

**Wintersemester 2024 / 2025**

**Neue Entscheidungen zum Strafrecht**

**Hinweise zu den Entscheidungen**

**2025-I-1**

**Rücktritt vom Versuch, gefährliche Körperverletzung, schwere Körperverletzung, Einwilligung, error in persona**

### **I. Gegenstand der Entscheidung**

Im Mittelpunkt der Entscheidung des BGH steht der Eingriff des A an dem „falschen“ Patienten P, den A für den „richtigen“ Patienten G hielt. Der BGH qualifiziert die Tat als versuchte schwere Körperverletzung gemäß §§ 226 Abs. 1 Nr. 1, 22 StGB. Da nach Ansicht des BGH die schwere Körperverletzung noch nicht vollendet gewesen sei, würdigt er die von dem Kollegen des A und von diesem veranlasste „Refertilisation“ als Rücktritt vom Versuch der schweren Körperverletzung.

### **II. Sonstige Themen**

Der Fall berührt zahlreiche strafrechtliche Themen, die in der Entscheidung nicht oder nur am Rande angesprochen werden. Da diese aber examensrelevant sind, sollen sie hier mit behandelt werden.

#### **1. Körperverletzung**

##### **a) Tatbestandsmäßigkeit**

Wenn die Tat eine (versuchte) schwere Körperverletzung ist, dann muss sie den Tatbestand der „einfachen“ Körperverletzung gemäß § 223 StGB erfüllen. Sie muss also eine „körperliche Misshandlung“ oder eine „Beschädigung der Gesundheit“ sein. Ob das der Fall ist, ist bei ärztlichen Heileingriffen umstritten.

Eine beachtliche Meinungsgruppe in der Literatur schließt die Strafbarkeit des Arztes schon auf der Ebene des objektiven Tatbestandes aus, wenn bestimmte Voraussetzungen erfüllt ist, insbesondere der Eingriff medizinisch indiziert ist und lege artis ausgeführt wurde. Eine auf Verbesserung der gesundheitlichen Verfassung gerichtete Handlung könne keine „Gesundheitsbeschädigung“ sein und sei auch keine „üble unangemessene Behandlung“.

Bemerkenswert an dieser Beurteilung ist, dass sie den Willen des Patienten nicht einbezieht, also den Ausschluss der Tatbestandsmäßigkeit auch bei Handeln gegen den Willen des Patienten, also im Falle „aufgedrängter“ Heilbehandlung postuliert. Strafbar ist der Arzt dann ggf. aus § 240 StGB, nicht aber aus §§ 223 ff StGB.

Vor allem die Nichtberücksichtigung der Patientenautonomie (*voluntas aegroti*) ist ein wichtiger Grund für die Vertreter der Gegenansicht, die Erfüllung des objektiven Tatbestandes bereits wegen des Eingriffs in die Körpersubstanz anzunehmen und über die Strafbarkeit des Arztes erst auf der Rechtswidrigkeits-Ebene zu entscheiden. Entscheidungserheblicher Rechtfertigungsgrund ist die (mutmaßliche) Einwilligung des betroffenen Patienten.

*Achten Sie bitte darauf, dass der Rechtfertigungsgrund „Notstand“ (§ 34 StGB) nicht zur Anwendung kommt, jedenfalls hinter dem vorrangigen Rechtfertigungsgrund Einwilligung zurücktritt. Auf keinen Fall darf das Fehlen einer wirksamen Einwilligung (z. B. bei Einwilligungsunfähigkeit, z. B. Bewußtlosigkeit, des Patienten) durch Anwendung des § 34 StGB unterlaufen werden. Entweder ist dann auf die Einwilligung von Vertretern (Eltern bei Minderjährigen) abzustellen oder auf die mutmaßliche Einwilligung.*

Dieser Ansicht folgt die Rechtsprechung sowie ein großer Teil der Literatur. Beträchtliche Entscheidungsrelevanz erlangt demnach – so auch im Fall des BGH – die Wirksamkeit der Einwilligung. Der BGH hat die Erfüllung des Körperverletzungstatbestandes bejaht und ist von einer unwirksamen Einwilligung ausgegangen.

Der Streit um die Tatbestandsmäßigkeit des ärztlichen Heileingriffs hat keine Bedeutung, wenn eine Sterilisation (Unfruchtbarmachung) keine „Heilbehandlung“ ist, weil sie den gesundheitlichen Gesamtzustand des Patienten nicht verbessert.

Im subjektiven Tatbestand ist Vorsatz erforderlich, nach § 226 Absatz 2 StGB bezüglich der schweren Folge sogar *dolus directus* 1. Grades. Diesen Vorsatz hatte a. Die Personenverwechslung („*error in persona*“) ist kein vorsatzausschließender Tatbestandsirrtum iSd § 16 Abs. 1 S.1 StGB.

## b) Rechtfertigende Einwilligung

Der Entscheidung des BGH ist zu entnehmen, dass bei beiden Patienten (P und G) eine wirksame rechtfertigende Einwilligung nicht vorlag. Das beruhte zunächst darauf, dass diese Patienten selbst nicht einwilligungsfähig waren. Von dem Patienten P wird mitgeteilt, dass er 17 Jahre alt war und an Autismus litt. Über die Gründe der Einwilligungsunfähigkeit des G wird in der Entscheidung nichts mitgeteilt. Zwar wären die Eltern des G als gesetzliche Vertreter für die Erklärung der Einwilligung (bzw. für deren Verweigerung) zuständig gewesen. Wegen spezieller Vorschriften des BGB-Familienrechts – die zwischen der Tat und den Entscheidungen der Gerichte geändert wurden – reichte aber die Einwilligung der Eltern nicht aus. Es wäre noch eine Genehmigung des Betreuungsgerichts erforderlich gewesen.

## 2. Gefährliche Körperverletzung

Von den Tatbestandsvarianten des § 224 Abs. 1 StGB kann hier Nr. 2 Alt. 2 „gefährliches Werkzeug“ erfüllt sein. Die Sterilisation wurde gewiss mit medizinischen Instrumenten ausgeführt, die unmittelbar auf die Körpersubstanz des Patienten einwirkten und diese veränderten. Ohne diese Instrumente wäre der Eingriff nicht möglich gewesen. Allerdings galten medizinische Instrumente jahrzehntelang nicht als „gefährliche Werkzeuge“ iSd § 224 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2 StGB. Der Grund war die verglichen mit dem Text des § 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB leicht abweichende sprachliche Fassung der Vorgängervorschrift § 223 a Abs. 1 Nr. 2 StGB. Deren Wortlaut stellte zwischen den beiden Alternativen „Waffe“ und „gefährliches Werkzeug“ eine begriffliche Subordinationsbeziehung her, wonach „Waffe“ der Oberbegriff und „gefährliches Werkzeug“ ein dem Bereich des Begriffs „Waffe“ zugehöriger Unterbegriff war. Die sprachliche Gestalt des § 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB hat dieses Verhältnis umgekehrt. Nunmehr ist „gefährliches Werkzeug“ der Oberbegriff und „Waffe“ ein Unterbegriff. Das „gefährliche Werkzeug“ braucht daher nicht mehr waffenähnliche Eigenschaften zu haben. Demzufolge haben vor einiger Zeit das OLG Karlsruhe und nun der BGH die Anwendbarkeit des § 224 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2 StGB auf einen ärztlichen Eingriff bejaht.

### **3. Schwere Körperverletzung**

Die Sterilisation beseitigt die Zeugungsfähigkeit der Person. Betroffen ist daher die Variante „Fortpflanzungsfähigkeit verliert“ (Verlust der Fortpflanzungsfähigkeit). Dieses tatbestandsmerkmal wollte A mit seinem Eingriff erfüllen. Da der Effekt des Eingriffs jedoch durch die anschließende Refertilisation rückgängig gemacht wurde, hat A den Tatbestand des § 226 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 StGB nicht vollendet (dazu auch unten III. 1.).

### **4. Strafbarkeit der Eltern**

Angeklagter in dem Verfahren war nur der Arzt A. Gewürdigt werden kann aber auch das Verhalten der Mutter des P und der Eltern des P. Diese haben durch ihre Einwilligung den Entschluss des A zur Durchführung der Sterilisationen hervorgerufen. Sie könnten sich daher wegen Anstiftung zu den Taten des A strafbar gemacht haben. Soweit es um Anstiftung zu der (versuchten) schweren Körperverletzung zum Nachteil des P geht, stellt sich allerdings die Frage, wie der error in persona des Täters A sich auf den Vorsatz der Anstifter auswirkt. Das ist seit dem historischen „Rose-Rosahl-Fall“ umstritten. Die h. M. stellt darauf ab, ob der Anstifter es dem Täter überlassen hat, das Opfer zu identifizieren. Kommt es dabei zu einer Personenverwechslung, ist dieser error in persona auch für den Anstifter unbeachtlich, d. h. er schließt den Vorsatz des Anstifters nicht aus.

## **III. Versuchte schwere Körperverletzung (§§ 226 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2, 22 StGB) zum Nachteil des Patienten P**

### **1. Keine Vollendung**

Obwohl A mit der Operation (Durchtrennung der Samenleiter) alles getan hat, was zur Beseitigung der Fortpflanzungsfähigkeit erforderlich ist, wurde das tatbestandsmerkmal „Fortpflanzungsfähigkeit verliert“ nicht erfüllt und der Tatbestand daher nicht vollendet. Mit dem Merkmal „verliert“ ist nämlich der dauerhafte, endgültige und unumkehrbare Verlust der betroffenen Körperfunktion gemeint. Wird der Eingriff erfolgreich rückgängig gemacht, wird damit die Vollendung der Tat vereitelt. Da in dem Verfahren noch nicht festgestellt werden konnte, ob P infolge der Refertilisation tatsächlich zur Zeugung von nachkommen fähig ist, wurde dies vom Gericht zugunsten des Angeklagten unterstellt.

## **2. Rücktritt vom Versuch**

Prüfungsschema nach h. M.

(1) Kein fehlgeschlagener Versuch

(2) Aufgabe der weiteren Tatausführung (beim unbeendeten Versuch) oder Verhinderung der Vollendung (beim beendeten Versuch)

(3) Freiwilligkeit

### **a) § 24 Abs. 1 StGB oder § 24 Abs. 2 StGB ?**

Die Frage, ob § 24 Abs. 1 StGB oder § 24 Abs. 2 StGB die einschlägige Rücktrittsvorschrift ist, wird in der Entscheidung nicht thematisiert. Sie ist aber nicht völlig unnötig. Denn A wurde ja zu seiner Tat durch eine Anstiftung motiviert, an der Tat sind also mehrere – A und die Eltern des G als Anstifter – beteiligt. Dem Wortlaut nach scheint allein § 24 Abs. 2 StGB anwendbar zu sein. Es ist aber in Rechtsprechung und Literatur einhellige Auffassung, dass § 24 Abs. 2 StGB nicht anwendbar ist auf den Rücktritt des angestifteten oder durch einen Gehilfen unterstützten Alleintäter. Der Rücktritt des A kann daher an § 24 Abs. 1 StGB gemessen werden.

### **b) Fehlgeschlagener Versuch**

Die h.M. in Rechtsprechung und Literatur baut vor der Prüfung der Merkmale des § 24 StGB die Hürde „fehlgeschlagener Versuch“ auf. Wenn der Versuch fehlgeschlagen ist, scheidet ein Rücktritt „von vornherein“ aus. Erst wenn feststeht, dass der versuch nicht fehlgeschlagen ist, werden die gesetzlichen Merkmale des § 24 StGB geprüft.

Fehlgeschlagen ist der Versuch, wenn nach der Vorstellung des Täters die angestrebte Vollendung nicht erreichbar ist. Stellt sich der Täter vor, dass seine ausgeführte Handlung für die Herbeiführung der Vollendung nicht reicht, ist dieser versuch nach der herrschenden „Gesamtbetrachtungslehre“ so lange nicht fehlgeschlagen, wie er sich vorstellt, durch eine weitere Handlung, die ohne größere Zäsur und ohne wesentliche Änderung des modus operandi die Vollendung noch herbeiführen zu können.

Hier könnte man einen fehlgeschlagenen Versuch annehmen, weil A erkannte, dass durch Sterilisation des „falschen“ Patienten P die gewollte Vollendung der Tat am „richtigen“ Patienten G nicht möglich war. Jeglicher Eingriff am Patienten P war zur Erreichung dieses Ziels untauglich, was A erkannte. Vereinzelt wird in der Literatur daraus tatsächlich die Konsequenz gezogen, dass der Versuch fehlgeschlagen ist. Denn die Vollendung der Tat am Patienten P sei für A „sinnlos“ und die Sinnlosigkeit sei dem Fehlschlag gleichzustellen.

Der BGH lehnt hier im Einklang mit der überwiegenden Literatur einen fehlgeschlagenen Versuch ab. Für die Entscheidung über einen Fehlschlag könne allein maßgeblich sein, ob es dem Täter möglich ist, mit seiner Versuchstat auch die Vollendung des Tatbestandes, auf den der versuch sich bezieht, zu erreichen. Das ist hier der Fall. A hätte schlicht nichts weiter unternehmen müssen, um den endgültigen Verlust der Fortpflanzungsfähigkeit des P und damit die Vollendung der schweren Körperverletzung herbeizuführen. Dass das dann die Vollendung am „falschen“ Patienten wäre, habe keinen Einfluss auf die Fehlschlagsbeurteilung. Denn da der error in persona trotz Personenverwechslung den Vorsatz in Bezug auf das Opfer P nicht ausgeschlossen hat, wäre die vollendete Tat am „falschen“ Patienten eine strafbare vollendete Vorsatztat des A.

*Die Entscheidung teilt allerdings nicht mit, ob nach den konkreten Gegebenheiten A hätte damit rechnen müssen, dass die später durchgeführte Refertilisation auch ohne seine Anregung und Mitwirkung stattgefunden hätte (z.B. weil die Mutter des P dies verlangt hätte). Wenn A damit gerechnet hat, wäre der Versuch doch fehlgeschlagen gewesen. Eine vollendete schwere Körperverletzung hätte A dann nur noch durch eine neue Tat – die Sterilisation des „richtigen“ Patienten G – begehen können.*

### **c) Verhinderung der Vollendung**

Durch die Refertilisations-Operation wurde die Vollendung der schweren Körperverletzung verhindert. Das war zumindest zugunsten des Angeklagten zu unterstellen. Es steht einem wirksamen Rücktritt des A nicht entgegen, dass nicht er selbst, sondern der Kollege diese Operation durchgeführt hat. Ausreichend ist, dass A diese Maßnahme veranlasst hat. Daher wird ihm die Leistung des Operations-Teams zugerechnet.

