

Erste Juristische Staatsprüfung 2020/2

A u f g a b e 4

(Arbeitszeit: 5 Stunden)

---

Einige unverbindliche Hinweise zur Lösung:

Die nachfolgenden unverbindlichen Hinweise zur Lösung behandeln die nach Auffassung des Erstellers maßgeblichen Probleme der Aufgabe. Sie stellen keine "Musterlösung" dar und schließen andere vertretbare, folgerichtig begründete Ansichten selbstverständlich nicht aus. Der Inhalt und der Umfang der Lösungshinweise, die Ausführlichkeit und die Detailgenauigkeit der Darlegungen sowie die wiedergegebene Rechtsprechung und Literatur enthalten insbesondere keinen vom Prüfungsausschuss vorgegebenen Maßstab für die Leistungsanforderung und -bewertung.

§ 16 JAPO Zweck und Bedeutung der Prüfung:

...

"Die Bewerber sollen in der Prüfung zeigen, dass sie das Recht mit Verständnis erfassen und anwenden können und über die hierzu erforderlichen Kenntnisse in den Prüfungsfächern verfügen."

...

"Überblick über das Recht, juristisches Verständnis und Fähigkeit zu methodischem Arbeiten sollen im Vordergrund von Aufgabenstellung und Leistungsbewertung stehen."

## Teil I: Strafbarkeit des Anton (A) und Bert (B) nach dem StGB

***Hinweis:*** Da nur im ersten Tatkomplex noch ein zweiter Beteiligter neben A zu prüfen ist, macht es keinen Unterschied, ob man auf der obersten Ebene nach den Beteiligten oder aber nach Tatkomplexen untergliedert. Letztlich geht es nur um die Frage, ob die Strafbarkeit des B am Ende des ersten Tatkomplexes oder am Ende des gesamten materiellen Teils geprüft wird.

### Erster Tatkomplex: Der Störsender

#### A. Strafbarkeit des A

##### I. §§ 242 Abs. 1, 243 Abs. 1 Satz 1, Satz 2 Nr. 1, Nr. 2 StGB durch die Entwendung des Weines aus dem Auto des Ludwig (L)

Dadurch, dass A den Wein aus dem Auto des L entwendet hat, könnte er sich nach §§ 242 Abs. 1, 243 Abs. 1 StGB wegen Diebstahls strafbar gemacht haben.

#### **1. Tatbestandsmäßigkeit**

##### **a. Objektiver Tatbestand**

Die sechs Flaschen Wein sind bewegliche Sachen, die dem A nicht gehören und nicht herrenlos sind.

Die Ansichnahme der Weinflaschen aus dem Fahrzeug müsste eine Wegnahme i. S. eines Bruchs fremden und Begründung neuen Gewahrsams darstellen.<sup>1</sup> Auch wenn L seinen Wagen verlassen hat, hatte er an den im Fahrzeug befindlichen Gegenständen nach der Verkehrsanschauung<sup>2</sup> weiterhin Gewahrsam aufgrund eines generellen Gewahrsamswillens und einer klaren äußeren Abgrenzung gegenüber anderen Gewahrsamssphären.<sup>3</sup> Diesen Gewahrsam hat A ohne dessen Willen gebrochen und neuen, eigenen Gewahrsam begründet, indem er die Flaschen an sich genommen und diese in sein Auto gelegt hat.

##### **b. Subjektiver Tatbestand**

A handelte diesbezüglich auch vorsätzlich.

Fraglich ist, ob er auch die Absicht hatte, sich den Wein zuzueignen. Er müsste Vorsatz gehabt haben, den L zu enteignen und die Absicht, sich den Wein anzueignen (Enteignungsvorsatz und Aneignungsabsicht).<sup>4</sup> Problematisch ist, dass er den Wein nicht "lange in den Händen halten", sondern durch Konsum in seiner Existenz vernichten wollte. Die bloße Entwendung zur Zerstörung einer Sache ist eigentlich nur als Sachbeschädigung, nicht aber als Delikt mit einer Zueignungsabsicht zu bestrafen.<sup>5</sup> Allerdings stellt der bestimmungsgemäße Verbrauch einer Sache, insbesondere

<sup>1</sup> Zum Wegnahmebegriff: Fischer, StGB, § 242 Rn. 16; Jäger, Examens-Repetitorium StrafR BT, Rn. 197.

<sup>2</sup> Vgl. Fischer, StGB, § 242 Rn. 11 f.

<sup>3</sup> Vgl. hierzu BeckOK/Wittig, StGB, § 242 Rn. 16; Satzger/Schluckebier/Widmaier/Kudlich, StGB, § 242 Rn. 18; Rengier, StrafR BT I, § 2 Rn. 27 f.

<sup>4</sup> Vgl. Fischer, StGB, § 242 Rn. 32 ff.; Jäger, Examens-Repetitorium StrafR BT, Rn. 215.

<sup>5</sup> Kudlich, JA 2015, 471, 472.

deren Verzehr, schon keine Sachbeschädigung dar.<sup>6</sup> Fraglich ist also, ob A die Absicht hatte, den Wein seinem Vermögen einzuverleiben. Dafür ist es nicht erforderlich, dass der Täter die Sache auf Dauer behalten will,<sup>7</sup> sondern sich bezüglich der Sache wie ein Eigentümer gerieren will.<sup>8</sup> Für die Aneignungsabsicht ist es demnach ausreichend, wenn der Täter eine Sache wegnehmen und später konsumieren will.<sup>9</sup>

A war die Rechtswidrigkeit der Zueignung bewusst, da er wusste, auf den Wein keinen (fälligen und einredefreien) Anspruch zu haben.

## **2. Rechtswidrigkeit und Schuld sind gegeben.**

### **3. Strafzumessung<sup>10</sup>**

Fraglich ist, ob ein besonders schwerer Fall des Diebstahls gemäß § 243 Abs. 1 StGB vorliegt.

#### **a. § 243 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 StGB**

aa. Das Fahrzeug des L könnte einen umschlossenen Raum i. S. d. § 243 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 StGB darstellen. Ein umschlossener Raum ist jedes Raumgebilde, das dazu bestimmt ist, von Menschen betreten zu werden und das mit mindestens teilweise künstlichen Vorrichtungen zur Abwehr des Eindringens Unbefugter umgeben ist.<sup>11</sup> Das Raumgebilde muss lediglich um-, nicht verschlossen sein.<sup>12</sup> Auch bewegliche Raumgebilde wie Kraftfahrzeuge stellen einen umschlossenen Raum dar.<sup>13</sup> Bei dem Innenraum des Kraftfahrzeugs des L handelt es sich um einen umschlossenen Raum.

bb. Fraglich ist, ob das Verhindern der Verriegelung mittels des Störsenders einer der in § 243 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 StGB genannten Verhaltensweisen entspricht. Ein Einbrechen verlangt das gewaltsame Öffnen einer dem Zutritt entgegenstehenden Umschließung.<sup>14</sup> A hat jedoch keine Gewalt angewendet. Ein Einsteigen würde vorliegen, wenn der Täter in das Raumgebilde durch eine zum ordnungsgemäßen Eintritt nicht bestimmte Öffnung hineingelangt.<sup>15</sup> Auch dies ist vorliegend nicht geschehen. Einen (falschen) Schlüssel hat A nicht verwendet. Möglicherweise ist A jedoch mit einem anderen nicht zur ordnungsmäßigen Öffnung bestimmten Werkzeug eingedrungen. Dabei handelt es sich um Werkzeuge, mittels derer der Schließmechanismus ähnlich wie mit einem Schlüssel ordnungswidrig in Bewegung gesetzt wird.<sup>16</sup> Dies ist zu verneinen, da der Störsender hier nicht so funktioniert, dass die Verriegelung aufgehoben wird, sondern dass sie erst gar nicht eintritt.<sup>17</sup>

<sup>6</sup> Fischer, StGB, § 303 Rn. 12a; S/S/Hecker, StGB, § 303 Rn. 13.

<sup>7</sup> Kudlich, JA 2015, 471, 472.

<sup>8</sup> Jäger, Examens-Repetitorium StrafR BT, Rn. 216.

<sup>9</sup> Kudlich, JA 2015, 471, 472; Jäger, Examens-Repetitorium StrafR BT, Rn. 248; Fischer, StGB, § 242 Rn. 35a.

<sup>10</sup> Jäger, Examens-Repetitorium StrafR BT, Rn. 248.

<sup>11</sup> Fischer, StGB, § 243 Rn. 4.

<sup>12</sup> MüKo/Schmitz, StGB, § 243 Rn. 14.

<sup>13</sup> Fischer, StGB, § 243 Rn. 4; Jäger, Examens-Repetitorium StrafR BT, Rn. 251.

<sup>14</sup> Jäger, Examens-Repetitorium StrafR BT, Rn. 251.

<sup>15</sup> Jäger, Examens-Repetitorium StrafR BT, Rn. 251.

<sup>16</sup> BGH NSTZ 2018, 212; Fischer, StGB, § 243 Rn. 7; Wessels/Hillenkamp/Schuhr, Strafrecht BT 2, Rn. 229.

<sup>17</sup> Vgl. BGH NSTZ 2018, 212 m. Anm. Hoven. Zur Entscheidung auch Kudlich, JA 2018, 229.

### **b. § 243 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 StGB**

Der Kofferraum des Fahrzeugs könnte jedoch ein verschlossenes Behältnis<sup>18</sup> oder eine andere Schutzvorrichtung gegen Wegnahme i. S. d. § 243 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 StGB darstellen. Erforderlich ist hierfür jedoch, dass das Behältnis zur Zeit der Tat auch verschlossen bzw. die Schutzvorrichtung aktiviert ist.<sup>19</sup> Einen Verschluss des Autos hat A durch das Störsignal jedoch (im Vorfeld) verhindert.

