

**Anwendungskurs Strafrecht
Allgemeiner Teil II und Eigentumsdelikte**

- Diebstahl; Mittäterschaft; Teilnahme -

Fall 9

A ist überschuldeter Eigentümer eines Imbisswagens. Um diesen renovieren und an die Wünsche der noch ausbleibenden Gäste anpassen zu können, heuert er B an, um an die Einnahmen des in der Nähe liegenden gut laufenden Imbisses des C zu kommen. A weiß, dass C seine Einnahmen nur einmal in der Woche zur Bank bringt. Er verspricht B 30 % der „Einnahmen“, wenn er den Bruch erledige und informiert ihn darüber, dass es am sinnvollsten sei, die Tat in der kommenden Nacht zu begehen, da es in der Straße, in welcher der Imbiss des C liegt, dann besonders ruhig wäre. Darüber hinaus übergibt A dem B einen Dietrich, mit dessen Hilfe er die Hintertür des Imbisses öffnen soll und erklärt ihm, an welcher Stelle der C nach Ladenschluss üblicherweise die Kasse versteckt.

Um sich die Zeit bis zum Einbruch zu vertreiben, begibt sich B nach dem Gespräch mit A in seine Stammkneipe. Nachdem er dort mit seinem Freund D einige Runden Darts gespielt hat, weiht er diesen in den Plan für die kommende Nacht ein. D ist von der Idee absolut begeistert und redet dem B gut zu, schließlich würde dieser mit den zu erwartenden Einnahmen endlich seinem Traum vom eigenen Lokal näher kommen. Durch diese Aufforderung zusätzlich angespornt verlässt B kurze Zeit später die Kneipe und geht zum Imbiss des C. Absprachegemäß schleicht er sich dort zu der Hintertür, um diese mit dem Dietrich zu öffnen. Gerade als er sich daran machen möchte das Türschloss zu knacken, kommen ihm erhebliche Gewissensbisse, jedoch erinnert er sich an die Worte des D und unterdrückt daher den in ihm aufkommenden Impuls, von der Tatbegehung abzusehen. Nachdem es ihm gelungen ist, die Tür zu öffnen und die Kasse in dem von A beschriebenen Versteck zu finden, entwendet B aus dieser 5.000 € und begibt sich anschließend auf den Weg nach Hause. Die 5.000 € werden wie besprochen zwischen A und B aufgeteilt.

Strafbarkeit der Beteiligten?

Es sind nur §§ des StGB zu prüfen. Etwaig erforderliche Strafanträge sind gestellt.

Lösungsskizze

A. Strafbarkeit des B

I. §§ 242 I, 243 I S. 2 Nr. 1 StGB¹

B könnte sich gemäß §§ 242 I, 243 I 2 Nr. 1 strafbar gemacht haben, indem er mit dem Dietrich die Tür des Imbisses öffnete und 5.000 € mitnahm.

1. Objektiver Tatbestand

a) Fremde, bewegliche Sache

(+), die Geldscheine bzw. Münzen standen nicht im Eigentum des B.

b) Wegnahme

Wegnahme = Bruch fremden und Begründung neuen (nicht notwendigerweise Täter eigenen) Gewahrsams.

Gewahrsam = tatsächliche Sachherrschaft getragenen von einem Herrschaftswillen.

Hier: 5000 € befanden sich in der Kasse des C und damit in seiner generellen Gewahrsamssphäre – B müsste daher Gewahrsam des C gebrochen haben.

aa) *Gewahrsamsbruch*: Fremder Gewahrsam wird dadurch gebrochen, dass die tatsächliche Sachherrschaft des bisherigen Gewahrsamsinhabers gegen dessen Willen oder ohne sein Einverständnis aufgehoben wird.

Hier: Durch die Entnahme des Geldes aus der Kasse und das anschließende Entfernen mit dem Geld aus dem Imbiss hat B die Sachherrschaft des C gegen dessen Willen aufgehoben.

bb) *Begründung neuen Gewahrsams*: Neuer Gewahrsam ist begründet, wenn der Täter oder ein Dritter die tatsächliche Sachherrschaft über die Sache derart erlangt hat, dass ihrer tatsächlichen Ausübung keine Hindernisse mehr entgegenstehen und der bisherige Gewahrsamsinhaber nicht mehr auf die Sache zugreifen kann, ohne zuvor die Verfügungsgewalt des Täters bzw. des Dritten zu beseitigen.

