

**Matrikelnummer:**

## Sachverhalt

Die siebzigjährige M leidet seit einer schweren Operation immer wieder unter erheblichen Bauchschmerzen. Um diese Beschwerden zu vermeiden, isst M nur sehr wenig und ist deshalb stark untergewichtig. In den letzten Jahren war sie auf Betreiben ihres Ehemannes V mehrfach in stationärer Behandlung, ohne dass sich ihr Zustand in irgendeiner Weise verbessert hätte. Seit ihrem letzten Krankenhausaufenthalt im Januar 2019 hält sich die M nur noch in der ehelichen Wohnung auf, seit Mai 2019 ist sie bettlägerig. Eine selbstständige Nahrungsaufnahme sowie eigenständige Körperpflege und Toilettengänge sind ihr seitdem nicht mehr möglich. Entsprechend einer gegenseitigen Vereinbarung der Eheleute kümmert sich allein der V um sie. Den gemeinsamen, volljährigen Sohn A wollen sie mit der Pflege nicht belasten. Der A wohnte bis vor wenigen Jahren in der ehelichen Wohnung, zog aber dann in eine eigene Wohnung im selben Mehrfamilienhaus. Er besucht seine Eltern zwei bis drei Mal die Woche.

Infolge einer mittlerweile eingetretenen – von den Beteiligten nicht erkannten – Demenz bei V unterlässt es dieser, die M entsprechend der Absprache mit Nahrung und Flüssigkeit zu versorgen. Auch die Körperpflege der M sowie deren medizinische Versorgung führt er nicht mehr durch. Anders als früher nimmt V auch keine ärztliche Hilfe mehr in Anspruch. Aufgrund dessen verschlechtert sich der Zustand der M fortlaufend und sie verliert noch mehr an Gewicht. Der Zustand der M wird damit Anfang Juni 2019 lebensbedrohlich. Aufgrund ihrer geschwächten Konstitution erleidet sie zudem Ende Juni eine Lungenentzündung. Der V kann den Gesundheitszustand der M wegen seiner Demenzerkrankung nicht mehr einschätzen. A hingegen besucht seine Mutter immer noch zwei bis drei Mal die Woche, wobei für Laien wie A die Lebensgefahr für M nicht erkennbar war. Insbesondere ist sie geistig noch „fit“ und kann sich normal mit A unterhalten. Am 01.07.2019 besucht A sie erneut abends. Zu diesem Zeitpunkt liegt M bereits in ihren Fäkalien. Den hiervon ausgehenden Geruch nimmt A sofort wahr und erkennt nun auch die lebensbedrohliche Situation für M sowie die mangelhafte Pflege durch V. A weiß, dass M nicht sterben und ihren Zustand so nicht hinnehmen möchte. Dennoch unterlässt er es, die gebotene ärztliche Hilfe herbeizuholen, wobei er die Möglichkeit des Todes der M erkennt und billigend in Kauf nimmt und davon ausgeht, dass die M durch Herbeirufen medizinischer Hilfe noch gerettet werden könnte. Ebenso hält er es für möglich, dass V ebenfalls keine Hilfe leisten würde. Im Laufe des 02.07.2019 verstirbt die M an den Folgen der Lungenentzündung. Eine Rettung der M wäre bereits am 01.07.2019 nicht mehr möglich gewesen.

Durch den Tod seiner Mutter gerät das Leben des A endgültig in eine Schiefelage. So kann er auch einem Angebot seiner Bekannten B und C nicht mehr widerstehen: B und C wollen drei Autos stehlen und außer Landes bringen, um sie dort verkaufen zu können. Dafür brauchen sie jedoch jemanden, der ihnen hilft, eines der Autos wegzufahren, damit sie selbst die beiden anderen Autos fahren können. Sie wenden sich an A, dem sie für das Vorhaben 500,- € versprechen. Der gemeinsamen Absprache entsprechend wartet A an einer Kreuzung, während B und C in der Nähe nach einem geeigneten Auto suchen. Sie wählen einen neuen BMW, öffnen ihn und steigen ein. Daraufhin schließen sie ihn kurz und fahren zur in Sichtweite gelegenen Kreuzung, an der A wartet. Dieser übernimmt den BMW und fährt los. Von B bekommt er dabei wie geplant noch ein „Arbeitshandy“, damit B und C ihm während der Fahrt Anweisungen geben können, wo er das Auto hinfahren soll. Nach wenigen Kilometern überkommen A tiefe Trauer und Schuldgefühle wegen des Todes seiner Mutter und seiner Machenschaften mit B und C. Er hält an, wählt die 110 und beschreibt der Notrufzentrale genau seinen eigenen Standort sowie die Straße, in welcher B und C nach seiner Abfahrt vor etwa fünf Minuten gegangen sind, um ein taugliches zweites Auto zu suchen. B und C hatten sich in der Zwischenzeit für einen in einer Parallelstraße zum BMW-Standort unweit der Kreuzung geparkten Audi entschieden. Sie setzen sich ins Auto und manipulieren zusammen die nötigen Kabel. Während sie den Audi kurzschließen und unmittelbar bevor sie losfahren können kommt aber schon eine durch den Notruf des A alarmierte, zufälligerweise nahe am Tatort befindliche Polizeistreife herangerast und nimmt B und C fest, sodass sie auch kein drittes Auto mehr ins Visier nehmen können.

Strafbarkeit von A, B und C? Die §§ 243, 244, 244a StGB sowie Straftaten des 21. Abschnitts des StGB sind nicht zu prüfen. Etwaige erforderliche Strafanträge sind gestellt.

### Lösungshinweise

Die Lösungshinweise sind sehr ausführlich und umfassen teilweise auch Aspekte, die bei einer guten Schwerpunktsetzung nicht zwingend angesprochen werden müssen. Bei der Korrektur ist deshalb zu berücksichtigen, dass eine mit diesen Hinweisen übereinstimmende Lösung in 120 Minuten nicht erwartet werden kann. Die eigentlichen Schwerpunkte liegen ersichtlich im ersten Tatkomplex auf der Prüfung des § 212 I durch Unterlassen (als Versuch), im zweiten Tatkomplex auf der Prüfung der Beteiligungsformen und des Rücktritts des A hinsichtlich der (versuchten) Diebstähle von BMW und Audi. Alle übrigen Delikte sind Beiwerk, welche bei richtiger Prüfung zu honorieren sind, bei Fehlen aber einer guten Klausurbearbeitung nicht entgegenstehen. Im Einzelnen überlasse ich die Gewichtung Ihnen und Ihrer Korrekturerfahrung.

#### **1. Tatkomplex – der Tod der M<sup>1</sup>**

##### A. Strafbarkeit des A gem. §§ 212 I, 13 I StGB wegen Nichthandeln am 01.07.

Indem A am 01.07.2019 trotz Erkennens der Lebensgefahr für M keine ärztliche Hilfe holte, könnte er sich wegen Totschlags durch Unterlassen gem. §§ 212 I, 13 I StGB strafbar gemacht haben.

*Für das Vorliegen von Mordmerkmalen enthält der Sachverhalt keine Anhaltspunkte.*

##### I. Tatbestand

###### 1. Objektiver Tatbestand

Hierfür müsste A den Tod der M durch die Nichtvornahme einer ihm möglichen und geeigneten Rettungshandlung quasikausal verursacht haben, obwohl er zur Abwendung des Todes der M rechtlich verpflichtet gewesen wäre.

###### a. Taterfolg

M ist am 02.07.2019 verstorben.

###### b. Nichthandlung

A unterließ es, ärztliche Hilfe herbeizurufen, obwohl ihm dies möglich gewesen wäre. Ein Arzt wäre in einer solchen Situation zumindest abstrakt gegebenenfalls in der Lage gewesen, eine Person in der Lage der M noch zu retten, weshalb diese Rettungshandlung auch geeignet gewesen wäre.

<sup>1</sup> Angelehnt an BGH JuS 2018, 179; NStZ 2018, 34.

Wenn an dieser Stelle, angeknüpft an das Merkmal der Geeignetheit der Rettungshandlung, bereits problematisiert wird, dass die M im konkreten Fall ohnehin nicht mehr zu retten gewesen wäre und deshalb die Rettungshandlung nicht konkret geeignet war, ist das nicht negativ zu bewerten.

#### c. Quasikausalität

Das Nichthandeln des A müsste aber für den Tod der M auch quasikausal gewesen sein. Das ist der Fall, wenn der Tod bei Herbeirufen ärztlicher Hilfe durch den A am 01.07. mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit entfallen wäre oder die Vornahme der Rettungshandlung das Risiko des Erfolgeintritts wenigstens gemindert hätte.

Am 01.07. war der Tod der M nicht mehr zu verhindern. Das Herbeirufen ärztlicher Hilfe hätte auch nicht einmal mehr das Risiko des Todes der M mindern können, sodass das Unterlassen des A nicht quasikausal für den Tod der M war.

2. A hat die Tatbestandsmerkmale der §§ 212 I, 13 I StGB nicht verwirklicht.

#### II. Ergebnis

A hat sich nicht gem. §§ 212 I, 13 I StGB strafbar gemacht.

#### B. Strafbarkeit des A gem. §§ 212 I, 22, 23 I, 13 I StGB wegen Nichthandelns am 01.07.

Indem A am 01.07.2019 trotz Erkennens der Lebensgefahr für M keine ärztliche Hilfe holte, könnte er sich wegen versuchten Totschlags durch Unterlassen gem. §§ 212 I, 22, 23 I, 13 I StGB strafbar gemacht haben.

#### 0. Vorprüfung

Der Tod der M beruht nicht (quasi-)kausal auf der unterlassenen Rettung durch A am 01.07., weshalb eine (vorsätzliche) Vollendungsstrafbarkeit ausscheidet. Der Versuch eines Totschlags ist gem. §§ 23 I, 12 I, 212 I StGB strafbar.

#### I. Tatbestand

##### 1. Tatentschluss

A müsste dazu entschlossen gewesen sein, den Tod der M durch die Nichtvornahme einer ihm möglichen und geeigneten Rettungshandlung quasikausal zu verursachen, obwohl er zur Abwendung des Todes der M rechtlich verpflichtet gewesen wäre.

##### a. Taterfolg, Nichthandlung und Quasikausalität

A erkannte die Möglichkeit des Todes der M und nahm diesen ebenso wie die Nichthilfe durch V billigend in Kauf, handelte hinsichtlich des Taterfolgs also mit *dolus eventualis*. Ebenso war er dazu entschlossen, das geeignete und ihm mögliche Herbeiholen fremder Hilfe zu unterlassen. In der Vorstellung des A hätte das Herbeiholen ärztlicher Hilfe am 01.07. den Tod der M auch noch verhindert, weshalb er auch zur quasikausalen Verursachung des Todes der M entschlossen war (im Sinne eines untauglichen Versuchs). Dass daneben auch der V seiner Pflicht, Hilfe zu holen, nicht nachkam, ändert an der (Quasi-) Kausalität des Unterlassens des A nichts, da keine der beiden unterlassenen Rettungshandlungen hinzugedacht werden könnte, ohne dass der Erfolg entfiel.

#### b. Objektive Zurechnung

A müsste auch den Vorsatz gehabt haben, dass ihm der Tod der M objektiv zugerechnet werden kann. Das ist dann der Fall, wenn A nach seiner Vorstellung durch sein Nichthandeln ein rechtlich missbilligtes Risiko geschaffen bzw. nicht beseitigt hat und sich dieses Risiko im Tod der M realisiert hat.

Die Zurechnung ist vorliegend fraglich, weil M ihre Hilflosigkeit durch ihre Absprache mit V, den A nicht in die Pflege einzubeziehen, selbst verursacht hat. Die Zurechnung könnte also aufgrund einer eigenverantwortlichen Selbstgefährdung durch M unterbrochen sein.

