

Lösungsvorschlag*

Aufgabe 1

A. ERSTER TATKOMPLEX

I. Strafbarkeit der T

1. § 242 I

Indem T in der Küche den 100 €-Schein in die Hosentasche steckte, könnte sie sich wegen Diebstahls gem. § 242 I strafbar gemacht haben.

a) Tatbestandsmäßigkeit

aa) Fremde bewegliche Sache

Der 100 €-Schein ist ein körperlicher Gegenstand iSv § 90 BGB und beweglich.

Er müsste auch fremd sein. Fremd ist eine Sache für den Täter, wenn sie (zumindest auch) im Eigentum einer anderen natürlichen oder juristischen Person steht.¹ Als Diebstahlsobjekt sind maW solche Sachen ausgeschlossen, die im ausschließlichen Eigentum des Täters stehen.² Ursprünglich war R Eigentümer des Geldscheins. Er verstarb am 2. August 2020. Ein Testament existiert nicht. T könnte daher im Wege der Gesamtrechtsnachfolge gem. § 1922 I BGB Eigentümerin des 100 €-Scheins geworden sein. T ist als Abkömmling gem. § 1924 I BGB gesetzliche Erbin erster Ordnung. Gleiches gilt aber auch für ihren Bruder S. Mit dem Erbfall wird der Nachlass somit gemeinschaftliches Vermögen von S und T (§ 2032 I BGB). Sie bilden kraft Gesetzes eine Erben- und damit eine

Gesamthandsgemeinschaft.³ Innerhalb dieser Gemeinschaft besteht Gesamthandseigentum der T und des S.⁴

Hinweis: Der Nachlass des R (und damit auch der 100 €-Schein) bildet ein Sondervermögen, das vom Eigenvermögen von T und S kraft Gesetzes getrennt ist.⁵ An den Nachlassgegenständen (und damit auch am 100 €-Schein) entsteht eine gesamthänderische Inhaberschaft (Gesamthandseigentum),⁶ infolgedessen Eigentümer von zum Nachlass gehörenden Gegenständen nicht der einzelne Erbe bzw. die einzelnen Erbin ist, sondern die Miterben (T und S) in gesamthänderischer Verbundenheit.⁷

Für die Frage, ob eine Sache im Eigentum eines anderen steht, reicht auch das Gesamthandseigentum des S aus.⁸ Denn in diesem Fall gehört die Sache nicht T allein.

Der 100 €-Schein stellt für T iErg eine fremde bewegliche Sache dar.

bb) Wegnahme

Den 100 €-Schein müsste T weggenommen haben. Unter Wegnahme ist der Bruch fremden und die Begründung neuen Gewahrsams an der Sache zu verstehen.⁹ Gewahrsam ist die tatsächliche Sachherrschaft (objektiv-faktisches Element), getragen von einem natürlichen Herrschaftswillen (subjektiv-voluntatives Element), wobei sich ihr Vorliegen in erster Linie nach der Verkehrsauffassung beurteilt (faktischer Gewahrsamsbegriff; **hM**).¹⁰ Eine tatsächliche Sachherrschaft ist gegeben, solange

* Alle §§ ohne Gesetzesangabe sind solche des StGB. Für die Nachweise wurde die jeweils neueste Auflage verwendet.

¹ BeckOK/Wittig § 242 Rn. 6.

² Schönke/Schröder/Bosch § 242 Rn. 13.

³ Vgl. BeckOKBGB/Lohmann § 2032 Rn. 2; Burandt/Rojahn/Flechtner BGB § 2032 Rn. 9.

⁴ Wellenhofer SachenR § 2 Rn. 9.

⁵ Vgl. Burandt/Rojahn/Flechtner BGB § 2032 Rn. 5.

⁶ Jauernig/Stürner § 2032 Rn. 1.

⁷ Vgl. HK-BGB/Hoeren § 2032 Rn. 3.

⁸ Vgl. MüKo/Schmitz § 242 Rn. 32; NK/Kindhäuser § 242 Rn. 18; LK/Vogel § 242 Rn. 18, 20; Rengier BT I § 2 Rn. 9; Kindhäuser/Böse § 2 Rn. 21.

⁹ NK/Kindhäuser § 242 Rn. 27.

¹⁰ BeckOK/Wittig § 242 Rn. 14; Rengier BT I § 2 Rn. 23; Fischer StGB § 242 Rn. 11.

der Berechtigte auf die Sache unter normalen Umständen einwirken kann und seiner Herrschaft keine Hindernisse entgegenstehen.¹¹

(1) Ursprünglicher Gewahrsamsinhaber

Ursprünglicher Gewahrsamsinhaber war R. Der Gewahrsam endete jedoch mit seinem Tod. Tote können keinen Herrschaftswillen und keine tatsächliche Sachherrschaft haben. Sie sind nicht „gewahrsamsfähig“.¹²

(2) S als Gewahrsamsinhaber?

S könnte zum Zeitpunkt der Wegnahme (3. August 2020) (Mit-)Gewahrsamsinhaber gewesen sein.

(a) (Mit-)Gewahrsam des S

An einem natürlichen Herrschaftswillen des S wird man indes zweifeln müssen. Der natürliche Herrschaftswille unterliegt zwar keinen hohen Anforderungen.¹³ So genügt bereits ein latenter, genereller Gewahrsamswille.¹⁴ Von einem solchen kann idR ausgegangen werden, wenn er ersichtlich dem Interesse der Person entspricht.¹⁵ Mindestvoraussetzung ist aber überhaupt die **Kenntnis**, dass ein Herrschaftsverhältnis entstanden ist.¹⁶ Die Todesnachricht erreichte S (und T) aber erst am 5. August 2020. Am 3. August 2020 hatte S somit keinerlei Kenntnis vom Erbfall und konnte damit – mangels eben jener Kenntnis – auch keinen natürlichen Herrschaftswillen bilden.¹⁷ Damit

hatte S zu diesem Zeitpunkt keinen (Mit-)Gewahrsam.

(b) Anderes Ergebnis über § 857 BGB?

Fraglich ist, ob sich ein anderes Ergebnis aus § 857 BGB ergibt.¹⁸ Zu erwägen wäre, ob sich der (Mit-)Gewahrsam hierüber fingieren lässt. Nach § 857 BGB geht der Besitz auf den Erben über und Mitglieder der Erbengemeinschaft werden **Mitbesitzer** (§ 866 BGB) des Nachlasses.¹⁹ Vorgelagert ist jedoch die Frage, ob § 857 BGB auch im Strafrecht gilt. Zunächst ist festzustellen, dass sich der strafrechtliche Gewahrsam und der zivilrechtliche unmittelbare Besitz iSv § 854 I BGB zwar in weiten Teilen decken.²⁰ Allerdings ist der Begriff des Gewahrsams ein eigenständiger strafrechtlicher Begriff und daher auch **eigenständig auszulegen**.²¹ Mit dem zivilrechtlichen Begriff des Besitzes stimmt er folglich nicht überein.²² Nach ganz **hM** kann die Fiktion des § 857 BGB daher nicht übertragen werden.²³ Der Erbenmitbesitz des S vermag folglich keinen (Mit-)Gewahrsam zu begründen.

Hinweis: § 857 BGB liegt nicht unbedingt auf der Hand. Zu honorieren ist es jedoch, wenn die Anwendung der Vorschrift mit dem Hinweis auf die eigenständige Auslegung des strafrechtlichen Gewahrsamsbegriffs abgelehnt wird.

¹¹ Rengier BT I § 2 Rn. 27.

¹² BGH BeckRS 2012, 20059 Rn. 4; Lackner/Kühl/Kühl § 242 Rn. 10; LK/Vogel § 242 Rn. 68; vgl. auch Glandien JURA 2018, 60 (62 f.) zu Vorschlägen für einen postmortalen Gewahrsamsbegriff.

¹³ Vgl. LK/Vogel § 242 Rn. 67: „Verdünnung“ des Willenserfordernisses.

¹⁴ BeckOK/Wittig § 242 Rn. 18.

¹⁵ Kindhäuser/Böse § 2 Rn. 33.

¹⁶ Fischer StGB § 242 Rn. 13.

¹⁷ Vgl. Kudlich JA 2010, 777 (779).

¹⁸ Siehe hierzu Glandien JURA 2018, 60 (63-65).

¹⁹ BGH NJW 1952, 303 (304); MüKoBGB/Gergen § 2032 Rn. 11 aE.; Burandt/Rojahn/Flechtner BGB § 2032 Rn. 3 aE.; MüKoBGB/Schäfer § 857 Rn. 8.

²⁰ NK/Kindhäuser § 242 Rn. 30; LK/Vogel § 242 Rn. 60.

²¹ MüKo/Schmitz § 242 Rn. 50; BeckOK/Wittig § 242 Rn. 11 aE.; LK/Vogel § 242 Rn. 56.

²² Bosch JURA 2014, 1237 (1239).

²³ Fischer StGB § 242 Rn. 11; LK/Vogel § 242 Rn. 60; Kudlich JA 2010, 777 (779); Kindhäuser/Böse § 2 Rn. 30.

(3) Zwischenergebnis

Es bestand kein fremder Gewahrsam an dem 100 €-Schein. T hat diesen nicht weggenommen.

b) Ergebnis

T hat sich nicht gem. § 242 I strafbar gemacht.

2. §§ 242, 22, 23 I

T könnte sich jedoch wegen versuchten Diebstahls gem. §§ 242, 22, 23 I strafbar gemacht haben.

a) „Vorprüfung“

Die Versuchsstrafbarkeit ergibt sich aus §§ 242 II, 23 I, 12 II. Vollendet ist der Diebstahl nicht, s.o.²⁴

b) Tatentschluss

T müsste zur Tat entschlossen gewesen sein.

Hinweis: Es ist Ts Vorstellung von der Tat bzw. ihres Plans zugrunde zu legen und auf dieser Basis zu prüfen, ob bei Verwirklichung eben jenes Plans alle Merkmale des objektiven Tatbestands erfüllt wären.²⁵ Ts Vorstellung sieht wie folgt aus: „Ich nehme den 100 €-Schein weg, der meinem Vater gehört.“

Der vorliegende untaugliche Versuch bedarf im Tatentschluss keines Hinweises, da sich die objektive Untauglichkeit erst mit Blick auf die tatsächlichen Umstände ergibt, für deren Thematisierung im Tatentschluss – wie eben gesehen (Ts Vorstellung!) – kein Anlass besteht.²⁶

aa) Wegnahme einer fremden beweglichen Sache

In der Vorstellung der T lebte R noch und war Gewahrsamsinhaber, sodass sie nach ihrer Vorstellung von der Tat neuen Gewahrsam am 100 €-Schein begründet und den des R zu dem Zeitpunkt gebrochen hätte, als sie den 100 €-Schein in die Hosentasche steckte („Gewahrsamsenklaue“). T war zur Wegnahme einer fremden beweglichen Sache folglich entschlossen.

bb) Zueignungsabsicht

T wollte R dauerhaft aus seiner Sachherrschaftsposition verdrängen (Enteignungskomponente) und beabsichtigte, sich den 100 €-Schein (zumindest vorübergehend) in das eigene Vermögen einzuverleiben (Aneignungskomponente).²⁷

cc) Rechtswidrigkeit der erstrebten Zueignung

Hinweis: Die „Rechtswidrigkeit der erstrebten Zueignung“ ist ein normatives Tatbestandsmerkmal, auf das sich der (zumindest bedingte) Vorsatz beziehen muss.²⁸

Nach Ts Vorstellung von der Tat hatte sie keinen fälligen und einredefreien Anspruch auf Übereignung des 100 €-Scheins. Damit war sie auch bzgl der Rechtswidrigkeit der erstrebten Zueignung entschlossen.

Hinweis: Hieran ändert auch der sich aus § 2042 BGB ergebende Auseinandersetzungsanspruch nichts, der T – wie allen Miterben – zusteht. „Auseinandersetzung“ meint zum einen den

²⁴ Vollendet ist § 242 I mit Vollendung der Wegnahme der Sache in Zueignungsabsicht, vgl. BGH NStZ 1982, 420.

²⁵ Wessels/Beulke/Satzger AT Rn. 940 aE.

²⁶ Siehe Murmann GkStrafR § 28 Rn. 49.

²⁷ Vgl. Rengier BT I § 2 Rn. 91.

²⁸ Fischer StGB § 242 Rn. 49; Kindhäuser/Böse § 2 Rn. 75.

schuldrechtlichen Auseinandersetzungsvertrag und zum anderen dessen dinglichen Vollzug.²⁹

dd) Zwischenergebnis

Der Tatentschluss liegt vor.

c) Unmittelbares Ansetzen, § 22

T hat nach ihrer Vorstellung von der Tat auch unmittelbar zu Tatbestandsverwirklichung angesetzt.

d) Rechtswidrigkeit und Schuld

T handelte rechtswidrig und schuldhaft.

e) Ergebnis

T hat sich gem. §§ 242, 22, 23 I strafbar gemacht.

3. § 246 I

Darüber hinaus könnte sich T wegen Unterschlagung gem. § 246 I strafbar gemacht haben.

a) Tatbestandsmäßigkeit

aa) Fremde bewegliche Sache

Siehe oben.

Hinweis: Auch hier ist der im Gesamthandseigentum des S stehende 100 €-Schein für T fremd.³⁰

bb) Merkmal „sich oder einem Dritten zueignet“

T müsste sich den 100 €-Schein **zugeignet** haben.

(1) Subjektives Element (Zueignungswille)

Siehe 2. b) bb).

Hinweis: Für die Aneignungskomponente genügt jeder Aneignungsvorsatz.³¹ Im Übrigen stimmen § 246 und § 242 in subjektiver Hinsicht weitestgehend überein.³²

(2) Objektives Element (Zueignungsakt)

Erforderlich ist darüber hinaus ein **Zueignungsakt**. Nach der **herrschenden engen Manifestationstheorie** ist danach zu fragen, ob ein nach außen erkennbares Verhalten des Täters verlässlich zum Ausdruck bringt, dass der Täter die Sache behalten will.³³ Beurteilungsmaßstab ist ein objektiver Beobachter, der – mit Ausnahme des Zueignungswillens des Täters – alle tatsächlichen Umstände des Falles wie z. B. die Eigentums-, Gewahrsams- und vertraglichen Verhältnisse kennt.³⁴ Ein solcher objektiver Beobachter würde unter Berücksichtigung des Gesamthandseigentums des S annehmen, dass T den 100 €-Schein behalten möchte; steckte sie ihn doch in ihre Hosentasche. Dieses Verhalten ist weder mehrdeutig noch neutral. Ein Zueignungsakt liegt somit vor.

Hinweis: In Übereinstimmung mit der Ausbildungsliteratur³⁵ werden Ausführungen zu sonstigen (Zueignungs-)Theorien nicht erwartet.

cc) Rechtswidrigkeit der Zueignung

T hat keinen fälligen und einredefreien Anspruch auf Übereignung des 100 €-Scheins.

dd) Vorsatz bzgl. aa) und cc)

Ausreichend ist, dass T zumindest billigend in Kauf nimmt, dass ein anderer Eigentümer und die

²⁹ BeckOKBGB/Lohmann § 2042 Rn. 1.

³⁰ Vgl. MüKo/Hohmann § 246 Rn. 11.

³¹ Vgl. Schönke/Schröder/Bosch § 246 Rn. 24.

³² Rengier BT I § 5 Rn. 16.

³³ Rengier BT I § 5 Rn. 24; Wessels/Hillenkamp/Schuh BT 2 Rn. 311.

³⁴ Rengier BT I § 5 Rn. 24.

³⁵ Siehe Rengier BT I § 5 Rn. 23.

Zueignung widerrechtlich ist.³⁶ Die **genaue** Kenntnis des betroffenen Eigentümers ist **nicht** erforderlich.³⁷ Dass sie irrtümlich annahm, R sei Eigentümer, obwohl es um das Gesamthandseigentum des S ging, lässt den Vorsatz folglich unberührt (unbeachtlicher error in persona).

b) Rechtswidrigkeit und Schuld

T handelte rechtswidrig und schuldhaft.

c) Ergebnis

T hat sich gem. § 246 I strafbar gemacht.

4. Zwischenergebnis für T

T hat §§ 242, 22, 23 I und § 246 I verwirklicht. Im Verhältnis zueinander ist es vertretbar anzunehmen, der versuchte Diebstahl verdrängt die Unterschlagung.³⁸ Vertretbar ist auch die Annahme von Tateinheit (§ 52).³⁹

³⁶ Vgl. BayObLG NJW 1963, 310; MüKo/Hohmann § 246 Rn. 49; LK/Vogel § 246 Rn. 53.

