

Florian Leber
Mörikestraße 1
70771 Leinfelden-Echterdingen
3. Fachsemester
Matrikelnummer: xxxxxx
Telefon: 0170-4842145
email: s-lef41@jura.uni-tuebingen.de

Übung im Strafrecht für Fortgeschrittene

1. (Ferien-)Hausarbeit

Wintersemester 2004/2005
Prof. Dr. Dr. Kristian Kühl
Eberhard-Karls-Universität Tübingen

Sachverhalt

Alexander (A) und Benjamin (B) beschließen, die Gartenhäuser einer Schrebergartensiedlung "auszuräumen". Sie besorgen sich hierfür in einem Baumarkt eine dicke Eisenstange. Die Kassiererin Erika (E) kennt die beiden, weiß auch von deren einschlägigen Vorstrafen und rechnet damit, daß die Stange von ihnen bei einem "Bruch" eingesetzt wird. Sie spricht aber A und B nicht darauf an und verkauft ihnen kommentarlos die Ware.

Charly (C), der Freund von A und B, wird in das Vorhaben eingeweiht. Er erweist ihnen, wie bereits bei ihren früheren Touren, den Freundschaftsdienst, sie zum Ort des Geschehens zu fahren. Während C im Auto sitzen bleibt, brechen A und B die Türe des dem Schrebergärtner Gerhard (G) gehörenden Gartenhäuschens auf. Die sich darin befindenden kleinen Elektrogeräte packen A und B in die mitgeführte Sporttasche. Als sie anschließend das Gartentor vor einem weiteren Gartenhaus, dessen Eigentümer der Schrebergärtner Horst (H) ist, mit der Stange aufbrechen möchten, fängt H's Wachhund an laut zu bellen. A und B befürchten, gebissen zu werden, lassen die Tasche vor Schreck fallen und rennen ohne ihre Beute davon.

Zum Auto zurückgekehrt, berichten A und B dem C, was vorgefallen ist. C steigt daraufhin, anders als ursprünglich geplant, aus dem Fahrzeug aus und schleicht, da er keine Angst vor Hunden hat, in die Siedlung. Dort gibt er dem Wachhund, der wieder eingeschlafen ist, sicherheitshalber mit der Eisenstange einen tödlichen Schlag auf den Kopf. C nimmt die gefüllte Sporttasche an sich. Sie fahren zurück nach Hause und teilen sich dort die Beute.

C betätigt sich auch als Kurier des Drogenhändlers Dieter (D). Im Auftrag des D händigt er Konrad (K) gegen die Zahlung von 300 Euro ein Päckchen Kokain aus, das K bei D zuvor bestellt hatte. C ahnt nicht, daß das Rauschgift nicht die versprochene Qualität besitzt, sondern vielmehr von D - aufgrund eines im Zeitpunkt der Bestellung noch nicht absehbaren Lieferengpasses - mit Traubenzucker erheblich gestreckt wurde und daher nur ein Drittel des von K bezahlten Kaufpreises wert ist. K hatte bei der Aushändigung zwar mit dem Gedanken gespielt, dass das Pulver nicht in Ordnung sein könnte, letztlich aber auf eine Überprüfung vor Ort verzichtet. Erst zu Hause bemerkt K die Mangelhaftigkeit des Stoffs. Außerdem gibt C, entgegen der Abmachung mit D, aufgrund eines spontan gefassten Entschlusses später die 300 Euro nicht dem D, sondern behält sie für sich.

Aufgabe: Wie ist das Verhalten von A, B, C, D und E strafrechtlich zu bewerten?

Strafvorschriften außerhalb des Strafgesetzbuchs sind nicht zu prüfen. Eventuell erforderliche Strafanträge sind gestellt.

Inhaltsverzeichnis

A. Tatkomplex 1: Schrebergartensiedlung - Strafbarkeit von A,B,C und E	1
I. Strafbarkeit von A und B gem. §§ 242 I, 243 I 2 Nr. 1 Var. 1, 4, Nr. 3; 25 II zu Lasten G durch “Mitnahme der Elektrogeräte”	1
1. Tatbestandsmäßigkeit	1
2. Rechtswidrigkeit und Schuld sind gegeben	1
3. Strafzumessung	1
a) § 243 I 2 Nr. 1 Var. 1, 4	2
b) § 243 I 2 Nr. 3	2
c) Anderer besonders schwerer Fall des Diebstahls	2
4. <i>Ergebnis: A und B strafbar gem. §§ 242 I, 243 I 2 Nr. 1, Var. 1; 25 II durch “Mitnahme der Elektrogeräte”</i>	3
II. Strafbarkeit von A und B gem. §§ 242 I, 244 I Nr. 1 lit. a Var. 2, Nr. 3; 25 II zu Lasten G durch “Mitnahme der Elektrogeräte”	3
1. Objektiver TB.	3
a) 244 I Nr. 1 lit. a Var. 2: “Beisichführen” eines gefährlichen Werkzeugs	3
aa) Verweis des Rechtsausschusses	3
bb) Subjektive Auslegungsmerkmale	4
cc) Objektive Auslegungsmerkmale	4
b) § 244 I Nr. 3: Wohnungseinbruchsdiebstahl	5
aa) Logisch-systematische Auslegung	5
bb) Teleologisch-restriktive Auslegung	6
2. <i>Ergebnis: A und B nicht strafbar gem. §§ 242 I, 244 I Nr. 1 lit. a Var. 2, Nr. 3; 25 II durch “Mitnahme der Elektrogeräte”</i>	6
III. Strafbarkeit von A und B gem. §§ 123 I Var. 1; 303 I; 25 II zu Lasten G durch Aufbrechen der Türe und Betreten des Gartenhauses	6
1. <i>Ergebnis: A und B strafbar gem. §§ 123 I Var. 1; 303 I; 25 II durch Auf- brechen der Türe und Betreten des Gartenhauses</i>	6
2. Konkurrenzen	6
IV. Strafbarkeit von A und B gem. §§ 303 I, II, 22, 23 I; 25 II zu Lasten H durch “Aufbrechenwollen” des Gartentores	6
1. Tatentschluß	6
2. Unmittelbares Ansetzen	7
3. Rechtswidrigkeit und Schuld sind gegeben	7
4. Persönliche Strafausschließungs- und Strafaufhebungsgründe	7
5. <i>Ergebnis: A und B strafbar gem. §§ 303 I, II, 22, 23 I; 25 II durch “Auf- brechenwollen” des Gartentores</i>	7

V. Strafbarkeit von A und B gem. §§ 242 I, II, 22, 23 I; 25 II zu Lasten H durch “Aufbrechenwollen” des Gartentores	7
1. Tatentschluß	7
2. Unmittelbares Ansetzen	8
3. <i>Ergebnis: A und B nicht strafbar gem. §§ 242 I, II, 22, 23 I; 25 II durch</i> “Aufbrechenwollen” des Gartentores	8
VI. Strafbarkeit von C gem. §§ 242 I; 25 II zu Lasten G	8
1. Tatbestandsmäßigkeit	8
a) “Holen der Beute”	8
aa) Sukzessive Mittäterschaft zwischen (formeller) Vollendung und (ma- terieller) Beendigung	9
bb) Gegenansicht	9
b) “Fahren zum Tatort”	9
2. <i>Ergebnis: C nicht strafbar gem. §§ 242 I; 25 II</i>	10
VII. Strafbarkeit von C gem. §§ 242 I, 27 // §§ 303 I, 123 Var. 1; 27 // §§ 303 I, II, 22, 23 I; 27 // 243 I	10
1. Tatbestandsmäßigkeit	10
a) “Holen der Beute”	10
b) “Fahren zum Tatort”	10
2. Rechtswidrigkeit und Schuld sind gegeben	11
3. Strafzumessung	11
4. <i>Ergebnis: C strafbar gem. §§ 242 I, 27 // §§ 303 I, 123 Var. 1; 27 // §§</i> <i>303 I, II, 22, 23 I; 27 // 243 I durch “Fahren zum Tatort”</i>	11
VIII. Strafbarkeit von C gem. § 257 I durch “Holen der Beute”	11
1. Tatbestandsmäßigkeit	11
2. Rechtswidrigkeit und Schuld sind gegeben	11
3. § 257 III	11
4. <i>Ergebnis: C wird nicht bestraft gem. § 257 I durch “Holen der Beute”</i>	11
IX. Strafbarkeit von C gem. § 259 I durch “Behalten eines Beuteanteils”	12
1. Tatbestandsmäßigkeit	12
2. Rechtswidrigkeit und Schuld sind gegeben	12
3. <i>Ergebnis: C strafbar gem. § 259 I durch “Behalten eines Beuteanteils”</i>	12
X. Strafbarkeit von C gem. § 303 I zu Lasten H durch “Erschlagen des Hundes”	12
1. Tatbestandsmäßigkeit	12
2. Rechtswidrigkeit und Schuld sind gegeben	13
3. <i>Ergebnis: C strafbar gem. § 303 I durch “Erschlagen des Hundes”</i>	13
XI. Strafbarkeit von A und B gem. §§ 242 I, 244 I Nr. 2; 25 II zu Lasten G durch “Mitnahme der Elektrogeräte”	13
1. Tatbestandsmäßigkeit	13
a) Bandenbegriff: 2 oder 3 Personen	13
b) Gehilfe als Bandenmitglied	13
2. <i>Ergebnis: A und B nicht strafbar gem. §§ 242 I, 244 I Nr. 2; 25 II durch</i> <i>“Mitnahme der Elektrogeräte”</i>	14

XII. Strafbarkeit von E gem. §§ 242 I, 27 // §§ 303 I, 123 Var. 1; 27 // §§ 303 I, II, 22, 23 I; 27 durch "Verkauf der Eisenstange"	14
1. Tatbestandsmäßigkeit	14
a) "Privilegierung" "neutraler" Handlungen...	14
aa) ...im objektiven Tatbestand	14
α) Zurechnungsausschluß wegen der Sozialadäquanz	14
β) Abwägung von Handlungsfreiheit und Rechtsgüterschutz	14
γ) Solidarisierung mit dem Täter	15
δ) Der deliktische Sinnbezug der Förderungshandlung	15
ε) Regreßverbot als Sorgfaltsregel	15
ζ) Vertrauensgrundsatz	15
bb) ...im subjektiven Tatbestand	15
b) Gegenansicht	15
2. Rechtswidrigkeit und Schuld	16
3. <i>Ergebnis: E strafbar gem. §§ 242 I, 27 // §§ 303 I, 123 Var. 1; 27 // §§ 303 I, II, 22, 23 I; 27 durch "Verkauf der Eisenstange"</i>	16
B. Tatkomplex 2: Drogenhandel - Strafbarkeit von C und D	17
I. Strafbarkeit C gem. § 263 I zu Lasten K durch "Übergabe des gestreckten Rauschgifts"	17
1. Tatbestandsmäßigkeit	17
a) Täuschung über äußere Tatsache	17
b) Erregung eines Irrtums als Folge der Täuschungshandlung	17
aa) Zweifel: Prinzip der Eigenverantwortlichkeit / viktimodogmatisches Prinzip	17
bb) Gegenansicht	17
c) Irrtumsbedingte Vermögensverfügung	18
d) Vermögensschaden	18
aa) Kein Vermögensschaden, wenn "gutes Geld" zu rechtlich missbilligten Zwecken eingesetzt wird	18
bb) Gegenansicht	18
2. <i>Ergebnis: C nicht strafbar gem. § 263 I durch "Übergabe des gestreckten Rauschgifts"</i>	18
II. Strafbarkeit D gem. §§ 263 I; 25 I 2. Alt. zu Lasten K durch "Übergabe des gestreckten Rauschgifts"	18
1. Tatbestandsmäßigkeit	18
2. Rechtswidrigkeit und Schuld sind gegeben	19
3. <i>Ergebnis: D strafbar gem. §§ 263 I; 25 I 2. Alt. durch "Übergabe des gestreckten Rauschgifts"</i>	19
III. Strafbarkeit C gem. § 263 I zu Lasten D durch "Annahme des Auftrags"	19
1. Tatbestandsmäßigkeit	19
2. <i>Ergebnis: C nicht strafbar gem. § 263 I durch "Annahme des Auftrags"</i>	19
IV. Strafbarkeit C gem. § 242 I zu Lasten D durch "Behalten des Geldes"	19
1. Tatbestandsmäßigkeit	19
2. <i>Ergebnis: C nicht strafbar gem. § 242 I durch "Behalten des Geldes"</i>	20

