllt als die vollendete Tat.²³ Beispiel: A stellt sich vor, dass N von dem Hammerschlag getötet würde, wenn sie getroffen wird. Bezüglich B geht A davon aus, dass der Hammerschlag ihn nicht töten, sondern „nur“ verletzen würde. Wenn A nur wegen der vollendeten Straftat (§§ 223, 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB) verurteilt wird, bringt das Urteil nicht zum Ausdruck, dass er sogar einen Totschlag begehen wollte. Daher will eine Meinung in dieser Konstellation nur wegen des Versuchs (§§ 212, 22 StGB oder §§ 211, 22 StGB) verurteilen. Damit bliebe aber unberücksichtigt, dass der Täter eine vollendete Körperverletzung begangen hat.

2021-II-4

BGH, Urt. v. 11.11.2020 – 5 StR 124/20, NStZ 2021, 226

Sachverhalt

A kam Ende 2015 aus dem Irak nach Deutschland. Er war damals 18 Jahre alt. Im August 2018 begann er eine Beziehung mit der aus dem Iran stammenden 28-jährigen Asylbewerberin O. Diese lebte schon seit einigen Jahren in Deutschland. A trug sich mit dem Gedanken, die O zu heiraten. O liebte jedoch nach negativen Erfahrungen mit einer im Iran geschlossenen Zwangsehe ihre Freiheit und wollte sich noch nicht binden. Auch störte sie, dass A sehr eifersüchtig war, sie häufig beobachtete, unangemeldet auftauchte und bisweilen ihr Handy darauf überprüfte, mit wem sie Kontakt gehabt oder von wem sie Fotos gemacht hatte. Vor Weihnachten 2018 war O die ständige Kontrolle und die Streitigkeiten mit A leid und teilte ihm mit, dass sie nicht zusammenpassen würden.

Nach den Feiertagen vertrugen sich beide wieder, wobei A der O eine Halskette zur Versöhnung schenkte. Anfang Januar 2019 kam es erneut zu Streit, nachdem A zum wiederholten Mal heimlich Fotos von O gemacht, ihr diese gezeigt und sie wutentbrannt zur Rede gestellt hatte. Ihm missfielen auch ihre Kontakte zu einem Landsmann von ihr, dem Z, mit dem sie eine Beziehung hatte, deren intimen Charakter beide nach außen und auch vor dem A geheim hielten. A stellte Z zweimal im Beisein der O zur Rede und wies darauf hin, seine Freundin heiraten zu wollen. Bei einer dieser Begegnungen forderte O den A dazu auf, sie in Ruhe zu lassen, und erklärte ihm, er solle sich „verpissen“, sonst würden sie zur Polizei gehen. Wenig später nahm A der O im Verlaufe einer weiteren Auseinandersetzung demonstrativ ihre Halskette ab und warf sie zu Boden. Damit war für O die Beziehung zu A zunächst beendet.

A wollte sich mit einer Trennung jedoch nicht abfinden und suchte nach Kontaktgelegenheiten. Anfang Februar 2019 kamen beide sich wieder näher. Am 14.2.2019 schenkte A der O einen Rosenstrauß und einen Teddybären mit einer Aufschrift „Ich liebe dich“, und sie verbrachten Zeit miteinander. Am Abend des 15.2.2019 besuchte O den Z in dessen Wohnung. Als sie sich später von ihm auf dem Nachhauseweg begleiten ließ, erkannte O den A als Fahrer eines Fahrzeugs, das direkt neben ihnen kurz anhielt und dann sofort weiterfuhr. Da sie Angst bekam, dass A dem Z etwas antun könnte, ging O allein weiter und beruhigte den Z mit dem Hinweis, dass A sie liebe und ihr nichts tun werde.

Nach Rückkehr in ihre Wohnung kommunizierte O bis etwa 0.30 Uhr mehrfach telefonisch und über Kurznachrichten mit A. Dieser war eifersüchtig und wütend, weil er sie zusammen mit Z gesehen hatte, beruhigte sich aber wieder. Sie kamen überein, sich noch zu treffen, und A holte sie mit seinem Pkw ab. A hoffte dabei, seine Freundin doch noch für sich gewinnen zu können. Für den Fall, dass sich seine Erwartungen nicht erfüllten, hatte A zuvor ein Ausbeinmesser mit einer etwa 15 cm langen Klinge eingesteckt, um gegebenenfalls gewaltsam

²² Schönke/Schröder/Sternberg-Lieben/Schuster § 15 Rn 91.

²³ Rengier AT § 14 Rn 51.

gegen O vorzugehen. Nach einem über eineinhalbstündigen Umherfahren hielt A gegen 2.15 Uhr in nahezu unbewohnter ländlicher Gegend an, wo beide das Fahrzeug verließen. Als A schließlich erkennen mußte, dass sich seine Hoffnungen nicht erfüllen würden, fasste er spontan den Entschluss, die O zu töten. Er würgte sie zunächst und stach sodann mit dem Messer auf ihren Kopf, Hals und Oberkörper ein. Nachdem sie stark blutend zu Boden gesunken war, schleifte A sie von der Straße weg und legte sie einige Meter vom Straßenrand entfernt an einem Knick ab, damit sie nicht sofort gefunden würde. Dort oder bereits zuvor auf der Straße schnitt A der O außerdem noch dreimal mit dem Messer in den Nacken. Insgesamt fügte er ihr mindestens 34 Stich- und Schnittverletzungen zu. Infolge Verblutens in Kombination mit Ersticken verstarb die O innerhalb weniger Minuten.

Strafbarkeit des A

1. Straftatbestände

In Betracht kommt Strafbarkeit wegen Totschlags (§ 212 StGB) oder Mordes (§ 211 StGB). Die ebenfalls erfüllten Körperverletzungstatbestände (§§ 223, 224, 227 StGB) treten hinter vollendetem Totschlag oder vollendetem Mord zurück. Im Falle einer nur versuchten Tötung stünden vollendete Körperverletzungstatbestände zum Totschlags- oder Mordversuch in Tateinheit (§ 52 StGB).

Grundsätzlich sollte man sogleich mit dem schwereren Tatbestand Mord beginnen. Davon abzuweichen besteht im vorliegenden Fall kein Anlass.

Die Erfüllung der objektiven und subjektiven Voraussetzungen des Totschlagstatbestandes sowie Rechtswidrigkeit und Schuld sind unproblematisch. Zu erörtern ist allein die Erfüllung von Mordmerkmalen.

2. Allgemein zu den Mordmerkmalen

Es müssen immer alle nach dem Sachverhalt in Betracht kommenden Mordmerkmale geprüft werden. Hat man also ein Mordmerkmal bejaht, muss man trotzdem noch auf die anderen Mordmerkmale eingehen, die nach dem Sachverhalt erfüllt sein könnten. Mordmerkmale, für die der Sachverhalt überhaupt keine Anhaltspunkte enthält, sind nicht anzusprechen. Das Merkmal „sonst aus niedrigen Beweggründen“ hat eine Art Auffangfunktion. „Mordlust“, „zur Befriedigung des Geschlechtstriebes“ und „Habgier“ sind spezielle Erscheinungsformen niedriger Beweggründe. Dasselbe gilt für die Straftatermöglichungs- und Straftatverdeckungsabsicht (§ 211 Abs. 2 3. Gruppe StGB). Hat man also z. B. Habgier bejaht und liegen keine weiteren niedrigen Tötungsmotive vor, darf man nicht noch „sonst niedrige Beweggründe“ erörtern. Hat aber der Täter z. B. aus Habgier und Rache oder Eifersucht getötet, kommt nach der Habgier auch noch das Mordmerkmal „sonstige niedrige Beweggründe“ im Gutachten zur Sprache.

Aufbautechnisch empfiehlt sich für die Berücksichtigung der Mordmerkmal folgende Vorgehensweise: Man verteilt die Mordmerkmal auf den objektiven und den subjektiven Tatbestand. Dabei werden die Mordmerkmale der 2. Gruppe (heimtückisch, grausam, gemeingefährliches Mittel) im objektiven Tatbestand und die anderen Mordmerkmal – nach dem Vorsatz (§ 15 StGB) – im subjektiven Tatbestand geprüft. Achten Sie darauf, dass im subjektiven Tatbestand der Vorsatz auch auf die objektiven Mordmerkmale bezogen sein muss, wenn der Täter z. B. mit einem gemeingefährlichen Mittel getötet hat.

3. Heimtücke

a) Im vorliegenden Fall kommt Mord durch heimtückische Tötung in Betracht. Die Grunddefinition lautet „Ausnutzung der Arg- und Wehrlosigkeit des Opfers“.²⁴ In Ausnahmefällen kann als zusätzliches einschränkendes Element die „feindliche Willensrichtung“ ausschlaggebend sein.²⁵ In den meisten Fällen spielt diese aber keine Rolle. Im Normalfall wird die feindliche Willensrichtung durch den Tötungsvorsatz indiziert. Auf zusätzliche Einschränkungskonzepte, die in der Literatur diskutiert werden,²⁶ sollte man vor allem dann eingehen, wenn nach dem Sachverhalt die zusätzlichen Heimtückevoraussetzungen erfüllt sind. Tötet z. B. der Ehemann seine Ehefrau, kann man relativ unproblematisch feststellen, dass die Tötung auch ein „verwerflicher Vertrauensbruch“ ist.²⁷ Klausurtaktisch inopportun dürfte es sein, in anderen Fällen die Heimtücke allein wegen des Fehlens eines verwerflichen Vertrauensbruchs oder des Fehlens einer „besonderen Tücke“ abzulehnen. Vor allem sollte man das strafrechtliche Gutachten nicht mit seitenlangen Ausführungen zur verfassungsrechtlichen Bedenklichkeit des § 211 StGB allgemein oder des Merkmals „Heimtücke“ speziell befrachten. Vertretbar ist es, eine ausführliche Debatte über Heimtückerrestriktionen mit dem Hinweis auf die Rechtsprechung abzuwürgen, die zur Einschränkung der Mordbestrafung bekanntlich nur eine „Rechtsfolgenlösung“ akzeptiert und das nur in ganz außergewöhnlichen Fällen.²⁸

b) Im vorliegenden Fall ist unproblematisch, dass O arglos und deshalb wehrlos war. Sie rechnete nicht mit einem tödlichen Anschlag des A (dem Z hatte sie gesagt, dass A sie liebe und ihr nichts antun werde). Daher traf sie auch keine Vorkehrungen zur Verteidigung gegen eine eventuelle Attacke des A.

Im Strafverfahren vor der Großen Strafkammer konnte nicht aufgeklärt werden, ob O im grundsätzlich maßgebenden Zeitpunkt des ersten mit Tötungsvorsatz geführten Angriffs noch arglos war. Das hat folgende Bedeutung:

Bei einem „von vorn“ ausgeführten Angriff des Täters auf das Leben des Opfers durch Schießen, Stechen, Schlagen, Würgen kennt das Opfer die vom Täter ausgehende Gefahr für das eigene Leben spätestens dann, wenn der Tötungsakt begonnen hat (der Täter hält dem Opfer die geladene Pistole vor, er holt zum Messerstich oder zum Schlag aus usw.). Das Opfer ist dann also nicht mehr arglos. Wenn der Täter erst in diesem Moment zur Verwirklichung des Tötungstatbestandes unmittelbar ansetzt (§ 22 StGB), erfüllt er das Mordmerkmal „Heimtücke“ nicht. Das Opfer muss bei Versuchsbeginn noch arglos sein. Erlosch die Arglosigkeit bereits vorher, kommt Heimtücke grundsätzlich nicht in Betracht (Beispiel: Das Opfer sieht den bewaffneten Täter schon auf sich zukommen, als dieser noch 100 Meter entfernt ist. Das Opfer ahnt, dass der Täter töten will).²⁹

Im vorliegenden Fall könnte es so gewesen sein, dass die O schon während des „eineinhalbstündigen Umherfahrens“ Kenntnis davon erlangte, dass A sie töten würde, wenn

²⁴ Rengier BT II § 4 Rn 48.

²⁵ Rengier BT II § 4 Rn 81.

²⁶ Rengier BT II § 4 Rn 73-75.

²⁷ Schönke/Schröder/Eser/Sternberg-Lieben § 211 Rn 26.

²⁸ Dazu Rengier BT II § 4 Rn 76 ff.

²⁹ Rengier BT II § 4 Rn 51 („Zeitregel“).

sie sich seinen Wunsch nach Wiederaufnahme der Beziehung widersetzen würde. Dann wäre Heimtücke nach der „Zeitregel“ nicht gegeben.

Die Rechtsprechung macht jedoch von der grundsätzlichen Bindung der Arglosigkeit an den Zeitpunkt des „unmittelbaren Ansetzens“ Ausnahmen in Fällen, in denen das Opfer vom Täter in einen Hinterhalt oder in eine Falle gelockt wird.³⁰ Das kommt auch in der Entscheidung des BGH zum Tragen:

„Bei einer von langer Hand geplanten und vorbereiteten Tat kann das Heimtückische nach ständiger Rechtsprechung jedoch gerade in den Vorkehrungen liegen, die der Täter ergreift, um eine günstige Gelegenheit zur Tötung zu schaffen, falls sie bei der Ausführung der Tat noch fortwirken.

Insoweit hat das LG nicht in den Blick genommen, dass der Angekl. sein **bei Fahrtbeginn argloses Opfer** [Hervorh. WM] nachts an einen Ort in nahezu unbewohnter Gegend brachte, wo er es in einer schutzlosen Lage angreifen konnte. Er war zur Tötung seiner Freundin auch bereits entschlossen, falls er sie – was angesichts der Vorgeschichte überaus nahelag – nicht für sich hätte zurückgewinnen können, und hielt hierfür die Tatwaffe bereit. Auf die ungeklärt gebliebene Frage, wann dieser Vorbehalt des Nichterreichens des vorrangigen außertatbestandlichen Ziels, unter dem sein Tatplan stand, entfiel, kam es danach nicht an. Selbst wenn dies nicht schon beim Verlassen des Fahrzeugs geschehen sein sollte, führten seine mit der Wahl von Tatort und -zeit für die Tatausführung getroffenen Vorkehrungen beim Opfer zu einer vorgreifenden und im Tatzeitpunkt fortwirkenden Erschwerung von Verteidigungsmöglichkeiten, die der Angeklagte ausnutzte.“³¹

Zwar spricht einiges dafür, dass die O bis zuletzt, also bis zum Beginn des Würgens, mit einer tödlichen Attacke des A nicht rechnete. Unverständlich ist unter der Prämisse fehlender Arglosigkeit, dass sie sich auf die Fahrt mit A einließ. Ebenfalls unverständlich ist, dass sie nicht wenigstens zum Schein auf das Ansinnen des A – zu ihm zurückzukehren – einging, um ihr Leben zu retten. Alles das spricht dafür, dass O bis zuletzt nicht ernsthaft damit rechnete, A werde sie töten. Aber wenn das Gericht nicht davon überzeugt ist, dass es so gewesen ist, darf es derartige Annahmen nicht zur Grundlage seines Urteils machen. Das diesbezügliche Aufklärungsdefizit in der Hauptverhandlung zwang somit das Landgericht nach „in dubio pro reo“ zugunsten des Angeklagten bei der strafrechtlichen Würdigung des Falles davon auszugehen, dass O ihre Arglosigkeit schon vorher verloren hatte. Der BGH, der als Revisionsgericht allein die Richtigkeit der Rechtsanwendung zu überprüfen hat, beanstandet die rechtliche Würdigung des Sachverhalts durch die Strafkammer. Nach dem BGH reicht es zur Erfüllung des Heimtückemerkmals, dass die O im Vorbereitungsstadium noch arglos war und darauf beruhend bei Beginn des Tötungsversuchs wehrlos.