³⁷ Mitsch BT 2, S. 39; SSW/Kudlich § 246 Rn. 26 aE und § 242 Rn. 39.

³⁸ So etwa Lackner/Kühl/Kühl § 246 Rn. 14; Jäger JuS 2000, 1167 (1171).

³⁹ Rengier BT I § 2 Rn. 25 mwN.

II. Strafbarkeit des A

1. §§ 242 I, 243 I 2 Nr. 1, 3, 6

Hinweis: § 243 I 2 Nr. 5 ist nicht einschlägig, da sich die Sache hierfür in einer allg zugänglichen Sammlung befinden oder öffentlich ausgestellt sein müsste.⁴⁰

Vertretbar ist es auch, wenn mit §§ 242, 244 begonnen wird, weil § 243 iErg verdrängt wird. Vor dem Hintergrund können die Regelbeispiele auch sehr kurz behandelt werden.

Indem A das Küchenfenster aufhebelte, das Haus betrat und das Bild entwendete, könnte er sich wegen Diebstahls in einem besonders schweren Fall gem. §§ 242 I, 243 I 2 Nr. 1, 3, 6 strafbar gemacht haben.

a) **Tatbestandsmäßigkeit**

Problematisch ist bzgl § 242 I lediglich die Frage, ob zum Wegnahme-Zeitpunkt (12. August 2020) fremder Gewahrsam bestand. Die Todesnachricht erreichte T und S am 5. August 2020. Zu diesem Zeitpunkt erlangten sie Kenntnis vom Erbfall. Hierfür spricht auch die von ihnen am 9. August 2020 geschaltete Todesanzeige. Daher bestand ab diesem Zeitpunkt ein hinreichender Beherrschungswillen beider für die ehemaligen Räumlichkeiten des R.⁴¹ Davon, dass sie auf die Sachen im ehemaligen Haus des R unter normalen Umständen einwirken konnten und ihrer Herrschaft keine Hindernisse entgegenstanden, kann – mangels entgegenstehender Anhaltspunkte – ausgegangen werden. A hat mit dem Gemälde folglich eine fremde bewegliche Sache weggenommen. Diesbezüglich handelte er

vorsätzlich und mit Zueignungsabsicht. Die erstrebte Zueignung war rechtswidrig. Auch diesbezüglich handelte A vorsätzlich.

b) **Rechtswidrigkeit und Schuld**

A handelte rechtswidrig und schuldhaft.

c) **Strafzumessung: Besonders schwerer Fall (§ 243 I 2 Nr. 1, 3, 6)**

aa) § 243 I 2 Nr. 1

Indem A das Fenster gewaltsam (beschädigter Fensterrahmen = Indiz)⁴² aufhebelte, ist er in ein Gebäude eingebrochen. Ferner verschaffte er sich durch das Fenster Zugang ins Haus und ist damit auf eine Weise in den umschlossenen Raum gelangt, die nicht den regelmäßigen Umständen entspricht. Dh A ist auch eingestiegen.⁴³ Zu diesem Zeitpunkt hatte A schon Diebstahlsvorsatz („zur Ausführung der Tat“).

Hinweis: Ob der Wohnungseinbruchdiebstahl von § 243 I 2 Nr. 1 (noch) erfasst wird, ist umstritten.⁴⁴ Vertretbar ist es daher auch, § 243 I 2 Nr. 1 nicht zu prüfen.⁴⁵ Da das Vorliegen von § 244 I Nr. 3, IV nicht unproblematisch ist, wird sich hier für eine kurze Erwähnung entschieden. Freilich wird § 243 I 2 Nr. 1 auf Konkurrenzebene von § 244 I Nr. 3, IV verdrängt.⁴⁶

bb) § 243 I 2 Nr. 3

Gewerbsmäßig handelt, wer sich aus wiederholter Begehung eine fortlaufende Haupt- oder auch nur Nebeneinnahmequelle von nicht unerheblicher Dauer und einigem Umfang

⁴⁰ BeckOK/Wittig § 243 Rn. 22; Eisele BT II Rn. 132.

⁴¹ Vgl. Kudlich JA 2010, 777 (779).

⁴² Vgl. NK/Kindhäuser § 243 Rn. 12 aE.

⁴³ Für das „Einbrechen“ als speziellere Variante wohl MüKo/Schmitz § 243 Rn. 23.

⁴⁴ Siehe auch Beulke Klausurenkurs III Rn. 420 f.

⁴⁵ Vgl. Matt/Renzikowski/Schmidt § 243 Rn. 4.

⁴⁶ Schönke/Schröder/Bosch § 243 Rn. 7; Wessels/Hillenkamp/Schuhr BT 2 Rn. 224; Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf § 14 Rn. 46 aE.

verschaffen will.⁴⁷ A durchsucht Todesanzeigen in Lokalzeitungen, um geeignete Einbruchobjekte auszumachen, wodurch er zukünftig sein monatliches Einkommen etwas aufbessern möchte. Dadurch will er sich eine nicht nur vorübergehende Einnahmequelle von einiger Dauer und einigem Umfang verschaffen. Die gewerbsmäßige Tatbegehung liegt dabei schon im ersten Diebstahl.⁴⁸ A handelte somit gewerbsmäßig.

cc) § 243 I 2 Nr. 6

Sofern die Notlage auf der Hilflosigkeit einer anderen Person beruht (Var. 1), muss es sich um das Opfer des Diebstahls handeln.⁴⁹ Hier ist aber nicht R Opfer des Diebstahls, sondern T und S.

Zu erwägen wäre noch, ob A durch Rs Tod einen Unglücksfall (Var. 2) ausnutzt. Personenverschiedenheit ist hier unschädlich.⁵⁰ Vorausgesetzt wird aber eine Situation, in der gerade der Unglücksfall zu einer verminderten Selbstschutzmöglichkeit des Opfers hinsichtlich des Eigentums führt.⁵¹ Dem war hier nicht so.

Hinweis: § 243 I 2 Nr. 6 ist eher fernliegend und muss daher nicht angesprochen werden.

d) Ergebnis

A hat sich gem. §§ 242 I, 243 I 2 Nr. 1, 3 strafbar gemacht.

*Hinweis: Sind durch **eine** Tat – wie hier – **mehrere** Regelbeispiele erfüllt, liegt trotzdem nur **ein** Diebstahl **in einem** besonders schweren Fall vor.⁵²*

2. § 244 I Nr. 3, IV

Darüber hinaus könnte sich A wegen Wohnungseinbruchdiebstahls gem. § 244 I Nr. 3, IV strafbar gemacht haben.

a) Grunddelikt des § 242

Siehe oben.

b) Qualifikation des § 244 I Nr. 3

A könnte in eine Wohnung eingebrochen sein. Dass A in ein Gebäude eingebrochen ist, konnte gesehen werden. Fraglich ist aber, ob es sich hierbei auch um eine **Wohnung** im Sinne von § 244 I Nr. 3 handelte, schließlich war R zu diesem Zeitpunkt schon verstorben. Inwieweit die Wohnung Verstorbener taugliches Tatobjekt im Sinne des § 244 I Nr. 3 ist, muss durch Auslegung ermittelt werden.

aa) Wortlaut „Wohnung“

Wohnungen sind zu verstehen als abgeschlossene und überdachte Räume, die Menschen zumindest vorübergehend als Unterkunft **dienen** und nicht lediglich Arbeits-, Geschäfts- oder Ladenräume sind.⁵³ Nach dem BGH kommt es in diesem Sinne auf den Zweck der fraglichen Stätte an („dienen“) und nicht auf den tatsächlichen Gebrauch an.⁵⁴ Der Wortlaut steht der Einbeziehung von Wohnungen Verstorbener iErg nicht entgegen.

Hiergegen lässt sich einwenden, dass es sich – strenggenommen – nur um den Wortlaut der Definition „Wohnung“ handelt. Da es sich letztlich aber nur um eine mögliche Definition

⁴⁷ NK/Kindhäuser § 243 Rn. 26.

⁴⁸ So die **hM**, siehe Rengier BT I § 3 Rn. 34; aA NK/Kindhäuser § 243 Rn. 27.

⁴⁹ MüKo/Schmitz § 243 Rn. 51; Wessels/Hillenkamp/Schuhr BT 2 Rn. 242.

⁵⁰ Wessels/Hillenkamp/Schuhr BT 2 Rn. 242. Auch Retter bzw. Hilswillige können daher bestohlen

werden, wodurch uU § 243 I 2 Nr. 6 Var. 2 verwirklicht wird.

⁵¹ MüKo/Schmitz § 243 Rn. 53.

⁵² MüKo/Schmitz § 243 Rn. 92; BeckOK/Wittig § 243 Rn. 35.

⁵³ BGH NSTZ-RR 2018, 14 (15).

⁵⁴ BGH NJW 2020, 1750; BGH BeckRS 2020, 17787 Rn. 12.

der Wohnung handelt, ist der Begriff auch offen für ein anderes Ergebnis. So hat der BGH selbst festgestellt, der Wohnungsbegriff des § 244 I Nr. 3 müsse eigenständig und anhand des **besonderen Schutzzwecks** der Vorschrift bestimmt werden.⁵⁵

bb) Historische und teleologische Auslegung

Hinweis: Historische und teleologische Auslegung gehen etwas in einander über, sodass sie gemeinsam behandelt werden können, wobei die nachstehenden Erwägungen auch nur unter „Telos“ behandelt werden können. Die mietrechtliche Bewertung (§ 564 BGB) ist für § 244 I Nr. 3 jedenfalls nicht maßgeblich.⁵⁶

Die Gesetzgebung sah sich zur Aufwertung des Wohnungseinbruchdiebstahls von § 243 in § 244 dadurch motiviert, dass es sich um eine Straftat handelt, die tief in die Intimsphäre der Opfer eindringen und zu ernststen psychischen Störungen wie etwa langwierigen Angstzuständen führen kann.⁵⁷ Vor dem Hintergrund lässt sich zunächst argumentieren, dass ein derartiger Eingriff bei den Räumlichkeiten Verstorbener gerade nicht mehr droht, können diese doch keine psychischen Folgeschäden mehr erleiden und dient ihnen die Wohnung schließlich nicht mehr als „Rückzugsraum“.⁵⁸ Vielmehr dient die Wohnung bis zu ihrer (nicht auszuschließenden) Auflösung oder dem Einzug neuer Bewohner, die damit eine neue Widmung vornehmen, der bloßen Verwahrung des Nachlasses des Verstorbenen.⁵⁹

Das von § 244 I Nr. 3 geschützte Eigentum und die geschützte häusliche Privat- und

Intimsphäre⁶⁰ können nach dem BGH indes auch dann verletzt sein, wenn sie neben den aktuellen Bewohnern **weiteren Personen zuzuordnen** sind, die einen Bezug zu den Räumlichkeiten aufweisen – etwa, weil sie sich häufig in ihnen aufhalten, weil es sich um ihr Elternhaus handelt oder weil sie in dem Haus private Gegenstände lagern (hier kommen v. a. Angehörige in Betracht).⁶¹ Dies gelte jedenfalls solange die Räumlichkeit nicht als Wohnstätte entwidmet wurde.⁶² Einen derartigen häufigen Aufenthalt könnte man annehmen, wenn die Räumlichkeit zum Zweck der Auflösung des Hausstands regelmäßig aufgesucht wird.⁶³ Hiergegen ließe sich wiederum einwenden, ein häufiger Aufenthalt anderer Personen rechtfertige nicht zwangsläufig eine Gleichsetzung mit dem Wohnungsinhaber, denn auch in Büroräumen wird sich häufig aufgehalten, ohne dass diese hierdurch als „Wohnungen“ qualifiziert werden.⁶⁴ Ein Bezug zur Intimsphäre von Angehörigen lässt sich allerdings darüber herstellen, dass diese nicht selten Überlegungen zu einer eventuellen Übernahme der Räumlichkeiten anstellen und solche Überlegungen womöglich aus Furcht vor einem nochmaligen Einbruch fallen lassen werden.⁶⁵ In teleologischer Hinsicht lassen sich die Räumlichkeiten Verstorbener daher unter den Wohnungsbegriff subsumieren.

aa) Gesetzessystematik

In gesetzessystematischer Hinsicht kann im Umkehrschluss aus § 244 IV gefolgert werden, dass § 244 I Nr. 3 gerade **nicht** die „dauerhafte

⁵⁵ BGH NJW 2017, 1186 (1187); LK/Vogel § 244 Rn. 75.

⁵⁶ Epik NStZ 2020, 484 (486 FN 26).

⁵⁷ BT-Drs. 13/8587, S. 43.

⁵⁸ Epik NStZ 2020, 484 (486).

⁵⁹ Epik NStZ 2020, 484 (486).

⁶⁰ BGH NJW 2017, 1186 (1187); BeckOK/Wittig § 244 Rn. 22.

⁶¹ BGH NJW 2020, 1750 (1751).

⁶² BGH NJW 2020, 1750 (1751).

⁶³ Jäger JA 2020, 630 (631).

⁶⁴ So Epik NStZ 2020, 484 (486).

⁶⁵ Jäger JA 2020, 630 (631).

Nutzung“ der Wohnung und das Vorliegen einer „Privatwohnung“ verlangt.⁶⁶ Ein weiterer Umkehrschluss lässt sich § 306a I Nr. 1 entnehmen. Die Vorschrift verlangt eine Räumlichkeit, „die der Wohnung von Menschen dient“. Anerkannt ist hier, dass die Wohnungseigenschaft durch den Tod des einzigen Wohnungsinhabers entwidmet wird.⁶⁷ Aufgrund des unterschiedlichen Wortlauts kann eine derartige Folge für § 244 I Nr. 3 aber nicht gelten. Der Wohnungsbegriff des § 244 I Nr. 3 ist demnach weiter. IERG spricht auch die Gesetzssystematik nicht dagegen, die Räumlichkeit Verstorbener als taugliches Tatobjekt iSv § 244 I Nr. 3 anzusehen.⁶⁸

bb) Zwischenergebnis

Die besseren gesetzssystematischen und teleologischen Gründe sprechen dafür, die Räumlichkeiten Verstorbener als taugliches Tatobjekt iSv § 244 I Nr. 3 anzuerkennen.

Hinweis: Hier wird dem BGH gefolgt. Eine andere Auffassung ist gut vertretbar.

c) Qualifikation des § 244 IV

Fraglich ist, ob ivF auch eine dauerhaft genutzte Privatwohnung iSv § 244 IV betroffen ist.

Hinweis: Wer § 244 I Nr. 3 verneint, muss dies konsequenterweise auch bei § 244 IV tun, da zunächst alle Voraussetzungen einer „sonstigen“ Wohnung iSd § 244 I Nr. 3 vorliegen müssen.⁶⁹

aa) Wortlaut

Maßgeblich ist zunächst der Wortlaut „dauerhaft genutzt“. Über den § 244 zugrunde liegenden

Wohnungsbegriff hinaus handelt es sich bei diesem Zusatz um eine immanente Zweckbestimmung der Wohnung.⁷⁰ Die Gesetzgebung hat das Merkmal zwar nicht definiert.⁷¹ Es kann aber angenommen werden, dass die Wohnung regelmäßig über einen längeren Zeitraum aufgesucht und als Wohnung zur Tatzeit auch tatsächlich genutzt werden muss.⁷² An einer solchen Nutzung fehlt es, wenn der Wohnungsinhaber verstorben ist. Die Wohnung wird dann nämlich zunächst einmal nicht mehr dauerhaft genutzt und die lediglich künftig wieder **mögliche** dauerhafte Nutzung genügt für eine Anwendung dieser Vorschrift ausweislich des klaren Wortlauts dann gerade nicht.⁷³

bb) Telos

In teleologischer Hinsicht trägt § 244 IV im Gegensatz zu § 244 I Nr. 3 dem Umstand Rechnung, dass sich der Eingriff in die Privat- und Intimsphäre, der mit einem Einbruch in eine zur Tatzeit tatsächlich bewohnte Wohnung verbunden ist (= Fall des § 244 IV), als erheblich intensiver darstellt. Wird die Wohnung aber nicht tatsächlich genutzt, wie das bei Räumlichkeiten Verstorbener idR der Fall ist, so ist das Telos nicht einschlägig. In teleologischer Hinsicht fallen Räumlichkeiten Verstorbener daher nicht unter § 244 IV.

cc) Strafraumen

Für dieses Ergebnis spricht letztlich auch der hohe Strafraumen (Verbrechen, § 12 I), der eine restriktive Auslegung der Vorschrift gebietet.

