

Fall 31 neu: Eine feine Truppe

A, B und C kommen überein, sich durch Entwendung von Kraftfahrzeugen, die sich leicht nach Osteuropa verschieben lassen, fortan einen schönen Nebenverdienst zu verschaffen. A ist der Kopf der Truppe, der jeden Diebstahl bis ins Kleinste vorbereitet und auch für die Abnahme der Beute sorgt, sich ansonsten aber nicht die „Hände schmutzig machen“ will. B und C sollen jeweils vor Ort die Tat durchführen.

Einen ersten Tipp bekommen sie von Kfz-Schlosser Klaus (K), der gegen einmaliges Entgelt und erklärtermaßen nur für dieses eine Mal, doch in Kenntnis ihrer Pläne die Tür der Werkstatt, in der ein nagelneuer Mercedes steht, unverschlossen offen stehen lässt. B und C sollen die Entwendung des Fahrzeugs nach Werkstattschluss durchführen, K sicherheitshalber Schmiere stehen. Am vorgesehenen Abend erwischt den C jedoch eine schwere Magen-Darm-Grippe, die seinen Einsatz an diesem Tag unmöglich macht. C meldet sich bei A und B krank, ermuntert aber beide, die Tat ausnahmsweise auch ohne ihn durchzuführen, was dann auch geschieht. A ist zur Tatzeit aus Alibigründen mit Freunden im Kino, hätte aber – wie ausdrücklich abgesprochen – von B jederzeit über Handy angerufen und um Rat gefragt werden können. Durch einen Zufall kommt die Polizei dieser feinen Truppe schon nach der allerersten Tat auf die Schliche.

Wie haben sich A, B, C und K strafbar gemacht? § 123 StGB ist nicht zu prüfen. Etwaig erforderliche Strafanträge sind gestellt.

Lösung:

(Lösung nach Geppert in JURA Sonderheft Zwischenprüfung, S. 46 ff., modifiziert)

A. Strafbarkeit des B

I. §§ 242 I, 243 I 2 Nr. 3 StGB

Indem B den Mercedes entwendet, kann sich B nach §§ 242 I, 243 I 2 Nr. 3 StGB strafbar gemacht haben.

1. Objektiver Tatbestand

B hat den Mercedes, eine für ihn fremde bewegliche Sache, vom Werksgelände gefahren und so den Gewahrsam des Werkstattinhabers gebrochen und neuen gebrochen, den Mercedes also weggenommen.

2. Subjektiver Tatbestand

Dies geschah vorsätzlich sowie mit der notwendigen Zueignungsabsicht.

3. Rechtswidrigkeit und Schuld

Mangels Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründen geschah die Tat rechtswidrig und schuldhaft.

4. § 243 I 2 Nr. 3 StGB

Darüber hinaus könnte B den benannten Strafzumessungsgrund nach § 243 I Nr. 3 StGB erfüllt haben. Hierzu müsste er gewerbsmäßig gestohlen haben, also in der Absicht, sich aus wiederholten Diebstählen eine nicht nur vorübergehende Einnahmequelle zu verschaffen (*Tröndle/Fischer*, 53. Aufl., § 243 Rn. 18). Insoweit es auf die subjektive Vorstellung ankommt, liegt ein gewerbsmäßiger Diebstahl auch bereits bei der ersten Tat vor (*Sch/Schr/Eser*, 26. Aufl., § 243 Rn. 31 und *LK/Russ*, 11. Aufl., § 243 Rn. 21). B wollte sich (zusammen mit B und C) durch die Entwendung von Kraftfahrzeugen einen Nebenverdienst verschaffen und hat damit vorliegend gewerbsmäßig gestohlen.

5. Ergebnis

B hat sich damit nach §§ 242 I, 243 I 2 Nr. 3 StGB strafbar gemacht.

II. §§ 244 I Nr. 2, 244a I StGB

Darüber hinaus kann sich B durch die Entwendung des Mercedes sogar nach §§ 244 I Nr. 2, 244a I StGB strafbar gemacht haben.