In der Literatur wird kritisiert, dass die Rechtsprechung für die von ihr befürwortete Vorverlegung des Arglosigkeits-Zeitpunkts keine sachliche Begründung gebe.³² Bei näherer Analyse erkennt man jedoch in der Rechtsprechung einen Grundgedanken, der auch an anderen Stellen des Strafrechts eine „Vorverlagerung“ des maßgeblichen Anknüpfungspunktes trägt, so etwa bei der *actio libera in causa*, bei der *omissio libera in causa*, bei der Notwehrprovokation: der Täter könnte sich selbst eine tatbestandliche Milderung (Strafbarkeit nur aus § 212 StGB statt aus § 211 StGB) verschaffen, indem er sein Opfer vor Versuchsbeginn über seine Tötungsabsicht aufklärt und damit eine Voraussetzung des Merkmals „Heimtücke“ beseitigt. Das Verhalten dieses Täters ist nicht weniger verwerflich als im „Normalfall“ der Heimtücke und die Lage des Opfers ist bei Versuchsbeginn – arglosigkeitsbedingt – nicht weniger

³⁰ Dazu Rengier BT II § 4 Rn 53.

³¹ BGH NSTZ 2021, 226 (227).

³² Küper JuS 2000, 740 (744).

aussichtslos als im „Normalfall“ der Heimtücke. Einen Anhaltspunkt im StGB für die strafscharfende Berücksichtigung von Erschwerungen der Straftatabwehr im Vorbereitungsstadium gibt § 306 b Abs. 2 Nr. 3 StGB: diese Qualifikation greift auch dann ein, wenn die Löschvorrichtungen (z. B. das Feuerwehrauto) funktionsuntauglich gemacht werden, bevor der Brand gelegt worden ist.

Praktisch bedeutsam ist die vorgelagerte Arglosigkeit in Fällen, in denen nicht auf die Arglosigkeit des Opfers, sondern auf die Arglosigkeit eines „schutzbereiten Dritten“ abzustellen ist:³³

Die T will sich an der alleinerziehenden M rächen, indem sie das 6 Monate alte Baby der M tötet. T erreicht durch eine Täuschung über ihre Identität, dass M sie an einem Abend als Babysitterin engagiert. M geht mit einer Freundin in ein Konzert. Während M im Konzert sitzt, ruft T die M per Handy an und verkündet, dass sie in einer Minute das Baby mit einem Kissen ersticken werde. Das tut T dann auch.

Hier kann die Heimtücke nicht mit Arglosigkeit des Babies, sondern nur mit Arglosigkeit der M begründet werden. Im Zeitpunkt des beginnenden Tötungsversuchs ist M nicht mehr arglos.

c) Die besondere Verknüpfung von Tötung und arglosigkeitsbedingter Opfersituation, die den materiellen Grund für die Strafschärfung gibt, ist die Ausnutzung der Wehrlosigkeit des Opfers bei der Tat. Objektiv macht sich die Ausnutzung dadurch erkennbar, dass die arglosigkeitsbedingte Wehrlosigkeit dem Täter die Tötung ermöglicht oder erleichtert. Das ist der Fall, wenn das Opfer ohne Arglosigkeit noch Schutz- und Verteidigungsmöglichkeiten gehabt hätte. Hätte die nicht arglose O beispielsweise noch weglaufen können, hat die Arglosigkeit die Erfolgchancen der Tat erhöht. Dieser Zusammenhang muss dem Täter bewusst sein („Ausnutzungsbewußtsein“).³⁴ Daran kann es fehlen, wenn der Täter den Tötungsentschluss spontan und ohne Überlegung gefasst und umgesetzt hat.

BGH: „Allerdings kann die Spontaneität eines Tatentschlusses im Zusammenhang mit der Vorgeschichte der Tat und einem psychischen Ausnahmezustand des Täters ein Beweisanzeichen dafür sein, dass ihm das Ausnutzungsbewußtsein fehlte.“³⁵

4. Sonst niedrige Beweggründe

A könnte die O aus „sonst niedrigen Beweggründen“ getötet haben. Die allgemeine Definition lautet: „Beweggründe, die nach allgemeiner sittlicher Wertung auf tiefster Stufe stehen und deshalb besonders verachtenswert sind“.³⁶ Zu bestimmen ist die Niedrigkeit des Beweggrundes auf Grundlage einer Gesamtwürdigung aller äußeren und inneren für die Handlungsantriebe des Täters maßgeblichen Faktoren.

Dazu bemerkt der BGH:

„Gefühlsregungen wie Wut, Zorn, Ärger, Hass und Rachsucht kommen nur dann als niedrige Beweggründe in Betracht, wenn sie nicht menschlich verständlich, sondern Ausdruck einer niedrigen Gesinnung des Täters sind. Dabei ist der Maßstab für die Bewertung eines Beweggrundes den

³³ Rengier BT II § 4 Rn 62 ff.

³⁴ Schönke/Schröder/Eser/Sternberg-Lieben § 211 Rn 25.

³⁵ BGH NSTz 2021, 226 (227).

³⁶ Rengier BT II § 4 Rn 29.

Vorstellungen der Rechtsgemeinschaft der Bundesrepublik Deutschland zu entnehmen und nicht den Anschauungen einer Volksgruppe, die die sittlichen und rechtlichen Werte dieser Rechtsgemeinschaft nicht anerkennt. In subjektiver Hinsicht muss hinzukommen, dass der Täter die Umstände, die die Niedrigkeit seiner Beweggründe ausmachen, in ihrer Bedeutung für die Tatausführung ins Bewußtsein aufgenommen hat und, soweit gefühlsmäßige oder triebhafte Regungen in Betracht kommen, diese gedanklich beherrschen und willensmäßig steuern kann.“³⁷

Der vorliegende Fall gibt Anlass zu folgendem Hinweis: bei vielen Tötungsdelikten kommt dem Verhalten des Opfers eine erhebliche Bedeutung im Entstehungsprozess des Tatentschlusses und der Tatausführung zu. Das Gesetz selbst berücksichtigt dies explizit in § 2013 Var. 1 StGB. Dessen Voraussetzungen werden zwar durch das Verhalten der O gegenüber A gewiss nicht erfüllt. Zudem ist nach h. M. § 213 StGB nur bei Tötungstaten anwendbar, die lediglich Totschlag (§ 212 StGB) sind. Bei Mordtaten kommt § 213 StGB also von vornherein nicht zur Anwendung. Allerdings können bei der Feststellung des Mordmerkmals „sonst niedriger Beweggrund“ Umstände erheblich sein, die dem in § 213 Var. 1 StGB gezeichneten Muster entsprechen. Da die „Niedrigkeit“ im Wege einer „Gesamtwürdigung“ festzustellen ist, fließen auch solche Umstände in die Beurteilung der Beweggründe ein. Die „Niedrigkeit“ kann also in concreto dadurch ausgeschlossen sein, dass der Täter vom Opfer unmittelbar vor der Tat schwer beleidigt worden ist. Bei den anderen Mordmerkmalen ist eine solche Berücksichtigung des § 213 Var. 1 StGB freilich nicht möglich.

2021-II-5

BGH, Urt. v. 6.1.2021 – 5 StR 288/20, NStZ 2021, 287

Sachverhalt

A und B sind Brüder und kennen seit ihrer Jugendzeit den O. Alle drei sind in Berlin aufgewachsen. Bereits vor etwa zehn Jahren kam es zu einer körperlichen Auseinandersetzung, als O eine von A und B missbilligte Beziehung zu einer ihrer Schwestern hatte.

Am Abend des 30.1.2019 sah O auf der Straße zufällig den A, dem gerade sein Bruder B entgegenkam. Als O den A mit den Worten „Wie geht’s“ ansprach, drehte sich dieser mit der Worten „Wer bist du?“ um und geriet wenige Augenblicke später aus nicht feststellbaren Gründen in erhebliche Wut auf O. Er rannte auf ihn zu, um ihn anzugreifen. O erkannte dies, ließ sein Fahrrad fallen und floh auf die gegenüberliegende Straßenseite. A verfolgte ihn. B schloss sich der Verfolgung und dem Entschluss seines Bruders zu einem tätlichen Angriff an.

Vor einem Kiosk holte A den O ein und schlug ihn mit der Faust zu Boden. Dann zog er ein Messer (Klingenlänge 15 cm) und stach damit mindestens viermal auf den Oberkörper seines am Boden liegenden Opfers ein, um es zu töten. Zuletzt brach die Messerklinge ab und fiel zu Boden. B kam hinzu und sah, dass sein Bruder mehrere Hiebbewegungen gegen O ausführte. Dabei ging er von einem unbewaffneten Angriff aus und entschloss sich, daran mitzuwirken. Er trat mehrfach mit dem Fuß in Richtung von Os Oberkörper, um diesen zu verletzen. Ob diese Tritte trafen und zu Verletzungen führten, ließ sich nicht feststellen.

O gelang es noch, sich aufzurichten und davonzulaufen. Er flüchtete in einen ihm bekannten Spätkauf, wo er bald darauf an den ihm zugefügten Verletzungen (ua Durchtrennung der Brustschlagader) starb.

A. Strafbarkeit des A

³⁷ BGH NStZ 2021, 226 (227).

A könnte wegen Mordes strafbar sein, § 211 StGB. Laut Sachverhalt hat er mit Tötungsvorsatz den Tod des O verursacht. Er müßte zudem wenigstens ein Mordmerkmal erfüllt haben. Zu erörtern sind hier „Heimtücke“ und „niedrige Beweggründe“.

1. Heimtücke

Ähnlich wie in der Entscheidung 4 besteht hier das Problem im Zeitpunkt der Arglosigkeit bzw. des Wegfalls der Arglosigkeit. Denn die aggressive Intention des A gegenüber O wurde von diesem schon erkannt, als A auf O zurannte, um ihn anzugreifen. Zu diesem Zeitpunkt setzte A jedoch zur Verwirklichung des Mordtatbestandes noch nicht unmittelbar an. Gleichwohl hat A nach Ansicht des BGH den O heimtückisch getötet:

„Heimtückisches Handeln erfordert kein heimliches Handeln. Nach ständiger Rechtsprechung des BGH kann das Opfer auch dann arglos sein, wenn der Täter ihm zwar offen feindselig entgegentritt, die Zeitspanne zwischen dem Erkennen der Gefahr und dem unmittelbaren Angriff aber so kurz ist, dass keine Möglichkeit bleibt, dem Angriff zu begegnen. Maßgebend für die Beurteilung ist die Lage bei Beginn des ersten mit Tötungsvorsatz geführten Angriffs.“³⁸

Im vorliegenden Fall lehnt der BGH heimtückisches Handeln des A ab:

„Nach den Feststellungen geschah der erste mit Tötungsvorsatz geführte Angriff erst, nachdem O auf der Flucht von A eingeholt und zu Boden gebracht worden war. Wie das Schwurgericht näher ausgeführt hat, war O zu diesem Zeitpunkt nicht mehr arglos, sondern lediglich vor der überraschenden ersten Angriffsbewegung, die ihn zur Flucht bewegte. Die Zeitspanne zwischen dem Erkennen der Gefahr und dem mit Tötungsvorsatz geführten unmittelbaren Angriff war nicht so kurz, dass dem Opfer angesichts der Fluchtmöglichkeit und anwesender Zeugen keine Möglichkeit mehr blieb, dem Angriff zu begegnen.“³⁹

2. Sonstige niedrige Beweggründe

Im Strafverfahren ließ sich das Tatmotiv des A nicht aufklären. Deshalb gab es keine Anknüpfungspunkte für die erforderliche „Gesamtwürdigung aller äußeren und inneren für die Handlungsantriebe des Täters maßgeblichen Faktoren“.

Beiläufig erwähnt der BGH, ein „niedriger Beweggrund“ könne die Vorstellung des Täters sein, „man brauche keinen Grund, um einen Menschen zu töten“. Eine derartige Einstellung des A konnte aber auch nicht festgestellt werden.

Im Ergebnis konnte A daher nur wegen Totschlags (§ 212 StGB) verurteilt werden.

Hinter § 212 StGB treten die ebenfalls erfüllten Körperverletzungstatbestände (§§ 223, 224, 227 StGB) zurück.

B. Strafbarkeit des B

Da nicht aufgeklärt werden konnte, ob B den Körper des O mit Fußtritten überhaupt berührt hat, ist eine Strafbarkeit wegen Körperverletzung oder gefährlicher Körperverletzung allein auf der Grundlage des eigenen Verhaltens des B nicht möglich. Begründbar ist versuchte gefährliche Körperverletzung, §§ 223, 224 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2, 22 StGB.

³⁸ BGH NSTZ 2021, 287.

³⁹ BGH NSTZ 2021, 287 (288).

Die Gerichte (Landgericht, BGH) haben aber die Voraussetzungen einer Mittäterschaft (§ 25 Abs. 2 StGB) im Verhältnis zwischen A und B angenommen. B sei zum Mittäter seines Bruders geworden, indem er sich der Verfolgung des O anschloss. Da A zu diesem Zeitpunkt mit dem Angriff auf O bereits begonnen hatte, bezeichnet der BGH die Mittäterschaft des B als „sukzessive Mittäterschaft“. Darunter versteht man eine Mittäterschaft, die durch einen gemeinsamen Tatentschluss begründet wird, der erst zustande kommt, nachdem ein Beteiligter bereits allein mit der Tatausführung begonnen hat. Nach der Rechtsprechung sind dann dem später hinzu gekommenen Mittäter die Handlungen des anderen Mittäters, die dieser vor dem gemeinsamen Tatentschluss ausgeführt hat, zuzurechnen, sofern er von ihnen Kenntnis hat und sie nachträglich billigt.

In Bezug auf den tödlichen Messereinsatz nahmen die Gerichte an, dass B dies nicht erkannt und nicht gebilligt habe. Es handele sich daher um einen „Exzess“ des anderen Mittäters A. Dagegen seien die Körperverletzungen, die A dem O – quasi als Durchgangsstadium zur Tötung – zugefügt hat, dem B auf Grundlage der sukzessiven Mittäterschaft zuzurechnen.

2021-II-6

BGH, Beschl. v. 10.2.2021 – 1 StR 500/20, NStZ 2021, 361

Sachverhalt

Die 84-jährige A wohnte mit ihrem neun Jahre jüngeren geschiedenen Ehemann E allein in dessen Haus, das etwa zehn bis 15 Meter von benachbarter Wohnbebauung entfernt war. Beide litten unter der häuslichen Wohnsituation. Die Beziehung war von immer größerer Abneigung geprägt sowie von den Depressionen des E und dem schlechten Gesundheitszustand der A. A wog nur noch 31 Kilogramm, hatte eine chronische Lungenerkrankung, war in ihrer Sehfähigkeit durch grauen Star und eine fortgeschrittene Makuladegeneration schwer eingeschränkt, schwerhörig und leicht bis mittelgradig dement. A war ohne Vermögen, bezog nur eine Rente von etwa 300 Euro monatlich, und eine Aufnahme in den Haushalt ihrer Kinder war ausgeschlossen. Obwohl ihr geschiedener Ehemann immer nachhaltiger auf ihrem Auszug bestand und sie dies psychisch stark belastete, wollte sie bis zu ihrem Tod in ihrem Zuhause bleiben.