### **d) Freiwilligkeit**

Die Entscheidung über die Strafbarkeit des Versuchs hängt letztendlich vom Rücktritts-Merkmal „freiwillig“ ab. Die Auslegung dieses Rechtsbegriffs ist umstritten. Es stehen sich eine „psychologische“ und eine „normative“ Interpretation gegenüber. Die Rechtsprechung folgt dem psychologischen Freiwilligkeits-Begriff. Die Literatur folgt dem überwiegend. Ausreichend für die Freiwilligkeit ist daher die Freiheit von empfundenem äußeren Zwang. Ein relevantes Kriterium ist vor allem das vorgestellte Risiko des Entdecktwerdens und der darauf folgenden Strafverfolgung. Der Zurücktretende muss „Herr seiner Entschlüsse“ sein. Der BGH sieht hier keine Umstände, die einem freien Rücktrittsentschluss des A entgegenstehen könnten.

Die Anhänger der „normativen“ Auslegung des Begriffs „freiwillig“ stellen darauf ab, ob der Rücktritt in Relation zu dem ursprünglichen deliktischen Plan „vernünftig“ oder „unvernünftig“ ist. Freiwillig sei der Rücktritt, wenn er nach Maßgabe dieses Kriteriums „unvernünftig“ wäre. Unvernünftig ist aus der Sicht eines Kriminellen die Aufgabe der Tat oder gar die Verhinderung der Vollendung, wenn die erfolgreiche Tatvollendung ohne Risiken möglich wäre und der Rücktritt somit ein Verzicht auf Vorteile ist, die ohne Gefahr und mit wenig Aufwand zu erlangen gewesen wären. Im vorliegenden Fall war es vernünftig, die Vollendung der Tat am „falschen“ Patienten zu verhindern. Den Dingen ihren Lauf zu lassen hätte dem A keine Vorteile, sondern nur Nachteile eingebracht. Sein Rücktritt ist daher nicht „verdienstvoll“.

Normativ betrachtet ist er nicht freiwillig und daher nicht in der Lage, die Strafbarkeit wegen versuchter schwerer Körperverletzung aufzuheben.

*Zu der Entscheidung erscheint demnächst ein Aufsatz von Mitsch in der „Juristischen Schulung“ (JuS).*

## **2025-I-2**

### **Alternativvorsatz, Diebstahl, Betrug, Konkurrenzen**

#### **I. Gegenstand der Entscheidung**

Im Vordergrund und Mittelpunkt der Entscheidung des BGH steht die Frage der Konkurrenz zwischen mehreren positiven Strafbarkeitsergebnissen, wenn zwischen diesen Strafbarkeiten ein Alternativitäts- und Exklusivitätsverhältnis besteht. In der Strafrechtslehre wird dies unter dem Stichwort „dolus alternativus“ (Alternativvorsatz) diskutiert.

#### **1. Diebstahl**

Der BGH bejaht zutreffend Strafbarkeit wegen vollendeten Diebstahls an dem Geld (100.000 Euro Bargeld).

Auf der Ebene des objektiven Tatbestandes ist nur das Merkmal „Wegnahme“ erörterungsbedürftig. Wegnahme ist der Bruch fremden Gewahrsams und die Begründung neuen Gewahrsams. Man prüft die Wegnahme also, indem man zunächst feststellt, dass jemand anderes als der Täter Gewahrsam an der Sache hat. Danach wendet man sich dem Bruch dieses Gewahrsams zu. Steht der Gewahrsamsbruch fest, muss man noch – was in der Regel völlig unproblematisch ist – darauf eingehen, dass neuer Gewahrsam begründet worden ist (vom Täter oder einem Dritten).

Hier hatte G Gewahrsam an den 100.000 Euro.

Problematisch ist die Erfüllung des Tatbestandsmerkmals „Gewahrsamsbruch“. Das ist eine Handlung des Täters, mit der der bisherige Gewahrsam ohne Einverständnis des Gewahrsamsinhabers aufgehoben wird. Am Ende des Gewahrsamsbruchs muss also der zustand stehen, dass der bisherigen Gewahrsamsinhaber keinen Gewahrsam mehr an der Sache hat. Das ist hier zweifellos der Fall. Die beiden Täter sind mit dem Pkw losgefahren, haben den G abgeschüttelt und die 100.000 Euro mitgenommen. Der Gewahrsam des G ist spätestens mit dem Wegfahren aufgehoben. Es liegt auch eine Täterhandlung vor, durch die der neue Zustand – G hat keinen Gewahrsam mehr – herbeigeführt wurde: das Führen des Pkw durch den Mittäter. Dieses Handeln wird dem A gem. § 25 Abs. 2 StGB zugerechnet. G war auch nicht damit einverstanden, dass die beiden Täter mit seinem Geld wegfahren.

Warum also ist der „Gewahrsamsbruch“ gleichwohl problematisch ?

Antwort: Weil möglicherweise G seinen Gewahrsam selbst aufgegeben/aufgehoben hat, indem er die Tasche mit dem Bargeld oder das Bargeld (ohne Tasche) an A übergeben hat. Dann wäre

der Gewahrsam des G nicht durch eine Handlung des Täters aufgehoben worden. Die anschließende Täterhandlung (Wegfahren) hätte sich nicht mehr auf fremden Gewahrsam (des G) bezogen, da A und sein Mittäter zu diesem Zeitpunkt bereits Gewahrsam erlangt hätten. Das Wegfahren mit dem Geld wäre dann allenfalls Unterschlagung an dem Geld gewesen.

Anders ist die Rechtslage indessen, wenn die Handlung des G den Gewahrsam an dem Geld nicht komplett aufgehoben, sondern nur „gelockert“ hätte. Ein solcher Zustand („gelockerter Gewahrsam“) ist dadurch gekennzeichnet, dass die Herrschaft des Gewahrsamsinhabers über die Sache nicht mehr die Festigkeit hat wie zu Beginn des Tatgeschehens. Der Gewahrsamsinhaber hat aber immer noch einen „Rest“ an Sachherrschaft und damit noch ausreichenden Gewahrsam als Angriffsobjekt einer Wegnahme seitens des Täters. Maßgeblich für die Beurteilung dieses „Restgewahrsams“ ist die „Verkehrsanschauung“. Wenn nun der Täter Zugriff auf die Sache nimmt, ist das die Beseitigung des noch existierenden gelockerten Gewahrsams und somit ein Gewahrsamsbruch, wenn der Gewahrsamsinhaber mit der Aufhebung seines gelockerten Gewahrsams nicht einverstanden ist.

So haben die Gerichte hier das Geschehen an der Fahrzeugtür beurteilt. Dass die 100.000 Euro in das Fahrzeuginnere gelangt sind, habe noch keine Aufhebung des Gewahrsams des G zur Folge gehabt, sondern nur eine Lockerung seines Gewahrsams. Erst durch das plötzlich rasante Losfahren sei der Gewahrsam des G aufgehoben worden. Da G damit nicht einverstanden war, handele es sich um einen Gewahrsamsbruch.

Die Mittäter haben an dem Geld neuen eigenen Gewahrsam begründet. Also haben sie das Geld (fremde bewegliche Sache) dem G weggenommen.

Die Erfüllung der sonstigen Strafbarkeitsvoraussetzungen ist unproblematisch.

Der Sachverhalt enthält keine Informationen, die man zur Prüfung eines besonders schweren Falles (§ 243 StGB) oder eines qualifizierten Diebstahls (§§ 244, 244 a StGB) verwerten könnte. Denken könnte man eventuell an § 244 Abs. 1 Nr. 1 StGB, indem man den Pkw als „gefährliches Werkzeug“ würdigt. Ob A und J Mitglieder einer „Bande“ sind (§ 244 Abs. 1 Nr. 2 StGB), ist dem Sachverhalt nicht zu entnehmen.

*Zu § 249 StGB und § 252 StGB – auf die der BGH überraschend nicht eingeht (vgl. auch Eidam NSZ 2024, 735) – unten II.*

## **2. Betrug**

### **a) Vollendung oder Versuch**

Objektiver Tatbestand des § 263 Abs. 1 StGB :

Täuschung

Irrtum

Vermögensverfügung

Vermögensschaden

#### aa) Keine Vollendung

Eine Betrugsstrafbarkeit liegt auf Grund des Sachverhaltes nahe. A hat dem G vorgespiegelt, er bekäme für die 100.000 Euro anderes Bargeld in gleicher Höhe. A hat dem G also in Wahrheit nicht vorhandene „Tauschbereitschaft“ vorgespiegelt. Dadurch wurde G in einen Irrtum versetzt. Am Ende hatte G auch einen Vermögensschaden (Verlust der 100.000 Euro). Zwischen „Irrtum“ und Vermögensschaden“ muss aber noch das ungeschriebene Tatbestandsmerkmal „Vermögensverfügung“ geschaltet werden. Der Vermögensschaden muss durch eine irrtrittsbedingte Vermögensverfügung verursacht worden sein.

Wie oben bei § 242 StGB festgestellt wurde, ist der Zustand, der „Vermögensschaden“ ist (Verlust der Sachherrschaft über die 100.000 Euro) durch die Wegnahme der Täter herbeigeführt worden. Diese Wegnahme ist eine Handlung der Täter, Vermögensverfügung ist hingegen eine – selbstschädigende – Handlung des Getäuschten. Zwar kann man sagen, dass G durch seine gewahrsamslockernde Handlung es den Tätern ermöglicht bzw. erleichtert hat, sich das Geld im Wege der Wegnahme zu verschaffen. Das genügt aber nicht für eine Vermögensverfügung. Diese muss nämlich unmittelbar auf das Vermögen einwirken, den Bestand des Vermögens verändern, in der Regel vermindern.

Hier hat die Handlung des G sein Vermögen nur mittelbar verringert. Diese Handlung mag zwar eine Gefährdung des Vermögens bewirkt haben. Schaden am Vermögen (Verlust des Gewahrsams am Geld) wurde aber erst durch Täterhandlungen (Wegfahren) verursacht. Da nach h. M. zwischen Diebstahl und Betrug ein „Exklusivitätsverhältnis“ besteht, kann ein Vorgang, der den Übergang einer Sache aus dem Vermögen des Opfers in das Vermögen des Täters bewirkt, nicht Diebstahl und Betrug zugleich sein. Er kann nur entweder Diebstahl oder Betrug sein. Um dieses Exklusivitätsverhältnis nicht aufzuweichen, darf die vom getäuschten selbst bewirkte Vermögensgefährdung nicht einem Vermögensschaden gleichgestellt werden. Denn dann wären § 242 StGB und § 263 StGB zugleich erfüllt.

#### bb) Versuch

Da A keinen vollendeten Betrug begangen hat, kommt allenfalls ein versuchter Betrug in Betracht. Allerdings scheint auch dem das oben angesprochene Exklusivitätsverhältnis entgegenzustehen. Da ein und dieselbe Handlung nicht zugleich den Tatbestand des Diebstahls und den Tatbestand des Betruges erfüllen kann, kann der Täter auch nicht zugleich den Vorsatz bzgl. eines Diebstahls und bzgl. eines Betruges haben. Diese Exklusivität besteht jedoch nur, wenn der Vorsatz sich auf ein und dieselbe Handlung bezieht. Der Täter kann nicht den Vorsatz haben, durch exakt dieselbe Handlung sowohl den Tatbestand des Diebstahls als auch den Tatbestand des Betruges zu erfüllen.

Anders ist es, wenn der Vorsatz des Täters alternativ zwei verschiedene Handlungen umfasst. Dann können in Gestalt des dolus alternativus sowohl Diebstahlsvorsatz als auch Betrugsvorsatz nebeneinander bestehen. So ist es hier: Die Täter hatten sich vorgestellt, dass G ihnen auf Grund der Täuschung die Tasche mit dem Bargeld freiwillig übergeben und es auch dulden würde, dass sie sich mit dem Geld entfernen (Vermögensverfügung, keine Wegnahme). Außerdem hatten sie aber auch den Vorsatz, dass G ihnen den Gewahrsam nicht vollständig täuschungsbedingt übertragen würde (nur Gewahrsamslockerung) und sie sich das Geld

deshalb mittels Wegnahme verschaffen müssen (wie es sich dann ja tatsächlich zugetragen hat, s.o.).

Daraus folgt nach dem BGH und der h.M. in der Literatur, dass A die Strafbarkeitsvoraussetzungen des vollendeten Diebstahls und des versuchten Betruges erfüllt hat. Deshalb ist abschließend die Frage der Konkurrenz zwischen dem vollendeten Diebstahl und dem versuchten Betrug zu beantworten.

## **b) Konkurrenz**

Die Behandlung des „dolus alternativus“ ist insgesamt sehr umstritten und noch ungeklärt. Von einer Minderheit in der Literatur wird bereits das Vorliegen alternativer Strafbarkeiten bestritten und nur ein einziger Vorsatz anerkannt.

Der BGH nimmt grundsätzlich Tateinheit (§ 52 StGB) zwischen den alternativ verwirklichten Strafbarkeiten an. In der Literatur wird teilweise eine Gesetzeskonkurrenz (Konsumtion, Subsidiarität) befürwortet. Dafür spricht, dass auf diese Weise die Rechtsfolgen der Umwandlung des dolus alternativus in einen dolus cumulativus vermieden werden können.

Im vorliegenden Fall kommt der BGH zu einem überraschenden Ergebnis: Weil sich die Vorsatzalternativen des Täters auf einen identischen Taterfolg (Erlangung des Geldes) beziehen, komme letztlich nur eine Strafbarkeit auf Grundlage eines Vorsatzes in Betracht. Das sei hier der Diebstahls Vorsatz, also die Strafbarkeit wegen vollendeten Diebstahls. Die Strafbarkeit wegen versuchten Betruges falle weg. Dabei wird aber nicht erklärt, ob dieses Wegfallen bereits auf der Ebene des Tatbestandes stattfindet oder erst auf der Ebene der Konkurrenz. Dogmatisch überzeugend ist eine Lösung über Gesetzeskonkurrenz (Konsumtion).

*Dafür auch Eidam NStZ 2024, 735 (736).*

Erscheinungsformen der „Gesetzeskonkurrenz“ :

Spezialität

Subsidiarität

Konsumtion

## **II. Weitere Themen**

### **1. Raub**

Weder das Landgericht noch der BGH haben sich mit dem Straftatbestand „Raub“ (§ 249 StGB) auseinandergesetzt. Die Schilderung des Geschehens um den Pkw drängt aber die Prüfung dieses Straftatbestandes durchaus auf. Das abrupte und für G überraschende Anfahren mit dem Pkw beinhaltet eine unmittelbare physische Einwirkung auf den Körper des G, der sich an der Tür festklammerte. Es war also „Gewalt gegen eine Person“. Die Erfüllung des objektiven Tatbestandes des § 249 Abs. 1 StGB kann man – wenn überhaupt – nur mit der Begründung verneinen, dass es am erforderlichen Finalzusammenhang zwischen dieser Gewalt und der

Wegnahme des Geldes fehlt. Wenn nämlich die Wegnahme bereits vollendet war, als der Mittäter den Wagen startete, würde es an diesem Zusammenhang fehlen. Dann käme aber räubersicher Diebstahl (§ 252 StGB) in Betracht.

