

Lösungshinweise Fall 5 - Problemschwerpunkt Vermögensdelikte

1. Tatkomplex: Das Geschehen in der Gaststätte

Hinweis: A ist tot, sodass eine Strafbarkeit hier nicht zu prüfen ist. Wäre er nicht verstorben, käme eine solche nach §§ 212 I, 211, 30 II StGB in Betracht durch Annehmen des Erbietens eines anderen.

I. Strafbarkeit des B gem. § 263 I StGB

B könnte sich gem. § 263 I StGB wegen Betrugs gegenüber und zulasten des A strafbar gemacht haben, indem er ihm Erfüllungsbereitschaft hinsichtlich der Abrede zur Tötung des Pudels vorspiegelte.

1. Objektiver Tatbestand

a) Täuschung und kausal auf der Täuschung beruhender Irrtum (+)

Durch das Vorspiegeln der Erfüllungsbereitschaft hinsichtlich der vereinbarten Tötung des Hundes hat B bewusst irreführend auf das Vorstellungsbild des A eingewirkt und hat diesen damit getäuscht iSd § 263 I StGB.¹

Hinweis: Wird hingegen die betrügerische Täuschung normativ als Verletzung eines „Rechts auf Wahrheit“ des Adressaten der betreffenden Äußerung aufgefasst, so muss in den Fällen, in denen eine rechtswidrige Leistung in Aussicht gestellt wird, mangels schutzwürdigem Wahrheitsinteresse bereits eine Täuschung iSd § 263 I StGB verneint werden.²

b) Vermögensverfügung (+)

A bezahlte die 50 €.

c) Vermögensschaden (+/-)

A müsste durch die Vorauszahlung iHv 50 € zur Vergiftung von Felix durch B ein Vermögensschaden entstanden sein. A verliert jedenfalls seinen rechtmäßigen Besitz an seinem (redlich) erworbenen Geldschein. Fraglich ist jedoch, ob das Vermögen auch dann noch rechtlichen Schutz verdient, wenn es zu verbotenen oder sittenwidrigen Zwecken eingesetzt wird.

aa) Wirtschaftlicher Vermögensbegriff

Nach Zugrundelegung des rein wirtschaftlichen Vermögensbegriffs wird das Vorliegen eines Vermögensschadens auch in Fällen des Einsatzes von Vermögenswerten zu verbotenen oder sittenwidrigen Zwecken bejaht. Ausschlaggebend sei ausschließlich, dass das Opfer Vermögensbestandteile hingebe, ohne hierfür ein entsprechendes Äquivalent zu erhalten. Die Nichtigkeit (§ 134 BGB) der Abrede zwischen A und B stünde dem Eintritt eines Vermögensschadens nach dieser Auffassung also nicht entgegen.³

bb) Juristisch-ökonomische Vermögenslehre

¹ Zur Def. der Täuschung siehe etwa *Rengier* BT I, 25. Aufl. 2023, § 13 Rn. 9.

² *Pawlik*, Das unerlaubte Verhalten beim Betrug, S. 146 f.

³ BGH NSTz 2002, 33; BGH NJW 2002, 2117.

Auf der Grundlage der juristisch-ökonomischen Vermögenslehre soll demgegenüber der Einsatz von Vermögenswerten zur Erfüllung eines verbotenen oder sittenwidrigen Geschäfts einen Vermögensschaden ausschließen, da die bzw. der Getäuschte durch das Verfolgen eines rechtlich missbilligten Zwecks die Schutzbedürftigkeit verliere.⁴ Vielfach wird die Schutzwürdigkeit der bzw. des Getäuschten in diesem Zusammenhang auch mit dem Argument der bewussten Selbstschädigung abgelehnt, da diese:r wegen der Nichtigkeit des Vertrags „auf eigene Gefahr“ leiste.⁵ Nach dieser Ansicht läge aufgrund der Nichtigkeit der Abrede (§ 134 BGB) somit kein Vermögensschaden des A vor.

cc) Entscheid

Für die wirtschaftliche Betrachtungsweise wird angeführt, dass der Ausschluss bestimmter Vermögenswerte aus dem strafrechtlich geschützten Vermögen dazu führe, dass eine Art „rechtsfreier Raum“ entstehe. Es könne nicht überzeugen, der Schädigerin nur wegen der Verfolgung unerlaubter oder anstößiger Zwecke seitens des Getäuschten einen „Freibrief“ zu erteilen, sich auf Kosten der von ihm Überlisteten zu bereichern.⁶

Gegen diese Argumentation spricht aber, dass entgegen der Einheit der Rechtsordnung ein Wertungswiderspruch im System der Gesamtrechtsordnung entstünde, wenn rechtlich missbilligte Positionen dennoch strafrechtlichen Schutz genießen würden.⁷ Die Wertungen der §§ 134, 138 und 817 S. 2 BGB würden dann im Strafrecht vollständig unterlaufen.⁸

Es ist daher auf Grundlage der juristisch-ökonomischen Betrachtungsweise ein Vermögensschaden des A zu verneinen.

