

**Wintersemester 2019 /2020  
(11. 2. 2020)**

## **Neue strafrechtliche Entscheidungen**

### **Entscheidung 1**

#### **1. Vorüberlegungen**

Zu prüfen ist die Strafbarkeit von A und B. Das Strafrecht geht von dem Grundmodell der von einem einzelnen Menschen als Alleintäter begangenen Straftat aus. Alle Straftatbeschreibungen im Besonderen Teil des StGB haben nur den allein handelnden Täter zur Vorlage. Strafbarkeit, die erst durch die Beteiligung mehrerer Personen an derselben Tat begründet wird, basiert zwar auch auf den Strafvorschriften des StGB-BT. Es müssen aber die speziellen Strafbarkeitsausdehnungsnormen der §§ 25 – 27 StGB in die Prüfung einbezogen werden. Bei Fällen wie dem vorliegenden sollte man also immer zunächst bei jeder beteiligten Person eine mögliche Strafbarkeit als Alleintäter (§ 25 Abs. 1 StGB) gedanklich „checken“. Das heißt nicht, dass dieses dann auch im schriftlichen Gutachten in Erscheinung tritt. Wenn man zu dem Ergebnis gekommen ist, dass eine Strafbarkeit als Alleintäter nicht begründet ist, wendet man sich der Strafbarkeit auf der Grundlage der Beteiligungsvorschriften zu.

Im vorliegenden Fall ist relativ schnell zu erkennen, dass sich eine Strafbarkeit des B völlig unabhängig von der Mitwirkung des A begründen lässt. Die Strafbarkeit des B wird also am Maßstab des § 25 Abs. 1 Alt. 1 StGB iVm Vorschriften aus dem StGB BT begutachtet.

Ebenso leicht kommt man bei A zur umgekehrten Erkenntnis: Was A unabhängig von B getan hat, vermag eine Strafbarkeit – als Alleintäter (§ 25 Abs. 1 StGB) – nicht zu begründen. Es ist nicht verboten (und deshalb erst recht nicht strafbar), sich vor ein fremdes Haus zu stellen (anders, wenn das Grundstück betreten wird, dann evtl. § 123 StGB) und dort einige Stunden zu verweilen (Ausnahme vielleicht: § 238 StGB). Selbst wenn dies mit der Intention verbunden ist, bald oder demnächst eine Straftat zu begehen und das Warten vor dem Haus – örtliche Gegebenheiten erkunden, Hausbewohner beobachten, um deren Lebensrhythmus, An- und Abwesenheitszeiten und sonstige Gewohnheiten auszukundschaften – der Vorbereitung der künftigen Tat dient, reicht das für eine Strafbarkeit nicht aus. Denn die Strafbarkeit beginnt im Normalfall erst mit dem Überschreiten der Versuchsgrenze (§ 22 StGB). Hier hatte A aber gar nicht den Vorsatz, selbst und allein eine Straftat zum Nachteil des R zu begehen. Wenn er also überhaupt strafbar ist, dann nur auf Grund seiner Mitwirkung an der Tat des B. Das – isoliert gesehen sozialadäquate – Stehen vor dem Haus könnte deshalb strafbar sein, weil ein relevanter (§§ 25 – 27 StGB) Zusammenhang mit der Tat des B besteht.

Das heißt, dass man bei A eine Strafbarkeit auf der Grundlage von Mittäterschaft (§ 25 Abs. 2 StGB) oder Beihilfe (§ 27 StGB) prüft. Damit ist auch für den Prüfungs- und Gutachtenaufbau bzw die Reihenfolge eine Festlegung verbunden: Man prüft zunächst einmal die Strafbarkeit des B und im Anschluss daran die Strafbarkeit des A („Täter vor Teilnehmer“).

Ein chronologischer Aspekt ist beim Thema „Aufbau“ bzw. „Prüfungsreihenfolge“ noch vorab zu klären: Am Anfang der Fallschilderung erfahren wir, dass B den Überfallplan mit A besprochen hat und beide sich einig geworden sind, die Tat so, wie von B vorgeschlagen, auszuführen. Beschreibungen dieser Art, die in strafrechtlichen Klausuraufgaben gar nicht selten sind, sollten immer die Aufmerksamkeit auf § 30 StGB lenken. Auf dieser strafrechtlichen Grundlage kann nämlich eine Strafbarkeit im Vorfeld der Tatausführung (Vorbereitungsstadium) schon begründet werden, z. B. wegen „Verabredung“ (§ 30 Abs. 2 Var. 3 StGB) oder wegen „Bereiterklärung“ (§ 30 Abs. 2 Var. 1 StGB). Richtet sich der gemeinsame Plan auf ein Verbrechen (§ 12 Abs. 1 StGB), ist eine Strafbarkeit nach § 30 StGB möglich. Häufig sind es neben den Tötungs- und schweren Körperverletzungsdelikten (§§ 211, 212, 226 StGB) Verbrechen des Raubes (§ 249 StGB), der räuberischen Erpressung (§§ 253, 255 StGB), des erpresserischen Menschenraubes (§ 239 a StGB), der Brandstiftung (§§ 306 ff StGB), die als Bezugstaten des § 30 StGB in Betracht kommen. Achten Sie darauf, dass bei Straftaten, die auf der grundtatbestandlichen Ebene nicht Verbrechen-, sondern Vergehenscharakter (§ 12 Abs. 2 StGB) haben, das Sachverhaltselement „Bande“ (mindestens 3 Personen) Anknüpfungspunkt für die Erörterung eines Verbrechens sein kann, z. B. bei Diebstahl, Hehlerei, Betrug, Urkundenfälschung (§§ 244 a, 260 a, 263 Abs. 5, 267 Abs. 4 StGB).

Wie geht man mit § 30 StGB im Gutachten um ? Wichtigster Grundsatz: Strafbarkeit aus § 30 StGB ist subsidiär gegenüber der Strafbarkeit wegen vollendeter oder versuchter Verbrechensbegehung. Deshalb steht die Strafbarkeit aus § 30 StGB immer am Ende des Gutachtens, also entgegen der Chronologie der Ereignisse. Wenn sich bis dahin herausgestellt hat, dass ein Beteiligter weder wegen vollendeten Verbrechens (z. B. § 249 StGB) noch wegen versuchten Verbrechens (z. B. §§ 249, 22 StGB) strafbar ist, dann muss man die Strafbarkeit aus § 30 StGB ausführlich prüfen. Wenn dagegen eine Strafbarkeit wegen vollendeten oder versuchten Verbrechens festgestellt wurde, dann sind die Ausführungen zu § 30 StGB unter Hinweis auf dessen Subsidiarität kurz und knapp zu halten. Aber ganz weglassen darf man § 30 StGB nicht !

## **2. Strafbarkeit des B**

a) Durch das Betreten der Wohnung des R hat B keinen Hausfriedensbruch (§ 123 Abs. 1 StGB) begangen. Obwohl B die Wohnung mit „bösen Absichten“ betrat, ist er nicht in die Wohnung eingedrungen. Denn R war mit der Anwesenheit des B einverstanden (tatbestandsausschließendes Einverständnis). Dass er sich dabei in einem Irrtum über den Zweck des „Besuchs“ befand, ist rechtlich unerheblich. Das Einverständnis ist wirksam.

b) Der Sachverhalt teilt selbst mit, dass B letztendlich einen Raub begangen hat. Er hat sich also aus § 249 Abs. 1 StGB strafbar gemacht. Zugleich hat er die Strafbarkeitsvoraussetzungen des Diebstahls (§ 242 StGB), der Unterschlagung (§ 246 StGB) und der Nötigung (§ 240 StGB) erfüllt. Alle diese Tatbestände treten hinter § 249 StGB zurück. Zu Tatsachen, die Anknüpfungspunkt für die Erörterung von Raubqualifikationen (§ 250 StGB) sein könnten, ist dem Sachverhalt nichts zu entnehmen. Auch für Erörterung des § 239 a StGB gibt der Sachverhalt nichts her. Eine „Bande“ (§ 250 Abs. 1 Nr. 2 StGB) können B und A nicht sein, weil dafür mindestens drei Mitglieder erforderlich sind. Nach der Rechtsprechung hat B mit der Erfüllung des Raubtatbestands zugleich räuberische Erpressung (§§ 253, 255 StGB) begangen. Das sollte man im Gutachten nach der Feststellung der Strafbarkeit aus § 249 StGB kurz ansprechen.

### 3. Strafbarkeit des A

a) Nachdem man nun Ergebnisse zur Strafbarkeit des B hat, fällt es auch nicht schwer, die strafrechtlichen Maßstäbe für eine Strafbarkeit des A zu benennen: A könnte sich durch Beteiligung an der Tat des B, also wegen Beteiligung am Raub, strafbar gemacht haben. In Betracht kommen Raub in Mittäterschaft (§§ 249, 25 Abs. 2 StGB) und Beihilfe zum Raub (§§ 249, 27 StGB). In Erwägung zu ziehen ist auch Beihilfe zum versuchten Raub (§§ 249, 22, 27 StGB), weil A seine Mitwirkung an der Tat des B vorzeitig abgebrochen hat und deshalb die geleistete Unterstützung möglicherweise nicht mit der Raubvollendung des B, aber vielleicht wenigstens mit dem Raubversuch des B, in der erforderlichen Verbindung steht.

b) Strafbarkeit wegen Raub in Mittäterschaft scheidet aus. Zwar haben B und A eine Vereinbarung getroffen, gemeinsam Beiträge zu der Raubtat zu leisten. Der Beitrag, den A der von B begangenen Tat hinzufügte, reicht aber für Mittäterschaft nicht aus. Das „Schmierestehen“ am Tatort ist eine typische Hilfeleistung, die zwar für § 27 StGB, nicht aber für § 25 Abs. 2 StGB ausreicht. Der Mittäterbeitrag muss erhebliches Gewicht haben und dem Beteiligten Anteil an der gemeinsamen „Tatherrschaft“ verschaffen. Daran fehlt es hier eindeutig, zumal die geleistete Unterstützung des A sich bei Beginn und Ausführung der Raubtat durch B überhaupt nicht mehr auswirkte. Auch Strafbarkeit wegen versuchter Raubmittäterschaft (§§ 249, 25 Abs. 2, 22 StGB) ist auf der Grundlage dessen, was A getan hat, nicht gegeben.

c) Zu prüfen ist Strafbarkeit wegen Beihilfe zum Raub, §§ 249, 27 StGB. Im objektiven Tatbestand prüft man zuerst die erforderliche Haupttat. B hat einen Raub begangen. Eine taugliche Haupttat liegt also vor. A müsste dem B zu der Tat Hilfe geleistet haben. Das Aufpassen vor dem Haus des R ist eine Hilfeleistung, wenn ein ausreichender Hilfeleistungszusammenhang mit der Tat des B besteht. Erforderlich ist insbesondere ein Hilfeleistungseffekt, eine Unterstützungswirkung, die sich in der Tat niedergeschlagen hat. Unproblematisch ist hier die zeitliche Beziehung zwischen der Leistung des A und der Tatbegehung durch B. Dass A gar nicht mehr auf seinem Posten stand, als B den Raub beging, braucht einer Strafbarkeit wegen Beihilfe nicht entgegen zu stehen. Es ist ja typisch für viele Beihilfeaktionen, dass sie im Vorbereitungsstadium ausgeführt werden und der Gehilfe während der täterschaftlichen Tatbegehung gar keine tatbezogenen Aktivitäten mehr entfaltet. Entscheidend ist, dass die Wirkung seiner Hilfeleistungshandlung die vom Täter begangene Tat erreicht und sich dort niederschlägt. Man darf hier – bei der Prüfung einer Beihilfe zum *vollendeten* Raub – auf keinen Fall zu § 24 Abs. 2 StGB abschweifen und das vorzeitige Verlassen des „Wachtpostens“ als „Rücktritt“ würdigen. Das ist nur möglich, wenn die Strafbarkeitshypothese „Beihilfe zum versuchten Raub“ lautet. Dazu kommt man aber erst und überhaupt nur, wenn man zuvor Strafbarkeit wegen Beihilfe zum vollendeten Raub verneint hat.

Die Hilfeleistungswirkung, die für Beihilfestrafbarkeit erforderlich ist, wird in Rechtsprechung und Literatur einheitlich als „Förderung“ der Haupttat charakterisiert. Eine nennenswerte Verursachungswirkung in dem Sinne, dass die Hilfe die Haupttat ermöglicht oder wesentlich erleichtert hat, wird nicht verlangt. Ausreichen kann auch eine „psychische“ Unterstützung etwa durch „Bestärkung des Tatentschlusses“ durch Erzeugung eines Gefühls der Sicherheit beim Haupttäter.

Hier hatte sich A von seinem Posten entfernt, bevor B zur Verwirklichung des Raubtatbestandes ansetzte (§ 22 StGB). Die Unterstützungswirkung durch tatsächliches Auf-Posten-stehen bezog sich nur auf die noch nicht strafbare Phase der Raubvorbereitung. Allerdings ist die tatsächliche

Absicherung der Tat nicht der einzige zur Begründung von Beihilfestrafbarkeit taugliche Unterstützungseffekt. Auch die Verschaffung des Sicherheitsgefühls beim Täter B (psychische Beihilfe) reicht dafür aus, sofern es bei Ausführung der Raubtat, also ab unmittelbarem Ansetzen zur Tatbestandsverwirklichung (§§ 249, 22 StGB) noch vorhanden ist. Genau das aber ist nicht der Fall. B hatte von der Abwesenheit des A erfahren, bevor er anfang, in der Wohnung des R den Raub zu begehen. Bei Versuchsbeginn (§§ 249, 22 StGB) hatte B schon nicht mehr die Vorstellung, dass seine Tat durch den vor dem Haus Wache schiebenden A abgesichert wird. Er hat die Tat also unabhängig von der Unterstützung, die ihm A zuvor geleistet hat, ausgeführt. Daher hat sich A nicht wegen Beihilfe zum Raub strafbar gemacht. Auch eine Strafbarkeit wegen Beihilfe zum versuchten Raub ist nicht begründet. Denn die psychische Unterstützung, die sich in der Vorbereitungsphase des Raubes noch auswirkte, war bei Überschreiten der Versuchsgrenze durch B bereits erloschen.