## **2. Räuberischer Diebstahl**

Strafbarkeit aus § 252 StGB lässt sich begründen. Solange G sich an dem Fahrzeug festhielt, war das beschleunigte Fahren eine Gewalt gegen die Person des G. Dies geschah auch bei einem vollendeten Diebstahl. Die beiden Mittäter waren auf frischer Tat betroffen. Sie verübten die Gewalt um den G daran zu hindern, ihnen die Diebstahlsbeute streitig zu machen (Besitzerhaltungsabsicht).

Diese Tat wäre sogar gemäß § 250 Abs. 1 Nr. 1 c, 2 Nr. 1 StGB, evtl. § 250 Abs. 2 Nr. 3 b StGB qualifiziert.

*Strafprozessuale Zusatzfrage:*

*Hätte der BGH als Revisionsgericht hier das Landgericht – an das er die Sache zurückverwiesen hat – anweisen dürfen, eine Strafbarkeit des A - der allein Revision eingelegt hatte - aus §§ 252, 250 StGB zu prüfen und entsprechend zu urteilen ?*

*Lesen Sie § 358 StPO!*

## **2025-I-3**

### **Raub, versuchte gefährliche Körperverletzung, Rücktritt**

#### **I. Gegenstand der Entscheidung**

Die Entscheidung enthält ausschließlich Bemerkungen zu den Voraussetzungen eines Rücktritts vom Versuch. Der Angeklagte hatte einen qualifizierten Raub (§§ 249, 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB) und eine versuchte gefährliche Körperverletzung (§§ 224 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2, 22 StGB) begangen. Die Strafbarkeit wegen versuchter gefährlicher Körperverletzung könnte durch einen Rücktritt (§ 24 Abs. 1 StGB) aufgehoben worden sein.

#### **II. Rücktritt vom Versuch**

Ein strafbefreiender Rücktritt war hier möglich bezüglich der versuchten gefährlichen Körperverletzung. Der Raub hingegen war vollendet, ein Rücktritt deshalb nicht mehr möglich.

##### **1. Standort der Rücktrittsprüfung im Gutachten**

Zum Zeitpunkt des Rücktritts liegt bereits ein strafbarer Versuch vor. Der Rücktritt kann die Erfüllung der dafür erforderlichen Strafbarkeitsvoraussetzungen nicht mehr auslöschen. Daher

ist der Rücktritt ein Strafaufhebungsgrund, der Tatbestandsmäßigkeit, Rechtswidrigkeit und Schuld des Versuchs unberührt lässt.

## **2. Fehlgeschlagener Versuch**

Obwohl weder § 22 StGB noch § 23 StGB noch § 24 StGB explizit die Möglichkeit eines Rücktritts bei einem „fehlgeschlagenen Versuch“ ausschließt, ist das h. M. daher wird zuallererst geprüft, ob der Versuch fehlgeschlagen ist. In die Prüfung der Merkmale des § 24 StGB steigt man also nur und erst ein, nachdem man das Vorliegen eines fehlgeschlagenen Versuchs verneint hat.

Fehlgeschlagen ist der Versuch, wenn der Täter zum Zeitpunkt der Handlung, die als Rücktritt in Betracht kommt („Rücktrittshorizont“), die Erreichung des Tatvollendungs-Ziels für nicht möglich hält. Nach der „Gesamtbetrachtungslehre“ glaubt der Täter an die Möglichkeit der Vollendung auch dann, wenn er sich vorstellt, mit unmittelbar zur Verfügung stehenden Mitteln durch eine nochmalige Handlung die Vollendung herbeiführen zu können. Letzteres ist im vorliegenden Fall erheblich, weil die erste Attacke mit der Rasierklinge keine Verletzung des P verursachte, die in den bedingten Vorsatz aufgenommenen Vollendung also ausblieb. A hätte aber ohne Weiteres erneut mit der Rasierklinge oder auch mit bloßen Fäusten den P attackieren und so eine vollendete gefährliche Körperverletzung begehen können. Das war dem A auch bewußt. Der Versuch, eine vollendete gefährliche Körperverletzung zu begehen, war daher nicht fehlgeschlagen.

Man könnte aber sagen, dass der Versuch, mittels vollendeter gefährlicher Körperverletzung die Wegnahme von Bargeld zu ermöglichen, fehlgeschlagen ist. Nicht mehr erreichbar war für A der Zweck, den er mit der gefährlichen Körperverletzung verfolgte. Denn diesen Zweck hatte er bereits ohne vollendete gefährliche Körperverletzung erreicht. Das ist ein „außertatbestandlicher Zweck“, weil die Ermöglichung einer Wegnahme nicht zum Tatbestand der gefährlichen Körperverletzung gehört.

In der Literatur wird von Autoren vertreten, dass ein Versuch fehlgeschlagen ist, wenn der Täter den mit der Tat verfolgten außertatbestandlichen Zweck bereits im Versuchsstadium erreicht hat und die Vollendung der Tat zur Zweckerreichung deshalb nicht mehr erforderlich ist. Die Vollendung der Tat ist daher „sinnlos“ geworden. Sinnlosigkeit sei wertungsmäßig dem Fehlschlag gleichzusetzen.

Der BGH – und die h. M. im Schrifttum – lehnt die Berücksichtigung der außertatbestandlichen Zweckerreichung ab. Für die Feststellung eines fehlgeschlagenen Versuchs sei allein die Möglichkeit der tatbestandlichen Vollendung maßgeblich. Die Nichterreichbarkeit von Tat-Zielen, die für die vollständige Erfüllung des Tatbestandes nicht erforderlich sind, macht den Versuch nicht zu einem fehlgeschlagenen.

## **3. § 24 Abs. 1 StGB oder § 24 Abs. 2 StGB**

Wenn es – wie hier – nur um die Tat und den Rücktritt eines Einzeltäters geht, braucht man sich mit der Frage, welcher Absatz des § 24 StGB einschlägig ist, nicht zu beschäftigen. Der Rücktritt richtet sich nach § 24 Abs. 1 StGB.

## **4. Rücktrittsleistung**

Der Täter tritt zurück, indem er entweder die weitere Ausführung der Tat aufgibt (§ 24 Abs. 1 S. 1 Alt. StGB) oder die Vollendung verhindert (§ 24 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 StGB). Dem korrespondiert die Unterscheidung von unbeendetem Versuch (§ 24 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 StGB) und beendetem Versuch (§ 24 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 StGB).

Hier lag ein unbeendeter Versuch vor. A hatte nach seiner Vorstellung von der Tat noch nicht alles getan, was zur Herbeiführung der Vollendung erforderlich ist. Er hätte den P noch einmal angreifen müssen. Indem er von weiteren Attacken gegen P absah, gab er die weitere Tatausführung auf.

## **5. Freiwilligkeit**

Nach dem BGH steht die vorzeitige Erreichung des außertatbestandlichen Zwecks auch der Freiwilligkeit des Rücktritts nicht entgegen. Der BGH legt einen „psychologischen“ Freiwilligkeits-Begriff zugrunde.

Einige Anhänger eines „normativen“ Freiwilligkeits-Begriffs kommen zu einem anderen Ergebnis.

## **2025-I-4**

### **Anstiftung, Kettenanstiftung, Beihilfe**

#### **I. Gegenstand der Entscheidung**

Das Strafverfahren richtete sich gegen S und A. Folglich befasst sich der BGH mit der Beteiligungsform im Verhältnis zu den Tätern G und D. Diese haben als Täter Straftaten begangen, S und A haben sich daran beteiligt.

#### **II. Strafbarkeit von G und D**

##### **1. Straftat zum Nachteil des C**

Die Täter haben den C vergeblich zur Herausgabe von Bargeld aufgefordert. Daher haben sie sich nicht wegen vollendeten Raubes oder vollendeter räuberischer Erpressung strafbar gemacht.

Begründet ist Strafbarkeit wegen versuchter schwerer räuberischer Erpressung in Mittäterschaft, §§ 253, 255, 250 Abs. 2 Nr. 1, 22, 25 Abs. 2 StGB. Ein strafbefreiender Rücktritt wurde von G und D nicht vollzogen, da ihr Versuch fehlgeschlagen war.

Aus Gründen der Gesetzeskonkurrenz werden versuchte Nötigung (§§ 240 Abs. 3, 22 StGB) und Bedrohung (§ 241 Abs. 1, Abs. 2 StGB) verdrängt.

Bezüglich dieser Tat kommt eine strafbare Beteiligung von S und A in Betracht.

## **2. Straftat zum Nachteil des K**

Auch im Verhältnis zu K ist Strafbarkeit wegen schwerer versuchter räuberischer Erpressung in Mittäterschaft begründet.

Bezüglich dieser Tat kommt eine strafbare Beteiligung von S und A nicht in Betracht. Diese Tat beruht auf einer „spontanen Tatplanerweiterung“ von G und D und ist deshalb vom Vorsatz des S und des A nicht umfasst.

## **III. Strafbarkeit von A und S**

### **1. Strafbarkeit des A**

#### **a) Hinweis**

Durch den Hinweis auf die gegenüber dem Opfer C bestehende Tatgelegenheit hat A in G und D den Entschluss zur Begehung der Haupttat hervorgerufen. G und D waren nicht „omnimodo facturus“. Eine allgemeine Tatbereitschaft ist noch kein konkreter Entschluss zur Begehung der Tat, wegen der jemand anderes als Anstifter strafbar ist. A ist deshalb wegen Anstiftung zur versuchten räuberischen Erpressung in Mittäterschaft strafbar, §§ 253, 255, 22, 25 Abs. 2, 26 StGB. Hinsichtlich der Qualifikation gemäß § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB hatte A keinen Vorsatz, als er G und D den Hinweis gab. Er erfuhr erst später, dass G und D bewaffnet sind. Deshalb ist A nicht wegen Anstiftung zur versuchten schweren räuberischen Erpressung in Mittäterschaft strafbar. Die erst später erlangte Kenntnis von der Bewaffnung der Täter koinzidiert nicht mit der Anstiftungshandlung. Ein „dolus subsequens“ ist strafrechtlich unbeachtlich.

#### **b) Fahrzeug**

Die Zurverfügungstellung des Fahrzeugs ist zumindest eine psychische Beihilfe zur versuchten räuberischen Erpressung. Der Tatbegehungswille von G und D wurde dadurch gestärkt. Auch hier kommt § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB nicht zur Anwendung, weil A bei Vollzug der Hilfeleistung noch keine Kenntnis von der Bewaffnung der Täter hatte.

Die „schwächere“ Teilnahmeform Beihilfe tritt hinter der „stärkeren“ Teilnahmeform Anstiftung zurück. Ebenfalls wegen Gesetzeskonkurrenz verdrängt wird die Unterlassene Hilfeleistung (§ 323 c Abs. 1 StGB).

### **2. Strafbarkeit des S**

S hat nicht unmittelbar G und D, sondern A angestiftet. Dieser wiederum hat G und D angestiftet (s.o.). Somit hat S die Haupttäter G und D mittelbar angestiftet. Das Hintereinander von zwei Anstiftern nennt man „Kettenanstiftung“. Die Kettenanstiftung ist eine Anstiftung iSd § 26 StGB. Haupttat ist aber auch bei der Kettenanstiftung letztlich die von den Tätern (G und D) begangene Tat. Daher heißt die Strafbarkeit des S nicht „Anstiftung zur Anstiftung zur versuchten räuberischen Erpressung in Mittäterschaft“, sondern „Anstiftung zur versuchten räuberischen Erpressung in Mittäterschaft“.

## **Anstiftung, versuchte Anstiftung**

### **I. Gegenstand der Entscheidung**

Die Entscheidung des BGH betrifft die Strafbarkeit von A und B als Beteiligte an der Tat des S (und des unbekanntem Dritten). Um die Strafbarkeit von A und B zutreffend würdigen zu können, muss zuvor die Strafbarkeit des S ermittelt werden.

### **II. Strafbarkeit des S**

#### **1. Vor den Taten**

a) Da anzunehmen ist, dass S gegenüber A und B seine Bereitschaft erklärt hat, die vorgeschlagene Tat zu begehen, ist er aus § 30 Abs. 2 Var. 1 StGB iVm § 244 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 4, 249 StGB strafbar. Auf der Konkurrenzebene würde diese Strafbarkeit aber zurücktreten, sofern S durch Begehung der Taten aus einem Verbrechenstatbestand strafbar ist (unten 2., 3.).

b) Die Verabredung des S mit seinem Mittäter begründet ebenfalls Strafbarkeit aus § 30 Abs. 3 iVm § 244 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 4, 249 StGB.

#### **2. Die erste Tat**

a) S hat bzgl. Bargeld und Schmuck Diebstahl begangen, § 242 Abs. 1 StGB. Obwohl es darauf nicht ankommt, wird man die Vollendung bereits darin sehen können, dass S und sein Mittäter in dem Haus das Bargeld und den Schmuck in ihren Besitz brachten („Gewahrsamsenklaue“).

Da laut Sachverhalt in das Haus „eingebrochen“ wurde, liegt ein regelbeispielsgemäßer besonders schwerer Fall vor, § 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 StGB. Die Strafzumessungsvorschrift § 243 StGB kommt hier allerdings deshalb nicht zur Anwendung, weil S auch den Qualifikationstatbestand Wohnungseinbruchdiebstahl (§§ 242 Abs. 1, 244 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 4 StGB) erfüllt hat. § 242 StGB wird von § 244 StGB verdrängt (Spezialität), deshalb ist die ausschließlich die Strafzumessung eines Diebstahls nach § 242 StGB betreffende Vorschrift § 243 StGB nicht anwendbar.

§ 244 Abs. 1 Nr. 1 a StGB ist nicht erfüllt. Zwar haben S und der Mittäter im Haus einen Revolver mit Munition „entdeckt“. Der Sachverhalt teilt aber nicht mit, dass sie die Waffe in Besitz genommen haben.

b) Vollendeter Raub (§ 249 Abs. 1 StGB) wurde nicht begangen. S und der Mittäter haben gegenüber dem Ehepaar weder Gewalt verübt noch haben sie die Opfer bedroht. Durchaus diskussionswürdig ist aber Strafbarkeit wegen versuchten Raubes, §§ 249, 22 StGB. Denn S und sein Mittäter hatten den Vorsatz, notfalls Gewalt gegen die Person anzuwenden, um dadurch die Wegnahme von wertvollen Sachen zu ermöglichen. Der „Tatentschluss“ ist also gegeben. Woran es aber fehlt, ist das „unmittelbare Ansetzen“. Das unmittelbare Ansetzen zur Erfüllung des Tatbestandsmerkmals „Wegnahme“ reicht dafür ebenso wenig wie die vollendete Ausführung der Wegnahme. Beim Raub muss zur Erfüllung des Nötigungsmerkmals (Gewalt oder Drohung) unmittelbar angesetzt werden.

c) S und sein Mittäter haben Hausfriedensbruch begangen, § 123 Abs. 1 Alt.1 StGB. Dieser wird aber von dem Wohnungseinbruchsdiebstahl konsumiert.