Hinweis: a.A. vertretbar. Das auch auf Grundlage der juristisch-ökonomischen Vermögenslehre mit dem Argument, das eingesetzte Geld sei ja ein erlaubter Gegenstand, der lediglich zu rechtlich missbilligten Zwecken eingesetzt werde.⁹ Dieser Zweck ändere aber nichts an dem grundsätzlichen Wert des Geldes.

2. Ergebnis

B hat sich nicht gem. § 263 I StGB wegen Betrugs strafbar gemacht.

II. Strafbarkeit des B gem. § 246 I StGB

Wird § 263 I StGB bejaht, tritt § 246 I StGB aufgrund formeller Subsidiarität zurück.¹⁰ Verneint man § 263 I StGB, so fehlt es wegen des Abstraktionsprinzips trotz des gesetzwidrigen Grundgeschäfts jedenfalls am Merkmal „fremd“.¹¹

⁴ Vgl. Schönke/Schröder/Perron StGB, 30. Aufl. 2019, § 263 Rn. 82 f.

⁵ Schönke/Schröder/Perron StGB § 263 Rn. 150.

⁶ Vgl. Rengier BT I § 13 Rn. 144.

⁷ Schönke/Schröder/Perron StGB § 263 Rn. 83; zur Kritik an einer rein wirtschaftlichen Betrachtungsweise insgesamt etwa MüKo StGB/Hefendehl, 4. Aufl. 2022, § 263 Rn. 481.

⁸ Rengier BT I § 13 Rn. 145.

⁹ Vgl. BGH NJW 2002, 33; Rengier BT I § 13 Rn. 143 ff.

¹⁰ MüKo StGB/Hefendehl, § 263 Rn. 1251; a.A. NK StGB/Kindhäuser/Hoven, 6. Aufl. 2023, § 263 Rn. 409: tatbestandliche Exklusivität bei Übereignung.

¹¹ Vgl. MüKo StGB/Hohmann, 4. Aufl. 2021, § 246 Rn. 12.

Klarstellender Hinweis: Natürlich fehlt es auch am Merkmal „fremd“, wenn § 263 I StGB bejaht wird, dann müsste die Prüfung aber gar nicht mehr erfolgen, sondern man könnte direkt auf den Hinweis springen, dass § 246 I sowieso zurücktritt und es daher auf die Prüfung der Tatbestandsmerkmale nicht mehr ankommt.

2. Tatkomplex: Der Überfall auf P

I. Strafbarkeit des B gem. § 249 I StGB

B könnte sich gem. § 249 I StGB wegen Raubes strafbar gemacht haben, indem er P die Handtasche im Vorbeifahren entriss.

1. Tatbestand

a) Objektiver Tatbestand

aa) Wegnahme einer fremden beweglichen Sache (+)

Die Handtasche, die Geldbörse sowie die darin befindlichen Banknoten stellen für B fremde bewegliche Sachen dar, die er durch das Entreißen der Tasche weggenommen hat.

bb) Einsatz eines Raubmittels

Fraglich ist, ob das Entreißen der Handtasche Gewalt gegen eine Person iSd § 249 I Alt. 1 StGB darstellt. Gewalt gegen eine Person liegt vor bei einer physischen Kraftentfaltung in Richtung des Opfers, welche geleisteten oder erwarteten Widerstand verhindern soll.¹²

Eine physische Kraftentfaltung in Richtung der P liegt im kräftigen Ziehen des B an der Tasche. Fraglich ist aber, ob die durch B entfaltete Kraft den Akt der Wegnahme auch als Widerstand brechendes Mittel geprägt hat, oder ob „List und Schnelligkeit“ das Bild der Tat geprägt haben und dem Opfer hierdurch gar keine Gelegenheit zur Gegenwehr blieb. In solchen Fällen will der Täter gerade nicht einen erwarteten Widerstand des Opfers brechen, sondern diesen durch sein geschicktes Vorgehen gerade vermeiden, sodass dann eine Gewaltanwendung iSd § 249 I StGB ausscheidet. Hält der Überfallene dagegen (wie insbesondere bei Erwartung des Angriffs) den Gegenstand derart fest in der Hand, dass er ihm nur mittels erheblichen Kraftaufwands entrissen werden könnte, ist Gewalt iSd § 249 I Alt. 1 StGB zu bejahen.¹³

P hatte den Gurt der Tasche extra zur Sicherung um den Griff des Rollators geschlungen. Den Griff des Rollators hielt sie fest in der Hand, sodass damit auch der Gurt der Tasche von ihrem Griff erfasst war. Es erforderte ein kräftiges Ziehen des B, um P die Tasche entreißen zu können. Das Entreißen der Tasche durch B ist somit als Gewalt gegen eine Person iSd § 249 I Alt. 1 StGB zu werten.

Hinweis: Sollte der Sachverhalt derart interpretiert werden, dass P lediglich den Griff des Rollators, nicht aber den Gurt der Tasche festhält, kann der Einsatz eines qualifizierten Nötigungsmittels durch B auch abgelehnt werden.¹⁴ Dann ist eine Prüfung des § 242 I StGB anzuschließen, in der sich

¹² Vgl. BGH NStZ 1986, 218.