1. Objektiver Tatbestand

a) Hierfür müsste B den Diebstahl des Mercedes (s.o.) zunächst einmal als „Mitglied einer Bande“ begangen haben. Der Begriff der Bande setzt nach gefestigter Rechtsprechung lange Zeit eine auf einer ausdrücklichen oder stillschweigenden Vereinbarung beruhende Verbindung von mindestens zwei Personen voraus, die sich mit dem ernsthaften Willen zusammengeschlossen haben, für eine gewisse Dauer in Zukunft mehrere selbständige, im einzelnen noch unbestimmte Taten eines bestimmten Deliktstyps zu begehen; zur Abgrenzung von der Mittäterschaft wurde ein hierüber hinaus gehender „gefestigter Bandenwille“ gefordert (vgl. BGHSt. 38, 26 (31) und BGH, NStZ 1986, 408). Auf die Kritik im Schrifttum hin (*Dreher*, NJW 1970, 1803 f., *Otto*, StV 2000, 313 ff., *Engländer*, JZ 2000, 630 f. und *Schmitz*, NStZ 2000, 477 f.) hat der Große Senat des Bundesgerichtshofs für Strafsachen 2001 die Begriffsbedeutung dahingehend abgeändert, dass ein Zusammenschluss von drei Personen erforderlich sei, die sich mit dem Willen verbunden haben, künftig für eine gewisse Dauer mehrere selbständige, im einzelnen noch ungewisse Straftaten des im Gesetz genannten Deliktstyps zu begehen (BGHSt. (GS) 46, 321 ff.). Begründet wird dies maßgeblich damit, dass eine Willensbildung als gruppenspezifischer Prozess erst innerhalb einer größeren Gruppe entstehe und die Gefährlichkeit einer Bande erst bei mehr als zwei Mitgliedern unabhängig vom Aus- und Hinzutreten einzelner Mitglieder gegeben sei.

Entscheidend für die Bande sind daher nicht die Beteiligungsverhältnisse der konkreten Tat, sondern dass sich drei Personen für die Begehung einer noch unbestimmten Anzahl von Delikten zusammengeschlossen haben. Derartiges liegt hier mit A, B und C vor, die eine Vielzahl von Autodiebstählen begehen wollten. B hat den Diebstahl somit als Mitglied einer Bande begangen.

Dies müsste er aber auch „unter Mitwirkung eines anderen Bandenmitglieds“ getan haben. Wer den Grund für die Qualifizierung des § 244 I Nr. 2 StGB in der besonderen Aktions- und Ausführungsfahr erblickt, der das Opfer bei einer Bandentat ausgesetzt werde, der wird eine Mitwirkung von mindestens zwei Bandenmitgliedern vor Ort fordern müssen (so *Sch/Schr/Eser*, 26. Aufl., § 244 Rn. 26, *Wessels/Hillenkamp*, BT 2, 28. Aufl., Rn. 272, *Sowada*, GS Schlüchter, 383 (395 ff.), *Engländer*, JR 2001, 78 f. und *MüKo-StGB/Schmitz*, § 244 Rn. 48 f.). Hiernach würde es nicht reichen, dass nur B vor Ort anwesend ist, während A im Hintergrund die Tat geplant hat und C krank im Bett liegt.

Wer dagegen auf die (generelle) Organisationsgefährlichkeit einer bandenmäßigen Tatbegehung abstellt, der muss es ausreichen lassen, dass „ein Bandenmitglied als Täter und ein anderes Bandenmitglied beim Diebstahl in irgendeiner Weise zusammenwirken. Die Wegnahmehandlung selbst kann dann auch durch einen bandenfremden Täter ausgeführt werden“ (BGHSt. (GS) 46, 321 f.). Hiernach würde es ausreichen, dass lediglich B vor Ort war, während A im Hintergrund die Tat geplant hatte.

Der ersten Ansicht ist zwar zuzugestehen, dass eine Anwesenheit von zwei Personen vor Ort eine gesteigerte Effizienz bei der Wegnahme darstellt (vgl. *Erb*, NStZ 2001, 561 (564)), etwa kann eine Person das Opfer ablenken, während das andere die Sache wegnimmt. Auf der anderen Seite ist das Eigentum als Schutzgut aber auch dann bei einem Bandendiebstahl stärker gefährdet als bei der Tat eines Alleintäters, wenn etwa ein Bandenmitglied den Ort gut kennt und ein anderes Bandenmitglied gut an Waffen herankommt und ein drittes Bandenmitglied schließlich Fähigkeiten im Aufbruch eines Safes und dem Abtransport der Beute hat. Mit dem Eigentum und Gewahrsam als Schutzgut gehört zudem eine Konfrontation mit dem Opfer nicht zum deliktsspezifischen Gehalt des Bandendiebstahls (vgl. BGHSt. (GS) 46, 321 (333 ff.)). Mit der zweiten Ansicht ist daher vorliegend ein Diebstahl unter Beteiligung eines anderen Bandenmitglieds (A) zu bejahen.

b) Da B zudem gewerbsmäßig gestohlen hat, hat er zugleich den objektiven Tatbestand des § 244a I StGB erfüllt.

