

Strafrecht II

ibold

2020

ISBN 978-3-406-74587-4

C.H.BECK

dieser gezahlt wurde; überprüft wird hingegen nicht, ob tatsächlich auch die zugehörige Ware mitgenommen wird. Damit schlägt sich der Wille des Supermarktinhabers, dass nur die zum Strichcode gehörende Ware mitgenommen werden soll, nicht im Programm nieder. Nach dieser Ansicht ist die Unbefugtheit zu verneinen.

Nach der herrschenden *betrugsspezifischen Auslegung* werden Daten nur dann unbefugt verwendet, wenn die Verwendung der Daten gegenüber einer natürlichen Person täuschungs- und irrumsbedingt zu einer Vermögensverfügung führen würde; zu prüfen ist also eine Täuschungs- und Irrtumsäquivalenz.⁴⁰ Es muss dabei auf das Vorstellungsbild einer natürlichen Person abgestellt werden, die sich ausschließlich mit den Fragen befasst, die auch der Computer prüft.⁴¹ Da das Lesegerät einer Selbstbedienungskasse lediglich den durch den Strichcode festgelegten Kaufpreis anzeigt, ohne zu prüfen, ob auch tatsächlich die dem Strichcode zugewiesene Ware bezahlt und mitgenommen wird, würde auch ein fiktiver Kassierer nur eine derart eingeschränkte Prüfung vornehmen. Ein Kassierer würde insofern nicht getäuscht.⁴² Auch nach der betrugsspezifischen Auslegung ist damit ein unbefugtes Verwenden von Daten abzulehnen.

Die zum Begriff der Unbefugtheit vertretenen Ansichten kommen zu unterschiedlichen Ergebnissen, sodass ein Streitentscheid erforderlich ist.

Gegen die subjektivierende Auslegung spricht einmal, dass sie weit und unbestimmt bleibt; denn bei der Bestimmung des subjektiven Willens kann einerseits auf eine Vielzahl von Personen abgestellt werden – so könnte hier theoretisch auch auf den Willen des Herstellers der Selbstbedienungskasse abgestellt werden. Andererseits könnte mit Hilfe der subjektivierenden Auslegung jeder vertragswidrige Gebrauch von elektronisch gesteuerten Geräten unter § 263a StGB subsumiert werden.⁴³ Zudem ist zu beachten, dass § 263a StGB geschaffen wurde, um Strafbarkeitslücken beim Betrug für die Fälle zu schließen, in denen gerade keine natürliche Person getäuscht wird. Das Erfordernis der Täuschungs- und Irrtumsäquivalenz schafft damit die vom Gesetzgeber gewollte Nähe zu § 263 StGB.

Die subjektivierende Auslegung ist damit abzulehnen; ein Streitentscheid zwischen der computer- und der betrugsspezifischen Auslegung kann im Übrigen dahinstehen, da diese beiden Ansichten zum selben Ergebnis kommen, nämlich, dass kein unbefugtes Verwenden von Daten vorliegt.

3. Tathandlung gem. § 263a Abs. 1 Var. 4 StGB

I könnte zuletzt gem. § 263a Abs. 1 Var. 4 StGB *sonst unbefugt auf den Ablauf* eingewirkt haben.

Als Auffangtatbestand werden von dieser Tathandlungsvariante die sonstige Einwirkung auf den Verarbeitungsvorgang oder das Verändern eines Programmablaufs erfasst.⁴⁴ I hat auf den Programmablauf der Selbstbedienungskasse Einfluss genommen, indem er die Preisetiketten der Hugo-Flaschen eingescannt hat. Ein Einwirken ist damit gegeben. Keine Einwirkung auf den Programmablauf stellt dagegen das Mitnehmen der Weinflaschen dar.

Das Einscannen der Preisetiketten der Hugo-Flaschen müsste aber *unbefugt* gewesen sein.

Nach eA ist die Unbefugtheit identisch zu § 263 Abs. 1 Var. 3 StGB zu bestimmen.⁴⁵ Entsprechend wäre hier § 263 Abs. 1 Var. 4 StGB abzulehnen, weil es an einer Täuschungs- und Irrtumsäquivalenz fehlt, siehe → Rn. 59.