¹³ Zum Ganzen: BGH NStZ 1986, 218; Schönke/Schröder/Bosch StGB § 249 Rn. 4a; Rengier BT I § 7 Rn. 12 ff.

¹⁴ Mitsch NJW 2020, 3671.

im subjektiven Tatbestand ebenso die nun folgende Problematik der Zueignungsabsicht stellt. Die im Folgenden im Rahmen des § 251 StGB dargestellten Probleme der Zurechnung des Todes der P müssten dann im Rahmen einer Prüfung des § 222 StGB dargestellt werden. Wichtig ist an dieser Stelle lediglich, dass die Problematik des sog. „Handtaschenraubes“ erkannt und diskutiert wird und zu einem vertretbaren Ergebnis geführt wird.

b) Subjektiver Tatbestand

aa) Vorsatz (+)

B handelte vorsätzlich hinsichtlich der Wegnahme und der insofern finalen Gewaltanwendung.

bb) Zueignungsabsicht (+)

B müsste auch mit Zueignungsabsicht gehandelt haben. Dabei ist zwischen der Handtasche und der darin vorgefundenen Geldbörse und den Banknoten zu unterscheiden.

Hinsichtlich der Geldbörse und des darin befindlichen Geldes kann eine Zueignungsabsicht unproblematisch bejaht werden.

Fraglich ist aber, ob sich die Zueignungsabsicht des B auch auf die Handtasche erstreckte. Eine dauerhafte Enteignung der P hinsichtlich der Handtasche hat B zumindest billigend in Kauf genommen, indem er die Tasche in den Fluss warf. Auch reicht für die Aneignungsabsicht des Täters grundsätzlich eine vorübergehende Aneignung der weggenommenen Sache aus.¹⁵ Problematisch ist allerdings die Abgrenzung zur bloßen Sachentziehung, da B es auf den Inhalt der Handtasche abgesehen hat und er sich der Tasche, wie von vorneherein geplant, in einiger Entfernung vom Tatort entledigte, nachdem er ihr die Geldbörse entnommen hat.

Nach überwiegender Ansicht wird die Aneignungsabsicht in Fällen der Wegnahme von Behältnissen dann verneint, wenn der Täter es allein auf deren Inhalt abgesehen hat und das Behältnis wegwirft, sobald der Inhalt entnommen ist. Wegen der fehlenden Absicht des Täters, die Sache im eigenen Interesse für sich auszunutzen, scheidet die Annahme einer Aneignungsabsicht dann aus.¹⁶ Eine Ausnahme gelte allenfalls dann, wenn der Täter das Behältnis gezielt als notwendiges Transportmittel verwenden wollte, nicht aber, wenn er das Behältnis nur wegnehme, weil er in der Eile Behältnis und Inhalt nicht trennen könne.¹⁷

Da B es auf den von ihm vermuteten Tascheninhalt abgesehen hatte und die Tasche nach der Entnahme der Geldbörse wegwerfen wollte, würde eine Aneignungsabsicht des B demnach grundsätzlich ausscheiden. Es wäre allenfalls zu überlegen, ob B die Tasche gezielt als notwendiges Transportmittel verwenden wollte und insoweit vorübergehend im eigenen Interesse nutzen wollte. Hiergegen spricht, dass er sich der Tasche bereits in relativ kurzer Entfernung vom Tatort entledigte. Dafür spricht aber, dass eine Entnahme der Geldbörse aus der Handtasche den Aufenthalt am Tatort verlängert hätte. Um schnell mit der Geldbörse fliehen zu können, war B somit auf die Handtasche als Transportmittel angewiesen. Eine Aneignungsabsicht des B auch hinsichtlich der Handtasche kann bejaht werden.

¹⁵ Rengier BT I, § 2 Rn. 137.

¹⁶ Schönke/Schröder/Bosch StGB § 242 Rn. 63; Rengier BT I § 3 Rn. 138.

¹⁷ Schönke/Schröder/Bosch StGB § 242 Rn. 63.

B handelte sowohl hinsichtlich der Geldbörse und der darin enthaltenen Banknoten als auch hinsichtlich der Handtasche mit der erforderlichen Zueignungsabsicht.

Hinweis: a.A. vertretbar

2. Rechtswidrigkeit und Schuld

B handelte rechtswidrig und schuldhaft.

3. Ergebnis

B hat sich gem. § 249 I StGB wegen Raubes strafbar gemacht, indem er der P die Handtasche entriß.

II. Qualifikation der Tat des B gem. § 251 StGB

Die Tat könnte auch als Raub mit Todesfolge gem. § 251 StGB qualifiziert sein.