Dabei ist kein Grund ersichtlich, der die Freiheit des Willensentschlusses des M zu dieser Gefährdung und damit ihre Freiverantwortlichkeit ausschließen könnte. Auch hatte sie in dem Sinne die „Gefährdungsherrschaft“ inne, als dass sie noch normal kommunizieren konnte und den A somit ohne Weiteres hätte bitten können, bei ihrer Pflege zu helfen. Folglich ist von einer eigenverantwortlichen Selbstgefährdung auszugehen.

Die Lösung folgt hier dem BGH<sup>2</sup>, der anscheinend zunächst von einer eigenverantwortlichen Selbstgefährdung ausgeht und in Fällen wie dem vorliegenden die Zurechnung dennoch bejaht. Es ist mindestens ebenso gut vertretbar, die eigenverantwortliche Selbstgefährdung an sich mit knapper Begründung zu verneinen, da nichts dafür spricht, dass M bei der Absprache mit V eine konkrete Lebensgefahr in ihr Bewusstsein aufgenommen hat.<sup>3</sup>

Fraglich ist jedoch, ob die Zurechnung allein deshalb entfällt. Grundsätzlich ist jemand, der eine eigenverantwortliche Selbstgefährdung veranlasst, ermöglicht oder fördert, auch dann nicht strafbar, wenn sich gerade das vom Opfer mit der Gefährdung eingegangene Risiko im Verletzungs- oder Todeserfolg realisiert.<sup>4</sup>

<sup>2</sup> BGH NStZ 2017, 219, 221 f.

<sup>3</sup> So Jäger, NStZ 2017, 219, 223.

<sup>4</sup> BGH NJW 1984, 1469.

Daran könnte man jedoch zweifeln, wenn der Täter (wie gegebenenfalls hier) Garant für das betroffene Rechtsgut ist, sich die Gefährdungslage ohne Zutun des Opfers verschlimmert und dieses sich mit dieser erhöhten Gefahr sowie der Realisierung des Risikos nicht abfinden will.<sup>5</sup> Gegen einen Ausschluss der Zurechnung spricht dann, dass das Opfer das Rechtsgut gerade nur in dem von ihm zutreffend erkannten Umfang einem Risiko aussetzen möchte. Auf Maßnahmen zum Erhalt des nun wesentlich stärker gefährdeten Rechtsguts hat es nicht verzichtet. Somit trifft einen Garanten für das bedrohte Rechtsgut mit Eintritt dieser besonderen Gefahrenlage die Pflicht, den Erfolg abzuwenden, und eine Zurechnung ist nicht ausgeschlossen. Seit der Einstellung der Versorgung durch V ist eine akut erhöhte Gefahrenlage für M eingetreten, indem sich ihr Zustand stetig verschlechterte. A wusste auch, dass M nicht sterben und sich mit ihrem Zustand nicht abfinden wollte. Sofern A also als Garant das Leben der M zu schützen haben sollte, so hätte er trotz zunächst freiwilliger Gefährdung desselben durch M gleichwohl dafür einzustehen, dass M nicht stirbt.<sup>6</sup> Der Tod der M ist A folglich – vorbehaltlich einer Garantenpflicht des A – auch objektiv zuzurechnen.

#### c. Garantenpflicht/Rechtspflicht zum Handeln

A müsste nach seiner Vorstellung auch dazu verpflichtet gewesen sein, den Tod der M abzuwenden.

##### aa. Garantenstellung

Dafür ist zunächst erforderlich, dass A nach seiner Vorstellung generell eine Garantenstellung für Leib und Leben der M innehatte. In Betracht kommt hier eine Beschützergarantenstellung kraft familiärer Verbundenheit. Fraglich ist, unter welchen Voraussetzungen eine Garantenstellung von Kindern gegenüber ihren Eltern angenommen werden kann.

##### i. Formales Eltern-Kind-Verhältnis genügt

Nach einer Ansicht bedarf es unter Verweis auf die in §§ 1601, 1618a BGB normierten Pflichten zur Begründung einer Garantenstellung des Kindes gegenüber den Eltern keiner weiteren Anforderungen. So sei weder eine häusliche Gemeinschaft noch sonst das Bestehen einer materiellen Verbundenheit zwischen Elternteil und Kind zu fordern.

Demnach ist eine generelle Garantenstellung des A gegenüber seiner Mutter anzunehmen, bezüglich derer A auch Vorsatz hatte.

##### ii. Keine Garantenstellung aus familiärer Verbundenheit von Kindern gegenüber ihren Eltern

<sup>5</sup> Vgl. im Weiteren BGH NSTZ 2017, 219, 221 f.

<sup>6</sup> Ähnlich Bönnte, RÜ 2018, 28; vgl. auch Rengier, Strafrecht BT II, 20. Aufl. 2019, § 8 Rn. 27.

Die Gegenauffassung hält § 1618a BGB für einen „bloßen Programmsatz“.<sup>7</sup> Anders als Eltern gegenüber Kindern seien diese im Gegenzug nicht von vornherein für „Wohl und Wehe“ ihrer Eltern verantwortlich und es bestehe kein derartiges Abhängigkeitsverhältnis,<sup>8</sup> weshalb eine Garantenstellung der Kinder gegenüber ihren Eltern nur auf andere Gründe, etwa Ingerenz oder faktische Übernahme durch tatsächliche Ausübung der Pflege der Eltern, gestützt werden könne.

Vorliegend kommt A zwar zwei bis drei Mal die Woche zu Besuch, ist jedoch nicht in die Pflege eingebunden. Eine Garantenstellung aus faktischer Übernahme oder anderen Gründen ist somit nicht ersichtlich, weshalb nach dieser Ansicht eine Garantenstellung des A ausscheidet.

### iii. Garantenstellung aus familiärer Verbundenheit unter zusätzlichen materiellen Voraussetzungen

Eine vermittelnde Auffassung hält aufgrund des § 1618a BGB eine Garantenstellung von Kindern gegenüber ihren Eltern generell für möglich, stellt daran aber noch zusätzliche materielle Anforderungen. Damit soll insbesondere in Fällen, in denen das Familienverhältnis faktisch nicht gelebt wird bzw. zerrüttet ist, keine Garantenstellung der Kinder angenommen werden. Dann sei nämlich schon für den objektiven Betrachter nicht davon auszugehen, dass der eine für den anderen einstehe. Zudem sei auch im Rahmen des § 1618a BGB der Gehalt der geschuldeten familiären Solidarität nicht einheitlich, sondern anhand der Umstände des Einzelfalles zu bestimmen.<sup>9</sup> Zusätzliche Voraussetzung ist demnach, dass die familiäre Beziehung in materieller Hinsicht so ausgestaltet ist, dass auch im konkreten Verhältnis zwischen A und M damit gerechnet werden durfte, dass A die M vor Schädigungen für Leib und Leben bewahren sollte.

Dabei stellt sich zunächst die Frage, ob diese Voraussetzungen im Verhältnis Kind-Eltern nur vorliegen, wenn beide in einer häuslichen Gemeinschaft zusammenleben. A ist nämlich vor wenigen Jahren ausgezogen und lebt zwar noch im selben Haus, aber in einer eigenen Wohnung und somit nicht mehr im selben Haushalt, weshalb dann eine Garantenstellung des A zu verneinen wäre.

Dagegen spricht jedoch, dass es nur wenig engere Verwandtschaftsverhältnisse als das zwischen Kindern und Eltern gibt und dieses von gegenseitiger Fürsorge geprägt ist, weshalb auch nach Beendigung einer häuslichen Gemeinschaft unter Umständen davon ausgegangen werden kann, dass der eine den anderen vor Gefahren für Leib oder Leben schützen würde. Je enger das formale Band zwischen den Betroffenen, desto geringer sind auch die Anforderungen an das materiell gelebte Fürsorgeverhältnis zu halten.<sup>10</sup> Außerdem können auch bei einer

<sup>7</sup> MüKoStGB, 3. Aufl. 2017, Freund, § 13 Rn. 177; Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, 5. Aufl. 2017, Gaede, § 13 Rn. 61; Jäger, JA 2018, 72, 74.

<sup>8</sup> Kühl, Strafrecht AT, 8. Aufl. 2017, § 18 Rn. 55.

<sup>9</sup> BGH NSTz 2018, 34, 35.

<sup>10</sup> So Rengier, Strafrecht AT, 10. Auflage 2018, § 50 Rn. 12.

formal bestehenden häuslichen Gemeinschaft das Vertrauensverhältnis und die gegenseitige Fürsorge geringer ausgestaltet sein als ohne häusliche Gemeinschaft.

Angesichts dessen ist hier eine Garantenstellung des A gegenüber der M jedenfalls nicht bereits mit dem Argument abzulehnen, dass beide nicht mehr in einer häuslichen Gemeinschaft leben.<sup>11</sup> Im Ergebnis ist deshalb stets eine Einzelfallbetrachtung notwendig, welche neben der formalen Enge der Beziehung unter anderem auch Alter, Gesundheitszustand, die Lebensumstände sowie das Zusammenleben bzw. den Kontakt zwischen den Betroffenen in den Blick zu nehmen hat.<sup>12</sup>

Vorliegend sprechen neben der engen formalen Beziehung zwischen A und M auch das fortgeschrittene Alter der M sowie deren Angewiesenheit auf fremde Hilfe aufgrund ihrer Erkrankung für eine Garantenstellung des A. In einem Zustand äußerlich erkennbarer Lebensgefahr liegt denn auch die Annahme einer Garantenstellung noch sehr viel näher als bei einem gesunden Menschen. Darüber hinaus ist die Beziehung zwischen A und M auch in räumlicher und persönlicher Hinsicht von einer besonderen Nähe geprägt. Zwar wohnt A nicht mehr in der elterlichen Wohnung. Gleichwohl wohnt er im selben Wohnhaus und damit in unmittelbarer räumlicher Nähe, welche ein Eingreifen in Notfällen für Leib oder Leben nahelegt. Dazu kommt, dass A die M zwei bis drei Mal wöchentlich besucht und sich folglich auch um ihr Wohlergehen sorgt. Anzeichen dafür, dass das Eltern-Kind-Verhältnis zerrüttet sein könnte, sind nicht ersichtlich. Angesichts dessen ist von einem auch in materieller Hinsicht bestehenden Vertrauensverhältnis auszugehen, welches die gegenseitige Erwartung begründet, dass der eine für den anderen bei ernststen Gefahren für Leib oder Leben Hilfe leistet.

Mithin würde auch diese Ansicht eine Garantenstellung des A bejahen.

#### iv. Streitentscheid

Für die restriktive Ansicht spricht, dass der Gesetzgeber an die Verletzung des § 1618a BGB keine Rechtsfolge geknüpft hat und diese Vorschrift nach der Rechtsprechung des BVerfG primär zur Lückenfüllung im Familienrecht dient.<sup>13</sup> Andererseits hat der Gesetzgeber mit dieser Vorschrift ein Leitbild erstellt, welches das Verhältnis zwischen Kind und Eltern beschreibt. Dieses Leitbild kann im Strafrecht nicht anders aussehen als im Familienrecht, weshalb es gerechtfertigt erscheint, die Vorschrift als Wertemaßstab des Gesetzgebers unter anderem auch bei der Begründung und Konkretisierung von strafrechtlichen Garantenstellungen heranzuziehen.<sup>14</sup> Dafür spricht auch, dass Eltern zwar zunächst nicht konstitutionell abhängig von ihren Kindern sind, gleichwohl eine elementare Verbundenheit besteht. Zwar ist der restriktiven Ansicht zuzugestehen, dass sich das Familienbild mittlerweile weg von der allseits von gegenseitiger Hilfe geprägten und unter einem Dach lebenden Großfamilie wegbewegt hat, in der

<sup>11</sup> Vgl. auch BGH NStZ 2018, 34, 35; Kühl, Strafrecht AT, 8. Auflage 2017, § 18 Rn. 55.

<sup>12</sup> BGH NStZ 2018, 34, 35.

<sup>13</sup> Jäger, JA 2018, 72, 74.

<sup>14</sup> BGH NStZ 2017, 401; NStZ 2018, 34; vgl. zum Streitstand Kühl, Strafrecht AT, 8. Auflage 2017, § 18 Rn. 54 f.