V. Strafbarkeit C gem. § 266 I Var. 2 durch “Behalten des Geldes”	20
1. Tatbestandsmäßigkeit	20
2. <i>Ergebnis: C nicht strafbar gem. § 266 I Var. 2 durch “Behalten des Geldes”</i>	20
VI. Strafbarkeit C gem. § 246 II zu Lasten K durch “Behalten des Geldes”	20
1. Tatbestandsmäßigkeit	20
2. Rechtswidrigkeit und Schuld sind gegeben	21
3. <i>Ergebnis: C strafbar gem. § 246 II durch Behalten des Geldes</i>	21
C. Gesamtergebnis	21

Literaturverzeichnis

Ambos, Kai:

- ▷ Beihilfe durch Alltagshandlungen. JA, 2000, S. 721–725

Amelung, Knut:

- ▷ Irrtum und Zweifel des Getäuschten beim Betrug. GA, 1977, S. 1–17

Beckemper, Katharina:

- ▷ Strafbare Beihilfe durch alltägliche Geschäftsvorgänge. Jura, 2001, S. 163–169

Cramer, Peter:

- ▷ Vermögensbegriff und Vermögensschaden im Strafrecht. 1. Auflage. Gehlen, Berlin, 1968 (zitiert: CRAMER)

Donatsch, Andreas/Forster, Marc/Schwarenegger, Christian:

- ▷ Festschrift für Stefan Trechsel zum 65. Geburtstag. 1. Auflage. Schulthess, Zürich, 2002 (zitiert: TRECHSEL-FESTSCHRIFT)

Ebert, Udo/Rieß, Peter/Roxin, Claus:

- ▷ Festschrift für Ernst-Walter Hanack zum 70. Geburtstag am 30. August 1999. de Gruyter, Berlin, New York, 1999 (zitiert: HANACK-FESTSCHRIFT)

Ellbogen, Klaus:

- ▷ Zu den Voraussetzungen des täterschaftlichen Bandendiebstahls - zugleich Besprechung von BGH, GSSt 1/00 vom 22. 3. 2001. wistra, 2002, S. 8–13

Eser, Albin:

- ▷ Festschrift für Haruo Nishihara zum 70. Geburtstag. Nomos, Baden-Baden, 1998 (zitiert: NISHIHARA-FESTSCHRIFT)

Freund, Georg:

- ▷ Strafrecht Allgemeiner Teil. Personale Straftatlehre. 1. Auflage. Springer, Berlin, Heidelberg, 1998 (zitiert: FREUND)

Frisch, Wolfgang:

- ▷ Tatbestandsmässiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs. 1. Auflage. C.F. Müller, Heidelberg, 1988 (zitiert: FRISCH)

Hans-Joachim Hirsch, Jürgen Wolter, Uwe Brauns:

- ▷ Festschrift für Günter Kohlmann zum 70. Geburtstag. Schmidt, Köln, 2003 (zitiert: KOHLMANN-FESTSCHRIFT)

Hassemer, Winfried:

- ▷ Professionelle Adäquanz - Bankentypisches Verhalten und Beihilfe zur Steuerhinterziehung. wistra, 1995, S. 41–46

Hefendehl, Roland:

- ▷ Der mißbrauchte Farbkopierer. Jura, 1992, S. 374–384

Hillenkamp, Thomas:

- ▷ Strafrecht, Besonderer Teil 2, Straftaten gegen Vermögenswerte. 26. Auflage. C.F. Müller, Heidelberg, 2003 (zitiert: HILLENKAMP)

Hörnle, Tatjana:

- ▷ Die wichtigsten Änderungen des Besonderen Teils des StGB durch das 6. Gesetz zur Reform des Strafrechts. Jura, 1998, S. 169–182

Jakobs, Günther:

- ▷ Strafrecht Allgemeiner Teil. 2. Auflage. de Gruyter, Berlin, New York, 1993 (zitiert: JAKOBS, *StGB AT*)
- ▷ Akzessorietät - Zu den Voraussetzungen gemeinsamer Organisation. GA, 1996, S. 253–268

Jeschek, Hans-Heinrich/Russ, Wolfgang/Willms, Günther:

- ▷ Strafgesetzbuch - Leipziger Kommentar - Großkommentar. 10. Auflage. Walter de Gruyter, Berlin, New York, 1985 (zitiert: LK/BEARBEITER)

Jeschek, Hans-Heinrich/Weigend, Thomas:

- ▷ Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil. 5. Auflage. Duncker und Humblot, Berlin, 1996 (zitiert: JESCHEK/WEIGEND)

Jäger, Christian:

- ▷ Diebstahl nach dem 6. Strafrechtsreformgesetz - Ein Leitfaden für Studium und Praxis. JuS, 2000, S. 651–657

Joecks, Wolfgang:

- ▷ Strafgesetzbuch - Studienkommentar. 4. Auflage. C.H. Beck, München, 2003 (zitiert: JOECKS/BEARBEITER)

Kühl, Kristian:

- ▷ Strafrecht - Allgemeiner Teil. 4. Auflage. Vahlen, München, 2002 (zitiert: KÜHL)

Kühlewein, Malte Rabe von:

- ▷ Strafrechtliche Haftung bei vorsätzlichen Straftaten anderer. JZ, 2002, S. 1139–1146

Kühne, Hans-Heiner:

- ▷ Dem Wegbereiter des japanisch-deutschen Strafrechtsdiskurses : Festschrift für Koichi Miyazawa. Nomos, Baden-Baden, 1995 (zitiert: MIYAZAWA-FESTSCHRIFT)

Küper, Wilfried:

- ▷ Verwirrungen um das neue "gefährliche Werkzeug". JZ, 1999, S. 187–194
- ▷ Strafrecht Besonderer Teil. Definitionen mit Erläuterungen. 5. Auflage. C.F. Müller, Heidelberg, 2002 (zitiert: KÜPER, *StGB BT*)

Lackner, Karl/Kühl, Kristian:

- ▷ Strafgesetzbuch. 24. Auflage. C.H. Beck, München, 2001 (zitiert: LACKNER/KÜHL/BEARBEITER)

Lampe, Ernst-Joachim:

- ▷ Der neue Tatbestand der Geldwäsche (§ 261 StGB). JZ, 1994, S. 123–132

Lenckner, Theodor:

- ▷ Festschrift für Theodor Lenckner zum 70. Geburtstag. C.H. Beck, München, 1998 (zitiert: LENCKNER-FESTSCHRIFT)

Derselbe et al.:

- ▷ Schönke/Schröder - Strafgesetzbuch - Kommentar. 26. Auflage. C.H. Beck, München, 2000 (zitiert: S/S/BEARBEITER)

Lesch, Heiko:

- ▷ Waffen, (gefährliche) Werkzeuge und Mittel beim schweren Raub nach dem 6. Strafrechtsreformgesetz. JA, 1999, S. 30–38
- ▷ Strafbare Beteiligung durch “berufstypisches” Verhalten? JA, 2001, S. 986–991

Meyer-Arndt, Lüder:

- ▷ Beihilfe durch neutrale Handlungen? wistra, 1989, S. 281–287

Mitsch, Wolfgang:

- ▷ Strafrecht, Besonderer Teil, Bd.2/1, Vermögensdelikte (Kernbereich). 2. Auflage. Springer, Berlin, Heidelberg, 2002 (zitiert: MITSCH)

Neumann, Ulfrid et al.:

- ▷ Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch Band IV. Nomos, Baden-Baden, 2004 (zitiert: NK/BEARBEITER)

Otto, Harro:

- ▷ Das Starfbarkeitsrisiko berufstypischen, geschäftsmäßigen Verhaltens. JZ, 2001, S. 436–444
- ▷ Grundkurs Strafrecht, Die einzelnen Delikte. 6. Auflage. de Gruyter, Berlin, New York, 2002

Radbruch, Gustav:

- ▷ Rechtsphilosophie - Studienausgabe. 1. Auflage. C.F. Müller, Heidelberg, 1999 (zitiert: RADBRUCH)

Rath, Jürgen:

- ▷ Bandenmitgliedschaft durch Zusage späterer Gehilfentätigkeit? Zugleich Besprechung von BGH, Beschluss vom 15.1.2002. GA, 2003, S. 823–839

Rengier, Rudolf:

- ▷ Strafrecht Besonderer Teil I - Vermögensdelikte. 5. Auflage. C. H. Beck, München, 1997 (zitiert: RENGIER)

Roxin, Claus:

- ▷ Strafrecht Allgemeiner Teil, Band II, Besondere Erscheinungsformen der Straftat. 1. Auflage. C.H. Beck, München, 2003 (zitiert: ROXIN)

Rudolphi, Hans-Joachim:

- ▷ Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch Band II. Luchterhand, Neuwied, Kriftel, Berlin, 2004 (zitiert: SK/BEARBEITER)

Schünemann, Bernd:

- ▷ Zur Stellung des Opfers im System der Strafrechtspflege. NStZ, 1986, S. 439–443

Schumann, Heribert:

- ▷ Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen. 1. Auflage. Mohr (Siebeck), Tübingen, 1986 (zitiert: SCHUMANN)

Streng, Franz:

- ▷ Die “Waffenersatzfunktion” als Spezifikum des “anderen gefährlichen Werkzeugs”. GA, 2001, S. 359–368

Tröndle, Herbert/Fischer, Thomas:

- ▷ Strafgesetzbuch und Nebengesetze - Becksche Kurzkommentare Band 10. 52. Auflage. C.H. Beck, München, 2004 (zitiert: T/F/BEARBEITER)

Wessels, Johannes/Beulke, Werner:

- ▷ Strafrecht Allgemeiner Teil - Die Straftat und ihr Aufbau. 33. Auflage. C.F. Müller, Heidelberg, 2003 (zitiert: WESSELS/BEULKE)

A. Tatkomplex 1: Schrebergartensiedlung - Strafbarkeit von A,B,C und E

I. Strafbarkeit von A und B gem. §§ 242 I, 243 I 2 Nr. 1 Var. 1, 4, Nr. 3; 25 II zu Lasten G durch “Mitnahme der Elektrogeräte”

1. Tatbestandsmäßigkeit

¹A und B müssten die kleinen Elektrogeräte - bewegliche und für sie fremde Sachen, da die Elektrogeräte im Eigentum des G standen - “weggenommen” haben. Wegnahme ist Bruch fremden und Begründung neuen Gewahrsams gegen, bzw. ohne den Willen des Berechtigten.² Die kleinen Elektrogeräte standen ursprünglich im Gewahrsam des G, dessen vom Herrschaftswille getragene faktische Herrschaft³ in der Lagerung der Gegenstände in seinem verschlossenen Gartenhaus sinnfällig zum Ausdruck kamen. Das Gartenhaus stellt nach der Verkehrsauffassung zugleich eine Gewahrsamssphäre des G dar.⁴ Indem A und B die Elektrogeräte in die mitgeführte Sporttasche packten, brachen sie den Gewahrsam des G und begründeten zugleich neuen, eigenen Gewahrsam.⁵ Zwar befanden sie sich zum Zeitpunkt des Einpackens noch im Gartenhaus des G. Da die mitgeführte Sporttasche jedoch zur Gewahrsamssphäre von A und B zählt, und der G nun zur Wiedererlangung des ungehinderten Gewahrsams in die persönliche Sphäre von A und B eindringen müsste, fallen Bruch fremden und Begründung neuen Gewahrsams zusammen. Spätestens ist die Wegnahme jedoch mit Verlassen des Gartenhauses vollendet.⁶

A und B handelten mittäterschaftlich, weshalb alle Tatbeiträge gegenseitig zugerechnet werden können.

A und B handelten vorsätzlich. Da A und B auch in der Absicht handelten, den Berechtigten G dauerhaft aus seiner Eigentümerposition zu verdrängen und die fremden Elektrogeräte ihrem Vermögen einzuverleiben, ist auch Zueignungsabsicht⁷ zu bejahen. A und B wussten ferner, dass sie keinen (zivilrechtlichen) Anspruch auf die Elektrogeräte hatten, weshalb auch Vorsatz hinsichtlich der Rechtswidrigkeit der Zueignung vorliegt.