1. Tatbestand

a) Das Grunddelikt eines Raubes gem. § 249 I StGB durch B ist erfüllt. (+)

b) P, ein anderer Mensch, ist tot. (+)

c) Kausalität (+)

d) Tatbestandsspezifischer Gefahrzusammenhang

Im Tod der P müsste sich eine spezifische Raubgefahr realisiert haben. Wird der Tod des Opfers unmittelbar durch eine Nötigungshandlung bewirkt, die der Ermöglichung der Wegnahme dient, liegt der qualifikationsspezifische Gefahrzusammenhang regelmäßig vor.¹⁸ Der geforderte Risikozusammenhang kann allerdings unterbrochen werden, wenn die tödliche Folge erst durch das Eingreifen einer oder eines Dritten oder ein eigenverantwortliches Handeln des Opfers selbst herbeigeführt wird.¹⁹ Maßgeblich ist insoweit, ob durch das Eingreifen in den Geschehensablauf ein neues Risiko geschaffen wird oder ob lediglich der Versuch gemacht wird, der mit der Tat in Gang gesetzten Risikoverwirklichung Einhalt zu gebieten.²⁰

B hat durch seine Nötigungshandlung insoweit das Risiko für den tödlichen Ausgang gesetzt, als das Reißen am Griff der Handtasche und damit an dem die P stützenden Rollator zu deren Sturz und der zum Tode führenden Kopfverletzung führte. Dieser Risikozusammenhang ist im weiteren Verlauf auch weder durch den im Krankenhaus vorgenommenen Behandlungsversuch noch durch den anschließend im Einklang mit der Patientenverfügung unternommenen Abbruch lebensverlängernder Maßnahmen unterbrochen worden.

aa) Der im Krankenhaus unternommene Behandlungsversuch wurde gerade mit dem Ziel durchgeführt, die mit der Tat in Gang gesetzte Risikoverwirklichung zu stoppen. Dass diese Bemühungen fehlgeschlugen, beruhte nicht auf einem eigenständigen, von den behandelnden Ärzten verantworteten neuen Risiko für das Leben der P. Vielmehr war ein möglicher tödlicher Ausgang der medizinisch indizierten und lege artis durchgeführten Operation bereits zum Zeitpunkt der Tat in der Konstitution der P angelegt.

¹⁸ MüKoStGB/Sander StGB § 251 Rn. 8.

¹⁹ BGH NJW 1984, 621; NJW 2017, 418.

²⁰ BGH NJW 2020, 3669.

bb) Ebenso wenig wurde eine selbstständige neue Ursache für den Tod dadurch gesetzt, dass die behandelnden Ärzte im Einklang mit der Patientenverfügung der P lebensverlängernde Maßnahmen abbrachen. Das Opfer einer Gewalttat, das ärztliche Hilfe nicht in Anspruch nimmt, setzt damit keine neue Ursache für ein solches Versterben, sondern wirkt nur dem vom Täter gesetzten tödlichen Risiko nicht entgegen. Ebenfalls gegen eine Unterbrechung des Zurechnungszusammenhangs spricht hier, dass der in der Patientenverfügung zum Ausdruck kommende Wille als Ausdruck eines verfassungsrechtlich garantierten Selbstbestimmungsrechts zu werten ist (Art. 1 I i.V.m. Art. 2 I GG). Das allgemeine Persönlichkeitsrecht in seiner Ausprägung als Recht auf selbstbestimmtes Sterben umfasst das Recht, nach freiem Willen lebenserhaltende Maßnahmen abzulehnen und auf diese Weise einem zum Tode führenden Krankheitsgeschehen seinen Lauf zu lassen.²¹ Somit beugt sich die Ärztin, die in Umsetzung einer Patientenverfügung weitere lebensverlängernde Maßnahmen eines im Sterben liegenden Patienten abbricht, lediglich dem verfassungsrechtlich garantierten Patientenwillen. Eine Zurechnungsunterbrechung folgt hieraus nicht.²²

e) Leichtfertigkeit hinsichtlich der schweren Folge (+)

B müsste hinsichtlich der Todesfolge leichtfertig gehandelt haben. Zur Beurteilung der Leichtfertigkeit kommt es darauf an, ob Sorgfaltsmangel und Vorausschbarkeit, bezogen auf die Herbeiführung des Todes, das Urteil grober Fahrlässigkeit rechtfertigen.²³

B erkannte, dass P auf den Rollator angewiesen war und den Gurt der Handtasche um den Griff des Rollators führte. Somit musste sich ihm die Möglichkeit eines Sturzes der P mit zum Tode führenden Verletzungen bei einem Entreißen der Handtasche geradezu aufdrängen, ein besonderer Sorgfaltsverstoß ist zu bejahen. Ebenso ist bei einem betagten Opfer mit dem Vorliegen einer Patientenverfügung und dem darin geäußerten Wunsch des Abbruchs lebensverlängernder Maßnahmen zu rechnen.²⁴ Somit war der Eintritt des konkreten zum Tode führenden Geschehens für B auch vorhersehbar.

B hat hinsichtlich der Todesfolge somit leichtfertig gehandelt.

2. Rechtswidrigkeit und Schuld

B handelte rechtswidrig und schuldhaft.

3. Ergebnis

Die Tat des B ist als Raub mit Todesfolge gem. § 251 StGB qualifiziert.