Am Vormittag des 17.1.2020 forderte A den E auf, sich für sein Verhalten am Vorabend zu entschuldigen. Aus Enttäuschung über seine fehlende Gesprächsbereitschaft versetzte sie ihm mit einem Fleischklopfer mindestens einen Schlag auf die linke Kopfseite, um ihn zu verletzen. E nahm der A den Fleischklopfer aus der Hand und wählte den Notruf. Dabei äußerte er, dass er sie „jetzt endlich da habe, wo er sie haben will“ und sie nun „einweisen“ bzw. in die „Klapse“ bringen lassen werde. Im Rahmen seines Telefonats mit der Rettungsleitstelle forderte die A ihn mehrfach erfolglos auf, von der Verständigung der Rettungskräfte abzusehen. Schließlich erkannte A, dass E sich nicht davon abbringen lassen würde und befürchtete, nun tatsächlich das Haus verlassen zu müssen. A beschloss den E zu töten, ging auf den Balkon und füllte Benzin aus einem dort stehenden Kanister in einen kleinen Eimer. Dann betrat sie das Wohnzimmer und schüttete das Benzin in Richtung des dort immer noch mit der Leitstelle telefonierenden Ex-Ehemannes, der von einem Teil des Benzins am Oberkörper getroffen wurde. Der Rest sammelte sich zu seinen Füßen. Dann warf A ein entzündetes Streichholz in die Richtung des E. Wie von A beabsichtigt, entzündete sich das Benzin. Auch E geriet in Brand, teilte dies der Leitstelle mit und bat flehentlich um das Erscheinen der Feuerwehr bis die Verbindung schließlich abbrach.

A hatte sich mittlerweile auf den Balkon gesetzt und wurde dort von den sechs Minuten nach dem Abbruch des Telefonats eintreffenden Rettungskräften angetroffen. Auf deren Ansprache reagierte sie nicht. Der Notarzt stellte den Tod des E fest. Todesursächlich waren die Verbrennungen fast der gesamten Körperoberfläche in Kombination mit einer Rauchgasvergiftung und Sauerstoffmangel. Einer der Feuerwehrleute erlitt beim Herausragen der Leiche ohne Atemschutzgerät eine leichte Rauchgasintoxikation.

Der flächige Bodenbrand des hölzernen Fußbodens im Wohn- und Esszimmer erfasste auch die Möblierung und führte zu einem partiellen Deckeneinbrand. Ohne Eingreifen der Feuerwehr wäre es innerhalb weniger Minuten zu einem Brand des ganzen Gebäudes gekommen.

Strafbarkeit der A

I. Straftatbestände

A hat den Tod des E verursacht. Das tat sie mit Tötungsvorsatz. Deshalb könnte sie wegen Totschlags (§ 212 StGB) oder Mordes (§ 211 StGB) strafbar sein. Des Weiteren ist Strafbarkeit wegen Brandstiftung möglich. Einschlägige Strafvorschriften könnten §§ 306 Abs. 1, 306 a Abs. 1 Nr. 1, 306 b Abs. 2 Nr. 1, Nr. 2 und 306 c StGB sein.

II. Mord

Unproblematisch zu begründen ist die Strafbarkeit aus § 212 StGB.

Sofern A auch ein Mordmerkmal erfüllt hat, ist sie aus § 211 StGB strafbar. Benutzung von Feuer zum Zweck der Tötung eines Menschen könnte Tötung mit gemeingefährlichen Mitteln sowie grausame Tötung sein.

1. Gemeingefährliches Mittel

Brandstiftung ist zwar gemäß der Überschrift des 28. Abschnitts des StGB BT eine „gemeingefährliche Straftat“. Das ist aber nach h. M. kein Kriterium für die Annahme eines „gemeingefährlichen Mittels“ iSd § 211 Abs. 2 StGB.

Nach dem BGH setzt Tötung mit einem gemeingefährlichen Mittel Folgendes voraus:

„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. Das Mordmerkmal hat seinen Grund in der besonderen Rücksichtslosigkeit des Täters, der sein Ziel durch die Schaffung unberechenbarer Gefahren für eine unbestimmte Anzahl von Menschen durchsetzen will, obwohl er die Umstände, die die Gemeingefahr begründen, kennt.“⁴⁰

Es reicht also nicht aus, dass durch die Tat mehrere Menschen tatsächlich getötet werden. Umgekehrt steht es der Erfüllung des Mordmerkmals auch nicht entgegen, dass nur ein Mensch getötet wird und auch der Vorsatz des Täters lediglich die Tötung dieses einen Menschen umfasst. Wichtigstes Element der Definition ist die Unbeherrschbarkeit der Gefahr, die durch die Verwendung des Mittels für andere Personen verursacht wird. Die Unfähigkeit des Täters,

⁴⁰ BGH NSTz 2021, 361 (362); ähnlich Rengier BT II § 4 Rn 96.

eine diesbezügliche Ausbreitung der tödlichen Wirkung zu verhindern oder zu begrenzen, mache das Wesen der Gemeingefährlichkeit aus. Deshalb liegt nach der Rechtsprechung keine Tötung mit gemeingefährlichem Mittel in den Fällen der sog. „schlichten Mehrfachötung“⁴¹ vor.⁴²

Im vorliegenden Fall kam es also darauf an, ob neben E noch andere Personen durch das von A entfachte Feuer in Lebensgefahr gebracht worden sind. In dem Haus, das von E und A bewohnt wurde, hielten sich keine weiteren Personen auf. Der Abstand zum nächsten benachbarten Wohngebäude betrug 10 bis 15 Meter. Während der Tatzeit hielten sich keine sonstigen Personen in der unmittelbaren Nähe des Hauses auf. Die einzigen Menschen, die in den engeren Gefahrenbereich geraten sind und daher zur Erfüllung des Mordmerkmals hätten beitragen können, waren die Feuerwehrleute.⁴³

Der BGH verneint eine Strafbarkeit aus § 211 StGB auf der Grundlage des Mordmerkmals „gemeingefährliches Mittel“ wegen mangelnder Feststellung eines diesbezüglichen Vorsatzes:

„Der subjektive Tatbestand dieses Mordmerkmals setzt voraus, dass der Täter die mangelnde Beherrschbarkeit der Wirkung des Tötungsmittels und die daraus resultierende Möglichkeit der Gefährdung einer unbestimmten Zahl von Personen an Leib oder Leben kennt oder jedenfalls ernsthaft für möglich hält und einen solchen Gefahren Eintritt wünscht oder wenigstens billigend in Kauf nimmt.

Nach den Feststellungen erstrebte die Angekl. lediglich den Tod ihres Ex-Ehemannes. Die Urteilsgründe bieten keine Anhaltspunkte dafür, dass sie darüber hinaus damit rechnete und billigte, dass das Feuer – soweit dies tatsächlich möglich gewesen wäre – auf bewohnte Nachbargebäude übergreifen oder Rettungskräfte der Feuerwehr gefährden könnte, was die Annahme des Mordmerkmals wegen der Gefährdung einer unbestimmten Mehrzahl von Personen hätte rechtfertigen können.“⁴⁴

2. Grausam

Grausam tötet, wer dem Opfer besondere Schmerzen oder Qualen körperlicher oder seelischer Art aus gefühlloser, unbarmherziger Gesinnung zufügt.⁴⁵ Tod durch Verbrennen erfüllt die erste Komponente dieser Definition. Die Strafkammer hatte aber die Erfüllung dieses Mordmerkmals verneint, da die „innere Tatseite“ nicht gegeben sei. Gemeint ist damit die „gefühllose, unbarmherzige Gesinnung“.

III. Brandstiftung mit Todesfolge

A hat sich auch aus § 306 c StGB strafbar gemacht. Die Inbrandsetzung des Hauses erfüllt schon Brandstiftungstatbestände nach §§ 306, 306a und 306 b StGB. Da diese Brandstiftung den Tod des E verursacht hat, liegt Brandstiftung mit Todesfolge vor. Es handelt sich um ein erfolgsqualifiziertes Delikt. Bezüglich der Verursachung des Todes genügt Leichtfertigkeit (grobe Fahrlässigkeit). § 306 c StGB und § 212 StGB stehen in Tateinheit, § 52 StGB.

⁴¹ Rengier BT II § 4 Rn 101 ff.

⁴² Dazu aktuell Mitsch JA 2021, 726 ff.: „Mord mit gemeingefährlichen Mitteln und ‘Mehrfachötung’“.

⁴³ Gegen deren Berücksichtigung H. Schneider NStZ 2021, 362 (364).

⁴⁴ BGH NStZ 2021, 361 (362).

⁴⁵ Rengier BT II § 4 Rn 91.

2021-II-7

BGH, Beschl. v. 26.11.2019 – 3 StR 485/19, NStZ 2021, 423

Sachverhalt

A hatte eine sexuelle Beziehung mit der N. es kam zu einer ungeplanten Schwangerschaft. N wollte das Kind gegen den Willen des A austragen. Um seine mögliche Vaterschaft zu verdecken, beschloss A, die N und das Ungeborene zu töten. A versicherte sich der Unterstützung von drei Mitbeteiligten, stattete sie mit Messern und Vermummungsmaterial aus und begab sich mit ihnen zu einem einsamen Gebiet am Rhein. Dorthin lockte A unter einem Vorwand die ahnungslose N. Nachdem N angekommen war, sprangen die vermummten Mitbeteiligten auf ein Kommando des A aus dem Gebüsch und stachen abredgemäß mit den Messern auf die überraschte N ein. Einige der insgesamt sieben Stiche zielten und trafen im Rahmen eines dynamischen und unkontrollierbaren Geschehens auf den Bauch der N, wobei es allen an dem Angriff Beteiligten darum ging, nicht nur das Ungeborene, sondern auch die N zu töten. A rechnete damit und hoffte darauf, dass N mitsamt dem Fötus an ihren Wunden verbluten und sterben werde. Gemeinsam mit den anderen Mitbeteiligten fuhr A davon und überließ die N ihrem Schicksal. Tatsächlich überlebte N und gebar einige Monate später ein gesundes Kind.

A. Vorbereitungsphase

Der Sachverhalt gibt Anlass zu strafrechtlichen Erörterungen des Geschehens vor der eigentlichen Tatausführung. A hat hier offenbar die drei Mitbeteiligten dazu gebracht, an dem Angriff auf N mitzuwirken. Da es sich bei der geplanten und verabredeten Tat um Totschlag oder Mord und damit um ein Verbrechen (§ 12 Abs. 1 StGB) handeln würde, ist Strafbarkeit auf der Grundlage des § 30 StGB begründet.

Sofern der Plan vorsah, dass alle vier die Tat als Mittäter (§ 25 Abs. 2 StGB) begehen, haben sie sich wegen Verabredung aus §§ 211, 30 Abs. 2 Var. 3 StGB strafbar gemacht. Bei A kommt Strafbarkeit wegen versuchter Anstiftung zum Mord hinzu, §§ 211, 30 Abs. 1 StGB. Die drei Angestifteten wiederum haben sich dadurch strafbar gemacht, dass sie gegenüber A ihre Bereitschaft zur Tatbegehung bekundeten, §§ 211, 30 Abs. 2 Var. 1 StGB.

Fallbearbeitungstechnisch ist wichtig, dass die Subsidiarität dieser Strafbarkeit beachtet wird! Die Strafbarkeit auf der Grundlage des § 30 StGB darf im Gutachten nicht der Chronologie entsprechend am Anfang erörtert werden. Im Gegenteil: Strafbarkeit aus § 30 StGB steht am Ende des Gutachtens, nach der Erörterung von Vollendung und Versuch des Verbrechens. Wenn – wie hier – Strafbarkeit wegen vollendeter oder versuchter Verbrechensbegehung begründet ist, tritt die Strafbarkeit aus § 30 StGB subsidiär zurück. In einem solchen Fall darf man die Erörterung des § 30 StGB nicht zu breit anlegen.

B. Angriff auf die N

I. Straftatbestände

Vollendeter Totschlag und vollendeter Mord scheidet aus, weil N nicht getötet wurde. Zu prüfen ist versuchter Totschlag und versuchter Mord. Vollendet wurde die gefährliche Körperverletzung, §§ 223, 224 Abs. 1 Nr. 2, 3, 4, 5 StGB. Ebenfalls vollendet wurde Aussetzung, § 221 Abs. 1 Nr. 1 StGB. Der versuchte Schwangerschaftsabbruch (§§ 218 Abs. 1, Abs. 4 S. 1, 22 StGB) kann hier vernachlässigt werden, weil § 218 StGB in Brandenburg nicht zum Prüfungsstoff gehört.

II. Versuchter Mord

Versuchter Totschlag ist unproblematisch, versuchter Mord ebenfalls.

1. Heimtücke

N wurde in eine Falle gelockt und sogleich angegriffen, als sie noch arglos war. Das erfüllt das Mordmerkmal „Heimtücke“. Wenn man eine über die Basisdefinition von „Heimtücke“ hinausgehende Restriktion dieses Mordmerkmals diskutieren will, bietet es sich an, auf den „verwerflichen Vertrauensbruch“ abzustellen. Dieser ist bei A gegeben, bei den drei Mitbeteiligten hingegen nicht.

2. Habgier

Bei A kann man zudem Habgier in Erwägung ziehen. Da A es für möglich hielt, dass er der Erzeuger des ungeborenen Kindes ist, stellte er sich vor, gegenüber dem Kind bzw. seiner Mutter unterhaltspflichtig zu sein. Sofern es ihm darum ging, durch Tötung von Mutter und Kind sich dieser Unterhaltslast zu entziehen, wäre das nach h. M. Habgier.

3. Ermöglichungsabsicht

Anzusprechen ist des Weiteren das Mordmerkmal „Ermöglichungsabsicht“. Da A auch die Leibesfrucht töten wollte, diente die in erster Linie gegen die N gerichtete Tat auch der Ermöglichung eines Schwangerschaftsabbruchs. Problematisch ist, ob der Schwangerschaftsabbruch im Verhältnis zur Tötung der schwangeren Frau eine „andere“ Straftat ist. Das hatte der BGH in einer Entscheidung aus dem Jahr 2015 verneint.⁴⁶ Begründet wurde das in der Entscheidung folgendermaßen:

„Zwar tötete der Angekl. sein Tatopfer [eine schwangere Frau], damit diese das von ihm gezeugte Kind nicht zur Welt bringen konnte, ein Handlungsziel, das er – wie er wußte – auf andere Weise nicht erreichen konnte. Jenseits der Lebensvernichtung seines Tatopfers verfolgte der Angeklagte jedoch keinen darüber hinausreichenden, eigenständigen und weiteren kriminellen Zweck. Das vom Angekl. durch die Beendigung der Schwangerschaft verwirklichte weitere Unrecht – die Tötung des noch ungeborenen Lebens – wird bei dieser Sachlage vollständig vom tateinheitlich verwirklichten Vergehen des Schwangerschaftsabbruchs erfasst.“⁴⁷

In dem vorliegenden Strafverfahren hatte die Strafkammer die Strafbarkeit aus § 211, 22 StGB auf das Mordmerkmal „Heimtücke“ gestützt. Die „Ermöglichungsabsicht“ fand keine Erwähnung. Der BGH beanstandete das nicht. In der Literatur wird diese Rechtsprechung abgelehnt.

Schönke/Schröder/Eser/Sternberg-Lieben § 211 Rn 34:

⁴⁶ BGH NSTZ 2015, 693.

⁴⁷ BGH NSTZ 2015, 693 (694).

„Entgegen BGH NStZ 15, 693 handelt der Täter der Tötung einer Schwangeren zwecks Kindestötung zur Ermöglichung einer anderen – zusätzlich kriminelles Unrecht verwirklichenden – Straftat.“

Dass die Tötung der Schwangeren und die Tötung der Leibesfrucht tateinheitlich (§ 52 StGB) zusammenfallen, steht auch nach der Rechtsprechung der Erfüllung des Mordmerkmals „Ermöglichungsabsicht“ nicht entgegen.