2. Rechtswidrigkeit und Schuld sind gegeben

3. Strafzumessung

Die Tat von A und B könnte zudem einen besonders schweren Fall darstellen. Gem. § 243 II wäre das Vorliegen eines besonders schweren Falles zu verneinen, wenn sich die Tat auf eine geringwertige Sache bezieht. Da Elektrogeräte jedoch einen erheblichen Wert besitzen dürften und für den Gewinn wie für den Verlust

¹ Alle folgenden Paragraphen entstammen dem StGB, soweit nicht anders gekennzeichnet.

² T/F §242; RN 16; JOECKS §242; RN 10

³ BGHSt 8, 275; 16, 271; T/F §242; RN 11

⁴ HILLENKAMP RN 79

⁵ so auch: BGHSt 16, 271, 274; 23, 254, 255; 26, 24, 25; BGH VRS 60, 294; T/F §242, RN 20

⁶ BGHSt 16, 272; 23, 255

⁷ JÄGER S. 651; JOECKS vor §242, RN 22

als nicht unerheblich anzusehen sind,⁸ scheidet eine Anwendung von § 243 II aus.

a) § 243 I 2 Nr. 1 Var. 1, 4

Das Gartenhaus, ein durch Wände und Dach begrenztes, mit dem Erdboden fest - wenn auch nur durch die eigene Schwere - verbundenes Bauwerk, das den Eintritt von Menschen gestattet und das Unbefugte abhalten soll,⁹ stellt ein "Gebäude" i.S.v. § 243 I 2 Nr. 1 dar.

Um im Gartenhaus zu stehlen, haben A und B die Tür des Gartenhauses mit dem Brecheisen gewaltsam geöffnet und sind somit zur Tatausführung "eingebrochen", was das gewaltsame Öffnen von Umschließungen, die dem Eintritt in den geschützten Raum entgegenstehen, voraussetzt.¹⁰ A und B handelten ferner vorsätzlich.

Fraglich ist, ob A und B auch mit einem nicht zur ordnungsgemäßen Öffnung bestimmten Werkzeug eingedrungen sind. Darunter sind jedoch nur die Werkzeuge zu verstehen, die dazu bestimmt sind, auf den Schließmechanismus zu wirken ohne jedoch Schlüssel im engeren Sinne zu sein, wie beispielsweise Dietriche oder Werkzeuge zum Drehen des innen steckenden Schlüssels.¹¹ Das gewaltsame Aufbrechen durch eine Eisenstange, die nicht nur auf den Schließmechanismus selbst einwirkt, stellt Einbrechen dar.¹²

Der Beispielfall § 243 I 2 Nr. 1, Var. 1 liegt somit vor und indiziert einen besonders schweren Fall des Diebstahls.¹³ Es sind keine Gründe ersichtlich, den konkreten Fall nicht als besonders schweren Fall anzusehen.

b) § 243 I 2 Nr. 3

Fraglich ist, ob A und B auch "gewerbsmäßig" i.S.v. § 243 I 2 Nr. 3 stehlen. Täter handeln gewerbsmäßig, wenn sie die Diebstahlstat mit der Absicht begehen, sich aus ihrer wiederholten Begehung eine Einnahmequelle von einer gewissen Dauer und Erheblichkeit zu verschaffen.¹⁴

A und B haben bereits häufiger "Touren" unternommen. Jedoch ist aus dem Sachverhalt nicht ersichtlich, dass sie in ihren Taten eine dauerhafte Einnahmequelle sehen oder sich eine solche durch Begehung mehrerer Diebstähle verschaffen möchten.

c) Anderer besonders schwerer Fall des Diebstahls

§ 243 kennt in seiner heutigen Fassung weder eine zwingende Regelung noch eine abschliessende Aufzählung der Erschwerungsgründe. Vielmehr gestattet die Regelbeispielmethode, nicht nur dann einen besonders schweren Fall anzunehmen, wenn ein erschwerender Umstand i.S.d. § 243 I 2 vorliegt.¹⁵

So wird vorgeschlagen, im Rahmen eines Analogieschlusses zu § 243 I 2 Nr. 3, die Regelwirkung auch auf die gewohnheitsmäßige Begehung zu stüt-

⁸ HILLENKAMP RN 242

⁹ GrSenBGH 1, 163; T/F §243, RN 4

¹⁰ HILLENKAMP RN 215; JOECKS §243, RN 12

¹¹ T/F §243, RN 9

¹² BGH NJW 56, 271

¹³ HILLENKAMP RN 195

¹⁴ BGHSt 1, 383; BGH NSTz 96, 285; BGH NJW 98, 2914; T/F §243, RN 18

¹⁵ HILLENKAMP RN 195

zen.¹⁶ Dabei sei jedoch eine Gesamtbewertung aller tat- und täterbezogenen Umstände erforderlich,¹⁷ für die zu wenig Informationen über frühere “Touren” im Sachverhalt vorliegen. Ein Analogieschluss zu § 243 I 2 Nr. 3 muss daher abgelehnt werden.

4. *Ergebnis: A und B strafbar gem. §§ 242 I, 243 I 2 Nr. 1, Var. 1; 25 II durch “Mitnahme der Elektrogeräte”*

II. Strafbarkeit von A und B gem. §§ 242 I, 244 I Nr. 1 lit. a Var. 2, Nr. 3; 25 II zu Lasten G durch “Mitnahme der Elektrogeräte”

1. Objektiver TB.

Das Grunddelikt (§ 242 I) wurde von A und B verwirklicht (siehe oben I 4.). Zu klären ist, ob auch die qualifizierenden Merkmale des § 244 I vorliegen.

a) 244 I Nr. 1 lit. a Var. 2: “Beisichführen” eines gefährlichen Werkzeugs

Fraglich ist, ob A und B in Form der Eisenstange ein gefährliches Werkzeug i.S.v. § 244 I Nr. 1 a) Var. 2 bei sich geführt haben. Dabei ist heftig umstritten, wie der Begriff des “gefährlichen Werkzeugs” in Verbindung mit dem bloßen “bei sich führen” zu verstehen ist, insbesondere auch dann, wenn das gefährliche Werkzeug lediglich der Vollendung der Wegnahme dient.

aa) Verweis des Rechtsausschusses

Der Begriff des gefährlichen Werkzeugs, der in § 244 I Nr. 1 lit. a den Oberbegriff bildet,¹⁸ ist - wie der Begründung des Rechtsausschusses zu entnehmen ist - “dem § 223a I (also dem heutigen §224 I Nr. 2) entnommen, so dass zur Auslegung auf die hierzu entwickelten Grundsätze zurückgegriffen werden kann.”¹⁹ Nach ganz h.M. ist ein gefährliches Werkzeug i.S.d. § 224 I Nr. 2 ein körperlicher Gegenstand, der nach seiner objektiven Beschaffenheit und der Art seiner Verwendung im konkreten Fall geeignet ist, erhebliche Verletzungen herbeizuführen.²⁰

Für § 244 und auch viele Fälle des § 250 geht der Verweis des Gesetzgebers auf § 224 jedoch fehl, soweit es das bloße Beisichführen eines Werkzeugs i.S.v. Absatz 1 Nr. 1 a) angeht,²¹ was mittlerweile auch der BGH eingeräumt hat.²² Denn wenn es zu einer konkreten Verwendung des fraglichen Werkzeuges kommt, liegt regelmäßig Raub oder räuberischer Diebstahl vor; und in der subjektiven Variante, d.h. bei Absicht einer eventuellen Nutzung des Werkzeugs zur Ausübung von Gewalt und Drohung, greift § 244 I Nr. 1 b) ein. Schliesslich fordert auch der Wortlaut (“Beisichführen”) weder eine konkrete Verwendung, noch ein subjektives Element.²³

¹⁶ S/S/ESER §243, RN 31

¹⁷ BGHR § 243 I 2 Nr. 3, Gew. 1; T/F §243, RN 18

¹⁸ BGHSt 22, 235, 236; BGH StV 1998, 485, 486

¹⁹ BT-Ds 13/9064, S. 18; LESCH, *Gefährliche Werkzeuge nach dem 6. Strafrechtsreformgesetz* S. 30

²⁰ BGHSt 3, 109; NJW 98, 3130; StV 98, 486; T/F §244, RN 7

²¹ KÜPER, *Verwirrungen um das neue “gefährliche Werkzeug”* S. 187, S. 189; JÄGER S. 651, S. 653; LESCH, *Gefährliche Werkzeuge nach dem 6. Strafrechtsreformgesetz* S. 30, S. 33; STRENG S. 359, S. 360

²² BGH NStZ 1999, 301, 302

²³ STRENG S. 359, S. 360

bb) Subjektive Auslegungsmerkmale

Dennoch beharrt eine Ansicht in der Literatur im Wege einer teleologischen Reduktion des § 244 I Nr. 1 lit. a Var. 2 auf das Vorhandensein eines subjektiven Elements in Form eines “inneren Verwendungsvorbehalts”,²⁴ einer “konkreten Gebrauchsabsicht”²⁵ oder auch einer “Verwendungsabsicht”.²⁶ Dieses subjektive Element fehlt bei A und B, da sie die Eisenstange lediglich für das Aufbrechen der Türe verwenden möchten. Angesichts der eben genannten Einwände sowie weiterer Unstimmigkeiten,²⁷ scheint diese Ansicht allerdings nicht vertretbar, da sie das “axiologische Gefüge der einzelnen Qualifikationstatbestände komplett in sich zusammenbrechen lassen würde”.²⁸

cc) Objektive Auslegungsmerkmale

Somit bleibt nur eine Begriffsbestimmung unter objektiven Gesichtspunkten. Da rein objektiv nahezu jeder Gegenstand “abstrakt-gefährlich” erscheint (was am Beispiel der “beschuhten Füße” deutlich wird),²⁹ wurden von der Literatur unterschiedliche Abgrenzungs- und Auslegungskriterien entwickelt, wobei die unzähligen Stimmen in der Literatur kaum noch überschaubar sind.³⁰

Eine restriktive Auslegung mit Hilfe der meisten Kriterien würde zu dem Ergebnis kommen, dass eine Eisenstange ein gefährliches Werkzeug i.S.d. § 244 I Nr. 1 lit. a Var. 2 darstellt. So ist eine Eisenstange durchaus geeignet, erhebliche Verletzungen herbeizuführen.³¹ Sie legt zudem einen gefährlichen Einsatz nahe oder ist zumindest potentiell dazu geeignet.³² Um eine Zweckentfremdung³³ der Eisenstange bejahen zu können, müsste die Eisenstange erstmal einen bestimmten generellen Zweck besitzen. Sie könnte aber durchaus Waffenersatzfunktion haben.³⁴

Lediglich die freie Verfügbarkeit für jedermann³⁵ - ein zu weites Auslegungskriterium - würde gemeinsam mit der Deliktstypizität³⁶ zu einem anderen Ergebnis kommen, da die Eisenstange als Einbruchswerkzeug beim Einbruchsdiebstahl als deliktsytypisch anzusehen ist.

Die zentrale Frage scheint daher zu sein, ob es sachgerecht ist, Gegenstände, die im Rahmen des Delikts als typisch anzusehen sind, und den Einbruch erst ermöglichen sollen im Rahmen der Deliktstypizität bzw. generell³⁷ nicht unter § 244 I Nr. 1 lit. a Var. 2 fallen zu lassen, da die Eisenstange andernfalls ein gefährliches Werkzeug darstellen würde.

Es ergibt Sinn, wenn man sich noch einmal den Willen des Gesetzgebers

²⁴ HILLENKAMP RN 262b

²⁵ SK/GÜNTHER §250, RN 8

²⁶ HANACK-FESTSCHRIFT/KÜPER S. 569, 585ff.

