

Erste Juristische Staatsprüfung 2024/1

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 Inhalt, 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:

Tatkomplex 1: "Die antike Vase"

A. Strafbarkeit des Ansgar (A) gemäß §§ 249 Abs. 1, 250 Abs. 1 Nr. 1 lit. a) Alt. 2, Abs. 2 Nr. 1 Alt. 2 StGB

A könnte sich wegen besonders schweren Raubs gemäß §§ 249 Abs. 1, 250 Abs. 1 Nr. 1 lit. a), Abs. 2 Nr. 1 Alt. 2 StGB strafbar gemacht haben, indem er von Samuel (S) die Herausgabe der antiken Vase mit der Äußerung, er werde diesen andernfalls "einen Kopf kürzer machen", verlangte und die Vase sodann mitnahm.

I. Objektiver Tatbestand

1. Fremde bewegliche Sache

Bei der antiken Vase handelt es sich um eine für A fremde bewegliche Sache, da es sich um einen körperlichen Gegenstand handelt, der frei fortbewegt werden kann und im Alleineigentum des S steht.

2. Wegnahme

Fraglich ist, ob A die Vase weggenommen hat. Eine Wegnahme setzt den Bruch fremden und die Begründung neuen - nicht notwendigerweise tätereigenen - Gewahrsams voraus.¹ Gewahrsam ist die tatsächliche Herrschaft einer natürlichen Person über eine Sache, die von einem natürlichen Herrschaftswillen getragen wird und deren Reichweite von der Verkehrsauffassung bestimmt wird.²

Zunächst stand die Vase im Gewahrsam des S, der die Vase in seinem Antiquitätengeschäft verwahrte. Im weiteren Verlauf hat jedoch A die Vase an sich genommen, das Geschäft des S verlassen und damit Gewahrsam an der Vase erlangt. Fraglich ist aber, ob der Gewahrsamswechsel von S zu A durch einen Bruch, also gegen oder ohne den Willen des bisherigen Gewahrsamsinhabers S, erfolgte. Schließlich hat S dem A die Vase übergeben, weshalb der Gewahrsamswechsel mit einem tatbestandsausschließenden Einverständnis des S erfolgt sein könnte. Da S die Vase aber nicht "freiwillig" im Sinne eines laienhaften Sprachgebrauchs herausgegeben hat, muss geklärt werden, wie das Handeln des A und des S zu beurteilen ist.

Die Rechtsprechung nimmt auf Konkurrenzebene eine Abgrenzung von § 249 Abs. 1 StGB und § 255 StGB nach dem äußeren Erscheinungsbild des Gewahrsamswechsels vor. Handelt es sich bei dem Tatgeschehen um ein "Sich-Nehmen" der Beute durch den Täter, soll ein Raub vorliegen. Wirkt das Geschehen von außen betrachtet hingegen wie ein "Hergeben" der Beute durch das Opfer, soll es sich um eine räuberische Erpressung handeln.³

Nach den überwiegenden Literaturstimmen besteht demgegenüber ein Exklusivitätsverhältnis auf Tatbestandsebene. Hiernach stellt der Raub ein Fremdschädigungsde-

¹ BGH, NStZ 1988, 270; BGH, NStZ 2021, 425; vgl. Wittig in: BeckOK-StGB, § 242 Rn. 10, Rn. 21 m.w.N.

² BGH, NJW 1961, 2226; vgl. Wittig in: BeckOK-StGB, § 242 Rn. 11 m.w.N.

³ BGH, NJW 1955, 877; BGH, NJW 1995, 2799; BGH, NStZ 1999, 350.

likt und die räuberische Erpressung ein Selbstschädigungsdelikt dar. Die Abgrenzung, ob ein Tatgeschehen als Wegnahme oder als Vermögensverfügung zu qualifizieren ist, richtet sich nach dieser Ansicht nach der inneren Willensrichtung des Opfers. Danach ist zu fragen, ob das Opfer glaubt, noch auf den Gewahrsamswechsel Einfluss nehmen zu können (sog. "Schlüsselstellung"), oder ob es die Überzeugung erlangt hat, dass die Beute "so oder so" verloren ist.⁴

Einer Entscheidung zwischen den beiden genannten Ansichten bedarf es nicht, weil im vorliegenden Falle beide Auffassungen zu demselben Ergebnis gelangen. Nach dem äußeren Erscheinungsbild hat S dem A die Vase herausgegeben, indem er sie aus dem verschlossenen Safe herausnahm und an A übergab, so dass eine "Weggabe" des S vorliegt. Wenn man nach der inneren Willensrichtung abgrenzt, fällt die Entscheidung zu Gunsten einer Vermögensverfügung und damit eines tatbestandsausschließenden Einverständnisses in den Gewahrsamswechsel aus. Schließlich wusste S, dass die Vase in einem Safe eingeschlossen, mit einem nur ihm bekannten Sicherheitscode gesichert und damit ohne seine Mithilfe für A unerreichbar war, S mithin eine "Schlüsselstellung" innehatte. Dem S verblieb damit die nötige "Restfreiwilligkeit".

Damit ist nach beiden Ansichten im Ergebnis eine Strafbarkeit des A wegen Raubs gemäß § 249 Abs. 1 StGB nicht gegeben.

II. Ergebnis

A hat sich nicht gemäß §§ 249 Abs. 1, 250 Abs. 1 Nr. 1 lit. a), Abs. 2 Nr. 1 Alt. 2 StGB strafbar gemacht.