III. Beteiligungsform

Die vier an der Tat Beteiligten wurden wegen Mittäterschaft verurteilt. Zwar scheinen nur die drei Vermummten mit Messern auf die N eingestochen zu haben. Zuvor aber hatte A die N an den Tatort gelockt und damit einen Tatbeitrag erbracht, der von Gewicht ist und für Mittäterschaft ausreicht.

IV. Konkurrenz

Hinter dem bloß versuchten Tötungsdelikt (§§ 211, 22 StGB) treten vollendete Körperverletzungen nicht zurück. Zur gefährlichen Körperverletzung (§§ 223, 224 Abs. 1 Nr. 2, 3, 4, 5 StGB) besteht Tateinheit, § 52 StGB.⁴⁸ Ebenfalls in Tateinheit mit dem versuchten Mord steht die vollendete Aussetzung, § 221 Abs. 1 Nr. 1 StGB.⁴⁹

C. Verlassen des Tatortes

Alle vier Mittäter hatten auf Grund ihres aktiven Angriffs auf das Leben der N eine Garantenstellung aus Ingerenz, § 13 StGB. Es ist überwiegend anerkannt, dass diese Garantenstellung auch entsteht, wenn schon die aktive Gefahrbegründung mit Tötungsvorsatz ausgeführt wurde.⁵⁰ Die vier Mittäter haben also auch versuchten Mord durch Unterlassen begangen, §§ 211, 13, 22 StGB. Dabei kann das Mordmerkmal „Verdeckungsabsicht“ hinzugekommen sein. Das versuchte unechte Unterlassungsdelikt tritt aber hinter dem versuchten Begehungsdelikt zurück.

Strafbarkeit aus § 323 c Abs. 1 StGB entfällt ebenfalls wegen Subsidiarität.

2021-II-8

BGH, Beschl. v. 3.3.2021 – 4 StR 338/20, NStZ 2021, 425

Sachverhalt

L und B stellten sich im Vorraum einer Bank jeweils neben die Benutzer von Geldautomaten, nachdem diese in der Absicht, Bargeld abzuheben, ihre EC-Karte in einen Geldautomaten eingeführt und ihre PIN-Nummer eingegeben hatten. Sodann verdeckten L und B das Bedienfeld mit Zeitungen und gaben als auszuzahlende Geldsumme jeweils Beträge von 500 bzw 800 Euro ein. Das anforderungsgemäß ausgegebene Bargeld entnahmen sie dem Automaten und entfernten sich.

⁴⁸ Schönke/Schröder/Eser/Sternberg-Lieben § 212 Rn 23.

⁴⁹ Schönke/Schröder/Eser/Sternberg-Lieben § 221 Rn 18.

⁵⁰ Rengier AT § 50 Rn 76.

In einem Fall bedrängten sie hierbei die Automatenbenutzerin, nachdem diese ihre PIN-Nummer eingegeben hatte, indem sie sie schubsten, woraufhin die Benutzerin erfolglos versuchte, den Vorgang abzubrechen.

Strafbarkeit von L und B

I. Straftatbestände

In Bezug auf die Entwendung des Bargeldes ist Strafbarkeit wegen Diebstahls (§ 242 StGB) oder Unterschlagung (§ 246 StGB) zu erörtern. Unterschlagung ist unproblematisch, jedoch ist dieser Tatbestand subsidiär u.a. gegenüber dem Diebstahl. Man muss also auf jeden Fall zuerst Diebstahl prüfen. Die Klärung einer Strafbarkeit wegen Diebstahls ist vor allem in Fällen notwendig, in denen der Sachverhalt noch Gewaltkomponenten enthält: Wird vor der Entwendung des Geldes Gewalt gegen den Automatenbenutzer angewandt, kommt Raub (§ 249 StGB) in Betracht. Das setzt aber voraus, dass das Geld jemandem weggenommen worden ist. Wird die Gewalt erst verübt, nachdem der Täter sich das Bargeld schon verschafft hat, ist räuberischer Diebstahl (§ 252 StGB) zu prüfen. Dieser Tatbestand ist aber nur erfüllt, wenn das Geld zuvor durch Diebstahl – also Wegnahme – in den Gewahrsam des Täters gelangte. War die Vortat nur eine Unterschlagung, kann die anschließende beutesichernde Gewalt kein räuberischer Diebstahl sein. Achten Sie bitte darauf, dass § 252 StGB ebenfalls nicht erfüllt werden kann, wenn der Täter sich das Geld zuvor durch eine (räuberische) Erpressung gegenüber dem Automatenbenutzer verschafft hat (Beispiel: der Täter zwingt den Automatenbenutzer mit vorgehaltener Schußwaffe, ihm das Bargeld auszuhändigen).

Keine Konsequenzen hat die Unterscheidung zwischen Geldentwendung durch Diebstahl und Geldentwendung durch Unterschlagung für die spätere Verwertung des Geldes durch Bezahlung von Sachen, die gutgläubigen Verkäufern abgekauft worden sind: Das ist kein Betrug (§ 263 StGB), weil der gutgläubige Verkäufer keinen Vermögensschaden erleidet. Er erwirbt nämlich schon gemäß § 932 BGB Eigentum an dem Geld, auch wenn dieses zuvor gestohlen wurde. Zwar ist dann § 935 Abs. 1 BGB erfüllt. Gemäß § 935 Abs. 2 BGB findet diese – den gutgläubigen Eigentumserwerb verhindernde – Norm bei Geld aber keine Anwendung (siehe dazu schon oben Entscheidung 2). Eine Begründung eines Vermögensschadens mit einer Argumentation, die an die „Makeltheorie“ anknüpft, ist nicht vertretbar. Ist der Verkäufer hingegen bösgläubig, begeht er in Bezug auf das Geld Hehlerei (§ 259 StGB) und zwar nicht nur, wenn der Käufer das Geld gestohlen hatte, sondern auch dann, wenn der Käufer sich das Geld durch Unterschlagung verschafft hat.

Der Tatbestand des Computermißbrauchs (§ 263 a StGB)⁵¹ ist bei der vorliegenden Tatgestaltung nicht einschlägig.⁵²

II. Diebstahl

1. Fremde bewegliche Sache

Unproblematisch ist die Voraussetzung „fremde bewegliche Sache“. „Fremd“ bedeutet, dass jemand anderes als der Täter Eigentum an der Sache hat. In Fällen wie dem vorliegenden kann dahingestellt bleiben, ob zum Zeitpunkt der Tat schon ein Übergang des Eigentums von der Bank auf den Kunden, der den Bankautomaten benutzt hat, erfolgt ist. Entweder steht das Geld

⁵¹ Ausführlich zur Erfüllung dieses Tatbestandes durch Handlungen im Zusammenhang mit einem Bankautomaten Rengier BT I § 14 Rn 25 ff.

⁵² Rengier BT I § 14 Rn. 36a.

noch im Eigentum der Bank oder der Kunde ist schon Eigentümer geworden. Jeweils ist das Geld für den Täter fremd. Dass das Geld für eine kurze Zeit zwischen Verlust des Eigentums der Bank und Erwerb des Eigentums durch den Kunden herrenlos geworden sein könnte, ist ausgeschlossen.

2. Wegnahme

a) Wegnahme bedeutet Bruch fremden Gewahrsams und Begründung neuen Gewahrsams. Im Normalfall begründet der Täter neuen eigenen Gewahrsam. Handeln – wie hier – mehrere Täter gemeinsam, begründen sie je nach Absprache Mitgewahrsam oder nur Alleingewahrsam eines Beteiligten. Bruch des Gewahrsams bedeutet Aufhebung des bisherigen Gewahrsams ohne Einverständnis des bisherigen Gewahrsamsinhabers.

b) Bei einem regulären Automatenbenutzungsvorgang findet ein Gewahrsamsübergang von dem Betreiber des Geldautomaten auf den Automatenbenutzer statt. Theoretisch sind dabei folgende Konstellationen denkbar:

(1) Die Bank behält Alleingewahrsam an dem Geld, bis der Gewahrsam auf den Automatenbenutzer übergeht. Dieser erwirbt dann neuen Alleingewahrsam. Mitgewahrsam an dem Geld hat zu keinem Zeitpunkt bestanden.

(2) Der ursprüngliche Alleingewahrsam der Bank an dem Geld verwandelt sich während des Geldausgabebetriebs für eine Übergangsphase in Mitgewahrsam⁵³ von Bank und Automatenbenutzer. Bank und Kunde sind gemeinsam Inhaber des Gewahrsams an dem Bargeld. Den Mitgewahrsam verliert die Bank, wenn der Kunde das Geld ergreift und damit neuen Alleingewahrsam begründet. Auf Grund der räumlichen und technischen Gegebenheiten bei Geldautomaten ist anzunehmen, dass die Mitgewahrsams-Variante die zutreffende rechtliche Würdigung des Vorgangs darstellt. Von einem „nahtlosen“ Übergang des Alleingewahrsams von der Bank auf den Kunden ist nicht auszugehen.

Eine dritte Konstellation, bei der das Geld für eine Übergangsphase gewahrsamslos wird, ist nicht denkbar. Man stelle sich vor, der Automatenbenutzer wird plötzlich bewußtlos, bevor er das im Ausgabefach liegende Bargeld eingesteckt hat. Dadurch verliert er nach h.M. seinen Mitgewahrsam nicht.⁵⁴ Außerdem bleibt der Mitgewahrsam der Bank bestehen. Nach Ablauf einer bestimmten Frist zieht der Automat das immer noch im Ausgabefach liegende Bargeld wieder ein. Dann verwandelt sich der Mitgewahrsam der Bank wieder in Alleingewahrsam. Das im Ausgabefach liegende Bargeld bleibt selbst dann in Gewahrsam, wenn der Automatenbenutzer plötzlich verstirbt, bevor er das Geld einstecken konnte. Aus dem Mitgewahrsam wird mit dem Versterben des Automatenbenutzers Alleingewahrsam der Bank. Fällt dem Automatenbenutzer einer der Geldscheine, die er dem Ausgabefach entnimmt, herunter, ohne dass er das merkt, wird dieser Geldschein ebenfalls nicht gewahrsamslos. Zum einen behält der Kunde selbst noch Gewahrsam, wenn ihm der Verlust alsbald bewußt wird und er weiß, wo er den verlorenen Geldschein wieder finden kann. Zum anderen gelangt der Geldschein auf jeden Fall in den Gewahrsam des Inhabers der Herrschaft über das Gebäude, also die Sparkasse bzw. das sonstige Geldinstitut. Es verhält sich nicht anders als beim Verlust einer Sache in einem Kino, Theater, Konzertsaal, öffentlichen Verkehrsmittel.

⁵³ Zum Mitgewahrsam Rengier BT I § 2 Rn 33 ff.; Wessels/Hillenkamp/Schuhr BT 2 Rn 96.

⁵⁴ Rengier BT I § 2 Rn 28.

Verschafft sich also ein Täter – wie hier – das im Ausgabefach liegende Bargeld durch unmittelbaren Zugriff auf dasselbe, erscheint die Erfüllung des Tatbestandsmerkmals „Wegnahme“ – insbesondere die Erfüllung der Voraussetzung „Bruch fremden Gewahrsams“ – recht unproblematisch. Allerdings kann der Erfüllung des Merkmals „Wegnahme“ noch ein Hindernis entgegenstehen: das „tatbestandsausschließende Einverständnis“.

c) Hebt ein Mitgewahrsamsinhaber den Mitgewahrsam des anderen Mitgewahrsamsinhabers auf, kann darin ein Bruch dieses Mitgewahrsamsanteils und somit eine Wegnahme gegenüber dem anderen Mitgewahrsamsinhaber liegen. Das ist der Fall, wenn der Inhaber untergeordneten Mitgewahrsams den übergeordneten Mitgewahrsamsanteil eigenmächtig aufhebt (Beispiel: Arbeiter nimmt Arbeitsgerät gegen den Willen des Arbeitgebers aus dem Betrieb mit nach Hause⁵⁵).⁵⁶ Es ist ebenfalls der Fall, wenn der Inhaber gleichrangigen Mitgewahrsams den Mitgewahrsamsanteil des anderen gleichrangigen Mitgewahrsamsinhabers eigenmächtig aufhebt (Beispiel: Ehepaar trennt sich, der Ehemann zieht aus der gemeinsamen Wohnung aus und nimmt den gemeinsam genutzten Fernsehapparat gegen den Willen der Ehefrau mit⁵⁷).⁵⁸

Da bei regulärer Bedienung des Geldautomaten für eine kurze Übergangsphase Mitgewahrsam von Bank (genauer: dem für die Bank handelnden zuständigen Mitarbeiter) und Automatenbenutzer an dem im Ausgabefach liegenden Bargeld besteht, bedeutet die Ergreifung des Geldes durch den Automatenbenutzer Aufhebung des Mitgewahrsams der Bank. Diese ist aber kein Gewahrsamsbruch und somit keine Wegnahme, weil die Bank mit diesem Gewahrsamswechsel einverstanden ist. Der berechtigte (!) Automatenbenutzer begeht also schon deshalb keinen Diebstahl an dem Geld. Hinzukommt, dass die Bank dem Automatenbenutzer das Geld gem. § 929 BGB übereignet.

Die Tatsache, dass die Ergreifung des im Ausgabefach liegenden Bargeldes kein Gewahrsamsbruch ist, weil dieser Vorgang mit Einverständnis der ihren Mitgewahrsam verlierenden Bank geschieht, hat nun entscheidende Bedeutung für die strafrechtliche Beurteilung der Tat eines Nichtberechtigten (wie hier L und B): wenn auch dessen Ergreifungsakt vom Einverständnis der Bank gedeckt ist, begeht der Täter keinen Gewahrsamsbruch und keinen Diebstahl. Die Begründung einer Diebstahlsstrafbarkeit ist dann nur möglich, indem festgestellt wird, dass der berechtigte Automatenbenutzer zuvor Mitgewahrsam an dem im Ausgabefach liegenden Geld erlangt hatte, bevor der Täter dieses Geld ergriff und einsteckte.

Für die Strafbarkeit des Täters in einem solchen Fall gibt es also zwei Begründungswege:

(1) Die Bank ist nicht damit einverstanden, dass ein Nichtberechtigter das im Ausgabefach liegende Bargeld an sich nimmt. Ihr Einverständnis bezieht sich nur auf den berechtigten Automatenbenutzer.

(2) Bevor der Täter das Bargeld ergriff, hatte schon der Automatenbenutzer Mitgewahrsam an diesem Geld erlangt. Der Täter begeht daher zwar möglicherweise keinen Gewahrsamsbruch

⁵⁵ Rengier BT I § 2 Rn 35: in erster Linie Gewahrsamsverhältnisse innerhalb von Dienst-, Arbeits- und Auftragsverhältnissen.

⁵⁶ Gegen die Konstruktion „gestuften Mitgewahrsams“ Wessels/Hillenkamp/Schuhr BT 2 Rn 96: nur der Arbeitgeber habe Gewahrsam, der Arbeitnehmer habe gar keinen Gewahrsam.

⁵⁷ Rengier BT I § 2 Rn 34: Gleichberechtigter Mitgewahrsam besteht typischerweise unter Eheleuten bezüglich der gemeinsam genutzten Sachen in der gemeinsamen Wohnung.

⁵⁸ Rengier BT I § 2 Rn 33.

gegenüber der Bank (wegen des Einverständnisses), wohl aber gegenüber dem Automatenbenutzer, der mit der Entnahme des Geldes durch den Täter nicht einverstanden ist.

d) Der 4. Strafsenat des BGH bejaht hier einen Gewahrsamsbruch, weil an dem im Ausgabefach liegenden Geld der Automatenbenutzer Mitgewahrsam erlangt hatte. Diesen Gewahrsam haben die Täter gebrochen. Der Senat brauchte sich daher nicht mit der umstrittenen Frage auseinanderzusetzen, ob die Bank durch das Auswerfen des Geldes nach technisch ordnungsgemäßer Bedienung des Automaten auch Unbefugten gegenüber mit der Gewahrsamsaufhebung einverstanden ist. Dazu gibt es voneinander abweichende Entscheidungen des 2. Strafsenates⁵⁹ und des 3. Strafsenates⁶⁰.