⁶⁶ BGH NJW 2020, 1750; Fischer StGB § 244 Rn. 46.

⁶⁷ Rengier BT II § 40 Rn. 33.

⁶⁸ BGH NJW 2020, 1750 f.; Jäger JA 2020, 630 f.

⁶⁹ BeckOK/Wittig § 244 Rn. 25.

⁷⁰ So BGH BeckRS 2020, 17787 Rn. 13.

⁷¹ Bosch JURA 2018, 50 (55).

⁷² BGH BeckRS 2020, 17787 Rn. 13; MüKo/Schmitz § 244 Rn. 67; BeckOK/Wittig § 244 Rn. 25; AnwKomm/Kretschmer § 244 Rn. 50; ebenso – und mit Falllösung – Hirsch/Dölling JuS 2019, 997 (999).

⁷³ So Jäger JA 2020, 630 (631).

dd) Zwischenergebnis

§ 244 IV ist somit nicht einschlägig.

d) Zwischenergebnis

§ 244 I Nr. 3 liegt vor.

e) Vorsatz

Zum Grunddelikt und der Zueignungsabsicht siehe oben. A handelte ferner vorsätzlich hinsichtlich der qualifizierenden Umstände.

f) Rechtswidrigkeit und Schuld

Siehe oben.

g) Ergebnis

A hat sich gem. § 244 I Nr. 3 strafbar gemacht. §§ 242, 243 I 2 Nr. 1 wird entsprechend verdrängt, siehe oben; Gleiches gilt für §§ 242, 243 I 2 Nr. 3.⁷⁴

Hinweis: Für eine Prüfung des § 244 I Nr. 1 lit. a Var. 2 bietet der Sachverhalt keine näheren Anhaltspunkte.

3. § 303 I Var. 1

A hat den Fensterrahmen beschädigt und dadurch § 303 I Var. 1 verwirklicht.

4. § 123 I Var. 1

A ist zudem in eine Wohnung eingedrungen und hat dadurch § 123 I Var. 1 verwirklicht.

5. Zwischenergebnis für A

A hat § 244 I Nr. 3 sowie §§ 303 I Var. 1, 123 I Var. 1 verwirklicht. § 303 I Var. 1 steht zu § 244 I

Nr. 3 in Tateinheit (§ 52).⁷⁵ Eine aA ist vertretbar.⁷⁶ § 123 I Var. 1 wird von § 244 I Nr. 3 verdrängt (Konsumtion).⁷⁷

A hat sich damit im ersten Tatkomplex gem. §§ 244 I Nr. 3, 303 I Var. 1, 52 strafbar gemacht.

⁷⁴ BGH BeckRS 2017, 116525 Rn. 4.

⁷⁵ Vgl. BGH NJW 2019, 1086 (1088 ff.); Fischer StGB § 244 Rn. 66.

⁷⁶ Siehe etwa Wessels/Hillenkamp/Schuh BT 2 Rn. 245.
⁷⁷ Rengier BT I § 3 Rn. 65; Fischer StGB § 123 Rn. 45 aE; BeckOK/Wittig § 244 Rn. 29.

B. ZWEITER TATKOMPLEX

I. Strafbarkeit des A

1. §§ 242 I, 243 I 2 Nr. 1, 2, 3

Indem sich A über die verschlossene Fahrertür Zugang zum Kfz verschaffte, es kurzschloss und anschließend wegfuhr, könnte er sich wegen Diebstahls in einem besonders schweren Fall gem. §§ 242 I, 243 I 2 Nr. 1, 2, 3 strafbar gemacht haben.

a) Tatbestandsmäßigkeit

aa) Objektiver Tatbestand

A müsste eine fremde bewegliche Sache weggenommen haben. Der Sohn von N hat die Todesanzeige geschaltet. Er hat Kenntnis vom Erbfall. Daher wird man einen hinreichenden Beherrschungswillen in Bezug auf das Kfz anzunehmen haben. Der Sohn ist damit Gewahrsamsinhaber.

Fraglich ist, ob A neuen Gewahrsam am Kfz begründet hat. Neuer Gewahrsam ist begründet, wenn nach der Verkehrsanschauung der Täter die tatsächliche Herrschaft über die Sache derart erlangt hat, dass er sie ohne Behinderung durch den alten Gewahrsamsinhaber ausüben und dieser nicht mehr über die Sache verfügen kann, ohne seinerseits die Verfügungsgewalt des Täters zu brechen.⁷⁸ Beim Kfz-Diebstahl ist hierfür ein Wegfahren erforderlich, wobei schon eine kurze Fahrtstrecke ausreicht.⁷⁹ Hier hat sich A bereits ca. 300m vom Haus der Frau N entfernt. A wird in seiner Sachherrschaft nicht durch Ns Sohn behindert. Dieser müsste auch As Verfügungsgewalt brechen.

Klärungsbedürftig ist, ob die Aufnahme durch die zwei Polizeibeamten der Gewahrsamsbegründung im Wege stand. Grundsätzlich ist der Diebstahl kein heimliches Delikt.⁸⁰ Eine (selbst planmäßige) Beobachtung steht der Wegnahme daher nicht im Wege.⁸¹ Der Gewahrsamswechsel ist von ihr unabhängig.⁸² Damit hat A neuen Gewahrsam begründet.

Hinweis: Vertretbar ist es auch, wenn man annimmt, dass die Beobachtung im Einzelfall der Gewahrsamsbegründung im Wege stehen kann, etwa aufgrund der räumlichen Nähe der eingriffsbereiten Personen zum Tatobjekt, dessen Umfang und Gewicht sowie der Schnelligkeit des Eingreifens.⁸³ Hier machten die Polizeibeamten aber lediglich zur Beweissicherung Aufnahmen und ließen A insgesamt gewähren. Sie waren nicht eingriffsbereit. Hierzu entschieden sie sich erst später. Zudem befanden sie sich in recht weiter Entfernung. Vor dem Hintergrund wäre auch hiernach eine Gewahrsamsneubegründung zu bejahen.

Gewahrsamsbruch ist die Aufhebung des Gewahrsams des bisherigen Gewahrsamsinhabers gegen oder zumindest ohne dessen Willen.⁸⁴ Ein Einverständnis des Sohns von N lag nicht vor. Der Gewahrsam wurde somit jedenfalls ohne dessen Willen aufgehoben.

Hinweis: Damit liegt gerade keine klassische Diebesfalle vor.⁸⁵ Dass die zwei Polizeibeamten „einverstanden“ sind, ist unschädlich; sind sie doch keine Gewahrsamsinhaber des Kfz.

A hat somit eine fremde bewegliche Sache weggenommen.

⁷⁸ Ständige Rspr siehe BGH NStZ 2019, 613 (614).

⁷⁹ Kindhäuser/Böse § 2 Rn. 52; Fischer StGB § 242 Rn. 20 mwN.

⁸⁰ Zu dieser hM siehe Rengier BT I § 2 Rn. 49 mwN.

⁸¹ Kindhäuser/Böse § 2 Rn. 53.

⁸² Wessels/Hillenkamp/Schuh BT 2 Rn. 126.

⁸³ Vgl. OLG Hamm NStZ-RR 2014, 209 (210).

⁸⁴ BeckOK/Wittig § 242 Rn. 21.

⁸⁵ Siehe hierzu Kindhäuser/Böse § 2 Rn. 46-48.

bb) Subjektiver Tatbestand

A handelt vorsätzlich hinsichtlich aa) und mit Zueignungsabsicht. Die erstrebte Zueignung ist rechtswidrig. Auch diesbezüglich liegt Vorsatz vor.

b) Rechtswidrigkeit und Schuld

A handelte rechtswidrig und schuldhaft.

c) Strafzumessung: Besonders schwerer Fall (§ 243 I 2 Nr. 1, 2, 3)

aa) § 243 I 2 Nr. 1

A könnte in einen umschlossenen Raum mit einem nicht zur ordnungsmäßigen Öffnung bestimmten Werkzeug eingedrungen sein. Unter den umschlossenen Raum fällt auch der Innenraum eines Kfz.⁸⁶ Durch den Draht hat sich A eines Werkzeugs bedient, durch das der Verschlussmechanismus des Kfz ordnungswidrig betätigt wurde. In den Innenraum des Kfz ist A anschließend eingedrungen. Dies müsste auch „zur Ausführung der Tat“ geschehen sein. Aus dem umschlossenen Raum selbst muss dabei nichts mitgenommen werden, ausreichend ist es vielmehr, wenn der Täter in den Raum eindringt, um ihn selbst (= das Kfz) wegzunehmen.⁸⁷ Auch dieses Merkmal kann daher bejaht werden. § 243 I 2 Nr. 1 liegt somit vor.

bb) § 243 I 2 Nr. 2

Das Kfz könnte durch eine andere Schutzvorrichtung gegen Wegnahme besonders gesichert gewesen sein. Das sind alle sonstigen

besonderen Vorrichtungen, die geeignet oder dazu bestimmt sind, die Wegnahme einer Sache wenigstens zu erschweren.⁸⁸

Dem Sachverhalt sind keine Anhaltspunkte für eine Alarmanlage, für ein Lenkradschloss oder eine elektronische Wegfahrsperre zu entnehmen.

In Betracht käme allenfalls das Zündschloss als andere Schutzvorrichtung. Hiergegen ließe sich einwenden, das Zündschloss diene lediglich dem Starten des Kfz und habe daher keine besondere Sicherungsfunktion. Umgekehrt ließe sich diese Funktion aber auch mit einem Startknopf umsetzen. Daher wird von einigen angenommen, dem Zündschloss komme neben der Starterfunktion auch eine sichernde Funktion zu.⁸⁹ § 243 I 2 Nr. 2 kann damit bejaht werden.

Hinweis: Eine aA ist vertretbar. Das Türschloss fällt – wie gesehen – unter § 243 I 2 Nr. 1.⁹⁰

cc) § 243 I 2 Nr. 3

Siehe oben.

dd) Zwischenergebnis

§ 243 I 2 Nr. 1, 2, 3 liegen vor.

d) Ergebnis

A hat sich gem. §§ 242 I, 243 I 2 Nr. 1, 2, 3 strafbar gemacht.

Hinweis: § 244 I Nr. 2 ist schon mangels ausreichender Personenzahl fernliegend.⁹¹

⁸⁶ BGH NJW 1952, 597; BeckOK/Wittig § 243 Rn. 6.1; Fischer StGB § 243 Rn. 4.

⁸⁷ NK/Kindhäuser § 243 Rn. 8; Schönke/Schröder/Bosch § 243 Rn. 17 aE sowie ausführlich Rn. 27; MüKo/Schmitz § 243 Rn. 11 aE; BeckOK/Wittig § 243 Rn. 14; Lackner/Kühl/Kühl § 243 Rn. 8.

⁸⁸ BeckOK/Wittig § 243 Rn. 17.

⁸⁹ Berkl JA 2006, 276 (280) mit entsprechenden Erwägungen; iErg so auch Matt/Renzikowski/Schmidt § 243 Rn. 12; Rengier BT I § 3 Rn. 24; Fischer StGB § 243 Rn. 15.

⁹⁰ Zu den Gründen siehe Rengier BT I § 3 Rn. 21; aA wohl Berkl JA 2006, 276 (280).

⁹¹ Vgl. Matt/Renzikowski/Schmidt § 244 Rn. 12 mwN: 3 Personen (ganz hM).

2. § 315d I Nr. 3

Indem A vor dem Streifenwagen floh, die zulässige Höchstgeschwindigkeit überschritt und einige Verkehrsvorschriften missachtete, könnte er sich wegen eines verbotenen Kraftfahrzeugrennens gem. § 315d I Nr. 3 strafbar gemacht haben.

a) Tatbestandsmäßigkeit

aa) Objektiver Tatbestand (Nr. 3)

Hinweis: Die Schwierigkeit besteht bzgl. des wenig bekannten § 315d I Nr. 3 darin zu erkennen, dass Nr. 3 insbesondere Fälle erfasst, in denen nur ein einziges Fahrzeug objektiv und subjektiv ein Kraftfahrzeugrennen nachstellt (sog. „Einzelraser“ bzw. „Einzelrennen“).⁹² Es liegt also kein „Rennen“ gegen Gegner im Sinne des allg. Sprachgebrauchs vor.⁹³

Abgesehen davon ist die Verfassungsmäßigkeit des § 315d I Nr. 3 in der Rspr. nicht unumstritten.⁹⁴

Bei der Auslegung der einzelnen Tatbestandsmerkmale ist sich zu vergegenwärtigen, dass es § 315d I Nr. 3 darum geht, nicht lediglich Geschwindigkeitsübertretungen zu pönalisieren (selbst wenn sie erheblich sind), sondern solche Handlungen zu erfassen, die objektiv und subjektiv aus der Menge der bußgeldbelegten Geschwindigkeitsverstöße herausragen.⁹⁵

In objektiver Hinsicht ist erforderlich, dass sich A im Straßenverkehr (1) als Kraftfahrzeugführer (2)

mit nicht angepasster Geschwindigkeit (3) und grob verkehrswidrig (4) fortbewegt hat.

(1) Straßenverkehr

A befand sich im öffentlichen Straßenverkehr.

(2) Kraftfahrzeugführer

A war auch Kraftfahrzeugführer.

(3) Nicht angepasste Geschwindigkeit

Mit nicht angepasster Geschwindigkeit ist ein schnelles Fahren gemeint, das Geschwindigkeitsbegrenzungen verletzt⁹⁶ oder der konkreten Verkehrssituation zuwiderläuft.⁹⁷

Hinweis: Es muss im Grunde die Verhaltenspflicht aus § 3 I StVO verletzt werden, der hier eine Hilfestellung bietet und den man sich in zulässiger Weise neben § 315d I Nr. 3 StGB schreiben könnte.

A überscheitert ivF durchgehend und ganz erheblich die zulässige Höchstgeschwindigkeit. Dieser Überschreitung kommt eine gewichtige indizielle Bedeutung zu.⁹⁸ Dies führt auch dazu, dass er innerhalb der übersehbaren Strecke nicht hätte halten können (vgl. § 3 I 4 StVO). Damit fuhr A mit nicht angepasster Geschwindigkeit.

(4) Grob verkehrswidrig

Die grobe Verkehrswidrigkeit meint ein objektiv besonders schweres, dh. typischerweise besonders gefährliches, gegen eine Verkehrsvorschrift verstoßendes Verhalten.⁹⁹ Die grobe Verkehrswidrigkeit ist anhand der

⁹² BT-Drs. 18/12936, S. 2; Kudlich JA 2019, 631 (632).

⁹³ OLG Köln NStZ-RR 2020, 224 (225); BeckOK/Kulhanek § 315d Rn. 31 aE.

⁹⁴ Siehe die Anrufung des BVerfG durch das AG Villingen-Schwenningen BeckRS 2020, 167; anders dagegen KG BeckRS 2019, 35362 Rn. 9 sowie OLG Köln NStZ-RR 2020, 224.

⁹⁵ Schönke/Schröder/Hecker § 315d Rn. 8 aE; ebenso OLG Köln NStZ-RR 2020, 224 (226).

⁹⁶ Es handelt sich um ein maßgebliches Indiz, vgl. KG BeckRS 2019, 35362 Rn. 16; Kulhanek JURA 2018, 561 (564).

⁹⁷ BeckOK/Kulhanek § 315d Rn. 35; MüKo/Pegel § 315d Rn. 24; Schulz-Merkel NZV 2020, 397 (398).

⁹⁸ Zopfs DAR 2020, 9 (11); BeckOK/Kulhanek § 315d Rn. 35.

⁹⁹ BeckOK/Kulhanek § 315d Rn. 36.

tatbezogenen Indizien herzuleiten.¹⁰⁰ Eine Hilfestellung bietet insoweit der Katalog des § 315c I Nr. 2.¹⁰¹ Es handelt sich dabei um Verkehrsverstöße, die nach den Erkenntnissen der Unfallforschung besonders häufig zu Unfällen führen.¹⁰²

Indizieller aber nicht alleiniger Bedeutung kommt auch hier zunächst der bereits festgestellten nicht angepassten Geschwindigkeit zu.¹⁰³

Darüber hinaus überfuhr A an einer Kreuzung eine „rote Ampel“ auf der Gegenfahrbahn. A missachtete damit das Haltegebot, vgl. § 37 II Nr. 1 StVO. Dies stellt eine Ordnungswidrigkeit nach §§ 49 III Nr. 2 StVO iVm § 24 StVG dar. Dieses Verhalten ist aufgrund des Querverkehrs typischerweise besonders gefährlich (vgl. § 315c I Nr. 2 lit. a).¹⁰⁴

Zudem schnitt A auf der kurvenreichen und unübersichtlichen Landstraße trotz Rechtsfahrgebots (§ 2 II StVO; § 49 I Nr. 2 StVO iVm 24 StVG) mehrere Kurven, maW hielt er an unübersichtlichen Stellen nicht die rechte Fahrbahnseite ein (vgl. § 315c I Nr. 2 lit. e).¹⁰⁵ Auch unter Berücksichtigung der erheblich überschrittenen Höchstgeschwindigkeit wird der Gegenverkehr hierdurch typischerweise besonders gefährdet.