### **3. Die zweite Tat**

Mit seiner zweiten Tat hat S das Stadium strafbaren Versuchs nicht erreicht. Sein Projekt ist im Vorbereitungsstadium gescheitert.

## **III. Strafbarkeit von A und B**

### **1. Vor den Taten des S**

Selbst wenn S überhaupt nichts getan hätte, wären A und B strafbar. Denn durch die Erteilung des Auftrags zum Einbruch in das Haus haben sie versucht, den S zur Begehung eines Verbrechens (§§ 242 Abs. 1, 244 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 4 StGB, § 249 StGB) zu bestimmen. Daher sind sie auf der Grundlage des § 30 Abs. 1 StGB strafbar. Sofern aber auf Grund der von S begangenen Taten eine Strafbarkeit wegen Anstiftung (§ 26 StGB) zu einem versuchten oder vollendeten Verbrechen begründet ist, tritt die Strafbarkeit aus § 30 Abs. 1 StGB subsidiär zurück.

### **2. Erste Tat des S**

Zur Begehung dieser Tat wurde S durch A und B bestimmt. Daher sind A und B wegen Anstiftung zum Wohnungseinbruchsdiebstahl strafbar, §§ 242 Abs. 1, 244 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 4, 26 StGB.

Die Strafbarkeit wegen Anstiftung zum Hausfriedensbruch (§§ 123 Abs. 1 Alt. 1, 26 StGB) wird dadurch konsumiert.

Bezüglich des Verbrechens „Raub“, das von S weder vollendet noch versucht wurde, bleibt es bei der Strafbarkeit aus § 30 Abs. 1 StGB.

### **3. Zweite Tat des S**

Mit der zweiten Tat hat sich S weder wegen Vollendung noch wegen Versuchs strafbar gemacht. Der Plan des S, mit dieser Tat einen Wohnungseinbruchsdiebstahl bzw. einen Raub zu begehen, geht aber auf die „Bestimmung“ seitens A und B zurück. Da es zur Begehung einer Haupttat nicht gekommen ist, sind A und B diesbezüglich nicht aus § 26 StGB strafbar. Strafbar sind A und B aber aus § 30 Abs. 1 StGB.

### **4. Konkurrenzen**

Nach Eliminierung der wegen Gesetzeskonkurrenz zurücktretenden Strafbarkeiten haben sich A und B strafbar gemacht aus

- §§ 242 Abs. 1, 244 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 4, 26 StGB
- §§ 249 Abs. 1, 30 Abs. 1 StGB (erste Tat des S)
- §§ 242 Abs. 1, 244 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 4, 30 Abs. 1 StGB (zweite Tat des S)

- §§ 249 Abs. 1, 30 Abs. 1 StGB (zweite Tat des S)

Alle Strafbarkeiten beruhen auf einer einzigen Handlung, mit der A und B den S zur Tatbegehung aufgefordert haben. Das Konkurrenzverhältnis bei Anstiftung richtet sich nicht nach der Anzahl der Haupttaten (hier zwei), sondern nach der Anzahl der Anstiftungshandlungen (hier eine). Daher stehen die Anstiftungsstrafbarkeiten in Idealkonkurrenz, § 52 StGB.

## **2025-I-6**

### **Entschuldigender Notstand**

#### **I. Gegenstand der Entscheidung**

Die Entscheidung betrifft die von A zugunsten des Plantagenbetreibers erbrachten Beratungsleistungen. Diese erfüllen den Tatbestand der Beihilfe zum Handeltreiben mit Betäubungsmitteln, § 29 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BtMG iVm § 27 StGB.

Auf der Tatbestandsebene erzeugt der Fall keinen Erörterungsbedarf.

Zu klären ist, ob die Befürchtung des A, das dem Schwager „ins Knie geschossen“ werde, Einfluss auf Rechtswidrigkeit oder Schuld hat. Der BGH unterstellt, dass die Drohung ernst gemeint ist. Er würdigt diese Tatsache am Maßstab des § 35 StGB. Im Ergebnis verneint er einen entschuldigenden Notstand, weil die Voraussetzung, dass die Gefahr „nicht anders abwendbar“ ist, nicht erfüllt sei. A hätte sich an die zuständige Behörde (Polizei) wenden und deren Reaktion abwarten können.

#### **II. Weitere Aspekte**

In der Fallbearbeitung müßten einige über die Entscheidungsgründe hinausgehenden strafrechtlichen Fragen erörtert werden.

##### **1. Wirkliche Gefahr**

Unterstellt man, dass die Drohung gegen den Schwager eine gegenwärtige Gefahr für Leib oder Leben, bzw. zumindest die Willensentschließungsfreiheit erzeugt, müßte schon auf der Rechtswidrigkeits-Ebene zu einer etwaigen Rechtfertigung aus § 34 StGB Stellung genommen werden. Ob die Veranlassung behördlichen Einschreitens gegen den Urheber der Drohung wirklich eine relevante vorrangige Gefahrabwendungsmethode ist, hängt nicht nur von der Prognose der polizeilichen Behandlung des Falles, sondern auch von der Zumutbarkeit der Wahl dieses Weges ab. Möglicherweise wäre mit der Information der Polizei auch die Aufdeckung eigener strafrechtlicher Verstrickung des A und/oder des Schwagers verbunden. Damit wäre der Grundsatz „nemo tenetur se ipsum accusare“ berührt.

Ein weiterer Gesichtspunkt, der gegen die Anwendung sprechen könnte, ist der des „Nötigungsnotstands“. In der Literatur gibt es Stimmen, die bei einer Notstands-Gefahr, die auf

einer Nötigung beruht, eine Rechtfertigung kategorisch ausgeschlossen ist und allenfalls eine Entschuldigung nach § 35 StGB möglich ist. Dieser Gesichtspunkt stünde der Voraussetzung „wesentlich überwiegendes Interesse“ entgegen.

Prüft man § 35 Abs. 1 StGB, sollte man zunächst die Begrenzung des persönlichen Schutzbereichs beachten. Anders als bei § 34 StGB ist bei § 35 StGB nur eine Gefahr beachtlich, die entweder dem Täter selbst oder einem Angehörigen des Täters bzw. einer sonst dem Täter nahestehenden Person droht. Aus diesem Grund ist es hier wichtig, dass die bedrohte Person Schwager des Täters ist. Ein Schwager ist Angehöriger iSd § 11 Abs. 1 Nr. 1 a StGB : „Ehegatten oder Lebenspartner der Geschwister, Geschwister der Ehegatten oder Lebenspartner. Der Schwager des A ist also entweder Ehegatte eines Bruders oder einer Schwester des A oder Bruder der Ehefrau des A.

Eine weitere Abweichung des § 35 StGB von § 34 StGB besteht darin, dass nur Gefahren für Leib, Leben oder Freiheit beachtlich sind. Gefahren für sonstige Rechtsgüter (zB Eigentum) begründen keine Entschuldigung.

Die Voraussetzung „erforderlich“ („nicht anders abwendbar“) ist in § 34 StGB und in § 35 StGB identisch.

Anders als § 34 StGB verlangt § 35 StGB kein überwiegendes Gefahrabwendungsinteresse.

Eingeschränkt wird die Entschuldigung durch die Zumutbarkeits-Klausel, § 35 Abs. 1 S. 2 StGB.

## **2. Irrtümlich angenommene Gefahr**

Existierte die Gefahr nur in der Vorstellung des Täters, scheiden § 34 StGB und § 35 StGB schon aus diesem Grund aus.

Zu erörtern ist dann ein Erlaubnistatbestandsirrtum bzgl. § 34 StGB und ein Entschuldigungstatbestandsirrtum, der in § 35 Abs. 2 StGB normiert ist.

## **2025-I-7**

### **Gefährlicher Eingriff in den Straßenverkehr, Mittäterschaft, eigenhändiges Delikt, versuchter Mord**

#### **I. Gegenstand der Entscheidung**

Der BGH setzt sich mit den Strafbarkeitsvoraussetzungen des § 315 b Abs. 1 StGB auseinander. Angeklagter war ein Tatbeteiligter, der das Fahrzeug nicht selbst steuerte – er war der Bruder des Fahrzeugführers –, sondern auf der Rückbank des Fahrzeugs saß. Dieser wurde deshalb als Mittäter des Fahrzeugführers betrachtet (§ 25 Abs. 2 StGB). Zu klären war zum einen, ob ein sogenannter „Inneneingriff“ den Tatbestand des § 315 b Abs. 1 StGB, der in erster Linie auf „Außeneingriffe“ eingestellt ist, erfüllen kann. Sodann stellte sich für den BGH die Frage, ob das Delikt im Falle eines Inneneingriffs ein „eigenhändiges Delikt“ ist.

## **II. Gefährlicher Eingriff in den Straßenverkehr in Mittäterschaft, §§ 315 b Abs. 1 Nr. 3, 25 Abs. 2 StGB**

### **1. Außeneingriff und Inneneingriff**

Unproblematische tatbestandsmäßige Fälle sind „Außeneingriffe“. Bei diesen nimmt der Täter nicht – als Fahrzeugführer oder als Fußgänger – am Straßenverkehr teil. Er befindet sich außerhalb des Verkehrsgeschehens, was in der Regel auch im räumlichen Sinne zu verstehen ist. Typisch ist z. B. der Standort auf einer Straßenbrücke, unter der eine Autobahn oder eine sonstige Straße hindurchführt. Das Hinabwerfen von Gegenständen (z. B. Steine, Gullydeckel, Baumstämme usw.) auf die Fahrbahn ist ein eindeutiger Fall des § 315 b Abs. 1 StGB. Charakteristisch für tatbestandsmäßige Eingriffe ist, dass infolge des Täterhandelns Gegenstände im Verkehrsraum sind, die da „nicht hingehören“, die „Fremdkörper“ sind.

Gerade diesen Zustand kann aber auch ein Inneneingriff erzeugen. Wenn ein Fahrzeug wie eine Waffe verwendet wird, um andere anzugreifen und zu schädigen, dann hat dieses Fahrzeug in dieser Verfassung im Verkehrsraum „nichts zu suchen“, es ist ein „verkehrsfremder“ Gegenstand. In einem solchen Fall steht es der Tatbestandsmäßigkeit nicht entgegen, dass der Täter sich im Innenbereich des Verkehrs befindet und sogar als Führer des Fahrzeugs in an sich verkehrstypischer Weise am Straßenverkehr teilnimmt.

Regelübertretungen bei der Teilnahme am Straßenverkehr sind jedoch grundsätzlich nur nach § 315 c StGB strafbar, ansonsten als Ordnungswidrigkeiten gemäß § 24 StVG iVm § 49 StVO mit Bußgeld bewehrt. Lücken im Gefüge der Varianten des § 315 c Abs. 1 Nr. 2 StGB dürfen nicht ohne Weiteres durch Anwendung des § 315 b StGB geschlossen werden. Die Tatbestandsmäßigkeit des Inneneingriffs nach § 315 b Abs. 1 StGB ist deshalb eine Ausnahme. Der BGH stellt an diese Ausnahme folgende Voraussetzungen:

Das Fahrzeug wird vom Täter in verkehrsfreundlicher Einstellung bewusst zweckwidrig eingesetzt, der Täter missbraucht das Fahrzeug mit mindestens bedingtem Schädigungsvorsatz wie eine Waffe.

Im Lehrbuch von Rengier, Strafrecht Besonderer Teil II, 25. Aufl. 2024, § 45 Rn. 15 ff. werden die Voraussetzungen folgendermaßen dargestellt:

„Erstens ist objektiv eine grobe Einwirkung von einigem Gewicht notwendig.

Zweitens muss subjektiv der Führer das von ihm gesteuerte Fahrzeug in verkehrsfreundlicher Einstellung bewusst zweckwidrig einsetzen und insoweit in der Absicht handeln, den Verkehrsvorgang zu einem Eingriff in den Straßenverkehr zu ‘pervertieren’ und dadurch in die Sicherheit des Straßenverkehrs einzugreifen.

Drittens muss schließlich hinzukommen, dass der Täter das Fahrzeug mit zumindest bedingtem Schädigungsvorsatz – etwa als Waffe oder Schadenswerkzeug – missbraucht.“

Diese Voraussetzungen waren im vorliegenden Fall erfüllt.

### **2. Mittäterschaft**

Nach dem BGH erfüllte der auf der Rückbank sitzende A die allgemeinen Voraussetzungen der Mittäterschaft. Das begründet der BGH damit, dass der A das Kraftfahrzeug zur Verfügung gestellt hatte, während der Tatausführung im Fahrzeug anwesend war, Einfluss auf die Handlungen des das Fahrzeug führenden Bruders nehmen konnte und ein erhebliches Tatinteresse hatte.

Die Notwendigkeit einer ausführlichen Begründung für die Bejahung der Mittäterschaft sieht der BGH aber in Beziehung auf die dogmatische Figur „eigenhändiges Delikt“. Bei einem eigenhändigen Delikt ist nämlich eine Tatbestandserfüllung, die nicht vollständig durch eigene Handlungen des Täters bewirkt wird, sondern zumindest zum Teil auf der Zurechnung des Handelns eines anderen beruht, also Tatbestandserfüllung in mittelbarer Täterschaft (§ 25 Abs. 1 Alt. 2 StGB) und in Mittäterschaft (§ 25 Abs. 2 StGB) nicht möglich.

Warum ein Delikt den Charakter eines eigenhändigen Delikts hat und welche Tatbestände zu dieser Gattung gehören, ist weitgehend ungeklärt und umstritten. Als klassische Fälle gelten die Aussagedelikte der §§ 153 ff StGB, der Vollrausch (§ 323 a StGB) sowie Trunkenheit im Verkehr (§ 316 StGB). Auch die Gefährdung des Straßenverkehrs gemäß § 315 c Abs. 1 Nr. 1 StGB wird dazu gerechnet, überwiegend auch die Varianten des § 315 c Abs. 1 Nr. 2 StGB.