Der 4. Strafsenat begründet das folgendermaßen:

„Nach diesem Maßstab steht Bargeld, das ein Geldautomat am Ende eines ordnungsgemäßen Abhebevorgangs ausgibt, mit der Bereitstellung im Ausgabefach und der hierdurch eröffneten Zugriffsmöglichkeit regelmäßig (auch) im Gewahrsam desjenigen, der diesen Vorgang durch Eingabe der Bankkarte und er PIN-Nummer in Gang gesetzt hat. Der Verkehr ordnet das Geld ab diesem Zeitpunkt jedenfalls auch dieser Person als „ihre“ zu, wie sich auch daran zeigt, dass es sozial üblich ist und teils auch durch entsprechende Hinweise oder Vorrichtungen der Banken eingefordert wird, dass Dritte während des Abhebevorgangs Abstand zu dem Automaten und dem an ihm tätigen Kunden halten.“⁶¹

2021-II-9

BGH, Beschl. v. 3.2.2021 – 2 StR 417/20, NStZ-RR 2021, 212

Sachverhalt

Der betäubungsmittelabhängige A entschloss sich aus finanzieller Not, am 16.7.2018 die Wochenendeinnahmen eines Getränkemarktes zu stehlen. Er hatte zuvor in Erfahrung gebracht, dass eine Angestellte die Einnahmen in der Regel in einer Einkaufstasche transportierte. Als er sah, dass eine Angestellte des Getränkemarktes mit einem für den Transport der Einnahmen üblicherweise verwendeten Stoffbeutel den Parkplatz betrat, schoss er mit der von ihm mitgeführten Schreckschusswaffe in die Luft und löste damit einen lauten Knall aus.

Die Angestellte, die – wie von A beabsichtigt – weder ihn noch die Waffe gesehen hatte, ließ vor Schreck ihr Mobiltelefon fallen. A entriss ihr in diesem Schreckmoment die Stofftasche mit den vermuteten Wochenendeinnahmen und rannte davon. Auf der Flucht bemerkte er, dass sich in der Tasche an Stelle des Geldes lediglich Zigaretten und Lebensmittel befanden. Eine Mini-Wassermelone, die er der Tasche entnahm, verspeiste er. Im Übrigen warf er die Tasche nebst Inhalt weg, der später teilweise in Tatortnähe aufgefunden wurde.

Strafbarkeit des A

I. Straftatbestände

Im Vordergrund steht Strafbarkeit wegen Diebstahls bezüglich der Stofftasche und des Inhalts der Tasche. Daneben kommt Unterschlagung in Betracht. Zu erörtern ist außerdem, ob die Benutzung der Schreckschusspistole geeignet ist, eine Strafbarkeit wegen Raub, Erpressung oder räuberischer Erpressung zu begründen.

⁵⁹ BGH Beschl. v. 16.11.2017 – 2 StR 154/17, NStZ 2018, 604 (besprochen in der Veranstaltung „Neue Entscheidungen zum Strafrecht“ 2019/I - Wintersemester 2018/2019 - Entscheidung 8).

⁶⁰ BGH Beschl. v. 21.3.2019 – 3 StR 333/18, NStZ 2019, 726.

⁶¹ BGH NStZ 2021, 425 (426).

II. Diebstahl

1. Tatobjekte

Die Diebstahlsprüfung ist auf verschiedene Tatobjekte zu beziehen: Stoffbeutel, Zigaretten, Lebensmittel, insb. Miniwassermelone. Bargeld befand sich in dem Stoffbeutel nicht, kommt deshalb im Rahmen der Prüfung vollendeten Diebstahls als Tatobjekt nicht in Betracht. Zu berücksichtigen ist jedoch, dass A nur an Bargeld ein Interesse hatte. Dies wird bei der Prüfung des subjektiven Tatbestandes entscheidungserheblich sein.

2. Objektiver Tatbestand

Die Erfüllung des objektiven Tatbestandes ist unproblematisch. Stoffbeutel, Zigaretten, Lebensmittel waren bewegliche Sachen, die im Eigentum der Angestellten oder einer dritten Person standen. Für A waren alle diese Sachen fremd. Die Angestellte hatte Gewahrsam an den Sachen. Indem A ihr den Stoffbeutel entriß, brach er den Gewahrsam und begründete eigenen neuen Gewahrsam. Damit war die Wegnahme vollendet.

3. Subjektiver Tatbestand

a) A handelte vorsätzlich, § 15 StGB. Dass er eine falsche Vorstellung vom Inhalt des Stoffbeutels hatte (Bargeld statt Zigaretten und Lebensmittel) ist unerheblich. Das ist ein error in obiecto, der den Vorsatz nicht ausschließt.

b) Fraglich ist die Zueignungsabsicht. Zueignung bedeutet dauernde Enteignung und zumindest vorübergehende Aneignung. Bezüglich der Enteignung genügt dolus eventualis, bezüglich der Aneignung ist dolus directus 1. Grades erforderlich. Hier muss zunächst differenziert werden zwischen dem Stoffbeutel und dem Inhalt des Beutels.

aa) Es ist davon auszugehen, dass A an dem Beutel von vornherein kein Interesse hatte. Diesbezüglich handelte er also ohne Aneignungsabsicht.

bb) Fraglich ist, ob A mit der Absicht handelte, sich den Inhalt des Stoffbeutels zuzueignen. Hätte der Beutel tatsächlich Bargeld enthalten, wäre die Frage ohne Weiteres zu bejahen. Die Fehlvorstellung über den Inhalt könnte aber zu einer anderen Bewertung Anlass geben. Die h.M. nimmt an, dass dann, wenn der Täter vom Inhalt des weggenommenen Behältnisses eine ganz bestimmte Vorstellung hat und es ihm auf die vorgestellte Qualität des Inhalts ankommt, seine Zueignungsabsicht auch nur auf eine Sache, die diese Qualität wirklich hat, gerichtet ist. In Bezug auf den wirklichen Inhalt, der der Vorstellung des Täters nicht entspricht, habe er keine Zueignungsabsicht.⁶² Es gilt hier also nicht das beim unbeachtlichen error in obiecto relevante Prinzip, dass die Vorstellung des Täters sich lediglich auf die Objektmerkmale beziehen muss, die das Tatobjekt als zur tatbestandsmäßigen Gattung (hier: fremde bewegliche Sache) zugehörig ausweisen.

Für diese restriktive Interpretation des Merkmals „Zueignungsabsicht“ spricht der Wortlaut des § 242 Abs. 1 StGB: Danach ist Voraussetzung des Diebstahls, dass der Täter mit der Absicht handelt, „die Sache“ sich rechtswidrig zuzueignen. „Die Sache“ ist die Sache, die der Täter weggenommen hat. Diese will sich der A nicht aneignen. Allerdings kann man dem entgegenhalten, dass das Desinteresse am Beutelinhalt tatsächlich erst manifest wird, nachdem A Kenntnis vom Beutelinhalt erlangt hatte. Zu dem Zeitpunkt war die Wegnahme schon

⁶² MK-Schmitz § 242 Rn 182.

vollendet. Während der Wegnahme wußte A nicht, dass der Beutel kein Bargeld, sondern für ihn uninteressante Sachen enthielt. Deshalb wird in der Literatur auch die Ansicht vertreten, dass der Täter während des Vollzugs der Wegnahme sehr wohl Zueignungsabsicht in Bezug auf den tatsächlichen Beutelinhalt hatte.

Nach h. M. hat A ohne Zueignungsabsicht gehandelt und deshalb keinen vollendeten Diebstahl begangen.⁶³

4. Versuchter Diebstahl

Die Vorstellung, einen Beutel mit Bargeld wegzunehmen, ist ein versuchter Diebstahl bezüglich Bargeld.

5. Qualifikation

Das Mitführen der Schreckschusspistole dürfte den Qualifikationstatbestand § 244 Abs. 1 Nr. 1 b StGB erfüllen.

III. Unterschlagung

1. Tatbestandsmäßigkeit

Hinsichtlich der Mini-Wassermelone kommt Unterschlagung in Betracht. Der Verzehr der Melone könnte eine „Zueignung“ sein. Allerdings wäre das nach h. M. nicht möglich, wenn A sich die Melone schon vorher durch eine andere Handlung zueignet hätte. Die h.M. lehnt nämlich die Möglichkeit einer wiederholten tatbestandsmäßigen Zueignung ab.⁶⁴ Allerdings wollte A sich die Melone ursprünglich nicht zueignen, weil es ihm nur auf Bargeld in dem Stoffbeutel ankam. Den Entschluss zum Behalten und Aufessen der Melone fasste A erst später. Daher ist der Verzehr der Melone der erste vollendete Zueignungsakt. Damit ist der objektive Tatbestand des § 246 Abs. 1 StGB erfüllt.

2. Subsidiarität

Nach Ansicht des BGH tritt die vollendete Unterschlagung der Mini-Wassermelone hinter dem versuchten Diebstahl zurück. Das Aufessen der Melone ist zwar eine andere Handlung als die Entwendung des Stoffbeutels, mit der A den Tatbestand des versuchten Diebstahls erfüllte. Gleichwohl besteht zwischen beiden Handlungen ein so enger Zusammenhang, dass Subsidiarität der Unterschlagung hinter dem Diebstahlversuch vertreten werden kann.

IV. Schreckschusswaffe

1. Gewalt

Die Erzeugung von lauten Geräuschen kann für Personen, die das hören müssen schmerzhaft sein und die Gesundheit beeinträchtigen. Daher ist es vorstellbar, dass Lärmerregung Gewalt gegen eine Person sein kann. Der Knall, den eine Schreckschusswaffe erzeugt, wird dafür aber nicht ausreichen.

⁶³ Mitsch, Strafrecht in der Examensklausur, § 6 Rn 8.

⁶⁴ Rengier BT I § 5 Rn 51.

2. Drohung

Die Abgabe eines Schreckschusses kann die Drohung mit weiteren Übelzufügungen sein. Zum Wesen einer Drohung gehört aber, dass ein Mensch sich als Urheber der Drohung zu erkennen gibt und sich zugleich anmaßt, das angedrohte Übel herbeiführen zu können. Auf diese Weise versucht der Drohende den Bedrohten seinem Willen zu unterwerfen. Nimmt der Betroffene überhaupt nicht wahr, dass das erschreckende Geräusch von einem Menschen erzeugt worden ist, der damit bedrohen will, liegt keine Drohung vor. Daher ist die von A begangene Tat kein Raub (§ 249 StGB).

2021-II-10

BGH, Beschl. v. 18.11.2020 – 4 StR 35/20, NStZ 2021, 167

Sachverhalt

Am 17.8.2018 entnahm A aus dem Schlüsselkasten seiner Lebensgefährtin einen Schlüssel für die Wohnung der Eltern des früheren Ehemannes der Lebensgefährtin. Diesen Schlüssel hatte die Lebensgefährtin des A entweder von den ehemaligen Schwiegereltern oder von ihrem geschiedenen Ehemann erhalten, von dem sie sich im Juni 2015 trennte. Die ehemaligen Schwiegereltern hatten vergessen, dass die ehemalige Schwiegertochter den Schlüssel noch besaß.

Mit diesem Schlüssel fuhr A am Morgen des folgenden Tages gegen 4 Uhr zur Wohnung der früheren Schwiegereltern seiner Lebensgefährtin, die sich – wie A wußte – im Urlaub befanden. Seinem Plan entsprechend öffnete er mit dem gefundenen Schlüssel die Haustür des Mehrfamilienhauses und die Wohnungstür. Aus der Wohnung entwendete er Gegenstände und Bargeld. Einer spontanen Eingebung folgend beschloss A, in der Wohnung ein Feuer zu legen, um durch eine zumindest teilweise Zerstörung dieser Wohnung die von ihm beim Diebstahl hinterlassenen Spuren zu beseitigen. A hoffte, dass der Brand entdeckt wird, bevor die Bewohner der anderen fünf Wohnungen in die Gefahr des Todes geraten oder eine schwere Gesundheitsschädigung erleiden würden. Zur Umsetzung seines Plans entzündete er unter anderem Stoffe in einem an der Wand angedübelten Schrank im Wohnungsflur. Durch den Vollbrand des Schrankes war die Decke der Wohnung teilweise abgeplatzt. Aufgrund der starken Verrußung und Verräucherung mussten insbesondere Böden und Stromleitungen neu verlegt werden, so dass die Wohnung bis Februar 2019 unbewohnbar war.

Strafbarkeit des A

I. Straftatbestände

A könnte sich wegen Diebstahls (§ 242 StGB), Hausfriedensbruch (§ 123 StGB), Brandstiftung (§§ 306 ff StGB) und Sachbeschädigung (§§ 303, 305 StGB) strafbar gemacht haben.

II. Diebstahl

1. Grundtatbestand

Die Strafbarkeit wegen Diebstahls ist unproblematisch. Nähere Ausführungen im Gutachten wären allein zum Tatbestandsmerkmal „Wegnahme“ erforderlich. Da die Bestohlenen sich zur Tatzeit im Urlaub und somit nicht einmal in der Nähe ihrer Wohnung aufhielt, könnte ihr Gewahrsam fraglich sein. Der Inhaber der Herrschaft über ein Gebäude oder eine räumliche Einheit eines Gebäudes hat aber stets Gewahrsam an allen beweglichen Sachen, die sich in dem

Raum befinden. Diese Herrschaft wird auch nicht durch eine vorübergehende Abwesenheit unterbrochen. Die Wohnungsinhaber hatten also auch während ihres Urlaubs Gewahrsam an den Sachen in ihrer Wohnung, die A mitgenommen hat.⁶⁵

2. Wohnungseinbruchdiebstahl

Fraglich ist, ob A den Tatbestand eines qualifizierten Diebstahls erfüllt hat. In Betracht kommt Wohnungseinbruchdiebstahl, §§ 242 Abs. 1, 244 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 4 StGB. Da A in die Wohnung weder eingebrochen noch eingestiegen ist, sondern die Wohnungstür mit einem Schlüssel geöffnet hat, kann allenfalls die Variante „mit einem falschen Schlüssel“ erfüllt sein. Falsch ist ein Schlüssel, wenn er zum Zeitpunkt der Tat vom Berechtigten nicht oder nicht mehr zur Öffnung bestimmt ist.⁶⁶ Ein ursprünglich „echter“ Schlüssel kann zu einem „falschen“ Schlüssel werden, wenn der Berechtigte diesem Schlüssel die Bestimmung zum ordnungsgemäßen Öffnen entzogen, wenn er den Schlüssel also „entwidmet“ hat.

Die Entwidmung setzt voraus, dass der Berechtigte sich der Existenz des Schlüssels bewußt ist und seinen Willen, diesen Schlüssel nicht mehr als ordnungsgemäßes Instrument zum Öffnen der Tür anzuerkennen, geäußert hat. In Fällen eines abhanden gekommenen (z. B. gestohlenen) oder sonst verlorenen Schlüssels verzichtet die Rechtsprechung auf einen Manifestationsakt, mit dem der Entwidmungswille kundgetan wird.