Zu keinem anderen Ergebnis führt die Überlegung, dass A sich nicht durch aktives Tun, sondern durch Unterlassen wegen Beihilfe zum Raub strafbar gemacht haben könnte, §§ 249, 27, 13 StGB. A hatte keine Garantenstellung iSd § 13 Abs. 1 StGB. Dass er sich dem Plan des B angeschlossen hat und zusammen mit B zu dem Haus gegangen ist, begründet keine Garantenstellung aus Ingerenz. Die Gefahr für R, die sich in der Tat des B verwirklicht hat, wurde durch B geschaffen. Die Mitwirkung des A daran reicht für eine Ingerenz nicht. Anderenfalls wäre jeder Anstifter und Gehilfe automatisch Garant und würde – wenn die aktive Beteiligung nicht strafbar ist – stets wegen Teilnahme durch Unterlassen strafbar sein. Letztendlich könnte sogar eine – per se straflose – fahrlässige Beihilfe Strafbarkeit wegen Beihilfe durch Unterlassen (Beispiel: B sagte dem A, er werde in der Wohnung des R „nur“ einen Diebstahl begehen. A verkennt fahrlässig, dass B tatsächlich Raub begehen will und dann auch Raub begeht) begründen. Dadurch würde die Strafbarkeit von Tatbeteiligten unangemessen ausgedehnt.

d) Nachdem feststeht, dass A weder wegen Beihilfe zum vollendeten Raub noch wegen Beihilfe zum versuchten Raub strafbar ist, muss Strafbarkeit aus § 30 StGB iVm § 249 StGB erörtert werden. Alle Varianten des § 30 Abs. 2 StGB setzen voraus, dass derjenige, der gegenüber einem anderen erklärt, er werde an der Ausführung eines Verbrechens mitwirken, damit eine Mitwirkung als Täter oder Anstifter meint. Eine Mitwirkung als Gehilfe (§ 27 StGB) genügt nicht. Durch die Bereiterklärung zu einer Beihilfe zum Verbrechen wird Strafbarkeit aus § 30 Abs. 2 Var. 1 StGB nicht begründet. A hatte gegenüber B lediglich die Bereitschaft zu beihilfemäßiger Beteiligung erklärt. Daher ist er nicht aus § 30 Abs. 2 StGB iVm § 249 StGB strafbar.

e) Möglich ist eine Strafbarkeit des A wegen Unterlassener Hilfeleistung gemäß § 323 c StGB. Strafbarkeit wegen Nichtanzeige geplanter Straftaten (§ 138 Abs. 1 Nr. 7 StGB)<sup>1</sup> entfällt nach h. M., weil A an der Tat des B – wenngleich letztlich straflos – beteiligt war.

---

<sup>1</sup> § 138 StGB gehört nach der JAO nicht zum strafrechtlichen Prüfungsstoff !

## Entscheidung 2

### A. Strafbarkeit des A

#### 1. Beteiligung, nicht Täterschaft

Es geht um die Strafbarkeit des A, der seine Ehefrau O töten lassen wollte. Maßstab aus dem StGB BT ist daher § 211 StGB bzw. § 212 StGB. Da A nicht selbst töten wollte, kann seine Strafbarkeit nur unter Berücksichtigung der Vorschriften über strafbare Tatbeteiligung gewürdigt werden. Dazu ist notwendig, dass noch das Verhalten von mindestens einer weiteren Person in die strafrechtliche Prüfung einbezogen wird. Das sind hier M und S. Die Frage lautet also, ob sich A dadurch strafbar gemacht hat, dass er mit M und mit S über die Tötung der Ehefrau O verhandelte und dabei diverse Informationen gab sowie Zusagen machte.

#### 2. Keine Vollendung, kein Versuch

Egal, von welcher Beteiligungsform man ausgeht: Ein vollendetes Tötungsdelikt kommt von vornherein nicht in Betracht. Auch für Strafbarkeit wegen Beteiligung am versuchten Totschlag oder versuchten Mord bietet der Sachverhalt keine tragfähige Grundlage. Die Grenze des „unmittelbaren Ansetzens“ zur Verwirklichung des Totschlagstatbestandes wurde von niemandem erreicht oder gar überschritten.

#### 3. Vorbereitung

Wenn also nicht einmal eine versuchte Tat vorliegt, kann allenfalls durch Verhalten im Vorbereitungsstadium eine Strafbarkeit begründet worden sein. Vorbereitungen künftiger Straftaten sind grundsätzlich nicht strafbar. Eine wichtige Ausnahme von diesem Grundsatz ist § 30 StGB. Die Vorgänge, die in dieser Vorschrift beschrieben werden, liegen zeitlich vor der Versuchsgrenze, also im Vorbereitungsstadium. Sämtliche Varianten des § 30 StGB beziehen sich auf künftige Verbrechen iSd § 12 Abs. 1 StGB. Insgesamt kann man vier verschiedene Varianten unterscheiden:

- (1) § 30 Abs. 1 StGB : versuchte Anstiftung
- (2) § 30 Abs. 2 Var. 1 StGB : Bereiterklärung zur Begehung eines Verbrechens oder zur Anstiftung zu einem Verbrechen
- (3) § 30 Abs. 2 Var. 2 StGB: Annahme des Erbietens zur Begehung eines Verbrechens oder zur Anstiftung zu einem Verbrechen
- (4) § 30 Abs. 2 Var. 3 StGB : Verabredung zur mittäterschaftlichen Begehung eines Verbrechens oder Anstiftung zu einem Verbrechen

Strafbar aus diesen Vorschriften ist jeweils:

- (1) bei § 30 Abs. 1 StGB, derjenige, der versucht, einen anderen zur Begehung des Verbrechens anzustiften (A zu T: „Töte den O!“)
- (2) bei § 30 Abs. 2 Var. 1 StGB derjenige, der sich gegenüber einem anderen bereit erklärt, ein Verbrechen zu begehen (T zu A: „Wenn du es willst, werde ich den O töten“)
- (3) bei § 30 Abs. 2 Var. 2 StGB der Adressat einer Bereiterklärung, der auf dieses „Angebot“ mit einer Annahme reagiert (T zu A : „Ich würde den O töten, wenn du es willst“ – Darauf A zu T: „Ja, tu es, ich zahle dir 100 000 Euro“)
- (4) bei § 30 Abs. 2 Var. 3 StGB jeder, der sich mit dem/den anderen verabredet (X zu Y : „Wir beide töten den O“ – Darauf Y zu X : „Ja, so machen wir es“)

#### 4. Strafbarkeit des A wegen versuchter Anstiftung zum Mord, § 30 Abs. 1 StGB iVm § 211 StGB

##### Aufbau

1. Keine vollendete Anstiftung zum (vollendeten oder versuchten) Mord
2. Gesetzliche Versuchsstrafdrohung
3. Tatentschluss  
Vorsatz in Bezug auf
  - a) Haupttat Mord
  - b) Bestimmung
4. Unmittelbares Ansetzen zur Tatbestandsverwirklichung
5. Rechtswidrigkeit
6. Schuld
7. (evtl.) Rücktritt

Unproblematisch ist der Tatentschluss des A. Dieser hatte während des gesamten in der Entscheidung beschriebenen Geschehens den Vorsatz, jemand zur Tötung seiner Ehefrau anzustiften.

Zentraler Punkt für die Entscheidung über eine Strafbarkeit des A wegen versuchter Anstiftung zum Mord ist das unmittelbare Ansetzen zur Verwirklichung des Tatbestandes. Der Text des § 30 Abs. 1 StGB erwähnt das „unmittelbare Ansetzen“ nicht explizit, verweist aber mit dem Wort „versucht“ auf § 22 StGB. Somit sind auch die Abgrenzungskriterien, die bei § 22 StGB für den Übergang der Täterhandlung aus der Vorbereitungsphase in die Versuchszone ausschlaggebend sind, bei § 30 Abs. 1 StGB maßstabgebend. Mit Blick auf die Rücktrittsvorschrift § 31 Abs. 1 Nr. 1 StGB müßte man annehmen, dass in § 30 Abs. 1 StGB auch die Unterscheidung zwischen unbeendetem Versuch und beendetem Versuch abgebildet ist und dass insbesondere ein unbeendeter Anstiftungsversuch bereits für Strafbarkeit aus § 30 Abs. 1 StGB genügt.

In der Praxis des BGH wird aber der Sache nach das Tatbestandsmerkmal „unmittelbares Ansetzen zur Verwirklichung des Anstiftungstatbestandes“ verengt auf die Variante des beendeten Versuchs. In der vorliegenden Entscheidung definiert der BGH den Versuchsbeginn des Anstifters folgendermaßen:

(S. 596 li Sp.) „Die Schwelle zum Versuchsbeginn ist überschritten, wenn sich die Bestimmungshandlung auf eine ausreichend bestimmte Tat konkretisiert und der Angestiftete die Tat begehen könnte, wenn dieser es wollte. Dabei ist bei der Prüfung der Frage, ob der Anzustiftende den Einflussbereich des Anstifters verlassen hat und jederzeit die Tat eigenmächtig zu der von ihm selbst bestimmten Zeit begehen kann, die Vorstellung des Anstifters maßgeblich.“

Grund für diese Anforderung an die Bestimmungshandlung ist die von § 30 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 StGB vorausgesetzte Rechtsgutsgefährdung, die entsteht, wenn der Initiator das von ihm angestoßene kriminelle Unrecht derart aus der Hand gibt, dass es sich ohne sein weiteres Zutun gegebenenfalls bis zur Vollendung der Straftat fortentwickeln kann. Bei einer erfolgreichen Anstiftung stünde der Angestiftete beim Anstifter im Wort; jener würde wortbrüchig werden, falls er sich doch umentschiede. Diese Bindung bewirkt eine erhöhte Gefahr der Tatbegehung zu Lasten des Opfers. Dies bedeutet auf der Seite des Anstifters, dass es auf diejenige Bestimmungshandlung ankommt, mit der er nach seiner Vorstellung dem Anzustiftenden die weiteren Schritte zur Tatbegehung überlässt.“

Legt man diesen engen Maßstab zugrunde, erfüllt das Geschehen am 6.11. 2017 nicht die Voraussetzungen eines „unmittelbaren Ansetzens“. Denn A hatte dem M weder die Identität seiner Ehefrau offenbart noch irgendwelche Anhaltspunkte zur Identitätsermittlung gegeben. M hätte also die Tat ohne weitere Informationen des A gar nicht ausführen können. Das war dem A bewußt.

Die verschiedenen Kontakte des A mit S haben eine andere Qualität. Spätestens am 10. 11. 2017 um 20 Uhr verfügte S über alle Informationen, die es ihm ermöglichten, ohne weitere Instruktionen seitens A die Tat auszuführen, also die O zu töten. Das wußte A. Der einzige Umstand, der einer Bejahung des unmittelbaren Ansetzens noch entgegenstehen könnte, ist die noch nicht endgültig erzielte Einigung über die Entlohnung des S durch A. Aus der Sicht des A war es für S eine Bedingung seiner Tatbereitschaft, dass die vereinbarte Zahlung der 40 000 Euro durch eine Darlehenszusage des Freundes des A gesichert ist. Ohne diese Zusage würde S die Tat nicht begehen. Bis zuletzt hatte A von dem Freund keine Zusage bekommen. Der bloße von A getätigte Anruf genügte dem S als Garantie nicht.

Nach dem BGH geht mit dem Scheitern der Bemühungen um die Darlehenszusage die Nichterreicherung der Schwelle des unmittelbaren Ansetzens einher:

(S. 596 re. Sp.) „Am 10. 11. 2017 einigten sich der Angekl. und der verdeckte Ermittler darauf, der Angekl. müsse Ma's [Ma ist der Freund, von dem A das Darlehen bekommen wollte] Darlehenszusage einholen und darüber den „S“ telefonisch benachrichtigen. Nur dann würde der „S“ zur Tatausführung schreiten. Erst ein solcher vom Angekl. in zeitlicher Hinsicht nicht näher bestimmter Anruf war das vereinbarte „Startzeichen“ zur Tatbegehung und in diesem Sinn ein stillschweigender „Entscheidungsvorbehalt“. Damit, dass der „S“ doch auf die Darlehenszusage verzichten und entgegen der Abrede ohne weiteren Anruf die Nebenklägerin [die Ehefrau des Angeklagten] ermorden würde, musst der Angekl. nicht rechnen. Der Angekl. hatte in diesem Sinne die Entscheidungsbefugnis über das Begehen der Tat noch nicht aus der Hand gegeben und den Ermittler zum Warten auf einen Anruf verpflichtet. Erst mit dem Beginn eines solchen Telefonats hätte der Angekl. zum Bestimmen unmittelbar angesetzt.“

Mit der allgemeinen Versuchsdogmatik stimmt diese enge Definition des Versuchsbeginns beim Anstiftungsversuch in zweierlei Hinsicht nicht überein. Dass es für das unmittelbare Ansetzen einer abgeschlossenen tatbestandsmäßigen Handlung des Täters bedürfe und nur noch der Erfolgseintritt fehlen dürfe, kann man schon deswegen nicht vertreten, weil dann Handlungen, die der Tatbestandsverwirklichung unmittelbar vorgelagert sind, niemals ein tatbestandsmäßiger Versuch sein könnten. Im vorliegenden Fall hat aber A sogar schon mit tatbestandsverwirklichenden Handlungen begonnen, denn das „Bestimmen“ (tatbestandsmäßige Handlung des Anstifters, § 26 StGB) ist die kommunikative Einwirkung auf den Anzustiftenden und eine solche hatte A gegenüber dem verdeckten Ermittler S begangen. Er hatte sogar damit schon Erfolg, denn S erklärte sich dem A gegenüber bereit, die Tat zu begehen. Lediglich die noch nicht erfüllte Bedingung der Entgeltgarantie durch eine

verlässliche Darlehenszusage des Freundes stand der Ausführung der Tat im Weg. Aber das ist eine Bedingung, auf deren Eintritt A keinen Einfluss hat und nach allgemeiner Versuchslehre stehen derartige Bedingungen der Tatbestandsmäßigkeit des Versuchs nicht entgegen.