Nach einer aA ist die Unbefugtheit einschränkend in Anknüpfung an § 263a Abs. 1 Var. 1, 2 StGB zu bestimmen.⁴⁶ Danach ist zu fragen, ob Daten unrichtig verarbeitet wurden, also ob sie den zugrundeliegenden Lebenssachverhalt unzutreffend wiedergeben.⁴⁷ Mit dem Einscannen der Daten wird – wie

⁴⁰ BGHSt 47, 160 (162 f.) = NJW 2002, 905 (905 f.); BGH NStZ 2005, 213; BeckOK StGB/Schmidt StGB § 263a Rn. 23; Rengier StrafR BT I § 14 Rn. 19; AWHH StrafR BT § 21 Rn. 32.

⁴¹ BGHSt 47, 162 (163) = NJW 2002, 905 (906); aA Rengier StrafR BT I § 14 Rn. 22, wonach es darauf ankomme, welche Prüfungspflichten die Vergleichsperson hätte, wenn sie an die Stelle des Computers träte und die Daten verarbeiten würde.

⁴² OLG Hamm BeckRS 2013, 16642.

⁴³ Rengier StrafR BT I § 14 Rn. 16.

⁴⁴ Rengier StrafR BT I § 14 Rn. 59 ff.; Wessels/Hillenkamp/Schuhf Strafr BT II Rn. 617.

⁴⁵ SK-StGB/Hoyer StGB § 263a Rn. 46; Schönke/Schröder/Perron StGB § 263a Rn. 16; vgl. auch OLG München NJW 2007, 3734 (3737); krit. Schönauer wistra 2008, 445 (446); Fischer StGB § 263a Rn. 18.

⁴⁶ LK-StGB/Tiedemann/Valerius StGB § 263a Rn. 63; Lackner/Kühl/Heger StGB § 263a Rn. 15.

⁴⁷ Siehe zum Begriff der Unrichtigkeit bei § 263a Var. 2 StGB → Rn. 52.

oben festgestellt – jedoch der zugrundeliegende Lebenssachverhalt gerade nicht unzutreffend wiedergegeben. Das Merkmal unbefugt ist nach allen Ansichten auch hier zu verneinen.

68 Eine Tathandlung gem. § 263a Abs. 1 Var. 4 StGB ist nicht gegeben.

69 **Klausurhinweis:**

Bejaht man eine Tathandlung iSv § 263a StGB, würde sich anschließend die Frage stellen, ob durch das Einscannen der Strichcodes das *Ergebnis eines Datenverarbeitungsvorgangs beeinflusst* wurde. Dieser „Zwischenerfolg“ tritt an die Stelle der für § 263 StGB erforderlichen Vermögensverfügung („Computerverfügung“, vgl. Fall 4 Rn. 13) und setzt daher voraus, dass durch die Tathandlung unmittelbar eine vermögensmindernde Disposition des Computers verursacht wird.⁴⁸ Das Einscannen des Strichcodes führt lediglich zu der Anzeige eines im Verhältnis zu den tatsächlich mitgenommenen Flaschen geringeren Kaufpreises. Dadurch wird aber noch keine Vermögensminderung bewirkt, sondern lediglich die Mitnahme der teureren Flaschen erleichtert. Die Mitnahme beruht jedoch auf einer selbständigen Handlung des I und ist nicht unmittelbar auf das Einscannen zurückzuführen. Es fehlt in diesem Fall daher auch an der Beeinflussung des Ergebnisses eines Datenverarbeitungsvorganges.

II. Ergebnis

70 I hat sich nicht eines Computerbetrugs gem. § 263a Abs. 1 StGB schuldig gemacht.

G. Erschleichen von Leistungen gem. § 265a Abs. 1 Var. 1 StGB

71 Durch dieselbe Handlung könnte sich I eines Erschleichens von Leistungen gem. § 265a Abs. 1 Var. 1 StGB schuldig gemacht haben.

72 Automat im Sinne dieser Vorschrift ist ein technisches Gerät, dessen mechanische oder elektronische Steuerung durch eine Einrichtung des Entgelts in bar oder durch die gleichwertige Eingabe einer Codierung in Gang gesetzt wird und das sodann selbstständig die Leistung erbringt oder den Zugang zu ihrer unmittelbaren Inanspruchnahme eröffnet.⁴⁹ Die Selbstbedienungskasse erbringt nicht selbst eine Leistung, sondern vermittelt die Abgabe der Waren nur, indem sie zu deren Mitnahme berechtigt.⁵⁰ Folglich handelt es sich dabei nicht um einen Automaten iSv § 265a Abs. 1 Var. 1 StGB und es scheidet eine Strafbarkeit wegen eines Erschleichens von Leistungen aus.

