

## Fall 2 – Lösungsskizze

### Erster Tatkomplex: Entwenden des BMW

#### A. STRAFBARKEIT VON A UND B GEM §§ 242 I, 243 I 2 NR. 1, 2, 25 II

##### I. Tatbestand

###### 1. **Objektiver Tatbestand**

Der BMW ist eine fremde bewegliche Sache. Die Wegnahme war vollendet mit Passieren des Lagertores; neuer Gewahrsam war in diesem Moment bereits begründet, wenn auch nicht gesichert. Das Einverständnis des N ist insoweit tatbestandlich irrelevant, weil er allenfalls untergeordneten Mitgewahrsam hatte. Da A und B auch einen gemeinsamen Tatplan hatten und die Tat, auf diesem basierend, gemeinsam ausgeführt haben, lagen auch die Voraussetzungen der Mittäterschaft vor.

###### 2. **Subjektiver Tatbestand**

Vorsatz (+); Zueignungsabsicht (+)

##### II. Rechtswidrigkeit (+)

##### III. Schuld (+)

##### IV. Strafzumessungsregel des § 243

§ 243 I 2 Nr. 1: Lager ist ein umschlossener Raum; Einbrechen durch Aufhebeln des Tores, daher (+).

§ 243 I 2 Nr. 2: Wegnahmesicherung bei Pkw? Hier (-), da keine genauen Angaben im Sachverhalt; üblicherweise (+) bei elektronischer Wegfahrsperrung und Lenkradschlössern etc.<sup>1</sup>

##### V. Ergebnis

A und B haben sich strafbar gemacht gem. §§ 242 I, 243 I 2 Nr. 1, 25 II.<sup>2</sup> Beide begründen dabei noch keine Bande i.S.v. § 244 I Nr. 2 bzw. § 244a I, weil es an der erforderlichen Anzahl und Institutionalisierung fehlt. F kann als ausnahmsweise Helfender nicht hinzugerechnet werden; es fehlt bereits an der auf gewisse Dauer angelegten Verbindung.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> MüKo/Schmitz § 243 Rn. 34.

<sup>2</sup> § 248b ist insoweit subsidiär, vgl. Lackner/Kühl/Kühl § 248b Rn. 6.

<sup>3</sup> Vgl. zum Ganzen BGH NSTZ-RR 2020, 47; 2019, 310 (311): „Wesentliches Merkmal einer Bande ist die auf eine gewisse Dauer angelegte Verbindung von **mindestens 3 Personen** zur gemeinsamen Deliktsbegehung.“ An einer Bandenabrede

**B. STRAFBARKEIT VON A UND B GEM. §§ 303 I, 25 II (AUFHEBELN DES TORES) (+/-)**

*Hinweis: Vertretbar wäre es auch, mangels entsprechender Hinweise im SV (bloßes „aufhebeln“) nicht von einer Substanzverletzung auszugehen und § 303 I zu verneinen. Sie liegt freilich beim Aufhebeln nahe.*

**C. STRAFBARKEIT VON A UND B GEM. §§ 123 I ALT. 1, 25 II**

(+) Ein wirksames tatbestandsausschließendes Einverständnis kann N nicht erteilen, weil er als Wachmann nicht das Hausrecht ausübt.<sup>4</sup>

**D. STRAFBARKEIT DES N GEM. §§ 242 I, 243 I 2 NR. 1, 25 II, 13 I**

I. Tatbestand

**1. Objektiver Tatbestand**

Wegnahme einer fremden beweglichen Sache (BMW) durch A und B (+); Unterlassen einer zur Erfolgsabwendung geeigneten Handlung (+): N hätte angesichts der Anwesenheit von A und B auf dem Lagergelände die Polizei alarmieren können; hypothetische Kausalität (+); Garantenstellung: N hatte durch seinen Arbeitsantritt einen konkreten Vertrauenstatbestand dahingehend geschaffen, dass er das Eigentum der BMW AG gegen Schädigung und Entzug schützen werde. Damit hatte er eine Beschützergarantenstellung kraft tatsächlicher Übernahme inne.<sup>5</sup>

---

soll es nach der Rspr. fehlen, wenn sich die Täter von vornherein nur zur Begehung einer einzigen Tat verabredet und in der Folgezeit – auf der Grundlage eines jeweils neu gefassten Tatentschlusses – weitere Straftaten begehen, BGH NStZ-RR 2016, 11.

<sup>4</sup> Vgl. Fischer StGB § 123 Rn. 16; BeckOK/Rackow § 123 Rn. 16.

<sup>5</sup> Vgl. auch Wessels/Beulke/Satzger AT Rn. 1183.

**a) Mittäterschaftliche Tatbegehung?**

aa) *Gemeinsamer Tatentschluss mit A und B (+)*<sup>6</sup>

bb) *Täterschaftlich zu wertender Tatbeitrag?*

Fraglich ist, ob N einen als täterschaftlich zu wertenden Tatbeitrag erbracht hat oder ob er lediglich als Teilnehmer durch Unterlassen anzusehen ist.<sup>7</sup> **P\*\*\***: Streitig ist allerdings der Beurteilungsmaßstab.

(1) Nach einer Ansicht (sog. **Pflichtdeliktstheorie**) ist der Unterlassende stets als Täter anzusehen, weil es sich bei den unechten Unterlassungsdelikten um Pflichtdelikte handele, bei denen jeder in der Handlungspflicht Stehende im Falle des Pflichtverstoßes Täter sei.<sup>8</sup> Danach wäre das garantenpflichtwidrige Unterlassen des N daher als täterschaftliches Verhalten anzusehen.

(2) Nach anderer Auffassung (sog. **Teilnahmetheorie**) kann der Unterlassende mangels möglicher Tatherrschaft stets nur Gehilfe sein.<sup>9</sup> N wäre folglich bloßer Teilnehmer; Tatherrschaft haben nur A und B.