A bewegte sich iErg grob verkehrswidrig fort.

bb) Subjektiver Tatbestand

(1) Vorsatz bzgl 1. aa)

Hinsichtlich 1. aa) handelte A vorsätzlich.

(2) Absicht, eine höchstmögliche Geschwindigkeit zu erreichen (sog „Raserabsicht“), und Rücksichtslosigkeit

Hinweis: Es bietet sich an, die Raserabsicht vor der „Rücksichtslosigkeit“ zu prüfen. Letztere geht in gewisser Weise in der Absicht auf, denn „[...] wer mit seiner Fahrweise eine höchstmögliche Geschwindigkeit erzielen will, dürfte in der Regel dafür auch eigensüchtige Beweggründe aufweisen, mit denen er seine verkehrsrechtlichen Pflichten übergeht.“¹⁰⁶

A müsste mit der Absicht gehandelt haben, eine höchstmögliche Geschwindigkeit zu erzielen. Es erweisen sich hier zwei Fragen als problematisch. Erstens: Wie ist die „höchstmögliche“ Geschwindigkeit auszulegen (dazu [a])? Zweitens: Wie muss die Absicht beschaffen sein (dazu [b])?

Hinweis: Beide Fragen können auch gemeinsam geprüft werden, da sie sich zT überschneiden.

(a) „Höchst mögliche“ Geschwindigkeit

Mit der „höchstmöglichen“ Geschwindigkeit ist zunächst **nicht** gemeint, dass der Täter die Absicht haben muss, das Kfz tatsächlich bis an die technischen und physikalischen Grenzen, mithin die objektive (fahrzeugspezifische) Höchstleistung auszufahren.¹⁰⁷ Obwohl A Kenntnis von der absoluten Höchstgeschwindigkeit iHv 180 km/h des Kfz hatte, muss er diese 180 km/h weder angestrebt und erst recht nicht tatsächlich erreicht haben. Das leuchtet auch durchaus ein, denn selbst bei

¹⁰⁰ BeckOK/Kulhanek § 315d Rn. 37.

¹⁰¹ MüKo/Pegel § 315d Rn. 25; Kulhanek JURA 2018, 561 (564).

¹⁰² Schönke/Schröder/Hecker § 315c Rn. 12.

¹⁰³ MüKo/Pegel § 315d Rn. 25.

¹⁰⁴ Vgl. auch Schönke/Schröder/Hecker § 315c Rn. 27.

¹⁰⁵ Vgl. Burmann/Heß/Hühnermann/Jahnke/Burmann StGB § 315c Rn. 27.

¹⁰⁶ Zopfs DAR 2020, 9 (11); Rengier BT II § 44a Rn. 10 aE: „kaum eigenständige Bedeutung“; Ruhs SVR 2018, 286 (289): „deklaratorisches Merkmal“.

¹⁰⁷ Vgl. BT-Drs. 18/12964, S. 5 f.; KG BeckRS 2019, 35362 Rn. 29; Burmann/Heß/Hühnermann/Jahnke/Burmann StGB § 315d Rn. 9; So aber wohl LG Stade DAR 2018, 577 (578).

illegalen wie legalen „Kraftfahrzeugrennen“ im Sinne des allg Sprachgebrauchs (dh mit Gegnern) wird – abgesehen von Beschleunigungsvorgängen auf langen Geraden – die tatsächliche absolute Höchstgeschwindigkeit des Kfz kaum erreicht.¹⁰⁸ Zudem würde man durch ein solches Verständnis Fahrer hochmotorisierter Kfz privilegieren, da sie es deutlich schwerer haben, die absolute Höchstleistung zu erstreben (man denke etwa an den nicht bei 250 km/h abgeriegelten Sportwagen).¹⁰⁹

Herrschend ist daher bislang die Ansicht, wonach mit der „höchstmöglichen Geschwindigkeit“ die in der konkreten Verkehrssituation (Verkehrsverhältnisse wie Straßencharakteristik und Verkehrsaufkommen, Witterungsbedingungen; subjektives Geschwindigkeitsempfinden des Fahrers) erzielbare, dh **relative** Höchstgeschwindigkeit gemeint ist.¹¹⁰ Die „höchstmögliche“ Geschwindigkeit wird man daher als „möglichst hohe“ Geschwindigkeit zu lesen haben.¹¹¹ Es muss kein Geschwindigkeitsrekord intendiert sein, sondern eine Fortbewegung mit **möglichst hohem** Tempo.¹¹² Diese Absicht ist anhand einer **Gesamtschau aller Umstände (Indizien)** festzustellen.¹¹³

Für die Absicht, eine relative Höchstgeschwindigkeit zu erzielen, spricht zunächst, dass A „voll Stoff“ gab, das Kfz mithin erheblich beschleunigte, um den Streifenwagen

abzuhängen. Um der Polizei zu entkommen, musste A in seiner Vorstellung gerade mit möglichst hoher Geschwindigkeit fahren. Dies lässt sich freilich auch umdrehen. So könnte das Vorliegen einer Fluchtmotivation bei A lediglich indizieren, dass dieser auf eine Geschwindigkeit abzielt, die erforderlich ist, um das ihn verfolgende Polizeifahrzeug abzuhängen, also lediglich schneller zu sein als dieses, aber nicht unbedingt „höchstmöglich“ schneller.¹¹⁴

A wählte allerdings äußerst riskante Fahrweisen wie das Überqueren einer „roten Ampel“ auf der Gegenfahrbahn in einer Ortschaft. Zudem schnitt A die Gegenfahrbahn in äußerst unübersichtlichen Kurven. Diese Fahrweisen wählte er, um Geschwindigkeitsverluste zu vermeiden. In diesem Zusammenhang ist zu berücksichtigen, dass A durchgehend ganz erheblich die zulässige Höchstgeschwindigkeit überschritten hat. (Geringerer) Indizieller Bedeutung kommt auch dem Umstand zu, dass der Streifenwagen zu keinem Zeitpunkt aufschließen konnte.

Ausweislich des Sachverständigengutachtens bewegte sich A zudem sowohl im Stadtteil W. (130 km/h) als auch auf der Landstraße (170 km/h) im sog **Geschwindigkeitsgrenzbereich**.¹¹⁵ Dieser betrug im Stadtteil W. 123-136 km/h bzw auf der Landstraße 169-175 km/h. Diese Messwerte zeigen die unter Berücksichtigung der Straßencharakteristik und des Verkehrsaufkommens maximale, dh **relative**

¹⁰⁸ BeckOK/Kulhanek § 315d Rn. 42; Kudlich JA 2019, 631 (633).

¹⁰⁹ KG NZV 2019, 314; Jansen NZV 2019, 285 (286).

¹¹⁰ Siehe OLG Köln NStZ-RR 2020, 224 (226); OLG Stuttgart NJW 2019, 2787; BayObL BeckRS 2020, 17421 Rn. 31; OLG Zweibrücken BeckRS 2020, 10847 Rn. 7; KG BeckRS 2019, 35362 Rn. 29; AG Schmallenberg BeckRS 2020, 18102 Rn. 5; Fischer StGB § 315d Rn. 17; Rengier BT II § 44a Rn. 10; Krumm SVR 2020, 8 (10); Jansen NZV 2019, 285 (286); Schulz-Merkel NZV 2020, 397 (398 f.).

¹¹¹ Fischer StGB § 315d Rn. 17; MüKo/Pegel § 315d Rn. 26.

¹¹² Zopfs NJW 2019, 2787 (2789).

¹¹³ Jansen NZV 2019, 285 (288); OLG Stuttgart NJW 2019, 2787: „Gesamtschau der Umstände“; ebenso Schulz-Merkel NZV 2020, 397 (399).

¹¹⁴ Vgl. Schefer/Schülting HRRS 2019, 458 (460).

¹¹⁵ Siehe hierzu BeckOK/Kulhanek § 315d Rn. 42; Kudlich JA 2019, 631 (633); Schefer/Schülting HRRS 2019, 458 (459).

Höchstgeschwindigkeit. Dass sich A die ganze Zeit **tatsächlich** in diesem Bereich bewegte, ist letztlich das ausschlaggebende Indiz dafür, dass er (auch) die Absicht hatte, die relative Höchstgeschwindigkeit zu erzielen.

Hinweis: A hätte diesen Geschwindigkeitsbereich natürlich noch nicht erreichen müssen. Ausreichend wäre es auch gewesen, wenn er sich darin bewegen wollte.

(b) Beschaffenheit der Absicht

Problematisch ist, ob die Raserabsicht der **Hauptbeweggrund** sein muss oder ob sie auch als **Zwischenziel** ausreichend ist, immerhin wollte A in erster Linie dem Streifenwagen entkommen.

Inwieweit die sog **Polizeiflucht** unter § 315 I Nr. 3 subsumiert werden kann, ist streitig.

Nach **eA** muss die Raserabsicht der Hauptbeweggrund sein („Rasen um des Rasens willen“).¹¹⁶ Nicht ausreichend ist es danach, wenn – wie hier – die Absicht, eine höchstmögliche Geschwindigkeit zu erzielen, lediglich notwendiges Zwischenziel ist, um das Endziel (Flucht vor Polizei) zu erreichen. Nach dieser Ansicht wäre die Absicht zu verneinen.

Nach **aA** schließt die Absicht des Täters, vor einem ihn verfolgenden Polizeifahrzeug zu fliehen (= Endziel), nicht die Absicht aus, eine höchstmögliche Geschwindigkeit zu erreichen (= Zwischenziel).¹¹⁷ Hier kam es A darauf an, dem Streifenwagen zu entkommen. Nach seiner

Vorstellung sollte gerade die Erzielung der möglichst hohen Geschwindigkeit als Mittel dienen. Nach dieser Ansicht könnte die Absicht bejaht werden.

Aufgrund der divergierenden Ergebnisse ist **Stellung zu nehmen.**

Zunächst lässt der **Wortlaut** keine Einschränkung erkennen, dass die Raserabsicht alleiniges Motiv sein müsste; wäre dies der Gesetzgebung durch den Zusatz „allein“ immerhin auch möglich gewesen.¹¹⁸ Das bedeutet aber erstmal nur, dass der Wortlaut offen für **beide** Ergebnisse ist.¹¹⁹

Die Raserabsicht soll in **teleologischer** Hinsicht dem Erfordernis des **Renncharakters** gerecht werden.¹²⁰ Rennteilnehmer werden nach der Gesetzesbegründung zusätzlich durch den Wettbewerb bestärkt, die Fahr- und Verkehrssicherheit außer Acht zu lassen und für einen Zuwachs an Geschwindigkeit den Verlust der Kontrolle über ihre Fahrzeuge in Kauf zu nehmen.¹²¹ Zudem sei ihre Aufmerksamkeit – anders als bei „normalen“ Geschwindigkeitsübertretungen – nicht allein auf den Straßenverkehr gerichtet, sondern notwendigerweise (zumindest in den Fällen des § 315d I Nr. 2 StGB) auch durch **Mitbewerber** gebunden.¹²² Vor dem Hintergrund erweist sich die Polizeiflucht als durch einen spezifischen Renncharakter geprägt. Die verfolgende Polizei erscheint gleichsam als „Mitbewerberin“. Auch hier finden sich die genannten Risiken wieder, wenngleich nicht der „Sieg“ sondern die Flucht im Mittelpunkt steht.¹²³ Selbst für das Fluchtziel wird – wie gesehen – die Fahr- und

¹¹⁶ So etwa Schönke/Schröder/Hecker § 315d Rn. 9; Ruhs SVR 2018, 286 (289); Krenberger NZV 2019, 317; wohl auch Schulz-Merkel NZV 2020, 397 (399).

¹¹⁷ So etwa OLG Stuttgart NJW 2019, 2787 (2788); OLG Köln NSTZ-RR 2020, 224 (226); LG Berlin BeckRS 2019, 5484; AG Waldbröl BeckRS 2019, 4035 Rn. 8; Rengier BT II § 44a Rn. 11; BeckOK/Kulhanek § 315d Rn. 42.3; König DAR 2020, 362 (365).

¹¹⁸ OLG Stuttgart NJW 2019, 2787 (2788).

¹¹⁹ Vgl. Schefer/Schülting HRRS 2019, 458 (460).

¹²⁰ BT-Drs. 18/12964, S. 6.

¹²¹ BT-Drs. 18/12964, S. 5.

¹²² BT-Drs. 18/12964, S. 5.

¹²³ OLG Stuttgart NJW 2019, 2787 (2788).

Verkehrssicherheit aber außer Acht gelassen. Die risikobezogene Vergleichbarkeit mit den sportlichen Renn-Wettbewerben liegt daher vor.¹²⁴ In **teleologischer** Hinsicht wird man die Polizeiflucht deshalb einzubeziehen haben. Letztlich erscheint es auch wenig überzeugend, bei identischer Fahrweise und gleicher abstrakter Gefährdungslage danach zu differenzieren, welche Motive die Raserabsicht ausgelöst oder begleitet haben.¹²⁵

Aufgrund des vergleichbaren Renncharakters der Polizeiflucht wird der vorzugswürdigeren **aA** gefolgt.

*Hinweis: Eine andere Auffassung ist gut vertretbar. So ließe sich etwa einwenden, dass die Polizeiflucht zwar **objektiv** einen klassischen Renncharakter aufweist, sich dieser in **subjektiver** Hinsicht aber gerade dadurch auszeichne, dass um des Rennens willen und nicht zur (hauptsächlichen) Verfolgung anderer Zwecke (hier: Polizeiflucht) gefahren wird.¹²⁶*

A handelte mit der Absicht, eine höchstmögliche Geschwindigkeit zu erreichen, und damit zugleich auch rücksichtslos.

b) Rechtswidrigkeit und Schuld

A handelte rechtswidrig und schuldhaft.

c) Ergebnis

A hat sich gem. § 315d I Nr. 3 strafbar gemacht.

3. Zwischenergebnis zu A

A hat sich gem. §§ 242 I, 243 I 2 Nr. 1, 2, 3 und § 315d I Nr. 3 strafbar gemacht. Es besteht Tatmehrheit (§ 53).

Hinweis: §§ 315b, 315c scheiden schon mangels konkreter Gefahr aus. Für eine solche Gefahr bestehen keine Anhaltspunkte im Sachverhalt.

II. Strafbarkeit der F

1. §§ 242 I, 243 I 2 Nr. 1, 2, 3, 26

Indem F zu A sagte, er könne so doch auch mal ein schickes Auto klarmachen, könnte sie sich wegen Anstiftung zu einem Diebstahl in einem besonders schweren Fall gem. §§ 242 I, 243 I 2 Nr. 1, 2, 3, 26 strafbar gemacht haben.

*Hinweis: Für eine Mittäterschaft der F bestehen keine Anhaltspunkte. Daher kann sich direkt einer Anstiftung gewidmet werden. **Kurze** Ausführungen zur Abgrenzung Täterschaft-Teilnahme wären aber nicht schädlich.*

a) **Objektive (Vor-)Bedingung der Strafbarkeit**

*Hinweis: Mit der **hM** sind die §§ 3-7, 9 StGB (sog „Strafanwendungsrecht“) dogmatisch als objektive (Vor-)Bedingung der Strafbarkeit zu behandeln. Das „Vor“ ergibt sich daraus, dass sie nicht wie die üblichen objektiven Bedingungen der Strafbarkeit als Tatbestandsannex geprüft werden, sondern **vor** der eigentlichen Anwendung, sprich vor der Tatbestandsmäßigkeit.¹²⁷*

Fraglich ist zunächst, ob deutsches Strafrecht gilt; handelte F doch in Spanien. Das deutsche Strafrecht gilt für Taten, die im Inland begangen werden (§ 3). Den Tatort legaldefiniert § 9 StGB. Für die Teilnahme ist § 9 II maßgeblich. Hiernach ist die Teilnahme ua an dem Ort begangen, an dem die Tat begangen ist (§ 9 II 1 Var. 1). Mit der „Tat“ ist die Haupttat im Sinne von § 9 I gemeint.