Kinder den Eltern noch erheblich weiter verpflichtet waren. Gleichwohl gibt es kaum engere Verwandtschaftsverhältnisse als das zwischen Kind und Eltern. Würde man selbst in diesem Verhältnis eine Garantenstellung kategorisch ausschließen, wäre die Begründung von Garantenstellungen kraft familiärer Verbundenheit kaum noch möglich. Vor allem sobald die Eltern wie hier älter und gegebenenfalls pflegebedürftig werden, zeigt sich auch die Vergleichbarkeit zur Grundkonstellation Eltern – minderjähriges Kind, in welcher allgemein von einer Garantenstellung der Eltern ausgegangen wird. In formeller Hinsicht ist das Verwandtschaftsverhältnis demnach eng genug, dass es eine gegenseitige Obhutspflicht rechtfertigen kann. Schließlich würde mit der vermittelnden Ansicht auch nicht ausschließlich auf die Vorschrift des § 1618a BGB verwiesen und an diesen vermeintlich ungewollte Rechtsfolgen geknüpft, sondern daneben auch nicht unwesentlich auf ein materiell gelebtes Verwandtschaftsverhältnis abgestellt.

Die restriktive Ansicht überzeugt deshalb nicht. Nach alledem war A grundsätzlich auch in seiner Vorstellung verpflichtet, zumindest das Leben betreffende Gefahren von M abzuwenden (*a.A. mit entsprechender Begründung – Fehlen einer häuslichen Gemeinschaft, A ist volljährig und hat sich wohl ein eigenes Leben aufgebaut – vertretbar*).

#### bb. Konkrete Garantenpflicht

Problematisch ist allerdings, dass nicht nur A Garant für das Leben der M ist, sondern auch der V als Ehemann in einer auch faktisch gelebten ehelichen Lebensgemeinschaft. Dieser war auch nach der innerfamiliären Rollenverteilung mit der Pflege der M betraut. Vor diesem Hintergrund ist fraglich, ob A nach den von seinem Vorsatz umfassten Tatumständen auch konkret verpflichtet war, Rettungshandlungen zugunsten der M vorzunehmen, oder ob er sich vielmehr auf den V hätte verlassen dürfen.

Einerseits war die Obhutspflicht des A aufgrund der innerfamiliären Rollenverteilung im Verhältnis zu jener des V grundsätzlich nachrangig. Der A wurde von M und V bewusst nicht über die Erkrankung der M informiert, d.h. die faktische Verantwortung für Pflege und Versorgung lag aufgrund der einverständlichen Entscheidung von M und V im primären Verantwortungsbereich des in derselben Wohnung wie M wohnenden V.<sup>15</sup> Andererseits ändert dies zunächst einmal nichts an der gleichwohl fortbestehenden formellen und materiellen Nähebeziehung zwischen A und M. Bei mehreren Garanten sind grundsätzlich beide nebeneinander zur Abwendung des Erfolgs verpflichtet.<sup>16</sup> Ein Garant darf sich zwar zur Erfüllung seiner Pflichten auch der Hilfe Dritter bzw. eines anderen Garanten bedienen. Dies befreit ihn von seiner Pflicht selbst einzugreifen jedoch nur, solange der Dritte/andere Garant der Absprache nachkommt. Hier war V aufgrund seiner Demenz objektiv nicht mehr in der Lage, die Situation der M zutreffend einzuschätzen und ihr die nötige Hilfe zukommen zu lassen. Die Demenz des V

<sup>15</sup> BGH NSTZ 2018, 34, 35.

<sup>16</sup> Eisele, JuS 2018, 179, 180.

wurde jedoch von A nicht erkannt, sodass er zunächst davon ausgehen durfte, dass V noch willens und in der Lage war, die M zu versorgen. Am 01.07. erkannte A aber nicht nur die lebensbedrohliche Lage der M, sondern auch die mangelhafte Pflege durch V.

Nun könnte man argumentieren, dass nach dem Vorstellungsbild des A, welcher von der Demenz des V nichts weiß, dieser immer noch zu einer hinreichenden Pflege der M in der Lage gewesen sei. Aufgrund der ebenfalls fortbestehenden Garantenpflicht des V sei dessen Einstandspflicht gegenüber der des A immer noch vorrangig und A habe davon ausgehen dürfen, dass V seinen Pflichten schon rechtzeitig wieder nachkommen würde.

Damit würde aber im Ergebnis allein die in As Vorstellung fortbestehende Garantenstellung des V ausreichen, um eine Einstandspflicht des A abzulehnen. Dass A erkannte, dass V die M aus welchen Gründen auch immer zumindest faktisch nicht mehr hinreichend versorgte, bliebe dann unberücksichtigt. Es wäre aber wenig überzeugend, einen Garanten, der nicht nur die Gefahr für das von ihm zu schützende Rechtsgut, sondern auch die unzureichende Hilfe durch einen vorrangig Verpflichteten erkennt, gleichwohl von der Erfüllung seiner fortbestehenden Garantenstellung freizustellen. Mit dem Erkennen der unzureichenden Hilfe durch den V lebte also die subsidiäre Handlungspflicht des A wieder auf.<sup>17</sup>

A.A. vertretbar. Es kommt hauptsächlich darauf an, dass die Studierenden sich neben den „normalen“ Voraussetzungen für das Vorliegen einer Garantenstellung auch mit den Auswirkungen eines daneben ebenfalls verpflichteten Garanten argumentativ auseinandersetzen. Der BGH scheint in dieser Hinsicht wohl zu verlangen, dass A für die Annahme einer vom Vorsatz umfassten Garantenpflicht auch von der demenzbedingt eingeschränkten Einschätzungs- und Hilfeleistungsfähigkeit des V wissen müsse.<sup>18</sup>

In diesem Zusammenhang könnte man sich schließlich auch noch die Frage stellen, ob A nach seiner Vorstellung Täter oder Teilnehmer ist. Legt man sein Vorstellungsbild zugrunde, so weiß er nichts von der Demenz des V, erkennt aber den schlechten Pflegezustand und nimmt überdies in Kauf, dass V wie er der M nicht helfen würde. Davon ausgehend wäre der V aus As Sicht ebenfalls wegen Totschlags durch Unterlassen strafbar. Träfe dies zu, so wären A und V mangels gemeinsamen Tatentschlusses zwar keine Mittäter gem. § 25 II StGB. Dennoch wären beide nebeneinander als Beschützergaranten selbstständig für den Schutz des Lebens der M verantwortlich. Dass – zumindest nach der A nicht bekannten internen Absprache – V primär für die Pflege der M zuständig war, ändert daran nichts. Insbesondere macht dies A nicht zum bloßen Gehilfen einer etwaigen Tat des V. Folglich wären sie als Nebentäter einzustufen.<sup>19</sup>

<sup>17</sup> Vgl. auch Jäger, JA 2018, 72, 74.

<sup>18</sup> BGH NStZ 2018, 34, 35 f; in die hier geäußerte Richtung spricht sich auch Kudlich in seiner Urteilsanmerkung aus der NStZ 2018, 34, 37.

<sup>19</sup> Vgl. Rengier, Strafrecht AT, 10. Aufl. 2018, § 51 Rn. 1 f.

Solche Ausführungen zum „gedachten“ Beteiligungsverhältnis zwischen A und V werden nicht verlangt. Im Übrigen wäre es verfehlt, hier den Streitstand zur Abgrenzung zwischen Täterschaft durch Unterlassen und Teilnahme durch Unterlassen an einem aktiven Begehungsdelikt darzustellen, da hier sowohl A als auch V nur Unterlassungstäter sein können. Auch eine Abgrenzung zwischen Täterschaft und Teilnahme bei A aufgrund der allgemeinen Grundsätze wäre wenig zielführend, da A und V im Ergebnis die gleiche Rolle einnehmen und die interne Absprache an der (Quasi-)Tatherrschaft des A nichts ändert, da es ihm gleichwohl ohne Weiteres möglich gewesen wäre, die nötige Hilfe zu leisten.

cc. Hilfeverzicht

*BearbeiterInnen, die die objektive Zurechnung erst nach der Garantenpflicht prüfen, können an dieser Stelle die oben unter dem Stichwort der eigenverantwortlichen Selbstgefährdung angesprochene Frage, ob die M durch die Absprache mit V, dem A nichts von ihrer Erkrankung zu erzählen, freiverantwortlich auf Hilfe verzichtet hat, beantworten. Auch der BGH spricht die Selbstgefährdung regelmäßig erst nach Feststellung der Garantenstellung an. Die Erwägungen dürften dieselben wie oben sein, weshalb hierauf verwiesen wird.*

cc. Zwischenergebnis

Nach den Vorstellungen des A war dieser also rechtlich verpflichtet, Hilfe für M zu holen.

d. Entsprechungsklausel

Bei einem Totschlag als reinem Erfolgsdelikt entspricht die Verursachung des Erfolges durch Unterlassen ohne Weiteres auch dem Unrecht einer Verursachung durch aktives Tun, § 13 I StGB.

e. Zwischenergebnis

A war mithin zur Begehung eines Totschlags durch Unterlassen entschlossen.

2. Unmittelbares Ansetzen, § 22 StGB

Indem A bis zum Eintritt des Todes der M nicht handelte und somit auch die letzte Rettungsmöglichkeit verstreichen ließ, hat er nach allen Ansichten unmittelbar zur Tatbestandsverwirklichung im Sinne des § 22 StGB angesetzt.

Es ist nicht negativ zu bewerten, wenn BearbeiterInnen an dieser Stelle den Meinungsstand kurz skizzieren. Dies sollte jedoch in der gebotenen Kürze geschehen und keinesfalls mit einem langen Streitentscheid enden. Werden hier lange Ausführungen gemacht, ist die Schwerpunktsetzung fehlerhaft.

## II. Rechtswidrigkeit, Schuld, Rücktritt

Die Tat war rechtswidrig und schuldhaft. Es gibt auch keine Anzeichen für einen strafbefreienden Rücktritt gem. § 24 I 2 StGB.

## III. Ergebnis

A hat sich wegen eines Totschlags durch Unterlassen gem. §§ 212 I, 22, 23 I, 13 I StGB strafbar gemacht.

### C. Strafbarkeit des A gem. § 221 I Nr. 2, II Nr. 2, III StGB wegen Nichthandelns am 01.07.

Indem A am 01.07.2019 trotz Erkennens der Lebensgefahr für M keine ärztliche Hilfe holte, könnte er sich wegen Aussetzung gem. §§ 221 I Nr. 2, II Nr. 2, III StGB strafbar gemacht haben. So befand sich die M in einer hilflosen Lage und A war als Garant nach hier vertretener Auffassung zum Beistand im Sinne des § 221 I Nr. 2 StGB verpflichtet. Voraussetzung für eine Strafbarkeit wäre allerdings, dass A durch sein im Unterlassen des Hilfeholens liegendes Im-Stich-Lassen eine konkrete Gefahr des Todes oder einer schweren Gesundheitsschädigung verursacht hätte. Der Begriff der schweren Gesundheitsschädigung ist dabei weiter zu verstehen als § 226 StGB und umfasst z.B. auch Fälle, in denen das Opfer in eine ernste langwierige Krankheit verfällt oder seine Arbeitskraft erheblich beeinträchtigt wird.<sup>20</sup>

M befand sich zu dem Zeitpunkt, zu welchem A die hilflose Lage der M erst bemerkte, bereits in konkreter Lebensgefahr, sodass das Im-Stich-Lassen am 01.07. nicht ursächlich für diese Gefahr war. Zwar kann auch eine Steigerung der Gefahr für den Erfolg des § 221 I StGB ausreichen, gleichwohl war M bereits beim Besuch des A unrettbar verloren, weshalb das Nicht-handeln des A für eine solche Steigerung nach seinem Besuch nicht quasikausal war. Schließlich lag auch die ernste langwierige Krankheit der M im Sinne einer schweren Gesundheitsschädigung bereits am 01.07. vor und eine Steigerung konnte zu diesem Zeitpunkt nicht mehr verhindert werden, weshalb dasselbe auch für die Gefahr einer schweren Gesundheitsschädigung gilt.