(3) Wieder andere wollen die bei aktivem Tun geltenden Maßstäbe auch auf Unterlassungskonstellationen anwenden, so dass der Unterlassende nach der Tatherrschaftslehre bei (potenzieller) **Tatherrschaft**<sup>10</sup> bzw. – nach der subjektiven Lehre der **Rspr.**<sup>11</sup> – vorhandenem Täterwillen als Täter zu beurteilen sei. Weder Tatherrschaft im Sinne eines vorsätzlichen „In-den-Händen-Haltens“ des Geschehens noch Täterwille sind bei N erkennbar, so dass bei diesem Maßstab lediglich eine Beihilfe in Betracht käme.

(4) Schließlich wird vertreten, dass der Unterlassende stets Täter sei, wenn er sich in einer **Beschützergarantenstellung** befinde; **Überwachungsgaranten** hingegen kämen nur als Gehilfen des aktiv handelnden Täters in Betracht.<sup>12</sup> N hat als Nachtwächter eine Beschützergarantenstellung inne, so dass er hiernach als Täter zu qualifizieren wäre.

<sup>6</sup> Eine gemeinsame Ausarbeitung des Tatplans ist nicht erforderlich; ausreichend ist es auch, wenn sich einer der Beteiligten diesen einvernehmlich zu eigen macht, siehe *Roxin AT II § 25 III Rn. 192; Wessels/Beulke/Satzger AT Rn. 816.*

<sup>7</sup> Siehe hierzu auch ausführlich *Otto JuS 2017, 289 ff.*

<sup>8</sup> *Roxin AT II § 31 Rn. 140 ff.; Bachmann/Eichinger JA 2011, 105 (107).*

<sup>9</sup> So etwa *Kühl AT § 20 Rn. 230.*

<sup>10</sup> *Wessels/Beulke/Satzger AT Rn. 1211; Ransiek JuS 2010, 678 (680).*

<sup>11</sup> BGH NSTz 2019, 341 (342).

<sup>12</sup> *Krey/Esser AT Rn. 1181 ff.; Kindhäuser/Zimmermann AT § 38 Rn. 71 ff.*

cc) *Zwischenergebnis*

Nach Ansichten (1) und (4) wäre N als (Mit-)Täter des Diebstahls anzusehen, nach den beiden anderen Ansichten wäre er Teilnehmer. Eine Stellungnahme ist erforderlich; siehe hierzu den verlinkten und entsprechenden Streitstand im Problemfeldwiki von Jurcoach.

*Hinweis: Wer überzeugend (Mit-)Täterschaft ablehnt, muss §§ 242 I, 243 I 2 Nr. 1, 27 I, 13 I prüfen. Hier wird der schon vorzugswürdigeren Tatherrschaftslehre gefolgt und eine Mittäterschaft im Ergebnis verneint.<sup>13</sup> Wer hingegen (Mit-)Täterschaft bejaht, prüft weiter:*

**2. Subjektiver Tatbestand**

Vorsatz bzgl. aller objektiven Tatbestandsmerkmale einschließlich der die Garantenstellung begründenden Umstände (+); (Dritt-)Zueignungsabsicht? – N hätte mit der Absicht handeln müssen, A und B das Kfz zuzueignen, d.h. den Aneignungserfolg bei A und B durch eigenes Handeln selbst herbeizuführen.<sup>14</sup> Sein Beitrag beschränkte sich aber darauf, eine fremde Wegnahmehandlung lediglich geschehen zu lassen. Er intendierte mithin keinen eigenen Fremdzueignungsakt, sondern wollte lediglich eine Selbstzueignung durch A und B ermöglichen. Dies genügt für eine Drittzueignung nicht.<sup>15</sup> Er handelte damit ohne den Entschluss, selbst einen Diebstahl auszuführen.

*Hinweis: Wegen fehlender Zueignungsabsicht scheidet N als möglicher Mittäter von vornherein aus. Denn wer nicht Alleintäter sein kann, kann auch nicht Mittäter sein. Im hier gewählten klassischen Prüfungsaufbau (in dem die Voraussetzungen der Mittäterschaft zunächst im objektiven Tatbestand geprüft werden) fällt dieser Umstand aber erst jetzt auf.<sup>16</sup>*

II. Ergebnis

N hat sich nicht wegen (mittäterschaftlichen) Diebstahls in einem besonders schweren Fall durch Unterlassen strafbar gemacht.

<sup>13</sup> Auf ihrer Grundlage wäre hier auch ein anderes Ergebnis vertretbar gewesen, wenn man etwa stärker betont hätte, dass es N leicht möglich gewesen wäre, die Tat durch Alarmierung der Polizei zu stoppen; beobachtete er doch das Geschehen über die Videokamera.

<sup>14</sup> Vgl. MüKo/Schmitz § 242 Rn. 159; Rengier BT I § 2 Rn. 147.

<sup>15</sup> Vgl. Lackner/Kühl/Kühl § 242 Rn. 26a.

<sup>16</sup> Siehe aber auch Rengier AT § 51 Rn. 14 mit einem abweichenden Aufbau.

#### E. STRAFBARKEIT DES N GEM. §§ 242 I, 243 I 2 NR. 1, 27 I, 13 I (+)

*Hinweis: Es entsteht **kein** Widerspruch, wenn man hier die Beihilfe bejaht, obwohl oben die Zueignungsabsicht bei N verneint wurde. Der Teilnehmer muss selbst keine Zueignungsabsicht aufweisen, sondern sein Vorsatz muss sich lediglich auf die Zueignungsabsicht des Haupttäters erstrecken.<sup>17</sup>*

#### F. STRAFBARKEIT DES N GEM. §§ 303 I, 27 I, 13 I (LAGERTOR)

(+) / (-) Je nach Entscheidung über das Vorliegen von § 303 I (s.o.). Wird eine Substanzverletzung angenommen, liegt auch hier – wie beim Diebstahl – die Beihilfe näher als die Täterschaft.