²⁷ siehe dazu T/F §244, RN 9

²⁸ LESCH, *Gefährliche Werkzeuge nach dem 6. Strafrechtsreformgesetz* S. 30, S. 33

²⁹ LESCH, *Gefährliche Werkzeuge nach dem 6. Strafrechtsreformgesetz* S. 30, S. 31

³⁰ Übersicht über alle Ansichten in T/F §244, RN 8

³¹ SK/GÜNTHER §250, RN 11

³² OTTO, *StGB BT* §41, RN 52; HÖRNLE S. 169, S. 172

³³ SK/HOYER §244, RN 11

³⁴ STRENG S. 359, S. 365 ff.

³⁵ LESCH, *Gefährliche Werkzeuge nach dem 6. Strafrechtsreformgesetz* S. 30, S. 35 ff.

³⁶ JÄGER S. 651, 656

³⁷ T/F §244, RN 9d

vor Augen führt, mit dem Hintergedanken, dass das Gesetz klüger sein kann, ja sogar klüger sein muss, als seine Verfasser.³⁸ Der Gesetzgeber wollte - unabhängig von einer Nutzungsabsicht - bereits das bloße "Beisichführen" von gefährlichen Werkzeugen unter Strafe stellen, allerdings nur dann, wenn diese eine relevante Gefahrsteigerung der Tat mit sich bringen.³⁹ Geht man nun von dem "Einbrecher" mit Einbruchswerkzeug aus (hier Eisenstange), so stellt dies das "Grundgefahrpotential" des Einbrechers dar. Erst wenn "zusätzliche" gefährliche Werkzeuge mitgeführt werden, stellt dies eine "Steigerung" der Gefahr dar und sollte unter die Vorschrift des § 244 I Nr. 1 lit. a Var. 2 fallen. Dabei wird auch deutlich, dass ein subjektives Element, eine "umgekehrte Verwendungsabsicht" i.S. einer Absicht, das Werkzeug nur zur Vollendung der Wegnahme einzusetzen, nicht benötigt wird, da das "Grundgefahrpotential" und dessen "Steigerung" objektiv ermittelt werden können.

Das Mitführen der Eisenstange muss für die Einbrecher A und B als deliktstypisch angesehen werden bzw. stellt das Grundgefahrpotential eines jeden Einbrechers dar, der ohne Einbruchswerkzeuge nicht auskommt. Eine strafwürdige Gefahrsteigerung ist daher nicht ersichtlich. A und B haben kein gefährliches Werkzeug i.S.d. § 244 I Nr. 1 lit. a Var. 2 bei sich geführt.

b) § 244 I Nr. 3: Wohnungseinbruchsdiebstahl

Indem A und B zur Ausführung des Diebstahls gewaltsam in das Gartenhaus eingedrungen sind, könnten sie sich eines Wohnungseinbruchsdiebstahls gem. § 244 I Nr. 3 strafbar gemacht haben.

Da A und B die Tür des Gartenhauses mit der Eisenstange gewaltsam öffneten, sind sie, wie bereits oben gezeigt (s. I 3 a)), "eingebrochen".

Fraglich ist jedoch, ob das Gartenhaus auch als eine Wohnung i.S.d. § 244 I Nr. 3 anzusehen ist.

aa) Logisch-systematische Auslegung

Die ursprünglich h.M. trat dafür ein, den Wohnungsbegriff des § 123 uneingeschränkt auf den Wohnungseinbruch zu übertragen.⁴⁰ Demnach stellt die "Wohnung" den Inbegriff der Räumlichkeiten dar, die Einzelpersonen oder einer Mehrzahl von Personen zum ständigen Aufenthalt oder zur Benutzung dienen, ohne dass sie in erster Linie Arbeitsräume sind.⁴¹

Während Literatur und Rspr in unterschiedlicher Formulierung Gartenhäuser auch bei dieser Definition als "klare Fälle" aus § 244 I Nr. 3 ausblenden,⁴² so scheint dieser generalisierende Maßstab bei näherer Betrachtung nicht sofort ersichtlich. So kann auch ein Gartenhaus einer Schrebergartensiedlung durchaus "Wohnfunktion" besitzen und der "ständigen" Benutzung dienen. Man denke z.B. an den Hobbygärtner, der in seiner Freizeit regelmäßig seinem Hobby nachgeht und viel Zeit in seinem Gartenhaus verbringt. Auch lässt sich ein Hobbyraum nicht bereits als "Arbeitsraum" aus § 244 I Nr. 3 ausblenden, da das Gartenhaus dem Hobbygärtner zu seiner privaten Entfaltung dienen kann.

³⁸ RADBRUCH S. 107

³⁹ STRENG S. 359

⁴⁰ siehe dazu KOHLMANN-FESTSCHRIFT/JÜRGEN SEIER S. 295, 302

⁴¹ T/F §123, RN 6

⁴² s. dazu KOHLMANN-FESTSCHRIFT/JÜRGEN SEIER S. 295, 303

bb) Teleologisch-restriktive Auslegung

Eine weitere Ansicht fordert daher, den Wohnungsbegriff des § 244 I Nr. 3 im Hinblick auf die Abschichtung des Wohnungs- vom Gebäudeeinbruchsdiebstahl des § 243 I 2 Nr. 1 und die der Qualifikation zugrunde liegende Rechtsgutsbestimmung, gegenüber dem Wohnungsbegriff des § 123 enger auszulegen und auf einen inneren Kern zurückzuführen.⁴³ Die Wohnung bestehe demnach aus "Räumlichkeiten, die als Mittelpunkt des privaten Lebens Selbstentfaltung, -entlastung und vertrauliche Kommunikation gewährleisten."⁴⁴

Auch in Hinblick auf den Willen des Gesetzgebers, der den Wohnungseinbruchsdiebstahl als eine Straftat bezeichnet, die "tief in die Intimsphäre des Opfers eindringt",⁴⁵ erscheint es somit sachgerecht, dieser engeren Auslegung zu folgen, nach der ein Gartenhaus keine Wohnung i.S.d. § 244 I Nr. 3 darstellt, da der Schutzzweck des § 244 I Nr. 3, die Intimsphäre, zumindest nicht im Kern betroffen ist.⁴⁶

2. Ergebnis: A und B nicht strafbar gem. §§ 242 I, 244 I Nr. 1 lit. a Var. 2, Nr. 3; 25 II durch "Mitnahme der Elektrogeräte"

III. Strafbarkeit von A und B gem. §§ 123 I Var. 1; 303 I; 25 II zu Lasten G durch Aufbrechen der Türe und Betreten des Gartenhauses

A und B haben auch die Tatbestände der §§ 123, 303 vorsätzlich, rechtswidrig und schuldhaft erfüllt, da sie in das Gartenhaus des G eingedrungen sind und dazu die Tür gewaltsam aufgebrochen haben.

1. Ergebnis: A und B strafbar gem. §§ 123 I Var. 1; 303 I; 25 II durch Aufbrechen der Türe und Betreten des Gartenhauses

2. Konkurrenzen

A und B verwirklichten einen Diebstahl in einem besonders schweren Fall. Unter der Geltung des früheren § 243, der einen echten Qualifikationstatbestand enthielt, entsprach es der ganz überwiegenden Meinung, daß die §§ 123, 303 von § 243 konsumiert würden. Daran ist auch festzuhalten, wenn man § 243 mit der ganz h.M. als Strafzumessungsregeln betrachtet,⁴⁷ da durch die Bejahung eines besonders schweren Falles (Einbruchsdiebstahl), das durch den Hausfriedensbruch und die Sachbeschädigung begangene Unrecht mitabgegolten wurde.

IV. Strafbarkeit von A und B gem. §§ 303 I, II, 22, 23 I; 25 II zu Lasten H durch "Aufbrechenwollen" des Gartentores

Das Gartentor wurde nicht beschädigt, da A und B die Flucht ergriffen haben. Das Delikt wurde nicht vollendet. Gem. § 303 II ist der Versuch strafbar.

1. Tatentschluß

A und B beabsichtigten, das Gartentor des H gewaltsam mit der Eisenstange aufzubrechen. Die damit verbundene Beschädigung bzw. Zerstörung haben sie

⁴³ OLG Schleswig NStZ 00, S. 479 f.; LK §244, RN 11; RENGIER §4, RN 42a

⁴⁴ HILLENKAMP RN 267

⁴⁵ KOHLMANN-FESTSCHRIFT/JÜRGEN SEIER S. 295

⁴⁶ so auch die Rspr in NStZ-RR 2004, S. 141, 142

⁴⁷ S/S §243, RN 2 mit weiteren Nachweisen

zumindest billigend in Kauf genommen.

2. Unmittelbares Ansetzen

A und B müssten zur Tatbestandshandlung gem. § 22 unmittelbar angesetzt haben. Auch wenn der Sachverhalt diesbezüglich etwas undeutlich formuliert ist, so ist doch herauszulesen, dass der Wachhund des H als Reaktion auf das Verhalten von A und B, das Gartentor aufzubrechen, mit dem Bellen begonnen hat. A und B haben zu diesem Zeitpunkt also bereits versucht, das Gartentor aufzubrechen und haben mit der Tatausführung schon begonnen. Zumindest aber haben sie sich dem Gartentor mit der Eisenstange genähert, so dass die Tatbestandsverwirklichung unmittelbar und ohne wesentliche Zwischenschritte bevorstand.⁴⁸ Unmittelbares Ansetzen liegt daher vor.

3. Rechtswidrigkeit und Schuld sind gegeben

4. Persönliche Strafausschließungs- und Strafaufhebungsgründe

Indem A und B die Flucht ergriffen und von einer weiteren Tatausführung absahen, könnten sie gem. § 24 II strafbefreiend zurückgetreten sein.

Ein Rücktritt ist nur möglich, wenn A und B eine Vollendung der Tat noch für möglich halten. Im konkreten Fall könnte der Versuch jedoch bereits fehlgeschlagen sein. Fehlgeschlagen ist ein Versuch dann, wenn der Täter erkannt hat, dass er mit den ihm zur Verfügung stehenden Mitteln den tatbestandlichen Erfolg entweder gar nicht mehr oder zumindest nicht ohne zeitlich relevante Zäsur herbeiführen kann.⁴⁹ A und B haben beide Angst vor Hunden und ergreifen daher die Flucht. Sie selbst haben nicht die Möglichkeit, das Gartentor aufzubrechen, solange der Hund es bewacht. Der Versuch ist daher bereits fehlgeschlagen und nicht mehr rücktrittstauglich.

Doch selbst wenn man hier keinen fehlgeschlagenen Versuch annehmen würde, so scheiterte der Rücktritt spätestens an dem Kriterium der Freiwilligkeit, da der Rücktritt von A und B aus heteronomen Gründen erfolgt. Für A und B ist der Wachhund eine nachteilige wesentliche Veränderung der Sachlage,⁵⁰ da sie Angst vor ihm haben und dadurch zu einem Abstandnehmen von der Tatausführung gezwungen werden.

A und B sind nicht strafbefreiend zurückgetreten.

5. Ergebnis: A und B strafbar gem. §§ 303 I, II, 22, 23 I; 25 II durch "Aufbrechenwollen" des Gartentores

V. Strafbarkeit von A und B gem. §§ 242 I, II, 22, 23 I; 25 II zu Lasten H durch "Aufbrechenwollen" des Gartentores

Es wurden keine Gegenstände aus dem Gartenhaus des H weggenommen. Das Delikt wurde nicht vollendet. Der Versuch ist gem. § 242 II strafbar.

1. Tatentschluß

A und B beabsichtigten, Gegenstände aus dem Gartenhaus des H zu stehlen. Dabei genügt es, dass sich der Vorsatz nicht auf ganz bestimmte Sachen richtet,

⁴⁸ WESSELS/BEULKE RN 599 ff.

⁴⁹ WESSELS/BEULKE RN 628

⁵⁰ JOECKS §24 RN 21

sondern vielmehr darauf, etwas “Brauchbares” mitzunehmen.⁵¹

2. Unmittelbares Ansetzen

Fraglich ist, ob A und B durch das versuchte Aufbrechen des Gartentores auch zum Grunddelikt des Diebstahls gem. § 242 an den Gegenständen in H’s Gartenhaus unmittelbar angesetzt haben, wie es § 22 fordert.