2. Subjektiver Tatbestand

Dies geschah vorsätzlich sowie mit Zueignungsabsicht.

3. Rechtswidrigkeit und Schuld

Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe sind nicht ersichtlich, so dass die Tat rechtswidrig und schuldhaft geschah.

4. Ergebnis

B hat sich damit sogar nach §§ 244 I Nr. 2, 244a I StGB strafbar gemacht.

III. § 129 I StGB

Eine Strafbarkeit des B wegen Beteiligung in einer kriminellen Vereinigung würde voraussetzen, dass zu den Bandenelementen eine Organisationsstruktur mit einem verbindlichen (einheitlichen) Gesamtwillen der Mitglieder hinzutreten müsse (also: jeder handelt für die Organisation und nicht für seine eigenen Interessen! Vgl. zur Abgrenzung BGHSt. (GS) 46, 321 (329 f.)), woran es vorliegend fehlt. Eine Strafbarkeit nach § 129 I StGB scheidet somit aus.

IV. Konkurrenzen und Ergebnis

Der schwere Bandendiebstahl verdrängt den Diebstahl in einem besonders schweren Fall und den einfachen Bandendiebstahl im Wege der Gesetzeskonkurrenz (Spezialität). B hat sich damit nach § 244a I StGB strafbar gemacht.

B. Strafbarkeit des A

I. §§ 242 I, 243 I Nr. 3, 25 II

Indem A den Diebstahl ins Kleinste vorbereitet und auch für die Abnahme gesorgt hat, kann er sich nach §§ 242 I, 243 I Nr. 3, 25 II StGB strafbar gemacht haben.

1. Objektiver Tatbestand

Zwar hat A den Mercedes nicht selbst weggenommen, ihm könnte die Wegnahmehandlung des B aber nach § 25 II StGB zugerechnet werden, wenn die Voraussetzungen einer Mittäterschaft vorliegen würden. Eine Mittäterschaft erfordert ein arbeitsteiliges Zusammenwirken aufgrund eines gemeinschaftlichen Tatplanes sowie dass jeder Mittäter auch Alleintäter sein könnte (zu den Voraussetzungen *Kühl*, AT, 4. Aufl., § 20 Rn. 103 ff.). Ein gemeinschaftlicher Tatplan zum Diebstahl lag zwar vor. Fraglich ist aber, ob es ausreicht, dass A nicht bei der Ausführungshandlung dabei war, sondern die Tat nur vorbereitet hat. Dies ist streitig:

Die Anhänger einer strengen Tatherrschaftslehre verlangen, dass der gemeinschaftliche Tatbeitrag eines jeden Mittäters in der „deliktischen Kernzone“ erbracht wird, also bei der Ausführungshandlung (so *LK/Roxin*, 11. Aufl., § 25 Rn. 181, *ders.*, TuT, 7. Aufl., S. 292 ff. und 687 ff., *Herzberg*, ZStW 99 (1987), 58, *Rudolphi*, FS Bockelmann, S. 372 ff. und *Gropp*, AT, 2. Aufl., § 10 Rn. 85a). Begründet wird dies damit, dass nur dann von einer Tatherrschaft eines jeden Mittäters gesprochen werden könne, könne man doch eine Tatbestandsverwirklichung nicht beherrschen, wenn man nicht dabei war und auch die Voraussetzungen einer mittelbaren Täterschaft nicht vorlägen. Eine Ausnahme soll jedoch für jene Fälle gelten, dass der Mittäter im Hintergrund durch eine telefonische Erreichbarkeit das Geschehen weiterhin steuern kann (*LK/Roxin*, 11. Aufl., § 25 Rn. 183 und *ders.*, JA 1979, 519 (522)). Hiernach würde aufgrund der telefonischen Erreichbarkeit eine Mittäterschaft zu bejahen sein.

Andere Autoren erkennen zu Recht an, dass das handlungsmäßige Tatgeschehen auch durch einen zumindest wesentlichen Tatbeitrag im Vorbereitungsstadium, ohne den die Tat nicht ausgeführt werden könnte, mitgestaltet wird – es wird das Werk des Planenden! –, und lassen es mit diesem weiten Tatherrschaftsverständnis generell ausreichen, dass im Vorbereitungsstadium ein wesentlicher Beitrag geleistet wird („Das Plus bei der Planung gleicht das Minus bei der Ausführung aus!“) (so *Jakobs*, AT, 2. Aufl., 21/48, *Otto*, AT, 7.