Die Entscheidung des BGH ist auch deswegen nicht nachzuvollziehen, weil die enge Versuchsdefinition mit § 31 Abs. 1 Nr. 1 Var. 1 StGB nicht im Einklang steht. Wenn eine Rücktrittsleistung darin bestehen kann, dass der Anstifter den Versuch aufgibt, einen anderen zu dem Verbrechen zu bestimmen, dann bedeutet das, dass ein Versuch schon vorliegt, bevor es dem Anstifter gelungen ist, in dem „anderen“ den Tatentschluss hervorzurufen. Es bedürfte also noch weiterer Einwirkungshandlungen auf den Anzustiftenden. Dennoch soll bereits ein strafbarer Versuch der Anstiftung vorliegen. Folgt man dem BGH, kann von den beiden Rücktrittsvarianten des § 31 Abs. 1 Nr. 1 StGB nur die zweite praktisch anwendbar sein: „eine etwa bestehende Gefahr, dass der andere die Tat begeht, abwendet“.

### **Entscheidung 3**

#### **A. Einführung**

Der Fall kann fast als eine Neuauflage des berühmten historischen „Rose-Rosahl-Falles“ in die Galerie interessanter Entscheidungen aufgenommen werden. Tatsächlich steht im Mittelpunkt der BGH-Entscheidung die ausführliche Erörterung eines dogmatischen Problems, das in dem Fall „Rose-Rosahl“ (die weiteren Beteiligten hießen Schliebe und Harnisch) aus dem Jahr 1859 seinen Ursprung hatte und in der „Hoferben-Entscheidung“ des BGH im Jahr 1990<sup>2</sup> eine Wiedergeburt erlebte. In beiden Fällen nahm der Angeklagte die Position des Anstifters (§ 26 StGB) ein und der von ihm angestiftete Täter irrte sich über die Identität seines Opfers (Personenverwechslung). Dieser Irrtum schloss den Tötungsvorsatz des Täters nicht aus (error in persona), woraus aber noch kein Schluss auf die Konsequenzen dieser Personenverwechslung für die Strafbarkeit des Anstifters gezogen werden kann. Von vielen Vertretern der Literatur wird der error in persona des angestifteten Täters im Kontext der Strafbarkeit des Anstifters als „aberratio ictus“ behandelt.

Im vorliegenden Fall ist der C zwar auch Anstifter im Verhältnis zu M, S und A. nach der Einschätzung der Gerichte ist er aber auch Mittäter (§ 25 Abs. 2 StGB) und diese Beteiligungsform setzt sich letztlich gegenüber der Anstiftung durch, d. h. die Strafbarkeit wegen Mittäterschaft verdrängt die Strafbarkeit wegen Anstiftung. Obwohl die Strafbarkeit des C also nicht vor dem Maßstab des § 26 StGB, sondern vor dem Maßstab des § 25 Abs. 2 StGB beurteilt wird, stellt sich wie im Rose-Rosahl-Fall die Frage, wie sich die Personenverwechslung der anderen Mittäter (M, S, A) in Bezug auf Z (kein Drogenhändler) auf die Strafbarkeit des C, insbesondere auf den Vorsatz, auswirkt.

Im Übrigen ist der Fall recht unproblematisch. Wie schon in Entscheidung 2020-I-1 kommt auch hier frühzeitig eine auf § 30 Abs. 2 Var. 3 StGB (iVm § 249 StGB) gestützte Strafbarkeit in Betracht. Diese tritt subsidiär zurück, wenn die Verabredungsbeteiligten wegen vollendeten oder versuchten Raubes strafbar sind. Allerdings sollte man sich Gedanken darüber machen, ob Rauschgift/Drogen/Betäubungsmittel, deren Besitz gem. § 29 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 BtMG strafbar ist, taugliche Objekte von Eigentums- und Vermögensdelikten – z. B. § 249 StGB oder § 253, 255 StGB – sein kann. Der BGH hat dies nicht problematisiert, da seit der gescheiterten Vorlage

---

<sup>2</sup> BGHSt 37, 214.

de 2. Strafsenates aus dem Jahr 2016<sup>3</sup> auf höchstrichterlicher Ebene die Thematik kein Gegenstand kontroverser Diskussionen ist.<sup>4</sup>

## **B. Strafbarkeit von M, S und A**

### **I. Strafbarkeit in Bezug auf Z**

S hat dem Z mit dem Baseballschläger auf die Nase geschlagen. Das ist gefährliche Körperverletzung (§§ 223, 224 Abs. 1 Nr. 2, Nr. 4 StGB).

Da diese Gewalt verabredungsgemäß als Nötigungsmittel zur Ermöglichung der Wegnahme von Drogen diente, hat S mit dem Schlag auch versuchten schweren Raub (§§ 249, 250 Abs. 2 Nr. 1, 22 StGB) oder versuchte schwere räuberische Erpressung (§§ 253, 255, 250 Abs. 2 Nr. 1, 22 StGB)<sup>5</sup> begangen. Die Personenverwechslung ist unbeachtlicher error in persona, schließt also den Vorsatz nicht gem. § 16 Abs. 1 S. 1 StGB aus.

Da M und A Mittäter (§ 25 Abs. 2 StGB) des S sind, sind sie aus denselben Straftatbeständen strafbar.

### **II. Strafbarkeit in Bezug auf die Drogenhändler**

Den Drogenhändlern gegenüber kam der Baseballschläger nicht mehr zum Einsatz. M, S und A nötigten ihnen die Drogen ab, wobei sie ihre zahlenmäßige Überlegenheit einsetzten. Sie sind daher entweder aus § 249 StGB oder aus §§ 253, 255 StGB strafbar. Da S den Baseballschläger noch bei sich behielt, erfüllte er auch den Qualifikationstatbestand § 250 Abs. 1 Nr. 1 a StGB. Das wird M und A zugerechnet.

## **C. Strafbarkeit des C**

### **I. Strafbarkeit in Bezug auf Z**

Der von S gegen Z ausgeführte Schlag mit dem Baseballschläger könnte dem C zugerechnet werden, da alle vier Beteiligten Mittäter (§ 25 Abs. 2 StGB) sind. Objektiv hat also C gegenüber Z gefährliche Körperverletzung (§§ 223, 224 Abs. 1 Nr. 2, Nr. 4, 25 Abs. 2 StGB) und versuchten schweren Raub bzw. versuchte schwere räuberische Erpressung (§§ 249, 250 Abs. 2 Nr. 1, 25 Abs. 2, 22; §§ 253, 255, 250 Abs. 2 Nr.1, 25 Abs. 2, 22 StGB) begangen.

Problematisch ist jedoch, ob der Vorsatz des C die Tat des S umfasst. Denn Z war kein Drogenhändler. Gegen ihn richtete sich der gemeinsame Tatplan nicht und auf einen Angriff gegen ihn richtete sich der Vorsatz des C nicht.

---

<sup>3</sup> BGH NStZ 2016, 596 ff., mit instruktiver Anmerkung *Krell* NStZ 2016, 599.

<sup>4</sup> In der Lehrbuchliteratur vgl. z. B. *Rengier*, BT I, § 2 Rn. 14, 141a; *Wessels/Hillenkamp/Schuhr*, BT 2, Rn. 73, 716, 719.

<sup>5</sup> Ob Raub (§ 249 StGB) oder räuberische Erpressung (§§ 253, 255 StGB) der einschlägige Straftatbestand ist, hängt davon ab, wie sich S und die Mittäter die Erlangung der Drogen vorstellten: durch Wegnahme oder durch Erwirkung der Herausgabe. Falls sich das im Prozess nicht aufklären lässt, ist Wahlfeststellung möglich. Der BGH sieht allerdings räuberische Erpressung als allgemeinen Tatbestand, dem auch der Raub als spezieller Tatbestand untergeordnet sei. Deshalb kann er ohne das Hilfsmittel der Wahlfeststellung eine eindeutige Verurteilung aus §§ 253, 255 StGB aussprechen.

Wie oben schon bemerkt, existieren zu dieser umstrittenen Thematik verschiedene Ansichten.<sup>6</sup>

Bei *Hillenkamp/Cornelius* werden dazu folgende Theorien aufgeführt: (1) Unbeachtlichkeitstheorie, (2) Wesentlichkeitstheorie, (3) Aberratio-ictus-Theorie.

Der BGH folgt der Unbeachtlichkeitstheorie:

(S. 512, li. Sp.) : „Der sogenannte error in persona, dem der Mitangekl. S beim ersten Angriff unterlag, wirkt sich auch beim Angekl. C als Mittäter (§ 25 Abs. 2 StGB) nicht aus; ihm wird S's tatbestandsmäßige Handlung aufgrund des gemeinsamen Tatplans bei arbeitsteiligem Vorgehen zugerechnet.“

Die Aberratio-ictus-Theorie lehnt der BGH ab. Er referiert zunächst deren Hauptargumente und nimmt anschließend dazu Stellung. Dabei legt er großes argumentatives Gewicht (S. 513, li. Sp.) auf den Umstand, dass die Mittäter M, S und A die Drogenhändler nicht kannten und dennoch selbst – ohne Hilfe des C – identifizieren mußten. Der Aufgabe war daher von vornherein ein erhebliches Risiko der Personenverwechslung immanent. Der gemeinsame Tatplan sah letztlich vor, dass M, S und A die Opfer angreifen würden, *die sie für die Drogenhändler halten*. Genau das haben M, S und A im Verhältnis zu Z getan. Das deckt sich mit dem gemeinsamen Tatplan und ist kein Mittäterexzess. Da C seinen Komplizen die Identifizierung überlassen hat, muss er auch das Risiko der Verwechslung mittragen, d. h. die rechtlichen Folgen der Verwechslung treffen ihn genauso wie seine Komplizen. Die Personenverwechslung entlastet den C ebensowenig wie die M, S und A.

## **II. Strafbarkeit in Bezug auf die Drogenhändler**

Der Angriff von M, S und A auf die beiden Drogenhändler ist dem C gemäß § 25 Abs. 2 StGB zuzurechnen. Es ergeben sich insofern keine Probleme.

---

<sup>6</sup> Vgl. z. B. *Kudlich* Prüfe dein Wissen, Strafrecht Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 2016, Fall 300 (S. 232); *Hillenkamp/Cornelius* 32 Probleme aus dem Strafrecht Allgemeiner Teil, 15. Aufl. 2017, 26. Problem (S. 213).

## **Entscheidung 4**

### **A. Einführung**

Die Fallschilderung gibt Anlass zu der Vermutung, dass sich sowohl S als auch A strafbar gemacht haben können. Bezüglich S ist es die Ergreifung der Handtasche, die verschiedene Eigentums- und Vermögensdeliktstatbestände verwirklichen könnte. Die A könnte sich durch das Anfahren des S mit dem Pkw wegen Körperverletzung sowie wegen einer Straßenverkehrsstraftat strafbar gemacht haben. Bei beiden Personen könnte es aber Gründe geben, die ihrer Strafbarkeit entgegenstehen. Die Entscheidung beschäftigt sich mit diesem Aspekt allein in Bezug auf A, da nur sie in dem Verfahren angeklagt war. Der Fall berührt viele interessante und auch examensrelevante Themen, und zwar auch das Verhalten des S.

### **B. Strafbarkeit des S**

#### **I. Ergreifen der Handtasche**

Da S gegen A keine Gewalt verübt und ihr auch nicht mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben gedroht hat, kommt Raub (§ 249 StGB) oder räuberische Erpressung (§§ 253, 255 StGB) nicht in Betracht.

S könnte aber Diebstahl (§ 242 StGB) begangen haben. Die Handtasche gehört A, ist also für S eine fremde bewegliche Sache. A hatte die Handtasche in ihrem Gewahrsam. S hat diesen Gewahrsam gebrochen und eigenen Gewahrsam begründet. Den objektiven Tatbestand des § 242 Abs. 1 StGB hat S also erfüllt.

Er handelte auch vorsätzlich, § 15 StGB. Fraglich ist das subjektive Tatbestandsmerkmal „Zueignungsabsicht“. S wollte die Handtasche nicht behalten, sondern gegen Rückzahlung des Darlehensbetrages zurückgeben. Der vorübergehende Besitz der Handtasche sollte seinen Zahlungsanspruch sichern, quasi als „Pfand“. Für den Fall, dass A nicht zahlt, wollte S die Handtasche behalten. Eine endgültige Enteignung der A war nach der Vorstellung des S wohl nicht völlig ausgeschlossen. Da bezüglich der Enteignungskomponente der Zueignungsabsicht dolus eventualis ausreicht, hat S mit Enteignungsvorsatz gehandelt. Auch die Aneignungsabsicht ist gegeben. Dafür genügt es schon, wenn nur eine vorübergehende Einverleibung in das eigene Vermögen beabsichtigt ist.