Im vorliegenden Fall wußten die Wohnungsinhaber aber nicht, dass es noch einen Wohnungsschlüssel gab, der sich nicht in ihrem Machtbereich, sondern bei der Ex-Schwiegertochter befand. Daher konnten die Berechtigten bezüglich dieses Schlüssels auch keinen tatsächlichen Entwidmungswillen bilden. Nach dem BGH war der von A benutzte Schlüssel deshalb kein „falscher“ Schlüssel :

„Die Frage, ob allein das Vergessen der Existenz eines Schlüssels zur Entwidmung führt, ist – soweit ersichtlich – vom BGH noch nicht entschieden worden. Ausgehend von der dargestellten Rechtsprechung [gemeint sind Entscheidungen BGHSt 21, 189; BGH BeckRS 1983,5633; BGH BeckRS 2005, 5963] vermag ein bloßes Vergessen die Annahme der Entwidmung eines Schlüssels indes nicht zu begründen. Eine Erweiterung des Anwendungsbereichs des Wohnungseinbruchdiebstahls bzw. des Nachschlüsseldiebstahls auf Fälle des bloßen Vergessens hätte zur Folge, dass die Qualifikation des § 244 Abs. 1 Nr. 3 StGB bzw. die verschärfte Strafdrohung des § 243 Abs. 1 2 Nr. 1 StGB entgegen der gefestigten Rechtsprechung gänzlich unabhängig vom Willen des Berechtigten zur Anwendung kommen würden. Denn dem Vergessen ist immanent, dass eine Willensbildung des Berechtigten in Bezug auf die Gebrauchsbestimmung eines Schlüssels gerade nicht stattfindet. Ihm kann daher kein Erklärungswert dahin beigemessen werden, der Berechtigte gehe von einem endgültigen Verlust eines Schlüssels aus.

Ein vergessener Schlüssel kann daher erst dann die rechtlichen Anforderungen an einen falschen Schlüssel iSd § 244 Abs. 1 Nr. 3 StGB erfüllen, wenn er wieder in das Bewußtsein des Berechtigten rückt und von diesem sodann ausdrücklich oder durch konkludentes Verhalten oder – vergleichbar mit einem abhanden gekommenen Schlüssel – zumindest subjektiv als endgültig verloren betrachtet und so seiner Bestimmung zur ordnungsgemäßen Öffnung der Haus- bzw. Wohnungstür entzogen wird.“⁶⁷

⁶⁵ Rengier BT I § 2 Rn 28.

⁶⁶ Rengier BT I § 3 Rn 16.

⁶⁷ BGH NSTZ 2021, 167 (169).

A hat sich also nicht aus §§ 242 Abs. 1, 244 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 4 StGB strafbar gemacht. A ist strafbar wegen Diebstahls, § 242 Abs. 1 StGB. Der zugleich verwirklichte Unterschlagungstatbestand (§ 246 Abs. 1 StGB) tritt wegen Subsidiarität zurück.

III. Hausfriedensbruch

Durch das Betreten der Wohnung hat A den Tatbestand des Hausfriedensbruchs erfüllt, § 123 Abs.1 Var. 1 StGB. Er ist in die Wohnung eingedrungen. Hätte sich A wegen Wohnungseinbruchsdiebstahl aus §§ 242 Abs. 1, 244 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 4 StGB strafbar gemacht, wäre dadurch der Hausfriedensbruch konsumiert worden. Da A aber diesen qualifizierten Diebstahlstatbestand nicht erfüllt hat, steht § 123 Abs. 1 StGB zu § 242 Abs. 1 StGB in Tateinheit, § 52 StGB.

IV. Brandstiftung

1. § 306 Abs. 1 Nr. 1 StGB

In Brand gesetzt hat A das Gebäude nicht. Denn dieses wurde nicht von dem Feuer erfasst. Gebrannt hat nur der Schrank, den A angezündet hat. Dadurch wurde aber die zweite Handlungs-Alternative des § 306 Abs. 1 Nr. 1 StGB verwirklicht: teilweise Zerstörung durch eine Brandlegung. Bei der Alternative „Brandlegung“ braucht das brennende Objekt kein „Gebäude“ zu sein. Ausreichend ist auch der Brand eines anderen Gegenstandes. Das Gebäude muss dann aber durch die Wirkung dieses Brandes ganz oder teilweise zerstört sein. Der Erfolg „teilweise zerstört“ liegt vor, wenn das Gebäude teilweise unbenutzbar geworden ist. Das ist hier der Fall:

„Eine teilweise Zerstörung ist gegeben, wenn einzelne wesentliche Teile eines Objekts, die seiner tatbestandlich geschützten Zweckbestimmung entsprechen, unbrauchbar geworden sind oder eine von mehreren tatbestandlich geschützten Zweckbestimmungen brandbedingt aufgehoben ist. Bei einer Brandlegung in einem Mehrfamilienhaus bedeutet „teilweises Zerstören“, dass (zumindest) ein zum selbständigen Gebrauch bestimmter Teil des Wohngebäudes – das heißt eine zum Wohnen bestimmte, abgeschlossene „Untereinheit“ – durch die Brandlegung für Wohnzwecke unbrauchbar geworden ist. Das ist dann der Fall, wenn für den „verständigen“ Wohnungsinhaber die Wohnung wegen der Brandlegungsfolgen für eine beträchtliche Zeit nicht mehr benutzbar ist.“⁶⁸

2. § 306 a Abs. 1 Nr. 1 StGB

Die Tat des A verwirklichte auch den Tatbestand der schweren Brandstiftung. Die Wohnung hatte auch während der urlaubsbedingten vorübergehenden Abwesenheit der Bewohner die Eigenschaft „der Wohnung von Menschen dient“.

3. § 306 b Abs. 2 Nr. 2 StGB

Das Merkmal „Verdeckungsabsicht“ hat im Kontext des § 306 b Abs. 2 Nr. 2 StGB denselben Bedeutungsgehalt wie als Mordmerkmal in § 211 Abs. 2 StGB. Die andere Tat, deren Verdeckung die Brandstiftung dienen soll, kann zu der Brandstiftung auch in Tateinheit (§ 52 StGB) stehen.

⁶⁸ BGH NSTZ 2021, 167 (168).

V. Sachbeschädigung

A hat auch die Straftatbestände Sachbeschädigung (§ 303 StGB) und Zerstörung von Bauwerken (§ 305 StGB) erfüllt. Diese treten hinter § 306 Abs. 1 Nr. 1 StGB zurück. In Bezug auf den durch das Feuer zerstörten Wandschrank wird man aber wohl Tateinheit des § 303 StGB annehmen müssen, da ein Schrank kein taugliches Tatobjekt der Brandstiftung ist.

2021-II-11

BGH, Beschl. v. 8.4.2020 – 3 StR 5/20, NStZ 2021, 229

Sachverhalt

A stieg nachts in ein Haus ein. Während die Bewohnerinnen schliefen, durchsuchte er das Erdgeschoss, nahm diverse Wertgegenstände an sich und verpackte sie in einem Rucksack. Anschließend bewaffnete er sich in der Küche mit einem Messer und ging in das Obergeschoss, um dort nach weiterem Diebesgut Ausschau zu halten. Eine Bewohnerin erwachte, als A an ihrem Bett stand. Um seine Flucht zu ermöglichen und zugleich die Beute zu sichern, rief er ihr mehrfach zu, dass er ein Messer habe. Hierdurch wollte er der Frau zu verstehen geben, dass er dieses gegen sie einsetzen werde, sollte sie sich ihm entgegenstellen. Die Bewohnerin konnte das Messer aufgrund der Dunkelheit zwar nicht erkennen. Sie hegte jedoch keinen Zweifel daran, dass A ein solches tatsächlich in der Hand hielt und sie deshalb in Leib- und Lebensgefahr geriete, wenn sie versuchen sollte, ihn aufzuhalten. Sie verharnte auf der Treppe, während dem A mitsamt Messer und Beute die Flucht aus dem Haus gelang

Strafbarkeit des A

I. Straftatbestände

A könnte sich wegen Hausfriedensbruchs (§ 123 StGB), schwerem Raub (§§ 249, 250 StGB) und schwerem räuberischen Diebstahl (§§ 252, 250 StGB) strafbar gemacht haben. Als aus Gründen der Gesetzeskonkurrenz zurücktretende Straftatbestände kommen Diebstahl (§§ 242, 244 StGB), Nötigung (§ 240 StGB), Bedrohung (§ 241 StGB) und Unterschlagung (§ 246 StGB) in Betracht.

II. Raub

Raub ist die Wegnahme einer fremden beweglichen Sache unter Einsatz von Gewalt gegen die Person oder Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben. Zwischen der Nötigung (Gewalt, Drohung) und der Wegnahme muss ein raubspezifischer Zusammenhang bestehen. Nach h. M. ist das ein Finalzusammenhang. Der Einsatz von Gewalt oder Drohung muss der Ermöglichung der Wegnahme – genauer : der Vollendung der Wegnahme – dienen. Wendet der Täter Gewalt oder Drohung erst nach Vollendung der Wegnahme an, besteht der erforderliche raubspezifische Zusammenhang zwischen Nötigung und Wegnahme nicht. Zwar könnte man dann erwägen, dass die Nötigung eingesetzt wird, um die erfolgreiche Beendigung der Wegnahme (Abtransport und sichere Verwahrung der Beutegegenstände) zu ermöglichen. Dadurch würde aber die Abgrenzung von Raub (§ 249 StGB) und räuberischem Diebstahl (§ 252 StGB) verwässert. Wendet der Täter qualifizierte Nötigungsmittel an, um nach vollendeter Wegnahme die gestohlene Beute zu sichern, begeht er räuberischen Diebstahl, § 252 StGB.

Im vorliegenden Fall hat A im Erdgeschoss Sachen, die den Bewohnerinnen des Hauses gehörten, in seinen Rucksack gesteckt. Damit hat er bereits fremden Gewahrsam gebrochen und neuen eigenen Gewahrsam begründet. Das ist mit der Figur der „Gewahrsamsenklaue“ zu begründen. Also hatte A die Wegnahme dieser Sachen bereits vollendet, als er vor dem Bett der Bewohnerin stand und diese anschließend mit dem Hinweis auf das mitgeführte Messer bedrohte. Zwar befand er sich zu diesem Zeitpunkt immer noch im Haus und hatte die Wegnahme der Sachen somit noch nicht beendet. Dennoch befand er sich mit der Beute nunmehr in der Phase der Besitzerhaltung durch Anwendung qualifizierter Nötigungsmittel. Dies erfüllt nicht den Tatbestand des Raubes, sondern den Tatbestand des räuberischen Diebstahls.

III. Räuberischer Diebstahl

1. Grundtatbestand

Der Tatbestand des räuberischen Diebstahls setzt als „Vortat“ einen bereits vollendeten Diebstahl voraus. Der Täter muss bereits Gewahrsam an einer gestohlenen Sache erlangt haben. Mit der Anwendung von Gewalt gegen eine Person oder Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben beabsichtigt der Täter die Erhaltung des Besitzes an der gestohlenen Sache. Die „Besitzerhaltungsabsicht“ ist inhaltlich eine „verlängerte Zueignungsabsicht“. Die Absicht (der Vorsatz) des Täters muss sich also darauf richten, dass die gewollte Erhaltung des Besitzes rechtswidrig ist. Des Weiteren muss der Täter die endgültige Enteignung des Eigentümers wollen. Will der Täter sich den Besitz an der gestohlenen Sache nur vorübergehend sichern und die Sache danach dem Eigentümer zurückgeben, hat er keine tatbestandsmäßige Besitzerhaltungsabsicht. Der subjektive Tatbestand des § 252 StGB ist nicht erfüllt, wenn der Täter die Nötigung nur oder hauptsächlich zur Ermöglichung der Flucht (Verhinderung einer Festnahme) anwendet und es ihm auf die Erhaltung des Besitzes an der Sache nicht ankommt. Äußerlich erkennt man das z.B., wenn der Täter die gestohlene Sache auf der Flucht wegwirft (z. B. um schneller laufen zu können).

Im vorliegenden Fall hat A den objektiven und den subjektiven Tatbestand des § 252 StGB erfüllt. Der Diebstahl war bereits vollendet. Die Ankündigung, mit dem Messer zuzustechen, ist eine Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben. A hatte dabei die Absicht, den erfolgreichen Abtransport der gestohlenen Sachen zu ermöglichen. Er handelte also mit Besitzerhaltungsabsicht.

2. Qualifikationen

a) Unproblematisch ist die Erfüllung des § 250 Abs. 1 Nr. 1 a StGB. A hat während der Begehung des räuberischen Diebstahls ein Messer, also eine Waffe oder ein gefährliches Werkzeug, bei sich geführt. Es ist nicht notwendig, dass der Täter das gefährliche Werkzeug schon zum Tatort mitbringt. Tatbestandsmäßig ist es auch, wenn der Täter – wie hier – sich erst am Tatort aus Beständen des Tatopfers das gefährliche Werkzeug verschafft und sodann bei der weiteren Tatausführung dabei hat.

b) A könnte auch die gravierendere Qualifikation des § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB erfüllt haben. Die „Verwendung“ des gefährlichen Werkzeugs muss sich auf die Erfüllung des Nötigungsmerkmals (Gewalt, Drohung) beziehen. Eine Verwendung des Werkzeugs im Zusammenhang mit der Erfüllung des Merkmals „Wegnahme“ (beim Raub) oder zum Zwecke

der „Besitzerhaltung“ (beim räuberischen Diebstahl) erfüllt die Qualifikation nicht (Beispiel: Der Täter droht dem Opfer Schläge an und bricht zugleich mit einem Brecheisen die Tür zu einer Lagerhalle auf, wo er die gestohlenen Sachen verstecken will).

Im vorliegenden Fall hat A gegen die Frau keine Gewalt angewandt. Er hat sie bedroht. Mit diesem Tatbestandsmerkmal verbindet er den Einsatz des Messers. „Verwendung“ zur Verstärkung der Drohung (stärkerer Einschüchterungseffekt) ist als Erscheinungsform der Qualifikation iSd § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB anerkannt. Erforderlich ist, dass das Opfer sich qualifiziert bedroht fühlt. Dazu muss es nicht nur die Drohung, sondern auch die Verwendung des gefährlichen Werkzeugs durch den drohenden Täter wahrnehmen. Im Normalfall nimmt die bedrohte Person das vom Täter verwendete Werkzeug visuell (Täter hält dem Opfer Messer vor die Brust) oder taktil (Täter drückt dem Opfer spitzen Gegenstand gegen den Rücken) wahr. Es ist umstritten, ob der bloße verbale Hinweis auf Vorhandensein einer Waffe oder eines gefährlichen Werkzeugs zur Erfüllung des § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB genügt.

Der BGH bejaht das:

„Der Annahme vollendeten Verwendens steht nicht entgegen, dass die Bewohnerin das Messer in der Dunkelheit nicht erkennen konnte. Denn sie vernahm die Drohung mit dessen Einsatz akustisch. Das reicht aus; das optische Vorzeigen ist nur eine von mehreren Möglichkeiten des Täters, das Opfer auf sein gefährliches Werkzeug aufmerksam zu machen und es damit zu bedrohen. Auf welche Weise oder durch welchen Körpersinn er seinem Gegenüber die Bewaffnung vermittelt, ist für die Herbeiführung der qualifizierten Zwangslage im Sinne des § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB nicht entscheidend. Dies ergibt sich aus Folgendem:

Der Wortlaut der Vorschrift trägt eine Einschränkung auf Fälle, in denen das Opfer das Tatwerkzeug visuell wahrnimmt, nicht. „Verwenden“ bedeutet „sich bedienen/sich zu Nutzen machen“; es bezeichnet eine Mittel-Zweck-Relation, aber keine konkrete Art und Weise der Benutzung. Dem entspricht es, dass das verdeckte Tragen eines gefährlichen Gegenstands für ein Verwenden ausreicht, wenn der so Bedrohte die durch das Tatmittel bedingte Ausbeulung unter dem Hemd des Täters registriert und ihn zu Recht für bewaffnet hält, obgleich der gefährliche Gegenstand selbst für ihn nicht sichtbar ist. Ebenso genügt der rein taktile Kontakt, beispielsweise der in den Rücken des Opfers gedrückte Schraubendreher, für ein Verwenden, wenn der Beraubte das Tatwerkzeug spürt und die ausgesprochene oder konkludente Drohung mit dem Einsatz desselben realisiert. Hierbei ist es sogar unschädlich, wenn das Opfer den verwendeten Gegenstand nicht identifizieren kann, solange es ihn zu Recht für gefährlich hält.