Somit liegt keine kausale Verursachung der konkreten Gefahrenlage vor, weshalb bereits der Grundtatbestand des § 221 I Nr. 2 StGB nicht erfüllt ist. A hat sich nicht gem. § 221 I Nr. 2, II Nr. 2, III StGB strafbar gemacht. Der Versuch einer erfolgsqualifizierten Aussetzung (*mangels quasikausaler Erfolgsverursachung scheidet ein erfolgsqualifizierter Versuch von vornherein aus*) gem. §§ 221 I Nr. 2, II Nr. 2, III, 22, 23 I StGB ist aufgrund der Verbrechenstatbestände in § 221 II Nr. 2 und III StGB gem. § 23 I strafbar und liegt nach dem Gesagten ohne Weiteres vor, da A denkt, den Tod der M zu verursachen, tritt aber nach der wohl h.M. hinter den versuchten

---

<sup>20</sup> RegE, BT-Drs. 13/8587, 27 f., 35.

Totschlag durch Unterlassen zurück, da bei Tateinheit das Unrecht der Lebensgefährdung und der Verletzung einer persönlichen Beziehung doppelt veranschlagt werden würde.<sup>21</sup>

Eine ausführliche Prüfung der Aussetzung war hier, insbesondere vor dem Hintergrund, dass diese nach wohl h.M. auch hinter den nur versuchten Totschlag zurücktritt,<sup>22</sup> nicht verlangt. Selbiges gilt gleichfalls für § 323c StGB, der ebenfalls zurücktritt. Bei § 323c StGB stellt sich im Übrigen bereits die Frage, ob in der Erkrankung der M ein Unglücksfall gesehen werden kann, da dies ein plötzliches Ereignis voraussetzt. Man müsste den Sachverhalt so lesen, dass beim Besuch des A die Krankheit eine plötzliche, sich rasch verschlimmernde Wendung genommen hatte, was hier vertretbar in der nunmehr vorliegenden Erkennbarkeit der Lebensgefahr gesehen werden könnte – wobei dies streng genommen nur eine Folge des schleichenden Krankheitsverlaufes ist. Die Hilfe des A wäre dann aus ex-ante Sicht wohl auch erforderlich, da nicht ersichtlich ist, dass A die Möglichkeit der Rettung der M aus reinem Unverstand annimmt.

D. Strafbarkeit des A gem. §§ 223 I, 224 I Nr. 4, Nr. 5, 13 I StGB wegen Nichthandeln am 01.07.  
Indem A am 01.07.2019 trotz Erkennens der Lebensgefahr für M keine ärztliche Hilfe holte, könnte er sich wegen einer gefährlichen Körperverletzung durch Unterlassen gem. §§ 223 I, 224 I Nr. 4, Nr. 5, 13 I StGB strafbar gemacht haben.

## I. Tatbestand

### 1. Grundtatbestand § 223 I StGB

#### a. Erfolg, Nichthandlung, Quasikausalität

Dafür müsste seitens der M eine körperliche Misshandlung oder eine Gesundheitsschädigung eingetreten sein.

Eine körperliche Misshandlung sowie eine Gesundheitsschädigung liegt ohne Weiteres in der Verschlechterung des Zustandes der M nach dem Besuch des A am 01.07. bis hin zu ihrem Tod. Bezüglich der todesursächlichen Verletzungen war das Nichthandeln des A jedoch, wie bereits erläutert, nicht quasikausal. Fraglich ist also, ob auch das bloße Belassen der M in ihrem Zustand vom 01.07., ungeachtet ihres späteren Todes, diese Tatbestandsmerkmale erfüllt.

Eine körperliche Misshandlung ist jede üble, unangemessene Behandlung, durch die das körperliche Wohlbefinden mehr als nur unerheblich beeinträchtigt wird. Eine Gesundheitsschädigung liegt in jedem Hervorrufen oder Steigern eines pathologischen Zustandes.

<sup>21</sup> MüKoStGB, 3. Aufl. 2017, Hardtung, § 221 Rn. 51.

<sup>22</sup> Str.; BGH NSTZ 2017, 90; Fischer, 66. Aufl. 2019, § 221 Rn. 28.

Die M litt am 01.07. unter verschiedenen Krankheitsbildern, insbesondere einer akuten Unterernährung und einer Lungenentzündung. Diese stellen vom Normalzustand abweichende pathologische Zustände dar. Ebenso verursachen sie körperliche Schmerzen und beeinträchtigen somit das körperliche Wohlbefinden nicht unerheblich. Durch das Unterlassen des A, Hilfe zu holen, wurde dieser Zustand zwar nicht erst hervorgerufen. Auch ist aus dem Sachverhalt nicht ersichtlich, dass es nach dem Besuch des A zu einer Steigerung des Leidens der M gekommen ist, welches A hätte verhindern können (*auch wenn eine Intensivierung des Leidens angesichts des später eingetretenen Todes nicht lebensfern erscheint und deshalb schon mit diesem Argument eine Körperverletzung bejaht werden kann, sofern man davon ausgeht, dass eine Intensivierung noch hätte verhindert werden können*). Jedenfalls aber hätte die M bei der gebotenen medizinischen Hilfe Schmerzmittel und andere Medikamente erhalten können, welche ihr das Leiden hätten erträglicher machen können. Indem das Belassen in diesem erbärmlichen Zustand zu einer Verlängerung der Schmerzen und Leiden führte, liegt mithin zumindest darin eine körperliche Misshandlung sowie eine Gesundheitsschädigung. Diese wäre mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit nicht eingetreten, wenn A Hilfe geholt hätte.

Folglich hat A die M durch das Nichtholen von medizinischer Hilfe quasikausal die körperliche Misshandlung und Gesundheitsschädigung der M verursacht.

#### b. Garantenpflicht, Entsprechungsklausel

Nach der hier vertretenen Ansicht war A zur Hilfeleistung als Garant verpflichtet. Das Unrecht des Unterlassens entspricht auch hier dem eines aktiven Tuns, § 13 I StGB.

#### 2. § 224 I Nr. 4, Nr. 5 StGB

Eine Strafbarkeit des A wegen gemeinschaftlicher Begehung gem. § 224 I Nr. 4 StGB scheidet hier daran, dass A (ebenso wie ggf. V) nur Unterlassungstäter ist und ein zusätzlicher unterlassender Garant das Gefährdungspotential für das Opfer nicht, wie von § 224 I Nr. 4 StGB vorausgesetzt, steigern kann.<sup>23</sup> Zudem würde eine gemeinschaftliche Begehung einverständliches Handeln von A und V voraussetzen, was hier nicht ersichtlich ist.

Jedoch ist das hilflose Belassen einer Person in solch einer Lage, insbesondere angesichts des später eingetretenen Todes der M, geeignet, ihr Leben zu gefährden. Der Eintritt einer konkreten Lebensgefahr – hinsichtlich derer das Nichthandeln des A nicht quasikausal gewesen wäre – ist angesichts des weiter gefassten Wortlauts und der Vergleichbarkeit mit den anderen Merkmalen des § 224 I StGB nicht erforderlich, weshalb eine lebensgefährdende Behandlung der M gem. § 224 I Nr. 5 StGB vorliegt.

---

<sup>23</sup> Schönke/Schröder, 30. Aufl. 2019, Sternberg-Lieben, § 224 Rn. 11b; MüKoStGB, 3. Aufl. 2017, Hardtung, § 224 Rn. 38.

### 3. Subjektiver Tatbestand

A handelte mit Wissen und Wollen und mithin vorsätzlich hinsichtlich des objektiven Tatbestands der §§ 223 I, 224 I Nr. 5 StGB.

#### II. Rechtswidrigkeit, Schuld, Ergebnis

Die Tat war rechtswidrig und schuldhaft, weshalb A sich wegen einer gefährlichen Körperverletzung durch Unterlassen gem. §§ 223 I, 224 I Nr. 5, 13 I StGB strafbar gemacht hat.

#### E. Strafbarkeit des A gem. §§ 222, 13 I StGB wegen Nichthandeln vor dem 01.07.

A könnte sich durch das Nichtholen ärztlicher Hilfe vor dem 01.07. wegen fahrlässiger Tötung durch Unterlassen gem. §§ 222, 13 I StGB strafbar gemacht haben.

#### I. Tatbestand

##### 1. Erfolg, Nichthandlung, Quasikausalität

M ist tot. A unterließ es, ärztliche Hilfe zu holen, obwohl ihm dies ohne Weiteres möglich gewesen wäre. Es ist auch davon auszugehen, dass M vor dem 01.07. noch mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit hätte gerettet werden können und das Unterlassen des A somit (quasi-)kausal für ihren Tod war.

##### 2. Objektive Sorgfaltspflichtverletzung bei objektiver Vorhersehbarkeit des Erfolges

Die Lebensgefahr der M war jedoch für Laien wie A vor dem 01.07. nicht erkennbar. Folglich hat A die von ihm in seiner sozialen Rolle im Verkehr erforderliche Sorgfalt vor dem 01.07. nicht außer Acht gelassen und mithin keine objektive Sorgfaltspflicht verletzt.

#### II. Ergebnis

A hat sich nicht gem. §§ 222, 13 I StGB strafbar gemacht.

Die Prüfung der fahrlässigen Tötung durch Unterlassen wird nicht verlangt. Die Darstellung erfolgt hier nur für den Fall, dass Studierende sie ansprechen.

## 2. Tatkomplex – die Autoschieberei<sup>24</sup>

### Strafbarkeit von B und C

#### A. Strafbarkeit von B und C gem. §§ 242 I 25 II StGB wegen des BMWs

Indem B und C den BMW öffneten und ihn zu A fuhren, damit dieser ihn über die Landesgrenzen verbringen würde, könnten sie sich wegen eines gemeinschaftlichen Diebstahls gem. §§ 242 I, 25 II StGB strafbar gemacht haben.

#### I. Tatbestand

##### 1. Objektiver Tatbestand

B und C könnten als Mittäter den objektiven Tatbestand des § 242 I StGB verwirklicht, d.h. eine fremde bewegliche Sache weggenommen haben.

##### a. Fremde bewegliche Sache

Der BMW, welcher nicht im Alleineigentum von B oder C steht und als Fahrzeug nach dessen Kurzschießen ohne Weiteres weggeschafft werden kann, ist eine fremde bewegliche Sache.

##### b. Wegnahme

Diese müssten B und C weggenommen haben.

Eine Wegnahme setzt den Bruch fremden und die Begründung neuen, nicht notwendigerweise tätereigenen Gewahrsams voraus. Gewahrsam ist dabei ein tatsächliches, von einem Herrschaftswillen getragenes Herrschaftsverhältnis, welches nach den Anschauungen des täglichen Lebens zu beurteilen ist.<sup>25</sup>

Der BMW stand geparkt am Straßenrand, ohne dass jemand anderes im Moment des Öffnens durch B und C die unmittelbare Sachherrschaft über ihn ausübte. Nach der allgemeinen Verkehrsauffassung wird die Zugriffsmöglichkeit und damit die Sachherrschaft an einem geparkten Kfz trotz fehlender unmittelbarer Sachherrschaft gleichwohl dem Fahrer des Fahrzeugs zugeordnet (*man könnte auch vertretbar auf den Halter abstellen*). Beim Abstellen seines Fahrzeugs gibt ein Fahrer folglich seinen Gewahrsam nicht völlig auf und es kommt nur zu einer Gewahrsamslockerung. Somit stand der BMW in fremdem Gewahrsam.

Diesen müssten B und C gebrochen haben.

Im Öffnen, Kurzschießen und Wegfahren des BMW ohne Einverständnis des bisherigen Gewahrsamsinhabers (Fahrer bzw. Halter) liegt ohne Weiteres ein Gewahrsamsbruch.

<sup>24</sup> Angelehnt an BGH NStZ 2018, 144.