Wahrscheinlich ist letzteres der Grund dafür, dass der BGH sich hier veranlasst sieht darzulegen, dass § 315 b Abs. 1 StGB kein eigenhändiges Delikt ist und zwar auch nicht in der Erscheinungsform des „Inneneingriffs“. Unstreitig ist der gefährliche Eingriff in den Straßenverkehr kein auf eigenhändiges Handeln beschränktes Delikt im Fall des Außeneingriffs. Beim Inneneingriff wird zur Definition des ausnahmsweise vom Tatbestand des § 315 b Abs. 1 StGB erfassten Falles auf verkehrsfreundliches Handeln des Fahrzeugführers abgestellt. Desgleichen zeigen die typischen Beispiele eine das Fahrzeug führenden Täter, der sein Fahrzeug als Waffe missbraucht. Darin liegt eine gewisse Anlehnung oder Annäherung an § 315 c StGB wo – wie gesagt – nach h. M. die Tatbestandserfüllung auf eigenhändiges Handeln des Fahrzeugführers beschränkt ist. Beim tatbestandsmäßigen Inneneingriff gem. § 315 b Abs., 1 StGB gibt es aber keinen Grund, die Möglichkeit der Tatbestandserfüllung auf den Fahrzeugführer und dessen eigenes Handeln zu beschränken. Im Gegenteil: Wenn ein Dritter durch z. B. nötigende Einwirkung auf den Fahrzeugführer die Sicherheit des Straßenverkehrs beeinträchtigt, hat dieser Fall sogar mehr Nähe zum Außeneingriff als der Fall des eigenhändig verkehrsfremden Handelns des Fahrzeugführers. Jenes Handeln müsste daher „erst recht“ unter § 315 b Abs. 1 StGB zu subsumieren sein.

Nur am Rande sei bemerkt, dass bereits die These von der Tatbestandsbeschränkung auf Eigenhändigkeit bei §§ 316, 315 c Abs. 1 Nr. 1 StGB und erst recht bei den Varianten des § 315 c Abs. 1 Nr. 2 StGB angreifbar ist.

### **III. Weitere Themen**

#### **1. Versuchter Mord**

Der Angeklagte war vom Landgericht auch wegen versuchten Totschlags (§§ 212, 22 StGB) verurteilt worden. Der BGH geht darauf nicht näher ein, insbesondere nicht auf die Frage, ob eine Verurteilung wegen versuchten Mordes begründet wäre. Die Gerichte nehmen also an, dass keine Mordmerkmale erfüllt wurden.

In Betracht kämen niedrige Beweggründe. Der Schilderung des Falles sind allerdings keine verwertbaren Informationen zu den Tatmotiven des A zu entnehmen.

Ob der Tötungsversuch heimtückisch ausgeführt wurde, lässt sich auf Grundlage des beschriebenen Tathergangs auch nicht feststellen. Möglicherweise haben die Gerichte in dem Angriff mit dem fahrenden Pkw eine offene Bedrohung gesehen, durch die die Arglosigkeit des Opfers frühzeitig beseitigt worden ist.

Fährt ein Täter mit einem Fahrzeug in eine Menschenmenge, nehmen die Gerichte stets (versuchte) Tötung mit einem gemeingefährlichen Mittel an. Darauf gehen die Gerichte im vorliegenden Fall offensichtlich deswegen nicht ein, weil die Tat nur den G gefährdete und keine anderen Personen in Tatnähe waren, deren Leben durch die Tat ebenso hätte gefährdet werden können.

## **2. Unerlaubte Entfernung vom Unfallort**

Von einer Strafbarkeit aus § 142 Abs. 1 Nr. 1 StGB ist in der Entscheidungsbegründung nicht die Rede. Das ist nachvollziehbar, weil das Tatbestandsmerkmal „Unfall im Straßenverkehr“ nicht erfüllt wurde. Das liegt nicht daran, dass die Täter den G vorsätzlich schädigen wollten, sondern daran, dass dieser laut Entscheidungsbegründung unverletzt blieb. Mangels Schaden ist kein Unfall entstanden.

*Literatur zu der Entscheidung : Zieschang JR 2024, 488 ff.*

## **2025-I-8**

### **Raub, räuberische Erpressung**

#### **I. Gegenstand der Entscheidung**

Die Angeklagten waren wegen gefährlicher Körperverletzung (§§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB) und wegen besonders schweren Raubes (§§ 249 Abs. 1, 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB) verurteilt worden. Die Entscheidung des BGH bezieht sich auf die Verurteilung wegen des qualifizierten Raubes.

#### **II. Raub und räuberische Erpressung**

##### **1. Raub**

Der Grundtatbestand des Raubes (§ 249 Abs. 1 StGB) setzt im objektiven Tatbestand die Nötigungshandlung Gewalt gegen eine Person oder Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben voraus, die in einem raubspezifischen Zusammenhang mit der Wegnahme einer fremden beweglichen Sache stehen muss. Der subjektive Tatbestand setzt Vorsatz (§ 15 StGB) und Zueignungsabsicht voraus.

*Achten Sie darauf, nicht Zueignungsabsicht mit Bereicherungsabsicht zu verwechseln !*

Im Fall war nur die Zueignungsabsicht bzgl. der Handys problematisch.

Das Merkmal „Zueignungsabsicht“ in § 249 StGB ist identisch mit dem gleichnamigen subjektiven Tatbestandsmerkmal in § 242 Abs. 1 StGB. Die Absicht des Täters muss sich auf Zueignung und Rechtswidrigkeit beziehen. Die Komponente „Zueignung“ wird geteilt in „Enteignung“ und „Aneignung“. Bezüglich der Enteignung ist dolus eventualis ausreichend. Bezüglich der Aneignung ist dolus directus 1. Grades erforderlich. Die Enteignung muss nach dem Willen des Täters eine endgültige sein. Hinsichtlich der Aneignung genügt die Absicht auf eine vorübergehende Einverleibung. Bezüglich der Rechtswidrigkeit der Zueignung genügt dolus eventualis.

Unproblematisch ist im vorliegenden Fall der Enteignungsvorsatz.

Fraglich ist, ob die Täter sich die Handys aneignen wollten. Positiv wäre dafür der Wille erforderlich, aus dem Besitz des Handys wirtschaftliche Vorteile zu ziehen, das Handy also bestimmungsgemäß zu benutzen oder gegen Entgelt zu veräußern. Negativ stünde der Aneignungsabsicht entgegen, wenn es den Tätern ausschließlich oder primär um Beschädigung, Zerstörung (Löschung von Daten) oder darum ginge, den Eigentümer oder den Besitzer des Handys zu ärgern. Das Landgericht hatte die relevanten Fakten nicht erschöpfend ermittelt, weshalb eine Entscheidung über die Zueignungsabsicht nicht möglich war. Einiges sprach für eine Motivationslage der Täter, die der Aneignungsabsicht entgegensteht.

Fehlt es an der Aneignungsabsicht, ist auch eine Strafbarkeit wegen Diebstahls (§ 242 StGB) und wegen Unterschlagung (§ 246 StGB) nicht begründet.

## **2. Räuberische Erpressung**

Nach der Rechtsprechung kann der objektive Tatbestand einer Erpressung (§ 253 StGB) oder räuberischen Erpressung (§§ 253, 255 StGB) auch in Fällen erfüllt werden, in denen der Täter dem Opfer eine Sache wegnimmt und die Nötigung sich darauf beschränkt, den Betroffenen zur Duldung dieser Wegnahme zu zwingen. Eine durch Nötigung erwirkte „Vermögensverfügung“ ist nach der Rechtsprechung nicht erforderlich.

Dem Problem der Aneignungsabsicht bei § 249 StGB entspricht im vorliegenden Fall das Problem der „Bereicherungsabsicht“ bei §§ 253, 255 StGB. Wenn die Täter sich die Handys nicht aneignen wollten, hatten sie auch keine Absicht, sich durch Wegnahme der Handys einen Vermögensvorteil zu verschaffen. Zwar ist auch der Besitz einer Sache ein Vermögensgut. Wollen die Täter aber aus dem erlangten Besitz keine wirtschaftlichen Vorteile ziehen, sondern die Sache nur beiseiteschaffen, beschädigen oder zerstören, haben sie keine Bereicherungsabsicht.

## **III. Sonstige Straftatbestände**

### **1. Hausfriedensbruch, § 123 StGB**

Hausfriedensbruch wird in der Entscheidung nicht erwähnt. Die Strafbarkeitsvoraussetzungen des § 123 Abs. 1 Alt. 1 StGB wurden erfüllt. Möglicherweise hat A keinen Strafantrag (§§ 123 Abs. 2, 77 StGB) gestellt.

### **2. Nötigung, § 240 StGB**

Wenn eine Strafbarkeit wegen Raubes oder räuberischer Erpressung nicht begründet ist, weil der subjektive Tatbestand nicht erfüllt ist (s.o. II. 1., 2.), sind die Täter wegen Nötigung in Mittäterschaft (§§ 240 Abs. 1, 25 Abs. 2 StGB) strafbar. Anderenfalls tritt § 240 StGB hinter §§ 249, 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB oder §§ 253, 255, 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB zurück.

### **3. Bedrohung, § 241 StGB**

Die Drohung mit Herausschneiden der Zunge und „Abschlachten“ könnte Bedrohung mit einer schweren Körperverletzung gem. § 226 Abs. 1 Nr. 1 (Sprechvermögen), Nr. 2 (wichtiges Glied des Körpers) sein. Das ist die Bedrohung mit einem Verbrechen, § 241 Abs. 2 StGB. Außerdem ist es die Androhung einer gefährlichen Körperverletzung, §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2 StGB. Das ist Bedrohung gem. § 241 Abs. 1 StGB. § 241 Abs. 1 StGB tritt hinter § 241 Abs. 2 StGB (höhere Strafdrohung) zurück. Nach h. M. tritt § 241 Abs. 2 StGB hinter § 240 StGB bzw. hinter § 249 StGB oder §§ 253, 255 StGB zurück.

### **4. Freiheitsberaubung, § 239 StGB**

A wurde durch die Täter über einen längeren Zeitraum daran gehindert seine Wohnung zu verlassen und zu fliehen. Das ist Freiheitsberaubung. Diese tritt nicht hinter § 249 StGB oder hinter §§ 253, 255 StGB zurück.

### **5. Erpresserischer Menschenraub, § 239 a StGB**

Dieser Straftatbestand ist nicht erfüllt, weil die Täter ihr Opfer nicht in eine „stabile Bemächtigungslage“ zwingen wollten.

## **2025-I-9**

### **Bandendiebstahl**

#### **I. Gegenstand der Entscheidung**

In dem Verfahren, in dem der BGH als Revisionsgericht entschied, war nur der A angeklagt. A war Mitglied einer Bande, in die auch die anderen Beteiligten involviert waren. Der BGH setzt sich mit der Beurteilung des Landgerichts auseinander, wonach die Entwendung des Tresors ein vollendeter schwerer Bandendiebstahl sei.

#### **II. Schwerer Bandendiebstahl**

##### **1. Diebstahl**

a) Schwerer Bandendiebstahl ist in § 244 a StGB geregelt. Es handelt sich auf Grund der Strafdrohung um ein Verbrechen, § 12 Abs. 1 StGB. Daran sollte man immer denken, wenn eventuell eine Vorfeldstrafbarkeit gemäß § 30 StGB im Raum steht. Grundtatbestand ist der Diebstahl gemäß § 242 Abs., 1 StGB. Wenn alle Strafbarkeitsvoraussetzungen des § 244 a StGB erfüllt sind, sind auch alle Strafbarkeitsvoraussetzungen des § 242 Abs. 1 StGB und des § 244 Abs. 1 Nr. 2 StGB. erfüllt. Diese Tatbestände treten hinter § 244 a StGB zurück. Im Gutachten

sollte man dies schon bei dem Ergebnis zu § 244 a StGB feststellen. Dasselbe gilt für den zurücktretenden § 246 Abs. 1 StGB.

Da bei einem Bandendiebstahl mindestens zwei Bandenmitglieder an der Tatbegehung mitwirken, kann es sein, dass die Erfüllung des Tatbestandsmerkmals „Wegnahme“ durch Mittäterschaft (§ 25 Abs. 2 StGB) begründet wird.

b) Im vorliegenden Fall liegt ein vollendeter Diebstahl bzgl. des Tresors vor. Laut Sachverhalt wurde dieser nicht bereits am Tatort (dort käme eine „Gewahrsamsenklaue“ wegen der Größe der Sache nicht in Betracht) geöffnet und dann zurückgelassen (in diesem Fall wäre bereits fremder Gewahrsam nicht gebrochen worden), sondern erst auf einem vom Tatortgelände entfernten Parkplatz. A und C haben den Tresor samt Inhalt weggenommen (Bruch fremden Gewahrsams und Begründung neuen Gewahrsams).

*Dazu, dass die Vollendung vielleicht am Fehlen der Zueignungsabsicht scheitern könnte, unten III.*

## **2. Qualifikation**

Bandendiebstahl und schwerer Bandendiebstahl sind Qualifikationen im Verhältnis zu § 242 Abs. 1 StGB. Daher sollte man an § 28 Abs. 2 StGB denken. Wird die Erfüllung des Tatbestandes des § 244 a Abs. 1 StGB daraus abgeleitet, dass der Täter Bandenmitglied ist und gewerbsmäßig (§ 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 StGB) handelt, sind zwei „besondere persönliche Merkmale“ betroffen. Hinsichtlich „gewerbsmäßig“ ist das unbestritten, hinsichtlich „Bandenmitgliedschaft“ ist es nicht unbestritten, aber h. M. Es kann also sein, dass ein an dem Bandendiebstahl beteiligter Täter nur aus § 244 Abs. 1 Nr. 2 StGB strafbar ist, weil er – anders als sein Mittäter – nicht gewerbsmäßig handelt. Es kann sogar sein, dass ein Beteiligter nur aus § 242 Abs. 1 StGB strafbar ist, weil er weder gewerbsmäßig handelt noch Bandenmitglied ist. Prüft man Strafbarkeit aus § 30 StGB iVm § 244 a StGB, kann es sein, dass die Strafbarkeit eines Beteiligten daran scheitert, dass für ihn die geplante Tat kein schwerer Bandendiebstahl und somit kein Verbrechen ist, weil er selbst nicht gewerbsmäßig handeln will oder weil er kein Mitglied der Bande ist.

Eine „Bande“ besteht aus mindestens drei Mitgliedern. An der konkreten Tat brauchen aber nur zwei Bandenmitglieder beteiligt zu sein. Diese Voraussetzungen sind im vorliegenden Fall erfüllt. Auch handeln die Täter A und C gewerbsmäßig.