Für die akustische Wahrnehmung des gefährlichen Werkzeugs durch das Tatopfer gilt nichts anderes. Unmittelbar mit den genannten vergleichbar sind insoweit Fallkonstellationen, in denen der Täter mit der Waffe oder dem gefährlichen Werkzeug selbst ein (Warn-)Geräusch produziert. Der Warnschuss, das Durchladen einer Pistole oder eine knallende Peitsche vermitteln dem Opfer die vom Tatwerkzeug ausgehende Gefahr auch dann, wenn ihm der Blick auf die Waffe oder den Gegenstand verwehrt ist, sei es aufgrund der Lichtverhältnisse, der räumlichen Gegebenheiten oder einer Sehbehinderung.

Will der Täter in einer solchen Situation hingegen ein Werkzeug wie ein Messer einsetzen, kann er verbal auf seine Bewaffnung aufmerksam machen, um die raubspezifische besondere Zwangslage beim Opfer zu bewirken. Gelingt ihm dies und der Bedrohte nimmt – wie hier – zutreffend an, dass der Täter tatsächlich über den gefährlichen Gegenstand verfügt und hiervon eine gegenwärtige Gefahr für Leib und Leben ausgeht, verwendet der Täter seine Bewaffnung als Drohmittel. Die finale Verknüpfung zwischen der Bedrohung mittels gefährlichen Werkzeugs und der Beuteerlangung oder -sicherung liegt dann in gleichem Maße vor wie bei einem für das Opfer sichtbar eingesetzten Tatmittel.

Der Blick auf die Systematik des § 250 StGB bestätigt dieses Ergebnis. Die im Vergleich zum bloßen Beisichführen des gefährlichen Werkzeugs im Sinne des § 250 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. a StGB oder zum Gebrauch einer Scheinwaffe im Sinne des § 250 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. b StGB erhöhte Strafandrohung des § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB hat ihren Grund sowohl in der gesteigerten Verletzungsgefahr für das Opfer als auch in der höheren kriminellen Energie desjenigen Täters, der einen anderen Menschen mittels einer objektiv gefährlichen Bewaffnung in Angst und Schrecken versetzt, um an seine Beute zu gelangen oder sich deren Erhalt zu sichern. Beide Straferhöhungsgründe sind in der vorliegenden Konstellation gegeben.⁶⁹

2021-II-12

LG Nürnberg-Fürth, Urt. v. 16.6.2020 – 15 Ns 201 Js 13894/19, NStZ-RR 2021, 169

Sachverhalt

Polizeihauptwachtmeister W und Polizeiobermeister G unterzogen am 28.4.2019 gegen 24 Uhr den A und dessen damaligen Begleiter J in der Nähe des Bahnhofs einer Personenkontrolle. Die beiden Polizeibeamten waren bereits auf Grund ihrer Uniform für A deutlich als solche erkennbar. Als die beiden Beamten dem A die Durchsuchung seiner Person ankündigten, nahm dieser ein kleines Plastiktütchen aus seiner Jackentasche und steckte sich dieses in den Mund, um es vor den Polizeibeamten zu verbergen.

Da die beiden Polizeibeamten davon ausgingen, es handelte sich bei dem Inhalt des Tütchens um Betäubungsmittel und A sich anschickte, das Tütchen herunterzuschlucken, forderten sie ihn zunächst mehrfach auf, das Tütchen auszuspuken. Nachdem A dies nicht tat, packte G das Kinn des A und W den Arm des A und beide brachten diesen zu Boden. Das nunmehr am Boden liegende Tütchen steckte G sodann ein. Der am Boden liegende A drehte sich sofort auf den Bauch und bedachte die beiden Polizeibeamten sodann mehrfach u.a. mit den Ausdrücken „Wichser“, „Arschlöcher“ und „Spacken“, um diesen gegenüber seine Missachtung zum Ausdruck zu bringen. Als die beiden Polizeibeamten dem A daraufhin seine Fesselung erklärten, kommentierte er dies mit den Worten „sicher nicht“ und verbarg seine Arme unter seinem Bauch. Auch auf Aufforderung gab er sie nicht frei. Da es den Beamten zunächst nicht gelang, die Arme des A auf dem Rücken zu fesseln, versetzte W dem A schließlich mit dem Knie einen sog. Schockschlag in die Seite, so dass A kurz nachgab und in dieser Zeit seine Arme auf dem Rücken gefesselt werden konnten. Noch am Boden liegend wurde A von W durchsucht. Dabei spuckte A einmal blutigen Schleim in Richtung des Gesichts von W, der einen Treffer im Gesicht nur durch das reaktionsschnelle Zurückweichen und Wegdrehen des Kopfes verhindern konnte. A handelte dabei in der Absicht, W im Gesicht zu treffen und ihm dadurch seine Missachtung zum Ausdruck zu bringen.

Anschließend holte G auf Bitte seines Kollegen eine Spuckmaske, die dem A angelegt wurde. A, der nunmehr den Anweisungen der Beamten Folge leistete, wurde sodann mit dem Streifenwagen zur Dienststelle verbracht. Nachdem der Inhalt des ursprünglich von A im Mund verborgenen Plastiktütchens im Rahmen eines Drogenschnelltests positiv auf Cannabis reagiert hatte, sollte A von den Polizeibeamten W und S auf der Dienststelle einer Feinuntersuchung auf etwaigen Besitz von Betäubungsmitteln unterzogen werden. Der Aufforderung, seine Kleidung abzulegen, kam A auch auf die Androhung, dass die Durchsuchung anderenfalls fixiert auf dem Boden fortgesetzt werden müsse, nicht nach. Als W daraufhin versuchte, den A zu Boden zu bringen, stemmte dieser sich mit seinem Körper gegen die Maßnahme, so dass er erst zu Boden gebracht werden konnte, als S mit dem Fuß die Beine nach hinten weg zog. Anschließend erfolgte die Feindurchsuchung.

Strafbarkeit des A

I. Straftatbestände

⁶⁹ BGH NStZ 2021, 229 (230).

Im Mittelpunkt des Interesses stehen die Straftatbestände Widerstand gegen Vollstreckungsbeamte (§ 113 StGB) und Tätlicher Angriff auf Vollstreckungsbeamte (§ 114 StGB). Unproblematisch ist die Strafbarkeit wegen Beleidigung, § 185 StGB.

II. Unterschiede zwischen § 113 StGB und § 114 StGB

Beide Straftaten richten sich gegen Amtsträger oder Soldaten der Bundeswehr, die zur Vollstreckung von Gesetzen, Rechtsverordnungen, Urteilen, Gerichtsbeschlüssen oder Verfügungen berufen sind. Die tatbestandsverwirklichenden Handlungen sind bei beiden Straftatbeständen durch ihren aggressiven Charakter geprägt. Die Strafdrohungen sind aber unterschiedlich: Der tätliche Angriff (§ 114 StGB) ist das schwerere Delikt (Freiheitsstrafe von 3 Monaten bis zu fünf Jahren), der Widerstand (§ 113 StGB) ist das leichtere Delikt (Freiheitsstrafe von einem Monat bis zu drei Jahren).

Auf der Tatbestandsebene besteht der Unterschied darin, dass der Täter des § 114 StGB keinen Widerstand gegen eine Diensthandlung übt, sondern das Opfer bei einer Diensthandlung „tätlich angreift“. Der Täter des § 113 StGB übt Widerstand, indem er Gewalt verübt oder Gewalt androht.

„Widerstand“ iSd § 113 StGB bedeutet eine aktive Tätigkeit gegenüber dem Vollstreckungsbeamten mit Nötigungscharakter, durch die eine Verhinderung oder Erschwerung der Diensthandlung bezweckt wird.⁷⁰

„Tätlicher Angriff“ iSd § 114 StGB ist jede in feindseliger Absicht unmittelbar auf den Körper des Vollstreckungsbeamten abzielende Einwirkung ohne Rücksicht auf ihren Erfolg.⁷¹

III. Anspucken als „tätlicher Angriff“

Das Gericht hat das Spucken in Richtung des Gesichts des Polizeibeamten als vollendeten tätlichen Angriff bewertet:

„Insbesondere stellt das Anspucken einen tätlichen Angriff auf Vollstreckungsbeamte gem. § 114 StGB dar, auch wenn der Angekl. den Polizeibeamten W hierbei verfehlt gehabt hatte. Anspucken ist eine durch Tätlichkeit begangene Beleidigung. Der Begriff der Tätlichkeit iSd § 114 Abs. 1 StGB deckt sich insbesondere mit der Auslegung der tätlichen Beleidigung gem. § 185 Hs. 2 StGB. Vorsätzliches Anhusten, Anniesen oder – wie hier – Anspucken stellen fraglos unmittelbar auf den Körper zielende feindselige Einwirkungen dar. Das Angespucktwerden mit einem schleimigen Batzen ist im Übrigen besonders ekelierend. Wenn selbst leichte Tätlichkeiten gegen Vollstreckungsbeamte ohne Verletzungsfolgen den Tatbestand des § 114 StGB erfüllen, dann muss dies auch oder erst recht für ein vorsätzliches Anspucken gelten. Soweit die Ansicht vertreten wird, dass ein Anspucken nur bei Hinzutreten besonderer Umstände den Tatbestand des tätlichen Angriffs auf Vollstreckungsbeamte erfüllt, z.B. wenn ausgehustetes, ausgeniestes oder ausgespucktes Sekret den Beamten im Gesicht trifft oder der Täter anlässlich des Anhustens, Anniesens oder Anspuckens äußert, er leide unter einer ansteckenden Krankheit, ist dem nicht zu folgen. § 114 StGB setzt bekanntermaßen keinen Körperverletzungserfolg voraus. Ein gegen einen Vollstreckungsbeamten geführter Faustschlag, der

⁷⁰ Rengier BT II § 53 Rn 12.

⁷¹ Rengier BT II § 53 Rn 47.

sein Ziel verfehlt, erfüllt daher den Tatbestand des tätlichen Angriffs auf Vollstreckungsbeamte. Weshalb bei einem Anspucken etwas anderes gelten soll, erschließt sich nicht.“⁷²

2021-II-13

OLG Stuttgart, Beschl. v. 19.11.2020 – 6 Rb 24 Ss 734/20, NZV 2021, 276

Sachverhalt

Mit Urteil des Amtsgerichts vom 27.1.2020 wurde G wegen einer vorsätzlichen Ordnungswidrigkeit des vorschriftswidrigen Benutzens eines elektronischen Geräts, das der Kommunikation, Information oder Organisation dient oder zu dienen bestimmt ist (§ 24 Abs. 1 StVG iVm § 49 Abs. 1 Nr. 22 StVO iVm § 23 Abs. 1a S. 1 StVO) zu einer Geldbuße von 200 Euro verurteilt. Die diesem Urteil zugrunde liegende Tat wurde tatsächlich nicht von G, sondern von dessen Bruder V begangen. V verfügt nicht über eine Fahrerlaubnis. V hatte sich gegenüber den kontrollierenden Polizeibeamten als G ausgegeben. Auch an der Hauptverhandlung am 27.1.2020 vor dem Amtsgericht nahm V teil, wobei er sich auch gegenüber dem Gericht als G ausgab. Unter diesem Namen wurde er sodann mit dem oben erwähnten Urteil des Amtsgerichts vom 27.1.2020 verurteilt.

Zur Erörterung des Straftatbestandes „Falsche Verdächtigung“ (§ 164 StGB) sei hier von folgendem Sachverhalt ausgegangen:

G war damit einverstanden, dass V gegenüber der Verwaltungsbehörde und gegenüber dem Amtsgericht seine Identität (die des G) benutzte und erklärte, G habe die Ordnungswidrigkeit begangen.

A. Strafbarkeit des V

I. Straftatbestände

Durch das Fahren ohne Fahrerlaubnis hat sich V aus § 21 Abs. 1 Nr. 1 StVG strafbar gemacht.

Die Lenkung des Tatverdachts auf G könnte falsche Verdächtigung (§ 164 StGB) sein. Vortäuschen einer Straftat (§ 145 d StGB) kommt nicht in Betracht, soweit es nur um die Ordnungswidrigkeit gem. § 23 Abs. 1 a iVm § 49 StVO geht. Strafvereitelung (§ 258 Abs. 1 StGB) scheidet daran, dass V nicht die Bestrafung eines anderen, sondern die eigene Bestrafung verhindern wollte. In Betracht kommt auch ein Betrug zum Nachteil des G.

II. Falsche Verdächtigung, § 164 StGB

1. Bußgeldverfahren

Bezüglich der von V begangenen Ordnungswidrigkeit ist nicht der Tatbestand des § 164 Abs. 1 StGB erfüllt. Gegenstand einer falschen Verdächtigung nach dieser Norm kann nur eine „rechtswidrige Tat“ oder eine Dienstpflichtverletzung sein. „Rechtswidrige Tat“ ist eine Tat, die einen Straftatbestand erfüllt, § 11 Abs. 1 Nr. 5 StGB. Auf eine Ordnungswidrigkeit trifft

⁷² LG Nürnberg-Fürth NStZ-RR 2021, 169 (170).

das nicht zu.⁷³ Eine Dienstpflichtverletzung kann nur ein Beamter oder sonstiger Angehöriger des Öffentlichen Dienstes (Soldat) begehen.

Lenkt der Täter den Verdacht einer Ordnungswidrigkeit auf einen Unschuldigen, kann der Tatbestand § 164 Abs. 2 StGB erfüllt sein. Ein „behördliches Verfahren“ ist auch ein Bußgeldverfahren (§§ 35 ff OWiG).⁷⁴

2. Behauptung tatsächlicher Art

Indem V erklärte, er sei G, stellte er die Behauptung auf, G habe die Ordnungswidrigkeit begangen.

Der Unterschied zwischen „Behauptung tatsächlicher Art“ (§ 164 Abs. 2 StGB) und „verdächtig“ (§ 164 Abs. 1 StGB) besteht darin, dass „Verdächtigung“ iSd § 164 Abs. 1 StGB auch die Schaffung einer falschen Beweislage (z. B. Verstecken der Diebesbeute in der Wohnung des Verdächtigten) sein kann.⁷⁵ Der Tatbestand des § 164 Abs. 2 StGB kann auf diese Weise nicht erfüllt werden.⁷⁶

3. Wider besseres Wissen

„Wider besseres Wissen“ ist die Bezeichnung für den *dolus directus* 2. Grades. Der Täter muss sicheres Wissen davon haben, dass seine Verdächtigung unwahr ist (*dolus eventualis* genügt nicht).⁷⁷ Daher enthält das Merkmal auch die zum objektiven Tatbestand gehörende Voraussetzung der Unwahrheit der Verdächtigung.⁷⁸

4. Rechtfertigende Einwilligung

Geht man davon aus, dass G mit dem Handeln seines Bruders V einverstanden war und dies gegenüber V auch erklärt hat, kommt eine Rechtfertigung durch Einwilligung in Betracht. Die Rechtfertigung ist ein gewohnheitsrechtlich anerkannter Rechtfertigungsgrund. Zu den Voraussetzungen einer wirksamen Einwilligung gehört, dass der Straftatbestand, um dessen rechtswidrige Verwirklichung es geht, überhaupt einwilligungstauglich ist. Das trifft allein auf Straftatbestände zu, die Individualrechtsgüter schützen (z. B. Gesundheit, Freiheit, Eigentum, Vermögen, Ehre). Einwilligungsuntauglich sind Straftatbestände, die überindividuelle Rechtsgüter schützen (z. B. Sicherheit des Straßenverkehrs, Zuverlässigkeit des Verkehrs mit Urkunden, Lauterkeit der Amtsführung, Funktionstüchtigkeit der Rechtspflege).