¹²⁴ So OLG Köln NStZ-RR 2020, 224 (226).

¹²⁵ OLG Stuttgart NJW 2019, 2787 (2788).

¹²⁶ So Schefer/Schülting HRRS 2019, 458 (461).

¹²⁷ Zum Ganzen siehe Satzger IntEurStrafR § 5 Rn. 7, § 3 Rn. 12 f.

Die Teilnahme ist somit im Inland begangen, wenn die Haupttat im Inland begangen wurde. A (= Haupttäter) hat im Inland gehandelt, folglich auch F (= Teilnehmerin). Deutsches Strafrecht gilt gem. §§ 3, 9 II 1 Var. 1 iVm § 9 I Var. 1.

b) Tatbestandsmäßigkeit

aa) Objektiver Tatbestand

(1) Vorsätzliche rechtswidrige Haupttat

Siehe oben.

(2) Teilnahmehandlung: Bestimmen zur Haupttat

F müsste A zur Haupttat bestimmt haben. Bestimmen ist das (mitursächliche) Hervorrufen des Tatentschlusses beim Täter.¹²⁸ Zum Diebstahl eines „schicken Autos“ entschloss sich A erst, nachdem ihm F sagte, er solle ein solches „klarmachen“. Den Tatentschluss hat F somit verursacht (Verursachungstheorie). Dies geschah ferner durch einen telefonischen, dh offenen geistigen Kontakt (Kommunikationstheorie; **hM**).

Hinweis: Umfangreiche Ausführungen dazu, wie das Bestimmen auszulegen ist, werden hier nicht erwartet und sind auch nicht notwendig. Selbst wer einen „Unrechtspakt“ verlangt, wird einen solchen wohl vor dem Hintergrund anzunehmen haben, dass sich A der F unterordnet (Stichwort: „Gesagt, getan [...]).“). Wer zu divergierenden Ergebnissen kommt, muss jedenfalls Stellung nehmen.

bb) Subjektiver Tatbestand

(1) In Bezug auf aa) (1)

Klärungsbedürftig ist, ob sich As Anstifter-Vorsatz auch auf eine **bestimmte** Haupttat bezog. Der Vorsatz muss die Umstände umfassen, von denen das Vorliegen eben jener vorsätzlichen, rechtswidrigen Haupttat abhängt.¹²⁹

Hinweis: Ausführungen hierzu können auch im Rahmen des objektiven Tatbestands gemacht werden.¹³⁰

Klar ist, dass sich der Vorsatz nicht auf eine **in allen Einzelheiten** konkretisierte Tat beziehen kann, liegt doch das (Haupt-)Tatgeschehen in der Zukunft.¹³¹ Nach der **Rspr** und der **hM** muss der Vorsatz daher zumindest so viele die Tat kennzeichnende Merkmale beinhalten, dass die Tat selbst als **konkret-individualisierbares Geschehen** erkennbar ist.¹³² Ob eine derartige Tatindividualisierung stattgefunden hat, hängt von den **Umständen des Einzelfalles** ab.¹³³

Hinweis: Hilfsweise lässt sich der (gedankliche) Test der „hypothetischen Anwesenheit“ machen.¹³⁴ Der Vorsatz ist hiernach ausreichend konkretisiert, wenn der Anstifter die Tat bei seiner hinzugedachten Tatortanwesenheit noch als die von ihm intendierte erkennen kann.

F wurde von A im Telefonat über das Geschehen vom 12. August 2020 und dessen „Taktik“ umfassend aufgeklärt. Die Aussage, A könne **so** doch auch mal ein schickes Auto „klarmachen“, ist in diesem Gesamtkontext zu würdigen. Vor diesem Hintergrund erweist sich die Tat damit im Kern als hinreichend konkretisiert: A (Täter) soll ein schickes Auto (Tatobjekt) eines Verstorbenen

¹²⁸ Rengier AT § 45 Rn. 24.

¹²⁹ Wessels/Beulke/Satzger AT Rn. 891.

¹³⁰ Vgl. Murmann GkStrafR § 27 Rn. 103.

¹³¹ Rengier AT § 45 Rn. 49.

¹³² Siehe Wessels/Beulke/Satzger AT Rn. 892 mwN; Joecks/Jäger § 26 Rn. 22.

¹³³ Rengier AT § 45 Rn. 50.

¹³⁴ Siehe hierzu Wessels/Beulke/Satzger AT Rn. 892.

nachts (Tatzeit) stehlen (Straftatbestand). Dass das Tatopfer nicht individualisiert werden kann, ist ein Spezifikum des „Diebstahls ggü Verstorbenen“, da die Erben selten bekannt sein werden. Das tatbestandliche Geschehen erscheint in der Vorstellung der F mithin als konkret-individualisiertes Geschehen.¹³⁵

Hinweis: Eine aA ist vertretbar. Ausführungen zur teilw vertretenen Ansicht, die die Kenntnis der „Unrechtsdimension“ für ausreichend erachtet,¹³⁶ werden nicht erwartet.

Die Zueignungsabsicht muss F nicht selbst aufweisen. Ausreichend ist, dass ihr das Vorliegen der Zueignungsabsicht bei A bewusst ist.¹³⁷

(2) In Bezug auf aa) (2)

Hinsichtlich des Bestimmens handelte F vorsätzlich.

c) Rechtswidrigkeit und Schuld

F handelte rechtswidrig und schuldhaft.

d) Strafzumessung: Besonders schwerer Fall (§ 243 I 2 Nr. 1, 2, 3)

Für F kommt ein besonders schwerer Fall in Betracht. Für Teilnehmer gelten bzgl der Regelbeispiele die Beteiligungsregeln unmittelbar (jedenfalls aber analog). Hierfür spricht die sachliche Nähe der Regelbeispiele („qualifikationsähnlicher Charakter“¹³⁸) zu den Qualifikationsmerkmalen:¹³⁹ Beide formulieren bestimmte Umstände als Voraussetzung für einen erhöhten Strafrahmen. Während die

Regelbeispiele aber **offen** sind (Vorliegen führt nicht *per se* zu einem besonders schweren Fall), **binden** die Qualifikationsmerkmale. Dementsprechend sind auch die Akzessorietätsregeln des § 26 (analog) heranzuziehen.¹⁴⁰ Für die **tatbezogenen** Regelbeispiele (Nr. 1, 2, 4-7) reicht folglich Kenntnis für eine Zurechnung; für die **täterbezogenen** (Nr. 3) ist nach § 28 II (analog) gewerbsmäßiges Handeln **in der Person** des Teilnehmers erforderlich.

Da F wusste, wie sich A am 12. August 2020 Zutritt ins Haus verschafft hatte und sie ebenso wusste, dass Autos in aller Regel verschlossen sind und A keinen Autoschlüssel hat, kann davon ausgegangen werden, dass sie auch Kenntnis in Bezug auf § 243 I 2 Nr. 1, 2 hatte.

Hinweis: Eine aA ist vertretbar.

Hinsichtlich § 243 I 2 Nr. 3 ist zu berücksichtigen, dass die Gewerbsmäßigkeit ein besonderes persönliches Merkmal iSd § 28 II darstellt.¹⁴¹ F müsste also **ihrerseits** gewerbsmäßig gehandelt haben (§ 28 II [analog¹⁴²]).¹⁴³ Dem war hier aber nicht so. F hatte lediglich gemeinsame Ausfahrten mit A im Sinn.

Hinweis: Für die Klausur empfiehlt es sich der herrschenden Lehre zu folgen, nach der für die Regelbeispiele die Vorschriften zu den Beteiligungsfragen unmittelbar oder jedenfalls analog heranzuziehen sind.¹⁴⁴

Der BGH geht anders vor, wobei sein Vorgehen für eine Klausur nur schwer handhabbar und daher klausurtaktisch nicht empfehlenswert ist.

¹³⁵ Vgl. BGH HRRS 2017, Nr. 1062 Rn. 1.

¹³⁶ Roxin AT II § 26 Rn. 136.

¹³⁷ Vgl. Wessels/Beulke/Satzger AT Rn. 889.

¹³⁸ Rengier BT I § 3 Rn. 6.

¹³⁹ Wessels/Beulke/Schuh BT 2 Rn. 220; Kindhäuser/Böse BT II § 3 Rn. 4, 62.

¹⁴⁰ MüKo/Schmitz § 243 Rn. 82; Kindhäuser/Böse BT II § 3 Rn. 63 wendet sie unmittelbar an; für Analogie

Maurach/Schroeder/Maiwald/Hoyer/Momsen BT Teilband 1 § 33 Rn. 111.

¹⁴¹ BGH BeckRS 2014, 6840 Rn. 13.

¹⁴² Joecks/Jäger § 243 Rn. 30.

¹⁴³ OLG Bamberg StV 2016, 651.

¹⁴⁴ Vgl. Roxin/Greco § 12 Rn. 143; MüKo/Schmitz § 243 Rn. 82; Kindhäuser/Böse BT II § 3 Rn. 63 wendet sie unmittelbar an.

*Nach ihm sei nämlich der höhere Strafrahmen des besonders schweren Falles nur anwendbar, wenn gerade die Teilnahmehandlung unter Berücksichtigung auch der unterstützten Haupttat als besonders schwer zu werten ist. Hierfür sei eine **umfassende Abwägung aller wesentlichen tat- und täterbezogenen Gesichtspunkte** vorzunehmen.¹⁴⁵*

e) Ergebnis

F hat sich gem. §§ 242 I, 243 I 2 Nr. 1, 2, 26 strafbar gemacht.

¹⁴⁵ Zum Ganzen vgl. BGH NJW 1983, 54.

C. DRITTER TATKOMPLEX

I. Strafbarkeit des J

Indem J das Einkaufszentrum betrat, um den Anweisungen des A, die Fahrerhandschuhe zu stehlen, Folge zu leisten, könnte er sich gem. §§ 242, 22, 23 I strafbar gemacht haben. J war dazu entschlossen, eine fremde bewegliche Sache wegzunehmen. J müsste auch unmittelbar zur Tatbestandsverwirklichung angesetzt haben. Das ist der Fall, wenn der Täter nach seiner Vorstellung von der Tat die Schwelle zum „jetzt geht es los“¹⁴⁶ überschreitet und objektiv Handlungen vornimmt, die – nach seinem Tatplan – in ungestörtem Fortgang ohne wesentliche Zwischenakte unmittelbar zur Tatbestandserfüllung führen oder in einem unmittelbaren räumlichen und zeitlichen Zusammenhang mit ihr stehen.¹⁴⁷ Hier hätte sich J noch in das 2. OG begeben, die Ladenfläche und dann noch das Paar Fahrerhandschuhe ausfindig machen müssen. Dies sind noch wesentliche Zwischenakte. Damit lag auch noch keine unmittelbare Nähe zur Sphäre der O-GmbH vor. Vor dem Hintergrund ist ein unmittelbares Ansetzen zu verneinen.

Hinweis: Eine aA ist mit entsprechender Begründung vertretbar. Dann müsste iRd der Rechtswidrigkeit thematisiert werden, dass § 32 keine Eingriffe in Rechtsgüter Dritter erlaubt und es müsste geklärt, ob § 34 im Falle eines Nötigungsnotstands Anwendung findet oder lediglich § 35. Eine Strafbarkeit scheidet jedenfalls wegen § 19 aus.

J hat sich nicht gem. §§ 242, 22, 23 I strafbar gemacht.

II. Strafbarkeit des A

1. **§§ 253 I, 255, 22, 23 I gegenüber und zulasten J**

Indem A den J anwies, die Fahrerhandschuhe zu stehlen und dabei das an seinem Gürtel befestigte Küchenmesser zeigte, könnte er sich wegen versuchter räuberischer Erpressung gem. §§ 253 I, 255, 22, 23 I strafbar gemacht haben.

a) „Vorprüfung“

Die Tat ist nicht vollendet. Der Versuch ist strafbar nach §§ 23 I, 12 I, 255.

b) **Tatbestand der §§ 253, 255**

aa) *Tatentschluss*

(1) *Nötigungsmittel*

Indem A sein T-Shirt anhub und J das an seinem Gürtel befestigte große Küchenmesser zeigte, hat er konkludent eine gegenwärtige Gefahr (jedenfalls) für den Leib des J in Aussicht gestellt. Hierzu war er auch entschlossen.

(2) *Nötigungserfolg*

A müsste auch Tatentschluss hinsichtlich eines Nötigungserfolgs aufweisen. Hier stellte er sich vor, J würde die Fahrerhandschuhe stehlen. Fraglich ist, ob dies ein tauglicher Nötigungserfolg wäre. Insofern ist nämlich streitig, ob lediglich eine Handlung, Duldung oder Unterlassung ausreicht, dh **jedes beliebige Verhalten (stRspr)**,¹⁴⁸ oder ob dieses abgenötigte Verhalten die Voraussetzungen einer **Vermögensverfügung** erfüllen muss (**Verfügungslehre**)¹⁴⁹.

¹⁴⁶ Zur Aussagekraft dieser Floskel siehe krit *Kretschmer JA* 2020, 583 (584 f.).

¹⁴⁷ BGH NSTz 2018, 648 (649); *Rengier AT* § 34 Rn. 22.

¹⁴⁸ Bspw BGH NJW 2018, 245 Rn. 15 aE.; aus dem Schrifttum zB *Kindhäuser/Böse BT II* § 17 Rn. 20-31.

¹⁴⁹ So etwa *Fischer StGB* § 253 Rn. 14; *Rengier BT I* § 11 Rn. 13.

Eine Vermögensverfügung¹⁵⁰ ist jedes rechtliche oder tatsächliche Handeln, Dulden oder Unterlassen, das unmittelbar zu einer Vermögensminderung im wirtschaftlichen Sinne führt.¹⁵¹ Ein unmittelbarer vermögensrelevanter Abfluss seitens J liegt nicht vor. Einem abverlangten Verhalten, das sich in der Begehung einer strafbaren Handlung erschöpft (hier: Diebstahl) kommt im Vermögen des Betroffenen (hier: J) **kein messbarer wirtschaftlicher Wert** zu.¹⁵² Mit der Verfügungslehre wäre vorliegend ein Nötigungserfolg abzulehnen.

Lässt man mit der **Rspr** jedes beliebige Verhalten ausreichen, fällt auch zunächst der intendierte abgenötigte Diebstahl des J hierunter. Das Problem um den fehlenden wirtschaftlichen Wert strafbarer Handlungen stellt sich hiernach erst iRd Frage nach einem Vermögensschaden bei J. (Erst) Hier kommt man letztlich zum gleichen Ergebnis wie die Verfügungslehre.¹⁵³

Hinweis: Streng genommen wäre iRd Nötigungserfolgs aufgrund der ja eigentlich divergierenden Ergebnisse eine Stellungnahme erforderlich gewesen. Ergebnisorientiert kann man diese entweder sehr kurz halten oder im Hinblick auf den jedenfalls fehlenden Vermögensschaden dahingestellt lassen.

bb) Zwischenergebnis

A war nicht zu einer Vermögensverfügung seitens J, jedenfalls aber nicht zu einem Vermögensschaden zu dessen Lasten entschlossen.

¹⁵⁰ Die an die Vermögensverfügung zu stellenden Anforderungen entsprechen weitgehend denjenigen im Rahmen des § 263, so MüKo/Sander § 253 Rn. 20.

¹⁵¹ Rengier BT I § 13 Rn. 63.

¹⁵² BeckOK/Wittig § 253 Rn. 14.2; NK-StGB/Dannecker § 253 Rn. 30; MüKo/Sander § 253 Rn. 26.

c) Ergebnis

A hat sich nicht gem. §§ 253 I, 255, 22, 23 I gegenüber und zulasten J strafbar gemacht.

2. §§ 253 I, 255, 22, 23 I gegenüber J und zulasten der O-GmbH

Durch das gleiche Verhalten könnte sich A gem. §§ 253 I, 255, 22, 23 I gegenüber J und zulasten der O-GmbH strafbar gemacht haben.

Hinweis: Dass es nunmehr um die Prüfung einer (versuchten) Dreieckerpressung geht, sollte im Obersatz durch „gegenüber“ und „zulasten“ deutlich gemacht werden.

a) „Vorprüfung“

Siehe oben.

b) Tatbestand der §§ 253, 255

aa) Tatentschluss

(1) Nötigungsmittel

Siehe oben.

(2) Nötigungserfolg

A stellte sich vor, J werde ein Paar Fahrerhandschuh der O-GmbH im 2. OG stehlen. Nach seiner Vorstellung könnte es sich um eine Dreieckerpressung handeln.