<sup>25</sup> Lackner/Kühl, 29. Aufl. 2018, Kühl, § 242 Rn. 8a.



Jedoch hat nicht B bzw. C allein den BMW geöffnet, kurzgeschlossen und weggefahren. Das heißt keiner von beiden hat alle Tatbestandsmerkmale des § 242 I StGB eigenhändig verwirklicht. Die Tatbeiträge des jeweils anderen könnten ihnen jedoch gegenseitig zugerechnet werden, wenn sie Mittäter im Sinne des § 25 II StGB waren. Aufgrund ihres gemeinsamen Tatent schlusses und der gemeinsamen arbeitsteiligen Tatausführung liegen die Voraussetzungen der Mittäterschaft vor, sodass die Tatbeiträge gegenseitig zuzurechnen sind. Somit haben B und C den Gewahrsam gebrochen.

Mit dem Wegfahren durch B und C stand dem bisherigen Gewahrsamsinhaber darüber hinaus ein faktisches Hindernis an der Ausübung seines Gewahrsams entgegen. Hätte er den BMW zurückhaben wollen, hätte er nach der allgemeinen Verkehrsanschauung in die von B und C am BMW begründete Sachherrschaft eingreifen müssen. B und C haben mithin auch neuen Gewahrsam begründet.

Somit liegt eine vollendete Wegnahme vor und B und C haben den objektiven Tatbestand des Diebstahls gemeinschaftlich erfüllt.

## 2. Subjektiver Tatbestand

B und C handelten beide vorsätzlich. Darüber hinaus müssten sie mit der Absicht, sich den BMW rechtswidrig zuzueignen, gehandelt haben. Diese Zueignungsabsicht setzt die Absicht im Sinne eines dolus directus ersten Grades hinsichtlich einer zumindest vorübergehenden Aneignung der Sache sowie den mindestens bedingten Vorsatz hinsichtlich der dauerhaften Enteignung des bisherigen Berechtigten voraus.

B und C wollten den BMW außer Landes bringen und dort verkaufen. Bei diesem geplanten Verkauf würden sie über den BMW verfügen und sich damit eine eigentümerähnliche Stellung anmaßen. Folglich hatten sie die Absicht einer vorübergehenden Aneignung. Zudem nahmen sie dabei billigend in Kauf, dass der bisherige Eigentümer des BMW durch das Verbringen außer Landes seine Verfügungsgewalt über den BMW endgültig nicht mehr würde ausüben können und handelten so auch mit dolus eventualis bezüglich dessen dauerhafter Enteignung. Beide hatten folglich die erforderliche Zueignungsabsicht.

B und C hatten schließlich auch keinen Anspruch auf Übereignung oder Herausgabe des BMW und stellten sich einen solchen auch nicht irrtümlich vor, sodass die beabsichtigte Zueignung auch objektiv und subjektiv rechtswidrig war.

## II. Rechtswidrigkeit und Schuld

Die Tat war rechtswidrig und schuldhaft.

## III. Ergebnis

B und C haben sich wegen gemeinschaftlichen Diebstahls gem. §§ 242 I, 25 II StGB strafbar gemacht. Die daneben verwirklichten §§ 246 I, 248b I, 25 II StGB treten dahinter als formell subsidiär zurück.<sup>26</sup>

### B. Strafbarkeit von B und C gem. §§ 242 I, 25 II StGB wegen des Audis

Indem B und C den Audi öffneten, um ihn kurzzuschließen und außer Landes zu bringen, könnten sie sich wegen eines gemeinschaftlichen Diebstahls gem. §§ 242 I, 25 II StGB strafbar gemacht haben.

#### I. Tatbestand

Dafür müssten sie gemeinschaftlich eine fremde bewegliche Sache weggenommen haben. Der Audi ist eine für B und C fremde und durch die Möglichkeit des Kurzschließens wegschaffbare und damit bewegliche Sache. Er stand im fremden Gewahrsam des Fahrers (bzw. Halters). Fraglich ist allerdings, ob B und C zum Zeitpunkt ihrer Festnahme bereits neuen Gewahrsam am Audi begründet hatten. Voraussetzung dafür wäre, dass sie die Herrschaft über den Audi derart erlangt hätten, dass sie sie unbehindert durch den alten Gewahrsamsinhaber ausüben und dieser seinerseits über den Audi nicht mehr verfügen kann, ohne die Verfügungsgewalt von B und C zu beseitigen.<sup>27</sup>

Vorliegend hatten B und C den Audi bereits geöffnet. Sie saßen bereits im Auto, hatten die Kabel manipuliert und wollten es gerade kurzschließen. Das heißt, sie hatten nach der Verkehrsanschauung bereits eine Einwirkungsmöglichkeit auf den Audi begründet, die vorher nicht bestanden hatte. Zudem hätte der bisherige Gewahrsamsinhaber beide vor Ausübung der Sachherrschaft erst einmal aus seinem Auto bewegen müssen. Diese Umstände sprechen für die Annahme eines neuen Gewahrsams von B und C. Auf der anderen Seite aber konnten B und C mit dem Audi noch nicht losfahren, da sie ihn noch nicht kurzgeschlossen hatten. Wäre statt der Polizei im Moment der Festnahme der bisherige Gewahrsamsinhaber erschienen, hätten B und C somit nicht ohne Weiteres die Sachherrschaft über den Audi ohne Rücksicht auf den bisherigen Berechtigten ausüben können. Aufgrund der Tatsache, dass B und C für eine Nutzung des Autos dieses erst noch hätten starten müssen, der bisherige Berechtigte jedoch mit seinem Schlüssel ohne Weiteres hätte wegfahren können, ist nach der allgemeinen Verkehrsanschauung die Sachherrschaft noch nicht B und C, sondern dem bisherigen Gewahrsamsinhaber zuzuschreiben. Erst mit dem Losfahren hätten B und C die Sachherrschaft über

<sup>26</sup> § 248b StGB ist nach h.M. kein eigenhändiges Delikt, d.h. Mittäterschaft ist möglich, vgl. Schönke/Schröder, 30. Aufl. 2019, Bosch, § 248b Rn. 10.

<sup>27</sup> Lackner/Kühl, 29. Aufl. 2018, Kühl, § 242 Rn. 15.

den Audi ungehindert ausüben können und der bisherige Gewahrsamsinhaber auf den Audi nicht mehr einwirken können, ohne in die Sachherrschaft von B und C einzugreifen.<sup>28</sup> Folglich hatten B und C noch keinen neuen Gewahrsam begründet und die Wegnahme noch nicht vollendet.

## II. Ergebnis

B und C haben sich nicht gem. §§ 242 I, 25 II StGB strafbar gemacht.

Die Prüfung eines vollendeten Diebstahls ist nicht zwingend. Sofern Studierende gleich den versuchten Diebstahl prüfen, sollten sie aber in der Vorprüfung kurz die fehlende Vollendung begründen.

### C. Strafbarkeit von B und C gem. §§ 242 I, II, 22, 23 I, 25 II StGB wegen des Audis

Indem B und C den Audi öffneten, um ihn kurzzuschließen und außer Landes zu bringen, könnten sie sich wegen eines versuchten gemeinschaftlichen Diebstahls gem. §§ 242 I, II, 25 II StGB strafbar gemacht haben.

## 0. Vorprüfung

Der Diebstahl ist nicht vollendet. Der versuchte Diebstahl ist gem. §§ 23 I, 12 II, 242 II StGB strafbar.

## I. Tatbestand

### 1. Tatentschluss

B und C wollten den Audi aufgrund eines gemeinsamen Tatentschlusses und unter arbeitsteiliger Tatausführung, wie bereits den BMW, kurzschließen und außer Landes fahren und hatten folglich Tatentschluss zur Begehung eines gemeinschaftlichen Diebstahls gem. §§ 242 I, 25 II StGB.

### 2. Unmittelbares Ansetzen, § 22 StGB

Sie müssten darüber hinaus zur Tatbestandsverwirklichung unmittelbar angesetzt haben, § 22 StGB.

Grundsätzlich ist für ein unmittelbares Ansetzen Voraussetzung, dass der Täter nach seiner Vorstellung von der Tat die Schwelle zum „jetzt geht es los“ überschreitet und objektiv Handlungen vornimmt, die – nach seinem Tatplan – in ungestörtem Fortgang ohne wesentliche

<sup>28</sup> Fischer, 66. Aufl. 2019, § 242 Rn. 20; Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, 5. Aufl. 2017, Kindhäuser, § 242 Rn. 58; vgl. auch BGH NStZ 1982, 420.

Zwischenakte unmittelbar zur Tatbestandserfüllung führen oder in einem unmittelbaren räumlichen und zeitlichen Zusammenhang mit ihr stehen.<sup>29</sup>

Im Rahmen der Mittäterschaft stellt sich dabei jedoch die Frage, ob diese Voraussetzungen für den jeweils zu prüfenden Mittäter selbst vorliegen müssen, oder ob es genügt, wenn nur einer der Mittäter die Schwelle zum Versuchsstadium überschreitet.

a. „Einzellösung“

Nach einer Ansicht kann ein Mittäter nur wegen einer versuchten Tat bestraft werden, wenn er selbst die Schwelle des § 22 StGB überschritten hat oder zumindest im Versuchsstadium seinen Tatbeitrag erbracht hat.

aa. Unmittelbares Ansetzen durch B

B hat hier zusammen mit C den Audi geöffnet. Allein die damit gegebenenfalls verbundene Verwirklichung eines Regelbeispiels des § 243 StGB reicht jedoch nicht, um ein unmittelbares Ansetzen zum Diebstahl bejahen zu können. Es muss unmittelbar zur Wegnahme angesetzt worden sein. Über das Öffnen hinaus haben B und C aber auch bereits die Kabel manipuliert und waren dabei, das Auto kurzzuschließen. Unmittelbar im Anschluss wären sie losgefahren und hätten so die Wegnahme vollendet. Einerseits könnte man argumentieren, dass das noch nicht abgeschlossene Kurzschließen, d.h. das Starten des Wagens, noch ein wesentlicher, noch nicht vollzogener Zwischenakt auf dem Weg zur Tatbestandsverwirklichung sei und deshalb ein unmittelbares Ansetzen zu verneinen wäre. Andererseits sollte das Kurzschließen unmittelbar in das Losfahren als Vollendung der Wegnahme münden. In zeitlicher und räumlicher Hinsicht bestand also ein sehr enger Zusammenhang mit der Tatbestandsverwirklichung. Die Polizei kam gerade noch in letzter Sekunde, um das Wegfahren und somit die Wegnahme zu verhindern. Angesichts dessen liegt die Annahme des Versuchsbeginns hier näher, sodass B die Schwelle des § 22 StGB überschritten hat (*a.A. – noch – vertretbar, dann wäre aber hinsichtlich des möglichen Rücktritts des A ein Hilfsgutachten wünschenswert*).

bb. Unmittelbares Ansetzen durch C

Für C, der in deliktsfördernder Hinsicht genau dieselben Handlungen vornahm wie der B – Öffnen des Pkw, Manipulieren der Kabel, Beinahe-Kurzschließen des Autos –, muss dasselbe gelten wie für B, d.h. auch er ist ins Versuchsstadium gelangt.

cc. Zwischenergebnis

Nach dieser Ansicht haben folglich beide, B und C, unmittelbar angesetzt.

b. „Gesamtlösung“

---

<sup>29</sup> Rengier, Strafrecht AT, 10. Aufl. 2018, § 34 Rn. 22.

Nach der Gegenansicht beginnt der Versuch für jeden Mittäter, sobald nur einer von ihnen gem. § 22 StGB unmittelbar angesetzt hat. Hier haben beide die Schwelle des § 22 StGB überschritten, sodass diese Ansicht erst Recht für beide den Versuchsbeginn bejaht. Ein Streitentscheid ist entbehrlich.

Da der Sachverhalt keinen Unterschied zwischen B und C macht und somit beide Ansichten zum selben Ergebnis kommen, können die Studierenden auch ohne Darstellung des Streitstands auf Grundlage der Gesamtlösung die Voraussetzungen des § 22 StGB erörtern.