Es kommt hier also darauf an, welches Rechtsgut durch die Strafvorschrift § 164 StGB geschützt wird.

Dazu gibt es mehrere verschiedene Ansichten:

- (1) Geschützt wird allein die staatliche Rechtspflege (überindividuelles Rechtsgut)
- (2) Geschützt wird allein die Freiheit des Einzelnen von staatlicher Verfolgung (Individualrechtsgut)

⁷³ Rengier BT II § 50 Rn 8.

⁷⁴ Rengier BT II § 50 Rn 22.

⁷⁵ Schönke/Schröder/Bosch/Schittenhelm § 164 Rn 8.

⁷⁶ Schönke/Schröder/Bosch/Schittenhelm § 164 Rn 12.

⁷⁷ Schönke/Schröder/Bosch/Schittenhelm § 164 Rn 30.

⁷⁸ Schönke/Schröder/Bosch/Schittenhelm § 164 Rn 15.

(3) Geschützt wird die staatliche Rechtspflege und die Freiheit des Einzelnen von staatlicher Verfolgung

Nach der ersten Theorie ist eine rechtfertigende Einwilligung nicht möglich.

Nach der zweiten Theorie ist eine rechtfertigende Einwilligung möglich.

Die herrschende Meinung vertritt die dritte Theorie und schlußfolgert daraus, dass eine rechtfertigende Einwilligung nicht möglich sei. Eine Mindermeinung hält eine rechtfertigende Einwilligung für möglich. Durch die Einwilligung des Verdächtigten wird das individualgutsbezogene Unrecht der Verdächtigung aufgehoben. Auf Grund dieser „Teilrechtfertigung“ bleibt nur noch ein „Teilunrecht“ – in Bezug auf das überindividuelle Rechtsgut – übrig. Das reicht nicht als Grundlage für Strafbarkeit aus § 164 StGB.⁷⁹ In den wichtigsten Fällen bleibt immer noch Strafbarkeit aus § 145 d StGB. Die h. M. lehnt diese Theorie der „Teilrechtfertigung“ ab. § 164 StGB schütze nämlich die beiden Rechtsgüter „alternativ“. Selbst wenn das Unrecht bezüglich des Individualrechtsgutes auf Grund der Einwilligung wegfällt, bleibt immer noch das Unrecht bezüglich des überindividuellen Rechtsgutes.⁸⁰

III. Betrug, § 263 StGB

Die Täuschung der Verwaltungsbehörde und des Amtsrichters über die Identität des Täters der Ordnungswidrigkeit könnte ein Betrug zum Nachteil des G sein. G wurde vom Amtsgericht zu einer Geldbuße von 200 Euro verurteilt. Gewiss ist hier eine rechtfertigende Einwilligung des G denkbar und strafrechtlich auch beachtlich. Möglicherweise entfällt eine Strafbarkeit aber schon auf der Tatbestandsebene.

Die Erfüllung der objektiven Tatbestandsmerkmale „Täuschung“ und „Irrtum“ durch V ist unproblematisch. Fraglich ist die Erfüllung des Tatbestandsmerkmals „Vermögensverfügung“. Es kann ja nur um eine Verfügung über das Vermögen des G durch Begründung einer Zahlungspflicht, die das Vermögen des G belastet, gehen. Eine Vermögensverfügung des G über sein Vermögen liegt nicht vor. In Betracht kommt nur eine Vermögensverfügung des Amtsrichters. Anerkannt ist die Figur des „Prozessbetrugs“. Bei dieser wird ein Richter durch Täuschung zum Erlass eines Urteils verleitet, das einen Verfahrensbeteiligten (im Zivilprozess Kläger oder Beklagter) belastet.⁸¹ Es handelt sich um eine besondere Erscheinungsform des „Dreiecksbetrugs“. ⁸² Dem Richter wird kraft Amtes die Befugnis zugeschrieben, über das Vermögen des von dem Urteil Betroffenen zu verfügen. Ob ein Prozessbetrug auch in einem Straf- oder Bußgeldverfahren begangen werden kann, wird in der Literatur nicht erörtert. Grundsätzliche Einwände dagegen besteht nicht. Allerdings spricht die h. M. dem Anspruch des Staates auf Zahlung einer Geldstrafe oder Geldbuße die Qualität als Vermögensgut ab. Die Vereitelung einer Verurteilung zu einer Geldstrafe oder Geldbuße sei kein Betrug zum Nachteil des Staates.⁸³ Daraus kann aber nicht der Schluss gezogen werden, dass der Geldbetrag, den ein zu Geldstrafe oder Geldbuße Verurteilter zahlen muss, um die auferlegte Zahlungspflicht gegenüber dem Staat zu erfüllen, nicht zum Vermögen des Verurteilten gehört. Es kann auch

⁷⁹ Mitsch, Strafrecht in der Examensklausur, § 10 Rn 35.

⁸⁰ Rengier BT II § 50 Rn 1; Schönke/Schröder/Bosch/Schittenhelm § 164 Rn 1a.

⁸¹ Schönke/Schröder/Perron § 263 Rn 69.

⁸² Rengier BT I § 13 Rn 113.

⁸³ Rengier BT I § 13 Rn 127; Schönke/Schröder/Perron § 263 Rn 78a.

nicht geschlussfolgert werden, dass der Verurteilte keinen Vermögensschaden erleidet. Daher ist die Erfüllung des objektiven Betrugstatbestandes zu bejahen.

B. Strafbarkeit des G

I. Teilnahme an der falschen Verdächtigung

Falls G dem V gestattet hat, ihn gegenüber Polizei und Amtsrichter als Täter der von V begangenen Ordnungswidrigkeit anzugeben, kommt eine Strafbarkeit des G wegen Teilnahme (Anstiftung, Beihilfe) an falscher Verdächtigung in Betracht, §§ 164 Abs. 2, 26, 27 StGB. Fraglich ist, ob sich jemand wegen Teilnahme an einer falschen Verdächtigung strafbar machen kann, die sich gegen ihn selbst richtet. Denn Täter (auch mittelbarer Täter) kann nicht sein, wer selbst Opfer der Verdächtigung ist. Die falsche „Selbstverdächtigung“ kann allenfalls nach § 145 d StGB strafbar sein. Die h. M., die schon die rechtfertigende Einwilligung nicht anerkennt (s.o.), hält den an einer gegen ihn selbst gerichteten Verdächtigung Teilnehmenden für strafbar. Wiederum wird das damit erklärt, dass § 164 StGB alternativ die staatliche Rechtspflege schützt.⁸⁴

II. Strafvereitelung, § 258 Abs. 1 StGB

G könnte hier dazu beigetragen haben, dass V nicht wegen Fahrens ohne Fahrerlaubnis (§ 21 Abs. 1 Nr. 1 StVG) bestraft wird. Daher könnte er wegen Strafvereitelung (§ 258 Abs. 1 StGB) strafbar sein. Dass der davon Begünstigte sein eigener Bruders ist, hat auf der Tatbestandsebene keine Bedeutung. Das „Angehörigenprivileg“ (§ 258 Abs. 6 StGB) ist ein besonderer persönlicher Strafausschließungsgrund, der erst nach der Schuld geprüft wird.⁸⁵ Im Tatbestand ist jedoch problematisch, ob die Handlung des G überhaupt täterschaftliche Qualität hat. Denn die unmittelbar strafvereitelnde Handlung hat V selbst vollzogen, indem er sich gegenüber staatlichen Amtsträgern als G ausgegeben hat. Dadurch wurde verschleiert, dass der Pkw von einem Fahrzeugführer (V) gefahren wurde, der keine Fahrerlaubnis hat. Der „eigentliche“ Täter ist V, G hat sich an der Tat des V nur beteiligt. V jedoch kann den objektiven Tatbestand des § 258 Abs. 1 StGB nicht erfüllen, da es sich für V um eine selbstbegünstigende Strafvereitelung handelt. Daher kann auch G nicht wegen Anstiftung oder Beihilfe zur Strafvereitelung des V strafbar sein. Aus diesem Grund stuft die h. M. die Teilnahme an der selbstbegünstigenden Strafvereitelung zur Täterschaft hoch.⁸⁶

2021-II-14

OLG Hamm, Urt. v. 22.9.2020 – 5 RVs 63/20, NStZ 2021, 430

Sachverhalt

A entwendete in der Zeit vom 17.5.2018 bis zum 27.6. 2018 mit ihrer Schwester S Geldbörsen von betagten Tatopfern. Ihre Absicht war, sich das darin befindliche Bargeld zu verschaffen und mit den in den Geldbörsen

⁸⁴ Schönke/Schröder/Bosch/Schittenhelm § 164 Rn 36.

⁸⁵ Mitsch, Strafrecht in der Examensklausur, 2021, § 12 Rn 4.

⁸⁶ Rengier BT I § 21 Rn 35.

befindlichen EC-Karten weitere Bargeldbeträge von deren Konten abzuheben. Auf diese Weise wollten A und S sich eine zusätzliche, nicht unerhebliche Einnahmequelle von gewisser Dauer verschaffen.

So entwendeten die beiden Täterinnen unter dem 17.5.2018 der T deren Geldbörse, in der sich neben 290 Euro Bargeld und einer EC-Karte auch der Personalausweis der T befand. Am 25.5.2018 entwendete A die Geldbörse der L mit 130 Euro Bargeld, EC-Karte sowie Personalausweis und Führerschein. Unter dem 27.6.2018 nahm sie die Geldbörse der H mitsamt Inhalt, 220 Euro Bargeld, eine EC-Karte sowie Personalausweis und Führerschein der H an sich. Die Ausweispapiere der H wurden später aufgefunden, als die H bereits Ersatzdokumente beantragt hatte.

Strafbarkeit der A

I. Straftatbestände

Neben Diebstahl (§ 242 StGB) ist auch Urkundenunterdrückung (§ 274 Abs. 1 Nr. 1 StGB) zu prüfen. Unterschlagung (§ 246 StGB) ist tatbestandlich immer gegeben, wenn die Voraussetzungen des Diebstahls erfüllt sind. § 246 StGB tritt aber hinter § 242 StGB zurück.

II. Urkundenunterdrückung

Ein Teil der Tatobjekte sind taugliche Gegenstände zur Erfüllung des Straftatbestandes Urkundenunterdrückung. Personalausweis und Führerschein sind Urkunden. Der objektive Tatbestand des § 274 Abs. 1 Nr. 1 StGB wird schon dadurch erfüllt, dass den Opfern die Ausweispapiere weggenommen worden sind.

Erörterungsbedürftig ist die Erfüllung des subjektiven Tatbestands. Dieser besteht aus zwei Elementen, dem Vorsatz (§ 15 StGB) und der Nachteilszfügungsabsicht. „Vorsatz“ im Sinne des § 15 StGB ist auch der bedingte Vorsatz (dolus eventualis). Umstritten ist die erforderliche Vorsatzform der „Nachteilszfügungsabsicht“. Nicht ausreichend ist dolus eventualis. Nach h. M. nicht erforderlich ist „Absicht“ im engeren Sinn (dolus directus 1. Grades). Die h. M. subsumiert unter „Absicht“ auch das sichere Wissen, also den dolus directus 2. Grades.⁸⁷ Eine Mindermeinung in der Literatur sieht darin einen Verstoß gegen die Wortlautgrenze und somit eine Mißachtung des Art. 103 Abs. 2 GG.⁸⁸

Das OLG Hamm wendet sich gegen die Revision der Staatsanwaltschaft, die eine Verurteilung der Angeklagten aus § 274 Abs. 1 Nr. 1 StGB erstrebte:

„Die in den Fällen des § 274 Abs. 1 Nr. 1 bis 3 StGB erforderliche Nachteilszfügungsabsicht beinhaltet nach der Rspr und hM das Bewusstsein des Täters, dass der Nachteil die notwendige Konsequenz seines Handelns darstellt. Lediglich in der Literatur wird vereinzelt vertreten, hinsichtlich der Beeinträchtigung fremder Beweisführungsrechte reiche auch Eventualvorsatz aus. Letztere Ansicht ist indes abzulehnen, da sie sich bewusst und unangemessen weit vom Wortlaut der Norm entfernt.

Dass die Angekl. die Beeinträchtigung fremder Beweisführungsrechte als notwendige Folge ihrer Taten vorhersah, ist, wie die Strafkammer zutreffend ausführt, vorliegend nicht ersichtlich. Die Revisionsbegründung geht davon aus, dass die Angekl. die Entziehung der Personalpapiere der Tatopfer als notwendige Folge ihres Handelns erkannt habe, da sie aufgrund ihrer Erfahrung als Taschendiebin gewusst habe, dass solche Papiere in den Geldbörsen der Opfer aufbewahrt würden. So habe sie auch als notwendige Folge ihres Handelns erkannt, dass diese sich infolge ihrer Taten auf Verlangen nicht

⁸⁷ Rengier BT II § 36 Rn 12; Schönke/Schröder/Heine/Schuster § 274 Rn 15.

⁸⁸ MK-Freund § 274 Rn 58.

würde ausweisen können. Dieser Argumentation kann nicht gefolgt werden. Die Erfahrung der Angekl. könnte – sofern sie sich über die für sie uninteressanten Personalpapiere der Opfer überhaupt Gedanken machte – allenfalls Eventualvorsatz bezüglich des Entziehens von Ausweispapieren begründen. Die Revisionsbegründung geht von dem nicht existierenden Erfahrungssatz aus, dass in jeder Geldbörse auch die Personalpapiere des Besitzers verwahrt seien. Dies mag zwar häufig vorkommen, ist jedoch keinesfalls immer so, da Personalpapiere im Einzelfall auch getrennt von Bargeld verwahrt werden, beispielsweise in der Kleidung, oder auch gar nicht von deren Inhabern mitgeführt, sondern zu Hause gelassen werden. Für die Angekl. stellte sich bei Entwendung der Börsen vor diesem Hintergrund als offen dar, ob diese überhaupt Personalpapiere enthalten würden, da sie vor der Entwendung der Geldbörsen deren konkreten Inhalt nicht kannte und mangels Wahrnehmungsmöglichkeiten auch nicht erkennen konnte.“

Das OLG befasst sich allein mit dem Vorsatz der A während der Wegnahme der Geldbörsen. Zu diesem Zeitpunkt hatte A noch keine Vorstellung davon, was sich in den Geldbörsen (außer Bargeld) befand. Da die A sodann aber den Inhalt der weggenommenen Geldbörsen zur Kenntnis nahm und somit spätestens in diesem Moment wußte, dass sie den Opfern Urkunden entzog, sind die Ausführungen des OLG nur vor dem Hintergrund verständlich, dass in dem Verfahren nicht aufgeklärt wurde, was die A mit den Ausweispapieren gemacht hat. Es wurde z. B. nicht aufgeklärt, ob sie die Ausweise weggeworfen hat. Dann wäre nämlich die Erfüllung der Strafbarkeitsvoraussetzungen des § 274 Abs. 1 Nr. 1 StGB –und zwar auch die des subjektiven Tatbestandes – unproblematisch.