(a) Verfügungslehre

Mit der Verfügungslehre können die Grundsätze zum Dreiecksbetrug prinzipiell übertragen werden.¹⁵⁴ Aus der von dieser Lehre angenommenen Struktur des § 253 als

¹⁵³ So jüngst BGH NSTz 2020, 286; soweit ersichtlich erstmals BGH NSTz 2001, 534; später dann BGH NSTz-RR 2009, 106 (107).

¹⁵⁴ Rengier BT I § 11 Rn. 30.

Selbstschädigungsdelikt folgt, dass nur bei einer **besonderen Nähebeziehung** des Verfügenden zum fremden Vermögen von einer Selbstschädigung des Vermögensinhabers gesprochen werden kann.

Nach der **Befugnistheorie** ist hierfür entscheidend, ob der Verfügende zu seinem Verhalten berechtigt war.¹⁵⁵ J war nicht berechtigt, über Sachen der O-GmbH zu verfügen, mithin nicht befugt.

Nach der „**Lagertheorie**“ bzw. „**Theorie der faktischen Befugnis**“ ist es ausreichend, wenn der Getäuschte tatsächlich in der Lage gewesen ist, über das fremde Vermögen zu verfügen, sofern er schon vor der Tat dem „Lager“ des Geschädigten zugerechnet werden musste.¹⁵⁶ Auch dies ist hier nicht der Fall.

Als **Zwischenergebnis** ist festzuhalten, dass nach der Verfügungslehre zwischen J und der O-GmbH keine besondere Nähebeziehung bestand. Nach der Vorstellung des A würde eine Dreieckerpressung ausscheiden.

(b) Rechtsprechung

Im Rahmen der Dreieckerpressung nähert sich auch der BGH der Verfügungslehre an¹⁵⁷ und verlangt ein **Näheverhältnis** des Genötigten zu dem geschädigten Vermögensinhaber. Dieses setzt zwar weder eine rechtliche Verfügungsmacht noch eine tatsächliche Herrschaftsgewalt des Genötigten über die fremden Vermögensgegenstände im Sinne einer Gewahrsamsdienerschaft voraus.¹⁵⁸ Allerdings muss das Nötigungsoffer spätestens im Zeitpunkt der Tatbegehung **auf der Seite des**

Vermögensinhabers stehen.¹⁵⁹ Damit nähert sich der BGH letztlich der Lagertheorie an.¹⁶⁰ Das eben Gesagte gilt entsprechend. Auch hiernach wäre daher ein Näheverhältnis nach der Vorstellung des A zu verneinen.¹⁶¹

bb) Zwischenergebnis

Die Ansichten kommen zum gleichen Ergebnis. A war nicht zu einer Dreieckerpressung entschlossen.

c) Ergebnis

A hat sich nicht gem. §§ 253 I, 255, 22, 23 I gegenüber J und zulasten der O-GmbH strafbar gemacht.

3. §§ 240 I, III, 22, 23 I

Allerdings hat sich A wegen versuchter Nötigung gem. §§ 240 I, III, 22, 23 I strafbar gemacht.

4. §§ 242, 22, 23 I, 243 I 2 Nr. 3, 25 I Var. 2

*Hinweis: Es steht hier ein in mittelbarer Täterschaft versuchter Diebstahl in einem besonders schweren Fall in Frage, **nicht** eine versuchte mittelbare Täterschaft. Wo man in der Normkette „§ 25 I Var. 2“ am besten platziert, wird unterschiedlich beurteilt, wobei **beide Wege** gegangen werden können: Nach Rengier¹⁶² wäre so zu zitieren: §§ 242, **25 I Var. 2**, 22, 23 I, 243 I 2 Nr. 3 „[...] weil § 25 I 2. Var. mit seinen Voraussetzungen den objektiven Tatbestand ergänzt und daher wie alle objektiven Tatbestandsmerkmale vor § 22 stehen sollte [...].“*

¹⁵⁵ MüKo/Hefendehl § 263 Rn. 358; SK/Hoyer § 263 Rn. 142 ff.

¹⁵⁶ Rengier BT I § 13 Rn. 100, 103; SSW/Satzger § 263 Rn. 198.

¹⁵⁷ Rengier BT I § 11 Rn. 32; Habetha NSTz 2020, 286 (287).

¹⁵⁸ BGH NJW 1995, 2799 (2800 f.).

¹⁵⁹ BGH NJW 1995, 2799 (2800).

¹⁶⁰ Vgl. Rengier BT I § 11 Rn. 32.

¹⁶¹ So BGH NSTz 2020, 286.

¹⁶² Rengier AT § 43 Rn. 88.

Nach Beulke¹⁶³ wäre so zu zitieren: §§ 242, 22, 23 I, 243 I 2 Nr. 3, **25 I Var. 2**, um nicht Missverständnisse bzgl der etwaigen Prüfung einer „versuchten mittelbaren Täterschaft“ zu provozieren. Letzteres Zitat wird hier bevorzugt. In der Normkette sollte man deutlich machen, dass es einen Versuch nur bei Tatbeständen geben kann (vgl. § 22), sodass die §§ 22, 23 I nach § 242 zu zitieren sind und nicht im Anschluss an § 243 I 2 Nr. 3.¹⁶⁴

a) „Vorprüfung“

Die Tat ist mangels Wegnahme nicht vollendet. Der versuchte Diebstahl ist gem. §§ 242 II, 12 II, 23 I strafbar.

b) Tatentschluss

aa) Bzgl Wegnahme einer fremden beweglichen Sache

Zunächst müsste A einen Tatentschluss gefasst haben, der die Wegnahme einer fremden beweglichen Sache betrifft. Das war hier in Bezug auf das Paar Fahrerhandschuhe der Fall.

bb) Bzgl der Tatbestandsverwirklichung als mittelbarer Täter gem. § 25 I Var. 2

A plante indes nicht in eigener Person das Paar Fahrerhandschuhe wegzunehmen. Das sollte vielmehr J tun. Es kommt eine Zurechnung über die mittelbare Täterschaft gem. § 25 I Var. 2 in Betracht. Dafür müssten nach der für den Tatentschluss maßgeblichen Vorstellung des A die Voraussetzungen einer mittelbaren Täterschaft vorgelegen haben.

(1) Defekt bei J und überlegene Stellung des A

(a) Strafunmündige Kinder als Tatmittler

Nach der Vorstellung des A sollte J das Paar Handschuhe wegnehmen. A erkannte, dass dieser allenfalls 13 Jahre alt sein konnte. Nach dem Plan des A lag bei J somit ein Defekt auf der Schuldebene (§ 19) vor.

A müsste auch zu einer überlegenen Stellung entschlossen gewesen sein. Eine überlegene Stellung wird von der **hM** bei strafunmündigen Kindern als Tatmittler **stets** angenommen.¹⁶⁵ Hierfür spricht die eindeutige gesetzgeberische Entscheidung und Verantwortungszuweisung nach § 19.¹⁶⁶ Zwar ist auch bei schuldlos Handelnden aufgrund der limitierten Akzessorietät eine Teilnahme möglich. Das hätte bei strafunmündigen Kindern indes zur Folge, dass sie zur Prüfung ihrer Täterschaft in den Strafprozess mit eingebunden werden müssten und zum Untersuchungsobjekt würden. Gerade diese Umstände wollte die Gesetzgebung mit § 19 aber gerade vermeiden.¹⁶⁷

*Hinweis: Wer mit der **Gegenansicht** annimmt, es bedürfe aufgrund der nicht auszuschließenden Teilnahme auch bei strafunmündigen Kindern einer Überprüfung, ob **tatsächlich** eine überlegene Stellung vorliege,¹⁶⁸ käme wohl zu keinem anderen Ergebnis. Die Überprüfung richtet sich nach den herkömmlichen Abgrenzungskriterien von Täterschaft-Teilnahme auf der Grundlage von As Vorstellung von der Tat. Er müsste sich **maW** eine überlegene Stellung vorgestellt haben. Nach dem Kombinationsansatz der **Rspr** ist Täter, wer mit*

¹⁶³ Beulke Klausurenkurs III Rn. 214 aE.

¹⁶⁴ Siehe hierzu Rengier BT I § 3 Rn. 49.

¹⁶⁵ Vgl. MüKo/Joecks/Scheinfeld § 25 Rn. 110; Rengier AT § 43 Rn. 29; Schönke/Schröder/Heine/Weißer § 25 Rn. 44; LK/Schünemann § 25 Rn. 113; Roxin AT II § 25

Rn. 140; Murmann GkStrafR § 27 Rn. 34; ders. JA 2008, 321 (324).

¹⁶⁶ Rengier AT § 43 Rn. 28.

¹⁶⁷ Roxin AT II § 25 Rn. 143.

¹⁶⁸ So Joecks/Jäger § 25 Rn. 34 aE; Exner JURA 2013, 103 (107 f.); Heinrich AT Rn. 1252a.

seinem Tatbeitrag nicht bloß fremdes Tun fördern (*animus socii*), sondern die Tat als eigene will (*animus auctoris*). Dies ist nach den – von seiner Vorstellung umfassten – gesamten Umständen in wertender Betrachtung zu beurteilen.¹⁶⁹ Nach der **Tatherrschaftslehre** ist die Tatherrschaft maßgeblich, dh das vom Vorsatz umfasste In-den-Händen-Halten des tatbestandsmäßigen Geschehens.¹⁷⁰ Hier wollte A die Tat als eigene, da er zum einen maßgebliches Interesse am Taterfolg (Fahrerhandschuhe) hatte. Zum anderen tritt zumindest schon der Wille zur Tatherrschaft dadurch hervor, dass sich A den für ihn erkennbar 13-jährigen J für die Tat „aussuchte“ und ausnutzen wollte. J hatte nach As Vorstellung eine untergeordnete, gleichsam „dienende“ Funktion. Es war A, der das Geschehen planvoll-lenkend in den Händen halten, mithin Zentralgestalt sein wollte.

(b) Nötigungsnotstand

Nach As Vorstellung könnte sich ein Defekt und eine überlegene Stellung auch aus einem Nötigungsnotstand ergeben. Gemeint sind damit Konstellationen, in denen ein Dritter (hier A) den Notstandstäter (hier J) zu einer bestimmten Tat zwingt, um ein ansonsten angedrohtes Übel zu vermeiden.¹⁷¹

Dabei ist zunächst fraglich, ob derartige Konstellationen unter § 34¹⁷² oder § 35¹⁷³ fallen. Richtiger Ansicht nach, ist der Nötigungsnotstand bei § 35 zu verorten. Ein wesentlicher Grundgedanke des § 34 ist die Solidarität: Jedem Gesellschaftsmitglied obliegt die Pflicht, bei erheblichen Gefahren für die Rechtsgüter anderer, Eingriffe in die eigenen zu dulden.¹⁷⁴

¹⁶⁹ Zum Ganzen siehe BGH NStZ 2018, 144 (145).

¹⁷⁰ Rengier AT § 41 Rn. 11.

¹⁷¹ Siehe ausführlich LK/Zieschang § 34 Rn. 129-132.

¹⁷² So etwa Frister AT 17. Kapitel Rn. 20.

¹⁷³ So etwa Schönke/Schröder/Perron § 34 Rn. 41b.

¹⁷⁴ Wessels/Beulke/Satzger AT Rn. 411.

Der Notstandstäter tritt aber (unfreiwillig) auf die Seite des Unrechts, namentlich auf die Seite des Nötigenden, weshalb der Solidaritätsgedanke hier in der Hintergrund rückt.¹⁷⁵ Ferner wird dem Eingriffsoffer im Falle der Rechtfertigung die Notwehrbefugnis genommen.¹⁷⁶

Hinweis: Eine aA ist gut vertretbar.¹⁷⁷ Wer § 34 bejaht, kann ein deliktisches Minus auch auf der Ebene der Rechtswidrigkeit thematisieren.

Nach dem Plan des A bestand eine gegenwärtige Gefahr für den Leib des J (Notstandslage). Der Diebstahl hätte die Gefahr abgewendet und wäre daher ein geeigneter Eingriff gewesen. Zweifelhaft ist, ob es sich um das mildeste Mittel handelte. Hier hätte zB auch die Hilfe Dritter im Einkaufszentrum in Anspruch genommen werden können.¹⁷⁸ Nach As Vorstellung hätte sich J nicht in einem Nötigungsnotstand befunden.

Hinweis: Eine aA ist vertretbar.

(2) Zwischenergebnis

Nach der für den Tatentschluss maßgeblichen Vorstellung des A lagen die Voraussetzungen einer mittelbaren Täterschaft vor.

cc) Zueignungsabsicht und Rechtswidrigkeit der erstrebten Zueignung

A hatte Zueignungsabsicht. A war auch zur Rechtswidrigkeit der erstrebten Zueignung entschlossen.

c) Unmittelbare Ansetzen, § 22

A müsste zur Tat unmittelbar angesetzt haben. Wann das bei der mittelbaren Täterschaft der Fall ist, wird unterschiedlich beurteilt.

¹⁷⁵ Wessels/Beulke/Satzger AT Rn. 474.

¹⁷⁶ Schönke/Schröder/Perron § 34 Rn. 41b.

¹⁷⁷ Zu differenzierenden Lösungen siehe Roxin/Greco AT I § 16 Rn. 68 und Rengier AT § 19 Rn. 54.

¹⁷⁸ Vgl. Joecks/Jäger § 35 Rn. 8.

aa) Gesamtlösung

Nach der **Gesamtlösung** kommt es darauf an, dass das Werkzeug unmittelbar ansetzt.¹⁷⁹ Das war hier nicht der Fall, siehe oben.

bb) Einzellösung

Nach der **Einzellösung** beginnt der Versuch, wenn der Hintermann auf das Werkzeug einwirkt, wenn er gleichsam diejenige Handlung vornimmt, mit der er „das Werkzeug schmiedet“.¹⁸⁰ Hier hat A bereits kommunikativ und durch das Zeigen des Messers auf J eingewirkt. Ein unmittelbares Ansetzen liege hiernach vor.

cc) Modifizierte Einzellösung

Die **herrschende Ansicht** präferiert die Einzellösung in **modifizierter** Form. Dabei nimmt die Modifikation **zwei Ausprägungen** an.

(1) Rechtsgutsgefährdungstheorie bzw „enge“ mod Einzellösung

Nach der **Rechtsgutsgefährdungstheorie** bzw. „**engen**“ **mod Einzellösung** gelten die zur unmittelbaren Täterschaft entwickelten Grundsätze: Der mittelbare Täter setzt unmittelbar zur Tat an, wenn er das von ihm in Gang gesetzte Geschehen in der Weise aus der Hand gegeben hat, dass der hieraus resultierende Angriff auf das Opfer **nach seiner (A) Vorstellung von der Tat** ohne weitere wesentliche Zwischenschritte und ohne längere Unterbrechung im nachfolgenden Geschehensablauf unmittelbar in die Tatbestandsverwirklichung einmünden soll, das Rechtsgut mithin schon **gefährdet** ist.¹⁸¹ Für eine derartige Gefährdung muss das Werkzeug die Tat

„alsbald“ begehen.¹⁸² Hier hat A den J losgeschickt, das Geschehen maW aus der Hand gegeben. Als wesentliche Zwischenschritte müsste sich J zwar noch in das 2. OG begeben, die Ladenfläche der O-GmbH aufsuchen und das Paar Fahrerhandschuhe finden. Dies wird nach der maßgeblichen Vorstellung des A aber keine längere Zeit in Anspruch nehmen, sondern lediglich einige Minuten, sodass die Tat auch „alsbald“ begangen werden sollte. Nach seinem Plan sollte es jetzt losgehen. J sollte weder weitere Planungen vornehmen noch einige Zeit verstreichen lassen. Da A sich hinsichtlich des Taterfolgs zudem zuversichtlich wähnte, war aus seiner Sicht das Eigentum der O-GmbH gefährdet. Ein unmittelbares Ansetzen wäre hiernach anzunehmen.

Hinweis: Eine aA ist iRd Rechtsgutsgefährdungstheorie vertretbar.

(2) „Weite“ mod Einzellösung

Nach der „**weiten**“ **mod Einzellösung** beginnt der Versuch bereits, wenn der mittelbare Täter das Werkzeug aus seinem Einflussbereich entlässt und damit das Geschehen aus der Hand gibt, **ohne** dass es auf ein Gefährdungserfordernis ankommt.¹⁸³ Damit hat ivF A unmittelbar angesetzt, als sich J auf den Weg in das Einkaufszentrum machte, dh als A ihn „losschickte“. Hierdurch entließ ihn A aus seinem Einflussbereich.

dd) Stellungnahme

Die divergierenden Ergebnisse erfordern eine Stellungnahme. Die Gesamtlösung erweist sich als zu eng.¹⁸⁴ Der maßgebliche Tatvorwurf liegt in der Einwirkung auf den Tatmittler. Der

¹⁷⁹ Kühl AT § 20 Rn. 91.