### **c. Unbenannter schwerer Fall i. S. d. § 243 Abs. 1 Satz 1 StGB**

aa. In dem Verhindern der Verriegelung des Fahrzeugs könnte ein unbenannter schwerer Fall zu sehen sein. Dies ist der Fall, wenn aufgrund einer Gesamtabwägung der Umstände der Unrechts- und Schuldgehalt der Tat so stark von dem Durchschnitt der gewöhnlich vorkommenden Fälle abweicht, dass die Anwendung eines strengeren Strafrahmens geboten erscheint.<sup>20</sup> Das Verhindern der Verriegelung entspricht dem Schutzzweck und dem Leitbild des Regelbeispiels des § 243 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 StGB in Form des Eindringens mittels eines anderen nicht zur ordnungsgemäßen Öffnung bestimmten Werkzeugs. Das Öffnen der Türverriegelung mittels eines elektronischen Bedienelements würde diesen Tatbestand erfüllen.<sup>21</sup> Wertungsmäßig macht es jedoch keinen Unterschied, ob die Verriegelung im Vorfeld verhindert wird oder bei der Tat aufgehoben wird.<sup>22</sup> Gleiches gilt für die aus dem Kofferraum entwendeten Flaschen. Auch insoweit macht es wertungsmäßig keinen Unterschied, ob ein Gegenstand entwendet wird, der sich in diesem Zeitpunkt in einem verschlossenen Behältnis befindet, oder der eigentlich vom Gewahrsamsinhaber in Gang gesetzte Schließmechanismus durch die Tathandlung verhindert wird, sodass der Gegenstand aus dem unverschlossenen Behältnis entwendet werden kann.

**Hinweis: Eine andere Ansicht ist hier freilich vertretbar.**

bb. Der Strafbarkeit wegen Diebstahls in einem unbenannt schweren Fall steht auch nicht die Geringwertigkeitsklausel des § 243 Abs. 2 StGB entgegen. Zwar ist umstritten, ob § 243 Abs. 2 StGB sich - trotz des eindeutigen Wortlauts - nicht nur auf die Regelbeispiele des § 243 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 bis 6 StGB bezieht, sondern auch auf den unbenannt schweren Fall des § 243 Abs. 1 Satz 1 StGB anwendbar ist.<sup>23</sup> Allerdings ist die Geringwertigkeitsgrenze des § 243 Abs. 2 StGB ohnehin überschritten. Denn bei einem - wie hier - in natürlicher Handlungseinheit erfolgten Diebstahl mehrerer Flaschen kommt es nicht auf den Wert der einzelnen Diebstahlsobjekte, son-

---

<sup>18</sup> In Abgrenzung zum Raum i. S. d. § 243 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 StGB ist ein Behältnis nicht dazu bestimmt von Personen betreten zu werden, vgl. Fischer, StGB, § 243 Rn. 14. Beschränkt der Täter sich bei einem Fahrzeug darauf, Gegenstände aus dem Kofferraum zu entwenden, ohne den Passagierraum zu betreten, kann ein Fall des § 243 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 StGB vorliegen. Der Kofferraum kann isoliert als Behältnis qualifiziert werden, vgl. auch BeckOK/Wittig, StGB, § 243 Rn. 16.1.; Fischer, StGB, § 243 Rn. 12.

<sup>19</sup> Vgl. Fischer, StGB, § 243 Rn. 14 f.; Jäger, Examens-Repetitorium StrafR BT, Rn. 254.

<sup>20</sup> Wessels/Hillenkamp/Schuhr, Strafrecht BT, Rn. 210 f.

<sup>21</sup> Fischer, StGB, § 243 Rn. 12.

<sup>22</sup> Vgl. auch BGH, NSTZ 2018, 212 m. Anm. Hoven; Kudlich, JA 2018, 229.

<sup>23</sup> Unter Hinweis auf den Wortlaut ablehnend Fischer, StGB, § 243 Rn. 24 f.; MüKo/Schmitz, StGB, § 243 Rn. 65; dafür Wessels/Hillenkamp/Schuhr, Strafrecht BT 2, Rn. 249; vgl. zum Ganzen auch Jesse, JuS 2011, 313, 316.

dern deren Gesamtwert an.<sup>24</sup> Dieser übersteigt mit 300,- € hier ohne weiteres die Geringwertigkeitsgrenze von (höchstens) 50,- €. <sup>25</sup>

#### 4. Ergebnis

A hat sich wegen Diebstahls in einem (unbenannten) schweren Fall strafbar gemacht.

Ein Strafantragserfordernis nach § 248a StGB besteht nicht. Die Geringwertigkeitsklausel des § 248a StGB bezieht sich nach ihrem eindeutigen Wortlaut nur auf den einfachen Diebstahl nach § 242 StGB und gilt nicht, wenn die Strafe nach § 243 StGB zu bemessen ist.<sup>26</sup> Im Übrigen ist die Geringwertigkeitsgrenze hier überschritten, vgl. oben.<sup>27</sup>

***Hinweis: Auf das Strafantragserfordernis des § 248a StGB ist angesichts des eindeutigen Wortlauts des § 248a StGB nicht zwingend einzugehen.***

#### **II. § 246 Abs. 1 StGB durch das Trinken des Weines**

Durch das Trinken des Weines könnte sich A zudem gemäß § 246 Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben.

##### 1. Tatbestandsmäßigkeit

###### a. Objektiver Tatbestand

K könnte sich die halbe Flasche Rotwein - für ihn eine fremde bewegliche Sache - rechtswidrig zugeeignet haben, indem er den Wein getrunken hat.

Ob derjenige, der sich - wie A durch den vorangegangenen Diebstahl der Weinflasche - bereits zuvor eine fremde bewegliche Sache zugeeignet hat, sich diese erneut zueignen kann, ist allerdings umstritten.<sup>28</sup>

Nach Ansicht der Rechtsprechung scheidet eine solche wiederholte Zueignung bereits tatbestandlich aus (sog. Tatbestandslösung).<sup>29</sup> Schon nach dem Wortsinn sei Zueignung die (erstmalige) Herstellung der eigentümerähnlichen Herrschaft über die Sache, nicht jedoch das bloße Ausnutzen einer bereits bestehenden Herrschaftsstellung. Würde man dies auf Tatbestandsebene anders sehen, würde der Diebstahl praktisch nie verjähren, da die folgenden Zueignungen über § 246 StGB auch noch nach langer Zeit zur Strafbarkeit führen würden.

Nach der herrschenden Lehre liegt auch bei späteren Verwertungsakten eine Zueignung vor. Eine Bestrafung wegen § 246 StGB scheitert nur aus Konkurrenzgründen, da § 246 StGB in diesem Fall als mitbestrafte Nachtat angesehen wird (sog. Konkur-

<sup>24</sup> Wessels/Hillenkamp/Schuh, Strafrecht BT 2 Rn. 339, 252.

<sup>25</sup> Wessels/Hillenkamp/Schuh, Strafrecht BT 2, Rn. 252; Jäger, Examens-Repetitorium Strafr BT, Rn. 249; a.A. BGH, BeckRS 2004, 7428 (25,- €), ebenso Fischer, StGB, § 243 Rn. 25.

<sup>26</sup> Fischer, StGB, § 248a Rn. 2; Wessels/Hillenkamp/Schuh, Strafrecht BT 2 Rn. 338; **a.A.** SK-Hoyer, StGB, § 248a Rn. 6.

<sup>27</sup> Fischer, StGB, § 248a Rn. 3a; Wessels/Hillenkamp/Schuh, Strafrecht BT 2 Rn. 339, 252.

<sup>28</sup> Vgl. zur Diskussion Wessels/Hillenkamp/Schuh, Strafrecht BT 2, Rn. 328 ff.; Eckstein, JA 2001, 25.

<sup>29</sup> BGH NJW 1960, 684, 685; NSTZ-RR 1996, 132; ebenso Rengier, Strafrecht I, § 5 Rn. 21.

renzlösung).<sup>30</sup> Hierfür spricht, dass die Neufassung des Unterschlagungstatbestands gerade alle denkbaren Aneignungshandlungen erfassen soll. Zudem sollen auch außerhalb der §§ 257, 259 StGB liegende Teilnahmehandlungen an der erneuten Zueignung erfasst werden. Die besseren Argumente sprechen daher dafür, die Strafbarkeit erst auf Konkurrenzebene zu beschränken.

Indem A die halbe Flasche Wein getrunken hat, hat er daher seinen Zueignungswillen manifestiert.

### **b. Subjektiver Tatbestand**

A handelte mit Vorsatz bezüglich der Zueignungshandlung sowie der Rechtswidrigkeit der Zueignung.

### **c. Rechtswidrigkeit und Schuld sind gegeben.**

### **d. Ergebnis**

Durch das Trinken des Weines hat sich A wegen § 246 Abs. 1 StGB strafbar gemacht. Die Strafbarkeit tritt jedoch als mitbestrafte Nachtat hinter der Strafbarkeit wegen Diebstahl zurück (vgl. oben).

***Hinweis: Dagegen stellt der bestimmungsgemäße Verbrauch einer Sache, insbesondere deren Verzehr, keine Sachbeschädigung nach § 303 StGB dar (vgl. oben).***<sup>31</sup>

## **B. Strafbarkeit des B gemäß §§ 242 Abs. 1, 243 Abs. 1, 27 Abs. 1 StGB**

Durch den Verkauf der leistungsstarken Batterie könnte sich B nach §§ 242 Abs. 1, 243 Abs. 1, 27 Abs. 1 StGB wegen Beihilfe zum Diebstahl strafbar gemacht haben.

### **I. Tatbestandsmäßigkeit**<sup>32</sup>

#### **1. Objektiver Tatbestand**

##### **a. Grundsatz der limitierten Akzessorietät**

Eine vorsätzliche und rechtswidrige (Grundsatz der limitierten Akzessorietät<sup>33</sup>) Haupttat des A (Diebstahl zu Lasten des L) liegt vor.

##### **b. Teilnahmehandlung**

B müsste dem A zu dessen Diebstahlstat Hilfe geleistet haben, § 27 Abs. 1 StGB. Die Hilfeleistung erfordert ein Fördern der Haupttat.<sup>34</sup> Dies ist bei jedem Tatbeitrag der Fall, der die Haupttat ermöglicht oder erleichtert oder die vom Täter begangene

<sup>30</sup> Fischer, StGB, § 246 Rn. 14; Wessels/Hillenkamp/Schuur, Strafrecht BT 2, Rn. 328.

<sup>31</sup> Fischer, StGB, § 303 Rn. 12a; S/S/Hecker, StGB, § 303 Rn. 13.

<sup>32</sup> Zum Prüfungsaufbau vgl. Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht AT, Rn. 864 und Jäger, Examens-Repetitorium Strafr AT, Rn. 264.

<sup>33</sup> Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht AT, Rn. 864, 870.

<sup>34</sup> Jäger, Examens-Repetitorium Strafr AT, Rn. 264.