Fraglich ist nach Ansicht des BGH aber die Verbindung der von A und C begangenen Tat mit der zugrunde liegenden Bandenabrede. Die Tat muss „als“ Bandenmitglied begangen worden sein. Mit „Bandenabrede“ ist nicht der Tatentschluss zu der konkreten Tat gemeint, sondern die grundlegende Vereinbarung, durch die die Bande als Organisation gegründet wurde („Wir drei schließen uns zusammen, um künftig Einbruchsdiebstähle in Supermärkte usw. zu begehen“).

„Die Annahme eines Bandendiebstahls setzt aber neben einer ausdrücklich oder konkludent getroffenen Bandenabrede zwischen mindestens drei Personen voraus, dass der Täter *gerade als* Mitglied der Bande unter Mitwirkung eines anderen Bandenmitglieds stiehlt, die Einzeltat also *Ausfluss* der Bandenabrede ist und nicht losgelöst davon ausschließlich im eigenen Interesse der jeweils unmittelbar Beteiligten ausgeführt wird.“ (Hervorhebungen hier)

Dies lasse sich – so der BGH – den vom Landgericht getroffenen Feststellungen nicht entnehmen. Vielmehr liege es nahe, dass A und C – nunmehr ohne den B – den Einbruch in die Büroräume ausschließlich im eigenen Interesse unternahmen.

Wenn der erforderliche Zusammenhang zwischen Tat und Bandenabrede nicht besteht, sind A und C nur aus § 242 Abs. 1 StGB strafbar. Die Strafe ist dann dem Strafrahmen des § 243 Abs. 1 StGB zu entnehmen. A und C haben die Regelbeispiel § 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 StGB und § 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 StGB erfüllt.

Die Qualifikation des § 244 Abs. 1 Nr. 1 a oder Nr. 1 b StGB ist nicht erfüllt. Zwar ist anzunehmen, dass zum „Aufhebeln“ des Fensters ein Werkzeug (z. B. Brecheisen) benutzt wurde, das eventuell auch als Schlagwaffe gegen Widersacher eingesetzt werden kann. Da aber offenbar der Plan nur darauf gerichtet war, dieses Werkzeug zum Aufbrechen des Fensters zu verwenden, wurde es nicht als – für Leib oder Leben – „gefährliches“ Werkzeug mitgeführt. Dasselbe gilt für den Pkw, mit dem A und C zum Tatort fahren.

### **III. Zueignungsabsicht**

#### **1. Fehlende Zueignung**

A und C haben den Tresor und dessen Inhalt an dem Parkplatz zurückgelassen. Daraus kann man schließen, dass sie sich diese Sachen nicht zugeeignet haben. Ginge es allein um eine Strafbarkeit wegen Unterschlagung gemäß § 246 Abs. 1 StGB – z. B. weil die Täter den Tresor auf dem Parkplatz liegend gefunden und nicht zuvor weggenommen haben – würde die Strafbarkeit wegen vollendeter Unterschlagung im objektiven Tatbestand scheitern: keine Zueignung. In Betracht käme versuchte Unterschlagung (§§ 246 Abs. 3, 22 StGB). Ein strafbefreiender Rücktritt gemäß § 24 Abs. 2 StGB läge nicht vor, weil der Versuch fehlgeschlagen wäre.

#### **2. Fehlende Zueignungsabsicht**

Beim Diebstahl ist die „Zueignung“ nicht Bestandteil des objektiven Tatbestandes, sondern des subjektiven Tatbestandes: Zueignungsabsicht. Daher kann die Strafbarkeit wegen vollendeten Diebstahls nicht daran scheitern, dass die Täter sich die weggenommene Sache nicht tatsächlich zugeeignet haben. Sie kann nur daran scheitern, dass die Täter bei der Wegnahme (Koinzidenz beachten !) ohne die Absicht handelten, sich die weggenommene Sache zuzueignen.

Bei der Wegnahme von Behältnissen, an deren Inhalt die Täter ein Interesse haben, kann die Erfüllung des Tatbestandsmerkmals „Zueignungsabsicht“ problematisch sein. Man muss bei der Prüfung der Zueignungsabsicht das Behältnis und den Inhalt des Behältnisses getrennt behandeln und differenziert würdigen:

a) Meistens fehlt es bezüglich des Behältnisses an der Aneignungsabsicht. Allerdings soll es nach der Rechtsprechung für die Aneignungsabsicht genügen, wenn das Behältnis für den Abtransport der Beute – des Inhalts – benötigt wird (z. B. eine Kiste mit schweren wertvollen Sachen). Ein klarer Fall fehlender Aneignungsabsicht bzgl. des Behältnisses ist die Wegnahme einer Geldbörse, der der Täter sogleich das Bargeld entnimmt und die der Täter sodann wegwirft.

b) Hinsichtlich des Inhalts ist ein klarer Fall der, dass das Behältnis gar nichts enthält. Dann hat der Täter nämlich die Sache, die er sich aneignen will, z. B. Bargeld, gar nicht weggenommen.

Schwieriger zu beurteilen sind Fälle, in denen das weggenommene Behältnis Inhalt hat, der für den Täter aber unbrauchbar oder uninteressant ist. Die Aneignungsabsicht richtet sich auf Sachen, die gar nicht in dem Behältnis enthalten sind und deshalb auch gar nicht weggenommen wurden. Die Wegnahme wiederum betrifft Sachen, die der Täter sich nicht aneignen will.

In einem solchen Fall entfällt Strafbarkeit wegen vollendetem Diebstahls, weil das subjektive Tatbestandsmerkmal „Zueignungsabsicht“ nicht erfüllt wurde. Strafbar ist der Täter wegen (untauglich) versuchten Diebstahls. Das Liegenlassen der Sachen ist kein strafbefreiender Rücktritt (§ 24 StGB), weil der Versuch fehlgeschlagen ist.

Nach Ansicht des BGH könnte es sich so verhalten haben, dass A und C den Tresor ohne Zueignungsabsicht weggenommen haben. A und C wären dann nur wegen Diebstahlsversuchs strafbar.

#### **IV. Strafbarkeit aus § 30 StGB iVm § 244 a StGB**

Der BGH erwähnt § 30 StGB nicht. Dennoch sollte man an diese Vorschrift denken. Wenn sich nämlich in der erneuten Hauptverhandlung vor der Großen Strafkammer beim Landgericht herausstellen sollte, dass die Strafbarkeitsvoraussetzungen des § 244 a StGB bzgl. Tresor und Inhalt des Tresors nicht erfüllt sind, kommt eine Strafbarkeit aus § 30 Abs. 2 Var. 3 StGB iVm § 244 a StGB für A und auch die anderen beteiligten Bandenmitglieder in Betracht in Bezug auf andere Sachen, die sich tatsächlich nicht in dem Tresor befanden. § 30 StGB ist eine gegenüber Vollendung und Versuch des Verbrechens subsidiäre Bestrafungsgrundlage. Wenn aber Strafbarkeit wegen vollendetem oder versuchten Verbrechens nicht begründet ist, öffnet sich die Subsidiaritätsschranke.

## **2025-I-10**

### **Raub**

#### **I. Gegenstand der Entscheidung**

Der BGH befasst sich in seiner Entscheidung mit der Strafbarkeit des A wegen Raubes bzgl. des Fahrrads. Das Landgericht hatte den Angeklagten aus § 249 Abs. 1 StGB verurteilt.

#### **II. Strafbarkeit wegen Raubes, § 249 StGB**

##### **1. Unproblematische Strafbarkeitsvoraussetzungen**

A und B haben mittäterschaftlich (§ 25 Abs. 2 StGB) dem W das Fahrrad weggenommen. Das Fahrrad befand sich im Gewahrsam des W. Indem A und B das Rad aus der Wohnung schafften, brachen sie den Gewahrsam des W und begründeten neuen Gewahrsam.

Unproblematisch ist auch, dass A mit den Faustschlägen Gewalt gegen die Person des W verübt hat.

Die Erfüllung des subjektiven Tatbestandes ist – vom „Finalzusammenhang“ abgesehen (dazu unten 2.) – nicht fraglich. A handelte vorsätzlich und hatte bei der Wegnahme Zueignungsabsicht.

## **2. Zusammenhang zwischen Gewalt und Wegnahme**

### **a) Finalzusammenhang oder Kausalzusammenhang**

Das additive Zusammentreffen von Gewalt gegen die Person und Wegnahme reicht für die Erfüllung des Raubtatbestandes nicht aus. Zwischen dem Nötigungsakt (Gewalt oder Drohung) und der Wegnahme muss ein „raubspezifischer“ Zusammenhang bestehen. Nach der h. M. ist das ein „Finalzusammenhang“. Ob dieses Tatbestandsmerkmale zum objektiven Tatbestand oder zum subjektiven Tatbestand gehört, ist umstritten. Dass diese Zuordnung schwierig ist und eigentlich beide Ebenen – objektiver und subjektiver Tatbestand – betroffen sind, wird auch in den Lehrbüchern zugestanden. Dieses Problem haben die Vertreter der Mindermeinung, nach der zwischen Nötigung und Wegnahme ein Kausalzusammenhang bestehen muss, nicht. Der Kausalzusammenhang ist Teil des objektiven Tatbestandes.

Finalzusammenhang bedeutet, dass der Täter die Gewalt oder Drohung ausführt, um damit die Wegnahme zu ermöglichen oder zu erleichtern. Die Nötigung muss also der Wegnahme zeitlich vorausgehen und sie muss von dem Vorsatz begleitet sein, mittels der Nötigung die Wegnahme zu ermöglichen oder zu erleichtern.

### **b) Nötigung ohne Wegnahmezwecksetzung**

Der vorliegende Fall gehört zu der in der Rechtsprechung recht häufig anzutreffenden Gattung von Sachverhalten, in denen die Gewalt oder Drohung zu einem anderen Zweck als der Wegnahme eingesetzt wird, danach aber doch etwas weggenommen wird und dabei die Einschüchterungswirkung der vorangegangenen Gewalt oder Drohung noch anhält. Wegen dieser fortdauernden Einschüchterungswirkung besteht zwischen der Gewalt oder Drohung und der Wegnahme ein Kausalzusammenhang. Allerdings hat der Täter beim Vollzug der Gewalthandlung noch nicht den Vorsatz in Bezug auf die Wegnahme und deshalb auch nicht den Vorsatz in Bezug auf den Kausalzusammenhang zwischen Gewalt und Wegnahme. Nach der h. M., die keinen Kausalzusammenhang, sondern einen Finalzusammenhang zugrunde legt, wäre die Kausalität schon objektiv nicht ausreichend, um den Tatbestand des Raubes zu erfüllen.

Um auf der Grundlage des Erfordernisses eines Finalzusammenhanges das Vorliegen eines solchen bei der Wegnahme bejahen zu können, gibt es nur den Weg, das Andauernlassen des Einschüchterungseffekts als konkludente Drohung mit erneuter Gewalt zu qualifizieren. Allerdings genügt dafür die bloße Ausnutzung dieses Einschüchterungseffekts nicht. Vielmehr muss der Täter gegenüber dem Opfer eine Handlung ausführen, die vom Opfer als Drohung

(„Wenn du die Wegnahme des Fahrrads nicht duldest, bekommst du weitere Faustschläge verpasst“) verstanden wird. Nach dem BGH hatte das Landgericht eine derartige Handlung des A nicht festgestellt.

In der Literatur wird vereinzelt vorgeschlagen, das Andauernlassen der Einschüchterungswirkung als Drohung durch Unterlassen (§ 13 Abs. 1 StGB) zu behandeln. Die Garantenpflicht des Täters kann auf Ingerenz gestützt werden. Der Erfolg, zu dessen Abwendung der Täter verpflichtet ist, ist der andauernde Einschüchterungszustand des Opfers. Wenn der Täter diesen Zustand nicht aktiv beseitigt (z. B. indem er aktiv zusichert, dass es keine weiteren Faustschläge geben wird), könnte man dieses Verhalten als „Drohung durch Unterlassen“ qualifizieren.

Allerdings ist diese Lösung fragwürdig. In der Rechtsprechung wird eine solche Unterlassungs-Lösung bislang nicht thematisiert. Der BGH zieht sie im vorliegenden Fall nicht in Betracht. Dogmatische Bedenken gegen sie könnten aus der „Entsprechungsklausel“ des § 13 Abs. 1 StGB abgeleitet werden.

#### c) Konsequenz fehlenden Finalzusammenhangs

Wenn im Ergebnis der Finalzusammenhang nicht begründet werden kann, reduziert sich die Strafbarkeit auf Diebstahl und Nötigung.

### **III. Sonstige Straftatbestände**

#### **1. Hausfriedensbruch, § 123 StGB**

Die Entscheidung teilt nicht mit, auf welche Weise A und B in die Wohnung des W gelangt sind. Daher kann ein „Eindringen“ (§ 123 Abs. 1 Var. 1 StGB) nicht festgestellt werden. Die 2. Tatbestandsvariante „sich nicht entfernen“ setzt eine Aufforderung zum Verlassen der Wohnung voraus. Eine solche hatte W hier wohl nicht ausgesprochen.

#### **2. Körperverletzung, §§ 223, 224 StGB**

A hat Körperverletzung gem. § 223 Abs. 1 StGB begangen. Gefährliche Körperverletzung (§ 224 Abs. 1 StGB) käme allenfalls auf der Grundlage des § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB in Betracht. B hat aber selbst den W nicht misshandelt. Ob seine Anwesenheit und Mitwirkung bei der Tat des A zur Erfüllung des Tatbestandes §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB ausreicht, lässt sich dem Sachverhalt nicht entnehmen.

#### **3. Versuchte räuberische Erpressung, §§ 253, 255, 22 StGB**

Indem A zunächst versuchte, mit den Faustschlägen den W zur Leistung einer „Entschädigung“ zu zwingen, hat er die Strafbarkeitsvoraussetzungen der §§ 253, 255, 22 StGB erfüllt. Die irrije Vorstellung einen Anspruch auf „Entschädigung“ zu haben, ist unerheblich und schließt die Erfüllung des subjektiven Tatbestandsmerkmals „Bereicherungsabsicht“ nicht aus.

**2025-I-11**

## **Raub, räuberische Erpressung**

### **I. Gegenstand der Entscheidung**

Die Entscheidung thematisiert die Straftatbestände Raub und räuberische Erpressung und deren Abgrenzung. Die Täter haben zum Nachteil des N verschiedene Gegenstände an sich gebracht, das Heroin und das Bargeld. Die Art und Weise der Verschaffung dieser Gegenstände weicht – wenn auch geringfügig – voneinander ab. Deswegen könnten verschiedene Straftatbestände verwirklicht worden sein. Die – unproblematische – Strafbarkeit wegen Körperverletzung wird in der Entscheidung nicht erörtert.