¹⁸⁰ Vgl. Puppe GA 2013, 514 (532).

¹⁸¹ Wessels/Beulke/Satzger AT Rn. 976 mwN; BGH NJW 2020, 559 (560); BGH NZWiSt 2014, 432 (436).

¹⁸² Vgl. BGH NJW 1982, 1164.

¹⁸³ Roxin AT II § 29 Rn. 244 f.; Rengier AT § 36 Rn. 14; Murmann GkStrafR § 28 Rn. 90.

¹⁸⁴ Siehe zum Folgenden Rengier AT § 36 Rn. 6.

mittelbare Täter hat über ihn die Tatherrschaft, weshalb eine Vorverlagerung der Strafbarkeit sachgerecht ist. Die Prämisse der Gesamtlösung, namentlich das Handeln des mittelbaren Täters und des Werkzeugs zu einer „normativen Gesamttat“ zu verklammern, überzeugt nicht; ihr Verhältnis ist doch vielmehr durch Über- und Unterordnung geprägt.¹⁸⁵ Die übrigen Ansichten kommen zum gleichen Ergebnis. A hat unmittelbar angesetzt.

d) Rechtswidrigkeit und Schuld

A handelte rechtswidrig und schuldhaft.

e) Strafzumessung: Besonders schwerer Fall (243 I 2 Nr. 3)

A hatte die Absicht, sich aus einer wiederholten Begehung eine Einnahmequelle von einer gewissen Dauer und Erheblichkeit zu schaffen.

Hinweis: Da der Sachverhalt hier etwas vage bleibt, wäre es auch noch vertretbar, wenn man eine Gewerbsmäßigkeit ablehnt.

f) Ergebnis

A hat sich gem. §§ 242, 22, 23 I, 243 I 2 Nr. 3, 25 I Var. 2 strafbar gemacht.

Hinweis: Wer ein unmittelbares Ansetzen verneint, könnte noch (kurz) die Frage anreißen, ob nicht eine Strafbarkeit wegen Versuchs der Beteiligung gem. §§ 242 I, 30 I 1 in Betracht kommt („versuchte mittelbare Täterschaft“ oder versuchte Anstiftung). Diese scheidet aber bereits daran, dass § 242 I kein Verbrechen ist, vgl. § 12 I.¹⁸⁶

5. Zwischenergebnis zu A

A hat sich im dritten Tatkomplex gem. §§ 242, 22, 23 I, 243 I 2 Nr. 3, 25 I Var. 2, 240 I, III, 22, 23 I, 52 strafbar gemacht. Die Tateinheit dient hier der Klarstellung, dass A nicht lediglich das Alter des J ausnutzte, sondern auch nötigen wollte.

¹⁸⁵ Kretschmer JA 2020, 583 (585 f.).

¹⁸⁶ Siehe zur Frage, inwieweit eine **versuchte mittelbare Täterschaft** gem. § 30 I 1 strafbar ist die Falllösung bei *Ensenbach* JURA 2011, 787 (794).

D. VIERTER TATKOMPLEX

I. Strafbarkeit des A

1. §§ 223 I, 224 I Nr. 2, 3, 4, 5

Indem A dem U mit dem Küchenmesser in die Wade stach, könnte er sich wegen gefährlicher Körperverletzung gem. §§ 223 I, 224 I Nr. 2, 3, 4, 5 strafbar gemacht haben.

Hinweis: Da ein Tötungsvorsatz fernliegend ist, kann sich direkt den §§ 223, 224 gewidmet werden.

a) Tatbestandsmäßigkeit

aa) Objektiver Tatbestand

(1) § 223 I

A hat U an der Gesundheit geschädigt.

(2) 224 I Nr. 2, 3, 4, 5

(a) *Mittels einer Waffe oder eines anderen gefährlichen Werkzeugs (Nr. 2)*

Das Küchenmesser ist jedenfalls ein anderes gefährliches Werkzeug (Var. 2).

*Hinweis: Die Abgrenzung zwischen Waffen und gefährlichen Werkzeugen wird iAllg als „müßig“¹⁸⁷ bezeichnet, denn wenn das gefährliche Werkzeug keine Waffe ist, so ist es zumindest ein „anderes“ gefährliches Werkzeug. Das Küchenmesser wird man – genau genommen – nicht als Waffe einordnen können, da es ihm an der **Zweckbestimmung** fehlt, erhebliche Verletzungen herbeizuführen.¹⁸⁸*

(b) *Mittels eines hinterlistigen Überfalls (Nr. 3)*

Ein hinterlistiger Überfall scheidet aus. A verbirgt seine Angriffsabsicht nicht planmäßig.¹⁸⁹

(c) *Mit einem anderen Beteiligten gemeinschaftlich (Nr. 4)*

Mit einem anderen Beteiligten gemeinschaftlich wird die Körperverletzung begangen, wenn mindestens zwei Personen einverständlich zusammenwirken und dem Opfer im Tatortbereich unmittelbar gegenüberstehen.¹⁹⁰ Für ein einverständliches Zusammenwirken von X und A bietet der Sachverhalt keine Anhaltspunkte. Es ist noch nicht einmal klar, ob X den A überhaupt bemerkt hat. Nr. 4 scheidet daher aus.

(d) *Mittels einer das Leben gefährdenden Behandlung (Nr. 5)*

Nr. 5 verlangt eine Begehungsweise, die nach den Umständen des konkreten Falles wie der Art, Dauer und Stärke der Einwirkung objektiv generell geeignet ist, das Opfer in Lebensgefahr zu bringen.¹⁹¹ Hier lag kein Angriff auf Vitalfunktionen vor. Ein Messerstich in die Wade ist nicht generell lebensgefährlich. Erst recht wird man daher auch die von einigen befürwortete konkrete Lebensgefahr¹⁹² abzulehnen haben.

Hinweis: § 224 I Nr. 5 liegt eher fern, sodass sie nicht unbedingt erwähnt werden muss.

(e) *Zwischenergebnis*

§§ 223 I, 224 I Nr. 2 Var. 2 liegt objektiv vor.

bb) *Subjektiver Tatbestand*

A handelte vorsätzlich.

¹⁸⁷ MüKo/Hardtung § 224 Rn. 13 mwN.

¹⁸⁸ BeckOK/Eschelbach § 224 Rn. 26.

¹⁸⁹ Vgl. Lackner/Kühl/Kühl § 224 Rn. 6.

¹⁹⁰ Rengier BT II § 14 Rn. 46.

¹⁹¹ BGH BeckRS 2011, 27459 Rn. 4.

¹⁹² So etwa NK/Paeffgen/Böse § 224 Rn. 28.

b) Rechtswidrigkeit

aa) Nothilfe, § 32 II Var. 2

A könnte gem. § 32 gerechtfertigt sein. Da A nicht angegriffen wird, sondern (ggf) X, kommt nur eine Nothilfe gem. § 32 II Var. 2 in Betracht.

(1) Notwehrlage

Es bedarf einer Notwehrlage. Hierfür müsste ein gegenwärtiger rechtswidriger Angriff vorliegen. Ein solcher ist anhand einer ex-post-Perspektive zu beurteilen.¹⁹³

Als **Angriff** ist jedes menschliche Verhalten zu verstehen, das ein rechtlich geschütztes Individualinteresse bedroht oder verletzt.¹⁹⁴

Gegenwärtig ist der Angriff, wenn er unmittelbar bevorsteht, gerade stattfindet oder noch fort dauert.¹⁹⁵

An einem **rechtswidrigen** Angriff fehlt es, wenn sich der Angreifer seinerseits auf einen Rechtfertigungsgrund berufen kann.

Vorliegend bewegte sich U auf X zu, um ihm einen weiteren Schlag zu verpassen. Damit stand die Verletzung der körperlichen Unversehrtheit des X unmittelbar bevor. Damit liegt ein gegenwärtiger Angriff auf X vor. Hinsichtlich der Rechtswidrigkeit ist festzustellen, dass die Beleidigung (§ 185) seitens X ggü U als „Vollidiot“ zwar einen Angriff auf dessen (U) Ehre darstellt. Dieser ist aber nicht mehr gegenwärtig, sodass U seinerseits nicht gerechtfertigt ist.

Hinweis: Vertretbar wäre es auch, die einmalige Beleidigung als Bagatelle nicht unter den Angriff

zu subsumieren.¹⁹⁶ Wegen des ersten Schlags des U auf einen „fortdauernden“ Angriff abzustellen, empfiehlt sich nicht, weil die Rechtsgutsverletzung bereits abgeschlossen war.

Damit liegt ein gegenwärtiger rechtswidriger Angriff des U gegen X vor.

(2) Notwehrhandlung

Die Tat des A richtete sich gegen U als Angreifer. Sie müsste auch **erforderlich** gewesen sein. Nach **hM** ist die ex-ante-Perspektive nach dem objektiven Urteil eines Drittbeobachters maßgeblich.¹⁹⁷

Hinweis: Hier muss stets im Hinterkopf behalten werden, dass A (potenzieller) Nothelfer, U Angreifer und X Angegriffener ist. Die Nothilfe ist gleichsam ein vom Recht des Angegriffenen (= Notwehr ieS bzw Selbstverteidigung) „akzessorisches“ bzw abgeleitetes Recht.¹⁹⁸

Hierzu gehört zunächst die **Eignung** der Abwehrhandlung. Geeignet sind jedenfalls alle Verteidigungshandlungen, die den Angriff sofort und endgültig beenden können.¹⁹⁹ Das ist ivF zu bejahen.

Die Verteidigungshandlung muss ferner **erforderlich ieS** sein. Diejenige Verteidigungshandlung ist erforderlich ieS, die auf die schonendste Weise mit dem mildesten zur Verfügung stehenden Mittel den Angriff effektiv und endgültig abwehren kann, wobei sich der Angegriffene nicht auf das Risiko einer ungenügenden Abwehrhandlung einzulassen braucht.²⁰⁰ Sofern es – wie hier – um die

¹⁹³ Vgl. Rengier AT § 18 Rn. 12, 47; Kühl AT § 7 Rn. 21; Heinrich AT Rn. 341.

¹⁹⁴ Rengier AT § 18 Rn. 6.

¹⁹⁵ Murmann GkStrafR § 25 Rn. 79.

¹⁹⁶ Vgl. BGH NSTZ-RR 2018, 272 (273).

¹⁹⁷ Vgl. BGH NSTZ-RR 2013, 105 (106); Wessels/Beulke/Satzger AT Rn. 515; LK/Rönnau/Hohn § 32 Rn. 171.

¹⁹⁸ Roxin/Greco AT I § 15 Rn. 116 aE; Matt/Renzikowski/Engländer § 32 Rn. 35.

¹⁹⁹ Rengier AT § 18 Rn. 33.

²⁰⁰ Rengier AT § 18 Rn. 36; Wessels/Beulke/Satzger AT Rn. 513.

Verteidigungshandlung eines **Nothelfers** geht, ist die Erforderlichkeit ieS im Wege einer Gesamtschau der dem Angegriffenen (= X) und dem Nothelfer (= A) insgesamt zur Verfügung stehenden Verteidigungsmöglichkeiten zu bestimmen.²⁰¹ A hat daher nicht nur die eigenen, sondern auch die Verteidigungsmöglichkeiten des X in Rechnung zu stellen.²⁰² Da X hier indes benommen auf die Knie ging, sind keine Anhaltspunkte ersichtlich, dass er selbst überhaupt noch Verteidigungsmaßnahmen hätte ergreifen können, um den Angriff abzuwenden. Es kann daher nur auf die Verteidigungsmöglichkeiten des A ankommen.

*Hinweis: Die Gesamtbetrachtung wirkt sich regelmäßig aus, wenn **mehrere Verteidiger** zur Verteidigung bereit sind, maW die Verteidigungsmaßnahmen des Angegriffenen und des Nothelfers **für sich betrachtet gleichermaßen hinreichen, um den Angriff sicher abzuwenden.**²⁰³ Das ist hier nicht der Fall.*

Beim Einsatz von Waffen bzw gefährlicher Werkzeuge – wie hier dem Küchenmesser – ist der Gebrauch ggü unbewaffneten Angreifern in der Regel vorher **anzudrohen**.²⁰⁴ Voraussetzung hierfür ist jedoch, dass eine solche Androhung unter den konkreten Umständen eine so hohe Erfolgsaussicht hat, dass dem Angegriffenen das Risiko eines Fehlschlags und der damit verbundenen Verkürzung seiner Verteidigungsmöglichkeiten zugemutet werden kann.²⁰⁵ Die Erfolgsaussichten einer Androhung des Messereinsatzes sind ivF als gering einzustufen. Zum einen war U „rasend vor Wut“, sodass man an der (akustischen) Empfänglichkeit

für eine Androhung und damit an einem Erfolg ernsthaft zweifeln muss. Zum anderen war U dem A körperlich überlegen. Wäre die Drohung fehlgeschlagen, hätte A auf sich aufmerksam gemacht und womöglich die direkte körperliche Auseinandersetzung mit U in Kauf nehmen müssen. Diese verkürzte Verteidigungsmöglichkeit mangels Überraschungsmoments kann A nicht zugemutet werden. Ferner hat A die Verteidigungshandlung auf die Wade und damit auf eine weniger sensible Körperregion beschränkt. Damit ist die Verteidigungshandlung auch erforderlich ieS.

Hinweis: Eine aA ist mit entsprechender Begründung vertretbar.

(3) Gebotenheit der Nothilfe

Die Verteidigungshandlung des A müsste auch **geboten** gewesen sein. Einschränkungen könnten sich ergeben, wenn X den Angriff von U **provoziert** hat.²⁰⁶

(a) Vorwerfbare Provokation der Notwehrlage

Für eine von der sonst vorwerfbaren Provokation der Notwehrlage abzugrenzende **Absichtsprovokation** bietet der Sachverhalt keine Anhaltspunkte. Es ist nicht ersichtlich, dass X den U unter dem Deckmantel der Notwehr schädigen wollte. Es kommt damit lediglich **eine sonst vorwerfbare Provokation der Notwehrlage** in Betracht.

Umstritten ist dabei zunächst, wann ein angriffsauslösendes Verhalten als Provokation zu bewerten ist, es also als „vorwerfbar“ qualifiziert werden kann. Von vornherein scheiden

²⁰¹ LK/Rönnau/Hohn § 32 Rn. 206; MüKo/Erb § 32 Rn. 185; Seier NJW 1987, 2476.

²⁰² Vgl. Kasiske Jura 2004, 832 (836).

²⁰³ Siehe hierzu ausführlich Matt/Renzikowski/Engländer § 32 Rn. 31 und Schönke/Schröder/Perron/Eisele § 32 Rn. 42.

²⁰⁴ BGH NSTZ-RR 2013, 105 (106).

²⁰⁵ BGH NSTZ-RR 2013, 139 (140); Wessels/Beulke/Satzger AT Rn. 514.

²⁰⁶ Vgl. LK/Rönnau/Hohn § 32 Rn. 245.

jedenfalls weder rechtlich noch sozialetisch zu beanstandende Verhaltensweisen aus.²⁰⁷ Umgekehrt genügen aber **rechtswidrige** Verhaltensweisen.²⁰⁸ Erfasst ist damit die Beleidigung als „Vollidiot“ ggü U durch X.

*Hinweis: Damit würde auch die **Rspr**, die bereits ein „pflichtwidriges bzw. sozialetisch zu missbilligendes Vorverhalten“ (Taktlosigkeiten, Belästigungen und Hänseleien etc.)²⁰⁹ ausreichen lässt, zum gleichen Ergebnis kommen.²¹⁰*

*Ob man das süffisante Grinsen mit der Beleidigung als einheitlichen Lebensvorgang behandelt oder als zusätzlichen Anknüpfungspunkt wählt und fragt, ob es „sozialetisch zu missbilligen“ ist, kann letztlich mit dem Hinweis offengelassen werden, dass **jedenfalls** mit der Beleidigung ein vorwerfbares Verhalten vorliegt.*

Ferner bedarf es noch eines sog. **Provokationszusammenhangs**.²¹¹ Der Angriff müsste als eine adäquate und voraussehbare Folge der Provokation erscheinen.²¹² Aus Sicht eines Dritten und unter Berücksichtigung der Vorgeschichte von X und U erweist sich Us Angriff als noch nachvollziehbare Reaktion. Zudem besteht ein enger zeitlicher und räumlicher Zusammenhang zwischen der vorwerfbaren Provokation und dem anschließenden Angriff. IErg hat X die Notwehrlage in vorwerfbarer Weise provoziert.