III. Strafbarkeit des B gem. § 303 I StGB (+)

Es ist davon auszugehen, dass die Tasche durch das „Entsorgen“ in einem Fluss iSd § 303 I StGB zerstört wurde und B dies zumindest billigend in Kauf genommen hat. Eine Strafbarkeit des B nach § 303 I StGB ist somit gegeben.

²¹ BVerfG NJW 2020, 905 Rn.205 ff.

²² Zum Ganzen: BGH NJW 2020, 3669; wohl anders bei einer vergleichsweise geringen Verletzung und einer trotzdem die Behandlung ablehnenden Patientenverfügung.

²³ Lackner/Kühl/Heger StGB, 30. Aufl. 2023, § 251 Rn. 2.

²⁴ BGH NJW 2020, 3669.

IV. Strafbarkeit des B gem. § 246 I StGB (-)

B könnte sich gem. § 246 I StGB wegen Unterschlagung strafbar gemacht haben, indem er die Handtasche der P in dem Fluss entsorgte. Dies setzt voraus, dass das „Entsorgen“ der Handtasche als Zueignungshandlung iSd Unterschlagungstatbestandes angesehen werden kann. Allerdings scheidet auch eine Zueignung iSd § 246 I StGB aus, wenn der Täter eine in seinem Gewahrsam befindliche Sache bloß wegwirft, beseitigt oder vorsätzlich zerstört, ohne hieraus einen gewinnbringenden Nutzen zu ziehen.²⁵

Insbesondere scheidet hier auch eine Drittzueignung in Form der Ermöglichung einer sog. „Fremdaneignung“ aus. Eine solche Konstellation soll dann vorliegen, wenn der Täter dem Eigentümer die Sache ohne Selbstzueignungsabsicht entzieht, zugleich aber zumindest billigend in Kauf nimmt, dass ein Dritter sie sich zueignet.²⁶ Durch den Wurf in den Fluss scheidet hier aber ein Zugriff Dritter auf die Tasche aus. Eine Strafbarkeit des B gem. § 246 I StGB scheidet daher aus.

V. Zwischenergebnis und Konkurrenzen

B hat sich gem. §§ 249 I, 251 StGB wegen Raubes mit Todesfolge und wegen einer Sachbeschädigung gem. § 303 I StGB strafbar gemacht. Die Delikte stehen zueinander in Tatmehrheit gem. § 53 StGB.

3. Tatkomplex: Im Tabakladen

A. Erster Handlungsabschnitt: Die Erlangung der Zigarren

I. Strafbarkeit des B gem. §§ 242 I, 243 I S. 2 Nr. 2 Var. 2 StGB

B könnte sich gem. §§ 242 I, 243 I S. 2 Nr. 2 Var. 2 StGB wegen Diebstahls in einem besonders schweren Fall strafbar gemacht haben, indem er die Zigarrenschachtel in seine Jackentasche steckte.

1. Tatbestand

a) Objektiver Tatbestand

aa) fremde bewegliche Sache (+)

bb) Wegnahme (+)

Indem B die Zigarrenschachtel in seine Jackentasche steckte, hat er den generell bestehenden Gewahrsam des H über alle Gegenstände in seinem Laden gebrochen und neuen Gewahrsam begründet. Zwar hat sich B noch in der generellen Gewahrsamssphäre des H befunden, bei handlichen Gegenständen genügt für die Gewahrsamsbegründung allerdings das Verbringen in die eigene Körperlichkeitssphäre, sog. Gewahrsamsenklave (denn ein Rückholen wäre hier sozial auffällig, sodass eine Sachherrschaft bereits begründet wird).²⁷

²⁵ OLG Düsseldorf JR 87, 520.

²⁶ Vgl. Schönke/Schröder/Bosch StGB § 246 Rn. 21.

²⁷ MüKo StGB/Schmitz § 242 Rn. 73.

b) Subjektiver Tatbestand (+)

B handelte vorsätzlich und mit der erforderlichen Absicht rechtswidriger Zueignung.

2. Rechtswidrigkeit und Schuld

B handelte rechtswidrig und schuldhaft.

3. Besonders schwerer Fall gem. § 243 I 2 Nr. 2 Var. 2 StGB

Das Sicherungsetikett könnte eine Schutzvorrichtung gegen Wegnahme darstellen. Unter einer solchen Schutzvorrichtung sind alle Vorrichtungen zu verstehen, die eine Sache gegen Wegnahme sichern, ohne sie – in Abgrenzung zum verschlossenen Behältnis- zu umhüllen. Nicht erfasst sind dagegen Sicherungsmaßnahmen, die nicht die Wegnahme der Sache verhindern oder erschweren, sondern ihre Wiedererlangung oder die Feststellung des Täters ermöglichen sollen.²⁸ Dies gilt insbesondere für elektromagnetische Sicherungsetiketten, die ein Alarmsignal erst bei Verlassen des Geschäfts und damit in aller Regel erst nach Vollendung der Wegnahme auslösen.