Unmittelbares Ansetzen liegt vor bei Handlungen des Täters, die nach dem Tatplan der Verwirklichung eines Tatbestandsmerkmals unmittelbar vorgelagert sind und im Falle ungestörten Fortgangs ohne Zwischenakte in die Tatbestandshandlung unmittelbar einmünden sollen. Darüberhinaus müssen die Täter die Schwelle zum “jetzt geht es los” in subjektiver Hinsicht überschreiten.⁵² Zwar stellt sich das versuchte Aufbrechen des Gartentores aus Sicht der Täter als Ausführungsbeginn ihres Gesamtplanes dar, Gegenstände aus dem Gartenhaus des H zu stehlen. Da jedoch vor der Erfolgsherbeiführung noch eine Vielzahl an Handlungsschritten (Zwischenakte⁵³) erforderlich sind (Betreten des Grundstücks des H, Aufbrechen der Türe des Gartenhauses), ist das Aufbrechen des Gartentores noch als Handlung im Vorbereitungsstadium zu werten. A und B haben zum Grunddelikt gem. § 242 nicht unmittelbar angesetzt.

Eine Ansicht sieht jedoch im unmittelbaren Ansetzen an ein Regelbeispiel wie § 243 I 2 Nr. 1 Var. 1 in Diebstahlsabsicht gleichzeitig das unmittelbare Ansetzen zum Grundtatbestand des § 242.⁵⁴ Indem A und B versuchten, das Gartentor gewaltsam zu öffnen, haben sie zu einem Einbruch in den Garten des H unmittelbar angesetzt, da der umzäunte Garten mit Gartentor einen umschlossenen Raum darstellt, der dazu bestimmt ist, von Menschen betreten zu werden und der zumindest teilweise mit künstlichen Vorrichtungen zur Abwehr des Eindringens Unbefugter umgeben ist.⁵⁵ Dies müsste zur Tatausführung geschehen sein. Die eigentliche Tatausführung kann jedoch erst erfolgen, wenn A und B in das Gartenhaus einbrechen. Auch hier sind noch Zwischenakte erforderlich. A und B haben also auch zum Regelbeispiel nicht unmittelbar angesetzt.

3. Ergebnis: *A und B nicht strafbar gem. §§ 242 I, II, 22, 23 I; 25 II durch “Aufbrechenwollen” des Gartentores*

VI. Strafbarkeit von C gem. §§ 242 I; 25 II zu Lasten G

1. Tatbestandsmäßigkeit

a) “Holen der Beute”

Durch das Holen der Beute könnte C sich eines Diebstahls in Mittäterschaft strafbar gemacht haben.

Zum Zeitpunkt des Holens der Beute war der Diebstahl durch A und B bereits (formell) vollendet, aber noch nicht (materiell) beendet, da der Diebstahl

⁵¹ T/F §242, RN 30

⁵² T/F §22 RN 10

⁵³ WESSELS/BEULKE RN 601

⁵⁴ T/F §242, RN 56; WESSELS/BEULKE RN 607

⁵⁵ T/F §243, RN 4

nach h.M. erst beendet ist, wenn der neue Gewahrsam endgültig gesichert ist.⁵⁶

Daher ist zunächst zu klären, ob eine sukzessive Mittäterschaft zwischen Vollendung und Beendigung des Delikts überhaupt in Betracht kommt.

aa) Sukzessive Mittäterschaft zwischen (formeller) Vollendung und (materieller) Beendigung

Nach verbreiteter Lehre soll eine Beteiligung an der Tat bis zum Zeitpunkt der (materiellen) Beendigung der Tat möglich sein.⁵⁷

bb) Gegenansicht

Gegen diese Auffassung sprechen jedoch drei gewichtige Gründe.

So würde ein Mittäter einer formell vollendeten und nur materiell noch nicht beendeten Tat die Tatbestandshandlung nicht mehr mit einem Komplizen gemeinsam ausführen, wie es § 25 II jedoch voraussetzt (entsprechend würde auch der Gehilfe nicht mehr die Tathandlung unterstützen, wie es § 27 voraussetzt). Konsequenz wäre, dass die Haftung über den Gesetzeswortlaut hinaus ausgedehnt werden würde und daher gegen den nulla-poena-Grundsatz (Art. 103 II GG) verstoßen würde.⁵⁸

Darüberhinaus würde die Abgrenzung zwischen Beteiligung an der Vortat und Begünstigung praktisch unmöglich, da diese nach der Rechtsprechung⁵⁹ im Stadium zwischen Vollendung und Beendigung nach der Willensrichtung des Teilnehmers erfolgen soll. Der Teilnehmer macht sich aber in der Regel gar keine Gedanken darüber, ob er nun die Haupttat fördern, oder die Vorteile aus der Tat sichern will.⁶⁰

Schliesslich führt die Lehre von der materiellen Beendigung der Tat zu einer großen Rechtsunsicherheit, da keine genauen Kriterien dafür existieren, wann nun eigentlich die materielle Beendigung der Tat eintreten soll (Abtransport der Beute, Verstecken, Verkaufen, usw.?).

Alle diese Gründe sprechen dafür, eine Unterscheidung zwischen formeller Vollendung und materieller Beendigung zumindest insoweit abzulehnen, als damit Konsequenzen für Täterschaft und Teilnahme verbunden werden. Eine Beteiligung an der Tat ist nach Vornahme der Tatbestandshandlung (im konkreten Fall der Wegnahme) somit nicht mehr möglich.

Durch die Holen der Beute kann C also nicht Mittäter des Diebstahls geworden sein.

b) “Fahren zum Tatort”

C könnte jedoch auch durch das Fahren zum Tatort einen Diebstahl in Mittäterschaft begangen haben. Doch ist fraglich, ob C insoweit nicht nur Gehilfe ist.

Die formal-objektive Theorie⁶¹ würde den C hier als Gehilfen betrachten, da er an der tatbestandlichen Ausführungshandlung nicht beteiligt war und das

⁵⁶ BGHSt 4, 133; 20, 196; T/F RN 54

⁵⁷ BGHSt 4, 133; BGH JZ 1981, 596; S/S §25, RN 63 mit weiteren Nachweisen; JESCHEK/WEIGEND S. 563

⁵⁸ so auch KÜHL §20, RN 127; LK/ROXIN §25, RN 134ff.

⁵⁹ BGHSt 4, 133; OLG Köln NJW 90, 587

⁶⁰ HILLENKAMP RN 804

⁶¹ WESSELS/BEULKE RN 511

Fahren zum Tatort lediglich als Vorbereitungs- bzw. Unterstützungshandlung, nicht jedoch als wesentlicher Tatbeitrag anzusehen ist.

Auch die materiell-objektive Theorie⁶² käme zu diesem Ergebnis, da C weder an der Tatausführung beteiligt war, noch Tatherrschaft besaß. Er erscheint lediglich als eine Randfigur des Geschehens.

Und auch die subjektive Theorie⁶³ käme zu diesem Ergebnis, da C die Tat vollständig A und B in die Hände gegeben hatte und die Tat nur mit Teilnehmerwillen (*animus socii*) als “fremde” im Rahmen eines “Freundschaftsdienstes” fördern wollte.

C handelte somit nicht mittäterschaftlich durch das Fahren zum Tatort.

2. Ergebnis: C nicht strafbar gem. §§ 242 I; 25 II

VII. Strafbarkeit von C gem. §§ 242 I, 27 // §§ 303 I, 123 Var. 1; 27 // §§ 303 I, II, 22, 23 I; 27 // 243 I

1. Tatbestandsmäßigkeit

A und B haben vorsätzliche, rechtswidrige Taten zu Lasten von G und H begangen (s. oben I 4.; III 1.; IV 5.). Teilnahmefähige Haupttaten liegen somit vor.

a) “Holen der Beute”

Indem C die Beute holte, könnte er sich der Beihilfe an dem von A und B vollendeten Diebstahl (s. oben I 4.) unter dem Gesichtspunkt der sukzessiven Beihilfe⁶⁴ schuldig gemacht haben. Da die Haupttat zwar vollendet, aber noch nicht beendet war, stellt sich diesmal die Frage, ob eine sukzessive Beihilfe zwischen Vollendung und Beendigung möglich ist. Eine Unterscheidung zwischen Vollendung darf jedoch, wie bereits dargelegt, nicht die an die Tatbestandsfassung anknüpfende Teilnahmeregelung des Gesetzes aus den Angeln heben (s. oben VI 1 a bb)). Die o.g. Gründe, die gegen eine sukzessive Mittäterschaft in diesem Stadium angeführt wurden, müssen auch zur Verneinung der Möglichkeit einer sukzessiven Beihilfe zwischen Vollendung und Beendigung führen.

b) “Fahren zum Tatort”

C könnte sich jedoch durch das Fahren zum Tatort einer Beihilfe an den von A und B begangenen Haupttaten (s. oben I 4.; III 1.; IV 5.) schuldig gemacht haben.

Gem. § 27 müsste C “Hilfe geleistet haben”. “Hilfeleisten” liegt in jedem Tatbeitrag, der die Haupttat ermöglicht oder fördert.⁶⁵ Durch das Fahren zum Tatort wurde A und B die Begehung des Einbruchdiebstahls in der Schrebergartensiedlung sowie die versuchte Sachbeschädigung am Gartentor des H zumindest erleichtert.

Hätte C A und B nicht zum Tatort gefahren, wären diese nicht dort gewesen und hätten folglich die Elektrogeräte nicht gestohlen und das Gartentor nicht beschädigt. Der Tatbeitrag des C war somit kausal für die Erfolge der Haupt-

⁶² WESSELS/BEULKE RN 512

⁶³ WESSELS/BEULKE RN 515

⁶⁴ T/F §27, RN 4

⁶⁵ WESSELS/BEULKE RN 582

taten, weshalb auf die strittige Frage, ob Kausalität hier überhaupt vorliegen muss, nicht weiter eingegangen werden muss. Das A und B auch auf andere Weise ohne den C an den Tatort gelangt wären, ist im Rahmen hypothetischer Kausalverläufe nicht zu berücksichtigen.⁶⁶

C müsste Vorsatz hinsichtlich der Haupttaten als auch der Beihilfehandlung gehabt haben.

C wusste, dass A und B einen “Bruch” begehen wollen. Da er A und B hierfür zur Schrebergartensiedlung fuhr, wusste er um den Plan der beiden, einen oder mehrere Einbruchsdiebstähle zu begehen. C wusste somit auch, dass dabei Hausfriedensbrüche sowie möglicherweise Sachbeschädigungen mitverwirklicht werden. All dies nahm er zumindest billigend in Kauf.

C handelte ferner vorsätzlich hinsichtlich seiner Beihilfehandlung, dem Fahren zum Tatort.

2. Rechtswidrigkeit und Schuld sind gegeben

3. Strafzumessung

Auch für die Teilnahme gilt, dass Vorschriften für besonders schwere Fälle keine Tatbestände darstellen und daher auf Grund des Gewichts der Teilnehmerehandlung im Rahmen einer Gesamtwürdigung geprüft werden muss, ob sich die Beihilfehandlung als besonders schwerer Fall darstellt.⁶⁷ Das bloße Fahren zum Tatort erscheint nicht ausreichend, hier einen besonders schweren Fall der Beihilfe zum Diebstahl zu begründen.

4. Ergebnis: C strafbar gem. §§ 242 I, 27 // §§ 303 I, 123 Var. 1; 27 // §§ 303 I, II, 22, 23 I; 27 // 243 I durch “Fahren zum Tatort”

VIII. Strafbarkeit von C gem. § 257 I durch “Holen der Beute”

1. Tatbestandsmäßigkeit

C könnte A und B durch das Holen der Beute den Vorteil ihrer Tat (s. oben I 4.) gesichert haben. Das Holen der Beute kann aber nur dann eine “Sicherung” darstellen, wenn A und B noch im Besitz des Vorteils waren⁶⁸ oder diesen durch Zurücklassen der Beute bereits verloren haben.⁶⁹ A und B haben ihren Herrschaftswillen durch das Zurücklassen der Beute jedoch nicht aufgegeben. Sie hätten zu einem späteren Zeitpunkt zurückkehren können und die Beute holen können, da sie wussten, wo sie lag und niemand anderes ihren gelockerten Gewahrsam gebrochen hat. Der objektive Tatbestand liegt somit vor.