(b) *Rechtsfolge: Einschränkungen auch bei Nothilfe?*

Rechtsfolge ist die Einschränkung des **Notwehr**rechts iSe dreistufigen Vorgehens: Auf der **ersten Stufe** sind nach Möglichkeit alle Flucht- und Ausweichmöglichkeiten vorzunehmen, soweit sie die Gefahr beseitigen. Auf der **zweiten Stufe** muss sich der Angegriffene bis zur Zumutbarkeitsgrenze auf hinhaltende Schutzwehr beschränken, evtl auch gewisse Risiken und Beeinträchtigungen hinnehmen, bevor er schließlich auf der **dritten Stufe** zur Trutzwehr übergehen darf.²¹³ Fraglich ist, ob diese Einschränkung der Notwehr auch zu einer Einschränkung des **Nothilfe**rechts führt.

Die **hM** nimmt an, dass auch dem Nothelfer nicht die vollen Verteidigungsbefugnisse zustehen, wenn der Angegriffene die Notwehrlage vorwerfbar provoziert hat.²¹⁴ Für A gelte hiernach das dreistufige Vorgehen. Er hätte sich daher bspw unter Zuhilfenahme der anderen Passanten zunächst O in den Weg stellen oder auch den Messereinsatz lediglich androhen können. Die Zufügung einer Stichverletzung war folglich (noch) nicht geboten.

Vereinzelte Stimmen lehnen eine Einschränkung des Nothilferechts ab.²¹⁵ Hiernach unterliege A nicht dem dreistufigen Vorgehen. Gegen diese Ansicht spricht indes schon der akessorische Charakter der Nothilfe, weshalb sie abzulehnen ist.

Hinweis: Genaue Ausführungen zur Gegenansicht werden nicht unbedingt erwartet. Es sollte aber

²⁰⁷ Matt/Renzikowski/Engländer § 32 Rn. 50; Rengier AT § 18 Rn. 74.

²⁰⁸ Wessels/Beulke/Satzger AT Rn. 538; Rengier AT § 18 Rn. 75.

²⁰⁹ Kühl AT § 7 Rn. 219.

²¹⁰ Vgl. BGH NStZ 2016, 84 (86).

²¹¹ Wessels/Beulke/Satzger AT Rn. 539; Matt/Renzikowski/Engländer § 32 Rn. 50.

²¹² BGH NStZ 2016, 84 (86).

²¹³ Rengier AT § 18 Rn. 80, 56; Roxin/Greco AT I § 15 Rn. 69 aE; aus der Rspr: BGH BeckRS 2019, 45976 Rn. 18.

²¹⁴ Matt/Renzikowski/Engländer § 32 Rn. 53; LK/Rönnau/Hohn § 32 Rn. 259; Schönke/Schröder/Perron/Eisele § 32 Rn. 61a; Kuhlen GA 2008, 282 (291).

²¹⁵ Mitsch GA 1986, 533 (534); Kasiske Jura 2004, 832 (838).

zumind *est* begründet werden, warum eine Einschränkung für A erfolgt (Stichwort: Akzessorietät).

(4) Zwischenergebnis

Mangels Gebotenheit ist A nicht gem. § 32 II Var. 2 gerechtfertigt.

bb) Notstandshilfe, § 34

Hinweis: Wenn § 32 II Var. 2 **bejaht** wird, erübrigen sich Ausführungen zu § 34. Letzterer ist nach verbreiteter Ansicht ggü § 32 die allgemeinere Vorschrift und § 32 regelt insoweit den Spezialfall, dass die Gefahr in einem gegenwärtigen, rechtswidrigen Angriff besteht.²¹⁶ Hieraus wird teilweise auch geschlossen, selbst in den Fällen, in denen § 32 zwar einschlägig, aber mangels Vorliegen einer seiner speziellen Erfordernisse (zB mangels Gebotenheit) zu **verneinen** ist, nicht auf § 34 zurückzugreifen.²¹⁷ Für die Klausur sind (kurze) Ausführungen dennoch idR zu empfehlen.

Eine **Notstandslage** ist für X gegeben. Fraglich ist, ob die U durch A zugefügte Stichverletzung als taugliche **Notstandshandlung** angesehen werden kann.

Hinweis: Auch für die **Notstandshilfe** unterscheiden sich die Voraussetzungen nicht von denen des „klassischen“ Notstands. Das gilt namentlich auch für die **Interessenabwägung**.²¹⁸

Die Gefahr müsste „nicht anders abwendbar“, mithin **erforderlich** gewesen sein. Die

Stichverletzung war idS **geeignet**. Ob die Möglichkeit bestand, vorrangig staatliche Hilfe in Anspruch zu nehmen, kann dem Sachverhalt nicht entnommen werden. Ausweichmöglichkeiten des X bestanden auch nicht. A wählte damit auch das mildeste Mittel.

Hinweis: Eine aA ist vertretbar, etwa die Androhung des Messereinsatzes als milderes Mittel. Hier müsste allerdings die Unsicherheit dieser Rettungschance zu jener der Stichverletzung in Relation gesetzt werden. Je weiter diese auseinanderdriften, desto eher darf das effektivere Mittel (= Stichverletzung) gewählt werden.²¹⁹

Letztlich müsste bei Abwägung der widerstrebenden Interessen das geschützte Interesse (körperliche Unversehrtheit des X; **Erhaltungsgut**) das beeinträchtigte (körperliche Unversehrtheit des U; **Eingriffsgut**) wesentlich überwiegen. Im Rang sind beide Rechtsgüter abstrakt gleichwertig. Einerseits muss als negativer Bewertungsfaktor die vorwerfbare Herbeiführung der Notstandslage durch X berücksichtigt werden.²²⁰ Da es sich vorliegend um einen Defensivnotstand handelt, ist die geringere Schutzwürdigkeit der Gefahrenquelle (= U) andererseits als positiver Bewertungsfaktor zu berücksichtigen (Grundgedanke des § 228 BGB). IERG überwiegt aber das Erhaltungsgut das

²¹⁶ Siehe Rengier AT § 18 Rn. 3, § 19 Rn. 4; Kühl AT § 8 Rn. 57; Schönke/Schröder/Perron § 34 Rn. 6; Matt/Renzikowski/Engländer § 34 Rn. 48; Heinrich AT Rn. 402; aA LK/Zieschang § 34 Rn. 29; SSW/Rosenau § 34 Rn. 42; MüKo/Erb § 34 Rn. 30, der aber auch darauf hinweist, dass die **zusätzliche Anwendung** überflüssig ist, da § 34 in diesen Fällen niemals zur Eröffnung weitergehender Eingriffsbefugnisse führen kann.

²¹⁷ So etwa Rengier AT § 19 Rn. 4; Heinrich AT Rn. 402; aA BeckOK/Momsen/Savic § 34 Rn. 23; MüKo/Erb § 34 Rn. 31.

²¹⁸ Zum Ganzen siehe LK/Zieschang § 34 Rn. 74-76.

²¹⁹ Vgl. LK/Zieschang § 34 Rn. 98.

²²⁰ So die überwiegende Ansicht, vgl. Wessels/Beulke/Satzger AT Rn. 472; Rengier AT § 19 Rn. 36; LK/Zieschang § 34 Rn. 122 mwN.

Eingriffsgut weder einfach²²¹ noch qualifiziert²²².
Damit scheidet eine Notstandshilfe aus.

cc) *Zwischenergebnis*

A handelte rechtswidrig.

c) **Schuld**

§ 35 I scheidet aus. Für A besteht keine Gefahr. X ist kein Angehöriger iSv § 11 I Nr. 1 und auch – mangels vergleichbarer Intensität des Zusammengehörigkeitsgefühls zu Angehörigen²²³ – keine dem A nahestehende Person. A handelte somit auch schuldhaft.

2. **Ergebnis**

A hat sich gem. §§ 223 I, 224 I Nr. 2 Var. 2 strafbar gemacht.

II. Zwischenergebnis zu A

A hat sich im vierten Tatkomplex gem. §§ 223 I, 224 I Nr. 2 Var. 2 strafbar gemacht.

E. **GESAMTERGEBNIS ZUR AUFGABE 1**

I. Strafbarkeit der T

T hat sich gem. §§ 242, 22, 23 I, 246 I, 52 strafbar gemacht (aA vertretbar, siehe oben).

II. Strafbarkeit des A

A hat sich gem. §§ 244 I Nr. 3, 303 I Var. 1, 52 – § 53 – §§ 242 I, 243 I 2 Nr. 1, 2, 3 – § 53 – § 315d I Nr. 3 – § 53 – §§ 242, 22, 23 I, 243 I 2 Nr. 3, 25 I Var. 2, 240 I, III, 22, 23 I, 52 – § 53 – §§ 223 I, 224 I Nr. 2 Var. 2 strafbar gemacht.

Hinweis: Mit einer solchen Normkette das Gesamtergebnis darzustellen wird teilweise als „unübersichtlich“ empfunden. Aufgrund der regelmäßigen ganz erheblichen Zeitnot in der Klausur bietet sich diese Lösung aber taktisch an. Siehe auch bspw Beulke Klausurenkurs III Rn. 147 aE.

III. Strafbarkeit der F

F hat sich gem. §§ 242 I, 243 I 2 Nr. 1, 2, 26 strafbar gemacht.

²²¹ So etwa Roxin/Greco AT I § 16 Rn. 90: „zweifelsfrei und eindeutig“.

²²² So etwa Rengier AT § 19 Rn. 43; LK/Zieschang § 34 Rn. 149: „erheblich überwiegen“.

²²³ LK/Zieschang § 35 Rn. 45; Heinrich AT Rn. 567.

Aufgabe 2

A könnte K wegen Besorgnis der Befangenheit gem. § 24 I Var. 2, II StPO ablehnen.

I. Voraussetzungen

1. **Ablehnungsgrund Befangenheit**

Ein Richter kann wegen Besorgnis der Befangenheit abgelehnt werden (§ 24 I Var. 2 StPO). Wegen Besorgnis der Befangenheit findet die Ablehnung statt, wenn ein Grund vorliegt, der geeignet ist, Misstrauen gegen die Unparteilichkeit eines Richters zu rechtfertigen (§ 24 II StPO). Es bedarf hierfür keiner tatsächlichen Voreingenommenheit der K.²²⁴ Beurteilungsmaßstab ist die Sicht eines vernünftigen Angeklagten, mithin ein **individuell-objektiver Maßstab**.²²⁵ Es ist daher zu fragen, ob der durchschnittliche Beobachter, der sich in die Rolle des Angeklagten versetzt, bei verständiger Würdigung der Umstände den Verdacht hegen würde, es bestehe eine Voreingenommenheit.²²⁶

Problematisch erweist sich hier, dass Spannungen zwischen K und V bestehen. Spannungen zwischen Gericht und Verteidigung lassen nicht allgemein Rückschlüsse auf eine Voreingenommenheit in der Sache zu, es sei denn, es treten **besonderen Umstände** hinzu.²²⁷

So könnte es hier aber gerade liegen. K drohte V, ihn bei weiteren Störungen aus dem Saal entfernen zu lassen und rief W hinzu. Möglicherweise konnte sich K diesbezüglich aber auf § 177 S. 1 GVG stützen. Hiernach können

Parteien, Beschuldigte, Zeugen, Sachverständige oder bei der Verhandlung nicht beteiligte Personen, die den zur Aufrechterhaltung der Ordnung getroffenen Anordnungen nicht Folge leisten, aus dem Sitzungszimmer entfernt werden. Der erfasste Personenkreis unterscheidet zwischen Personen, die bei der Verhandlung **beteiligt** sind und solchen, die es **nicht** sind. Der erste Personenkreis wird ausdrücklich benannt: Parteien, Beschuldigte, Zeugen, Sachverständige. Im Umkehrschluss ergibt sich aus diesem eindeutigen Wortlaut, dass ggü am Verfahren **beteiligten** Personen, die nicht ausdrücklich benannt werden, Maßnahmen nach § 177 S. 1 GVG **unzulässig** sind.²²⁸ Dies gilt somit grundsätzlich für den Strafverteidiger V.²²⁹ Ihm kommt als Mittler zwischen Öffentlichkeit und Gericht eine maßgebliche Aufgabe in der Justiz und eine besondere Stellung für die Aufrechterhaltung des Vertrauens der Öffentlichkeit in die Justiz zu.²³⁰ K drohte V iErg mit einer rechtswidrigen Maßnahme. Dies stellt einen besonderen Umstand dar, infolgedessen ein durchschnittlicher Beobachter, der sich in die Rolle des Angeklagten versetzt, den Verdacht hegen würde, es bestehe eine Voreingenommenheit der K.

*Hinweis: Eine aA scheint hier mit entsprechender Begründung noch vertretbar. Vereinzelt wird angenommen, dass in **Extremfällen** sitzungspolizeiliche Maßnahmen zulässig sein können.²³¹ Hieran sind aber äußerst hohe*

²²⁴ Vgl. BeckOKStPO/Cirener § 24 Rn. 5.

²²⁵ BGH NJW 1998, 550; NJW 2018, 2578 (2579); BeckOKStPO/Cirener § 24 Rn. 5; Roxin/Schünemann StrafVerfR § 8 Rn. 8; KKStPO/Scheuten § 24 Rn. 3a.

²²⁶ Beulke StrafPR, 13. Aufl. 2016, Rn. 69.

²²⁷ BGH BeckRS 2013, 503 Rn. 16.

²²⁸ BeckOKGVG/Walther § 177 Rn. 2; zu den Einwänden hinsichtlich einer etwaigen analogen Anwendung vgl. Kirch-Heim NSTZ 2014, 431 (432).

²²⁹ Vgl. zur hM OLG Hamm NZV 2003, 491 (492); AG Köln BeckRS 2020, 4186 Rn. 5; KKStPO/Diemer GVG § 177 Rn. 2; MüKoStPO/Kulhanek GVG § 177 Rn. 5.

²³⁰ Vgl. MüKoStPO/Kulhanek GVG § 177 Rn. 7.

²³¹ Vgl. BGH NJW 1977, 437 (438); Zöller/Lückemann GVG § 177 Rn. 2.

Anforderungen zu stellen, sodass derartige Extremfälle praktisch nie vorkommen.²³²

§ 177 GVG ist schwierig zu finden. Dass die Vorschrift nicht als „Aufhänger“ gefunden wird, sollte daher nicht allzu sehr ins Gewicht fallen, sofern ansonsten mit Hilfe des § 24 StPO, der in jedem Fall gefunden werden sollte, schlüssig argumentiert wird.

Rechnung trägt, verspricht ein solches Gesuch Erfolg. Dies wäre A daher an Vs Stelle zu raten.

2. Ablehnungsberechtigung

A ist gem. § 24 III 1 StPO ablehnungsberechtigt.

3. Geltendmachung

A muss ein Ablehnungsgesuch stellen, § 26 I 1 StPO und hat den Ablehnungsgrund glaubhaft zu machen (§ 26 II StPO).

4. Ablehnungsfrist

Die Drohung der K als Umstand, auf den die Ablehnung gestützt wird, trat erst später ein (§ 25 II 1 Nr. 1 StPO), sodass gem. § 25 II 1 Nr. 2 StPO die Ablehnung unverzüglich geltend gemacht werden muss. Unverzüglich meint – wie § 121 I BGB – ohne schuldhaftes Zögern.²³³

Hinweis: Dh ohne unnötige, nicht durch die Sachlage begründete Verzögerungen muss die Ablehnung geltend gemacht werden. Durch die Sachlage begründet ist eine Verzögerung, die dadurch entsteht, dass der Antragsteller, nachdem er Kenntnis vom Ablehnungsgrund erlangt hat, eine gewisse Zeit zum Überlegen und zum Abfassen des Gesuchs benötigt. Welche Zeitspanne dafür zuzubilligen ist, hängt von den Umständen des Einzelfalls ab.²³⁴

II. Ergebnis

Sofern A den verfahrensrechtlichen Anforderungen an ein Ablehnungsgesuch

²³² MüKoZPO/Zimmermann GVG § 177 Rn. 3 aE.

²³³ BeckOKStPO/Cirener § 25 Rn. 5.

²³⁴ Siehe zum Ganzen BGH NJW 2018, 2578 f.