Rechtsgutverletzung verstärkt.<sup>35</sup> Durch den Verkauf der Batterie, mit der das Senden des Signals ermöglicht wird, hat B die Begehung der Tat des A gefördert. Dass eine solche Batterie gegebenenfalls auch in einem anderen Laden erhältlich gewesen wäre, ändert nichts daran, dass es sich um eine Förderung der Tat handelt. Das Gewicht des Gehilfenbeitrags ist insoweit grundsätzlich nur in der Strafzumessung zu berücksichtigen.<sup>36</sup>

***Hinweis: Die Frage der Beihilfestrafbarkeit bei neutralem Verhalten kann bereits im objektiven oder - mit der vorliegenden Lösungsskizze - im subjektiven Tatbestand diskutiert werden.***<sup>37</sup>

## 2. Subjektiver Tatbestand

a. B handelte grundsätzlich auch mit doppeltem Gehilfenvorsatz hinsichtlich der eigenen Beihilfehandlung und der Haupttat. B ging davon aus, dass A den Sender auch an fremden Autos einsetzen könnte, um Gegenstände zu entwenden. Genaue Details der Tatbegehung sind nicht erforderlich, wenn der Gehilfe in groben Zügen ein Bild davon hat, was für eine Art von Haupttat begangen werden und wie sein Beitrag dazu genutzt werden könnte.<sup>38</sup> Es ist ausreichend, wenn das Vorstellungsbild des Gehilfen - wie hier - den wesentlichen Unrechtsgehalt der Haupttat erfasst.<sup>39</sup>

### b. Beihilfe im Falle neutraler Verhaltensweisen

Gleichwohl ist im konkreten Fall fraglich, ob B für den an sich sozialadäquaten und seinem Beruf geschuldeten Verkauf einer Batterie bestraft werden kann oder ob nicht eine einschränkende Strafbarkeit über die Grundsätze der sogenannten neutralen, berufsbedingten Beihilfe erforderlich ist.<sup>40</sup>

(1). Nach einer Mindermeinung wird ein Strafbarkeitskorrektiv, streng am Rechtsgüterschutz orientiert, vollständig abgelehnt.<sup>41</sup> Dies wird dem Schutz der allgemeinen Handlungs- bzw. Berufsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 und 12 Abs. 1 GG) jedoch nicht gerecht.<sup>42</sup>

(2). Teilweise wird eine Einschränkung der Strafbarkeit bereits auf der Ebene des objektiven Tatbestandes angenommen. Nach dieser Auffassung sollen sozialadäquate Verhaltensweisen generell als strafwürdiges Verhalten ausscheiden.<sup>43</sup>

(3). Die Rechtsprechung stellt auf die subjektive Vorstellung der Beteiligten ab<sup>44</sup> und differenziert nach der Vorsatzform.<sup>45</sup> Entscheidend ist danach, ob der Unterstützer

---

<sup>35</sup> Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht AT, Rn. 900; Jäger, Examens-Repetitorium Strafr AT, Rn. 271.

<sup>36</sup> Vgl. BGH NJW 2007, 384, 389.

<sup>37</sup> Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht AT, Rn. 908.

<sup>38</sup> Vgl. BGHSt 42, 135; BGH NJW 2007, 384, 389 f.; ferner BeckOK /Kudlich, StGB, § 27 Rn. 19; S/S/W/Murmann, StGB, § 27 Rn. 11; Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht AT, Rn. 905.

<sup>39</sup> Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht AT, Rn. 905; vgl. auch Jäger, Examens-Repetitorium Strafr AT, Rn. 272; Fischer, StGB, § 27 Rn. 22.

<sup>40</sup> Vgl. BeckOK/Kudlich, StGB, § 27 Rn. 11 ff.; S/S/W/Murmann, StGB, § 27 Rn. 6; Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht AT, Rn. 909; Jäger, Examens-Repetitorium Strafr AT, Rn. 271.

<sup>41</sup> Heinrich, Strafrecht AT, Rn. 1331.

<sup>42</sup> Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht AT, Rn. 909; BeckOK/Kudlich, StGB, § 27 Rn. 12.

<sup>43</sup> Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht AT, Rn. 909; Jäger, Examens-Repetitorium Strafr AT, Rn. 271.

<sup>44</sup> Fischer, StGB, § 27 Rn. 18.

<sup>45</sup> Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht AT, Rn. 908; Jäger, Examens-Repetitorium Strafr AT, Rn. 271.

mit direktem oder nur mit bedingtem Vorsatz gehandelt hat: Zielt das Handeln des Haupttäters ausschließlich darauf ab, eine strafbare Handlung zu begehen, und weiß dies der Hilfeleistende, so soll sein Tatbeitrag stets als Beihilfehandlung zu werten sein, da das Tun den "Alltagscharakter" verliert<sup>46</sup> und als "Solidarisierung" mit dem Täter zu deuten ist. Weiß der Hilfeleistende dagegen nicht, wie der von ihm geleistete Beitrag vom Haupttäter verwendet wird, hält er es lediglich für möglich, dass sein Tun zur Begehung einer Straftat genutzt wird, so ist sein Handeln regelmäßig noch nicht als strafbare Beihilfehandlung zu beurteilen,<sup>47</sup> wenn nicht das von ihm erkannte Risiko strafbaren Verhaltens des von ihm Unterstützten derart hoch war, "dass er sich mit seiner Hilfeleistung die Förderung eines erkennbar tatgeneigten Täters angelegen sein ließ".<sup>48</sup>

Hier geht B lediglich davon aus, dass A den Störsender auch an fremden Autos einsetzen könnte, sodass B nur bedingten Vorsatz, nicht aber sichere Kenntnis von der späteren Tatbegehung des A hatte. Ferner ist der Erwerb einer handelsüblichen Batterie auch zu diversen legalen Zwecken denkbar (und gerade für einen - wie B weiß - passionierten Tüftler wie A auch hierfür sinnvoll). Auch ist das Risiko der Begehung eines Diebstahls durch den Besitz einer Batterie nicht in der Weise abstrakt gesteigert, dass man deshalb davon sprechen könnte, der Unterstützende würde sich das für möglich gehaltene illegale Handeln "angelegen sein lassen". Im Ergebnis sprechen daher nach der von der Rspr. vorgenommenen Differenzierung die besseren Gründe dafür, vorliegend eine Strafbarkeit des B wegen Beihilfe abzulehnen. Zum gleichen Ergebnis kommt man, wenn man mit der in der Literatur vertretenen Auffassung pauschal ein "professionell-adäquates" Handeln stets der Strafbarkeit entzieht.

***Hinweis: Eine andere Ansicht erscheint auch hier selbstverständlich vertretbar. Wichtig ist allerdings, dass das Problem erkannt wird und die Bearbeitung sich auch dann, wenn man die von der h. M. vertretenen Privilegierungen insgesamt ablehnt, mit diesen Ansätzen zumindest argumentativ auseinandersetzt. Dabei werden natürlich keine Detailkenntnisse der Vielzahl der vertretenen Auffassungen erwartet; zumindest bessere Arbeiten sollten aber neben dem Erkennen des Problems grob auch die Differenzierung der Rechtsprechung kennen.***

## **II. Ergebnis**

B hat sich nicht der Beihilfe zum Diebstahl strafbar gemacht.

### **Zweiter Tatkomplex: In der Bank**

#### **A. § 249 Abs. 1 StGB**

Dadurch, dass A zunächst Christoph (C) einen Faustschlag verpasst und dann das Geld aus dem Geldautomaten an sich genommen hat, könnte er sich wegen Raubes nach § 249 Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben.

---

<sup>46</sup> Vgl. Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht AT, Rn. 908.

<sup>47</sup> Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht AT, Rn. 908.

<sup>48</sup> In diesem Sinne etwa BGH NSTZ 2017, 338; BGH wistra 2014, 176; BGHSt 46, 107, 112; Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht AT, Rn. 908.



## I. Tatbestandsmäßigkeit

### 1. Objektiver Tatbestand

#### a. Fremde bewegliche Sache

Zunächst ist fraglich, ob es sich bei dem Geld um eine fremde bewegliche Sache handelte. Die Fremdheit wäre abzulehnen, wenn durch die Auszahlung aus dem Automaten das Geld gerade an A als letzten "Bediener" von der Bank übereignet worden wäre. Überzeugender erscheint freilich, eine solche konkludente Übereignung durch die Ausgabe am Automaten nicht anzunehmen, da Adressat des mit dem Ausgabevorgang verbundenen Einigungsangebots nach den vertraglichen Beziehungen zwischen Kontoinhaber und Geldinstitut und deren jeweiliger Interessenlage grundsätzlich nur der Kontoinhaber ist, nicht aber ein unberechtigter Dritter, der in einen Geldabhebevorgang eingreift oder sich einen durch den Kontoinhaber initiierten Geldabhebevorgang zunutze macht.<sup>49</sup> Bei der Auslegung der konkludenten rechtsgeschäftlichen Erklärung (§§ 133, 157 BGB) der Bank müssen die Interessen und Zwecke, die mit einer dinglichen Einigung verfolgt werden, berücksichtigt werden.<sup>50</sup> Die Bank hat nämlich keinen Anlass, das in ihrem Automaten befindliche Geld an einen unberechtigten Dritten - zumal nicht unter den hier vorliegenden Umständen - zu übereignen, was auch für A erkennbar war.<sup>51</sup> Da C als Berechtigter das Übereignungsangebot nicht angenommen hat, verblieb das Eigentum an den Geldscheinen demnach bei der Bank. Da die Geldscheine auch nicht herrenlos waren, handelt es sich um für A fremde bewegliche Sachen.

***Hinweis:* Da es hier erkennbar an einem Einigungsangebot der Bank gegenüber A fehlt, können Ausführungen zur Fremdheit der Sache hier auch deutlich kürzer gefasst werden.**

#### b. Wegnahme

A müsste diese fremden Geldscheine zudem im Sinne des Raubtatbestandes weggenommen haben. Wegnahme ist der Bruch fremden unter Begründung neuen Gewahrsams (s. o.). Ein Gewahrsamsbruch erfordert, dass der Gewahrsam gegen oder ohne den Willen des Inhabers aufgehoben wird.<sup>52</sup> Gewahrsam ist die vom natürlichen Herrschaftswillen getragene tatsächliche Sachherrschaft.<sup>53</sup>

Im Zeitpunkt der Entnahme der Geldscheine durch A war Gewahrsamsinhaber nach wie vor die Bank. Obwohl diese durch Öffnen des Geldausgabefachs die Geldscheine freigab und so eine Wegnahmesicherung aufgab, hatte sie weiterhin die Möglichkeit, auf das Geld einzuwirken, solange sich die Scheine im Ausgabefach befanden. Es lag deshalb jedenfalls noch gelockerter Gewahrsam vor.<sup>54</sup>

---

<sup>49</sup> Vgl. BGH NJW 2018, 245; NSTZ 2019, 726, 727; Jäger, JA 2020, 66, 67.