Die beabsichtigte Zueignung war rechtswidrig. Selbst wenn S tatsächlich gegen A einen Anspruch auf Rückzahlung eines Darlehensbetrages hatte, war er nicht berechtigt, sich eigenmächtig durch Wegnahme eine der A gehörende Sache als Sicherheit zu verschaffen. Die Voraussetzungen eines Selbsthilferechts gem. § 229 BGB lägen auch nicht vor. Die irrige Vorstellung einer Berechtigung würde aber in Bezug auf das Merkmal „rechtswidrig“ die Zueignungsabsicht ausschließen, wenn die Fehlvorstellung die Qualität eines Tatbestandsirrtums iSd § 16 Abs. 1 S. 1 StGB hätte. Das wäre aber nur der Fall, wenn sich der Irrtum auf Tatsachen bezöge, deren Vorliegen die Rechtswidrigkeit der beabsichtigten Zueignung ausschließen könnte. S irrte sich aber nicht über Tatsachen, sondern über die Rechtslage. Ein Rechtsirrtum hat die Qualität eines Verbotsirrtums (§ 17 StGB). Dieser schließt die Zueignungsabsicht (Vorsatz bzgl. der Rechtswidrigkeit der Zueignung) nicht aus. S hat sich also aus § 242 Abs. 1 StGB strafbar gemacht. Außerdem hat er die Strafbarkeitsvoraussetzungen des § 246 Abs. 1 StGB erfüllt. Die Unterschlagung ist aber subsidiär gegenüber dem Diebstahl.

## II. Ankündigung der Rückgabe gegen Zahlung des Darlehensbetrages

Die Zusage, die Handtasche gegen Zahlung des Darlehensbetrages zurück zu geben, beinhaltet zugleich die Ankündigung, die Handtasche nicht zurück zu geben, wenn A den Darlehensbetrag nicht zurückzahlt. Das ist also die Androhung eines Unterlassens. S könnte sich dadurch wegen versuchter Nötigung (§§ 240, 22 StGB) und wegen versuchter Erpressung (§§ 253, 22 StGB) strafbar gemacht haben.

Das angedrohte Unterlassen kann ein „empfindliches Übel“ sein, wenn der Androhende zu der Handlung, mit deren Unterlassen er droht, verpflichtet ist. Das ist hier der Fall. S, der kein Recht zum Besitz hat (§ 986 BGB), ist gemäß § 985 BGB zur Herausgabe der Handtasche an A verpflichtet. S hat den Vorsatz, die A durch die Drohung zu einer Handlung – der Zahlung des Geldbetrages (Vermögensverfügung) – zu nötigen. Damit hat S zumindest Nötigungsvorsatz.

Ob er auch Erpressungsvorsatz hat, hängt davon ab, ob er der A einen Vermögensschaden zufügen will. Vordergründig betrachtet ist das der Fall, weil S die A zur Zahlung nötigen und somit den Verlust des Geldbetrages verursachen will. Aber der Verlust des Geldbetrages ist kein Vermögensschaden der A, wenn dieser Verlust durch einen Vermögensvorteil ausgeglichen wird (Saldierungsprinzip). Der Vermögensvorteil könnte die Befreiung von der Verpflichtung zur Rückzahlung des Darlehensbetrages sein. S stellt sich vor, dass A die Pflicht zur Rückzahlung des Darlehensbetrages hat und dass das Vermögen der A durch diese Verpflichtung belastet wird. Also stellt er sich auch vor, dass diese Belastung des Vermögens durch die Zahlung (Erfüllung) beseitigt würde. Es ist vertretbar, diesen Vermögensvorteil (Wegfall der Zahlungspflicht) als vollwertige Kompensation des durch die Zahlung verursachten Geldverlustes anzuerkennen. Dann hätte A keinen Vermögensschaden erlitten und S hätte nicht den Vorsatz, der A einen Vermögensschaden zuzufügen. Lehnt man diese Verlustkompensation ab, wird durch die erzwungene Zahlung ein Vermögensschaden verursacht und S hat einen dementsprechenden Vorsatz. Dennoch kommt man auch von diesem Ausgangspunkt letztlich zur Straflosigkeit. Denn S müßte auch mit Bereicherungsabsicht gehandelt haben. Zwar wollte er sich bereichern, hatte dabei aber nicht den Vorsatz, sich rechtswidrig zu bereichern. Die Vorstellung von dem bestehenden Darlehensrückzahlungsanspruch würde den Vorsatz bezüglich rechtswidriger Bereicherung ausschließen.<sup>7</sup>

S ist daher nicht wegen versuchter Erpressung, sondern nur wegen versuchter Nötigung strafbar.

---

<sup>7</sup> Rengier BT I, § 11 Rn. 61.

## C. Strafbarkeit der A

### I. Körperverletzung des S

#### 1. Tatbestandsmäßigkeit

Das Anfahren des S mit dem Pkw ist eine Körperverletzung gem. § 223 Abs. 1 StGB. Es könnte darüber hinaus eine gefährliche Körperverletzung gem. §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB sein. Ein Pkw kann „gefährliches Werkzeug“ sein. Der von A geführte Pkw ist auch in den Verursachungszusammenhang zwischen der Handlung der A und dem Schaden am Körper des S einbezogen. Dennoch ist umstritten, ob die Involvierung des Fahrzeugs in den Verletzungsvorgang die Qualifikation erfüllt.

Die Rechtsprechung versteht das Merkmal „mittels“, dahingehend, dass die Verletzung unmittelbar durch einen physischen Kontakt des Werkzeugs mit dem Körper des Verletzten verursacht worden sein muss.<sup>8</sup> Kommt es zu überhaupt keiner Berührung des Körpers durch das Fahrzeug (Radfahrer weicht dem Pkw aus und prallt daraufhin gegen eine Straßenlaterne) oder nur zu einer leichten Berührung mit geringfügiger unmittelbarer Verletzungsfolge (Radfahrer wird von dem zu eng überholenden Pkw gestreift, verliert das Gleichgewicht und stürzt), sei die Verletzung nicht „mittels“ des gefährlichen Werkzeugs begangen. Folgt man dieser restriktiven Auslegung des § 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB, hat A hier keine gefährliche Körperverletzung begangen. Denn die unmittelbar durch die Berührung des Pkw herbeigeführte Verschlechterung des Gesundheitszustandes war geringfügig.

In der Literatur wird die von der Rechtsprechung vertretene Einschränkung teilweise abgelehnt. Ausreichend sei, dass die Werkzeugverwendung des Täters das Risiko schafft, dass Verletzungen, die durch die Werkzeugverwendung verursacht werden, gravierend sind.<sup>9</sup> Jede Verletzung, die sich als Verwirklichung dieses Risikos erweist, reicht zur Erfüllung des Qualifikationstatbestandes aus. Das Anfahren eines Fußgängers mit einem Pkw begründet die Gefahr, dass der Fußgänger entweder (1.) unmittelbar durch die Berührung mit dem Fahrzeug oder (2.) durch den Zusammenprall mit einer harten Substanz infolge eines von dem Fahrzeug gegebenen Anstoßes oder (3.) durch den Zusammenprall mit einer harten Substanz infolge einer von dem Fahrzeug herausgeforderten Ausweichbewegung erheblich verletzt wird. Auf der Grundlage dieser Auslegung hat A den Tatbestand der §§ 223, 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB erfüllt.

#### 2. Rechtswidrigkeit

Die Tat könnte durch Notwehr (§ 32 StGB) gerechtfertigt sein. Der Diebstahl der Handtasche ist ein Angriff des S auf das Eigentum der A. Der Angriff war rechtswidrig. Zur Gegenwärtigkeit des Angriffs bedarf es einer Argumentation, die vor allem die Irrelevanz der tatbestandlichen Vervollendung des Diebstahls für die Gegenwärtigkeits-Frage akzentuiert. Der Angriff eines Diebes auf das Eigentum des Bestohlenen ist so lange gegenwärtig, wie der Täter die Beute noch nicht gesichert hat. Der gesamte Abtransport der Beute vom Tatort bis zum Zielort (also bis zur „Beendigung“ des Diebstahls) ist deshalb grundsätzlich ein noch gegenwärtiger Angriff.<sup>10</sup> Die weiteren Notwehrvoraussetzungen sind erfüllt. Insbesondere ist die Handlung der A eine „Verteidigung“. Dass die Handlung nicht nur die Gesundheit des Angreifers S, sondern auch noch die Sicherheit des Straßenverkehrs beeinträchtigte, ist bei der auf §§ 223, 224 StGB bezogenen Notwehrprüfung unerheblich (anders bei § 315 b StGB, unten

---

<sup>8</sup> BGH NStZ 2006, 572 (573).

<sup>9</sup> Stam NStZ 2016, 713 ff.

<sup>10</sup> Kühl, AT, § 7 Rn. 46; Rengier, AT, § 18 Rn. 25.

II.). Gründe für eine Verneinung der „Gebotenheit“ der Notwehr (§ 32 Abs. 1 StGB) sind nicht ersichtlich.

## II. Gefährlicher Eingriff in den Straßenverkehr

### 1. Tatbestandsmäßigkeit

Die Erfüllung des Tatbestandes des § 315 b Abs. 1 StGB ist problematisch, weil A nicht „von außen“ in den Verkehrsraum eingegriffen hat, sondern sich als Verkehrsteilnehmerin im Innenbereich des Straßenverkehrs befand. Gefährdungen der Verkehrssicherheit durch gefährliches Verhalten von Verkehrsteilnehmern sind grundsätzlich entweder gemäß § 315 c StGB strafbar oder straflos (und nur als Ordnungswidrigkeit mit Geldbuße ahndbar, vgl. § 49 StVO). Ausnahmsweise kann auch ein „Inneneingriff“ den Tatbestand des § 315 b StGB erfüllen. Das ist der Fall, wenn der Täter sein Fahrzeug wie eine Waffe benutzt, also „zweckentfremdet“, die Teilnahme am Verkehr „pervertiert“ und das alles mit der Absicht, einem anderen mittels einer groben Einwirkung von einigem Gewicht Schaden zuzufügen.<sup>11</sup> Der Täter muss Schädigungsvorsatz haben, Gefährdungsvorsatz genügt nicht.<sup>12</sup> Das in der Entscheidung geschilderte Verhalten der A erfüllt alle diese Voraussetzungen. Über den Grundtatbestand hinaus kommt auch eine Qualifikation gem. § 315 b Abs. 3 iVm § 315 Abs. 3 Nr. 1 a StGB (Absicht, einen Unglücksfall herbeizuführen) in Betracht.

### 2. Rechtswidrigkeit

Die Tat der A könnte durch Notwehr (§ 32 StGB) und durch Notstand (§ 34 StGB iVm § 228 BGB) gerechtfertigt sein.

#### a) Notwehr

Zur Notwehrlage wurde schon oben bei §§ 223, 224 StGB Stellung genommen. Im Kontext des § 315 b Abs. 1 StGB ist problematisch, ob die Abwehrhandlung der A die Eigenschaft einer „Verteidigung“ hat. Verteidigung ist allein die Verletzung von Rechtsgütern des Angreifers – hier des S.<sup>13</sup> Werden noch Rechtsgüter von unbeteiligten Dritten beeinträchtigt, hat die Handlung insoweit nicht die Qualität einer Verteidigung.<sup>14</sup> Das ist auch der Fall, wenn die Tat überindividuelle Rechtsgüter der Allgemeinheit beeinträchtigt.<sup>15</sup> Eine Handlung, die den Tatbestand des § 315 b StGB verwirklicht, beeinträchtigt Individualrechtsgüter (Komponente konkrete Gefährdung, hier des S) und ein überindividuelles Rechtsgut, die Sicherheit des Straßenverkehrs. Die Allgemeinheit ist nicht Angreifer, folglich ist die Gefährdung der Allgemeinheit keine Verteidigung. Die Rechtfertigung eines Eingriffs in den Straßenverkehr durch Notwehr ist deshalb grundsätzlich nicht möglich.

Ausnahmsweise kann man aber eine „Teilrechtfertigung“ des Eingriffs durch Notwehr vertreten, wenn die einzige Person, die oder deren Rechtsgut durch den Eingriff konkret gefährdet wird, der Angreifer ist. Diesem gegenüber hat die Tat die Eigenschaft einer Verteidigung. Daher wird das Unrecht des Eingriffs in den Straßenverkehr teilweise aufgehoben. Es handelt sich nur noch um einen rechtswidrigen Eingriff in den Straßenverkehr

---

<sup>11</sup> Rengier, BT II, § 45 Rn. 14 ff.

<sup>12</sup> Rengier, BT II, § 45 Rn. 18.

<sup>13</sup> Rengier, AT, § 18 Rn. 31.

<sup>14</sup> Kühl, AT, § 7 Rn. 84.

<sup>15</sup> Brüning ZJS 2013, 511 (513).

ohne rechtswidrige Gefährdung von Leib oder Leben eines anderen Menschen. Teil-Unrecht ist keine tragfähige Grundlage für eine Bestrafung aus § 315 b StGB.<sup>16</sup>

## b) Notstand

Folgt man der Argumentation mit der „Teilrechtfertigung“ nicht, scheidet Rechtfertigung durch Notwehr aus.<sup>17</sup> Dann muss man Rechtfertigung durch Notstand prüfen. Zu beachten ist dabei, dass es sich teilweise um eine Defensiv-Notstandslage (Muster: § 228 BGB) handelt, nämlich hinsichtlich der Gefährdung des S. Dieser hat mit seinem Diebstahl die Gefahrenlage herbeigeführt, die Abwendungshandlung der A richtet sich also gegen den Gefahrverursacher. Das verbessert die Stellung der A in der Interessenabwägungs-Konstellation.

## Entscheidung 5

### A. Einführung

Erneut handelt es sich um eine Entscheidung zu einem Fall, bei dem Drogen Objekte von Eigentums- und Vermögensdelikten sind (dazu schon in Entscheidung 2020-I-2). Nach der h. M. können Straftaten wie Diebstahl, Raub, Erpressung, Betrug in Bezug auf illegale Drogen begangen werden. Bei Straftaten wie Erpressung und Betrug, wo im objektiven Tatbestand ein Vermögensschaden verursacht worden sein muss, wird das von der h. M. mit dem „wirtschaftlichen Vermögensbegriff“ begründet.