## II. Rechtswidrigkeit, Schuld und Rücktritt

Die Tat war rechtswidrig und schuldhaft. Auch ein strafbefreiender Rücktritt gem. § 24 II StGB liegt aufgrund des Fehlschlags des Versuchs für B und C nicht vor.

## III. Ergebnis

B und C haben sich wegen versuchten gemeinschaftlichen Diebstahls gem. §§ 242 I, II, 22, 23 I, 25 II StGB strafbar gemacht. §§ 246 I, 22, 23 I StGB treten zurück.

### D. Strafbarkeit von B und C gem. §§ 242 I, II, 22, 23 I, 25 II StGB wegen des dritten Autos

Eine Versuchsstrafbarkeit von B und C wegen des geplanten Diebstahls eines dritten Autos gem. §§ 242 I, II, 22, 23 I, 25 II StGB scheidet offensichtlich am unmittelbaren Ansetzen gem. § 22 StGB (*und kann deshalb von Studierenden auch ungeprüft gelassen werden*). Angesichts dessen, dass B und C erst noch mit dem Audi hätten losfahren müssen und sich dann irgendwo – auch nicht zwingend in unmittelbarer räumlicher Nähe zum Audi – auf die Suche nach einem dritten Pkw hätten machen müssen, den sie auch erst noch hätten aussuchen müssen, sind noch mehrere wesentliche Zwischenakte notwendig, bis der Diebstahl verwirklicht werden sollte. Vor diesem Hintergrund sind auch die geplanten drei Diebstähle nicht derart miteinander verknüpft, dass ausnahmsweise im unmittelbaren Ansetzen zum Diebstahl des BMW bereits ein unmittelbares Ansetzen zum Diebstahl auch der beiden weiteren Pkw gesehen werden könnte (so möglich bei in engem räumlichen Umfeld befindlichen Sachen, die einfach nacheinander eingesteckt werden sollen).

## **Strafbarkeit des A**

### E. Strafbarkeit des A gem. §§ 242 I, 25 II StGB wegen des BMWs

Indem A in Tatortnähe auf B und C wartete und den von diesen geöffneten und kurzgeschlossenen BMW übernahm und mit ihm wegfuhr, um ihn außer Landes zu bringen, könnte er sich wegen eines gemeinschaftlichen Diebstahls gem. §§ 242 I, 25 II StGB strafbar gemacht haben.

## I. Tatbestand

A hat den BMW – eine ihm fremde bewegliche Sache – jedoch nicht selbst weggenommen. Eine täterschaftliche Strafbarkeit des A wegen Diebstahls kommt deshalb nur in Betracht, wenn ihm die Tathandlungen von B und C gemäß § 25 II StGB zugerechnet werden können. Dafür müsste A als Mittäter einzustufen sein.

Dafür sind ein gemeinsamer Tatplan sowie eine gemeinschaftliche Tatausführung notwendig.

### 1. Gemeinsamer Tatplan

A hat sich mit B und C dazu verabredet, drei Autos aufzubrechen und außer Landes zu bringen. Sie hatten also einen gemeinsamen Tatplan zur Begehung dreier Diebstähle. Die Konkretisierung der Autos sollte dabei B und C überlassen werden, weshalb sich die konkret ausgeführte Tat bezüglich des BMWs auch innerhalb dieses gemeinsamen Tatplans hält.

### 2. Gemeinschaftliche Tatausführung

Fraglich ist allerdings, ob auch eine den A umfassende gemeinschaftliche Tatausführung vorlag, d.h. ob die Tatbeiträge des A ausreichen, um diesen als Mittäter und nicht nur als Gehilfen zu qualifizieren. Dabei sind die Anforderungen an die gemeinschaftliche Tatausführung in Abgrenzung von Mittäterschaft und Beihilfe umstritten.

#### a. Tatherrschaftslehre

Nach der Tatherrschaftslehre muss der Betroffene für die Annahme von (Mit-)Täterschaft die Tatherrschaft innehaben. Diese bezeichnet das von einem natürlichen Willen getragene In-den-Händen-Halten der Tatbestandsverwirklichung dergestalt, dass der Betroffene die Tat nach seinem Willen ablaufen lassen bzw. stoppen kann. Teilnehmer ist, wer ohne Tatherrschaft als Randfigur des Geschehens die Tat veranlasst oder sonst fördert.<sup>30</sup>

Nach diesen Maßstäben spricht für eine Tatherrschaft des A, dass er hinsichtlich der Sicherung des BMWs zentrale Figur des Geschehens war. Es bestand zwar über das Arbeitshandy die Möglichkeit der Kontaktaufnahme durch B und C, doch konnte A faktisch selbst entscheiden, wie schnell und wohin er mit dem BMW fahren würde. Die eigenhändige Vornahme der Tathandlung der Wegnahme ist für eine Strafbarkeit als Täter, wie sich bereits aus § 25 I Alt. 2

---

<sup>30</sup> Vgl. zur Definition Rengier, Strafrecht AT, 10. Aufl. 2018, § 41 Rn. 11.

StGB ergibt, nicht erforderlich.<sup>31</sup> Außerdem war A für das Gelingen des Gesamtplans unverzichtbar. Ohne A, der den BMW überführen sollte, wäre es B und C niemals möglich gewesen, drei Autos zu stehlen. Wäre A also bei der Übergabe des BMWs an der Kreuzung vom Plan „abgesprungen“, hätten B und C ihren ursprünglichen Plan aufgeben müssen und hätten höchstens zwei Pkw ins Visier nehmen können.

Diesen Umständen steht jedoch gegenüber, dass die Sicherung des BMWs keinen Teil der tatbestandlichen Handlung mehr darstellt. Zudem war A selbst hierbei nach der gegenseitigen Absprache, an welche A sich auch bis zum Absetzen des Notrufes hielt, nicht frei in seinen Entscheidungen, da er über das Arbeitshandy Anweisungen erhalten sollte und in dieser Hinsicht B und C untergeordnet war.

Im maßgeblichen Ausführungsstadium nimmt A durch sein Warten an der Kreuzung zwar ebenso teil und erleichtert damit die Tatausführung für B und C. Die Wegnahme selbst kann A hingegen nicht beeinflussen. Im Vergleich zu der Bedeutung der Tatbeiträge von B und C, welche den BMW aussuchten und die Wegnahme vornahmen, war jene der Beiträge des A um einiges geringer. Das Warten im tatortnahen Bereich macht A daher nicht zu einer Zentralfigur des Geschehens im Ausführungsstadium. Es stellt für sich gesehen sogar einen geringeren Tatbeitrag als das typische Schmierestehen dar. Die Unverzichtbarkeit des A für das Gesamtgeschehen vermag daran nichts zu ändern, da es an dieser Stelle nicht um die Tatherrschaft hinsichtlich des Diebstahls eines zweiten und dritten Autos geht, sondern um die an der Wegnahme des BMWs.

Angesichts dessen erscheint A eher als Randfigur des Geschehens ohne Tatherrschaft, weshalb die Tatherrschaftslehre eine Mittäterschaft des A ablehnen würde (*a.A. gut vertretbar*<sup>32</sup>).<sup>33</sup>

Es ist zu beachten, dass A im Ausführungsstadium in der Nähe des Tatorts wartet, um den BMW zu übernehmen. Sein Tatbeitrag im Ausführungsstadium erschöpft sich also nicht in der bloßen Zusage, bei der späteren Verwertung behilflich zu sein.<sup>34</sup> B und C hätten ihren Plan, drei Autos zu stehlen, von Anfang an nicht umsetzen können, wenn sie nicht A im Ausführungsstadium dabeigehabt hätten. Deshalb wäre es verfehlt, allein auf die Zusage des Wegfahrens (allein gesehen allenfalls eine psychische Beihilfe<sup>35</sup>) und das Wegfahren an sich abzustellen (Hinsichtlich des isoliert betrachteten Wegfahrens würde sich sonst die Frage stellen, ob der Diebstahl von B und C bei diesem Tatbeitrag des A nicht schon beendet war. Selbst

<sup>31</sup> Zu dieser überholten formal-objektiven Theorie Rengier, Strafrecht AT, 10. Aufl. 2018, § 41 Rn. 5.

<sup>32</sup> Vgl. Jäger, NStZ 2018, 144, 146 der auf die Unverzichtbarkeit für das Gesamtgeschehen abstellt und aufgrund dessen so etwas wie eine additive Mittäterschaft hinsichtlich aller Autos annimmt.

<sup>33</sup> Vgl. BGH NStZ 2018, 144, 145.

<sup>34</sup> Jäger, NStZ 2018, 144, 146.

<sup>35</sup> Vgl. BGH NJW 1956, 477.

wenn nicht, wäre zu problematisieren, ob ein Tatbeitrag zwischen Vollendung und Beendigung – zumindest auf dem Boden der Tatherrschaftslehre – ausreichen würde, um Mittäterschaft begründen zu können und ob vielleicht nicht nur ein Anschlussdelikt in Frage kommt.).

#### b. Gemäßigt subjektive Theorie der Rechtsprechung

Nach dem subjektiven Abgrenzungsansatz kommt es auf die innere Willensrichtung der Beteiligten an. Täter ist, wer die Tat als eigene will (*animus auctoris*), Teilnehmer, wer sie als fremde will (*animus socii*).<sup>36</sup> Dies ist auf Grundlage einer wertenden Gesamtbetrachtung aller festgestellten Umstände zu prüfen, welche nach der gemäßigten subjektiven Theorie auch objektive Umstände und somit insbesondere den Grad des eigenen Interesses am Taterfolg, den Umfang der Tatbeteiligung und die Tatherrschaft oder wenigstens den Willen zur Tatherrschaft berücksichtigt.<sup>37</sup>

A hatte nach der hier vertretenen Argumentation keine Tatherrschaft am Diebstahl des BMW, wobei dies für die Rechtsprechung nur ein Indiz gegen eine Täterschaft ist. Dazu kommt, dass A über ein Arbeitshandy Anweisungen erhalten sollte. Dieses sollte zwar erst nach Vollendung der Wegnahme eingesetzt werden, spricht aber dafür, dass A sich auch insgesamt dem Willen von B und C unterordnen und somit nur eine fremde Tat fördern wollte.

Andererseits kann A die Tat durchaus als eigene wollen und sich trotzdem in den von B und C gefassten Plan einfügen wollen. Darüber hinaus war ihm für die Überführung des BMW eine Entlohnung in Höhe von 500 € versprochen worden, sodass er auch ein gesteigertes Eigeninteresse zumindest am Diebstahl des BMWs hatte.<sup>38</sup> Dass B und C, die die drei Pkw später im Ausland verkaufen wollten und dabei wohl einen weit höheren Gewinn gemacht hätten als 500 €, ein noch größeres Eigeninteresse an der Tatbegehung aufwiesen, ändert nichts an dem bestehenden Eigeninteresse des A. Folglich ist, jedenfalls hinsichtlich des BMWs, aufgrund seines Eigeninteresses von einem Täterwillen des A auszugehen (*a.A. gut vertretbar*). A war nach dieser Ansicht somit Mittäter.

Bei der Subsumtion unter die Abgrenzungstheorien ist jeweils beides sehr gut vertretbar. Auch hinsichtlich der Herangehensweise der Subsumtion ist es sowohl vertretbar, primär auf das Ausmaß der Tatbeteiligung am Gesamtgeschehen abzustellen und die dazugehörigen Argumente (Randfigur oder unverzichtbar – so geht auch der BGH vor) darzustellen als auch zwischen den jeweiligen Pkw zu differenzieren und die hierbei bestehenden Unterschiede (bei BMW unmittelbare Beteiligung an der Beutesicherung; A nur für ein Auto unverzichtbar) stärker zu gewichten.

<sup>36</sup> Hillenkamp, 32 Probleme aus dem Strafrecht – Allgemeiner Teil, 15. Aufl. 2017, 19. Problem, S. 165.

<sup>37</sup> BGH NSTz 2018, 144, 145 m.w.N.