Hier: Spätestens nach Verlassen des Imbisses ist das Geld nach der Verkehrsanschauung dem Gewahrsam des B zuzuordnen, da er dieses

¹ Nicht anders benannte §§ sind solche des StGB

unmittelbar am Körper trägt und ein Zugriff auf das Geld erst nach Überwindung der nun dem B zuzusprechenden Verfügungsgewalt möglich ist.

cc) B hat die für ihn fremden Geldscheine und Münzen weggenommen und hierdurch den objektiven Tatbestand erfüllt.

2. Subjektiver Tatbestand

a) Vorsatz

= Wissen und Wollen bezüglich des objektiven Tatbestandes (+)

b) Rechtswidrige Zueignungsabsicht

= auf Dauer gerichteter Enteignungsvorsatz (dolus eventualis) und wenigstens vorübergehende Aneignungsabsicht (dolus directus 1. Grades).

Hier: B wollte, dass C dauerhaft nicht mehr auf das Geld zugreifen kann und beabsichtigte, dass er bzw. A die Verfügungsgewalt über die 5000 € (zumindest vorübergehend) ausüben. Ferner hatten weder A noch B einen Anspruch gegen C auf Übereignung von 5000 €, so dass die erstrebte Zueignung rechtswidrig war. Da B dies wusste, liegt die rechtswidrige Zueignungsabsicht vor.

3. Rechtswidrigkeit und Schuld.

(+)

4. Strafzumessung

B könnte ein Regelbeispiel gemäß § 243 I S. 2 Nr. 1 verwirklicht haben. In Betracht kommt die Alternative des „Eindringens in einen umschlossenen Raum mit einem falschen Schlüssel oder mit einem anderen, nicht zur ordnungsgemäßen Öffnung bestimmten Werkzeugs“. Ein *umschlossener Raum* ist ein Raumgebilde, das zumindest auch zum Betreten von Menschen bestimmt und mit mindestens teilweise künstlichen Vorrichtungen zur Abwehr des Eindringens versehen ist. Bei dem Imbiss handelt es sich um ein solches Raumgebilde. Für das Merkmal des *Eindringens* genügt es, dass der Täter ohne den Willen des Berechtigen einen Körperteil in den Raum verbringt. Durch das Betreten des Imbisses außerhalb der allgemeinen Öffnungszeiten ist B in diesen eingedrungen. Das Eindringen muss mit einem zur Öffnung *nicht ordnungsgemäßen Werkzeug* erfolgt sein. Hierzu gehören solche Werkzeuge, die geeignet sind, die Verschlussmechanismen der geschützten Räume zu überwinden. Auch bei dem Dietrich handelt es sich um ein solches Werkzeug.

A hatte diesbezüglich auch Kenntnis und wollte dies.

5. Ergebnis

B hat sich gemäß §§ 242 I, 243 I S. 2 Nr. 1 strafbar gemacht.

II. § 123 I 1. Alt.

Der ebenfalls verwirklichte § 123 I 1. Alt. tritt hinter §§ 242 I, 243 I 2 Nr. 1 im Wege der Gesetzeskonkurrenz zurück (Konsumtion).

Beachte: Der BGH geht in jüngerer Zeit davon aus, dass bloße Strafzumessungsvorschriften nicht geeignet sind, ein Konkurrenzverhältnis zu bestimmen. § 123 I 1 Alt. würde hiernach nicht von §§ 242 I, 243 I S. 2 Nr. 1 verdrängt werden, sondern in Tateinheit stehen (vgl. BGH NStZ 2002, 202).

B. Strafbarkeit des A

I. §§ 242 I, 243 I S. 2 Nr. 1, 25 II

A könnte sich wegen eines mittäterschaftlichen Diebstahls in einem besonders schweren Fall gemäß §§ 242 I, 243 I S. 2 Nr. 1, 25 II strafbar gemacht haben, indem er B die Anweisungen zur Begehung des Diebstahls gab.

1. Objektiver Tatbestand

a) Fremde bewegliche Sache

(+), das Geld steht nicht im Eigentum des A

b) Wegnahme

aa) A selbst

(-)

bb) Zurechnung über die Grundsätze der Mittäterschaft gemäß § 25 II

Möglicherweise kann A das Handeln des B über die Grundsätze der Mittäterschaft zugerechnet werden. Das ist dann der Fall, wenn die Voraussetzungen des § 25 II gegeben sind. Grundsätzlich erforderlich sind hierfür ein gemeinsamer Tatplan und eine gemeinschaftliche Tatausführung.