Ein weiterer Aspekt, der in Fällen häufig auftaucht, ist die Beteiligung mehrerer Personen an der Tat, hier R und O. Es empfiehlt sich, zunächst die Strafbarkeit des R zu erörtern. Damit schafft man Bezugspunkte und Voraussetzungen für die anschließende Erörterung der Strafbarkeit des O, die ohne Bezugnahme auf die Tat des R nicht möglich ist.

Dass sich R und O vor dem Eintritt in die Tatausführungsphase schon verabredet haben, ist – sofern die Verabredung ein Verbrechen betrifft – im Rahmen des § 30 StGB relevant. Auch dieser Aspekt ist bereits in anderen Entscheidungen begegnet. Wegen der Subsidiarität des § 30 StGB geht man auf diese Bestrafungsgrundlage erst am Ende des Gutachtens ein.

### B. Strafbarkeit des R

#### I. Raub

Da man stets mit dem schwersten Delikt beginnen soll, steht hier die Prüfung eines Raubes (§ 249 StGB) am Anfang. Die Verwendung des Tierabwehrsprays gegen G ist ein Akt der Gewalt gegen die Person. R hat dem G Sachen weggenommen. Zwischen der Gewalt und der Wegnahme besteht ein Finalzusammenhang. Das geschah vorsätzlich und mit Zueignungsabsicht. Die Strafbarkeit des R aus § 249 StGB lässt sich also leicht feststellen. Durch die Benutzung des Tierabwehrsprays hat R auch die Qualifikationsvarianten § 250 Abs. 1 Nr. 1 a, Abs. 2 Nr. 1 StGB erfüllt.

---

<sup>16</sup> Mitsch JuS 2014, 593 (596); Rengier AT, § 18 Rn. 32a.

<sup>17</sup> Brüning ZJS 2013, 511 (517).

## II. Sonstige Straftatbestände

R hat weiterhin gefährliche Körperverletzung (§§ 223, 224 Abs. 1 Nr. 2, Nr. 4 StGB), Hausfriedensbruch (§ 123 Abs. 1 StGB), Nötigung (§ 240 StGB), Diebstahl (§§ 242, 244 Abs. 1 Nr. 1 a, Nr. 3 StGB) und Unterschlagung (§ 246 StGB) begangen. Nötigung, Diebstahl und Unterschlagung treten hinter dem Raub zurück.

## C. Strafbarkeit des O

### I. Raub

R und O sind hinsichtlich der Wegnahme von Sachen (§ 242 StGB) Mittäter, § 25 Abs. 2 StGB. Ob die Mittäterschaft auch den Straftatbestand Raub (§ 249 StGB) umfasst, ist jedoch fraglich.

Bei der Prüfung der Strafbarkeit des O ist auf der Grundlage des in der Entscheidung skizzierten Sachverhalts davon auszugehen, dass die Anwendung des Tierabwehrsprays gegen G durch R die einzige Handlung ist, durch die die Nötigungskomponente des Raubtatbestandes erfüllt worden sein kann. Andere Nötigungshandlungen (Gewalt, Drohung) werden von der Entscheidung nicht berichtet. Das bedeutet, dass eine Strafbarkeit des O wegen Raubs allein unter der Voraussetzung möglich ist, dass der Einsatz des Sprays durch R dem O zuzurechnen ist.

O hat selbst gegen G keine Gewalt verübt. Der Einsatz des Tierabwehrsprays durch R kam für O überraschend. Die Mitnahme und Verwendung eines solchen Mittels war offenbar vorher nicht verabredet worden. Daher könnte diese Handlung des R aus der Perspektive des O ein „Exzess“ des Mittäters R sein. Allerdings kann ein gemeinsamer Tatentschluss während der Ausführung der Tat erweitert werden.<sup>18</sup> Das wäre z. B. unproblematisch der Fall, wenn R und O in die Wohnung des G eingedrungen wären, R sich mit O kurz darüber verständigt hätte, dass gegen G zur Ermöglichung oder Erleichterung der Wegnahme mit dem Tierabwehrspray Gewalt angewendet wird und anschließend R dem G mit dem Tierabwehrspray ins Gesicht gesprüht hätte.<sup>19</sup> Das wäre dann auch dem O zuzurechnen. Hier aber hatte der R zunächst einmal ohne Wissen des O mit dem Spray gegen G Gewalt verübt und danach dann keine weiteren Gewaltakte gegen G ausgeführt. Eine Erweiterung des gemeinsamen Tatentschlusses – insbesondere auch im Hinblick auf die Qualifikation § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB – kann somit erst zustande gekommen sein, nachdem R die qualifizierende Gewalthandlung schon ausgeführt hatte.

Nach Ansicht des BGH ist diese Zurechnung ohne Weiteres auf Grundlage der Figur „sukzessive Mittäterschaft“ möglich. Dazu werden in der Entscheidung auch keine begründenden Ausführungen gemacht (vgl. S. 514, li. Sp. Rn. 7).

Die Literatur lehnt diese extensive Definition der sukzessiven Mittäterschaft durch die Rechtsprechung ab. Eine Zurechnung schon abgeschlossener Akte – wie hier die Gewalt des R – auf der Grundlage von Zurechnungsvoraussetzungen, die erst nach Vollzug des zuzurechnenden Aktes entstanden sind, ist nicht möglich.<sup>20</sup> Das ergibt sich schon aus der Lehre vom – unbeachtlichen – dolus subsequens. Vorsatz bzgl. „Gewalt“ konnte O hier allein in

---

<sup>18</sup> B. Heinrich AT, Rn. 1236; Rengier AT, § 44 Rn. 35.

<sup>19</sup> Rengier AT, § 44 Rn. 37.

<sup>20</sup> Rengier BT I, § 7 Rn. 47; anders B. Heinrich AT, Rn. 1239, wenn die Gewalt noch „fortwirkt“, während der sukzessiv hinzukommende Mittäter sich beteiligt.

Bezug auf die schon verübte Gewalt des R haben, weil danach keine weiteren Gewalthandlungen vollzogen wurden. Hätte O selbst „aus Versehen“ gegen G Gewalt verübt und diese nachträglich „gebilligt“, würde das keinen Gewaltvorsatz des O begründen können. Die Regel, die für eigene Gewaltakte gilt, kann hinsichtlich der Gewaltakte eines Mittäters nicht unbeachtlich sein. Einen „rückwärtsgewandten“ Vorsatz gibt es nicht.<sup>21</sup>

Dass O die durch die Gewalt des R geschaffene Lage des G zur Wegnahme ausgenutzt hat, vermag den Raubtatbestand nicht zu erfüllen.

## **II. Sonstige Straftatbestände**

O hat sich wegen Diebstahls und Hausfriedensbruchs strafbar gemacht.

Eine Strafbarkeit wegen gefährlicher Körperverletzung (§§ 223, 224 Abs. 1 Nr. 2, Nr. 4 StGB) wird selbst vom BGH abgelehnt. Zu diesem Straftatbestand argumentiert das Gericht zutreffend, dass bereits abgeschlossene Handlungen nicht nachträglich über die „sukzessive Mittäterschaft“ zugerechnet werden können. Konsequenz wäre es, diesen Gedanken auch auf den Raubtatbestand zu übertragen (oben).

## **Entscheidung 6**

### **Strafbarkeit des A**

#### **I. Alkoholisierung**

A hat vor der Tat erhebliche Mengen Wodka getrunken. Es wurde nicht mitgeteilt, welche Blutalkoholkonzentration daraus resultiert, ob A infolge des genossenen Alkohols schuldunfähig (§ 20 StGB) war. Je nachdem, ob A alkoholbedingt schuldunfähig war oder nicht, wäre die Strafbarkeit auf der Grundlage der *actio libera in causa* oder des Straftatbestandes „Vollrausch“ (§ 323 a StGB) zu würdigen.

#### **II. Straftatbestände**

##### **1. Mordversuch**

a) A hat sich auf jeden Fall wegen versuchten Totschlags (§§ 212, 22 StGB) strafbar gemacht. Obwohl er mehrere Menschen töten wollte, ist es aber nur eine Tat (§ 52 StGB).

b) A könnte aber auch den Tatbestand des versuchten Mordes (§§ 211, 22 StGB) verwirklicht haben. Es kommen die Mordmerkmale Heimtücke, niedrige Beweggründe und gemeingefährliches Mittel in Betracht.

c) Die Entscheidung setzt sich nur mit dem Mordmerkmal „mit gemeingefährlichen Mitteln“ auseinander. Der BGH legt dar, dass weder das verwendete Mittel „Feuer“ noch die Anzahl der angegriffenen Opfer allein dieses Mordmerkmal zu erfüllen vermag. Notwendig sei, dass sich die freigesetzte lebensvernichtende Energie der Beherrschung und Begrenzung des Täters

---

<sup>21</sup> Rengier AT, § 14 Rn. 60.

entzieht, er also die Wirkung des Mittels nicht so dosieren und begrenzen kann, dass außer den von ihm ausgewählten Opfern keine weiteren Personen („unbeteiligte Dritte“) in Lebensgefahr geraten. Zentrales Kriterium der Gemeingefährlichkeit ist daher die Eigendynamik, die das Mittel entfaltet, sobald es der Täter aus seinem Herrschaftsbereich entlassen hat.

Keine Gemeingefährlichkeit, sondern nur eine „schlichte Mehrfachtötung“ liegt hingegen vor, wenn der Täter ohnehin alle Menschen, die in den Wirkungsbereich seines Tötungsmittels geraten oder geraten können, töten will. Dann gibt es keine „unbeteiligten Dritten“ und keinen Wirkungsbereich, der jenseits des vom Täter beherrschten Geschehensverlaufs liegt. Um eine solche Situation handelt es sich nach Ansicht des BGH hier. Daher habe A nicht versucht, mit gemeingefährlichen Mitteln zu töten. Die Erläuterungen des Mordmerkmals „Gemeingefährlichkeit“ in Lehrbüchern und Kommentaren decken sich im Wesentlichen mit der hier vom BGH zugrunde gelegten Definition.

Von einigen Autoren wird diese Interpretation der „Gemeingefährlichkeit“ und ihre Gegenüberstellung mit der „schlichten Mehrfachtötung“ als Wertungswiderspruch kritisiert. Tatsächlich ist schwer einzusehen, dass „nur“ Totschlag begeht, wer mit „einem Schlag“ (z. B. mit einer Bombe) alle Menschen in einem Raum oder Gebäude (z. B. alle Teilnehmer eines Gottesdienstes in einer Kirche) töten will, dagegen derjenige Mord begeht, der mit demselben Tötungsmittel nur einen bestimmten Menschen – und die anderen nicht – töten will.

Informativ zu diesem Problem *Schneider*, in: Münchener Kommentar zum StGB, Bd. 4, 3. Aufl. 2017, § 211 Rn. 127. Schneider selbst folgt der h. M.

## **2. Brandstiftung**

Das Inbrandsetzen des Hauses erfüllt zahlreiche Brandstiftungstatbestände:

\*Brandstiftung, § 306 Abs. 1 Nr. 1 StGB

\*Schwere Brandstiftung, § 306 a Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 StGB

\*(Zumindest versuchte) Besonders schwere Brandstiftung, § 306 b Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 StGB (iVm § 22 StGB); evtl. § 306 b Abs. 2 Nr. 2 StGB

\*Versuchte Brandstiftung mit Todesfolge, §§ 306 c, 22 StGB

## **3. Körperverletzung**

Die von A verursachte Gesundheitsbeeinträchtigung durch die Rauchgase begründet Strafbarkeit wegen gefährlicher Körperverletzung gem. §§ 223, 224 Abs. 1 Nr. 1, Nr. 5 StGB.

## **4. Sachbeschädigung**

Hinsichtlich des Hauses hat A die Sachbeschädigungstatbestände § 303 StGB und § 305 StGB verwirklicht. Diese treten aber hinter § 306 Abs. 1 Nr. 1 StGB zurück.

Da sicher auch bewegliche Sachen in dem Haus beschädigt oder zerstört worden sind, ist auch insoweit Strafbarkeit aus § 303 StGB begründet.

## **5. Hausfriedensbruch**

Da A zur Entzündung des Feuers das Innere des Hauses betreten hat, ist er in eine Wohnung eingedrungen und hat sich aus § 123 Abs. 1 Alt. 1 StGB strafbar gemacht.

## **Entscheidung 7**

### **A. Einführung**

#### **I. Vorfeldstrafbarkeit**

Erneut handelt es sich um einen Fall mit mehreren Beteiligten, die sich schon vor der Ausführung ihrer Tat dazu verabredet haben. Also ist § 30 StGB in den Blick zu nehmen. Diese Vorschrift bezieht sich in allen Varianten auf ein Verbrechen iSd § 12 Abs. 1 StGB. Die Verabredung zu einem Vergehen (§ 12 Abs. 2 StGB) genügt also nicht. Dass Gegenstand der gemeinsamen Planung ein Verbrechen sein könnte, erkennt man nicht sofort. Denn es ist nicht davon die Rede, dass gegen Menschen Gewalt angewendet oder Drohungen mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben ausgesprochen werden sollen. Für Raub (§ 249 StGB) und räuberische Erpressung (§§ 253, 255 StGB) – typische Bezugstaten des § 30 StGB – gibt es also im Sachverhalt keine Anhaltspunkte. Aber Verbrechenstatbestände finden sich auch im Bereich des Diebstahls (§§ 242 ff StGB). Zu dem Verbrechenstatbestand schwerer Bandendiebstahl (§ 244 a StGB) ist vor kurzem der Verbrechenstatbestand Wohnungseinbruchsdiebstahl in Bezug auf dauerhaft genutzte Privatwohnungen (§ 244 Abs. 4 StGB) hinzugekommen. Hier könnte es also einen Anknüpfungspunkt für § 30 StGB auch geben, wenn A, B und C keine „Bande“ iSd § 244 a StGB sein sollten. Umgekehrt: wenn die Wohnung des O die Voraussetzungen des § 244 Abs. 4 StGB nicht erfüllt, käme § 30 StGB in Verbindung mit § 244 a StGB zur Anwendung, vorausgesetzt A, B und C bilden eine Bande. Wie immer ist § 30 StGB subsidiär und daher im Gutachten an das Ende zu stellen.