H. Urkundenfälschung gem. § 267 Abs. 1 Var. 3 StGB

73 Durch dieselbe Handlung hat sich I keiner Urkundenfälschung durch die Verwendung von unechten Urkunden gem. § 267 Abs. 1 Var. 3 StGB schuldig gemacht. Es fehlt auch hier an der Absicht zur *fälschlichen Beeinflussung einer Datenverarbeitung im Rechtsverkehr* gem. § 267 Abs. 1 StGB iVm § 270 StGB.

I. Diebstahl mit Waffen gem. §§ 242, 244 Abs. 1 Nr. 1a Alt. 1 StGB

74 Indem I die Weinflaschen in seinen Turnbeutel gesteckt und den Kassenbereich passiert hat, könnte er sich aber eines Diebstahls mit Waffen gem. §§ 242, 244 Abs. 1 Nr. 1a Alt. 1 StGB schuldig gemacht haben.

⁴⁸ OLG Hamm NJW 2006, 2341; Fischer StGB § 263a Rn. 20.

⁴⁹ OLG Karlsruhe NJW 2009, 1287 (1288); Fischer StGB § 265a Rn. 10.

⁵⁰ Vgl. MüKoStGB/Hefendehl StGB § 265a Rn. 24, 26.

I. Tatbestand

1. Objektiver Tatbestand

a) Tatobjekt

Die Weinflaschen müssten *bewegliche und fremde*, dh zumindest auch im Eigentum eines anderen stehende *Sachen* sein.⁵¹ 75

Die Flaschen standen zunächst im Eigentum der Supermarktkette R und waren damit fremd. Sie wären jedoch nicht mehr fremd, wenn sie I gem. § 929 S. 1 BGB übereignet worden wären. In einem Supermarkt erfolgt die Übereignung der vom Kunden ausgewählten Ware regelmäßig bei der Bezahlung an der Kasse.⁵² Entsprechend erfolgt bei Supermärkten mit einem Selbstbedienungskassensystem die Übereignung mit Bezahlung des angezeigten Kaufpreises. Das Übereignungsangebot bezieht sich aber nur auf die dem eingescannten Strichcode entsprechende, nicht jedoch auf sonst mitgenommene Ware.⁵³ 76

Folglich waren die Weinflaschen noch fremd und stellten geeignete Tatobjekte dar. 77

b) Wegnahme

Wegnahme ist der Bruch fremden und die Begründung neuen, nicht notwendigerweise tätereigenen Gewahrsams.⁵⁴ Gewahrsam ist die von einem natürlichen Herrschaftswillen getragene Sachherrschaft, deren Reichweite von der Verkehrsauffassung bestimmt wird.⁵⁵ 78

Klausurhinweis:

Zur empfohlenen dreistufigen Prüfung der Wegnahme → Fall 1 Rn. 5. 79

Ursprünglich hatte der Filialleiter des Supermarkts *Gewahrsam* an den sich in seiner Herrschaftssphäre befindlichen Weinflaschen. 80

Jedenfalls als I die Flaschen in seinen Turnbeutel steckte und damit den Kassensbereich verließ, hatte er nach der Verkehrsauffassung die vom einem Herrschaftswillen getragene tatsächliche Sachherrschaft darüber inne und begründete somit *neuen Gewahrsam*.⁵⁶ Fraglich ist aber, ob dem entgegensteht, dass I von der Ladendetektivin Sophia S. (S) beobachtet wurde. Der Diebstahl gem. § 242 StGB ist aber kein heimliches Delikt; dass Dritte von dem Gewahrsamswechsel Kenntnis nehmen, hindert nicht die Vollendung des Diebstahls, sondern erleichtert allenfalls dessen Aufdeckung und die Wiedererlangung der gestohlenen Gegenstände.⁵⁷ 81

Ein *Gewahrsamsbruch* erfordert, dass der ursprüngliche Gewahrsam ohne oder gegen den Willen des Filialleiters aufgehoben wird. Grundsätzlich liegt in dem Aufstellen von Selbstbedienungskassen ein *generelles Einverständnis* des Filialleiters mit dem Übergang des Gewahrsams an den dort registrierten Waren. Denn der Filialleiter möchte diese Ware den zahlenden Kunden überlassen, kann sich aber anders als bei der Verwendung herkömmlicher Kassen keines Kassenspersonals bedienen, das jeweils ein individuelles Einverständnis erklärt.⁵⁸ 82

Das generelle Einverständnis könnte jedoch unter einer Bedingung erklärt worden sein, die von I nicht erfüllt wurde, mit der Folge, dass im vorliegenden Fall kein generelles Einverständnis gegeben ist. Grundsätzlich kann ein Gewahrsamsübergang an Bedingungen geknüpft werden, wenn es sich dabei um automatentypische und äußerliche erkennbare Bedingungen handelt.⁵⁹ 83

⁵¹ Zur Def. der Fremdheit einer Sache s. *Rengier* Strafr BT I § 2 Rn. 9.