C handelte auch vorsätzlich.

2. Rechtswidrigkeit und Schuld sind gegeben

3. § 257 III

C war an der Vortat beteiligt (s. oben VII 4.) und ist daher nicht wegen Begünstigung strafbar.

4. Ergebnis: C wird nicht bestraft gem. § 257 I durch “Holen der Beute”

⁶⁶ WESSELS/BEULKE RN 582

⁶⁷ T/F §46, RN 105

⁶⁸ BGHSt 36, 281; BGH NStZ 94, 188

⁶⁹ BGHSt 24, 166

IX. Strafbarkeit von C gem. § 259 I durch “Behalten eines Beuteanteils”

1. Tatbestandsmäßigkeit

C müsste sich gem. § 259 I eine Sache verschafft haben, die ein anderer gestohlen hat. Die Elektrogeräte stellen “Sachen” dar und wurden von A und B gestohlen (s. oben I 4.). “Sich-Verschaffen” bedeutet die Herstellung tatsächlicher eigener Herrschaftsgewalt über die Sache im Einverständnis mit dem Vortäter.⁷⁰ Die Vortäter A und B teilen die Beute mit C und überlassen ihm somit einen Teil der Elektrogeräte. Der C erhält so eigene Verfügungsgewalt über die ihm überlassenen Elektrogeräte.

C handelte ferner mit Bereicherungsabsicht.⁷¹

2. Rechtswidrigkeit und Schuld sind gegeben

3. Ergebnis: C strafbar gem. § 259 I durch “Behalten eines Beuteanteils”

X. Strafbarkeit von C gem. § 303 I zu Lasten H durch “Erschlagen des Hundes”

1. Tatbestandsmäßigkeit

C müsste eine fremde bewegliche Sache beschädigt oder zerstört haben.

Sachen sind alle körperlichen Gegenstände.⁷² Fraglich ist, ob auch Tiere - hier der Wachhund - als “körperliche Gegenstände” angesehen werden können.

Im BGB ist ausdrücklich geregelt, dass es sich gem. § 90 a BGB bei Tieren nicht um Sachen handelt. Im Strafrecht fehlt eine entsprechende Regelung. Dennoch besteht Einigkeit darüber, dass der strafrechtliche Begriff nicht an der zivilrechtlichen Festlegung zu orientieren ist, da die Zielsetzung des Strafrechts eine andere als die des Zivilrechts ist. Zielsetzung des Strafrechts bei § 303 ist , nicht das Tier, sondern vielmehr den Eigentümer zu schützen.⁷³ Daher erscheint es sachgerecht, auch Tiere unter den strafrechtlichen Sachenbegriff zu subsumieren.⁷⁴

Daher ist der Wachhund trotz der andersartigen Regelung des § 90 a BGB eine Sache i.S.d. § 303 I. Da der Wachhund im Eigentum des H steht, ist er für C fremd.

C hätte den Wachhund “zerstört”, wenn er ihn so weit beschädigt hat, dass seine “Gebrauchsfähigkeit” bzw. sein bestimmungsgemäßer Zweck völlig aufgehoben wird.⁷⁵ Auch wenn das Töten des Hundes keine sofortige vollständige Substanzvernichtung darstellt, so ist der Wachhund dennoch zerstört (und somit auch beschädigt), da er seinen Zweck als bellender Wachhund und getreuer Freund des Gartenhausbesitzers H in totem Zustand nur schwerlich erfüllen kann.

Die Handlung des C war kausal für den Erfolgseintritt und ihm objektiv zurechenbar.

C handelte zudem vorsätzlich.

⁷⁰ BGHSt 15, 53, 56; 27, 45, 46; HILLENKAMP RN 848

⁷¹ HILLENKAMP RN 876

⁷² HILLENKAMP RN 15

⁷³ HILLENKAMP RN 11

⁷⁴ T/F §303, RN 2

⁷⁵ T/F §303, RN 14

2. Rechtswidrigkeit und Schuld sind gegeben

3. *Ergebnis: C strafbar gem. § 303 I durch "Erschlagen des Hundes"*

XI. Strafbarkeit von A und B gem. §§ 242 I, 244 I Nr. 2; 25 II zu Lasten G durch "Mitnahme der Elektrogeräte"

1. Tatbestandsmäßigkeit

Das Grunddelikt wurde von A und B verwirklicht (s. oben I 4.).

Fraglich ist, ob A und B sich auch eines Bandendiebstahls gem. § 244 I Nr. 2 strafbar gemacht haben.

a) Bandenbegriff: 2 oder 3 Personen

Die frühere Rechtsprechung⁷⁶ ließ bereits den Zusammenschluss von zwei Personen genügen. A und B, die bereits mehrere 'Touren' unternommen haben, was eine fortgesetzte Begehung nahelegt, könnten demnach eine Bande konstituieren.

Die neue Rechtsprechung⁷⁷ fordert hingegen den Zusammenschluss von mindestens drei Personen. Der neuen Rechtsprechung sollte gefolgt werden, da ein Zusammenschluss von 2 Personen dem Begriff der Bande nicht gerecht werden kann. Die für eine Bande typische wechselnde Besetzung bei der Tatbegehung ist bei lediglich 2 Personen nicht möglich. Zudem wären 'untypische' Konstellationen denkbar, wie beispielsweise das "Ehepaar als Bande", weil es sich zur fortgesetzten Begehung von Diebestaten verbunden hat.⁷⁸

b) Gehilfe als Bandenmitglied

Zu klären ist nun, ob A, B und C gemeinsam die Bande konstituieren. Auch C hat bei früheren Touren bereits durch das "Fahren zum Tatort" teilgenommen. Wie die Prüfung ergeben hat (s. oben VII 4.) war C, wie wohl auch bei früheren Touren, lediglich Gehilfe.

Nach Ansicht der Rechtsprechung soll es ausreichen, dass der dritten, die Bande erst konstituierenden Person, nur die Tätigkeiten eines Gehilfen zugeordnet sind.⁷⁹ Würde man dem folgen, könnte man in der vorliegenden Konstellation eine Bande erblicken.

Dem ist jedoch nicht zu folgen. Entscheidender Kritikpunkt dürfte sein, dass mit einem konsequent rechtsstaatlich-restriktiven Begriff des Kriminalunrechts, wie er auch in der einschränkenden Auslegung des § 30 II zum Ausdruck kommt, die Anerkennung einer Bandenabrede durch eine bloße Gehilfenzusage nicht vereinbart werden kann, da dies die Grenze rechtlich möglicher Vorfeldkriminalisierung überschreitet.⁸⁰

A und B waren somit nicht Mitglied einer Bande, da es an einer Bandenabrede fehlt.

⁷⁶ BGH NStZ 00, 255; BGHSt 46, 120, 129 f.

⁷⁷ BGH JR 00, 73

⁷⁸ zustimmend ELLBOGEN S. 8, S. 10; HILLENKAMP RN 271b m.w.N.

⁷⁹ BGHSt 47, 214

⁸⁰ ausführliche Ausführung zur fehlerhaften Argumentation des BGH RATH S. 823, ff.

2. Ergebnis: A und B nicht strafbar gem. §§ 242 I, 244 I Nr. 2; 25 II durch
"Mitnahme der Elektrogeräte"

XII. Strafbarkeit von E gem. §§ 242 I, 27 // §§ 303 I, 123 Var. 1; 27 // §§ 303 I, II, 22, 23 I; 27 durch "Verkauf der Eisenstange"

1. Tatbestandsmäßigkeit

Mehrere vorsätzliche rechtswidrige Haupttaten wurden von A und B begangen (s. oben I 4.; III 1.; IV 5.).

Fraglich ist, ob sich E durch das Verkaufen der Eisenstange einer Beihilfe zu diesen Taten strafbar gemacht hat. Der Verkauf einer Eisenstange ist für E grundsätzlich eine "berufstypische" Handlung, die Roxin dadurch definieren möchte, dass sie der "Ausführende jedem anderen in der Lage des Täters gegenüber vorgenommen hätte, weil er mit der Handlung - im vorhinein (auch) - tat- und täterunabhängige eigene, rechtliche nicht mißbilligte Zwecke verfolgt".⁸¹

Unter diesem Gesichtspunkt "alltäglicher", "neutraler", "sozialadäquater" oder auch "berufstypischer" Handlungen⁸² wird diskutiert, ob diesen eine "besondere" Behandlung zu Teil werden soll.

a) "Privilegierung" "neutraler" Handlungen...

Ein großer Teil der Literatur⁸³ und auch die Rechtsprechung⁸⁴ bejaht dies, ordnet das Problem jedoch dogmatisch an unterschiedlichen Stellen ein.

aa) ...im objektiven Tatbestand

Mehrere Ansichten setzen im objektiven Tatbestand an und verneinen diesen, wobei meist nicht deutlich wird, ob die "neutralen" Handlungen schon nicht tatbestandsmäßig sind und somit kein "Hilfeleisten" i.S.d. § 27 darstellen oder erst die objektive Zurechnung verneint werden soll.⁸⁵ Dies kann jedoch zunächst offen bleiben. Für die Verneinung des objektiven Tatbestandes werden verschiedene Begründungen angeführt.

α) Zurechnungsausschluß wegen der Sozialadäquanz

Eine Ansicht führt an, dass unter dem Gesichtspunkt der "Sozialadäquanz" sozialübliche Verhaltensweisen nicht strafbar sein dürfen.⁸⁶ Dies wird durch den Begriff der "professionellen Adäquanz" noch präzisiert. E's Verkauf der Eisenstange - ein in diesem Sinne "normales, neutrales, sozial akzeptiertes und regelgeleitetes berufliches Handeln" - könne nicht zugleich strafrechtlich verboten sein.

β) Abwägung von Handlungsfreiheit und Rechtsgüterschutz

Diese Ansicht möchte neutrale Handlungen nur dann als Beihilfe bestrafen, wenn eine Tat gefördert worden ist, die im Katalog des § 138 genannt ist oder deren Begehung eine Hilfeleistungspflicht gem. § 323 c auslösen würde,

⁸¹ ROXIN §26, RN 220

⁸² OTTO, *Das Strafbarkeitsrisiko berufstypischen, geschäftsmäßigen Verhaltens* S. 436

⁸³ so z.B. ROXIN §26, RN 218 ff.; OTTO, *Das Strafbarkeitsrisiko berufstypischen, geschäftsmäßigen Verhaltens* S. 436; LESCH, *Strafbare Beteiligung durch "berufstypisches" Verhalten?* S. 986; AMBOS S. 721; KÜHLEWEIN S. 1139; TRECHSEL-FESTSCHRIFT/OTTO S. 477 ff.

⁸⁴ BGHSt 46, 107, 112

⁸⁵ BECKEMPER S. 163, S. 163 ff.

⁸⁶ HASSEMER S. 41, S. 81; JAKOBS, *Akzessorietät - Zu den Voraussetzungen gemeinsamer Organisation* S. 253, S. 261

da durch eine weitergehende Strafandrohung die Handlungsfreiheit zu weit eingeschränkt werden würde.⁸⁷ Der Diebstahl von A und B unterfällt weder dem Katalog des § 138, noch würde er eine Hilfspflicht gem. § 323 c auslösen.

γ) Solidarisierung mit dem Täter

Demnach kann sich nur der einer Beihilfe durch eine “äußerlich neutrale” Handlung strafbar machen, der sich erkennbar mit dem Täter “solidarisiert” und so zum “Genossen des Verbrechers” wird, da nur dann der Gehilfe auf die Seite des Unrechts trete.⁸⁸ Eine Solidarisierung der E mit A und B ist nicht erkennbar.

δ) Der deliktische Sinnbezug der Förderungshandlung

Hier ist darauf abzustellen, ob das Verhalten auch ohne die Deliktsverwirklichung noch sinnvoll bliebe und ob in der Förderung der Haupttat der einzige Sinn liegt.⁸⁹ Da E nicht sicher weiß, dass A und B einen “Bruch” begehen wollen, könnte die Eisenstange durchaus auch noch andere Zwecke erfüllen.