#### G. STRAFBARKEIT DES N GEM. §§ 123 I ALT. 1, 27 I, 13 I

**P\***: Ob und in welchen Konstellationen § 123 I Alt. 1 durch Unterlassen verwirklicht werden kann, ist zwar umstritten.<sup>18</sup> Dass es im vorliegenden Fall des „Eindringen-Lassens Dritter“ möglich ist, ist aber weitestgehend anerkannt, auch von denjenigen, die sich generell gegen die Verwirklichung durch Unterlassen aussprechen.<sup>19</sup> Auch hier spricht mehr für die Lösung über die Beihilfe (in Übereinstimmung mit den Vertretern in Fn. 18).

#### H. STRAFBARKEIT DES F GEM. §§ 242 I, 243 I 2 NR. 1, 25 II (ABSCHLEPPEN DES BMW)

##### I. Sukzessive Mittäterschaft?

Was den gemeinsamen Tatplan bzw. Tatentschluss betrifft, so muss dieser nicht unbedingt schon vor Tatbeginn hergestellt werden.<sup>20</sup> Hier war die Wegnahme bereits **vollendet**, mithin auch der § 242 I.<sup>21</sup> Der Diebstahl dürfte allerdings in keinem Fall **beendet** sein. Nach Beendigung scheidet eine Zurechnung über

<sup>17</sup> Vgl. *Heinrich* AT Rn. 1304; *Rengier* AT § 45 Rn. 45; *Wessels/Beulke/Satzger* AT Rn. 889; *Roxin* AT II § 26 Rn. 164, 271; *BeckOK/Wittig* § 242 Rn. 47.

<sup>18</sup> Befürwortend etwa *MüKo/Schäfer* § 123 Rn. 26; *Satzger/Schluckebier/Widmaier* § 123 Rn. 12: „Die Alt. 1 kann auch durch Unterlassen (§ 13) begangen werden, [...] wenn ein Garant pflichtwidrig eine Person nicht am Eindringen hindert [...]“. Ähnlich *LPK-StGB/Kindhäuser* § 123 Rn. 25; wohl auch *Kareklás* in *FS-Lenckner* 1998, 459 (461); a.A. bspw. *NK/Ostendorf* § 123 Rn. 27.

<sup>19</sup> Siehe *Wessels/Hettinger/Engländer* BT 1 Rn. 598; *LK/Lilie* § 123 Rn. 59: nur Beihilfe; ebenso *SK/Stein* § 123 Rn. 30.

<sup>20</sup> *Rengier* AT § 44 Rn. 35.

<sup>21</sup> Vgl. *Schönke/Schröder/Bosch* § 242 Rn. 67.

§ 25 II nach allen Ansichten aus.<sup>22</sup> Beendigung des Diebstahls tritt mit der Sicherung der Beute und gefestigtem Gewahrsam ein.<sup>23</sup>

*Hinweis: Insbesondere im Stadium des Abtransports hängt es von den Umständen des Einzelfalls ab, ob der Gewahrsam bereits als gesichert angesehen werden kann.<sup>24</sup> Nach dem SV sind A und B gerade einmal 100 m gefahren. Zudem handelt es sich um einen „riesigen“ Komplex der BMW-Werke. Auch handelt es sich bei dem Pkw nicht um einen kleineren Gegenstand, den ein Täter in seiner Kleidung unterbringen könnte. Insofern ist davon auszugehen, dass die Tat noch nicht beendet ist (a.A. mit entsprechender Begründung vertretbar).*

**P\*\*\*:** Daher fragt sich, ob ein Täter, der sich erst **nach** Vollendung aber **vor** Beendigung an der Tat beteiligt, noch als Mittäter des bereits vollendeten Diebstahls bestraft werden kann.<sup>25</sup>

## 1. Rechtsprechung

Nach der **Rspr.** wird dies unter der Voraussetzung bejaht, „[...] dass jemand in Kenntnis und Billigung des von einem anderen begonnenen Handelns in das tatbestandmäßige Geschehen als Mittäter eingreift und er sich – auch stillschweigend – mit dem anderen vor Beendigung der Tat zu gemeinschaftlicher weiterer Ausführung verbindet. [...] Daran fehlt es, wenn für die Herbeiführung des tatbestandmäßigen Erfolgs bereits alles getan [...] oder das Geschehen vollständig abgeschlossen ist, selbst wenn die hinzutretende Person dessen Folgen kennt, billigt und ausnutzt [...]“<sup>26</sup> Hier wurde F von A und B in Kenntnis gesetzt und trug durch seinen Abschleppwagen dazu bei, die Tat zu beenden. Da sich der Motor des Pkw nicht mehr starten ließ, hat F zum Erfolgseintritt maßgeblich beigetragen. Hiernach könnte man über § 25 II die Tatbeiträge von A und B zurechnen.

## 2. Literatur

Demgegenüber geht ein Teil der Literatur davon aus, dass eine Täterschaft nicht mehr möglich sei, wenn bereits alle Tatbestandsmerkmale verwirklicht wurden, die Tat also vollendet war.<sup>27</sup> Denn in der Beendigungsphase kann keine Tatherrschaft mehr begründet werden.<sup>28</sup>

<sup>22</sup> Wessels/Beulke/Satzger AT Rn. 832.

<sup>23</sup> NK/Kindhäuser § 242 Rn. 127; BeckOK/Wittig § 242 Rn. 46; BGH NStZ 2015, 219 (220).

<sup>24</sup> BGH NStZ 2015, 219 (220).

<sup>25</sup> Rengier AT § 44 Rn. 39.

<sup>26</sup> BGH NStZ 2019, 513 (514).

<sup>27</sup> Wessels/Beulke/Satzger AT Rn. 834 m.w.N.