<sup>50</sup> Jäger, JA 2018, 309, 310; BGH NJW 2018, 245.

<sup>51</sup> Überzeugend zu einem vergleichbaren Fall BGH NJW 2018, 245 m. Anm. Brand; zustimmend Jäger, JA 2018, 309, 310; Eisele, JuS 2018, 300.

<sup>52</sup> Jäger, JA 2018, 309, 310; Wessels/Hillenkamp/Schuh, Strafrecht BT 2, Rn. 111; BGH NJW 2018, 245.

<sup>53</sup> Wessels/Hillenkamp/Schuh, Strafrecht BT 2, Rn. 82; Fischer, StGB, § 242 Rn. 11.

<sup>54</sup> Vgl. BGH NSTZ 2019, 726, 727.

Fraglich ist, ob dieser Gewahrsam der Bank gegen oder ohne deren Willen - bzw. dem Willen der Gewahrsamsausübungsberechtigten - aufgehoben wurde. Zu berücksichtigen ist dabei, dass die Gewahrsamsübertragung auch an Bedingungen geknüpft werden kann.<sup>55</sup> Anders als bei der Frage nach einer rechtsgeschäftlichen Übereignung sind bei dem tatsächlichen Vorgang der Gewahrsamsübertragung nach h.M. aber nur solche Bedingungen berücksichtigungsfähig, die äußerlich erkennbar sind.<sup>56</sup> An rechtliche Bedingungen kann der Gewahrsamswechsel nicht geknüpft werden.

Bei der automatisierten Geldausgabe entspricht es dem Willen des Geldinstituts, den Gewahrsam nur an diejenigen zu übertragen, der den Geldautomaten technisch ordnungsgemäß bedient, indem er sich mittels Eingabe von Bankkarte und zugehöriger PIN legitimiert.<sup>57</sup> Insoweit ist der Fall vergleichbar mit der Manipulation von Waren- oder Geldspielautomaten, bei denen das Einverständnis mit der Gewahrsamsübertragung auch an die Bedingung der äußerlich ordnungsgemäßen Bedienung geknüpft wird.<sup>58</sup> Dagegen ist es im Hinblick auf den tatsächlichen Vorgang der Gewahrsamsübertragung im Gegensatz zum Rechtsgeschäft der Übereignung ohne Bedeutung, ob es sich bei der durch PIN und Karte legitimierten Person tatsächlich um den materiell Berechtigten handelt.

Danach hat A den Gewahrsam der Bank gebrochen, indem er die Geldscheine aus dem Ausgabefach entnommen hat, ohne sich selbst mit Karte und PIN legitimiert zu haben. Das Einverständnis der Bank war erkennbar auf C beschränkt, der den Geldausgabevorgang äußerlich ordnungsgemäß in Gang gesetzt hat.

Schließlich hat A durch die Entnahme eigenen Gewahrsam begründet. Eine Wegnahme liegt daher vor.

***Hinweis: Mit guter Begründung ist auch vertretbar, darauf abzustellen, dass die Gewahrsamsverschiebung nur dann vom Willen des Geldinstituts gedeckt ist, wenn der Abhebende auch materiell berechtigt ist.***<sup>59</sup>

### c. Qualifiziertes Nötigungsmittel

Der objektive Tatbestand des Raubes setzt ein qualifiziertes Nötigungsmittel voraus. Vorliegend kommt Gewalt gegen eine Person in Betracht, d. h. körperlich wirkender Zwang durch eine unmittelbare oder mittelbare Einwirkung auf einen anderen, die nach der Vorstellung des Täters dazu bestimmt und geeignet ist, einen tatsächlich geleisteten oder erwarteten Widerstand zu überwinden oder unmöglich zu machen.<sup>60</sup> Durch den Faustschlag auf C hat A Gewalt gegen diesen angewendet.

Unschädlich ist dabei, dass sich die Gewalt nicht gegen den Gewahrsamsinhaber, hier die Bank, sondern gegen C richtet. Das Nötigungsmittel kann sich auch gegen eine andere Person als den Gewahrsamsinhaber richten, wenn diese nach Meinung

---

<sup>55</sup> Wessels/Hillenkamp/Schuhr, Strafrecht BT 2, Rn. 119.

<sup>56</sup> Vgl. MüKo/Schmitz, StGB, § 242 Rn. 99.

<sup>57</sup> BGH NSTZ 2019, 726, 728; Jäger, JA 2020, 66, 67; Fischer, StGB, § 242 Rn. 26.

<sup>58</sup> Vgl. so schon BGH NJW 2018, 245.

<sup>59</sup> So BayObLG, NJW 1987, 663, 664, ablehnend BGH, NJW 1992, 979, 980 da es nur auf die äußerlich ordnungsgemäße Bedienung des Geldautomaten ankomme.

<sup>60</sup> BGH NJW 1955, 1404, 1405; NSTZ 1986, 218; Eisele, Strafrecht BT II, Rn. 306.

des Täters den (fremden) Gewahrsam an der Sache wahren will.<sup>61</sup> Nichts anderes gilt, wenn die von der Gewalt betroffene Person den Willen hat, den Gewahrsam im Einverständnis mit der Bank entgegenzunehmen und hiervon gewaltsam abgehalten wird.<sup>62</sup> C war als Initiator des Geldausgabevorgangs und Inhaber des belasteten Kontos für A erkennbar gewillt, den Gewahrsam an den Geldscheinen im Einverständnis mit der Bank entgegenzunehmen, und daher ersichtlich auch willens, den Gewahrsam der Bank zu wahren.

#### **d. Finalzusammenhang zwischen qualifiziertem Nötigungsmittel und Wegnahme**

Aus der Formulierung "mit Gewalt" (bzw. "unter Anwendung von Drohungen") ergibt sich, dass die qualifizierte Nötigung aus der Sicht des Täters den Zweck verfolgen muss, die Wegnahme zu ermöglichen oder zumindest zu erleichtern.<sup>63</sup> Es bedarf mit anderen Worten eines Finalzusammenhangs zwischen dem qualifizierten Nötigungsmittel und der Wegnahme.<sup>64</sup> A verpasste dem C einen Faustschlag, um die Geldscheine, die infolge der Einleitung des Geldausgabevorgangs durch C in dem Ausgabefach des Automaten freigegeben wurden, wegzunehmen. Der Finalzusammenhang ist somit gegeben.

***Hinweis: Der Finalzusammenhang kann ebenso im subjektiven Tatbestand erörtert werden.***<sup>65</sup>

Soweit darüber hinaus das Vorliegen einer raubspezifischen Einheit in Gestalt eines objektiven Zusammenhangs zwischen Gewaltanwendung und Wegnahme gefordert wird,<sup>66</sup> liegt dieser ebenso vor. Die Wegnahme erfolgte in unmittelbarem räumlich-zeitlichen Zusammenhang zur Gewaltanwendung.

## **2. Subjektiver Tatbestand**

A hatte Vorsatz bzgl. der objektiven Tatbestandsmerkmale des Raubes.

Zudem müsste er mit Zueignungsabsicht gehandelt haben. Zueignung ist die Anmaßung einer eigentümerähnlichen Stellung durch zumindest vorübergehende Einverleibung der Sache oder des in ihr verkörperten Sachwertes in das (Eigen- oder Dritt-)Vermögen - insoweit bedarf es der (sog. Aneignungs-)Absicht des Täters - und die dauerhafte Entziehung der Sache oder des in ihr verkörperten Sachwertes - für diese Komponente der Enteignung genügt bedingter Vorsatz.<sup>67</sup> A handelte mit der notwendigen Zueignungsabsicht, da er die Geldscheine wegnahm, um diese für sich zu behalten.

---

<sup>61</sup> Fischer, StGB, § 249 Rn. 4.

<sup>62</sup> Jäger, JA 2020, 66, 68.

<sup>63</sup> BGH NJW 2016, 2900; Eisele, JuS 2016, 754, 755; Wessels/Hillenkamp/Schuhr, Strafrecht BT 2, Rn. 350 ff.

<sup>64</sup> Jäger, Examens-Repetitorium, Strafr BT, Rn. 287.

<sup>65</sup> So etwa Jäger, Examens-Repetitorium, Strafr BT, Rn. 288.

<sup>66</sup> Vgl. BGH NStZ 2016, 472 sowie jüngst BGH NStZ 2020, 355; Fischer, StGB § 249 Rn. 6; a.A. Wessels/Hillenkamp, Strafrecht BT 2, Rn. 350.

<sup>67</sup> Eisele, Strafrecht BT II, Rn. 64 f.; Rengier, Strafrecht BT 1, § 2 Rn. 89.

Die von A beabsichtigte Zueignung war des Weiteren rechtswidrig. Insbesondere hatte A - wie er auch wusste - keinen fälligen und einredefreien Anspruch auf die Übereignung der weggenommenen Geldscheine.<sup>68</sup>

## **II. A handelte rechtswidrig und schuldhaft.**

### **III. Ergebnis**

A hat sich wegen Raubes nach § 249 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

#### **B. § 250 Abs. 1 Nr. 1 lit. a) Var. 2, Abs. 2 Nr. 1 Var. 2 StGB**

Durch den Schlag mit der Faust hat sich A nicht wegen schweren Raubs nach § 250 Abs. 1 Nr. 1 lit. a) Var. 2, Abs. 2 Nr. 1 Var. 2 StGB strafbar gemacht. Nach der herrschenden Meinung stellen Körperteile selbst schon keine Werkzeuge i. S. v. § 250 Abs. 1 Nr. 1 lit. a) Var. 2, Abs. 2 Nr. 1 Var. 2 StGB dar.<sup>69</sup> Etwas anderes gilt nur für mit dem Körper fest verbundene Gegenstände ("beschuhter Fuß"), woran es hier jedoch fehlt.

***Hinweis: Eine Strafbarkeit nach § 250 Abs. 1 Nr. 1 lit.a) Var. 2, Abs. 2 Nr. 1 Var. 2 StGB wegen des Schlags mit der Faust ist nicht zwingend zu prüfen.***

#### **C. §§ 253 Abs. 1 und 2, 255 StGB**

A könnte sich durch den gleichen Vorgang auch wegen räuberischer Erpressung gemäß §§ 253 Abs. 1 und 2, 255 StGB strafbar gemacht haben.

### **I. Tatbestandsmäßigkeit**

#### **1. Objektiver Tatbestand**

##### **a. Qualifiziertes Nötigungsmittel - Personengewalt**

Durch den Faustschlag auf C hat A Gewalt gegen diesen angewendet.