#### **II. Vorbereitung oder Versuch**

Die Bemühungen der Täter sind letztlich erfolglos geblieben. Vollendeten Diebstahl haben sie nicht begangen. Bestrafungsgrundlage kann also nur versuchter Diebstahl (§§ 242, 22 StGB) sein. Hauptproblem ist das unmittelbare Ansetzen zur Tatbestandsverwirklichung, § 22 StGB. Beachtlich ist des Weiteren, dass Prüfungsmaßstab ein qualifizierter Diebstahlstatbestand oder ein besonders schwerer Fall des Diebstahls (§ 243 StGB) sein könnte. Auch die Beteiligung mehrerer an der Tat könnte eine Rolle spielen. Auszugehen ist davon, dass A, B und C Mittäter (§ 25 Abs. 2 StGB) sind. Für eine Aufteilung der Tatanteile, die eine Differenzierung zwischen Tätern und Teilnehmern (§§ 26, 27 StGB) erforderlich machen würde, gibt der Sachverhalt nichts her. Der mittäterschaftliche Versuch unterliegt eigenen speziellen Regeln, was hier entscheidungserheblich sein könnte.

## **B. Strafbarkeit von A, B und C**

### **I. Diebstahlstatbestände**

A, B und C könnten wegen versuchten Diebstahls in Mittäterschaft (§§ 242, 22, 25 Abs. 2 StGB) oder wegen versuchten Wohnungseinbruchsdiebstahls in Mittäterschaft (§§ 242, 244 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 4, 22, 25 Abs. 2 StGB) strafbar sein.

#### **1. Versuchter Diebstahl in Mittäterschaft, §§ 242, 22, 25 Abs. 2 StGB**

Geht man davon aus, dass alle drei Mittäter erst einmal in das Haus eindringen, dort nach attraktiven Beutegegenständen suchen und diese dann mitnehmen wollten, kann für keine der drei ein unmittelbares Ansetzen zur Verwirklichung des Diebstahlstatbestandes angenommen werden. Das unmittelbare Ansetzen müßte sich auf die Wegnahme beziehen, also ein Ansetzen zu einer Handlung sein, mit der fremder Gewahrsam gebrochen würde. Dazu müßten die Täter aber bereits konkrete Sachen anvisiert und sich diesen so stark angenähert haben, dass praktisch mit dem nächsten Handgriff der Bruch des Gewahrsams an einer solchen Sache begänne. Hier aber ist es den Tätern nicht einmal gelungen, in das Innere des Hauses zu gelangen. Es bedurfte deshalb noch zahlreicher „Zwischenakte“ bis zum Beginn der Wegnahmehandlung.

Anders wäre es vielleicht, wenn die Täter von außen durch die Fensterscheibe in dem Raum schon Sachen erblickt hätten, die sie mitnehmen wollen und bis zu deren Ergreifen es außer der Öffnung der Tür keiner weiteren „Zwischenakte“ bedurft hätte. Wenn die Täter hingegen erst einmal verschiedene Räume durchsuchen und dabei stehlebenswerte Sachen finden wollten, ist die Entfernung vom Versuch des Aufbrechens der Tür bis zum ersten Ergreifen einer Sache zu groß.

Da die drei Mittäter zusammen und synchron gehandelt haben, kommen besondere Versuchsbeginnsregeln der Mittäterschaft („Einzellösung“ oder „Gesamtlösung“) nicht zum Tragen.<sup>22</sup>

#### **2. Versuchter Wohnungseinbruchsdiebstahl in Mittäterschaft, §§ 242, 244 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 4, 22, 25 Abs. 2 StGB**

Im Licht des Tatbestandes „Wohnungseinbruchsdiebstahl“ könnte die Entscheidung zum unmittelbaren Ansetzen anders ausfallen. Denn § 22 StGB stellt auf unmittelbares Ansetzen zur „Tatbestandverwirklichung“ ab. Es kommt also immer auf den Tatbestand an, den man prüft. „Diebstahl“ und „Wohnungseinbruchsdiebstahl“ sind verschiedene Tatbestände, Es könnte also sein, dass in Bezug auf den Tatbestand Wohnungseinbruchsdiebstahl das unmittelbare Ansetzen bejaht werden kann, obwohl in Bezug auf den Tatbestand Diebstahl das unmittelbare Ansetzen verneint werden musste. Grund dafür könnte sein, dass beim Wohnungseinbruchsdiebstahl (§§ 242, 244 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 4 StGB) zum Tatbestand nicht nur die Wegnahme, sondern auch das Einbrechen oder Einsteigen in die Wohnung gehört. Im vorliegenden Fall kann man ohne Weiteres ein unmittelbares Ansetzen aller drei Mittäter zur Verwirklichung des Tatbestandsmerkmals „Einbrechen in eine Wohnung“ bejahen. Dennoch ist dieses unmittelbare Ansetzen zur Verwirklichung eines Tatbestandsmerkmals kein unmittelbares Ansetzen zur Verwirklichung des Tatbestandes! Denn das Merkmal „Einbrechen“ ist ein qualifizierendes Merkmal, das nicht zum Grundtatbestand Diebstahl (§ 242 Abs. 1 StGB) gehört. Unmittelbares Ansetzen zur Verwirklichung des

---

<sup>22</sup> Instruktiv dazu Fall Nr. 228 bei *Kudlich* Prüfe dein Wissen Strafrecht Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 2016 (S. 181).

Qualifikationstatbestandes ist aber nur über ein unmittelbares Ansetzen zur Verwirklichung des Grundtatbestandes möglich.<sup>23</sup> Es ist nicht möglich, dass eine Tat unmittelbares Ansetzen zur Verwirklichung des Qualifikationstatbestandes ist, obwohl dieselbe Tat noch kein unmittelbares Ansetzen zur Verwirklichung des Grundtatbestandes ist. Konkret bedeutet dies für den Versuch des Wohnungseinbruchsdiebstahls gem. §§ 242, 244 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 4, 22 StGB: die Tat muss ein unmittelbares Ansetzen zur Verwirklichung des Diebstahlstatbestandes (§ 242 StGB) sein, also ein unmittelbares Ansetzen zur Verwirklichung des Diebstahlsmerkmals „Wegnahme“.

Dasselbe gilt für den Versuch eines Diebstahls in einem besonders schweren Fall gem. §§ 242, 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 1, 22 StGB: das Ansetzen zum Einbrechen oder Einsteigen ist noch kein tatbestandsmäßiger Versuchsbeginn.<sup>24</sup>

## II. Sonstige Straftatbestände

Da die Täter immerhin schon auf die Terrasse des Wohnhauses gelangt sind, könnte ihre Tat Hausfriedensbruch (§ 123 Abs. 1 Alt. 1 StGB) sein. Außerdem ist das Durchbohren des Holzrahmens eine Sachbeschädigung (§ 303 StGB).

## Entscheidung 8

### A. Einführung

Der Sachverhalt ist recht kompliziert und die strafrechtliche Würdigung aufwendig und schwierig. Es sind die einzelnen Tatsachen mehrerer verschiedener Geschehenskomplexe und Handlungen sorgfältig zu erfassen und es kommen dabei als strafrechtlicher Bewertungsmaßstab viele Strafvorschriften zur Anwendung. Man muss sich bei der Bearbeitung eines solchen Falles viel Zeit mit der Erfassung des Sachverhaltes und der Suche nach den passenden Straftatbeständen lassen. Dabei sollte man sich sogleich bei der Lektüre des Aufgabentextes die Strafvorschriften notieren, die einem als geeignete Bestrafungsgrundlagen in den Sinn kommen. Anschließend kann man dann an die Ordnung und Systematisierung des Materials gehen.

Das Ergebnis eines ersten Durchlesens des Falltextes könnte folgendermaßen aussehen:

Am Tattag trafen sich K und S, der seinen Bruder F als Verstärkung mitgebracht hatte, auf einem Parkplatz nahe dem Wohnhaus des N. Alle waren sich darüber im Klaren, dass es darum ging, von N die Nennung des Standorts der Plantage durch Drohung oder Gewalt zu erzwingen. Die einzelnen Zwangsmittel wurden nicht besprochen, sondern den vor Ort agierenden Tätern überlassen. Außerdem sollte der N bis zum „Leerräumen“ der Plantage über mehrere Stunden festgehalten werden. K nannte den Brüdern S und F den Namen und die Adresse des N.

*Planung von K, S und F: Drohung, Gewalt, „Leerräumen“. könnte § 30 StGB sein. Verbrechen ? evtl. §§ 249, 253, 255, vielleicht auch §§ 239 a, 239 b StGB. Verabredung von Nötigung (§ 240) reicht nicht, kein Verbrechen.*

---

<sup>23</sup> Rengier AT, § 34 Rn. 60.

<sup>24</sup> Vgl. Fall Nr. 224 bei Kudlich PdW Strafrecht AT (S. 178).

Rauschgift taugliches Tatobjekt von Raub, Erpressung usw. ??? Wem gehören sie Sachen auf der „Plantage“ ?

S und F begaben sich zum Wohnhaus des N und klingelten. Als N die Wohnungstür öffnete, drängten sie ihn in die Wohnung, klebten ihm den Mund mit Klebeband zu, fesselten ihn und fragten ihn nach dem Ort der Plantage. Als N angab, nichts von einer Plantage zu wissen, schlugen S und F mehrfach auf ihr Opfer ein. S informierte daraufhin den K telefonisch, dass N nichts wisse. Als K entgegnete, dass dies nicht sein könne, äußerte S, dass er dann anders agieren müsse. Nachdem auch weitere Schläge nicht die erhoffte Wirkung gezeigt hatten, nahm F eine im Raum befindliche Schere, hielt sie dem N vor und drohte ihm damit, seine Finger einzeln abzuschneiden. N, der unter dem Eindruck der körperlichen Misshandlungen Todesangst hatte, wusste sich schließlich nicht anders zu helfen, als den Brüdern eine fiktive Örtlichkeit zu nennen.

Eindringen in die Wohnung des N : § 123

Fesselung : § 239

Schlagen: § 223, 224 Abs. 1 Nr. 4, § 240, wegen Ziel „Plantage leerräumen“ evtl. § 249 oder §§ 253, 255, Versuch (§ 22)

Festhalten insgesamt: §§ 239 a, 239 b

Schere, angedrohtes Fingerabschneiden : § 241 iVm § 226

Während F den N weiter in der Wohnung festhielt, ging sein Bruder S zu dem in der Nähe wartenden K. Gemeinsam machten sie sich mit dem Auto auf den Weg zu dem von N genannten Ort und hielten telefonisch Kontakt zu F. Noch während der Suche gelang es dem N, sich aus der Wohnung zu befreien und die Polizei zu verständigen. Die von F telefonisch über die Flucht informierten K und S gaben schließlich die Suche nach der Plantage auf.

Versuchter Raub ? Rücktritt ?

Hat man den Fall intensiv durchdacht, kristallisieren sich folgende Themen heraus:

1. Beteiligung mehrerer Personen: Es muss geklärt werden, welche Positionen im System der §§ 25 – 27 StGB die einzelnen Beteiligten besetzen.
2. Das Tatziel „Auffinden der Plantage und deren Leerräumen“ wurde nicht erreicht. Daher ist eine Abgrenzung von Vollendung, Versuch und Vorbereitung notwendig.
3. Vorbereitung: ist nach geltendem Strafrecht auf der Grundlage von § 30 StGB strafbar. Liegt in der Chronologie eines Falles immer am Anfang, steht im Gutachten aber am Ende und ist subsidiär.
4. Welche Straftatbestände stehen im Mittelpunkt ?

Unproblematisch und eher peripher sind Hausfriedensbruch (§ 123 StGB) durch das Eindringen in die Wohnung des N, gefährliche Körperverletzung durch Schlagen (§§ 223, 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB), Nötigung (§ 240 StGB), Freiheitsberaubung durch Fesselung (§ 239 StGB) und Bedrohung mit der Schere (§ 241 Abs. 1 StGB iVm § 226 Abs. 1 Nr. 2 StGB).

Problematisch sind versuchter schwerer Raub oder versuchte schwere räuberische Erpressung bzgl. Plantage (§§ 249, 250, 22 StGB; §§ 253, 255, 250, 22 StGB) sowie erpresserischer Menschenraub (§ 239 a StGB) und Geiselnahme (§ 239 b StGB).

## **B. Strafbarkeit von S und F**

1. Man kann bezüglich sämtlicher Straftatbestände davon ausgehen, dass S und F als Mittäter (§ 25 Abs. 2 StGB) gehandelt haben.

2. S und F haben sich gewaltsam Einlass in die Wohnung des N verschafft. Das ist Hausfriedensbruch, § 123 Abs. 1 StGB. Auf § 123 StGB ist am Ende des Gutachtens noch einmal bei den Konkurrenzen zurück zu kommen. Auf das Erfordernis eines Strafantrags (§ 123 Abs. 2 StGB) sollte man bei der Formulierung des Ergebnisses („S und F haben sich aus § 123 Abs. 1 StGB strafbar gemacht“) kurz hinweisen.

3. Anschließend fesselten sie den N und fragten ihn nach der Plantage. Die Fesselung ist Freiheitsberaubung (§ 239 Abs. 1 StGB). Außerdem ist die Fesselung, die N gewiss nicht ohne Widerstand hat über sich ergehen lassen, Gewalt und somit ein Mittel der Nötigung (§ 240 StGB). S und F haben versucht, den N mit dieser Gewalt zur Preisgabe des Verstecks zu nötigen. Sie haben daher versuchte Nötigung begangen, §§ 240, 22 StGB. Dieser Tatbestand tritt aber zurück, wenn z. B. versuchter Raub oder versuchte räuberische Erpressung (unten 4.) oder erpresserischer Menschenraub (unten 5.) erfüllt ist.