<sup>28</sup> Kühl in: FS Roxin, 2001, 665 (681 ff.); Lackner/Kühl/Kühl § 25 Rn. 12.

*Hinweis: Wer die Tat noch nicht für beendet hält und mit der Rspr. zur Möglichkeit einer sukzessiven Mittäterschaft kommt, müsste wegen der abweichenden Literaturmeinung Stellung nehmen. Dabei wäre einerseits zu erwägen, dass der Erfolg einer Tat erst dann nicht mehr gefördert wird, wenn sie ihren materiellen Abschluss gefunden hat. Auch das „Prinzip materieller Gerechtigkeit“ spricht sich für die Möglichkeit einer sukzessiven Mittäterschaft aus: Auch der nach der Deliktvollendung Eintretende profitiert von den Bemühungen des anderen und muss daher auch dafür strafrechtlich zur Verantwortung gezogen werden können. Andererseits ist Grundlage jeder strafrechtlichen Verantwortlichkeit die Kausalität, an der es beim Eintritt erst nach Deliktvollendung notwendig aber fehlt. Auch läuft die Rspr. Gefahr, mit Kenntnisnahme und Billigung bereits ausgeführter tatbestandsmäßiger Handlungen einen (eigentlich ja unbeachtlichen) dolus subsequens anzunehmen.<sup>29</sup> Schließlich existiert gerade durch Sondernormen (§§ 257 ff.) die Möglichkeit der Bestrafung; siehe hierzu auch das entsprechende Problemfeld von Jurcoach.*

## II. Ergebnis

F hat sich nicht gem. §§ 242 I, 243 I 2 Nr. 1, 25 II strafbar gemacht; a.A. gut vertretbar.

### I. STRAFBARKEIT DES F GEM. §§ 242 I, 243 I 2 NR. 1, 27 I (ABSCHLEPPEN DES BMW)

#### I. Tatbestand

Der Diebstahl war bereits vollendet, als F das Auto abschleppte (s.o.); ein potenzieller, die Beihilfe i.S.d. § 27 I begründender Beitrag liegt also, wenn überhaupt, nur im Stadium zwischen Vollendung und Beendigung der Haupttat vor. **P\*\***: Ob eine solche sukzessive Beihilfe dogmatisch denkbar ist, ist umstritten.

**1.** Gewissermaßen parallel zur Problematik der sukzessiven Mittäterschaft bejaht die **Rspr.** in solchen Konstellationen die Möglichkeit eines Tatbeitrages in der Beendigungsphase.<sup>30</sup> Gleiches vertritt ein Teil der Literatur.<sup>31</sup> Abzustellen sei nach der Rspr.<sup>32</sup> auf den **Willen**: Wer die Haupttat zum endgültigen Erfolg

<sup>29</sup> Wessels/Beulke/Satzger AT Rn. 834.

<sup>30</sup> Siehe BGH NStZ 2003, 85 für die bloße gemeinsame Flucht mit der Diebesbeute; BGHSt 4, 132 für den Abtransport von gestohlenem Schrott aus einem zwischenzeitlichen Versteck als Beihilfe; ferner BGHSt 19, 325; BayObLG NStZ 1999, 568; 2000, 31; jüngst etwa BGH HRRS 2019, Nr. 182 Rn. 14: „Diese Hilfeleistung muss sich auf die Begehung der Haupttat zwar nicht kausal auswirken; erforderlich ist aber, dass sie die Haupttat **zwischen Versuchsbeginn und Beendigung** in irgendeiner Weise erleichtert oder fördert.“

<sup>31</sup> Vgl. etwa Schönke/Schröder/Heine/Weiße § 27 Rn. 20.

<sup>32</sup> So etwa OLG Köln NJW 1990, 587 (588). Dagegen spreche nach Bosch JURA 2012, 270 (272) vieles dafür, bei Überschneidungen mit dem Tatbestand der Begünstigung nach § 257 III 1 StGB einen generellen Vorrang der Beihilfe anzunehmen.

führen wolle, begehe Beihilfe; wer nur die Vorteile jener Tat sichern wolle, verwirkliche § 257 (Begünstigung). Hier kann – mangels eindeutiger Sachverhaltshinweise – beides gut vertreten werden.

2. Nach **a.A.** verstoße die Erstreckung der Tatbegehungszeit über die Vollendung hinaus gegen den Bestimmtheitsgrundsatz (Art. 103 II GG), da z.B. § 242 nur die Wegnahme, nicht aber die nachfolgende Beutesicherung erfasst.<sup>33</sup>

3. **Stellungnahme** erforderlich, sofern ein Wille hinsichtlich des erfolgreichen Abschlusses der Haupttat angenommen wird (= § 242). Die Ablehnung einer sukzessiven Beihilfe überzeugt letztlich. Für die andernfalls stets vorzunehmende Abgrenzung zur Begünstigung lassen sich kaum handhabbare Kriterien formulieren. Insbesondere die Willensrichtung kann hier nur eine scheinbare Hilfe bitten. Außerdem kann der Beihilfesträfer denjenigen des § 257 in bestimmten Fällen in nicht sachgerechter Weise übersteigen (a.A. vertretbar).

## II. Ergebnis

F hat sich nicht gem. §§ 242 I, 243 I 2 Nr. 1, 27 I strafbar gemacht (a.A. vertretbar).

## J. STRAFBARKEIT DES F GEM. § 257 I (ABSCHLEPPEN DES BMW)

### I. Tatbestand

#### 1. **Objektiver Tatbestand**

Rechtswidrige Tat eines anderen: Diebstahl durch A und B (+).<sup>34</sup>

Hilfeleisten durch Abtransport des gestohlenen BMW (+).

#### 2. **Subjektiver Tatbestand**

Vorsatz (+); Vorteilssicherungsabsicht? – Hier ist mit Blick auf den obigen Streit widerspruchsfrei zu werten. Bei Bejahung der Absicht weiter:

### II. Rechtswidrigkeit und Schuld (+)

<sup>33</sup> Kühl AT § 20 Rn. 127; Roxin AT II § 26 Rn. 259 ff.