##### **b. Abgenötigtes Verhalten**

Dadurch hat er diesen genötigt, die Wegnahme der eigentlich dem C zur Übereignung angebotenen Geldscheine zu dulden.

##### **c. Erfordernis einer Vermögensverfügung**

Fraglich ist jedoch, ob der objektive Tatbestand des § 253 Abs. 1 StGB eine Vermögensverfügung des Opfers erfordert.

---

<sup>68</sup> Zur Definition des Merkmals "rechtswidrig" Hilgendorf/Valerius, Strafrecht BT 2, § 2 Rn. 85; Rengier, Strafrecht BT 1, § 2 Rn. 187; Fischer, StGB, § 242 Rn. 49 ff.

<sup>69</sup> Fischer, StGB, § 250 Rn. 6, § 224 Rn. 13; Wessels/Hettinger/Engländer, Strafrecht BT 1 Rn. 236; a.A. (zu § 224 Abs. 1 Nr. 2 Var. 2 StGB) Hilgendorf, ZStW 112 (2000), 811, 822 ff.

Nach einer Ansicht ist diese ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal.<sup>70</sup> Das Vorliegen einer Vermögensverfügung bestimmt sich wie beim Betrug nach der inneren Willensrichtung des Opfers.<sup>71</sup> Hier lag C im Zeitpunkt der Herausnahme der Geldscheine durch A bewusstlos auf dem Boden, sodass eine Vermögensverfügung durch ihn ausscheidet. Nach dieser Ansicht fehlt es damit an dem Tatbestandsmerkmal der Vermögensverfügung.

Nach Auffassung des BGH<sup>72</sup> ist eine Vermögensverfügung für § 253 Abs. 1 StGB nicht erforderlich. Allerdings tritt nach dieser Auffassung die räuberische Erpressung als *lex generalis* hinter den Raub zurück.<sup>73</sup> Zur Abgrenzung zwischen Raub und räuberischer Erpressung kommt es danach nicht auf die innere Willensrichtung des Opfers, sondern allein auf das äußere Erscheinungsbild an. Im Falle einer danach vorliegenden Weggabe käme allein eine Strafbarkeit nach §§ 253, 255 StGB in Betracht, bei Wegnahme der Sache wäre dagegen der speziellere Tatbestand des § 249 StGB einschlägig.<sup>74</sup> Hier hat A die Geldscheine nach dem äußeren Erscheinungsbild weggenommen, sodass allein eine Strafbarkeit wegen Raubs vorliegt.

Der Streit bedarf daher keiner Entscheidung, da nach beiden Ansichten eine Strafbarkeit nach §§ 253 Abs. 1, Abs. 2, 255 StGB ausscheidet.

***Hinweis: Wird eine Wegnahme und damit eine Strafbarkeit wegen Raubes abgelehnt, bedarf es hier einer Streitentscheidung. Verneint man das Erfordernis einer Vermögensverfügung, stellt sich die Frage nach dem Vermögensschaden. Da C den Geldabhebevorgang durch Eingabe von PIN, Bankkarte und Wahl des Betrags legitimiert hat, steht ihm kein Erstattungsanspruch nach § 675u Satz 2 BGB gegen die Bank zu. Die in vergleichbaren Fällen kritische Frage, welche Auswirkungen dieser Erstattungsanspruch bzw. das Fehlen eines Aufwendungsersatzanspruchs der Bank nach § 675u Satz 1 BGB auf das Vorliegen eines Schadens beim Kontoinhaber hat,<sup>75</sup> stellt sich hier deshalb nicht. Der Schaden liegt unproblematisch bei C.***

## II. Ergebnis

A hat sich nicht gemäß §§ 253 Abs. 1, Abs. 2, 255 StGB strafbar gemacht.

### **D. § 240 Abs. 1, Abs. 2 StGB**

Eine Strafbarkeit des A nach § 240 Abs. 1, Abs. 2 StGB tritt im Wege der Gesetzeskonkurrenz hinter der Strafbarkeit nach § 249 Abs. 1 StGB zurück.

<sup>70</sup> Sch/Sch/Eser/Bosch, StGB, § 253 Rn. 8; MüKo/Sander, StGB, § 253 Rn. 16 f.; Wessels/Hillenkamp/Schuhr, Strafrecht BT 2, Rn. 712.

<sup>71</sup> BeckOK/Wittig, StGB, § 253 Rn. 9.

<sup>72</sup> BGHSt 7, 252, 254 f.; zustimmend S/S/W/Kudlich, Vor. § 249 Rn. 7 f.; LK/Vogel, StGB, § 253 Rn. 13 f.

<sup>73</sup> S/S/W/Kudlich, StGB, Vor. § 249 Rn. 7 und § 253 Rn. 37.

<sup>74</sup> Vgl. BGH NStZ 1999, 350; NStZ-RR 2011, 80; hierzu auch Wessels/Hillenkamp/Schuhr, Strafrecht BT 2, Rn. 729.

<sup>75</sup> Vgl. zunächst BGH NJW 2013, 2608, 2610, wo der BGH ausdrücklich einen Gefährdungsschaden annimmt. In BGH NStZ 2014, 579, 580 lehnt der BGH dagegen eine Vermögensminderung im Hinblick auf den Erstattungsanspruch des Kunden gegen die Bank ab. Schließlich wird in BGH NJW 2018, 245, 245 ein Vermögensschaden ohne weitere Prüfung wegen der Belastung des Kontos schlicht festgestellt; ein Anspruch des C gegen die Bank stelle einen irrelevanten Kompensationsanspruch dar.

### **E. § 242 Abs. 1 StGB**

Gleiches gilt für eine Strafbarkeit nach § 242 Abs. 1 StGB, die ebenso im Wege der Gesetzeskonkurrenz hinter der Strafbarkeit nach § 249 Abs. 1 StGB zurücktritt.

### **F. § 246 Abs. 1 StGB**

Die im Einstecken des Geldes liegende Unterschlagung tritt hinter eine Strafbarkeit nach § 249 Abs. 1 StGB formell subsidiär zurück, vgl. § 246 Abs. 1 StGB a. E.

### **G. §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nr. 2 Var. 2 StGB**

I. Indem A den C mit der Faust geschlagen hat, hat er sich der Körperverletzung nach § 223 Abs. 1 StGB strafbar gemacht. Ein Faustschlag, der dazu führt, dass das Opfer bewusstlos zu Boden fällt, stellt sowohl eine körperliche Misshandlung als auch (jedenfalls aufgrund des Bewusstseinsverlusts) eine Gesundheitsschädigung dar. A handelte vorsätzlich. An Rechtswidrigkeit und Schuld bestehen keine Zweifel.

II. Eine Strafbarkeit nach § 224 Abs. 1 Nr. 2 Var. 2 StGB durch den Schlag mit der Faust scheidet aus den oben zu § 250 StGB ausgeführten Gründen aus.

III. Der Strafantrag nach § 230 StGB wurde laut Sachverhalt gestellt.

***Hinweis: Eine Strafbarkeit nach § 224 Abs. 1 Nr. 2 Var. 2 StGB wegen des Faustschlags ist nicht zwingend zu prüfen. Anhaltspunkte für eine Strafbarkeit nach § 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB wegen einer das Leben gefährdenden Behandlung sind nach dem Sachverhalt nicht ersichtlich.***

## **Dritter Tatkomplex: Die Heimfahrt**

### **A. § 315c Abs. 1 Nr. 1 lit. a), Nr. 2 lit. d), Abs. 3 Nr. 1 StGB**

A könnte sich wegen § 315c Abs. 1 Nr. 1 lit. a), Nr. 2 lit. d), Abs. 3 Nr. 1 StGB strafbar gemacht haben, indem er alkoholisiert mit überhöhter Geschwindigkeit ein Fahrzeug führte und hierdurch einen Unfall verursachte.

### **I. Tatbestandsmäßigkeit**

#### **1. Objektiver Tatbestand**

a. A hat im öffentlichen Straßenverkehr ein Fahrzeug geführt.

b. Fraglich ist, ob A auch i. S. d. § 315c Abs. 1 Nr. 1 lit. a) StGB fahruntüchtig war, also infolge Alkoholenusses nicht in der Lage war, sein Fahrzeug im Straßenverkehr über eine längere Strecke sicher zu führen.<sup>76</sup> Absolute Fahruntüchtigkeit scheidet von vornherein aus, da die Blutalkoholkonzentration des A im Zeitpunkt der Fahrt mit 0,4 Promille deutlich unter der Grenze von 1,1 Promille lag.<sup>77</sup> Ab einer Blutalkoholkonzentration von 0,3 Promille kommt zwar eine relative Fahruntüchtigkeit in Be-

<sup>76</sup> Wessels/Hettinger/Engländer, Strafrecht BT 1, Rn. 1026.

<sup>77</sup> Fischer, StGB, § 316 Rn. 25; Wessels/Hettinger/Engländer, Strafrecht BT 1, Rn. 1026.

tracht, doch sind zusätzliche Beweisanzeichen in Form von alkoholbedingten Ausfallerscheinungen nötig, die den Schluss auf eine alkoholbedingte Fahruntüchtigkeit zulassen.<sup>78</sup> Dabei rechtfertigt nicht jeder Fahrfehler eines alkoholisierten Fahrers im Straßenverkehr die Annahme eines alkoholbedingten Versagens, denn Fahrfehler werden auch von nüchternen Kraftfahrern begangen.<sup>79</sup> Alkoholbedingte Ausfallerscheinungen des A sind nach dem Sachverhalt hier nicht ersichtlich. Die bloß überhöhte Geschwindigkeit ist hierfür nicht ausreichend, da auch nicht alkoholisierte Fahrer regelmäßig zu schnell fahren, und dies gerade bei A der Fall ist, da er regelmäßig zu schnell fährt. Eine infolge des Alkoholgenusses überhöhte Geschwindigkeit liegt daher nicht vor. Weitere Fahrfehler, die auf eine alkoholbedingte Fahruntüchtigkeit hindeuten könnten, sind nicht ersichtlich.

c. A hat auch keine der Tathandlungsvarianten i. S. d. § 315c Abs. 1 Nr. 2 StGB erfüllt. Zwar hat A die innerorts zulässige Höchstgeschwindigkeit von 50 km/h überschritten und ist daher i. S. d. § 315c Abs. 1 Nr. 2 lit. d) StGB zu schnell gefahren. Allerdings fehlen Anhaltspunkte dafür, dass es sich bei der Unfallstelle auch um eine "unübersichtliche Stelle" gehandelt haben könnte, zumal die Fahrbahn in Fahrtrichtung des A sogar doppelspurig ausgebaut war.