⁵² Palandt/*Herrler* BGB § 929 Rn. 3.

⁵³ Vgl. OLG Hamm BeckRS 2013, 16642.

⁵⁴ BGH NJW 2018, 245; MüKoStGB/*Schmitz* StGB § 242 Rn. 49; Schönke/Schröder/*Eser/Bosch* StGB § 242 Rn. 22.

⁵⁵ BGHSt 16, 271 (273) = NJW 1961, 2266; *Rengier* Strafr BT I § 2 Rn. 23.

⁵⁶ *Beulke* Strafr III Rn. 122.

⁵⁷ BGHSt 16, 271 (273 f.) = NJW 1961, 2266 (2267 f.); OLG Hamm BeckRS 2013, 16642; *Fischer* StGB § 242 Rn. 17 f.; zur Gegenansicht *Beulke* Strafr III Rn. 124.

⁵⁸ OLG Hamm BeckRS 2013, 16642.

⁵⁹ *Rengier* Strafr BT I § 2 Rn. 70 ff.

- 84 **Klausurhinweis:**
Siehe zu den Voraussetzungen und Fallkonstellationen eines bedingten Einverständnisses Fall 1 Rn. 129.
- 85 Zur ordnungsgemäßen Bedienung einer Selbstbedienungskasse gehört, dass der Kunde den Strichcode derjenigen Produkte scannt, die er anschließend mitnimmt. Dies ist ein äußerlich erkennbarer Vorgang. Eine einverständliche Gewahrsamsübertragung setzt hier daher das Scannen des produktzugehörigen Strichcodes voraus.⁶⁰ Vorliegend hat I die Weinflaschen gerade nicht ordnungsgemäß eingescannt, so dass die Bedingung nicht erfüllt ist. Es liegt also kein Einverständnis vor und der Gewahrsam wurde damit gegen den Willen des Supermarktinhabers aufgehoben, also gebrochen.
- 86 I hat die Weinflaschen folglich weggenommen.
- c) **Qualifikation gem. § 244 Abs. 1 Nr. 1a Alt. 1 StGB**
- 87 I könnte zudem die Qualifikation des § 244 Abs. 1 Nr. 1a Alt. 1 StGB verwirklicht haben, da er im Handschuhfach seines Pkw eine geladene Schusswaffe deponiert hatte.
- 88 *Waffen* sind solche Gegenstände, die objektiv gefährlich und ihrer Art und Bestimmung nach zur Herbeiführung erheblicher Verletzungen generell geeignet sind.⁶¹ Eine geladene Schusswaffe ist dazu geeignet und bestimmt durch den Eintritt von Kugeln in den Körper des Opfers bei diesem erhebliche Verletzungen hervorzurufen. Eine betriebsbereite Schusswaffe ist damit eine Waffe iSd § 244 Abs. 1 Nr. 1a Alt. 1 StGB.⁶²
- 89 Zudem müsste I die Waffe beim Diebstahl *bei sich geführt* haben. Der Täter führt eine Waffe bei sich, wenn sie ihm während des Tathergangs zur Verfügung steht, dh wenn er sich ihrer jederzeit ohne nennenswerten Zeitaufwand bedienen kann.⁶³
- 90 Hier ist zeitlich zu differenzieren: Während I sich im Supermarkt befand, konnte er sich der Waffe nicht jederzeit bedienen, da sie sich weit entfernt im Handschuhfach des Fluchtwagens befand. Ein Beisichführen lag nicht vor. Anders in dem Zeitpunkt, in dem I in das Fahrzeug einstieg: Durch einen kurzen Griff in das Handschuhfach hätte er sich der Waffe bedienen können. Ab diesem Moment führte er sie bei sich.
- 91 Fraglich ist aber, ob das Beisichführen dann noch *bei* dem Diebstahl erfolgte.
- 92 Zwar war der Diebstahl erst beendet, als der Gewahrsam mit dem Abschütteln der S gesichert war.⁶⁴
- 93 **Vertiefungshinweis:**
Der Gewahrsam ist spätestens dann gesichert und der Diebstahl damit beendet, wenn die Beute in die Räume des Täters oder in ein Versteck verbracht wurde.⁶⁵
- 94 Problematisch scheint aber, dass I mit dem Verlassen des Kassensbereichs neuen Gewahrsam bereits begründet hatte und der Diebstahl damit bereits *vollendet* war.
- 95 *Bei* dem Diebstahl führte I die Waffe danach nur dann bei sich, wenn auch die Beendigungsphase qualifikationstauglich ist.
- 96 Nach der Rspr. und einem Teil der Lit. ist dies zu bejahen. Der Wortlaut des § 244a Abs. 1 Nr. 1a StGB fordere nicht, dass dem Täter die Waffe während des gesamten Tathergangs zur Verfügung stehe. Es genüge, dass dies zu irgendeinem Zeitpunkt, also auch im Beendigungsstadium, der Fall sei.⁶⁶ Auch sei ein Täter, der erst in der Beendigungsphase Waffen bei sich führt, genauso gefährlich wie ein Täter, der dies bereits bis zur Vollendung tue und eine Bejahung des Qualifikationsmerkmals daher unter teleologischen Gesichtspunkten geboten. Zudem sei der Vollendungszeitpunkt oft ungenau und zufällig.⁶⁷