<sup>34</sup> Anmerkung: Die Vortat muss nicht zwangsläufig vollendet sein. Dem Vortäter muss nur bereits ein tatbestandlicher Vorteil zugeflossen sein. Das ist jedoch in den Deliktsstadien vor Vollendung regelmäßig nicht der Fall, weshalb die praktische Bedeutung derartiger Fälle gering ist, siehe hierzu BeckOK/Ruhmannseder § 257 Rn. 8.

### III. Ergebnis

Strafbarkeit des F nach § 257 I (+), sofern eine Teilnahme an der Vortat (§§ 242 I, 243 I 2 Nr. 1) verneint (vgl. § 257 III) und Vorteilssicherungsabsicht bejaht wurde.

## K. STRAFBARKEIT DES F GEM. § 257 I (UNTERSTELLEN DES BMW)

### I. Tatbestand

#### 1. **Objektiver Tatbestand**

Rechtswidrige Tat eines anderen (+): Autodiebstahl durch A und B. Hilfeleisten (+) durch Verstecken des BMW.

#### 2. **Subjektiver Tatbestand**

Vorsatz (+). Vorteilssicherungsabsicht (+), da F mit dem zielgerichteten Willen handelt, den Wagen für A und B zu verstecken.

### II. Rechtswidrigkeit und Schuld (+)

### III. Strafausschluss gemäß § 257 III 1?<sup>35</sup>

(-), da F nicht als Gehilfe des Diebstahls angesehen wurde (wird oben die Gegenansicht vertreten und eine Strafbarkeit des F wegen [sukzessiver] Beihilfe bejaht, muss der Strafausschluss hier angenommen werden).

### IV. Ergebnis

F hat sich gem. § 257 I strafbar gemacht.

---

<sup>35</sup> Es handelt sich um einen persönlichen Strafausschließungsgrund, vgl. BeckOK/*Ruhmannseder* § 257 Rn. 30. Persönlicher **Strafausschließungsgrund** und persönlicher **Strafaufhebungsgrund** lassen sich danach unterscheiden, ob der maßgebliche Umstand von vornherein zur Straflosigkeit führt und schon bei Begehung der Tat vorgelegen haben muss (= Strafausschließungsgrund) oder ob es sich um Umstände handelt, die erst nach Begehung einer Straftat eintreten und die bereits begründete Strafbarkeit rückwirkend wieder beseitigen (= Strafaufhebungsgrund), siehe hierzu *Wessels/Beulke/Satzger* Rn. 780 f. Die Beteiligung an der Vortat i.S.v. § 257 III führt von vornherein zur Straflosigkeit und muss auch bei Begehung der Tat vorgelegen haben; daher nimmt die h.M. einen persönlichen Strafausschließungsgrund an. Siehe zur a.A. aber auch NK/*Altenhain* § 257 Rn. 36: formelle Subsidiarität.

## L. STRAFBARKEIT DES F GEM. § 259 I (UNTERSTELLEN DES BMW)

### I. Tatbestand

#### 1. **Objektiver Tatbestand**

a) Tatobjekt: Sache, die „ein anderer“ durch einen Diebstahl erlangt hat (+)

*Hinweis: Wer F als Gehilfen des Diebstahls von A und B angesehen hat, muss jetzt feststellen, dass für den Teilnehmer der Vortat diese Tat die Tat eines anderen ist. Der Teilnehmer an der Vortat kann daher nach ganz h.M. – anders als Mittäter oder mittelbare Täter – Hehler sein.<sup>36</sup>*

*Auf Grundlage dieser h.M. ist sodann umstritten, ob dies auch dann gilt, wenn der Vortatteilnehmer aufgrund einer Abrede mit dem Vortäter faktisch einen „Anspruch“ auf den Beuteanteil erwirbt, da der Teilnehmer in diesen Fällen die Beute wertend betrachtet zusammen mit dem Täter erlangt hat – es könnte sich daher nicht um eine Sache handeln, die „ein anderer“ erlangt hat.<sup>37</sup> Dieser Streit ist vorliegend nicht relevant. Zwar hat F in der Beendigungsphase des Diebstahls den BMW übernommen – erst auf seinem Abschleppfahrzeug, dann auf seinem Werkstattgelände. Dies geschah aber – bejaht man oben die Möglichkeit der sukzessiven Beihilfe – als bloße Hilfeleistung am Diebstahl; F sollte durch das Unterstellen **keinen** Anteil an der Beute erlangen.*

b) Tathandlung: Sich-Verschaffen ist das Herstellen eigener tatsächlicher Herrschaftsgewalt im Einverständnis mit dem Vortäter.<sup>38</sup> Dabei ist eigene Verfügungsgewalt des Hehlers erforderlich,<sup>39</sup> namentlich in dem Sinne, dass er über diese als eigene oder zu eigenen Zwecken verfügen kann und dies auch will.<sup>40</sup> Daran fehlt es hier, weil F den BMW nur für A und B untergestellt hat und nicht zu eigenen Zwecken mit ihm verfahren will. Im bloßen Unterstellen ist ferner auch noch keine Absatzhilfe zu sehen. Die Handlung des F war zunächst allein auf die Sicherung, nicht auf den Absatz des BMW ausgerichtet.

### II. Ergebnis

F hat sich nicht gem. § 259 I strafbar gemacht.<sup>41</sup>

<sup>36</sup> Dies ist nicht unumstritten, vgl. MüKo/Maier § 259 Rn. 61 ff.; BeckOK/Ruhmannseder § 259 Rn. 57 m.w.N.

<sup>37</sup> Fischer StGB § 259 Rn. 31; NK/Altenhain § 259 Rn. 6.