## **II. Ergebnis**

Eine Strafbarkeit nach § 315c StGB scheidet daher aus.

### **B. § 316 Abs. 1, Abs. 2 StGB**

A hat sich durch die Fahrt auch nicht wegen (fahrlässiger) Trunkenheit im Verkehr nach § 316 Abs. 1, Abs. 2 strafbar gemacht, da keine (relative) Fahruntüchtigkeit vorliegt (s. o.).

### **C. § 153 StGB**

Eine Strafbarkeit nach § 153 StGB wegen der fehlerhaften Angaben des A gegenüber den Polizeibeamten besteht nicht, da die Polizeibeamten keine zur eidlichen Vernehmung von Zeugen oder Sachverständigen zuständige Stelle sind, vgl. § 161a Abs. 1 Satz 3 StPO.

### **D. § 164 Abs. 1 StGB**

A könnte sich aber gemäß § 164 Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben indem er gegenüber den anwesenden Polizeibeamten erklärt hat, ein unbekannter Fahrer habe den Unfall verursacht und sei weitergefahren.

## **I. Tatbestandsmäßigkeit**

Dann müsste A "einen anderen" einer rechtswidrigen Tat verdächtigt haben. Dies setzt jedoch voraus, dass ein Tatverdacht auf eine bestimmte andere Person gelenkt wird.<sup>80</sup> Anzeigen gegen Unbekannt werden von § 164 StGB dagegen nicht erfasst.<sup>81</sup>

---

<sup>78</sup> Fischer, StGB, § 316 Rn. 30 ff.; Wessels/Hettinger/Engländer, Strafrecht BT 1, Rn. 1028.

<sup>79</sup> Wessels/Hettinger/Engländer, Strafrecht BT 1, Rn. 1028.

<sup>80</sup> Wessels/Hettinger/Engländer, Strafrecht BT 1, Rn. 700.

<sup>81</sup> Wessels/Hettinger/Engländer, Strafrecht BT 1, Rn. 700.

Hier nennt A jedoch keine bestimmte andere Person, sondern beschreibt einen unbekanntem Fahrer. Der objektive Tatbestand des § 164 Abs. 1 StGB ist daher nicht erfüllt.

## **II. Ergebnis**

A hat sich nicht wegen § 164 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

### **E. § 258 Abs. 1 StGB**

Eine Strafbarkeit nach § 258 Abs. 1 StGB scheidet bereits am objektiven Tatbestand. Nach § 258 Abs. 1 StGB muss die Tat zugunsten eines anderen begangen werden. Wer nur sich selbst der strafrechtlichen Verfolgung entzieht, handelt bereits nicht tatbestandsmäßig.<sup>82</sup> Auf das Selbstbegünstigungsprivileg des § 258 Abs. 5 StGB kommt es damit nicht mehr an.

### **F. § 145d Abs. 2 Nr. 1 StGB**

A könnte sich nach § 145d Abs. 2 Nr. 1 StGB strafbar gemacht haben, indem er den Polizeibeamten erzählt hat, ein Unbekannter habe den Unfall verursacht und sei weitergefahren.

## **I. Tatbestandsmäßigkeit**

### **1. Objektiver Tatbestand**

Dazu müsste A eine Behörde oder eine sonst zur Entgegennahme von Anzeigen zuständige Stelle über den Beteiligten einer rechtswidrigen Tat zu täuschen versucht haben.

a. Bei den Polizeibeamten handelt es sich um eine zur Entgegennahme von Anzeigen zuständige Stelle i. S. d. § 145d StGB, vgl. § 158 Abs. 1 Satz 1 StPO.

b. A müsste diese über den Beteiligten einer rechtswidrigen Tat zu täuschen versucht haben. Mit rechtswidriger Tat sind nach § 11 Abs. 1 Nr. 5 StGB nur solche Taten gemeint, die den Tatbestand eines Strafgesetzes verwirklichen. Als rechtswidrige Tat kommt aufgrund der Schilderungen des A eine Unfallflucht nach § 142 Abs. 1 Nr. 1 StGB in Betracht. Über seine Beteiligung hätte er dann getäuscht, wenn A selbst sich zu diesem Zeitpunkt bereits gemäß § 142 Abs. 1 Nr. 1 StGB strafbar gemacht hätte. Allerdings hat A im Zeitpunkt der Angaben gegenüber den Polizeibeamten den Unfallort noch gar nicht verlassen, bevor er seiner aktiven Vorstellungspflicht nachgekommen ist. Vielmehr hätte er dieser noch so lange nachkommen können, wie feststellungsbereite Personen am Unfallort anwesend waren. Dass A gegenüber den Polizeibeamten falsche Angaben zum Unfallhergang gemacht hat, genügt für die Tatbestandsverwirklichung für sich nicht, so lange sich A nicht vom Unfallort entfernt hat.<sup>83</sup> Der objektive Tatbestand des § 145d Abs. 2 StGB ist daher nicht erfüllt.<sup>84</sup>

---

<sup>82</sup> Fischer, StGB, § 258 Rn. 34; Wessels/Hettinger/Engländer, Strafrecht BT 1, Rn. 731, 738.

<sup>83</sup> Fischer, StGB, § 142 Rn. 29.

<sup>84</sup> Die bloße Abwehr eines bereits bestehenden Tatverdachts im Wege des Leugnens oder durch Berufung auf den "großen Unbekannten" genügt im Übrigen zur Erfüllung des Tatbestands nicht, vgl. Wessels/Hettinger/Engländer, Strafrecht BT 1, Rn. 725. Im Übrigen setzt § 145d Abs. 2 StGB nach



## II. Ergebnis

Eine Strafbarkeit nach § 145d Abs. 2 Nr. 1 StGB scheidet daher aus.

### G. § 145d Abs. 1 Nr. 1 StGB

A könnte sich aber gemäß § 145d Abs. 1 Nr. 1 StGB strafbar gemacht haben.

## I. Tatbestandsmäßigkeit

### 1. Objektiver Tatbestand

Als rechtswidrige Tat kommt erneut eine (diesmal bereits vollendete) Unfallflucht nach § 142 Abs. 1 Nr. 1 StGB durch einen Unbekannten in Betracht. Vorgetäuscht hat A diese, wenn er durch ausdrückliche oder konkludente Tatsachenbehauptung oder durch Schaffen einer verdachterregenden Beweislage einen falschen Verdacht erregt oder verstärkt hat.<sup>85</sup> Von § 145d StGB erfasst werden (anders als bei § 164 StGB) insbesondere auch Strafanzeigen gegen Unbekannt.<sup>86</sup> Schließlich muss die Handlung auch geeignet sein, eine Behörde oder zuständige Stelle zum sinnlosen Einschreiten zu veranlassen.<sup>87</sup> Indem A den Polizeibeamten den Unfall und das anschließende Wegfahren eines Unbekannten schildert, hat er über das Vorliegen einer Straftat nach § 142 Abs. 1 Nr. 1 StGB getäuscht. Aufgrund der detaillierten Angaben war die Täuschung auch geeignet, die Behörden zu sinnlosen Ermittlungen hinsichtlich eines unbekanntem Dritten zu veranlassen. Der objektive Tatbestand des § 145d Abs. 1 Nr. 1 StGB ist also erfüllt.

***Hinweis: Vertretbar wäre es auch zu argumentieren, dass die aufgrund der Angaben des A angestoßenen Ermittlungen der Polizei nicht völlig sinnlos sind, da es ja immerhin tatsächlich ein Unfallgeschehen gegeben hat und die Ermittlungen daher auch dazu führen könnten, dass A als wahrer Täter überführt wird. Der Schutzzweck des § 145d Abs. 1 StGB wäre dann nicht erfüllt.***

### 2. Subjektiver Tatbestand

A handelte vorsätzlich und bzgl. der Unrichtigkeit seiner Behauptung wider besseres Wissen.

## II. A handelte rechtswidrig und schuldhaft.

## III. Ergebnis

A hat sich nach § 145d Abs. 1 Nr. 1 StGB strafbar gemacht. Da die Tat nicht bereits nach §§ 164, 258 oder 258a StGB strafbar ist, tritt § 145d StGB auch nicht dahinter zurück (spezielle Subsidiarität).<sup>88</sup>

---

h. M. eine wirklich begangene Straftat voraus; eine bloß irrige Annahme einer Straftat durch den Täuschenden genügt nicht, vgl. Fischer, StGB, § 145d Rn. 7; Kindhäuser, BT I § 53 Rn. 18; a.A. OLG Hamm, NJW 1963, 2138; auch Wessels/Hettinger/Engländer, Strafrecht BT 1, Rn. 726.

<sup>85</sup> Wessels/Hettinger/Engländer, Strafrecht BT 1, Rn. 717.

<sup>86</sup> Vgl. Wessels/Hettinger/Engländer, Strafrecht BT 1, Rn. 725.

<sup>87</sup> Wessels/Hettinger/Engländer, Strafrecht BT 1, Rn. 717.

<sup>88</sup> Vgl. Wessels/Hettinger/Engländer, Strafrecht BT 1, Rn. 727.

## **H. § 263 Abs. 1 StGB**

***Hinweis: Die Ausführungen zu § 263 Abs. 1 StGB erfolgen nur der Vollständigkeit halber und sind von den Bearbeitern keinesfalls zu erwarten.***

Denkbar wäre die Annahme eines Betrugs gemäß § 263 Abs. 1 StGB gegenüber der Polizei zu Lasten des berechtigten Unfallgeschädigten.

Die Täuschung könnte hier in der konkludenten Behauptung des A liegen, dass nicht er den Unfall verursacht habe. Ein entsprechender Irrtum ist bei den Polizeibeamten entstanden. Die Vermögensverfügung könnte in dem Verzicht auf Aufnahme seiner Personalien zur weiteren Beweissicherung für eventuelle Schadensersatzansprüche des Dieter (D) zu sehen sein. Problematisch ist allerdings bereits, dass der Verzicht auf weitere Ermittlungsmaßnahmen schon keine Vermögensverfügung darstellt, da es an einem unmittelbar das Vermögen des D mindernden Verhalten der Polizeibeamten fehlt.<sup>89</sup> Hinzu kommt, dass die Polizeibeamten und der geschädigte D personenverschieden sind. Denkbar wäre daher nur ein Dreiecksbetrug.<sup>90</sup> Hierfür müsste, je nachdem welcher Ansicht man folgt, die Polizei im Lager des D stehen bzw. ein tatsächliches Näheverhältnis zu ihm gegeben sein oder die Polizei müsste rechtlich zur Verfügung über das Vermögen des D befugt sein. Sämtliches ist nicht der Fall, da die Polizeibeamten weder faktisch noch rechtlich als Vermögenshüter des D in Erscheinung treten. Diese treffen keinerlei Vermögensdisposition zugunsten bestimmter Personen, wie dies etwa bei einem Richter im Zivilprozess der Fall ist. Polizeibeamte sind insoweit keine "Verfügungspersonen", sondern bloße Ermittlungspersonen, die allenfalls spätere Verfügungen vorbereiten. Im Ergebnis scheidet daher eine Strafbarkeit wegen Betrugs aus.