ε) Regreßverbot als Sorgfaltsregel

Hier soll danach differenziert werden, ob der Gesetzgeber die Handlung als “grundsätzlich ungefährlich” eingestuft hat oder nicht.⁹⁰ Da der Verkauf von Eisenstangen keinem bestimmten Verkehrsverbot unterliegt, müsste man davon ausgehen, dass die Rechtsordnung dies nicht unter Strafe stellen möchte und die damit verbundenen Risiken in Kauf nehme.

ζ) Vertrauensgrundsatz

Handelt der Gehilfe lediglich mit *dolus eventualis*, so soll der Vertrauensgrundsatz im Rahmen der objektiven Zurechnung zum Tragen kommen.⁹¹ E, die eine Deliktsverwirklichung von A und B nur für möglich hält, müsste demnach nicht damit rechnen, dass A und B die Tat wirklich begehen.

bb) ...im subjektiven Tatbestand

Rechtsprechung⁹² und Teile der Literatur⁹³ differenzieren hingegen im subjektiven Tatbestand. Während sicheres Wissen hinsichtlich der Tatbestandsverwirklichung eine Beihilfestrafbarkeit begründe, soll *dolus eventualis* beim Gehilfen nicht oder zumindest nur dann ausreichen, wenn der Täter “erkennbar tatgeneigt” war. E hat lediglich mit einem “Bruch” gerechnet, hatte jedoch kein sicheres Wissen und handelte insofern also nur mit *dolus eventualis*.

Alle diese Ansichten kämen zu dem Ergebnis, dass E straflos wäre. Gegen alle diese Ansichten werden Kritikpunkte aufgeführt, die erheblich an ihrer Anwendbarkeit zweifeln lassen. Entscheidend ist jedoch, dass die Grundüberlegung, auf denen all diese Ansichten beruhen, bereits fehlerbehaftet ist.

b) Gegenansicht

Die Gegenansicht wendet zutreffend ein, dass eine Unterscheidung - wie die anderen Ansichten sie zu Grunde legen - zwischen “guten” und “bösen”, “neu-

⁸⁷ FRISCH S. 296; HEFENDEHL S. 374, S. 377

⁸⁸ SCHUMANN S. 54 ff.

⁸⁹ S/S/CRAMER §27, RN 10; MEYER-ARNDT S. 281, S. 281 ff.; MIYAZAWA-FESTSCHRIFT/ROXIN S. 501, 513 ff.

⁹⁰ NK/PUPPE §vor §13, RN 156 ff.

⁹¹ ROXIN §26, RN 241 ff.; LK/ROXIN §27, RN 21; MIYAZAWA-FESTSCHRIFT/ROXIN S. 501, 516

⁹² BGHSt 46, 107, 112

⁹³ LENCKNER-FESTSCHRIFT/OTTO S. 193 ff.

tralen” und “strafrechtlich relevanten” Handlungen nicht stattfinden darf. Dies stellt von vorneherein ein Werturteil über die entsprechende Handlung dar, welches erst die strafrechtliche Prüfung ergeben darf.⁹⁴ Selbst Roxin hat bereits festgestellt, dass es “neutrale” Handlungen ‘per se’ nicht gibt.⁹⁵ Daher muss jede Handlung der gleichen strafrechtlichen Prüfung unterzogen werden, es dürfen keine Handlungen von vorneherein ausgesondert werden und es dürfen keine unterschiedlichen Kriterien an Handlungen angelegt werden.

Der Verkauf der Eisenstange an A und B hat deren rechtswidrige Haupttat gefördert bzw. erleichtert⁹⁶ und war kausal im Hinblick auf die Haupttat. Der Einwand, dass der Einbruch auch ohne den Verkauf der Eisenstange durch E begangen worden wäre, weil diese ‘überall’ zu haben ist,⁹⁷ muss im Hinblick auf hypothetische Kausalverläufe unberücksichtigt bleiben.⁹⁸ Auch objektive Zurechnung ist zu bejahen, da der Vertrauensgrundsatz bei vorsätzlich verwirklichten Delikten nicht anwendbar ist. Rechnet der Gehilfe mit der Deliktsverwirklichung, vertraut er eben gerade nicht auf deren Ausbleiben.⁹⁹

E rechnete mit einer Deliktsverwirklichung seitens A und B in Form eines “Bruchs” und handelte mit dolus eventualis hinsichtlich der von A und B begangenen Taten. Dolus eventualis genügt zur Begründung einer Beihilfestrafbarkeit nach allgemeinen Grundsätzen,¹⁰⁰ die auch hier Anwendung finden müssen. Es genügt, dass E die wesentlichen Merkmale erkannt hat.¹⁰¹

2. Rechtswidrigkeit und Schuld

Teilweise wird diskutiert, ob ein Rechtfertigungsgrund für Handlungen in Betracht kommt, die im Rahmen der Berufsausübung vorgenommen werden. Zum einen wird erwogen, eine notstandsähnliche Abwägung zwischen Nutzen der Handlung zum einen und Rechtsgüterschutz zum anderen vorzunehmen.¹⁰² Darüberhinaus wird vorgeschlagen, Handlungen im Rahmen der Berufsausübung im Hinblick auf Art. 12 GG zu rechtfertigen, der die Berufsfreiheit gesondert hervorhebt.¹⁰³

Auch hier sind keine Gründe ersichtlich, weshalb man Handlungen im Rahmen der Berufsausübung privilegieren sollte. Zumindest keine, die es rechtfertigen würden, eine tatbestandsmäßige Beihilfe straffrei zu stellen.

Entschuldigungsgründe greifen nicht ein.

3. Ergebnis: E strafbar gem. §§ 242 I, 27 // §§ 303 I, 123 Var. 1; 27 // §§ 303 I, II, 22, 23 I; 27 durch “Verkauf der Eisenstange”

⁹⁴ so übereinstimmend BECKEMPER S. 163, S. 169; KÜHLEWEIN S. 1139

⁹⁵ ROXIN §26, RN 231

⁹⁶ T/F §27, RN 2

⁹⁷ JAKOBS, *StGB AT* §24, RN 17

⁹⁸ BECKEMPER S. 163, S. 164

⁹⁹ BECKEMPER S. 163, S. 168; NISHIHARA-FESTSCHRIFT/WEIGEND S. 199 f.

¹⁰⁰ T/F §27, RN 8; BGHSt 2, 281

¹⁰¹ T/F §27, RN 8

¹⁰² LAMPE S. 123, S. 128

¹⁰³ KÜHLEWEIN S. 1139, S. 1140

B. Tatkomplex 2: Drogenhandel - Strafbarkeit von C und D

I. Strafbarkeit C gem. § 263 I zu Lasten K durch “Übergabe des gestreckten Rauschgifts”

1. Tatbestandsmäßigkeit

a) Täuschung über äußere Tatsache

Indem C dem D das gestreckte Rauschgift übergibt, könnte ein Vorspiegeln falscher Tatsachen vorliegen. Dies wäre der Fall, wenn ein in Wirklichkeit nicht vorliegender Umstand tatsächlicher Art einem anderen gegenüber als vorhanden oder gegeben hingestellt wird.¹⁰⁴ Die angegebene Rauschgiftqualität ist eine Tatsache i.S.d. § 263, da sie dem Beweise zugänglich ist.¹⁰⁵ Durch Übergabe täuscht C konkludent vor, das Rauschgift habe die verabredete Qualität, und es sei nichts zu beanstanden.

Zugleich unterdrückt¹⁰⁶ C die wahre Tatsache der minderwertigen Qualität des Rauschgifts.

b) Erregung eines Irrtums als Folge der Täuschungshandlung

Fraglich ist, ob in K ein Irrtum erregt wurde, da er zwar grundsätzlich von der unrichtigen Vorstellung ausgeht, das Rauschgift habe die versprochene Qualität, er aber daran zweifelt.

aa) Zweifel: Prinzip der Eigenverantwortlichkeit / viktimodogmatisches Prinzip

Dieser Ansicht zufolge sollen Zweifel, die das Opfer anhalten könnten, eigene Schutzmaßnahmen zu ergreifen, aus dem betrugsrelevanten Irrtumsbegriff fallen.¹⁰⁷ Im Hinblick auf die Eigenverantwortlichkeit und dem viktimodogmatischen Prinzip, dass keines strafrechtlichen Schutzes bedürfe, wer sich selbst schützen könne, wird diese Forderung untermauert.¹⁰⁸ K hatte Zweifel und dachte sogar darüber nach, das Rauschgift zu überprüfen. Ob er dies tue, sei ihm überlassen, doch könne er bei unterlassener Prüfung keinen strafrechtlichen Schutz erwarten.

bb) Gegenansicht

Der ganz h.M. zufolge schließen Zweifel an der Richtigkeit einer Tatsachenbehauptung einen Irrtum nicht aus, da auch der Zweifelnde einer Fehlvorstellung hinsichtlich des wahren Sachverhalts unterliegt.¹⁰⁹ Eine restriktivere Auffassung verlangt, dass das Opfer die Wahrheit der Behauptung für wahrscheinlicher halten müsse als deren Unwahrheit.¹¹⁰ Auch nach der restriktiveren Auffassung wäre ein Irrtum bei K zu bejahen, da er auf eine Prüfung kaum verzichtet hätte, wenn er die Qualität des Rauschgifts für offensichtlich mangelhaft erachtet hätte. Dieser Ansicht ist zu folgen. Trotz der Zweifel wird K

¹⁰⁴ HILLENKAMP RN 498

¹⁰⁵ RGSt 56, 227, 231 f.

¹⁰⁶ vgl. OLG Köln JR 61, 433

¹⁰⁷ AMELUNG S. 1; SK/SAMSON/GÜNTHER §263, RN 57 ff.

¹⁰⁸ SCHÜNEMANN S. 439

¹⁰⁹ RGSt 72, 113, 115; BGHSt 24, 257, 260; BGH MDR 1972, 387; LACKNER/KÜHL §263, RN 18 m.w.N.

¹¹⁰ AMELUNG S. 1, S. 16

zum Werkzeug des Täters. Dabei kann keine Rolle spielen, ob der Irrtum hätte verhindert werden können, da auch der “Leichtgläubige” strafrechtlichen Schutz genießt. Entscheidend ist, ob der Irrtum kausal für die Vermögensverfügung war.

c) Irrtumsbedingte Vermögensverfügung

Infolge der Vorstellung, die versprochene Rauschgiftqualität erhalten zu haben, übergibt K dem C den vollen Kaufpreis. Unabhängig vom zugrundegelegten Vermögensbegriff, ist (“gutes”) Geld nach allen Ansichten vom strafrechtlichen Vermögensbegriff umfasst.¹¹¹

d) Vermögensschaden

Zu überprüfen ist jedoch, ob es zu einem Vermögensschaden bei K gekommen ist, da er das Geld zum Kauf von Betäubungsmitteln eingesetzt hat, was gem. § 29 BtMG eine Straftat darstellt.

aa) Kein Vermögensschaden, wenn “gutes Geld” zu rechtlich missbilligten Zwecken eingesetzt wird

Diese Ansicht möchte bei Einsatz von Vermögenswerten zu rechtlich missbilligten Zwecken keinen Vermögensschaden anerkennen, da das Opferverhalten in diesem Fall keinen strafrechtlichen Schutz verdiene.¹¹² Demnach hat K keinen Vermögensschaden erlitten.

bb) Gegenansicht

Die Gegenansicht führt die zutreffenden Argumente an, man dürfe keinen rechtsfreien Raum schaffen und dem Schädiger einen Freibrief verschaffen.¹¹³ Für K stelle die Ausgabe “guten Geldes” ohne eine Gegenleistung zu erhalten, in jedem Fall eine wirtschaftlich sinnlose Ausgabe dar, die ihn “ärmer” mache. Auch eine “bewusste Selbstschädigung” steht einer Bestrafung wegen Betruges nicht entgegen, da damit verkannt würde, dass der Einsatz von Vermögenswerten zu unerlaubten Zwecken nicht mit einer zweckfreien bewussten Vermögensentäußerung zu vergleichen ist.¹¹⁴ K, der in Form des gestreckten Rauschgiftes kein Äquivalent erhält, dass dem bezahlten Kaufpreis entspricht, hat demnach einen Vermögensschaden erlitten.