Hier: Zwar lag eine vorherige **Absprache** zwischen A und B vor. Die Mitwirkungsakte des A (die Anweisungen über Ort und Zeit der Tat sowie die Übergabe des Dietrichs) beschränkten sich aber alle auf das **Vorbereitungsstadium**, denn während der eigentlichen Tatausführung war A nicht anwesend. Fraglich ist, ob Handlungen im Vorbereitungsstadium Mittäterschaft begründen können.

(1) Rein Subjektive Theorie (ältere Rsp.).: Für die Annahme einer Mittäterschaft ist allein das hohe Interesse an der Tatbestandsverwirklichung entscheidend (sog. „Täterwille“).

Hier: A hatte wegen seiner Überschuldung ein großes Eigeninteresse am Erfolg des Diebstahls. Insbesondere weil er den weit größeren Anteil an der Beute (70%) erlangen sollte, wäre er hiernach als Mittäter anzusehen.

(2) Tatherrschaftslehre I: Für eine die Mittäterschaft begründende Tatherrschaft ist zwingend erforderlich, dass der Tatbeteiligte im unmittelbaren Ausführungsstadium tätig wird – allerdings kann hierfür ggf. ein „geistiger Kontakt“ (insbesondere per Funk bzw. Telefon) mit den am Tatort Anwesenden ausreichen.

Hier: A ist allein im Vorbereitungsstadium tätig geworden. Für ihn käme nach dieser Auffassung allenfalls eine Teilnahmestrafbarkeit in Betracht.

(3) Tatherrschaftslehre II: Funktionale Tatherrschaft im Sinne einer Mitgestaltung der Tat durch erheblich Beiträge, kann auch durch Handlungen im Vorbereitungsstadium begründet werden. Das „Beteiligungsminus“ bei der realen Tatausführung muss aber durch das Gewicht des Tatbeitrags für die Tatverwirklichung und durch die Stellung des Beteiligten im Gesamtgeschehen ausgeglichen werden.

Hier: A ist zwar nur im Vorbereitungsstadium tätig geworden, jedoch hat er dem B detaillierte Anweisungen für die Tatausführung gegeben und ihm das erforderliche Tatwerkzeug

verschafft. A hatte als Organisator die Rolle des B sowohl hinsichtlich des Zeitpunkts als auch der günstigen Ausführung so vorgezeichnet, dass die Ausführung in der Tatnacht ohne seine Mitwirkung ablaufen konnte. Dass später der D noch zusätzlich auf den B einwirkt ändert nichts daran, dass der konkrete Ablauf der Tatbestandsverwirklichung maßgeblich von der Planung des A abhing. Hiernach wird sein „Minus“ bei der Tatausführung durchs sein „Plus“ bei der Tatplanung ausgeglichen. A hat somit funktionale Tatherrschaft inne, so dass die Voraussetzungen der Mittäterschaft erfüllt sind.

(4) Stellungnahme: Gegen die erste Spielart der Tatherrschaftslehre spricht, dass ein Verständnis welches die Mittäterschaft auf Personen beschränkt, die ihren Tatbeitrag nach Versuchsbeginn erbringen, zu eng erscheint. Bei Bandentaten führt es zu unbilligen Ergebnissen, denn danach würde der Bandenchef als Organisator zur akzessorischen Randfigur herabgestuft, obwohl er als Zentralgestalt des deliktischen Geschehens erscheint und die übrigen Tatbeteiligten bei der Ausführung der Tat maßgeblich auf den von ihm erbrachten Tatbeitrag angewiesen waren. Da nach den übrigen Auffassungen vorliegend die Voraussetzungen der Mittäterschaft gegeben sind, ist ein weiterer Streitentscheid entbehrlich. Die Voraussetzungen der Mittäterschaft und mithin der objektive Tatbestand sind somit erfüllt.

2. Subjektiver Tatbestand.

- a)** A handelte mit Wissen und Wollen bezüglich aller objektiven Tatbestandsmerkmale. Er wusste und wollte auch gemeinschaftlich mit B handeln und hatte damit Vorsatz im Hinblick auf die Voraussetzungen Mittäterschaft (§ 25 II).
- b)** A handelte auch in der Absicht rechtswidriger Zueignung.