4. Das Schlagen ist ebenfalls Gewalt und somit Teil der versuchten Nötigung. Darüber hinaus Körperverletzung (§ 223 StGB) und zwar gefährliche Körperverletzung (§§ 223, 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB), weil S und F den N gemeinsam misshandelt haben. Man könnte an die Fesselung anknüpfend auch auf die Idee kommen, dass die Körperverletzung „mittels eines gefährlichen Werkzeugs“ begangen wurde. Zwar kann ein Seil, mit dem das Opfer gefesselt wird, gefährliches Werkzeug sein. Es kommt dabei aber auf die konkrete Verwendungsart an (z. B. Zuziehen einer Schlinge um den Hals). Das Seil müßte unmittelbar gesundheitsschädigende Wirkung entfalten, was nicht der Fall ist, wenn seine Funktion – wie hier – sich darin beschränkt, das Opfer zu fixieren und am Widerstand zu hindern.

Endziel des Tatvorhabens war, den Ort der Cannabis-Plantage zu erfahren, sich dorthin zu begeben und alle Sachen mitzunehmen („leerräumen“). Auf Grund der Involvierung der Gewalt in dieses Vorhaben kommt (versuchter) Raub oder räuberische Erpressung in Betracht. Da die Plantage nicht gefunden wurde, scheidet Vollendung aus. Zu prüfen ist daher versuchter Raub (§§ 249, 22 StGB), wobei Qualifikationen gem. § 250 StGB in Betracht kommen.

Zur Abgrenzung von Raub und räuberischer Erpressung im vorliegenden Fall ist folgendes hervorzuheben: die Täter wollten, nachdem ihnen N den Ort der Plantage preisgegeben hat, dorthin fahren und die Sachen mitnehmen. Das wäre eine Wegnahme gewesen. Dass dabei eine aktive Handlung des N mitgewirkt hat, nämlich die Information über den Ort, wo die Plantage zu finden ist, ändert an der Einordnung der Tat in den Tatbestand des Raubes nichts. Die Tat wurde auf Grund dieser Mitwirkung des N nicht zu einer räuberischen Erpressung, weil mit der Information über den Standort der Sachen noch keine Gewahrsamsübertragung und somit auch keine Vermögensverfügung vollzogen wurde. N bleibt Inhaber des Gewahrsams an der Plantage, bis die Täter den Ort aufgesucht und damit begonnen haben, die Plantage „leerzuräumen“. Zu prüfen ist daher versuchter schwerer Raub, §§ 249, 250, 22 StGB.

Versteht man den Sachverhalt so, dass das geplante „Leerräumen“ der Plantage auch Cannabispflanzen umfassen sollte, muss man im subjektiven Tatbestand (Tatentschluss) Stellung nehmen zu der Frage, ob Betäubungsmittel, durch deren Besitz sich jemand gem. § 29 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 StGB strafbar macht, taugliche Tatobjekte von Raub sein können. Das wird von der h. M. bejaht, obwohl es gewichtige Gegenargumente gibt. Schließt man sich der h. M. an, muss man bei der Strafbarkeitsvoraussetzung „Vorsatz bzgl. Fremdheit der Sache“ klären, wer überhaupt Eigentümer der Sachen ist, ob es überhaupt möglich ist, Eigentümer an Cannabis zu werden. Als Eigentumserwerbstatbestand kommt hier § 953 BGB in Betracht. N ist also Eigentümer der Pflanzen.

In erster Linie wollten die Täter die „technischen Ausrüstungsgegenstände“ der Plantage mitnehmen. Laut Sachverhalt sind diese dem V entwendet worden. Eigentümer ist also nicht N, sondern V. Das ändert zwar nichts an der Fremdheit dieser Sachen für S und F. Es schließt aber die Erfüllung des subjektiven Tatbestandsmerkmals „Zueignungsabsicht“ aus. Da S und F mit ihrer Tat die Rückführung der angeblich dem V gestohlenen Sachen zu ihrem Eigentümer beabsichtigten, hatten sie keinen Enteignungsvorsatz (gegenüber Eigentümer V).<sup>25</sup>

Eine Strafbarkeit wegen versuchten schweren Raubes kommt somit nur bezüglich der dem N gehörenden Bestandteile der Plantage, insbesondere des von N produzierten Rauschgifts, in Betracht.

Die sonstigen Voraussetzungen des versuchten schweren Raubes sind recht unproblematisch: der erforderliche Finalzusammenhang zwischen Gewalt und Wegnahme ist vom Vorsatz der Täter umfasst. Der räumliche und zeitliche Abstand, der zwischen der Gewaltanwendung gegenüber N und der beabsichtigten Wegnahme der Sachen von der Plantage besteht, hält sich noch im Rahmen dessen, was nach neuerer Rechtsprechung des BGH für die Erfüllung des Raubtatbestandes erforderlich ist. Beim Merkmal „Zueignungsabsicht“ kann man bezüglich der Komponente „Enteignungsvorsatz“ natürlich darüber nachdenken, ob eine *dauernde* Enteignung des Eigentümers an Sachen möglich ist, die dem Eigentümer ohnehin durch staatliche Zwangsmaßnahmen (Einziehung gem. § 74 StGB, Beschlagnahme) endgültig und dauernd entzogen werden müssten. Denn „dauernde“ Entziehung setzt logischerweise voraus, dass ohne die Enteignung der Zustand „dauernden Behaltens“ der Sache möglich wäre. Diese Bedenken kann dann mit der Überlegung zurückweisen, dass tatsächlich ja nicht sicher ist, ob es zu einer Einziehung der Sachen durch Anwendung des Einziehungsrechts kommen würde, der Eigentümer also zumindest die Chance hat, dass ihm die Sachen nicht entzogen werden.

Auf der Qualifikationsebene des § 250 StGB ist die Variante § 250 Abs. 1 Nr. 1 b StGB zu erörtern. Hinsichtlich der Gegenstände, die der Fesselung und Knebelung des N dienten, ist das zu bejahen. Die Schere, mit der dem N Fingerabschneiden angedroht wurde, könnte man ebenfalls einbeziehen. Nicht erfüllt ist § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB. Die Fesselung erfüllt die Voraussetzungen dieser Variante nicht. Die Schere kam tatsächlich nicht um Einsatz, es wurde nur mit ihrer Verwendung gedroht. Mit Fesselung, Schlagen und Drohen haben S und F zur Verwirklichung des Tatbestandes unmittelbar angesetzt.

Ein strafbefreiender Rücktritt (§ 24 StGB) vom Versuch kommt schon deswegen nicht in Betracht, will der Versuch fehlgeschlagen ist.

Im Ergebnis ist also eine Strafbarkeit aus §§ 249, 250 Abs. 1 Nr. 1b, 22, 25 Abs. 2 StGB zu bejahen.

---

<sup>25</sup> *Immel* NSStZ 2019, 412 (413).

Nach der Rechtsprechung ist auch der Tatbestand „versuchte schwere räuberische Erpressung“ (§§ 253, 2355, 250 Abs. 1 Nr. 1 b, 22, 25 Abs. 2 StGB) erfüllt. Denn nach deren Auslegung der Raub- und Erpressungstatbestände ist der Tatbestand des Raubes im Tatbestand der räuberischen Erpressung enthalten, Raub also ein Spezialfall der räuberischen Erpressung. Das hat große Bedeutung im Rahmen des Straftatbestandes „erpresserischer Menschenraub“, § 239 a StGB (dazu sogleich 5.).

5. Vorweg zur Abgrenzung von erpresserischem Menschenraub (§ 239 a StGB) und Geiselnahme (§ 239 b StGB): Diese Tatbestände ähneln sich stark, haben eine identische Struktur. Es gibt aber zwei Unterschiede:

(1.) Bei § 239 b StGB sind als Nötigungsmittel nur Drohungen mit „Tod, schwerer Körperverletzung oder Freiheitsberaubung von über einer Woche“ zur Erfüllung des Tatbestandes geeignet. Bei § 239 a StGB eignet sich jegliche Drohung, mit der der Drohungsadressat in „Sorge um das Wohl“ versetzt oder diese Sorge gesteigert wird, zur Tatbestandserfüllung. Die Beeinträchtigung des „Wohls“ umfasst z. B. sexuelle Übergriffe (§ 177 StGB) oder Verschlechterungen des Gesundheitszustandes, die keine der Varianten des § 226 Abs. 1 StGB erfüllen.

(2.) Der zweite Unterschied ist das Nötigungsziel: bei § 239 a StGB erstrebt der Täter die Ermöglichung einer Erpressung (§§ 253, 255 StGB). Bei § 239 b StGB erfasst der Tatbestand jedes beliebige vom Täter erstrebte Ziel, das sich als „Handlung, Duldung oder Unterlassung“ des Nötigungsopfers darstellt (Beispiel: Terroristen entführen die Ehefrau des Ministerpräsidenten, um diesen zum Rücktritt von seinem Amt zu zwingen, vgl. auch § 105 StGB).

Im vorliegenden Fall hängt die Erfüllung des Tatbestandes § 239 a Abs. 1 Alt. 1 StGB also davon ab, ob Raub (§ 249 StGB) zugleich eine tatbestandsmäßige „Erpressung“ sein kann. An dieser Stelle ist somit der bekannte Streit zwischen Rechtsprechung und einem Teil der Literatur um die Erforderlichkeit einer „Vermögensverfügung“ im Tatbestand der Erpressung (§§ 253, 255 StGB) entscheidungserheblich. Auf dem Fundament der von der Rechtsprechung vertretenen Ansicht kommt man hier zur Bejahung des § 239 a StGB, die herrschende Literatur muss § 239 a StGB verneinen und auf § 239 b StGB ausweichen. Das führt auch zur Strafbarkeit, da die Androhung des Fingerabschneidens eine schwere Körperverletzung (§ 226 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 StGB) zum Gegenstand hat.

Das Hauptproblem des § 239 a Abs. 1 Alt. 1 StGB stellt sich hier im objektiven Tatbestand: Es handelt sich um einen „Zwei-Personen-Fall“ (Opfer der Bemächtigung und der geplanten Erpressung ist N), der zwar auch vom Tatbestand erfasst wird, aber – anders als die „Drei-Personen-Fälle“ (Opfer der Bemächtigung und der geplanten Erpressung sind verschiedene Personen) – eine tatbestandliche Reduktion erfordert. Diese ist erforderlich, damit der viel strenger sanktionierte erpresserische Menschenraub klar von der räuberischen Erpressung abgegrenzt wird.

Als tatbestandseinschränkendes Kriterium wird überwiegend eine „stabile Bemächtigungslage“ gefordert, auf deren Grundlage der Täter in der Lage ist, Erpressungstaten zu begehen, die deutlich von der Herbeiführung der Bemächtigungslage getrennt sind und sich als Ausnutzung der Aufrechterhaltung dieser Lage beschreiben lassen. Dadurch erhält die Straftat eine zweiaktige Struktur (1. Akt: Sich-Bemächtigen, 2. Akt: Erpressung). Fälle, bei denen

Bemächtigung und Erpressung sich so überlappen, dass man von einer „Verschleifung“ der Tatbestandsmerkmale sprechen muss, erfüllen den Tatbestand nicht (Täter zu Opfer, mit Pistole bedrohend: „Rück die Kohle raus und dann schleich dich!“ – §§ 253, 255 StGB, nicht § 239 a Abs. 1 Alt. 1 StGB).

Das Erfordernis der „stabilen Bemächtigungslage“ ist hier zweifelsfrei erfüllt. S und F haben sich aus §§ 239 a Abs. 1 Alt. 1, 25 Abs. 2 StGB strafbar gemacht.

### **C. Strafbarkeit des K**

K war zwar bei der Tat in der Wohnung des N nicht unmittelbar am Tatort anwesend. Gleichwohl kann man ihn auf Grund der verschiedenen die Ausführung der Tat durch S und F planenden, vorbereitenden und begleitenden Handlungen als Mittäter (§ 25 Abs. 2 StGB) qualifizieren. Diese Mittäterschaft beschränkt sich jedoch auf den versuchten Raub (§§ 249, 22 StGB) und den erpresserischen Menschenraub (§ 239 a StGB). Die von S und F verwirklichte Raubqualifikation (§ 250 Abs. 1 Nr. 1 b StGB) ist dem K nicht zuzurechnen, da er insoweit keinen Vorsatz hatte. Er hatte S und F die Wahl der Zwangsmittel überlassen und selbst diesbezüglich keine konkrete Vorstellung. Aus diesem Grund kommt auch keine Strafbarkeit wegen Geiselnahme (§ 239 b StGB) in Betracht.

## **Entscheidung 9**

### **Strafbarkeit der A**

#### **I. Gefährliche Körperverletzung, §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 StGB**

Das Sprühen mit dem Pfefferspray in das Gesicht der G ist eine Gesundheitsbeschädigung und daher Körperverletzung iSd § 223 StGB. Je nach der gesundheitsschädigenden Wirkung der versprühten Substanz kann die Qualifikationsvariante „Beibringung eines gesundheitsschädlichen Stoffes“ gem. § 224 Abs. 1 Nr. 1 StGB erfüllt sein. Zudem erfüllt das Pfefferspray die Variante „mittels eines gefährlichen Werkzeugs, § 224 Abs 1 Nr. 2 StGB.

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

Das Sprühen ins Gesicht ist eine Form der Gewalt gegen die Person. Zudem hatte die Handlung der A bei G die Wirkung einer Drohung mit weiteren Angriffen, also mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben. Dadurch erlangte A die Möglichkeit der G das Mobiltelefon wegzunehmen. Zwischen Gewalt und Wegnahme bestand der nach h. M. ausreichende Finalzusammenhang, zudem der von einer Mindermeinung geforderte Kausalzusammenhang.