Bei dem an der Zigarrensachtel angebrachten Sicherungsetikett handelt es sich aber genau um eine solche Vorrichtung, die erst bei Verlassen des Geschäfts ein Signal auslöst. Das Sicherungsetikett an der Zigarrensachtel dient somit nicht der Verhinderung der Wegnahme, sondern soll H auf eine bereits erfolgte Wegnahme aufmerksam machen und es ihm so ermöglichen, die Sache wiederzuerlangen. Das Regelbeispiel des § 243 I 2 Nr. 2 Var. 2 StGB ist somit nicht erfüllt.

Hinweis: Es ließe sich noch ein unbenannter besonders schwerer Fall gem. § 243 I 1 StGB prüfen. Allerdings ist die Annahme eines unbenannten besonders schweren Falls unzulässig, wenn keine Vergleichbarkeit mit einem der benannten Erschwerungsgründe gegeben ist. Dies gilt aber gerade für die Wegnahme von Sachen, an denen ein elektromagnetisches Sicherungsetikett befestigt ist: Da Regelbeispiel Nr. 2 die Überwindung einer Sicherung gegen Wegnahme voraussetzt, ein elektromagnetisches Sicherungsetikett der Wegnahme aber nicht entgegensteht, entfällt eine Vergleichbarkeit mit der Nr. 2.²⁹ Die Annahme eines unbenannten besonders schweren Falls ist daher abzulehnen.

4. Ergebnis: B hat sich gem. § 242 I StGB wegen Diebstahls strafbar gemacht.**II. Strafbarkeit des K gem. §§ 242 I, 25 II StGB**

K könnte sich wegen Diebstahls in Mittäterschaft gem. §§ 242 I, 25 II StGB strafbar gemacht haben, indem er H in ein Gespräch verwickelte.

1. Tatbestand**a) Objektiver Tatbestand****aa) Fremde bewegliche Sache (+)****bb) Wegnahme in Mittäterschaft, § 25 II StGB**

K hat die Tathandlung, die Wegnahme, nicht selber ausgeführt. Die Wegnahme durch B könnte ihm aber gem. § 25 II StGB zugerechnet werden, wenn eine gemeinschaftliche Tatbegehung vorliegt.

²⁸ MüKo StGB/Schmitz § 243 Rn. 34; Wessels/Hillenkamp/Schuhr BT 2, 43. Aufl. 2020, Rn. 237.

²⁹ MüKo StGB/Schmitz § 243 Rn. 62.

(1) Gemeinsamer Tatplan (+)

B und K haben vereinbart, durch eine arbeitsteilige Vorgehensweise die Zigarrenschachtel zu entwenden, ein gemeinsamer Tatplan zur Begehung eines Diebstahls liegt somit vor.

(2) Gemeinsame Tatausführung

Die gemeinsame Tatausführung setzt voraus, dass K einen täterschaftlichen Mitwirkungsbeitrag geleistet hat. K hat einen objektiven Tatbeitrag geleistet, indem er H in ein Gespräch verwickelte und B damit die Gelegenheit zum Einstecken der Zigarren schuf. Fraglich ist, ob dieser Tatbeitrag ausreicht, um eine gemeinsame Tatausführung anzunehmen.

Die Kriterien zur Abgrenzung einer täterschaftlichen Handlung von einer bloßen Teilnahmehandlung werden von Literatur und Rechtsprechung unterschiedlich bestimmt.

Nach der in der Literatur dominierenden **Tatherrschaftslehre** setzt die Mittäterschaft voraus, dass die Mitwirkungshandlungen in so enger Beziehung zur Tatausführung stehen, dass sie dem Beteiligten die Tatherrschaft zuweisen. Tatherrschaft bezeichne dabei die finale Steuerung des tatbestandsmäßigen Geschehensablaufs; erforderlich zur Begründung von Tatherrschaft sei folglich ein wesentlicher Tatbeitrag.³⁰ Es war B nur durch das Ablenkungsmanöver des K möglich, unbemerkt den Laden zu betreten und die Zigarrenschachtel einzustecken. Die Handlung des K hat somit wesentlich zur Vollendung der Tat beigetragen, sodass K Tatherrschaft zugewiesen werden kann.

Hinweis: Auf die innerhalb der Tatherrschaftslehre umstrittene Frage, ob lediglich Tatbeiträge im Ausführungsstadium oder auch Tatbeiträge im Vorbereitungsstadium für eine gemeinschaftliche Tatausführung ausreichen, kommt es im vorliegenden Fall nicht an, da die Ablenkung des H durch K zeitlich parallel zur Wegnahme erfolgte, also ein Tatbeitrag des K im Ausführungsstadium vorliegt.³¹

Nach der von der Rechtsprechung vertretenen **subjektiven Theorie** erfolgt die Abgrenzung zwischen Täterschaft und Teilnahme nicht primär über das Gewicht des objektiven Tatbeitrags, sondern nach der Willensrichtung des Handelnden. Täter ist nach der subjektiven Theorie, wer einen Tatbeitrag mit Täterwillen leistet, also die Tat als eigene will. Indizien für den Täterwillen sind nach BGH der Grad des eigenen Interesses am Erfolg, der Umfang der Tatbeteiligung und die Tatherrschaft.³² K hat aufgrund der mit B vereinbarten Teilung der Beute ein sehr großes Interesse am Taterfolg. Auch der Umfang der Tatbeteiligung ist nicht als nur geringfügig einzustufen, da es B nur aufgrund des Ablenkungsmanövers möglich war, die Zigarren in seine Tasche zu stecken. Tatherrschaft durch K ist ebenfalls gegeben. Die Indizien sprechen insgesamt für ein Handeln des K mit Täterwillen, sodass auch nach der subjektiven Theorie in dem Ablenkungsmanöver durch K ein täterschaftlicher Beitrag zu sehen ist.