3. Rechtswidrigkeit und Schuld.

(+)

4. Strafzumessung.

Bei § 243 I S. 2 Nr. 1 handelt es sich um ein tatbezogenes Regelbeispiel, da es an die Handlung anknüpft. Es kommt zu einer Zurechnung, wenn A von der Verwirklichung Kenntnis hatte. Vorliegend hat A dem B den Dietrich überlassen und ihm erklärt, wie er mit diesem die Tür des Imbisswagens des C öffnen kann. Er hatte damit Kenntnis, so dass auch bei ihm die Voraussetzungen für die Annahme eines besonders schweren Falles erfüllt sind.

5. Ergebnis.

A hat sich gemäß §§ 242 I, 243 I S. 2 Nr. 1, 25 II strafbar gemacht.

II. §§ 123 I, 25 II

(+), Zurechnung über § 25 II, tritt aber im Wege der Gesetzeskonkurrenz hinter §§ 242 I, 243 I S. 2 Nr. 1, 25 II zurück (str. vgl. oben).

C. Strafbarkeit des D

Prüfungshinweis: Trotz der soeben angenommenen Möglichkeit einer Mittäterschaft bei Vornahme bloßer Vorbereitungshandlungen sollte eine (ausführliche) Prüfung der §§ 242 I, 243 I S. 2 Nr. 1, 25 II für D nicht vorgenommen werden. D verfügt evident weder über einen „Täterwillen“ noch über eine für die Annahme einer funktionalen Tatherrschaft ausreichende überlegene Gestaltungsherrschaft – der Vollständigkeit halber kann dies kurz und im Urteilsstil festgestellt werden.

I. §§ 242 I, 243 I S. 2 Nr. 1, 26

D könnte sich wegen einer Anstiftung zum Diebstahl in einem besonders schweren Fall nach §§ 242 I, 243 I S. 2 Nr. 1, 26 strafbar gemacht haben, indem er den B in seinem Beschluss bestärkte, in den Imbiss einzubrechen.

1. Objektiver Tatbestand:

a) Haupttat

B hat vorsätzlich und rechtswidrig eine Tat nach §§ 242 I, 243 I S. 2 Nr. 1 begangen. Eine teilnahmefähige Haupttat liegt somit vor.

b) Teilnahmehandlung: Bestimmen zur Haupttat.

Bestimmen zur Haupttat bedeutet Hervorrufen des Tatentschlusses beim Haupttäter.

Welche Voraussetzungen hierfür im Einzelnen erfüllt sein müssen, ist umstritten.

Auffassung: Es reicht das Hervorrufen des Tatentschlusses durch beliebige Mittel (bspw. auch durch bloßes Schaffen von Tatanreizen).

Auffassung: Zwischen Anstifter und Haupttäter muss bezüglich der Haupttat Einigkeit im Sinne eines „Unrechtspaktes“ bestehen.

Auffassung: Erforderlich aber auch ausreichend ist ein Hervorrufen des Tatentschlusses im Wege eines offenen geistigen Kontaktes.

Nach allen Auffassungen: Ein bereits zur Tatbegehung fest Entschlossener, kann nicht mehr angestiftet werden.

Hier: Zwar kann nicht ausgeschlossen werden, dass erst das Zureden des D zur Folge hatte, dass B endgültig entschlossen war, die Tat zu begehen, jedoch erscheint wahrscheinlicher, dass B zum Zeitpunkt des Gesprächs zur Tatbegehung fest entschlossen war. Hiervon ist zumindest nach dem Grundsatz in dubio pro reo auszugehen, so dass kein Hervorrufen des Tatentschlusses und folglich auch keine taugliche Anstiftungshandlung vorliegt. Dass das Zureden des D später dazu beigetragen hat, dass B die aufkommenden Zweifel an der Tatbestandsverwirklichung überwinden konnte, ist für die Annahme einer Anstiftung nicht ausreichend.

2. Ergebnis:

C hat sich nicht nach §§ 242 I, 243 I S. 2 Nr. 1, 26 strafbar gemacht.

II. §§ 242 I, 243 I S. 2 Nr. 1, 27

D könnte sich wegen einer Beihilfe zum Diebstahl in einem besonders schweren Fall nach §§ 242 I, 243 I S. 2 Nr. 1, 27 strafbar gemacht haben, indem er den B in seinem Beschluss bestärkte, in den Imbiss einzubrechen.

1. Objektiver Tatbestand:

a) Haupttat

(+)

b) Teilnahmehandlung: Hilfe Leisten zur Haupttat

Ein Hilfleisten liegt grundsätzlich in jedem Tatbeitrag, durch den die Haupttat ermöglicht oder erleichtert oder die durch den Täter begangene Rechtsgutsverletzung intensiviert

wird. Die Beihilfe kann psychisch oder physisch geleistet werden. Die genauen Anforderungen an die Hilfeleistung sind umstritten:

Rspr. + Teil der Literatur: Es genügt jede Tätigkeit, welche die Haupttat irgendwie fördert.