## **I. § 142 Abs. 1 Nr. 1 StGB**

Dadurch, dass A vom Unfallort weggefahren ist, ohne jemandem von seiner Eigenschaft als Unfallbeteiligter zu berichten, könnte er sich nach § 142 Abs. 1 Nr. 1 StGB strafbar gemacht haben.

### **I. Tatbestandsmäßigkeit**

#### **1. Objektiver Tatbestand**

a. Es liegt ein Unfall im öffentlichen Straßenverkehr vor. A ist unproblematisch auch Unfallbeteiligter i. S. d. § 142 Abs. 5 StGB.

b. Fraglich ist jedoch, ob er sich vom Unfallort entfernt hat, bevor er zu Gunsten der anderen Unfallbeteiligten bzw. des Geschädigten die Feststellung seiner Person, seines Fahrzeugs und der Art seiner Beteiligung durch seine Anwesenheit und durch die Angabe, dass er am Unfall beteiligt ist, ermöglicht hat.

Zunächst ist festzuhalten, dass A seiner aktiven Vorstellungspflicht,<sup>91</sup> nach der er zur aktiven Angabe, dass ein Unfall geschehen und er möglicherweise Unfallbeteiligter

---

<sup>89</sup> Vgl. zum Kriterium der Unmittelbarkeit Jäger, Examens-Repetitorium StrafR BT, Rn. 335.

<sup>90</sup> Vgl. hierzu Wessels/Hillenkamp/Schuh, Strafrecht BT 2, Rn. 641 ff.

<sup>91</sup> Vgl. hierzu Wessels/Hettinger/Engländer, Strafrecht BT 1, Rn. 1118; Fischer, StGB, § 142 Rn. 28.

ist, verpflichtet ist, nicht nachgekommen ist.<sup>92</sup> Problematisch ist allerdings, ob er diese Pflicht verletzt hat, "bevor" er sich vom Unfallort entfernt hat, da er den Unfallort erst zu einem Zeitpunkt verlassen hat, als keine andere Person mehr vor Ort war, der gegenüber er diese Angaben hätte machen können.

aa. Nach der Auffassung des BayObLG scheidet eine Strafbarkeit nach § 142 Abs. 1 Nr. 1 StGB aus, wenn sich der Täter als Letzter vom Unfallort entfernt hat. Die Vorstellungspflicht entfällt, wenn feststellungsbereite Personen nicht am Unfallort zugegen seien. Ein Sich-Entfernen könne zu diesem Zeitpunkt keine Feststellungen mehr vereiteln und sei nicht geeignet, die Interessen der feststellungsberechtigten Personen zu beeinträchtigen.<sup>93</sup>

bb. Dieser Auffassung ist jedoch entgegenzutreten. Der Tatbestand des § 142 Abs. 1 Nr. 1 StGB ist auch dann erfüllt, wenn der Täter den Unfallort erst nach der feststellungsberechtigten Person verlässt, wenn er vorher seine Vorstellungspflicht verletzt hat.<sup>94</sup>

(1). Der Wortlaut des § 142 Abs. 1 Nr. 1 StGB steht dem nicht entgegen. Danach muss der Täter sich vom Unfallort entfernen, bevor er seiner Vorstellungs- und Feststellungsduldungspflicht nachgekommen ist. Der Wortlaut der Norm verlangt nicht, dass er sich vor den feststellungsberechtigten Personen entfernt.<sup>95</sup>

(2). Auch gesetzessystematische Erwägungen sprechen dafür, dass § 142 Abs. 1 Nr. 1 StGB denjenigen Unfallbeteiligten erfasst, der nach Verletzung seiner Vorstellungspflicht den Unfallort als Letzter verlässt. Wäre dieses Verhalten nicht von § 142 Abs. 1 Nr. 1 StGB erfasst, käme eine Strafbarkeit nach § 142 StGB auch unter Berücksichtigung der anderen Tatbestandsvarianten nicht in Betracht. Insbesondere würde § 142 Abs. 2 Nr. 2 StGB nicht eingreifen, da sich der Täter nicht berechtigt oder entschuldigt entfernt hätte. Eine Anwendung des § 142 Abs. 2 Nr. 2 StGB auf solche Fälle würde gegen das Analogieverbot (vgl. Art. 103 Abs. 2 GG) verstoßen.<sup>96</sup> Damit stünde derjenige Täter besser, der seine Vorstellungspflicht verletzt und am Unfallort wartet, bis alle feststellungsbereiten Personen sich entfernt haben, als derjenige, der den Unfallort berechtigt oder entschuldigt verlässt und die Feststellungen nicht nachträglich unverzüglich ermöglicht. Dies stellt einen Wertungswiderspruch dar.<sup>97</sup>

(3). Auch nach Sinn und Zweck der Vorschrift des § 142 Abs. 1 Nr. 1 StGB kann es keinen Unterschied machen, in welcher Reihenfolge die Unfallbeteiligten den Unfallort verlassen. Schutzgut des § 142 StGB ist die Sicherung bzw. Abwehr der durch einen Unfall entstandenen zivilrechtlichen Ansprüche.<sup>98</sup> Dieses Schutzgut ist auch dann betroffen, wenn der Täter zwar am Unfallort verbleibt, aber seiner Vorstellungspflicht nicht nachkommt. Denn mangels Vorstellung besteht die Gefahr, dass feststel-

---

<sup>92</sup> Eisele, JuS 2018, 1011, 1012.

<sup>93</sup> Ablehnend BGH NJW 2018, 2341, 2341 f.

<sup>94</sup> So die überzeugende h. M. vgl. nur BGH NJW 2018, 2341; Eisele, JuS 2018, 1011, 1012; kritisch Berghäuser, NSTZ 2018, 600 und Kudlich, JA 2018, 709 ff.

<sup>95</sup> BGH NJW 2018, 2341, 2342; Kudlich, JA 2018, 709, 710.

<sup>96</sup> BGH NJW 2018, 2341, 2342; Kudlich, JA 2018, 709, 710.

<sup>97</sup> BGH NJW 2018, 2341, 2342; Kudlich, JA 2018, 709, 710.

<sup>98</sup> Vgl. auch Wessels/Hettinger/Engländer, Strafrecht BT 1, Rn. 1110.

lungsbereite Personen den Unfallort verlassen, ohne die notwendigen Feststellungen vorgenommen zu haben.<sup>99</sup>

***Hinweis: Ausführungen in dem vorstehenden Umfang können von den Bearbeitern nicht erwartet werden. Erwartbar ist jedoch, dass sich die Bearbeiter angesichts des Sachverhalts mit der Thematik auseinandersetzen und eine argumentative Lösung erarbeiten.***

***Auch die Gegenauffassung ist bei entsprechender Begründung vertretbar.<sup>100</sup> Es könnte argumentiert werden, dass der Gesetzeswortlaut die Feststellungsduldungs- und Vorstellungspflichten in einen bestimmten zeitlichen Zusammenhang zu der Tathandlung des sich Entfernens vom Unfallort setze. Die Zeitenfolge von Präsens im Obersatz (sich entfernt) und Perfekt im hieran anschließenden Bevor-Teilsatz macht deutlich, dass das Nicht-Ermöglichen der Feststellungen das Geschehen abschließen muss, oder anders gewendet, dass das Sich-Entfernen abgeschlossen sein muss, bevor daraufhin die Ermöglichung von Feststellungen unterbleibt. Nur in dieser Reihenfolge wird letztlich durch die Tathandlung auch die für § 142 StGB relevante abstrakte Vermögensgefahr gerade dadurch geschaffen, dass durch das Sich-Entfernen vom Unfallort die Erfüllung der Feststellungsduldungs- und Vorstellungspflichten unmöglich gemacht wird. Im umgekehrten Fall dagegen gefährdet das Verlassen eines bereits allseits verlassenen Ortes, an dem gar keine vermögensschützenden Feststellungen mehr aufgenommen werden können, nicht einmal abstrakt das geschützte Rechtsgut.***

## **2. Subjektiver Tatbestand**

A handelte vorsätzlich.

### **II. A handelte rechtswidrig und schuldhaft.**

### **III. Ergebnis**

A hat sich gemäß § 142 Abs. 1 Nr. 1 StGB strafbar gemacht.

### **Gesamtergebnis und Konkurrenzen:**

A hat sich in Tatkomplex 1 gemäß §§ 242 Abs. 1, 243 Abs. 1 Satz 1 StGB strafbar gemacht.

A hat sich in Tatkomplex 2 gemäß § 249 Abs. 1 StGB strafbar gemacht. Die Strafbarkeit wegen § 223 Abs. 1 StGB steht hierzu in Tateinheit (§ 52 StGB).<sup>101</sup>

A hat sich in Tatkomplex 3 gemäß §§ 145d Abs. 1 Nr. 1, 142 Abs. 1 Nr. 1, 52 StGB strafbar gemacht.

Die Taten der unterschiedlichen Tatkomplexe stehen zueinander in Tatmehrheit gem. § 53 StGB.

B hat sich nicht strafbar gemacht.

---

<sup>99</sup> BGH NJW 2018, 2341, 2342; vgl. auch Kudlich, JA 2018, 709, 710.

<sup>100</sup> A.A. etwa BayObLG NJW 1984, 66 und 1365. Zur Diskussion m. w. Nachw. - teils im Sinne des BGH, teils a.A. - BeckOK /Kudlich, StGB, § 142 Rn. 25; S/S/W/Ernemann, StGB, § 142 Rn. 25.

<sup>101</sup> Fischer, StGB, § 249 Rn. 24.

## Teil II: Verwertbarkeit der Aussage des Polizeibeamten

Für eine Verwertung der Aussage des A vor den Polizeibeamten müsste diese zum einen überhaupt mittels einer Vernehmung der Verhörsperson in die Hauptverhandlung eingebracht werden dürfen; zum anderen dürfte kein Beweisverwertungsverbot vorliegen.