<sup>38</sup> So BGH a.a.O.



### c. Streitentscheid

Für die subjektive Theorie spricht, dass die soziale Bedeutung eines Verhaltens nicht ohne Rücksicht auf dessen Willensinhalt beurteilt werden kann. Auch sind grundsätzlich nach der Äquivalenztheorie zunächst einmal alle Verursachungsbeiträge gleichwertig.<sup>39</sup> Gleichwohl ist die Gewichtung der einzelnen Kriterien im Rahmen der gemäßigten subjektiven Theorie derart unklar, dass ihre Ergebnisse teilweise beliebig wirken.<sup>40</sup> Betont man das Kriterium der Tatherrschaft, kommt man damit zu vorhersehbaren und sachgerechten Ergebnissen, muss sich aber die Kritik gefallen lassen, warum nicht gleich allein auf das objektive Kriterium abgestellt wird. Betont man denn das Kriterium des Eigeninteresses, ist dagegen einzuwenden, dass auch der Anstifter oder Gehilfe häufig ein Interesse an der Tat haben wird und manche Tatbestände auch drittbegünstigendes Verhalten als täterschaftlich erfassen.<sup>41</sup> Folglich überzeugt die Tatherrschaftslehre. A war mithin kein Mittäter am Diebstahl des BMW.

A.A. vertretbar. Der Streitentscheid ist nicht zu ausführlich zu gestalten, da inhaltlicher Schwerpunkt vielmehr die Subsumtion unter die jeweiligen Ansichten ist. So sollte es auch nicht negativ bewertet werden, wenn Studierende bei den unterschiedlichen Meinungen sowohl hinsichtlich des BMW als auch des Audi zum selben Ergebnis kommen und deshalb den Streit nicht entscheiden müssen.

Zu beachten ist, dass bei Annahme von Mittäterschaft der A das subjektive Merkmal der Zueignungsabsicht selbst erfüllen muss. In diesem Zusammenhang müsste man kurz erörtern, ob A mit Selbst- oder mit Drittzueignungsabsicht handelte. Im Rahmen der Selbstzueignung kann dabei knapp auf den Gegenstand der Zueignungsabsicht eingegangen werden. So würde sich A nach dem weiten Sachwertbegriff durch die beabsichtigte Entlohnung i.H.v. 500 € einen dem BMW innewohnenden Sachwert (lucrum ex negotio cum re) aneignen wollen, nach den übrigen Ansichten liegt aber (nur) eine Drittzueignungsabsicht vor (diese Diskussion ist aber ersichtlich kein Schwerpunkt des Falles).

## II. Ergebnis

A hat sich nicht wegen gemeinschaftlichen Diebstahls am BMW gem. §§ 242 I, 25 II StGB strafbar gemacht.

### F. Strafbarkeit des A gem. §§ 242 I, 27 I StGB wegen des BMWs

<sup>39</sup> Diese Argumente bei Hillenkamp, 32 Probleme aus dem Strafrecht – Allgemeiner Teil, 15. Aufl. 2017, 19. Problem, S. 166 f.

<sup>40</sup> Kühl, Strafrecht AT, 8. Aufl. 2017, § 20 Rn. 35.

<sup>41</sup> Kühl, Strafrecht AT, 8. Aufl. 2017, § 20 Rn. 32.

Indem A in Tatortnähe auf B und C wartete und den von diesen geöffneten und kurzgeschlossenen BMW übernahm und mit ihm wegfuhr, um ihn außer Landes zu bringen, könnte er sich wegen Beihilfe zum Diebstahl gem. §§ 242 I, 27 I StGB strafbar gemacht haben.

## I. Tatbestand

### 1. Objektiver Tatbestand

B und C haben einen gemeinschaftlichen Diebstahl gem. §§ 242 I, 25 II StGB am BMW, mithin eine teilnahmefähige vorsätzliche rechtswidrige Haupttat begangen.

Durch die Zusage, den BMW ins Ausland zu überführen, und das Warten an der Kreuzung für die Übernahme des BMW hat A die Begehung des Diebstahls erleichtert und somit zu dieser Haupttat Hilfe geleistet im Sinne des § 27 I StGB.

### 2. Subjektiver Tatbestand

A handelte mit Wissen und Wollen hinsichtlich der objektiven und subjektiven Merkmale des begangenen Diebstahls sowie seiner Hilfeleistung hierzu und mithin mit dem erforderlichen doppelten Teilnehmervorsatz.

## II. Rechtswidrigkeit, Schuld

Die Tat war rechtswidrig und schuldhaft.

## III. Rücktritt, § 24 II StGB

Der Diebstahl des BMW war zum Zeitpunkt, als A anhielt und den Notruf wählte, bereits vollendet, weshalb ein Rücktritt des A von seiner Beihilfe zum Diebstahl des BMW ausscheidet. Eine tätige Reue ist beim Diebstahl nicht geregelt. Aufgrund der bewusst beschränkten gesetzlichen Vorschriften zur tätigen Reue können die existierenden Normen mangels planwidriger Regelungslücke auch nicht analog angewendet werden.

## IV. Ergebnis

A hat sich wegen Beihilfe zum Diebstahl gem. §§ 242 I, 27 I StGB strafbar gemacht. Dahinter tritt der ebenfalls verwirklichte § 248b I StGB ebenso als formell subsidiär zurück wie die Beihilfe zur Unterschlagung, §§ 246 I, 27 I StGB.

## G. Strafbarkeit des A gem. §§ 242 I, II, 22, 23 I, 25 II StGB wegen des Audis

Indem A den BMW übernahm und mit ihm wegfuhr, um ihn außer Landes zu bringen, damit B und C noch weitere Autos stehlen könnten, könnte er sich hinsichtlich des Audis wegen eines versuchten gemeinschaftlichen Diebstahls gem. §§ 242 I, 22, 23 I, 25 II StGB strafbar gemacht haben.

## 0. Vorprüfung

Der Diebstahl ist nicht vollendet. Der versuchte Diebstahl ist gem. §§ 23 I, 12 II, 242 II StGB strafbar.

## I. Tatbestand

A müsste zur Begehung eines gemeinschaftlichen Diebstahls am Audi entschlossen gewesen sein. Jedoch wollte er den Audi jedenfalls nicht eigenhändig stehlen, sondern nur B und C die Wegnahme ermöglichen, weshalb fraglich ist, ob er nach seinem Tatentschluss als deren Mittäter oder bloß als Gehilfe handeln wollte.

Voraussetzung für die Mittäterschaft ist ein gemeinsamer Tatplan sowie eine gemeinschaftliche Tatausführung. A hatte mit B und C abgesprochen, dass insgesamt drei Autos gestohlen werden sollten. Es bestand folglich ein gemeinsamer Tatplan auch zum Diebstahl des Audi.

Fraglich ist, ob A sich mit seinem Notruf gegebenenfalls vom Tatplan lossagen konnte. Dies ist nach Eintritt ins Versuchsstadium unumstritten nicht mehr möglich. Nach lebensnaher Sachverhaltsauslegung haben B und C zum Zeitpunkt des Notrufs aber den Audi noch nicht geöffnet und noch nicht zur Wegnahme angesetzt. Im Vorbereitungsstadium ist eine Lossagung vom Tatplan jedoch nach der Rechtsprechung generell, nach der h.L. nur bei Unterrichtung der anderen Mittäter möglich, welche hier unterblieb. Ansonsten könnte sich ein Mittäter, der bereits im Vorbereitungsstadium gewichtige Tatbeiträge geleistet hat, einseitig ohne Kenntnis der anderen von seiner täterschaftlichen Strafbarkeit befreien.<sup>42</sup>

Da der Sachverhalt zur Phase des Diebstahls des Audis im Zeitpunkt des Notrufs keine Aussage trifft und somit eindeutig auf den Rücktritt angelegt ist, sollte ein Fehlen dieser Erwägungen nicht negativ bewertet werden.

Fraglich ist jedoch, ob die von A nach seiner Vorstellung zu leistenden Tatbeiträge ausreichen, um eine gemeinschaftliche Tatbegehung annehmen zu können. Die Anforderungen an die Abgrenzung zwischen einer gemeinschaftlichen Tatbegehung im Sinne einer Mittäterschaft und einer bloßen Hilfeleistung als Gehilfe sind dabei umstritten.

## 1. Tatherrschaftslehre

Im Rahmen der Tatherrschaftslehre spricht hinsichtlich des Audis ebenfalls die Unverzichtbarkeit des Tatbeitrags des A für das Gesamtgeschehen für die Annahme von Tatherrschaft. Hätte

<sup>42</sup> Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht AT, 48. Aufl. 2018, Rn. 818.

A seinen Tatbeitrag nicht geleistet, hätte dies den Gesamtplan von B und C erheblich beeinträchtigt und sie hätten höchstens zwei Autos mitnehmen können. Auf der anderen Seite stellt sich auch an dieser Stelle die Frage nach der Tatherrschaft am Diebstahl des Audis, welche nicht mit dem Blick auf den (möglichen) Diebstahl von weiteren Autos beantwortet werden kann. Betrachtet man also allein den Diebstahl des Audis, so wurde A anders als beim BMW nicht einmal mehr im Beendigungsstadium bei der Beutesicherung tätig, sodass sein Tatbeitrag am geplanten Diebstahl des Audi noch geringer einzustufen ist als beim BMW. Folglich hatte A auch beim Diebstahl des Audis keine Tatherrschaft inne.

A.A. gut vertretbar, siehe bereits die Anmerkung bzgl. des BMWs. Man könnte hier auf Grundlage der strengen Tatherrschaftslehre auch argumentieren, dass A hinsichtlich des Audis nicht im Ausführungsstadium tätig wird und so eine Tatherrschaft von vornherein nicht möglich wäre. Der „übliche“ Streit um die strenge Tatherrschaftslehre wird aber regelmäßig an Tatbeiträgen im Vorbereitungsstadium geführt, weshalb die Studierenden in dieser Hinsicht wiederum auf eigene Argumentation angewiesen sind.

## 2. Gemäßigt subjektive Theorie der Rechtsprechung

In die Gesamtabwägung der gemäßigt subjektiven Theorie ist neben der – nach hiesiger Argumentation zu verneinenden – geplanten Tatherrschaft des A auch dessen Eigeninteresse an der Tatbegehung hinsichtlich des Audis zu berücksichtigen. Man könnte nun argumentieren, dass A für seinen Tatbeitrag, der im Ergebnis den Gesamtplan und nicht nur die Tat hinsichtlich des BMW fördert, 500 € bekommt und sich damit sein Eigeninteresse nicht nur auf die Verwirklichung des Diebstahls am BMW, sondern auch des Audis und des geplanten dritten Autos bezieht. So hätte er bei einem Diebstahl nur des BMWs vielleicht nicht die vollen 500 € erhalten sollen. Gleichwohl war die Absprache zwischen A, B und C nur, dass A 500 € für die Überführung des BMW bekommen sollte. Eine darüberhinausgehende Beteiligung am Diebstahl des Audi, welche durch einen Teil der 500 € hätten abgegolten werden sollen, war nicht angedacht. A hatte demnach zwar ein erhebliches Eigeninteresse daran, den ersten Pkw wie geplant übernehmen und seinen Tatbeitrag erbringen zu können, um die 500 € zu bekommen. An den geplanten weiteren Diebstählen, inklusive des versuchten Diebstahls des Audis, hatte A jedoch kein dermaßen gesteigertes Eigeninteresse.<sup>43</sup> Somit würde diese Ansicht eine Mittäterschaft des A am versuchten Diebstahl des Audis verneinen (*a.A. vertretbar; insbesondere kommt es hinsichtlich der 500 € wie gesehen auf die Interpretation des Sachverhalts an*). Somit kommen beide Theorien zum selben Ergebnis. A war auch kein Mittäter am Diebstahl des Audi.

<sup>43</sup> So im Ergebnis auch BGH NSTz 2018, 144, 145.