Hier: Das Zureden des D hat zumindest verhindert, dass B während der Tatausführung zögerlich wird. Eine taugliche Beihilfehandlung liegt vor.

Auffassung: Die Gehilfenhandlung muss für den Erfolg (streng) kausal im Sinne der *conditio sine qua non* Formel werden.

Hier: Ob der B tatsächlich von der Tat abgesehen hätte, wenn D ihm nicht zugeredet hätte, ist nicht eindeutig feststellbar. Im Zweifel ist zu Gunsten des D davon auszugehen, dass B allenfalls kurzzeitig in der Tatbegehung innegehalten hätte, es also unabhängig vom Verhalten des D zu dem Einbruch gekommen wäre – mangels Vorliegen eines Kausalzusammenhangs im Sinne der *conditio sine qua non* Formel liegt somit keine taugliche Beihilfehandlung vor (*Hinweis:* mit entsprechender Argumentation wäre es vertretbar, auch nach dieser Auffassung eine taugliche Beihilfehandlung zu bejahen).

Auffassung: Zwar muss die Gehilfenhandlung für den Taterfolg ursächlich werden, jedoch genügt hierfür sogenannte Verstärker- bzw. Zuflusskausalität. Diese ist anzunehmen, wenn durch den Gehilfenbeitrag das in der Haupttat liegende Risiko zu Lasten des Opfers erhöht wird und sich diese Risikoerhöhung in der Haupttatbegehung niederschlägt.

Hier: D hat durch das Zureden das Risiko erhöht, dass B während der Tatausführung nicht „den Mut verliert“, da sich dieses Risiko auch in der Begehung der Haupttat niedergeschlagen hat, liegt eine taugliche Gehilfenhandlung vor.

Beachte: Selbst wenn dem C keine Gewissensbisse gekommen wären, die er aufgrund der Ausführungen des D überwand, würden die Vertreter dieser Auffassung überwiegend eine taugliche psychische Beihilfe schon in dem bloßen Anspornen sehen.

Stellungnahme: Gegen die zweite Auffassung spricht, dass § 27 das Hilfeleisten zur Haupttat unter Strafe stellt, es also nicht darauf ankommen kann, dass der Erfolg der Haupttat dem Gehilfen als „sein Werk“ zugerechnet werden kann. Die Forderung nach strenger Kausalität des Gehilfenbeitrags lässt insbesondere die Grenzen zwischen

Mittäterschaft und Teilnahme verschwimmen. Da nach den übrigen Auffassungen eine taugliche Beihilfehandlung vorliegt, ist ein weiterer Streitentscheid entbehrlich, so dass eine taugliche Gehilfenhandlung vorliegt. Mithin ist der objektive Tatbestand erfüllt.

2. Subjektiver Tatbestand:

a) Vorsatz bezüglich der Haupttat

(+): D wurde von C umfänglich über die Einzelheiten der geplanten Tatbegehung in Kenntnis gesetzt (Wissenselement), darüber hinaus wollte er, dass die Tat vollendet wird (Wollenselement).

b) Vorsatz bezüglich der Beihilfeleistung

(+): D wusste und wollte, dass er durch sein Zureden den C in seinem Tatentschluss bestärkt.

3. Rechtswidrigkeit / Schuld

(+)

4. Strafzumessung

Bei § 243 I S. 2 Nr. 1 handelt es sich um ein tatbezogenes Regelbeispiel, denn es knüpft an die Handlung an. Da D über die genauen Umstände der Tatbegehung und damit auch über die Verwendung des Dietrichs zum Einbruch in den Imbiss informiert war, ist auch bei ihm ein besonders schwerer Fall anzunehmen.

5. Ergebnis

D hat sich gemäß §§ 242 I, 243 I S. 2 Nr. 1, 27 strafbar gemacht.

III. §§ 123 I, 27

(+), tritt aber im Wege der Gesetzeskonkurrenz hinter §§ 242 I, 243 I S. 2 Nr. 1, 25 II zurück (str. vgl. oben).

Endergebnis:

A und B haben sich gemäß §§ 242 I, 243 I S. 2 Nr. 1, 25 II strafbar gemacht.

D ist strafbar gemäß §§ 242 I, 243 I S. 2 Nr. 1, 27.