A. Fraglich ist, ob die Vernehmung einer Verhörsperson als Zeuge vom Hörensagen überhaupt zulässig ist. Der Zeuge vom Hörensagen ist ein (mittelbarer) Zeuge, der von einer anderen Person (Beschuldigter oder Zeuge) eine Tatschilderung vernommen hat.<sup>102</sup>

Teilweise wird die Vernehmung von Zeugen vom Hörensagen als unzulässig abgelehnt, wenn es einen unmittelbaren Zeugen gibt. Aus § 250 Satz 1 StPO folge der Grundsatz, dass jeweils der tatnächste Zeuge selbst zu vernehmen sei.<sup>103</sup> Entsprechend müsste dies auch für das Verhältnis zwischen Beschuldigtem und Zeugen vom Hörensagen gelten.

Die h. M.<sup>104</sup> dagegen entnimmt der Regelung des § 250 Satz 2 StPO in Zusammenschau mit dessen Satz 1 lediglich einen Vorrang des Personalbeweises vor dem Urkundsbeweis. Eine allgemeine Nachrangigkeit mittelbarer Zeugen sieht die StPO nicht vor. Zudem handelt es sich bei dem Zeugen vom Hörensagen richtigerweise schon nicht um ein lediglich mittelbares, sondern um ein unmittelbares Beweismittel bzgl. der von ihm wahrgenommenen früheren Aussagen des Beschuldigten.<sup>105</sup> Die besseren Argumente sprechen deshalb für die Ansicht der h. M., die die Vernehmung des Zeugen vom Hörensagen als zulässig erachtet.

Schließlich ergibt sich auch aus § 254 StPO kein Verbot der Vernehmung der Verhörsperson als Zeugen vom Hörensagen. § 250 Satz 2 i. V. m. 254 StPO schränkt lediglich die Verlesung von früheren Aussagen des Beschuldigten ein, enthält aber kein allgemeines Verwertungsverbot.<sup>106</sup>

B. Problematisch ist aber, ob die Aussage im konkreten Fall verwertet werden durfte. Ein ausdrücklich gesetzlich geregeltes Beweisverwertungsverbot (vgl. etwa §§ 136a Abs. 3 Satz 2, 252 StPO) ist nicht einschlägig. Möglicherweise stand der Verwertung jedoch ein nicht ausdrücklich normiertes Beweisverwertungsverbot entgegen. Derartige Beweisverwertungsverbote kommen als selbständige oder unselbständige Beweisverwertungsverbote in Betracht.<sup>107</sup> Ein unselbständiges Beweisverwertungsverbot folgt aus einem Verstoß gegen ein Beweiserhebungsverbot.<sup>108</sup> Dagegen liegt ein selbständiges Beweisverwertungsverbot vor, wenn die Beweiserhebung rechtmäßig und nur die Verwertung unzulässig ist.<sup>109</sup>

---

<sup>102</sup> Vgl. Beulke, Klausurenkurs im Strafrecht III, Rn. 476.

<sup>103</sup> Peters, Strafprozess, § 39 II; vgl. dazu auch Beulke/Swoboda, Strafprozessrecht, Rn. 422.

<sup>104</sup> Vgl. BGH NJW 1962, 1876; Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, § 250 Rn. 4; Beulke/Swoboda, Strafprozessrecht, Rn. 422.

<sup>105</sup> Vgl. Beulke/Swoboda, Strafprozessrecht, Rn. 422.

<sup>106</sup> Vgl. Beulke/Swoboda, Strafprozessrecht, Rn. 416.

<sup>107</sup> Jahn, JuS 2012, 85, 86.

<sup>108</sup> Beulke/Swoboda, Strafprozessrecht, Rn. 457.

<sup>109</sup> Beulke/Swoboda, Strafprozessrecht, Rn. 457; Murmann, JuS-Beil. 2007, 1, 17.

I. Ein Fehler bei der Beweiserhebung könnte darin liegen, dass die Polizisten A nicht auf die Möglichkeit der Bestellung eines Pflichtverteidigers hingewiesen haben. Nach § 136 Abs. 1 Satz 5 StPO ist der Beschuldigte bei der ersten Vernehmung darüber zu belehren, dass er unter den Voraussetzungen des § 140 Abs. 1 und 2 StPO die Bestellung eines Verteidigers beanspruchen kann. Diese Vorschrift gilt nach § 163a Abs. 4 Satz 2 StPO auch bei der Vernehmung durch einen Polizeibeamten. Vorliegend wurde dem A der Vorwurf eines Verbrechens (Raub) gemacht, so dass - da diese Strafnorm zumindest im Raum stand - vorliegend eine entsprechende Belehrung hätte erfolgen müssen.

II. Eine rechtswidrige Beweisgewinnung zieht nicht notwendigerweise ein Beweisverwertungsverbot hinsichtlich der auf diese Weise erlangten Erkenntnisse nach sich. Vielmehr hat eine Abwägung aller maßgeblichen Gesichtspunkte und der widerstreitenden Interessen zu erfolgen (sog. Abwägungslehre<sup>110</sup>), bei welcher der Schutzzweck der verletzten Vorschrift sowie die Wertigkeit der widerstreitenden Interessen, d. h. das staatliche Interesse an der Strafverfolgung im Einzelfall einerseits und die Interessen des Beschuldigten andererseits zu beachten sind.<sup>111</sup> Hierbei sind vor allem die Schwere des Delikts und des Verfahrensverstößes von Bedeutung.<sup>112</sup>

1. Für einen vergleichbaren Fall, bei dem es allerdings um den Vorwurf eines Mordes ging, hat der BGH<sup>113</sup> ein Beweisverwertungsverbot abgelehnt. Insbesondere hat er die Belehrungspflicht nach § 136 Abs. 1 Satz 5 StPO nicht als genauso essenziell erachtet wie diejenige nach § 136 Abs. 1 Satz 2 StPO, bei deren Verletzung die Rspr. ein Beweisverwertungsverbot jedenfalls bei einem - hier erfolgten - Widerspruch in der Hauptverhandlung annimmt. Anders als bei der Belehrungspflicht über das Aussageverweigerungsrecht handele es sich nämlich um keine für die Rechtsstellung des Beschuldigten als Verfahrenssubjekt konstitutive Bestimmung, deren Verletzung in der Regel zur Annahme eines Beweisverwertungsverbotes führen müsse.<sup>114</sup> Dies wurde auch darauf gestützt, dass der Beschuldigte im Rahmen des Ermittlungsverfahrens auch kein eigenes Antragsrecht auf Beiordnung eines Pflichtverteidigers habe, sondern lediglich anregen könne, dass die Staatsanwaltschaft einen entsprechenden Antrag stellt.<sup>115</sup>

2. § 141 Abs. 1 Satz 1 StPO n. F. beinhaltet jedoch nunmehr ein eigenes Antragsrecht des Beschuldigten auf Beiordnung eines Pflichtverteidigers bereits im Ermittlungsverfahren, soweit ein Fall der notwendigen Verteidigung gegeben, dem Beschuldigten der Tatvorwurf eröffnet worden ist und er keinen Verteidiger hat. Es spricht also viel dafür, der Bestimmung des § 136 Abs. 1 Satz 5 StPO nunmehr ein deutlich höheres Gewicht im Hinblick auf die Rechtsstellung des Beschuldigten als Verfahrenssubjekt beizumessen. Zudem lässt sich auch argumentieren, dass es sich bei § 136 Abs. 1 Satz 5 StPO lediglich um eine Erweiterung und Konkretisierung der schon früher geltenden allgemeinen Belehrungspflicht zur Möglichkeit einer Verteidigerkonsultation handelt.<sup>116</sup> Auch enthält das Recht der notwendigen Verteidigung nach § 140 StPO gerade die Wertung, dass der Beschuldigte ohne professionellen

<sup>110</sup> Meyer-Goßner/Schmitt/Schmitt, StPO, Einl. Rn. 55a.

<sup>111</sup> Vgl. auch Hammer/Schuster/Weitner, StPO-Fallrepetitorium, Rn. 7.

<sup>112</sup> Siehe nur BGH NJW 1999, 959, 961; vgl. auch Hammer/Schuster/Weitner, StPO-Fallrepetitorium, Rn. 7.

<sup>113</sup> BGH NSTZ-RR 2018, 219.

<sup>114</sup> Vgl. BGH NSTZ 2018, 671, 672 mit Anmerkung Jäger.

<sup>115</sup> Kudlich, JA 2018, 792, 793.

<sup>116</sup> Kudlich, JA 2018, 792, 793.

Beistand kein verantwortlich agierendes Prozesssubjekt sein kann.<sup>117</sup> Hinzu kommt im konkreten Fall, dass das Strafverfolgungsinteresse mit demjenigen in dem vom BGH entschiedenen Fall nicht vergleichbar ist, da es nicht um den Vorwurf des Mordes, sondern nur eines Raubes geht, welcher in seiner konkreten Gestaltung eher am unteren Rand des typischen Unrechtsgehalts eines Raubdeliktes liegt. Vor diesem Hintergrund ist ein Beweisverwertungsverbot anzunehmen.

### **C. Ergebnis**

Die Aussage des Polizeibeamten über das Geständnis des Anton durfte nicht verwertet werden.

***Hinweis: Wie so oft im Recht der Beweisverwertungsverbote erscheint hier bei entsprechender Begründung jede Auffassung vertretbar. Wichtig ist, dass der Einstieg über § 136 Abs. 1 Satz 5 StPO gefunden wird und Gemeinsamkeiten und Unterschiede zum anerkannten Fall des § 136 Abs. 1 Satz 2 StPO herausgearbeitet werden.***

***Ebenso gut ist deshalb auch die Ablehnung eines Beweisverwertungsverbots vertretbar. Insoweit könnte argumentiert werden, dass im Sachverhalt nichts darüber mitgeteilt ist, dass A deshalb auf die Hinzuziehung eines Verteidigers verzichtet hat, weil er die anfallenden Rechtsanwaltsgebühren nicht hätte aufbringen können. Er hätte deshalb aufgrund der ordnungsgemäßen Belehrung nach § 136 Abs. 1 Satz 2 StPO ohne weiteres einen Verteidiger konsultieren können, sodass es an der Kausalität des Belehrungsverstoßes fehlt.<sup>118</sup>***

---

<sup>117</sup> Kudlich, JA 2018, 792, 793.

<sup>118</sup> Vgl. dazu Kudlich, JA 2018, 792, 793.