<sup>38</sup> BGH NSTz 1992, 36.

<sup>39</sup> Fischer StGB § 259 Rn. 11.

<sup>40</sup> BGH NJW 2019, 1311 (1312).

<sup>41</sup> § 261 I Nr. 4a scheidet als taugliche Katalogtat aus; es fehlt am Erfordernis der Gewerbsmäßigkeit bzw. am Erfordernis der Bande.

## Zweiter Tatkomplex: Weiterverkauf des BMW, Ermittlungen

### A. STRAFBARKEIT DES X GEM. § 259 I (KONTAKTIERUNG DES S)

#### I. Tatbestand

##### 1. **Objektiver Tatbestand**

- a) Geeignetes Tatobjekt (+): Den BMW hatte nicht X erlangt, sondern A und B.
- b) Tathandlung: Absatzhilfe ist die unselbstständige Unterstützung des Vortäters beim Absetzen der Sache ohne eigene Verfügungsgewalt des Absatzhelfers.<sup>42</sup> X handelte auf konkrete Weisung des A ohne eigenen Verfügungsspielraum, daher (+).

##### c) **Absatzerfolg?**

**P\*\*:** Umstritten war lange Zeit, ob die Absatzhilfe voraussetzt, dass das Absetzen gelingt.

- aa) Bis Anfang 2014 war nach st. Rspr.<sup>43</sup> ein Absatzerfolg nicht erforderlich. Vielmehr hielt der BGH ein Verhalten, das im konkreten Fall geeignet ist, die rechtswidrige Vermögenssituation zu vertiefen, für ausreichend.<sup>44</sup> Dieses Erfordernis ist durch die Verhandlungen des X mit S erfüllt.
- bb) Der BGH<sup>45</sup> hat sich nunmehr der in der Lit. verbreiteten Gegenansicht<sup>46</sup> angeschlossen, die einen Absatzerfolg verlangt. Dieser ist nicht eingetreten, da S nicht zum vereinbarten Treffpunkt erschienen ist.
- cc) Als Argument für die letztgenannte Ansicht kann angeführt werden, dass in der Literatur seit jeher anerkannt ist, dass das selbstständige Absetzen eines Erfolges bedarf. Zu verstehen ist es nämlich als ein „gelungenes Weiterverschieben in eine andere Hand“.<sup>47</sup> Angesichts der Gleichstellung von Absetzen und Absatzhilfe in § 259 I und daher zur Vermeidung von Wertungswidersprüchen kann für die Absatzhilfe im Ergebnis nichts anderes gelten. Und darüber, dass beide Tatalternativen gleich interpretiert werden müssen, stimmen Rechtsprechung und Literatur indes überein.<sup>48</sup> Zudem wird durch den Absatzerfolg eine klare Grenzziehung zwischen Vorbereitung, Versuch und Vollendung erreicht.

<sup>42</sup> Schönke/Schröder/Hecker § 259 Rn. 31.

<sup>43</sup> Siehe nur BGHSt 26, 358; 27, 45; BGH wistra 2006, 16.

<sup>44</sup> BGHSt 43, 100.

<sup>45</sup> BGH NJW 2014, 951; jüngst BGH NJW 2019, 1311.

<sup>46</sup> NK/Altenhain § 259 Rn. 54 m.w.N.

<sup>47</sup> Rengier BT I § 22 Rn. 58.

<sup>48</sup> Rengier BT I § 22 Rn. 56.

## II. Ergebnis

X hat sich nicht wegen vollendeter Hehlerei gem. § 259 I strafbar gemacht.

### B. STRAFBARKEIT DES X GEM. §§ 259 I, III, 22, 23 I

#### I. Tatentschluss

Vorsatz, Drittbereicherungsabsicht (+)<sup>49</sup>

#### II. Unmittelbares Ansetzen (+)

#### III. Rechtswidrigkeit und Schuld (+)

#### IV. Ergebnis

X hat sich wegen versuchter Hehlerei strafbar gemacht.

### C. STRAFBARKEIT VON A UND B GEM. §§ 259 I, III, 22, 23 I, 26

*Hinweis: Eine Anstiftung zur (versuchten) Hehlerei durch A und B ist mitbestrafte Nachtat.<sup>50</sup> Vertretbar ist es auch, die Tatbestandslosigkeit mit einem Erst-recht-Schluss anzunehmen. Wenn A und B schon tatbestandlich nicht Täter der Hehlerei sein können (vgl. Wortlaut), können sie erst recht nicht Teilnehmer an dieser Tat sein.<sup>51</sup>*

### D. STRAFBARKEIT DES N GEM. § 153 I (AUSSAGE VOR DER POLIZEI)

(-) Polizei ist keine zur eidlichen Vernehmung von Zeugen zuständige Stelle.<sup>52</sup>

<sup>49</sup> An dieser Stelle wäre es auch sehr gut vertretbar gewesen, die Drittbereicherungsabsicht zu verneinen. Dafür spräche etwa der Wortlaut: In § 259 I wird der Vortäter nämlich als „ein anderer“ bezeichnet und von dem „Dritten“ unterschieden, dem die Sache verschafft und der bereichert werden kann; der „Dritte“ könne daher als Bereicherungsadressat kaum mit dem Vortäter identisch sein, so *Rengier* BT I § 22 Rn. 61. Dagegen spricht indes das Telos der Norm: Wer dem Vortäter aus Gefälligkeit hilft, die Beute vorteilhaft abzusetzen, trägt ebenso zur Aufrechterhaltung der rechtswidrigen Besitzlage durch Weiterschieben der Beute bei wie der Hehler, der sich selbst oder eine andere Person als den Vortäter bereichern will – Stichwort: „Perpetuierungstheorie“, so *Schönke/Schröder/Hecker* § 259 Rn. 44.

<sup>50</sup> *Schönke/Schröder/Hecker* § 259 Rn. 52; *Joecks/Jäger* § 259 Rn. 45; *Kindhäuser/Zimmermann* § 48 Rn. 37.