Beide Ansichten kommen zu dem Ergebnis, dass es sich bei dem Mitwirkungsbeitrag des K um einen täterschaftlichen Beitrag handelt und somit eine gemeinsame Tatausführung durch B und K vorliegt, ein Streitentscheid erübrigt sich.

(3) Die Wegnahmehandlung des B kann K gem. § 25 II StGB zugerechnet werden.

³⁰ MüKo StGB/Joecks/Scheinfeld § 25 Rn. 223 m.w.N.

³¹ Zur Diskussion: Rengier AT § 44 Rn. 40 ff.; MüKo StGB/Joecks/Scheinfeld § 25 Rn. 187.

³² BGH BeckRS 2017, 139756.

b) Subjektiver Tatbestand

K handelte vorsätzlich, insbesondere auch mit dem Willen zur gemeinschaftlichen Tatausführung und mit Tatherrschaftsbewusstsein, sowie mit der Absicht rechtswidriger Zueignung.

2. Rechtswidrigkeit und Schuld

K handelte rechtswidrig und schuldhaft.

3. Ergebnis

K hat sich gem. §§ 242 I, 25 II StGB wegen Diebstahls in Mittäterschaft strafbar gemacht.

B. Zweiter Handlungsabschnitt: Der Schlag

I. Strafbarkeit von B und K gem. § 249 I, 25 II StGB (-)

Eine Strafbarkeit von B und K wegen Raubes in Mittäterschaft gem. §§ 249 I, 25 II StGB scheidet aus. Da der Gewalteinsetz erst nach vollendeter Wegnahme erfolgte, fehlt es am raubspezifischen bzw. finalen Zusammenhang zwischen Wegnahme und Einsatz des qualifizierten Nötigungsmittels.

II. Strafbarkeit von B und K gem. §§ 252, 25 II StGB

B und K könnten sich gem. § 252, 25 II StGB wegen räuberischen Diebstahls in Mittäterschaft strafbar gemacht haben, indem B den H trat und K ihn mit einem Faustschlag niederstreckte.

1. Tatbestand

a) Objektiver Tatbestand

aa) Diebstahl als Vortat (+)

bb) auf frischer Tat betroffen (+)

H hat B und K alsbald nach Vollendung der Wegnahme, also in unmittelbarer Nähe zum Tatort wahrgenommen.

cc) Personengewalt (+)

Der Tritt des B und der Faustschlag des K stellen jeweils eine nicht ganz unerhebliche körperliche Zwangswirkung und somit Gewalt gegen eine andere Person dar.³³

Die Gewaltanwendung kann auch jeweils wechselseitig über § 25 II StGB zugerechnet werden. K und B haben vorab vereinbart, im Notfall auch Gewalt anzuwenden, um die Tat zu einem erfolgreichen Abschluss zu bringen, sodass der gemeinsame Tatplan sich auch auf die Begehung des § 252 StGB erstreckt. Innerhalb des gemeinsamen Tatplans haben beide mit Täterwillen gleichrangige Tatbeiträge geleistet, sodass sowohl nach der Tatherrschaftslehre als auch nach der subjektiven Theorie der Rechtsprechung eine gemeinschaftliche Tatausführung bejaht werden kann.

³³ Vgl. *Wessels/Hillenkamp/Schuh* BT 2 Rn. 402.

dd) Diebstahl vollendet, aber noch nicht beendet (+)

B hat zum Zeitpunkt der Gewaltanwendung bereits neuen Gewahrsam begründet, somit war der Diebstahl bereits vollendet, er hat den Gewahrsam aber noch nicht gesichert, sodass der Diebstahl noch nicht beendet war.³⁴

b) Subjektiver Tatbestand**aa) Vorsatz (+)****bb) Besitzerhaltungsabsicht**

(1) B war selber im Besitz der Zigarrenschachtel und verübte die Gewalt gegen H, damit dieser ihn nicht aufhalten und ihm die Zigarren wieder abnehmen konnte. Er handelte somit mit Besitzerhaltungsabsicht.