Der Einsatz des Pfeffersprays ist Verwendung eines gefährlichen Werkzeugs iSd § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB.

Fraglich ist die Erfüllung des subjektiven Tatbestands. A handelte vorsätzlich, § 15 StGB. Zusätzlich müsste sie mit Zueignungsabsicht gehandelt haben. Mit der gewaltsamen Wegnahme des Handys bezweckte A festgenommen und zu einer Freiheitsstrafe verurteilt zu werden. Dieser Plan impliziert polizeiliche Maßnahmen, durch die ihr das der G weggenommene Mobiltelefon wieder abgenommen und dieses der G zurückgegeben würde. Daher ging A davon

aus, dass eine endgültige Enteignung der G nicht stattfinden würde. Allerdings genügt bezüglich der endgültigen Enteignung *dolus eventualis*. A könnte es für möglich gehalten haben, dass sie nicht sofort nach ihrer Tat von der Polizei angehalten wird und das Mobiltelefon länger in ihrem Gewahrsam behalten würde. Dass am Ende die G ihr Mobiltelefon nicht zurückerhalten würde, könnte A für möglich gehalten haben. Deshalb ist auch noch auf die Aneignungskomponente der Zueignungsabsicht einzugehen. „Aneignung“ bedeutet Einverleibung in das eigene Vermögen und Anmaßung einer eigentümerähnlichen Stellung („*se ut dominum gerere*“). Dies beabsichtigte A aber gerade nicht. Im Gegenteil: ihr kam es darauf an, dass man sie als Nichteigentümerin und unrechtmäßige Besitzerin des Mobiltelefons identifiziert, um dies zum Anlaß einer Strafverfolgung zu nehmen. Sich eine Sache zu diesem Zweck zu verschaffen ist auch keine Einverleibung in das Vermögen. Das Mobiltelefon als Vermögensgegenstand spielt in dem Plan der A keine Rolle. Daher hat sie ohne Aneignungsabsicht gehandelt. Sie hat den subjektiven Tatbestand nicht erfüllt.

### **III. Sonstige Straftatbestände**

A hat sich wegen Nötigung (§ 240 StGB) strafbar gemacht.

Strafbarkeit wegen schwerer räuberischer Erpressung (§§ 253, 255, 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB) ist nicht begründet. Zwar hat A der G einen Vermögensschaden zugefügt. Dabei handelte sie aber ohne Bereicherungsabsicht.

## **Entscheidung 10**

### **A. Einführung**

Die Wichtigkeit der Entscheidung beruht auf den Ausführungen des BGH zum Hehlerei-Tatbestandsmerkmal „Verschaffen“. Der Bedeutungsgehalt dieses Begriffs im Zusammenhang der Strafbarkeitsvoraussetzungen der Hehlerei lässt sich nicht sprachlich, sondern nur teleologisch erschließen. Das StGB enthält viele Strafvorschriften, die ebenfalls auf „Verschaffen“ abstellen, dabei aber eine andere Definition des Merkmals zugrunde legen als § 259 StGB.<sup>26</sup> Zur verständigen und kritischen Würdigung der aktuellen Entscheidung des BGH zu § 259 StGB ist ein Vergleich mit einer früheren Entscheidung zu einer ähnlichen Thematik sowie mit der deutlich herrschenden Meinung in der Strafrechtswissenschaft hilfreich.

### **B. Hehlerei, § 259 StGB**

Der Einfachheit halber soll hier allein die Strafbarkeit des L aus § 259 StGB erörtert werden. L könnte dadurch Hehlerei begangen haben, dass er sich von X den Pkw übergeben ließ.

#### **I. Allgemeines zu § 259 StGB**

Hehlerei ist ein „Anschlussdelikt“.<sup>27</sup> Diese Bezeichnung bringt zum Ausdruck, dass einer Hehlerei immer eine „Vortat“ vorausgegangen sein muss, der sich die danach begangene Hehlerei anschließt. Dieselbe Struktur haben Begünstigung (§ 257 StGB), Strafvereitelung (§

---

<sup>26</sup> Dazu Mitsch JA 2020, 32 ff.

<sup>27</sup> Rengier BT I, § 22 Rn. 1.

258 StGB) und Geldwäsche (§ 261 StGB). Die Vortat ist Teil des objektiven Tatbestandes der Hehlerei.

## 1. Objektiver Tatbestand

Die Prüfung des objektiven Tatbestandes beginnt mit der Vortat. Diese ist entweder ein Diebstahl (§ 242 StGB) oder eine sonstige Tat, die sich gegen fremdes Vermögen richtet. Dabei kommt es nach h. M. nur darauf an, dass die konkrete Tat fremdes Vermögen beeinträchtigt. Der dadurch verwirklichte Straftatbestand, braucht nicht unbedingt in die Gruppe der „Vermögensdelikte“ (z. B. §§ 246, 253, 263 StGB) zu gehören.<sup>28</sup>

Auf Grund dieser Vortat muss jemand eine Sache erlangt haben. Außer beweglichen Sachen können auch unbewegliche Sachen (Grundstücke, Gebäude) Tatobjekt sein.<sup>29</sup> Solche Sachen können zwar nicht gestohlen werden, aber durch Erpressung oder Betrug erlangt werden. In der Regel hat der Vortäter (Dieb oder Täter eines sonstigen gegen fremdes Vermögen gerichteten Delikts) die Sache erlangt. Hehlerei ist aber auch möglich, wenn nach der Vortat ein Dritter in den Besitz der Sache gekommen ist. Diesen kann man dann nicht „Vortäter“ nennen, er wird als „Vorbesitzer“ bezeichnet.

Die Sache, die Gegenstand der Hehlereität ist, muss die unmittelbar aus der Vortat herrührende Sache sein. Sachsurrogate sind keine tauglichen Hehlereigegegenstände. Daher ist die sog. „Ersatzhehlerei“ nicht tatbestandsmäßig.<sup>30</sup>

Wenn die Hehlereihandlung vollzogen wird, muss an der Sache immer noch eine „rechtswidrige Besitzlage“ bestehen. In der Fallbearbeitung wird häufig vergessen, auf dieses Tatbestandsmerkmal einzugehen. Eine rechtswidrige Besitzlage existiert nicht mehr, wenn der Vorbesitzer inzwischen rechtmäßiger Eigentümer der Sache geworden ist, z. B. auf Grund gutgläubigen Erwerbs (§§ 929, 932, 935 BGB) oder Verbindung (§ 946 BGB).

Hehlereihandlungen sind Verschaffen (sich oder einem Dritten), Absetzen und Absatzhilfe. Bei Absetzen und Absatzhilfe war jahrzehntelang umstritten, ob diese Tatbestandsmerkmale den Eintritt eines Absatzerfolges voraussetzen.<sup>31</sup> Die Kontroverse zwischen Rechtsprechung und Literatur ist inzwischen beigelegt, weil auch der BGH nunmehr einen Absatzerfolg fordert. Umstritten ist bei der Variante „Absatzhilfe“ das Versuchsmerkmal „unmittelbares Ansetzen“. Nach der Rechtsprechung genügt dazu der Beginn von absatzfördernden Handlungen des Absatzhelfers. Nach einer in der Literatur vertretenen Meinung kommt es auf den Beginn der vom Absatzhelfer unterstützten Absatzbemühungen des Vortäters bzw. Vorbesitzers an.

## 2. Subjektiver Tatbestand

Der subjektive Tatbestand setzt Vorsatz (§ 15 StGB) und Bereicherungsabsicht voraus. Im Unterschied zu Erpressung (§ 253 StGB) und Betrug (§ 263 StGB) braucht die beabsichtigte Bereicherung nicht rechtswidrig zu sein. Auch „Stoffgleichheit“ ist nicht erforderlich. Bei der Variante „Drittbereicherungsabsicht“ ist umstritten, ob „Dritter“ auch der Vortäter (z. B. Dieb der Sache) sein kann.<sup>32</sup>

---

<sup>28</sup> Rengier BT I, § 22 Rn. 10.

<sup>29</sup> Rengier BT I, § 22 Rn. 23.

<sup>30</sup> Rengier BT I, § 22 Rn. 24.

<sup>31</sup> Rengier BT I, § 22 Rn. 55 ff.

<sup>32</sup> Rengier BT I, § 22 Rn. 61.

## II. Zum Fall

Das einzige problematische Hehlereimerkmal ist hier das Handlungsmerkmal. Absetzen und Absatzhilfe kommt nicht in Betracht, weil L tatsächlich mit dem Verkauf des Pkw nicht das Interesse des X an wirtschaftlicher Verwertung befriedigen, sondern – im Gegenteil – die Gelegenheit zur eigenen Bereicherung und zum Nachteil des X ausnutzen wollte.

L könnte aber den Pkw sich verschafft haben. Das setzt die Erlangung eigener Verfügungsgewalt über das Fahrzeug voraus. Tatsächlich hat L eine solche Herrschaftsposition erlangt, obwohl X ihm eigentlich nur die Stellung eines seinen Weisungen unterworfenen und seinen Verwertungsplan ausführenden Besitztümlers übertragen wollte. Zweifelhaft ist die Erfüllung des Tatbestandsmerkmals „verschaffen“, weil L die Übergabe des Pkw durch eine Täuschung des X veranlasst hat. Nach ganz h. M. ist als tatbestandsmäßiger Verschaffens-Akt nur ein einvernehmlicher derivativer Besitzerwerb geeignet. Durch die Akzentuierung der Variante „Ankaufen“ wird das verdeutlicht. Eindeutig kein „Verschaffen“ ist daher die eigenmächtige Gewahrsamsbegründung durch Wegnahme. Wer dem Vorbesitzer die Sache stiehlt oder raubt, begeht keine Hehlerei.<sup>33</sup>

Im vorliegenden Fall liegt ein derivativer Besitzerwerb vor. X hat dem L den Pkw übergeben. Allerdings wurde er dazu durch eine Täuschung des L veranlasst. Die Übergabe des Pkw ist also willensmangelbehaftet. Willensmängel werden durch Nötigung und durch Täuschung erzeugt. Zur Variante der Nötigung existiert eine fast unangefochtene herrschende Meinung dahingehend, dass es kein „Verschaffen“ iSd § 259 StGB ist, wenn der Vorbesitzer durch Gewalt oder Drohung dazu gebracht wird, die Sache herauszugeben.<sup>34</sup> Auch der BGH hatte in einer früheren Entscheidung in diesem Sinne Stellung genommen.<sup>35</sup>

Zur Veranlassung der Herausgabe einer Sache durch Täuschung ist das Meinungsbild nicht ganz so eindeutig. Vereinzelt wird in der Literatur die Ansicht vertreten, dass das Erfordernis der Einvernehmlichkeit durch die Täuschung nicht beeinträchtigt werde und es folglich tatbestandsmäßiges Verschaffen sei, wenn der Vorbesitzer durch Täuschung zur Herausgabe der Sache verleitet wird. Der BGH stimmt dieser Meinung in der vorliegenden Entscheidung zu. Er begründet dies damit, dass diese Sichtweise mit der ratio der Hehlereistrafbarekeit im Einklang stehe. Die Verfestigung, Perpetuierung und Vertiefung der durch die Vortat geschaffenen rechtswidrigen Vermögenslage werde durch eine solche Handlung ebenso bewirkt wie im Falle einer täuschungsfreien Übergabe der Sache. Die Eigenverantwortlichkeit des die Sache übergabenden Vorbesitzers werde durch die Täuschung nicht ausgeschlossen. Die Literatur lehnt diese Auslegung des Hehlereitattbestandes überwiegend ab. Sie stellt darauf ab, dass zwischen Vortäter und Hehler eine Übereinstimmung des Willens und der Interessen bestehen müsse und die Mitwirkung des Hehlers geeignet sein muss, den Vortäter zur Begehung weiterer Vermögensdelikte zu motivieren. Das setzt voraus, dass der Vortäter in der Beteiligung des Hehlers an der Verwertung der Beute einen Vorteil sehen kann, der ihm Anlass gibt, auch künftig mit Hehlern zusammen zu arbeiten. Diese Motivationsbasis fehlt, wenn der Anschlussstäter den Vortäter übervorteilt und schädigt. Das ist der Fall, wenn der Anschlussstäter dem Vortäter die Sache wegnimmt, ihn zur Herausgabe nötigt oder ihn durch Täuschung zur Herausgabe der Sache verleitet.<sup>36</sup>

---

<sup>33</sup> Rengier BT I, § 22 Rn. 32.

<sup>34</sup> Rengier BT I, § 22 Rn. 33 ff.

<sup>35</sup> BGHSt 42, 196 ff.

<sup>36</sup> Rengier BT I, § 22 Rn. 37.

Die Auslegung des Verschaffens-Merkmals durch den BGH ist daher abzulehnen.<sup>37</sup>

### **C. Sonstige Straftatbestände**

In der BGH-Entscheidung nicht thematisiert werden weitere Straftatbestände, die von L und den anderen Beteiligten verwirklicht worden sein könnten.

In Betracht kommen Betrug (§ 263 StGB) in Bezug auf den Pkw sowie Untreue (§ 266 StGB) in Bezug auf Pkw und die durch den Verkauf des Fahrzeugs eingenommenen 54 000 Euro. Die Erfüllung beider Straftatbestände hängt davon ab, ob eine gestohlene Sache zum strafrechtlich geschützten Vermögen des Diebes bzw eines bösgläubigen Erwerbers der Sache gehört<sup>38</sup> sowie ob ein strafbarer Auftrag zum Verkauf der gestohlenen Sache eine Vermögenbetreuungspflicht begründet („Ganovenuntreue“), deren Verletzung durch 266 StGB pönalisiert wird.<sup>39</sup>

---

<sup>37</sup> Mitsch JA 2020, 32 ff.

<sup>38</sup> Rengier BT I, § 13 Rn. 138 ff.

<sup>39</sup> Rengier BT I, § 18 Rn. 32.