Aufl., § 21 Rn. 61, *Kühl*, AT, 5. Aufl., § 20 Rn. 111 f. und Sch/Schr/*Cramer*, 26. Aufl., § 25 Rn. 66). Hiernach würde ebenfalls eine Mittäterschaft des A zu bejahen sein.

Die Rechtsprechung schließlich lässt es ausgehend von ihrer eingeschränkten Animus-Theorie (Abgrenzung von Täterwillen und Teilnehmerwillen nach (auch) objektiven Kriterien) eine geistige Mitwirkung im Vorbereitungsstadium genügen, sofern er nur durch seinen Rat oder seine Planung den ganzen Erfolg der Straftat als eigenen mit verursachen will (vgl. nur BGHSt. 16, 12 (14)). An einem derartigen Täterwillen des A ist nicht zu zweifeln, so dass alle Ansichten zum gleichen Ergebnis führen und der Streit nicht zu entscheiden ist. A kann der objektive Tatbeitrag des B über § 25 II StGB zugerechnet werden.

2. Objektiver Tatbestand

A handelte vorsätzlich sowie mit der notwendigen Zueignungsabsicht.

3. Rechtswidrigkeit und Schuld

Mangels Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründen geschah die Tat rechtswidrig und schuldhaft.

4. § 243 I 2 Nr. 3 StGB

Darüber hinaus handelte A selbst gewerbsmäßig, so dass das Regelbeispiel des § 243 I 2 Nr. 3 StGB auch erfüllt ist.

5. Ergebnis

A hat sich somit nach §§ 242 I, 243 I 2 Nr. 3, 25 II StGB strafbar gemacht.

II. §§ 244 I Nr. 2, 244a I, 25 II StGB

Darüber hinaus könnte sich A durch das Planen des Diebstahls sogar nach §§ 244 I Nr. 2, 244 a I, 25 II StGB strafbar gemacht haben.

1. Objektiver Tatbestand

a) Die hierfür notwendige Wegnahmehandlung kann A über § 25 II StGB zugeordnet werden. Er erfüllt zudem selbst (besonderes persönliches Merkmal nach § 28 II StGB!) die Eigenschaft als Bandenmitglied, das – nach den obigen Grundsätzen, die ausgehend von der Organisationsgefahr keine Anwesenheit von zwei Personen vor Ort verlangen – unter Mitwirkung eines anderen Bandenmitglieds (B) die Tat verübt hat.

b) Darüber hinaus hat A mit § 243 I 2 Nr. 3 StGB in seiner Person auch ein Merkmal eines Diebstahls in einem besonders schweren Fall erfüllt.

2. Subjektiver Tatbestand

Dies geschah vorsätzlich sowie mit Zueignungsabsicht.

3. Rechtswidrigkeit und Schuld

Mangels Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründen geschah die Tat rechtswidrig und schuldhaft.

4. Ergebnis

A hat sich damit sogar nach §§ 244 I Nr. 2, 244a I, 25 II StGB strafbar gemacht.

III. Konkurrenzen und Ergebnis

Der schwere Bandendiebstahl verdrängt (wie bei B) den Diebstahl in einem besonders schweren Fall und den einfachen Bandendiebstahl im Wege der Gesetzeskonkurrenz (Spezialität). A hat sich damit nach §§ 244a I, 25 II StGB strafbar gemacht.

C. Strafbarkeit des C

I. §§ 242 I, 243 I 2 Nr. 3, 25 II StGB

Indem der kranke C die anderen ermunterte, die Tat auch ohne ihn auszuführen, hat er weder bei der Tatausführung noch bei der Vorbereitung einen Tatbeitrag geleistet, so dass eine mittäterschaftliche Zurechnung über § 25 II StGB und damit eine Strafbarkeit nach §§ 242 I, 243 I 2 Nr. 3, 25 II StGB strafbar gemacht.

II. §§ 242 I, 243 I 2 Nr. 3, 27 I StGB

Indem C die anderen ermunterte, die Tat auch ohne ihn auszuführen, kann er sich aber nach §§ 242 I, 243 I 2 Nr. 3, 27 I StGB strafbar gemacht haben.