### **II. Raub, § 249 StGB**

Bezüglich des Bargeldes des N haben die Täter Raub begangen. Sie haben gegen die Person des N Gewalt verübt und dadurch die Wegnahme des Geldes ermöglicht bzw. erleichtert. Das war der Zweck der Gewalt (Finalzusammenhang, vgl. Entscheidung 10). Der Gewahrsamswechsel an dem Geld erfolgte durch Wegnahme. N hatte zuvor Gewahrsam, diesen hob A oder D durch den Griff in die Brusttasche auf, womit N nicht einverstanden war. Sodann wurde neuer Gewahrsam begründet. Es besteht bei diesem Vorgang keine Notwendigkeit, über die Abgrenzung von Raub und räuberischer Erpressung nachzudenken.

Zugleich wurden die Straftatbestände Diebstahl (§ 242 StGB), Unterschlagung (§ 246 StGB) und Nötigung (§ 240 StGB) erfüllt. Diese treten hinter § 249 StGB zurück.

Nach der Rechtsprechung erfüllt eine Tat, die Raub ist, auch die Strafbarkeitsvoraussetzungen der räuberischen Erpressung (§§ 253, 255 StGB). Diese tritt hinter dem Raub (Spezialtatbestand nach der Rspr.) zurück.

### **III. Räuberische Erpressung, §§ 253, 255 StGB**

Hinsichtlich des Heroins haben die Täter räuberische Erpressung begangen. Anders als bei der Entwendung des Bargeldes ist beim Heroin darzulegen, warum die Tat nicht als Raub (§ 249 StGB) strafbar ist. Jedenfalls nach den Maßstäben, die von der Rechtsprechung an die Tatbestände Raub und räuberische Erpressung gelegt werden, wurde von den Tätern das Tatbestandsmerkmal des Raubes „Wegnahme“ nicht erfüllt. Die Täter haben den Gewahrsam des N an dem Heroin nicht gebrochen. N hat seinen eigenen Gewahrsam selbst aufgehoben, indem er den Tätern das Rauschgift übergab. Als diese es an sich nahmen, hatte N schon keinen Gewahrsam mehr daran.

Nach der in der Literatur vorherrschenden Ansicht ist die Entscheidung darüber, ob das Heroin dem N weggenommen wurde oder nicht, nicht allein anhand des „äußeren Erscheinungsbildes“ (so die Rechtsprechung) zu treffen. Trotz äußerlicher Herausgabe könne es sich um eine Wegnahme handeln, wenn die Verweigerung dieses Herausgabeaktes nach der Vorstellung des

Gewahrsamsinhabers den Verlust der Sache nicht verhindert hätte. Angesichts der physischen Überlegenheit der Angreifer dürfte N das Heroin herausgegeben haben, weil er davon ausging, dass er keine Chance hat, den Verlust abzuwenden. Auf Grundlage dieser Situationsbewertung hätten die Täter Raub begangen.

Die Frage, ob ein illegales Betäubungsmittel überhaupt taugliches Objekt eines Eigentumsdelikts (Raub) oder eines Vermögensdelikts (räuberische Erpressung) sein kann, geht der BGH nicht ein. In der Rechtsprechung besteht darüber kein Streit. Durch den Verlust des Heroins hat N einen Vermögensschaden erlitten. Die Täter handelten mit Bereicherungsabsicht.

#### **IV. Versuchte Beteiligung, § 30 StGB**

Schon vor Beginn des Angriffs auf N haben sich A, B und D strafbar gemacht. Ihre Verabredung richtete sich auf mittäterschaftliche Begehung des Verbrechens „Raub“ (§ 249 StGB). Daher sind sie gemäß § 30 Abs. 2 Var. 3 StGB iVm § 249 StGB strafbar. Allerdings wird diese Strafbarkeit von der Strafbarkeit wegen vollendeten Raubes verdrängt.

## **2025-I-12**

### **Betrug, Computerbetrug, Untreue**

#### **I. Gegenstand der Entscheidung**

In dem Verfahren und somit auch in der Entscheidung des BGH ging es um eine Vielzahl von Taten, mit denen A das Vermögen des O geschädigt haben soll. Der BGH beanstandet zwei Schuldsprüche des Landgerichts, mit denen A zum einen wegen Betruges (§ 263 Abs. 1 StGB) und zum anderen wegen Computerbetruges (§ 263 a Abs. 1 StGB) verurteilt wurde.

#### **I. Die Verwendung der 12 500 Euro**

##### **1. Betrug, § 263 Abs. 1 StGB**

Den Tatbestand des Betruges hätte A erfüllt, wenn er den O bereits vor der Überweisung der 12 500 Euro getäuscht hätte, z. B. darüber, dass er beabsichtigt, das Geld abredewidrig zu verwenden. Täuschungsrelevante Tatsache ist nicht die spätere tatsächliche abredewidrige Verwendung. Als zukünftiges Ereignis kann das gar keine „Tatsache“ sein. Täuschungsrelevant kann nur die innere Einstellung des A im Zeitpunkt der Täuschungsäußerung sein („Ich beabsichtige, das Geld abredgemäß zu verwenden“). Hätte der A bereits zum relevanten Zeitpunkt die Absicht gehabt, das Geld abredewidrig für eigene Zwecke zu verwenden, wäre der objektive Tatbestand des § 263 Abs. 1 StGB erfüllt. Denn die Täuschung hätte einen Irrtum des O verursacht. Dieser Irrtum wiederum hätte die Vermögensverfügung des O (Überweisung des Geldbetrages) verursacht. Daraus wäre dem O ein Vermögensschaden entstanden.

Die spätere abredewidrige Verwendung des Geldes könnte Grundlage für die Erfüllung des Betrugstatbestandes nur sein, wenn A den O in diesem Zusammenhang getäuscht hätte. Da nach dem Sachverhalt keine aktive Täuschungshandlung erkennbar ist, käme allenfalls eine Täuschung durch Unterlassen in Betracht (§§ 263 Abs. 1, 13 Abs. 1 StGB). Dafür müsste A gegenüber O eine Garantenstellung gehabt haben, aus der eine Pflicht zur Aufklärung (über die Absicht abredewidriger Verwendung des Geldes) resultiert.

Der BGH geht auf die Idee einer Täuschung durch Unterlassen nicht ein, wahrscheinlich weil der vom Landgericht seinem Urteil zugrunde gelegte Sachverhalt keine ausreichenden Tatsachen enthält, aus denen eine Garantenpflicht des A abgeleitet werden kann. Eine solche liegt aber auf Grund der geschäftlichen Verbindung zwischen A und O nahe.

## **2. Untreue, § 266 Abs. 1 StGB**

Nahe liegt auch eine Strafbarkeit des A wegen Untreue aus § 266 Abs. 1 StGB. Bei diesem Tatbestand kommt es nicht auf eine Täuschung an. Die abredewidrige Verwendung der 12 500 Euro selbst kann die tatbestandsmäßige Handlung sein. Untreue ist ein Sonderdelikt mit einem besonderen Tätermerkmal. Täter kann nur der Inhaber einer „Vermögensbetreuungspflicht“ sein. Die Informationen, die über den Tätigkeitsbereich des A im Unternehmen des O mitgeteilt werden, insbesondere die dem A erteilte „Generalvollmacht“, sprechen für eine solche Pflichtenstellung des A. Von den beiden Tatbestandsalternativen des § 266 Abs. 1 StGB kommt die zweite in Betracht, der „Treibbruchtatbestand“. Tatbestandsmäßig kann jedwedes treuwidrige Verhalten sein, mit und ohne rechtsgeschäftliche Qualität, aktives Tun und Unterlassen. Vollendet ist der objektive Tatbestand mit Eintritt des Taterfolgs „Vermögensschaden“. Eine Bereicherung des Täters oder eines Dritten ist ebensowenig erforderlich wie im subjektiven Tatbestand eine Bereicherungsabsicht.

## **II. Das Abheben der 230 Euro am Geldautomaten**

### **1. Das Sichverschaffen der EC-Karte**

Das Sichverschaffen der EC-Karte wäre evtl. Diebstahl oder zumindest Unterschlagung, wenn A die Karte behalten und nicht lediglich zum Abheben von Geld und danach dem O zurückgeben wollte. Hatte A hingegen nur die Absicht, die Herrschaft über die EC-Karte nur für einen Geldabhebevorgang (oder mehrere Geldabhebevorgänge) zu nutzen und danach die EC-Karte dem O zu geben, hätte er mangels Enteignungsabsicht bzw. Enteignung keine Zueignungsabsicht (§ 242 StGB) gehabt und keine Zueignung vollzogen (§ 246 StGB).

Da A wahrscheinlich auf Grund der ihm erteilten Generalvollmacht auch befugt war, die EC-Karte zu benutzen, wäre das Sichverschaffen der EC-Karte auch nicht rechtswidrig, sondern wegen Einwilligung des O gerechtfertigt.

### **2. Das Sichverschaffen des Geldes**

Das Abheben des Geldes am Automaten ist kein Betrug (§ 263 StGB), kein Diebstahl (§ 242 StGB) und keine Unterschlagung (§ 246 StGB). Wegen dieser Strafbarkeitslücke wurde § 263 a StGB geschaffen.

Das umstrittenste Tatbestandsmerkmal des § 263 a Abs. 1 Var. 3 StGB ist die Unbefugtheit der Datenverwendung. Die Rechtsprechung legt der Auslegung und Anwendung dieses Merkmals eine „betrugsspezifische“ Sichtweise zugrunde. Nur „täuschungsäquivalente“ Handlungen können den Tatbestand erfüllen. Dazu muss man sich den Automaten „wegdenken“ und an seine Stelle einen Bankangestellten vorstellen, dem der Täter sein Anliegen, 230 Euro vom Konto des O abzuheben, vorträgt. Wenn dieser Vorgang die Tatbestandsmerkmale „Täuschung“, „Irrtum“, „Vermögensverfügung“ und „Vermögensschaden“ erfüllen würde, dann wäre der objektive Tatbestand des § 263 a Abs. 1 Var. 3 StGB erfüllt.

Der Bankangestellte würde sich in dem Vergleichsfall keine Gedanken darüber machen, zu welchen Zwecken der Kunde das abgehobene Geld verwenden will. Nur darüber täuscht der Täter. Er erregt dadurch aber keinen Irrtum des Bankangestellten, der dann für die Auszahlung des Geldes (Vermögensverfügung) ursächlich wäre. Den Bankangestellten interessiert nur die Berechtigung des Kunden, über das Konto zu verfügen. Nur wenn er darüber getäuscht wird, ist der Tatbestand des Betruges erfüllt. Deshalb ist der Tatbestand des Computerbetruges auch nur dann erfüllt, wenn ein zur Innehabung der EC-Karte Nichtberechtigter die Tat begeht.

A war hier auf Grund der Generalvollmacht zur Verwendung der EC-Karte berechtigt. Er täuschte also keine Berechtigung vor. Die Täuschung über die Absicht abredewidriger Verwendung ist im Vergleichsfall des Bankangestellten für § 263 StGB irrelevant. Daher ist sie im realen Fall des Abhebens am Automaten für § 263 a Abs. 1 Var. 3 StGB irrelevant.

A hat den Tatbestand des § 263 a Abs. 1 Var. 3 StGB nicht erfüllt.

## **2025-I-13**

### **Betrug, Computerbetrug**

#### **I. Gegenstand der Entscheidung**

Der BGH würdigt als Revisionsgericht die Strafbarkeit des A, der sich in dem komplexen Gefüge der kriminellen Organisation (instruktiv die kurze Beschreibung bei Ebner NStZ 2024, 680) als „Abholer“ betätigt hat.

Rechtlich interessant ist der – im Entscheidungstext nicht explizit zum Ausdruck gebrachte – Umstand, dass das Landgericht den Angeklagten wegen 22 zueinander in Tatmehrheit stehender Taten verurteilt hat, weil der Angeklagte 22 Geldautomatenabhebungsvorgänge ausgeführt hatte. Dabei hatte er C-Karten verwendet, die er zuvor durch fünf Taten erlangt hatte, bei denen er gegenüber den Opfern als falscher Polizeibeamter aufgetreten war.

#### **II. Erlangung der EC-Karten**

##### **1. Betrug, § 263 StGB**

Indem A sich bei den von ihm aufgesuchten Opfern als Polizeibeamter vorstellte, spiegelte er Tatsachen vor, die es nicht gab (Täuschung). A war kein Polizeibeamter. Dadurch erregte er Irrtümer, die die Getäuschten zur Herausgabe der EC-Karten veranlassten (Vermögensverfügung). Schon der Verlust der EC-Karten – nicht erst der infolge Abhebung an den Automaten verursachte – Verlust des Geldes war ein Vermögensschaden (zumindest schadensgleiche Vermögensgefährdung, so Ebner NStZ 2024, 680).

Wäre der Verlust der EC-Karte noch kein ausreichender Vermögensschaden, bestünden Zweifel an der Erfüllung des objektiven Betrugstatbestandes. Denn der Vermögensschaden – Verlust des Geldes – wäre dann nicht unmittelbar durch die Herausgabe der EC-Karte verursacht worden. Die Herausgabe der EC-Karte wäre dann gar keine „Vermögensverfügung“ und der Vermögensschaden wäre nicht „verfügungsbedingt“.

Sofern A Mitglied der Bande war und zudem selbst gewerbsmäßig handelte, kommt der Qualifikationstatbestand § 263 a Abs. 5 StGB zur Anwendung (Verbrechen iSd § 12 Abs. 1 StGB !). Dabei ist wichtig, dass A selbst Bandenmitglied sein und selbst die Motivation „Gewerbsmäßigkeit“ aufweisen muss. Denn diese beiden Tatbestandsmerkmale sind – was bzgl. der Bandenmitgliedschaft nicht unumstritten ist – besondere persönliche Merkmale iSd § 28 Abs. 2 StGB. Zur Bedeutung für § 30 StGB unten IV.

## **2. Erpressung, § 253 StGB**

An eine tatbestandsmäßige Erpressung könnte man denken, weil die Opfer durch die wahrheitswidrige Schilderung der Gefahr, in der sich ihr Vermögen angeblich befinde, erheblich unter Druck gesetzt wurden und die EC-Karten „nolens volens“ (wohl oder übel, unfreiwillig) herausgaben. Da der Täter aber zweifellos keine Gewalt anwendete, müßte die Einschüchterung der Opfer auf einer „Drohung“ beruhen. Zwar ist der psychische Zwang, den die Opfer empfanden, dem eines Drohungseffekts durchaus ähnlich. Aber der „Drohung“ fehlt hier das entscheidende Element der Anmaßung von Herrschaft über das angekündigte empfindliche Übel. A erklärte nicht, dass er selbst den Opfern ein Übel zufügen würde, wenn sie die EC-Karten nicht herausgeben, sondern er behauptete, dass Dritte – auf deren Handeln er keinen Einfluss hat – dies tun würden. Das ist keine Drohung, sondern eine „Warnung“. Eine Warnung erfüllt Tatbestände wie Nötigung und Erpressung nicht.