<sup>51</sup> Vgl. *MüKo/Maier* § 259 Rn. 59; *Rengier* BT I § 22 Rn. 71.

<sup>52</sup> Vgl. *BeckOK/Kudlich* § 153 Rn. 17. Der Versuch ist zudem **nicht** strafbar, siehe ebd., Rn. 23 sowie § 12 II (eine Fehlvorstellung würde ohnehin ein in jedem Fall strafloses Wahndelikt begründen). Dass N nicht nach § 55 StPO belehrt wurde, ist

**E. STRAFBARKEIT DES N GEM. § 258 I (AUSSAGE VOR DER POLIZEI)****I. Tatbestand**

1. Schuldhaftes Vortat eines anderen (+): Diebstahl durch A und B.

**2. Verhinderung der Bestrafung von A und B durch Verschweigen der Telefonnummer?**

a) Auch die wahrheitswidrige Angabe vor der Polizei, nichts zu wissen, kann als Vereitelungshandlung genügen.<sup>53</sup> Denn eine solche irreführende Angabe kann die Polizei davon abhalten, eine staatsanwaltschaftliche oder richterliche Vernehmung zu veranlassen.<sup>54</sup>

b) Allerdings wurden A und B nachfolgend verurteilt, so dass allein eine **Vereitelung durch Verfahrensverzögerung** in Betracht kommt. **P\*\***: Str. ist, ob eine bloße zeitliche Verzögerung ausreichend ist.<sup>55</sup>

aa) Dies wird mitunter mit einem Hinweis auf Art. 103 II GG (Wortlaut „vereiteln“) verneint.<sup>56</sup>

bb) Überwiegend wird jedoch eine Vollendung angenommen, wenn die Verurteilung des Beschuldigten um „geraume Zeit“ verzögert worden ist.<sup>57</sup> Allerdings ist auch auf dem Boden dieser Ansicht ein tatbestandsmäßiges Verhalten des N abzulehnen. Zwar fällt der Tatverdacht erst einen Monat später auf A und B. Aber es ist nicht erkennbar, dass dadurch auch nur die Anklageerhebung, geschweige denn der Verurteilungszeitpunkt, um „geraume Zeit“ hinausgeschoben worden ist. Die Verzögerung bloßer Ermittlungshandlungen bedeutet nicht zwangsläufig Verzögerung der Ahndung.<sup>58</sup> Es kann mit anderen Worten vorliegend nicht der Beweis geführt werden, dass ohne die Handlung des N die Ahndung der Tat für „geraume Zeit“ früher erfolgt wäre.<sup>59</sup> Es fehlt mithin an der Ursächlichkeit.

cc) Beide Ansichten führen demnach zum selben Ergebnis; Eine Stellungnahme kann dahinstehen.

---

insoweit unbeachtlich, als die Verletzung prozessualer Vorschriften nach der h.M. die Tatbestandsmäßigkeit in der Regel nicht berührt und sich allenfalls in der Strafzumessung auswirken kann (sog. Strafzumessungslösung), siehe hierzu Lackner/Kühl/Heger Vor § 153 Rn. 6 m.w.N. Demgegenüber sind nach der sog. Verwertbarkeitslösung nur solche Aussagen durch die §§ 153 ff. geschützt, die auch im Prozess verwertet werden können, siehe hierzu SK/Zöllner § 153 Rn. 33 f.

<sup>53</sup> BayObLG NJW 1966, 2177; Fischer StGB § 258 Rn. 10.

<sup>54</sup> Schönke/Schröder/Stree/Hecker § 258 Rn. 15.

<sup>55</sup> Rengier BT I § 21 Rn. 6 ff.

<sup>56</sup> So etwa NK/Altenhain § 258 Rn. 49.

<sup>57</sup> BGH NStZ 2019, 100 f.; Vorgeschlagen wird eine Orientierung an § 229 I StPO, mithin drei Wochen, so etwa Schönke/Schröder/Stree/Hecker § 258 Rn. 14; Jahn JuS 2006, 760 (761); BeckOK/Ruhmannseder § 258 Rn. 9. Joecks/Jäger § 258a Rn. 12 schlägt „mehrere“ Wochen vor; Rengier BT I § 21 Rn. 8 schlägt als Untergrenze zwei Wochen vor. OLG Stuttgart NJW 1976, 2084 nannte „etwa zehn Tage“.

<sup>58</sup> Vgl. hierzu auch BGH BeckRS 2009, 17551; Rengier BT I § 21 Rn. 8a.

<sup>59</sup> Vgl. Rengier BT I § 21 Rn. 8a.

II. Ergebnis

N hat sich nicht gem. § 258 I strafbar gemacht.

**F. STRAFBARKEIT DES N GEM. §§ 258 I, IV, 22, 23 I (AUSSAGE VOR DER POLIZEI)**

I. Vorprüfung: Nichtvollendung und Strafbarkeit des Versuchs, §§ 23 I, 12 II, 258 IV (+)

II. Tatentschluss

N wusste, dass das Verschweigen seines Wissens über die Tat von A und B die Ermittler zu einer Verzögerung, eventuell sogar zu einer endgültigen Vereitelung von deren Bestrafung führen würde. Er handelte also zumindest hinsichtlich einer Verfahrensverzögerung als Nebenziel beim Verschweigen seiner eigenen Tatbeteiligung mit Absicht.

III. Unmittelbares Ansetzen

(+) durch die wahrheitswidrige Aussage, er habe von der Tat von A und B nichts mitbekommen.

IV. Rechtswidrigkeit und Schuld (+)

V. Persönlicher Strafausschließungsgrund nach § 258 V

(+), denn N log über sein Wissen, um seine eigene Beteiligung an dem Diebstahl des BMW (s.o.) zu verbergen und damit eigener Strafverfolgung zu entgehen.