⁶⁰ OLG Hamm BeckRS 2013, 16642; Rengier StrafR BT I § 2 Rn. 78.

⁶¹ = Waffen im technischen Sinne; BeckOK StGB/Wittig StGB § 244 Rn. 3.

⁶² Ausführlich zum Begriff der Waffe s. Fischer StGB § 244 Rn. 3 ff.

⁶³ BGHSt 31, 105 (106) = NJW 1982, 2784; BGH NStZ-RR 2014, 110 (111); Rengier StrafR BT I § 4 Rn. 43.

⁶⁴ Zur Beendigung des Diebstahls s. Fischer StGB § 242 Rn. 54; vgl. BGHSt 4, 132 (133) = NJW 1953, 992 (993).

⁶⁵ Fischer StGB § 242 Rn. 54; vgl. BGHSt 8, 390 (391) = NJW 1956, 477.

⁶⁶ BGHSt 31, 105 (106) = NJW 1982, 2784; BGH NStZ-RR 2014, 110 (111).

⁶⁷ BGHSt 20, 194 (197) = NJW 1965, 1235; BGH NStZ-RR 2013, 244; Haft JuS 1988, 364 (367f.).

Die hLit lehnt dies – letztlich überzeugend – ab. Der Wortlaut von § 244 Abs. 1 Nr. 1a StGB verlangt, dass der Täter die Waffe bei dem „Diebstahl“ bei sich führt. Der Diebstahl ist aber mit seiner Vollendung abgeschlossen. Eine Einbeziehung von Qualifikationsmerkmalen in der Beendigungspase würde eine gem. Art. 103 Abs. 2 GG verfassungswidrige Überschreitung der Wortlautgrenze bedeuten.⁶⁸ Zudem ist auch der Beendigungszeitpunkt häufig ungenau und damit sind die Strafbarkeitsvoraussetzungen des Täters hinsichtlich der Qualifikation nicht hinreichend bestimmt, was wiederum im Hinblick auf Art. 103 Abs. 2 GG problematisch ist. Ein systematischer Vergleich mit § 252 StGB zeigt zudem, dass an eine Strafschärfung des einfachen Diebstahls nach Vollendung besondere Voraussetzungen geknüpft sind, die nicht durch eine Ausweitung von § 244 StGB unterlaufen werden dürfen.⁶⁹

Folglich hat I die Waffe nicht beim Diebstahl bei sich geführt; § 244 Abs. 1 Nr. 1a Alt. 1 StGB ist nicht verwirklicht.

Vertiefungshinweis:

Dasselbe Problem stellt sich auch im Zusammenhang mit anderen Qualifikationstatbeständen. Zu § 250 Abs. 2 StGB (schwerer Raub) hat der BGH seine Rspr. eingeschränkt und bejaht im Hinblick auf die Anforderungen des § 252 StGB eine Qualifikation in der Beendigungsphase nur, wenn die Täterhandlung weiterhin von Zueignungs-, Beutesicherungs- bzw. Bereicherungsabsicht getragen wird.⁷⁰ Diese Rspr. lässt sich möglicherweise auf andere Qualifikationstatbestände übertragen; höchstrichterliche Entscheidungen hierzu fehlen aber.⁷¹

Im konkreten Fall hatte I in der Beendigungsphase keine Zueignungs- bzw. Beutesicherungsabsicht; es kam ihm ausschließlich darauf an, zu flüchten. Sofern man also die zu § 250 Abs. 2 StGB ergangene Rspr. auch auf § 244 Abs. 1 Nr. 1a StGB übertragen wollte, wäre eine Qualifikation abzulehnen.