1. Objektiver Tatbestand

Mit dem Diebstahl liegt eine tatbestandsmäßig-vorsätzliche, rechtswidrige Haupttat vor. Hierzu müsste C Hilfe geleistet haben. Körperlich hat C zwar keinen Tatbeitrag geleistet, er könnte aber auch eine psychische Beihilfe geleistet haben. Diese liegt vor, wenn jemand (nachweislich) in ihrem Tatentschluss bestärkt und so durch seinen Zuspruch die Tat des anderen fördert (vgl. hierzu *Geppert*, Jura 1999, 266 (270 f.)). Dies kann bei C angenommen durch seine Ermunterung.

2. Subjektiver Tatbestand

Dies vollführte C vorsätzlich hinsichtlich der Vollendung der Haupttat sowie vorsätzlich hinsichtlich des Leistens von Hilfe.

3. Rechtswidrigkeit und Schuld

Die Tat geschah rechtswidrig und schuldhaft.

4. § 243 I 2 Nr. 3 StGB

Zudem könnte C in seiner Person auch das Regelbeispiel des § 243 I 2 Nr. 3 StGB verwirklicht haben. Insoweit das Regelbeispiel keinen Tatbestand darstellt, sondern nur eine Strafzumessungsvorschrift, ist dies nicht nach § 28 II StGB zu bestimmen. Vielmehr kommt es im Rahmen einer Gesamtbewertung darauf an, ob die Teilnahmehandlung als solche als besonders schwerer Fall anzusehen ist (*Tröndle/Fischer*, 52. Aufl., § 46 Rn. 105). Zwar wollte C durch die regelmäßige Leistung eines mittäterschaftlichen Beitrags eine zusätzliche Erwerbsquelle erschließen, die Beihilfe ist jedoch als Minus in einer Mittäterschaft enthalten, so dass an der Gewerbsmäßigkeit nicht zu zweifeln ist.

5. Ergebnis

C hat sich damit nach §§ 242 I, 243 I 2 Nr. 3, 27 I StGB strafbar gemacht.

III. §§ 244 I Nr. 2, 244a I, 27 I StGB

Indem B zugleich einen schweren Bandendiebstahl verwirklicht hat, zudem C, der selbst ein Bandenmitglied ist, vorsätzlich, rechtswidrig und schuldhaft eine psychische Beihilfe geleistet hat, hat er sich sogar nach §§ 244 I Nr. 2, 244a I, 27 I StGB strafbar gemacht.

IV. §§ 30 II Var. 3 iVm 244a I StGB

Zudem hat C mit A und B zuvor verabredet, mittäterschaftlich eine Handlung zu begehen, die den Straftatbestand des schweren Bandendiebstahls erfüllt (s.o.) und somit zur Begehung eines präsumtiven Verbrechens. Dies geschah vorsätzlich, rechtswidrig und schuldhaft, so dass sich C auch nach §§ 30 II Var. 3 iVm 244a I StGB strafbar gemacht hat.

V. Konkurrenzen und Ergebnis

Die mit einer Handlung begangene Beihilfe zum schweren Bandendiebstahl verdrängt jene zum einfachen Bandendiebstahl sowie zum Diebstahl in einem besonders schweren Fall im Wege der Gesetzeskonkurrenz (Spezialität). Die Verbrechensverabredung tritt hierhinter als subsidiär zurück. C hat sich somit nach §§ 244a I, 27 I StGB strafbar gemacht.

D. Strafbarkeit des K

I. §§ 242 I, 243 I 2 Nr. 3, 27 I StGB

Indem F die Tür der Werkstatt offen gelassen hat, hat er (körperlich) Beihilfe geleistet zum Diebstahl, was er vorsätzlich, rechtswidrig und schuldhaft tat. Insoweit er aber in seiner Person mit seiner Teilnahmehandlung das Merkmal der Gewerbsmäßigkeit nicht erfüllt, hat er sich nur nach §§ 242 I, 27 I StGB strafbar gemacht (*Beachte: Mit entsprechender Begründung ist hier auch eine mittäterschaftliche Begehung annehmbar*).

II. §§ 244 I Nr. 2, 244a I, 27 I StGB

Eine Strafbarkeit nach §§ 244 I Nr. 2, 244a I, 27 I StGB scheidet dagegen daran, dass K selbst kein Bandenmitglied ist, so dass § 28 II StGB zur Anwendung gelangt.

E. Gesamtergebnis

B hat sich damit nach § 244a I StGB, A nach §§ 244a I, 25 II StGB, C nach §§ 244a I, 27 I StGB und F nach §§ 242 I, 27 I StGB strafbar gemacht.