C wusste jedoch nicht, dass das Rauschgift infolge eines Lieferengpasses von D gestreckt wurde und handelte somit gem. § 16 I 1 unvorsätzlich.

2. Ergebnis: C nicht strafbar gem. § 263 I durch “Übergabe des gestreckten Rauschgifts”

II. Strafbarkeit D gem. §§ 263 I; 25 I 2. Alt. zu Lasten K durch “Übergabe des gestreckten Rauschgifts”

1. Tatbestandsmäßigkeit

D hat die Täuschung des K nicht selbst ausgeführt, da er den C das gestreckte Rauschgift übergeben ließ. Ihm könnte jedoch die äußerlich tatbestandliche Handlung des C zugerechnet werden,¹¹⁵ wenn er die Tat gem. § 25 I Alt.

¹¹¹ HILLENKAMP RN 565

¹¹² CRAMER S. 243 f.; MITSCH §7, RN 41

¹¹³ RGSt 44, 230; HILLENKAMP RN 564; LK/TIEDEMANN §263, RN 138

¹¹⁴ HILLENKAMP RN 564 m.w.N.; aA S/S/CRAMER §263, RN 150 m.w.N.

¹¹⁵ KÜHL §20, RN 42, 42; S/S/CRAMER/HEINE §25, RN 7

2 als mittelbarer Täter begangen hätte. Mittelbare Täterschaft setzt voraus, dass der mittelbare Täter oder Hintermann die Handlung des Tatmittlers oder Werkzeugs,¹¹⁶ dessen Strafbarkeit bereits oben verneint wurde (s. oben I 2.), planvoll durch seinen Willen steuert, sich also das Tatgeschehen als Werk des mittelbaren Täters oder Hintermannes darstellt, so dass dieser Tatherrschaft in Gestalt von Wissens-, Willens- oder Organisationsherrschaft hat.¹¹⁷ D hatte Tatherrschaft kraft überlegenen Wissens, da er den C nicht über das gestreckte Rauschgift informierte und ihn so in einen Tatbestandsirrtum versetzte (s. oben I 1 d bb)). D benutzte C als Werkzeug, um K zu täuschen.

Daher können D die Handlungen des C objektiv zugerechnet werden (s. oben I 1 d bb)).

D handelte hinsichtlich der mittelbaren Täterschaft vorsätzlich. D handelte darüberhinaus mit rechtswidriger Bereicherungsabsicht,¹¹⁸ da er keinen zivilrechtlichen Anspruch aufgrund des nichtigen Rechtsgeschäfts gegenüber K hatte oder zumindest nicht in dieser Höhe. Zwar war Motiv seines Handelns ein Lieferengpass, dies steht der Bereicherungsabsicht jedoch nicht im Wege, da es D auf die Erlangung des Vorteils ankam.¹¹⁹ Dass er das Geschäft trotz Lieferengpasses getätigt hat, indiziert dies.

2. Rechtswidrigkeit und Schuld sind gegeben

3. Ergebnis: D strafbar gem. §§ 263 I; 25 I 2. Alt. durch "Übergabe des gestreckten Rauschgifts"

III. Strafbarkeit C gem. § 263 I zu Lasten D durch "Annahme des Auftrags"

1. Tatbestandsmäßigkeit

C hat den D durch Annahme des Auftrages nicht getäuscht. Die innere Tatsache,¹²⁰ den Auftrag ordnungsgemäß ausführen zu wollen, stimmte mit dem bekundeten Willen, dies zu tun, überein. Der Entschluss, das Geld doch für sich zu behalten, wurde erst gefasst, als C bereits im Besitz des Geldes war. Ein Betrug kommt daher nicht in Betracht.

2. Ergebnis: C nicht strafbar gem. § 263 I durch "Annahme des Auftrags"

IV. Strafbarkeit C gem. § 242 I zu Lasten D durch "Behalten des Geldes"

1. Tatbestandsmäßigkeit

Das Geld war für C eine fremde bewegliche Sache, da es im Eigentum des K stand und an C nicht übereignet wurde, sondern vielmehr zur Überbringung an D übergeben wurde. Übereignung erfolgt erst durch Übergabe an D (§ 929 BGB). Somit war die Sache für C in jedem Fall fremd.

Fraglich ist, ob eine Wegnahme gegenüber D durch Behalten des Geldes in Betracht kommt. Um fremden Gewahrsam brechen zu können, müsste dieser zunächst einmal bestehen. Zu prüfen ist, ob D, als Auftraggeber des Kuriers

¹¹⁶ FREUND §10, RN 54

¹¹⁷ KÜHL §20, RN 39-41

¹¹⁸ KÜPER, *StGB BT* S. 81 f.

¹¹⁹ KÜPER, *StGB BT* S. 82

¹²⁰ HILLENKAMP RN 491

C, Mitgewahrsam über Sachen innehat, die C für ihn überbringt.¹²¹ Dies wird in vergleichbaren Fällen jedoch durchweg abgelehnt.¹²² So hat auch der LKW-Fahrer gegenüber seinem Geschäftsherrn Alleingewahrsam über das Frachtgut, wenn er für dieses einen gewisse Verantwortung trägt und Einflussmöglichkeiten hat.¹²³ D ist nicht (Mit-)gewahrsamsinhaber, da kein tatsächliches Herrschaftsverhältnis und keine physisch-reale Einwirkungsmöglichkeit¹²⁴ auf das Geld besteht, solange C es als Kurier in seiner Gewahrsamsphäre eigenverantwortlich transportiert. C ist während dieser Kurierdienste dem unmittelbaren Weisungsbereich des D entzogen, der keine Möglichkeit hat, auf das Geld zuzugreifen.¹²⁵

Ein Diebstahl kommt daher nicht in Betracht.

2. Ergebnis: C nicht strafbar gem. § 242 I durch “Behalten des Geldes”

V. Strafbarkeit C gem. § 266 I Var. 2 durch “Behalten des Geldes”

1. Tatbestandsmäßigkeit

Zunächst ist fraglich, ob ein Treueverhältnis D gegenüber bestand. Der Auftrag, Drogen zu überbringen und die Gegenleistung abzuliefern, war ein gesetz- und sittenwidriges Rechtsgeschäft und daher nichtig (§§ 134, 138 BGB). Darüberhinaus käme auch ein (faktisches) Treueverhältnis sowohl gegenüber D als dessen Kurier, als auch gegenüber K, für den C als Bote den Kaufpreis überbringen soll, in Betracht. Dabei ist im Rahmen der “Ganovenuntreue” strittig, wie gesetz- oder sittenwidrige Abreden generell zu behandeln sind.¹²⁶

Es wird jedoch zu Recht darauf verwiesen, dass auf diese Frage nur eingegangen werden muss, wenn die tatsächlichen Voraussetzungen eines Vermögens-Betreuungsverhältnisses vorliegen sollten.¹²⁷ Ein Vermögens-Betreuungsverhältnis ist die Geschäftsbesorgung für einen anderen, bei der dem Betreuungspflichtigen ein gewisses Maß an Selbständigkeit, Bewegungsspielraum und Entscheidungsfreiheit eingeräumt ist.¹²⁸ C fungiert sowohl für D als auch für K lediglich als “Bote”. Er ist lediglich “Überbringer” und wickelt die Geschäfte ohne jeden eigenen Spielraum nach Maßgabe des Drogenhändlers D ab, bzw. überbringt ihm die Gegenleistung. Daher kommt für den BtM-Kurier lediglich Unterschlagung in Betracht.¹²⁹

2. Ergebnis: C nicht strafbar gem. § 266 I Var. 2 durch “Behalten des Geldes”

VI. Strafbarkeit C gem. § 246 II zu Lasten K durch “Behalten des Geldes”

1. Tatbestandsmäßigkeit

Bei dem Geld handelt es sich für C um eine fremde bewegliche Sache (s. oben IV 1.). Zu klären ist, ob C sich das Geld durch bloßes “Behalten” zugeeignet hat.

¹²¹ T/F §242, RN 14

¹²² RGSt GA 59, 459; 56, 116;BGHSt 2, 318

¹²³ HILLENKAMP RN 91

¹²⁴ HILLENKAMP RN 73

¹²⁵ StV 01, 13

¹²⁶ JOECKS §266, RN 29; T/F §266, RN 33; HILLENKAMP RN 774

¹²⁷ T/F §266, RN 33

¹²⁸ HILLENKAMP RN 752

¹²⁹ T/F §266, RN 33

Rechtsprechung¹³⁰ und überwiegende Lehre¹³¹ lassen eine objektive Betätigung des Zueignungswillens genügen.

Dabei fordert die sog. "strenge Manifestationstheorie", dass die Handlung unzweideutig eine Zueignung darstellt.¹³² Das bloße Behalten des Geldes würde demnach nicht genügen.¹³³

Die "gemäßigte Manifestationstheorie" lässt hingegen auch solche Handlungen genügen, die ein objektiver Betrachter bei Kenntnis von Sachlage und dem Willen des Täters als Zueignungshandlung ansehen würde. Dazu gehört auch äußerlich "neutrales" Verhalten.¹³⁴ Das Behalten des Geldes in Verbindung mit C's Vorsatz, stellt für einen objektiven Betrachter eine Zueignung dar. Zwar wird zu Recht eingewendet, dass nicht jegliche zweideutige Handlung als Zueignung angesehen werden darf.¹³⁵ Das Vorsatzerfordernis korrigiert dies jedoch hinreichend. Das Behalten des Geldes ist daher als Zueignung zu werten.

Zu klären ist darüberhinaus, ob C das Geld anvertraut war. Anvertraut sind nach h.M. solche Sachen, die der Täter vom Eigentümer oder von einem Dritten mit der Verpflichtung erlangt hat, sie zu einem bestimmten Zweck zu verwenden, aufzubewahren oder auch nur zurückzugeben.¹³⁶ K hat dem C das Geld anvertraut, um es dem D zu überbringen. Dabei ist erneut zu fragen, wie es zu behandeln ist, dass das zu Grunde liegende Rechtsgeschäft unwirksam ist (§ 134 BGB). In Hinblick darauf, dass eine Verwirkung des strafrechtlichen Schutzes durch mißbilligenswertes Opferverhalten dem Strafrecht fremd ist, ist das Geld dem C dennoch anvertraut (s. auch oben I 1 d bb)).¹³⁷

2. Rechtswidrigkeit und Schuld sind gegeben

3. *Ergebnis: C strafbar gem. § 246 II durch Behalten des Geldes*

C. Gesamtergebnis

A und B haben sich eines vollendeten Diebstahls in einem besonders schweren Fall in Tatmehrheit mit versuchter Sachbeschädigung gem. §§ 242 I, 243 I 2 Nr. 1, Var. 1, 25 II / 303 I, II, 22, 23 I, 25 II / 53 strafbar gemacht.

C hat sich der Beihilfe zum Diebstahl in Tateinheit mit Beihilfe zur versuchten Sachbeschädigung sowie in Tatmehrheit mit veruntreuender Unterschlagung gem. §§ 242 I, 27 / 303 I, II, 22, 23 I, 27 / 259 I / 246 II / 53 strafbar gemacht.

D hat sich eines Betruges in mittelbarer Täterschaft gem. §§ 263 I; 25 I 2. Alt. strafbar gemacht.

E hat sich der Beihilfe zum vollendeten Diebstahl in Tateinheit mit Beihilfe zur versuchten Sachbeschädigung gem. §§ 242 I, 27 // §§ 303 I, II, 22, 23 I; 27 / 52 strafbar gemacht.

¹³⁰ OLG Düsseldorf NStZ 92, 298; BayObLG NJW 92, 1777; BayObLG wistra 94, 322

¹³¹ LACKNER/KÜHL §246, RN 4; S/S/ESER §246, RN 11

¹³² JOECKS §246, RN 17

¹³³ JOECKS §246, RN 17, der darin schon keine Handlung sieht

¹³⁴ JOECKS §246, RN 16

¹³⁵ JOECKS §246, RN 19

¹³⁶ HILLENKAMP RN 296

¹³⁷ BGH NJW 54, 889; OLG Braunschweig NJW 50, 656; HILLENKAMP RN 296; aA NK/KINDHÄUSER §246, RN 72; SK/HOYER §246, RN 47