2. Subjektiver Tatbestand

I handelte *vorsätzlich*. Er handelte hinsichtlich der Weinflaschen auch mit *Zueignungsabsicht*, dh mit der Absicht zumindest vorübergehender Aneignung und jedenfalls mit Eventualvorsatz hinsichtlich der dauernden Enteignung des Berechtigten. Mangels eines fälligen und durchsetzbaren Anspruchs auf Übereignung war die Zueignung zudem rechtswidrig, was I auch wusste.

II. Rechtswidrigkeit und Schuld

I handelte rechtswidrig und schuldhaft.

III. Strafantrag

Die gestohlenen Weinflaschen könnten möglicherweise geringwertig und ein Strafantrag gem. § 248a StGB erforderlich sein. Geringwertigkeit wird teilweise bei einem Betrag bis zu 25 EUR⁷² oder 30 EUR⁷³, teilweise bis zu 50 EUR⁷⁴ angenommen. Bezieht sich eine Tathandlung wie hier auf mehrere Sachen,

⁶⁸ Rengier Strafr BT I § 4 Rn. 49; Wessels/Hillenkamp/Schubert Strafr BT II Rn. 268; Kudlich NStZ 2011, 518 (519).

⁶⁹ Rengier Strafr BT I § 4 Rn. 49.

⁷⁰ BGHSt 53, 234 ff. = NJW 2009, 3041 (3042) zu § 250 Abs. 2 Nr. 3a StGB; BGHSt 55, 79 (79 ff.) = NJW 2010, 1892 (1893) zu § 250 Abs. 2 Nr. 3b StGB; BGHSt 52, 376 (376) = NJW 2008, 3651 (3652); BGH NJW 2010, 1385 (1386) zu § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB.

⁷¹ Vgl. Rengier Strafr BT I § 9 Rn. 34f.

⁷² BGH BeckRS 2004, 07428; Fischer StGB § 248a Rn. 3a.

⁷³ OLG Koblenz BeckRS 2014, 8894.

⁷⁴ OLG Frankfurt NJW 2008, 3233; MüKoStGB/Hohmann StGB § 248a Rn. 6.

kommt es aber auf deren Gesamt- und nicht ihren Einzelwert an.⁷⁵ Die drei Weinflaschen im Wert von insgesamt 89,97 EUR sind daher nicht mehr geringwertig, ein Strafantrag ist nicht erforderlich.

IV. Ergebnis

- 102 I hat sich eines Diebstahls gem. § 242 Abs. 1 StGB schuldig gemacht.
Auch wenn ein Täter bei der Tatausführung mehrere Sachen mitnimmt, liegt jedenfalls dann nur ein Diebstahl vor, wenn er von vornherein zur Mitnahme mehrerer Sachen entschlossen war.⁷⁶ So liegt der Fall hier bezüglich der drei Weinfalschen; folglich hat sich I nur eines Diebstahls schuldig gemacht.
- 103 Die gleichzeitig verwirklichte Unterschlagung tritt aufgrund formeller Subsidiarität gem. § 246 Abs. 1 aE StGB dahinter zurück.

J. Räuberischer Diebstahl in Mittäterschaft gem. §§ 252, 25 Abs. 2 StGB

- 104 Indem Cornelius C. (C) S zur Seite stieß, könnte sich I eines räuberischen Diebstahls in Mittäterschaft gem. §§ 252, 25 Abs. 2 StGB schuldig gemacht haben.