Eine eigenständige Prüfung der Mittäterschaft am Diebstahl des Audis ist nur je nach Argumentation hinsichtlich des BMWs erforderlich, insbesondere, wenn dort Mittäterschaft angenommen wurde. Sollten Studierende (ähnlich wie der BGH) eine Gesamtbetrachtung vornehmen und von vornherein Mittäterschaft ablehnen, genügt auch eine Abgrenzung im Rahmen der Beihilfeprüfung, da sich dann die Argumentation nicht von der beim BMW unterscheidet. Außerdem sollten sich Studierende an dieser Stelle, sofern sie sich hinsichtlich des BMWs bereits für die Tatherrschaftslehre oder die Rechtsprechungsansicht entschieden haben, auch auf eine Subsumtion unter diese Ansicht beschränken.

Würde man an dieser Stelle zu einer Mittäterschaft des A am Diebstahl des Audi gelangen, müsste im Rahmen der Prüfung des unmittelbaren Ansetzens gem. § 22 StGB wiederum auf den Streit zwischen Einzel- und Gesamtlösung eingegangen werden. Die Einzellösung würde vorliegend ein unmittelbares Ansetzen des A zum Diebstahl des Audi wohl ablehnen, die Gesamtlösung aber mit Verweis auf B und C bejahen, sodass ein kurzer Streitentscheid erforderlich wäre.<sup>44</sup>

## II. Ergebnis

A hat sich nicht wegen versuchten gemeinschaftlichen Diebstahls am Audi gem. §§ 242 I, II, 22, 23 I, 25 II StGB strafbar gemacht.

### H. Strafbarkeit des A gem. §§ 242 I, II, 22, 23 I, 27 I StGB wegen des Audis

Indem A den BMW übernahm und mit ihm wegfuhr, um ihn außer Landes zu bringen, damit B und C noch weitere Autos stehlen könnten, könnte er sich hinsichtlich des Audis wegen Beihilfe zum versuchten Diebstahl gem. §§ 242 I, 22, 23 I, 27 I StGB strafbar gemacht haben.

### I. Tatbestand

Der versuchte gemeinschaftliche Diebstahl des Audi durch B und C ist eine vorsätzliche, rechtswidrige und damit teilnahmefähige Haupttat gem. §§ 242 I, II, 22, 23 I, 25 II StGB. Indem A den BMW übernahm, sodass B und C ihren Plan, weitere Autos zu stehlen, zunächst umsetzen konnten, hat er B und C ihr Vorgehen bezüglich des Audi zumindest erleichtert und somit Hilfe geleistet im Sinne des § 27 I StGB.

A müsste auch mit dem erforderlichen doppelten Teilnehmervorsatz gehandelt haben. Dabei genügt es, wenn der Gehilfe die Haupttat nicht in ihren Einzelheiten, aber in ihren wesentlichen Merkmalen kennt. A wusste hier, dass B und C ein Auto im näheren Umkreis suchen, öffnen und kurzschließen würden, um es sodann außer Landes zu fahren. Die Haupttat

<sup>44</sup> Z.B. nach Rengier, Strafrecht AT, 10. Aufl. 2018, § 36 Rn. 20, 22.

war somit für A ausreichend konkretisiert, obwohl für ihn bei der Übernahme des BMW noch nicht klar war, welches Auto B und C genau als nächstes ins Visier nehmen würden. A handelte auch hinsichtlich der Hilfeleistung vorsätzlich und somit mit dem nötigen Teilnehmersvorsatz.

## II. Rechtswidrigkeit und Schuld

Die Tat war rechtswidrig und schuldhaft.

## III. Rücktritt gem. § 24 II StGB

A könnte, indem er die Polizei rief, strafbefreiend vom Versuch zurückgetreten sein. Für den Teilnehmer richtet sich dies nach einhelliger Ansicht nach § 24 II StGB.<sup>45</sup>

Bei der Annahme von Mittäterschaft kann an dieser Stelle kurz darauf eingegangen werden, dass in bestimmten Konstellationen auch für Mittäter vertreten wird, auf § 24 I StGB abzustellen.<sup>46</sup> Diese sind hier jedoch ersichtlich nicht einschlägig, weshalb fehlende Erörterungen nicht negativ ins Gewicht fallen sollten. Im Übrigen sind bei Mittäterschaft dieselben Punkte zu prüfen wie im Folgenden.

### 1. Kein Fehlschlag

Der Versuch dürfte nicht fehlgeschlagen sein. Das wäre der Fall, wenn die Tat in der Vorstellung des A nicht mehr ohne zeitliche Zäsur zur Vollendung gelangen könnte, sei es durch A selbst oder einen anderen Tatbeteiligten wie B oder C.

Aus As Sicht sind B und C gerade dabei, ein zweites Auto, hier den Audi, ungehindert zu stehen. Er geht davon aus, dass bei natürlichem Fortgang des Geschehens B und C den Diebstahl auch vollenden würden.

Der Versuch ist also nicht fehlgeschlagen.

### 2. Rücktrittshandlung

§ 24 II StGB unterscheidet, anders als § 24 I StGB, grundsätzlich nicht zwischen beendetem und unbeendetem Versuch. Da die Tat nicht vollendet wurde, ist deshalb entweder das Verhindern der Vollendung durch A oder ein ernsthaftes Bemühen dazu erforderlich.

Hier könnte A, indem er die Polizei rief, die Vollendung verhindert haben, § 24 II 1 StGB.

Die von A herbeigerufene Polizei konnte B und C aufgrund von As genauen Angaben sehr schnell finden und festnehmen. Der Notruf des A war folglich kausal für den Nichteintritt der Vollendung. Ebenso ist A die Verhinderung objektiv zurechenbar.

<sup>45</sup> MüKoStGB, 3. Aufl. 2017, Hoffmann-Holland, § 24 Rn. 160.

<sup>46</sup> Schönke/Schröder, 30. Aufl. 2019, Eser/Bosch, § 24 Rn. 73 m.w.N; a.A. MüKoStGB, 3. Aufl. 2017, Hoffmann-Holland, § 24 Rn. 159.

Dies ist nach einer Ansicht ausreichend für einen Rücktritt gem. § 24 II 1 StGB (bzw. § 24 I 1 Alt. 2). Der Wortlaut verlange keine weitergehenden Anforderungen. Auch die Systematik zeige, dass die Varianten des § 24 I 2, II 2 StGB mit dem ernsthaften Bemühen höhere Voraussetzungen stellen als § 24 I 1 Alt. 2, II 1 StGB. Schließlich sei auch aus Opferschutzgesichtspunkten ein halbherziger Rücktritt besser als gar keiner.<sup>47</sup>

Nach der Gegenauffassung genügt jedoch die bloße objektiv zurechenbare Vollendungsverhinderung nicht für einen Rücktritt gem. § 24 II 1 StGB (bzw. § 24 I 1 Alt. 2). Vielmehr müsse sich der Täter im Sinne des § 24 II 2 StGB ernsthaft bemühen, d.h. alles tun, was in seinen Kräften steht und nach seiner Überzeugung zur Erfolgsabwendung erforderlich ist.<sup>48</sup>

A hat hier die Polizei gerufen und ihr genau seinen Standort sowie den letzten bekannten Aufenthaltsort von B und C, fünf Minuten vor dem Absetzen des Notrufs, mitgeteilt. Dass die Polizei so nah am Tatort war und B und C deshalb vielleicht schneller festnehmen konnten als erwartet, ist hingegen ein für A glücklicher Zufall. Es bestand sogar die Gefahr, dass B und C das zweite Auto etwas weiter entfernt von der Kreuzung ausgesucht hätten und dann von der Polizei gar nicht mehr gefunden worden wären. Gleichwohl ändert dies nichts daran, dass A alles getan hat, was in seiner Macht stand, um B und C von weiterem Handeln abzuhalten. Es ist nicht ersichtlich, dass A, wäre er selbst zum Tatort zurückgefahren, die Vollendung besser oder schneller hätte verhindern können. Folglich wäre auch mit der Ansicht, die statt einer Vollendungsverhinderung ein ernsthaftes Bemühen verlangt, eine ausreichende Rücktrittshandlung anzunehmen (*a.A. wegen des Zufallsmoments noch vertretbar*) und der Streit braucht nicht entschieden zu werden.

### 3. Freiwilligkeit

A müsste schließlich freiwillig zurückgetreten sein.

Das ist der Fall, wenn die Motive für seinen Rücktritt autonomer und nicht heteronomer Natur waren und er somit aus freien Stücken handelte.

A überkam Trauer um seine Mutter. Außerdem hatte er Schuldgefühle hinsichtlich ihres Todes sowie seiner Machenschaften mit B und C. Diese Motive sind von A selbst gesetzt. Sie brachten A auch nicht in eine psychische Zwangslage, in welcher er nicht mehr hätte weiterhandeln können.

Somit ist A freiwillig zurückgetreten und bleibt damit gem. § 24 II 1 StGB straffrei.

### IV. Ergebnis

A hat sich nicht gem. §§ 242 I, II, 22, 23 I, 27 I StGB strafbar gemacht.

<sup>47</sup> Rengier, Strafrecht AT, 10. Aufl. 2018, § 37 Rn. 124.

<sup>48</sup> Rengier, Strafrecht AT, 10. Aufl. 2018, § 37 Rn. 141.

## Gesamtergebnis

### Strafbarkeit des A

Im ersten Tatkomplex hat sich A wegen versuchten Totschlags durch Unterlassen gem. §§ 212 I, 22, 23 I, 13 I sowie wegen einer vollendeten gefährlichen Körperverletzung durch Unterlassen gem. §§ 223 I, 224 I Nr. 5, 13 I StGB strafbar gemacht. Diese Taten stehen in Tateinheit, um klarzustellen, dass ein zurechenbarer Körperverletzungserfolg eingetreten ist.

Im zweiten Tatkomplex hat A sich wegen Beihilfe zum Diebstahl gem. §§ 242 I, 27 I StGB strafbar gemacht. Dieser steht zu der Tat im ersten Tatkomplexes in Tatmehrheit, § 53 StGB.

### Strafbarkeit von B und C

B und C haben sich im zweiten Tatkomplex jeweils wegen eines vollendeten gemeinschaftlichen Diebstahls gem. §§ 242 I, 25 II StGB sowie eines versuchten gemeinschaftlichen Diebstahls gem. §§ 242 I, II, 22, 23 I, 25 II StGB strafbar gemacht.

Fraglich ist, ob diese in Tateinheit oder Tatmehrheit stehen. Tateinheit könnte man annehmen, wenn ein Fall der natürlichen Handlungseinheit vorläge. Diese setzt mehrere gleichartige Verhaltensweisen voraus, welche von einem einheitlichen Willen getragen werden und zwischen denen ein derart enger räumlicher und zeitlicher Zusammenhang besteht, dass die einzelnen Betätigungsakte auch für einen Dritten objektiv als ein einheitliches zusammengehörendes Tun erscheinen.

Für Tateinheit im Sinne einer natürlichen Handlungseinheit spricht, dass BMW und Audi in Parallelstraßen standen und beide direkt hintereinander ins Visier genommen wurden. Die (geplante) Begehungsweise war zudem identisch. Gegen die Annahme einer natürlichen Handlungseinheit spricht jedoch, dass B und C die Autos jeweils erst aussuchen mussten und Audi und BMW nicht in derselben Straße, sondern in Parallelstraßen geparkt waren. Auch fuhren B und C den BMW, bevor sie sich auf die Suche nach dem zweiten Auto begaben, erst an die Kreuzung zu A, sodass auch eine gewisse Zeitspanne zwischen den Taten lag. Ein derart enger zeitlicher und räumlicher Zusammenhang, der eine natürliche Handlungseinheit rechtfertigen könnte, besteht mithin nicht, weshalb Tatmehrheit gem. § 53 StGB anzunehmen ist (*a.A. mit Blick auf die im Rahmen der natürlichen Handlungseinheit teilweise sehr „großzügige“ Praxis vertretbar*).<sup>49</sup>

---

<sup>49</sup> So i.E. auch BGH NStZ 2018, 144, 145.