(2) K müsste auch in der Absicht gehandelt haben, sich im Besitz des gestohlenen Gutes zu erhalten. Das Merkmal „sich“ verlangt, dass der die Raubmittel Anwendende entweder in seiner Person die tatsächliche Sachherrschaft über die Beute ausübt oder dass ihm als Täter des Diebstahls die Besitzerhaltungsabsicht eines Diebstahlsbeteiligten zugerechnet werden kann. Eine bloße Drittbesitzerhaltungsabsicht reicht hingegen für eine täterschaftliche Begehung des § 252 StGB nicht aus.³⁵ K war zwar selber nicht im Besitz der Beute, als Mittäter der Vortat kann ihm aber der Besitz des B nach § 25 II zugerechnet werden, sodass auch K als Besitzender anzusehen ist.³⁶ Da K die Gewalt verübte um die Beute im gemeinsamen Interesse gegen Entziehung zu sichern, ist die Besitzerhaltungsabsicht des K zu bejahen.

2. Rechtswidrigkeit und Schuld

B und K handelten rechtswidrig und schuldhaft.

3. Ergebnis

B und K haben sich gem. §§ 252, 25 II StGB wegen räuberischen Diebstahls in Mittäterschaft strafbar gemacht.

Hinweis: Wer eine Mittäterschaft ablehnt, müsste zur Strafbarkeit des K wegen Beihilfe zum Diebstahl kommen. Dann stellt sich im Folgenden die Frage, ob bloße Diebesgehilfen taugliche Täter:innen des § 252 sein können.³⁷ Wer dies bejaht, müsste die Strafbarkeit des K wegen räuberischen Diebstahls in Mittäterschaft dann aber spätestens im subjektiven Tatbestand ablehnen, da ihm als Gehilfen des Diebstahls der Beutebesitz des B nicht zugerechnet werden könnte und eine Drittbesitzerhaltungsabsicht in § 252 StGB nicht vorgesehen ist.³⁸ Dann wäre anschließend noch die Strafbarkeit des K wegen Beihilfe zum räuberischen Diebstahl zu prüfen.

³⁴ Zu Relevanz dessen siehe etwa NK StGB/*Kindhäuser/Hoven* § 242 Rn. 128.

³⁵ Schönke/Schröder/*Bosch* StGB § 252 Rn. 7; Lackner/Kühl/*Heger* StGB § 252 Rn. 5.

³⁶ BGHSt 6, 248, 250; NK StGB/*Kindhäuser/Hoven* § 252 Rn. 25.

³⁷ Ablehnend Lackner/Kühl/*Heger* § 252 Rn. 6; befürwortend MüKoStGB/*Sander* § 252 Rn. 17; BGHSt 6, 248.

³⁸ Vgl. Schönke/Schröder/*Bosch* StGB § 252 Rn. 7; Lackner/Kühl/*Heger* StGB § 252 Rn. 5.

III. Strafbarkeit von B und K gem. §§ 253, 255 StGB (-)

B und K haben zwar körperliche Gewalt gegen H verübt und diesen damit (zumindest nach Ansicht der Rechtsprechung) zu einer Unterlassung der weiteren Verfolgung genötigt. Dadurch entstand allerdings kein neuer Vermögensschaden, sondern vielmehr wurde nur der bereits durch die vollendete Wegnahme eingetretene Besitzverlust vertieft. Eine räuberische Erpressung scheidet damit aus.³⁹

IV. Strafbarkeit von B und K gem. §§ 223 I, 224 I Nr. 4 StGB (+)

Durch den Tritt und den Faustschlag haben B und K sich gem. §§ 223 I, 224 I Nr. 4 StGB wegen gefährlicher Körperverletzung in Mittäterschaft strafbar gemacht.

V. Strafbarkeit von B und K gem. §§ 240 I, 25 II StGB (+)

Durch die gewaltsame Erzwingung der Flucht haben sich B und K auch gem. §§ 240 I, 25 II StGB wegen Nötigung in Mittäterschaft strafbar gemacht.

C. Zwischenergebnis und Konkurrenzen

Der mittäterschaftlich verwirklichte räuberische Diebstahl verdrängt als spezielleres Delikt den mittäterschaftlich verwirklichten Diebstahl und die mittäterschaftlich verwirklichte Nötigung. Aus Klarstellungsgründen steht die mittäterschaftlich verwirklichte gefährliche Körperverletzung zum räuberischen Diebstahl in Tateinheit (§ 52 I StGB).⁴⁰

Gesamtergebnis und Konkurrenzen

I. Strafbarkeit des B

B hat sich wegen Raubes mit Todesfolge gem. §§ 249 I, 251 StGB, in Tatmehrheit (§ 53 I StGB) mit Sachbeschädigung gem. § 303 I StGB, räuberischen Diebstahls in Mittäterschaft gem. §§ 252, 25 II StGB und gefährlicher Körperverletzung in Mittäterschaft gem. §§ 223 I, 224 I Nr. 4, 25 II StGB strafbar gemacht.

II. Strafbarkeit des K

K hat sich wegen räuberischen Diebstahls in Mittäterschaft gem. §§ 252, 25 II StGB in Tateinheit (§ 52 I StGB) mit einer mittäterschaftlich verwirklichten gefährlichen Körperverletzung gem. §§ 223 I, 224 I Nr. 4, 25 II StGB strafbar gemacht.

³⁹ Vgl. NK StGB/Kindhäuser/Hoven § 252 Rn. 32.

⁴⁰ Vgl. MüKo StGB/Sander § 252 Rn. 19.