I. Tatbestand

Objektiver Tatbestand

- 105 I müsste gegenüber S Gewalt angewendet oder mit einer gegenwärtigen Gefahr für Leib oder Leben gedroht haben.
- 106 I selbst hat gegenüber S weder Gewalt verübt noch mit einer gegenwärtigen Gefahr für Leib oder Leben gedroht. Möglicherweise hat jedoch C gegenüber S eine solche Tathandlung vorgenommen und diese könnte I gem. § 25 Abs. 2 StGB zugerechnet werden.
- 107 Indem C die S zur Seite stieß und S daraufhin zu Boden ging, nahm er eine körperliche Kraftentfaltung vor, durch die auf S körperlich wirkender Zwang ausgeübt wurde, um einen von C erwarteten Widerstand der S gegen sein Handeln zu brechen. Dadurch hat er *Gewalt gegen eine Person* verübt.⁷⁷
- 108 Voraussetzung für eine Zurechnung gem. § 25 Abs. 2 StGB ist, dass I und C die Tat gemeinschaftlich begangen haben. Sie müssten dafür auf Grund eines *gemeinsamen Tatplans* gehandelt und die Tat *gemeinsam ausgeführt* haben.⁷⁸
- 109 Fraglich ist hier bereits ein gemeinsamer Tatplan. Dass C gegen S körperlich vorgehen sollte, war zwischen den beiden nicht ausdrücklich abgesprochen worden. Ein gemeinsamer Tatplan kann zwar auch konkludent und erst während der Tatausführung gefasst werden,⁷⁹ bloße Kenntnis und nachträgliche Billigung genügen jedoch nicht.⁸⁰ Hier hatte I in dem Zeitpunkt, als C die S zur Seite stieß bereits die Flucht ergriffen, sodass es an jeglicher, auch konkludenter Übereinkunft fehlt. Ein gemeinsamer Tatplan liegt somit nicht vor. Eine Zurechnung gem. § 25 Abs. 2 StGB scheidet aus.

⁷⁵ MüKoStGB/Hohmann StGB § 248a Rn. 5.

⁷⁶ BGH NStZ-RR 2009, 278 (279); MüKoStGB/Schmitz StGB § 242 Rn. 192.

⁷⁷ Zur Def. der Gewalt s. Rengier StrafR BT II § 23 Rn. 23; Eisele StrafR BT I Rn. 453 ff.

⁷⁸ Zu den Anforderungen an eine mittäterschaftliche Begehung vgl. Rengier StrafR AT § 44 Rn. 11 ff., 40 ff. und BGH NStZ 2018, 144.

⁷⁹ BGH NStZ 1985, 70 (71); Fischer StGB § 25 Rn. 34, 35.

⁸⁰ BGH NStZ 2003, 85; Fischer StGB § 25 Rn. 34a.

II. Ergebnis

I hat sich nicht eines räuberischen Diebstahls in Mittäterschaft gem. §§ 252, 25 Abs. 2 StGB schuldig gemacht. 110

Klausurhinweis:

Eine Strafbarkeit des I gem. § 252 StGB scheidet auch deshalb aus, weil es in der Person des I an der erforderlichen Besitzerhaltungsabsicht fehlt: I trat sofort nach seiner Entdeckung die Flucht an, wobei ihm die Beute egal war. Es kam ihm nur darauf an, nicht gefasst zu werden.

Eine Zurechnung der Besitzerhaltungsabsicht in der Person des C gem. § 25 Abs. 2 StGB ist nicht möglich, da subjektive Tatbestandsmerkmale in der Person des jeweiligen Täters vorliegen müssen und gerade nicht zugerechnet werden können.⁸¹

Zu beachten bleibt, dass nach hM für eine Besitzerhaltungsabsicht bei einem mittäterschaftlich begangenen § 252 StGB der Wille genügt, nach einem zusammen begangenen Diebstahl den – ggf. zugerechneten – Mitbesitz zu erhalten.⁸²

111

K. Körperverletzung in Mittäterschaft gem. §§ 223 Abs. 1, 25 Abs. 2 StGB

Auch eine Körperverletzung in Mittäterschaft gem. §§ 223 Abs. 1, 25 Abs. 2 StGB scheidet mangels eines gemeinsamen Tatplans aus. 112



– Strafbarkeit des C –

A. Diebstahl in Mittäterschaft gem. §§ 242 Abs. 1, 25 Abs. 2 StGB

Indem C während des Bezahlvorganges des I Schmiere stand und die Weinflaschen in dem Turnbeutel zum Pkw des I trug, könnte er sich eines Diebstahls in Mittäterschaft gem. §§ 242 Abs. 1, 25 Abs. 2 StGB schuldig gemacht haben. 113

I. Tatbestand

1. Objektiver Tatbestand

Die Weinflaschen sind fremde, bewegliche Sachen, siehe Rn. 73 f. 114

C selbst hat die Weinflaschen nicht weggenommen. Ihm könnte jedoch die *Wegnahme* durch I gem. § 25 Abs. 2 StGB *zuzurechnen* sein. 115

Voraussetzung hierfür ist, dass I und C die Tat gemeinschaftlich begangen haben; sie müssten dafür aufgrund eines gemeinsamen Tatplans gehandelt und die Tat gemeinsam ausgeführt haben, siehe → Rn. 108. 116

C wusste vom Vorgehen des I und sein Verhalten beruhte auf einer Absprache zwischen den beiden. Ein *gemeinsamer Tatplan* lag somit vor. 117

Fraglich ist jedoch die *gemeinsame Tatausführung*. 118

⁸¹ Vgl. *Ibold* StrafR I Fall 2 Rn. 26; *Kühl* StrafR AT § 20 Rn. 100 f.