## **III. Abhebungen an Geldautomaten**

Die Abhebevorgänge an den Geldautomaten könnten den Tatbestand des Computerbetruges gemäß § 263 a Abs. 1 Var. 3 StGB erfüllen. Wie schon bei Entscheidung Nr. 12 gesehen, ist für die Auslegung des Tatbestandes eine „betrugsspezifische Auslegung“ maßgeblich. Der BGH beschreibt dies anschaulich:

„Danach stellt die missbräuchliche Benutzung der vom Berechtigten mitsamt der Geheimnummer erlangten Bankkarte durch den Täter bei Abhebungen am Geldautomaten nur dann einen Computerbetrug nach § 263 a Abs. 1 StGB dar, wenn die Abhebung am Bankschalter rechtlich als Betrug iSd § 263 Abs. 1 StGB zu würdigen wäre. Das Merkmal der unbefugten Verwendung der Daten gilt

mithin nicht für denjenigen, der die Bankkarte und die Geheimnummer vom Berechtigten jeweils mit dessen Willen erlangt, mag die Überlassung auch auf einer Täuschung beruhen.“

Der entscheidende Umstand dafür, dass die Geldabhebung am Geldautomaten nicht „unbefugt“ ist, ist das berechtigte Innehaben der EC-Karte durch den Täter. Diesen Status des berechtigten Inhabers schreibt der BGH dem A zu, weil die von ihm getäuschten Opfer ihm die EC-Karten freiwillig überlassen haben. Dass der Übergabe eine Täuschung zugrunde lag, ändere daran nichts.

#### **IV. § 30 StGB**

Weil die Taten des A in eine kriminelle Organisation involviert waren, die eine „Bande“ iSd StGB ist und zudem zumindest einige Mitglieder (möglicherweise alle) gewerbsmäßig handeln, sind die Voraussetzungen des Qualifikationstatbestandes § 263 a Abs. 5 StGB erfüllt. Dabei handelt es sich um ein Verbrechen, § 12 Abs. 1 StGB. Da § 263 Abs. 5 StGB einen Qualifikationstatbestand normiert, kommt nicht § 12 Abs. 3 StGB zur Anwendung !

Auf Grund des Verbrechens-Charakters ist Vorfeldstrafbarkeit gemäß § 30 Abs. 2 Var. 3 StGB möglich. Auf den A ist diese Vorschrift unter drei Voraussetzungen anwendbar:

1. A muss auf Grund der ihm zugewiesenen Rolle in dem Gesamtplan Mittäter (§ 25 Abs. 2 StGB) sein. Soll er nur als Gehilfe (§ 27 StGB) agieren, ist § 30 StGB nicht anwendbar.
2. Wegen § 28 Abs. 2 StGB muss A selbst Bandenmitglied sein.
3. Wegen § 28 Abs. 2 StGB muss A selbst gewerbsmäßig handeln.

Fehlt es an einer der beiden Voraussetzungen 2. oder 3., ist die Tat, zu der sich A mit anderen Bandenmitgliedern verabredet hat, für ihn kein Verbrechen (sondern nur Vergehen gem. §§ 263 Abs. 1, 12 Abs. 2 StGB).

#### **V. Konkurrenzen**

Wie gesehen, hat sich A durch die fünf Betrugstaten, mit denen er die EC-Karten in seinen Besitz brachte, strafbar gemacht. Diese fünf Taten stehen zueinander in Tatmehrheit, § 53 StGB. Dagegen sind die insgesamt 22 Geldabhebevorgänge keine Straftaten. Daher war es falsch, dass das Landgericht den A wegen 22 selbständiger Straftaten, die zueinander in Tatmehrheit stehen, verurteilte. Am Ende wird zwar stets nur eine „Gesamtstrafe“ verhängt, egal, ob dem 5 oder 22 Einzeltaten zugrunde liegen, §§ 53, 54 StGB. Für die Strafzumessung – also letztlich die Höhe der Gesamtstrafe – kann die Zahl der Einzeltaten aber ausschlaggebend sein (Ebner NSTZ 2024, 680).

**2025-I-14**

**Brandstiftung**

## **I. Gegenstand der Entscheidung**

In dem Revisionsverfahren wurde hauptsächlich darüber gestritten, ob die Angeklagte bei der Begehung ihrer Taten Brandstiftungsvorsatz gehabt hatte. Vorliegend soll im Vordergrund die Frage stehen, welche Straftatbestände die A durch ihre Taten erfüllt hat.

## **II. Allgemeines zu den Brandstiftungsdelikten**

Bei Sachverhalten mit dem Element „Feuer“ stehen die §§ 306 ff StGB im Mittelpunkt des Interesses. Die Normierung dieses Deliktsbereichs ist ziemlich kompliziert. Die vorliegende Entscheidung bestätigt das.

1. Wichtig ist, dass man die betroffenen Objekte im Sachverhalt genau identifiziert, ihre rechtlich relevante Qualität feststellt und sie dann den Varianten in §§ 306 und 306 a StGB richtig zuordnet. Vor allem die Variante „Wohnung“ (§ 306 a Abs. 1 Nr. 1 StGB) stellt einige Herausforderungen (z. B. die „Entwidmung“). Wenn sich das Objekt nicht als „Wohnung“ erweist, ist häufig ein Umschwenken zu § 306 a Abs. 1 Nr. 3 StGB erforderlich. Achten muss man auch darauf, dass nur § 306 Abs. 1 StGB auf die Fremdheit (fremdes Eigentum) des Objekts abstellt, die anderen Strafvorschriften nicht, Täter kann dort auch der Eigentümer des betroffenen Objekts sein. In Fällen des § 306 Abs. 1 StGB entsteht eine Konkurrenzsituation mit den Sachbeschädigungstatbeständen (§§ 303 ff StGB). Nur bei § 306 Abs. 1 StGB ist eine rechtfertigende Einwilligung (des Eigentümers) möglich. Bedenken Sie aber stets die Möglichkeit einer „Entwidmung“ !

2. Erfahrungsgemäß eine gefährliche Fehlerquelle ist der Dualismus der tatbestandsmäßigen Handlungen : „Inbrandsetzung“ und „Zerstörung durch Brandlegung“. Hüten Sie sich vor einer voreiligen Festlegung auf „Brandlegung“ ! Machen Sie sich die Unterschiede der beiden Varianten bewusst. Immer ist primär die Alternative „Inbrandsetzung“ zu prüfen. Auf „Brandlegung“ kommt es erst an, wenn Inbrandsetzung entweder überhaupt nicht gegeben ist oder das in Brand gesetzte Objekt die Anforderungen der Strafvorschrift an Tatbestandsmäßigkeit nicht erfüllt (typischer Fall: In Brand gesetzt wird z. B. ein Pkw, dieser explodiert und dadurch wird ein Wohnhaus teilweise zerstört. Der Pkw ist keine „Wohnung“ iSd § 306 a Abs. 1 Nr. 1 StGB, das Wohnhaus wurde nicht in Brand gesetzt.).

3. Bei der Inbrandsetzung von Gebäuden ist auch an den Straftatbestand „Versicherungsmissbrauch“ (§ 265 StGB) zu denken. Im Aufgabentext wird regelmäßig ein Hinweis auf die Feuerversicherung enthalten sein. Dadurch wird man auf diese Vorschrift „gestoßen“. Beachten Sie, dass die im subjektiven Tatbestand zu prüfende „Leistungsverschaffungsabsicht“ auch auf Leistungen gerichtet sein kann, auf die der geschädigte gegen die Versicherung einen Anspruch hat ! Wenn es also in den der Entscheidung zugrunde liegenden Fällen der A auch darum gegangen wäre, dem Eigentümer des Gebäudes Versicherungsleistungen zu verschaffen (die diesem wahrscheinlich zustünden), hätte sie sich auch aus § 265 StGB strafbar gemacht.

### **III. 1. September 2022**

#### **1. Brandstiftungsdelikte**

a) §§ 306 Abs. 1 Nr. 1, 306 d Abs. 1 StGB

Objektiv hat A ein in fremdem Eigentum stehendes Gebäude in Brand gesetzt. Der für die Vollendung erforderliche Inbrandsetzungs-Erfolg war eingetreten, als sich die unter dem Putz als Dämmschicht angebrachten Platten aus Polystrol entzündet hatten. Der subjektive Tatbestand setzt Vorsatz voraus, § 15 StGB. Wenn dieser nicht gegeben ist, kommt Strafbarkeit wegen fahrlässiger Brandstiftung gem. § 306 d Abs. 1 StGB in Betracht.

b) §§ 306 a Abs. 1 Nr. 1, 306 d Abs. 1 StGB

Hier gilt entsprechendes: Wenn kein Vorsatz, dann § 306 d Abs. 1 StGB.

#### **2. Sachbeschädigung**

Durch Zerstörung des Schuppens und der darin gelagerten Sachen hat A Sachbeschädigung begangen, § 303 Abs. 1 StGB.

Das Kita-Gebäude ist beschädigt, aber nicht ganz oder teilweise zerstört worden. Deshalb ist auch insoweit Strafbarkeit aus § 303 Abs. 1 StGB begründet, nicht aber aus § 305 StGB.

Die vorsätzliche Sachbeschädigung steht zu der fahrlässigen Brandstiftung in Tateinheit, § 52 StGB. Hinter vorsätzlicher Brandstiftung (§ 306 Abs. 1 Nr. 1 StGB) würde die Sachbeschädigung zurücktreten.

### **IV. 20. September 2022**

#### **1. Brandstiftungsdelikte**

a) §§ 306 Abs. 1, 306 d Abs. 1 StGB

Eine vollendete Brandstiftung wurde nicht begangen. In Brand gesetzt hat A nur Sachen, die vom Tatbestand des § 306 Abs. 1 Nr. 1 StGB nicht erfasst werden es kam an tatbestandsmäßigen Objekten auch nicht zu einer (teilweisen) Zerstörung infolge Brandlegung. Die Inbrandsetzung des Schuhregals hätte in Bezug auf das Gebäude und seine Bestandteile eine „Brandlegung“ sein können.

b) §§ 306 Abs. 1 Nr. 1, 22 StGB

Versuchte Brandstiftung setzt Brandstiftungsvorsatz voraus. Wenn A einen solchen Vorsatz gehabt hätte, wäre sie wegen versuchter Brandstiftung in Bezug auf das Gebäude (Treppenhaus) strafbar. Dabei muss man unterscheiden einen Vorsatz hinsichtlich „Inbrandsetzung“ (1. Tatbestandsalternative) und „Zerstörung durch Brandlegung“ (2. Tatbestandsalternative). Wenn A nämlich annahm, dass das Treppenhaus nicht brennen würde und dass die Wohnung des Nachbarn nicht vom Feuer erfasst würde, hatte sie keinen Vorsatz bzgl. Inbrandsetzung dieser Gebäudeteile. Strafbarer Brandstiftungsversuch wäre gleichwohl möglich, wenn sich der Vorsatz der A auf gänzliche oder teilweise Zerstörung durch Brandlegung gerichtet hätte.

Brandlegung ist das Anzünden des Schuhregals, teilweise Zerstörung des Gebäudes wäre die durch Verrußung für beträchtliche Zeit verursachte Unbenutzbarkeit des Treppenhauses. Dadurch wären auch die nur durch das Treppenhaus erreichbaren Wohnungen in dem Gebäude unbenutzbar. Diese Unbenutzbarkeit von wesentlichen Teilen des Gebäudes ist teilweise Zerstörung.

c) §§ 306 a Abs. 1 Nr. 1, 22 StGB

Da A wußte, dass sich in dem Gebäude Wohnungen befanden, in denen Nachbarn lebten, hätte sich ihr Vorsatz, durch Brandlegung das Gebäude teilweise zu zerstören auch auf das Merkmal „der Wohnung von Menschen dient“ bezogen.

## **2. Sachbeschädigung**

Die Zerstörung des Schuhregals, der anderen Sachen und die Verrußung des Treppenhauses ist Sachbeschädigung, § 303 Abs. 1 StGB.

Entsprechenden Vorsatz vorausgesetzt hätte A auch versuchte Zerstörung von Bauwerken begangen, §§ 305, 22 StGB. Dieser strafbare Versuch tritt hinter dem Versuch der Brandstiftung (§§ 306 Abs. 1 Nr. 1, 22 StGB) zurück.

## **V. 24. September 2022**

### **1. Brandstiftungsdelikte**

a) § 306 Abs. 1 Nr. 1 StGB

Ein vollendetes Inbrandsetzen des Abstellraums wurde nicht bewirkt, da das Feuer von selbst erloschen wäre, bevor es auf Gebäudebestandteile oder andere Räume übergreifen konnte.

b) §§ 306 Abs. 1, 306 a Abs. 1 Nr. 1, 22 StGB

Versuchte Brandstiftung und versuchte schwere Brandstiftung kommen in Betracht, wenn A den Vorsatz gehabt hätte, dass das Feuer wesentliche Bestandteile des Gebäudes, in dem es auch Wohnungen gab, übergreifen würde.

### **2. Sachbeschädigung**

Die Tat ist bezüglich der durch das Feuer zerstörten oder beschädigten beweglichen Sachen Sachbeschädigung gem. § 303 Abs. 1 StGB.

Versuchte Zerstörung von Bauwerken (§§ 305, 22 StGB) ist gegeben, sofern A einen Vorsatz bzgl. wenigstens teilweiser Zerstörung des Gebäudes hatte.

## **VI. 30. Oktober 2022**

### **1. Brandstiftung**

Vollendete Brandstiftung (§ 306 Abs. 1 Nr. 1 StGB) oder schwere Brandstiftung (§ 306 a Abs. 1 Nr. 1 StGB) wurde nicht begangen. Es wurden keine tauglichen Objekte in Brand gesetzt oder durch Brandlegung zerstört.

Versuchte Brandstiftung (§§ 306 Abs. 1 Nr. 1, 22 StGB) und versuchte schwere Brandstiftung (§§ 306 a Abs. 1 Nr. 21, 22 StGB) kommt in Bezug auf die von A selbst genutzte Wohnung sowie in Bezug auf die anderen Wohnungen in Betracht.

## **2. Sachbeschädigung**

Strafbarkeit aus § 303 Abs. 1 StGB wurde – Vorsatz vorausgesetzt – begründet bzgl. der angeschraubten Holzdielen am Balkon, Fenster, Rolläden, Regenfallrohr und Balkonunterseiten, sowie verrußte Fassade.

Der Tatbestand des § 305 StGB wurde nicht erfüllt. Evtl. kommt versuchte Zerstörung von Bauwerken (§§ 305, 22 StGB) in Betracht.