VI. Ergebnis

N ist nicht gem. § 258 I, IV, 22, 23 I strafbar.

## Konkurrenzen und Gesamtergebnis

### A. STRAFBARKEIT VON A UND B

A und B haben sich strafbar gemacht gem. §§ 242 I, 243 I 2 Nr. 1, 25 II, §§ 303 I, 25 II, §§ 123, 25 II. § 303 und § 123 stehen hierzu in Tateinheit (§ 52; a.A. vertretbar: Konsumtion).<sup>60</sup>

*Hinweis: Was die Konsumtion der §§ 123, 303 betrifft, ist noch Folgendes anzumerken. Begründet wird eine Konsumtion damit, dass der Hausfriedensbruch regelmäßige Begleittat zu §§ 242 I, 243 I 2 Nr. 1 ist; das Gleiche soll für die mit dem **Einbruchsdiebstahl** regelmäßig einhergehende Sachbeschädigung gelten.<sup>61</sup> 2001 wurde diese „Konsumtionslösung“ vom BGH angezweifelt, weil die Regelbeispiele ihrer Natur nach ein Konkurrenzverhältnis nicht bestimmen würden. Zwar sind sie tatbestandsähnlich ausgestaltet, aber der Sache nach handele es sich um Strafzumessungsregeln und nicht um die tatbestandliche Umschreibung des Unrechts, also der mit Strafe bedrohten Handlung i.S. des § 52 I.<sup>62</sup> Daher sei die Annahme des § 52 näherliegend.<sup>63</sup> Diese solle aber nur mit der Einschränkung gelten, „[...] wenn die Sachbeschädigung bei konkreter Betrachtung von dem regelmäßigen Ablauf eines **Einbruchdiebstahls** oder Wohnungseinbruchdiebstahls abweicht, von einem eigenständigen Unrechtsgehalt geprägt ist und sich **nicht als typische Begleittat** erweist. Dies wird insbesondere dann angenommen, wenn der Schaden durch Sachbeschädigung über denjenigen durch Diebstahl **deutlich hinausgeht**.“<sup>64</sup> Diese Einschränkung beabsichtigte der 2. Senat aufzugeben und **stets** Tateinheit anzunehmen.<sup>65</sup> In einer jüngst ergangenen das Anfrageverfahren abschließenden Entscheidung nahm der BGH an, dass bei einem schweren Bandendiebstahl oder Wohnungseinbruchdiebstahl eine zugleich begangene Sachbeschädigung **stets** in Tateinheit steht.<sup>66</sup> Zuzugeben ist, dass für die Annahme von Tateinheit das systematische Argument spricht, dass bei den anderen Varianten des § 243 I 2 Nr. 1 die Begehung einer Sachbeschädigung eher fernliegt und ein systematischer Bruch daher nur schwer hingenommen werden könne.<sup>67</sup>*

<sup>60</sup> Für Konsumtion siehe *Wessels/Hillenkamp/Schuhr* BT 2 Rn. 245; für Tateinheit siehe *Rengier* BT I § 3 Rn. 64, 67.

<sup>61</sup> Siehe *Wessels/Hillenkamp/Schuhr* BT 2 Rn. 245.

<sup>62</sup> Siehe BGH NStZ 2001, 642 (643).

<sup>63</sup> Zu berücksichtigen ist, dass dieses Argument hinsichtlich § 303 gleichermaßen auch für § 123 gelten müsste, so BeckOK/Wittig § 243 Rn. 34.

<sup>64</sup> BGH NStZ 2017, 340 (341).

<sup>65</sup> Zum Anfragebeschluss siehe BGH NStZ 2018, 708 ff.

<sup>66</sup> BGH NJW 2019, 1086 ff. *Wessels/Hillenkamp/Schuhr* BT 2 Rn. 245 vermutet, dass der BGH daher die Konsumtionslösung auch zu §§ 242, 243 I 2 Nr. 1 aufgeben wird; ebenso BeckOK/Wittig § 243 Rn. 34.

<sup>67</sup> *Rengier* BT I § 3 Rn. 64.

## B. STRAFBARKEIT DES N

N hat sich strafbar gemacht gem. §§ 242 I, 243 I 2 Nr. 1, 27 I, 13 I. Die ebenfalls verwirklichten (a.A. war hier vertretbar) §§ 303 I, 27 I, 13 I, §§ 123 I, 27 I, 13 I stehen in Tateinheit (a.A. vertretbar, s.o.).

## C. STRAFBARKEIT DES F

F hat sich durch zwei Unterstützungshandlungen jeweils gem. § 257 I strafbar gemacht. Nach wohl h.M. ist Tatmehrheit (§ 53) anzunehmen.<sup>68</sup>

## D. STRAFBARKEIT DES X

X hat sich strafbar gemacht gem. §§ 259 I, III, 22, 23 I.

**Weiterführende Hinweise:** Die Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme bei Beteiligung an einem Begehungsdelikt **durch Unterlassen** ist knifflig. Hilfreich kann es sein, wenn Sie nochmal einen Schritt zurückgehen und sich die Abgrenzung bei Beteiligung an einem Begehungsdelikt **durch positives Tun** in unserem diesbezüglichen Problemfeld ansehen.

Der Hinweis auf die fehlende Belehrung über das Aussageverweigerungsrecht im Sachverhalt hatte für die konkrete Lösung des Falles keine Relevanz, weil es schon an einem tauglichen Adressaten mangelte. Für dieses aber durchaus klausurträgliche Problem siehe die Hinweise in Fn. 35 zum individuellen Nacharbeiten.

Auch den vorliegenden Fall können Sie in unserem Falltraining nochmal lösen und Ihre Argumentationstechniken in den im Anschluss von uns korrigierten Freitextfeldern verfeinern.

<sup>68</sup> Schönke/Schröder/Stree/Hecker § 257 Rn. 32.