⁸² Vgl. nur *Rengier* StrafR BT I § 10 Rn. 21.

- 119 Nach der *Tatherrschaftslehre* ist dafür erforderlich, dass der Beteiligte jeweils funktionelle Tatherrschaft in dem Sinne besitzt, dass er in arbeitsteiligem Zusammenwirken mit dem anderen die Durchführung der Tat wesentlich mitbeherrscht.⁸³
- 120 Aufgabe des C war es zunächst, während des Bezahlvorgangs Schmiere zu stehen, dh aufzupassen und I zu warnen, sobald für ihn Gefahr drohte, entdeckt zu werden. Durch dieses Verhalten hatte C aber keinen Einfluss auf den Wegnahmevergang als solchen; er beherrschte die Durchführung des Diebstahls im Sinne einer funktionellen Tatherrschaft nicht wesentlich mit.
- 121 Möglicherweise kann zur Begründung funktioneller Tatherrschaft auf den anschließenden Transport der Beute in dem Turnbeutel abgestellt werden. Es ist bereits fraglich, ob dieser erst nach Vollendung (vgl. → Rn. 94) des Diebstahls erfolgte Beitrag überhaupt eine (sukzessive) Mittäterschaft begründen kann. Jedenfalls ist aber auch der Transport ein Beitrag von nur untergeordneter Bedeutung – C hätte den Beutel problemlos selbst zum Pkw tragen können – und genügt daher nicht zur Begründung eines wesentlichen Tatbeitrags. Nach dieser Ansicht fehlt es an einem täterschaftlichen Beitrag.
- 122 Nach der *gemäßigt subjektiven Theorie* der Rspr. kann grundsätzlich jeder fördernde Beitrag genügen.⁸⁴ Entscheidend ist danach, ob der Täter die Tat als eigene will, was sich anhand einer wertenden Betrachtung unter Berücksichtigung des Grades des eigenen Interesses am Taterfolg, des Umfangs der Tatbeteiligung und der Tatherrschaft sowie des Willens zur Tatherrschaft bestimmt.⁸⁵ C hatte hier keine Tatherrschaft inne. Zudem sollte er nicht an der Beute beteiligt werden, sondern er wollte lediglich seinem Freund einen Gefallen tun. Damit hat er kein eigenes Interesse an der Tat. Auch nach der Rspr. stellen das Schmiere-Stehen sowie der Transport der Beute somit täterschaftliche Beiträge dar.
- 123 Eine Zurechnung der Wegnahme nach § 25 Abs. 2 StGB scheidet daher aus.

II. Ergebnis

- 124 C hat sich nicht eines Diebstahls in Mittäterschaft gem. §§ 242 Abs. 1, 25 Abs. 2 StGB schuldig gemacht.

B. Beihilfe zum Diebstahl gem. §§ 242 Abs. 1, 27 StGB

- 125 Durch dieselben Handlungen könnte sich C jedoch einer Beihilfe zum Diebstahl des I gem. §§ 242 Abs. 1, 27 StGB schuldig gemacht haben.

I. Tatbestand

1. Objektiver Tatbestand

a) Vorsätzliche und rechtswidrige Haupttat

- 126 Eine vorsätzliche und rechtswidrige Haupttat des I gem. § 242 Abs. 1 StGB liegt vor.

b) Hilfeleisten

- 127 C müsste hierzu Hilfe geleistet, dh durch sein Verhalten die Begehung der Haupttat zumindest erleichtert oder gefördert haben.⁸⁶

⁸³ Roxin StrafR AT II § 25 Rn. 188; Rengier StrafR AT § 41 Rn. 13.

⁸⁴ BGH NStZ-RR 2004, 40 (41); NStZ 2008, 273 (275).

⁸⁵ BGHSt 37, 289 (291) = NJW 1991, 1068; BGH NJW 2017, 5.

⁸⁶ BGHSt 46, 107 (109) = NJW 2000, 3010; Rengier StrafR AT § 45 Rn. 82.