B. Strafbarkeit des A gemäß §§ 253 Abs. 1, 255, 250 Abs. 1 Nr. 1 lit. a), Abs. 2 Nr. 1 Alt. 2 StGB

A könnte sich wegen besonders schwerer räuberischer Erpressung gemäß §§ 253 Abs. 1, 255, 250 Abs. 1 Nr. 1 lit. a), Abs. 2 Nr. 1 Alt. 2 StGB strafbar gemacht haben, indem er von S die Herausgabe der antiken Vase mit der Äußerung, er werde diesen andernfalls "einen Kopf kürzer machen", verlangte und die Vase sodann mitnahm.

I. Objektiver Tatbestand

1. Grundtatbestand (§§ 253 Abs. 1, 255 StGB)

a) Tathandlung

Voraussetzung für den objektiven Tatbestand der räuberischen Erpressung, § 255 StGB, ist dabei zunächst der Einsatz eines qualifizierten Nötigungsmittels. A müsste also mit Gewalt gegen eine Person oder unter Anwendung von Drohungen mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben gehandelt haben. A hat zwar keine Gewalt gegenüber S angewandt. In Betracht kommt aber eine Drohung mit einer gegenwärtigen Gefahr für Leib oder Leben. Drohung ist das Inaussichtstellen eines künftigen Übels, auf dessen Eintritt der Drohende Einfluss zu haben behauptet.⁵ Diese Dro-

⁴ Küper, NJW 1978, 956 (Anmerkung zu OLG Karlsruhe, Beschl. vom 27. Mai 1977 - 2 Ss 11/77); Wittig in: BeckOK-StGB, § 253 Rn. 7 m.w.N.

⁵ Vgl. Valerius in: BeckOK-StGB, § 240 Rn. 34 f. m.w.N.; BGH, NJW 1962, 596.

hung muss sich auf eine gegenwärtige Gefahr für Leib oder Leben beziehen. A kündigte gegenüber S an, er werde ihn "einen Kopf kürzer machen", wenn dieser ihm die Vase nicht herausgebe. Diese Äußerung ist in Zusammenschau mit dem Umstand, dass A in der rechten Hand ein für S gut sichtbares Fischermesser hielt, als Ankündigung zu verstehen, dass A den S töten werde, wenn dieser der Aufforderung nicht nachkomme.

Ein qualifiziertes Nötigungsmittel liegt damit in Form einer Drohung mit einer gegenwärtigen Gefahr für das Leben des S vor.

b) Nötigungserfolg

Zudem müsste die Drohung zu einem Nötigungserfolg in Gestalt eines Handelns, Duldens oder Unterlassens geführt haben. Auf die Aufforderung des A hin, ihm die Vase herauszugeben, öffnete S den Safe und gab A die Vase. Diese Handlung ist auch kausal durch die Drohung des A herbeigeführt worden. Schließlich handelte S nur aufgrund der Einschüchterung durch A.

Nach der herrschenden Ansicht der Literatur muss der Nötigungserfolg der räuberischen Erpressung in einer Vermögensverfügung liegen (vgl. oben), wohingegen die Rechtsprechung ein solches zusätzliches Erfordernis verneint. Eine Entscheidung darüber, welche Ansicht vorzugswürdig ist, kann aber dahinstehen, da das Handeln des S als Vermögensverfügung zu qualifizieren ist (siehe oben A. I. 2.). Folglich liegt ein Nötigungserfolg in Form einer Vermögensverfügung vor, so dass jedenfalls auch die strengeren Anforderungen der in der Literatur vertretenen Ansicht gegeben sind.

c) Vermögensnachteil

Es müsste zudem ein Vermögensnachteil aufgrund des Nötigungserfolgs entstanden sein. Dieser ist durch einen Vergleich des Vermögens vor und nach der Verfügung zu ermitteln (Gesamtsaldierung).⁶

Indem S die Vase - deren Wert sich auf 10.000,- € beläuft - an A herausgegeben hat, verlor er die Möglichkeit, auf die Vase jederzeit tatsächlich zuzugreifen. Damit hat er den unmittelbaren Besitz an der Vase verloren.⁷ S erhielt hierfür keine Kompensation, so dass der Vermögensnachteil zu bejahen ist.

2. Qualifikationstatbestand (§§ 255, 250 Abs. 1 Nr. 1 lit. a), Abs. 2 Nr. 1 Alt. 2 StGB)

Die Qualifikationstatbestände des § 250 StGB sind ebenfalls auf die räuberische Erpressung anzuwenden. Dies wird durch die Formulierung "gleich einem Räuber" in § 255 StGB deutlich.⁸

a) § 250 Abs. 1 Nr. 1 lit. a) StGB

Fraglich ist, ob A eine Waffe oder ein anderes gefährliches Werkzeug gemäß § 250 Abs. 1 Nr. 1 lit. a) StGB bei sich geführt hat.

⁶ Sander in: MüKo-StGB, § 253 Rn. 34.

⁷ Vgl. hierzu Fischer, StGB, § 263 StGB Rn. 91.

⁸ Wittig in: BeckOK-StGB, § 250 Rn. 1.

Waffen sind dabei alle Waffen im technischen Sinne, also solche Gegenstände, die von vornherein für Angriffs- oder Verteidigungszwecke bestimmt und zudem geeignet sind, zumindest erhebliche Verletzungen zuzufügen.⁹ Da das Fischermesser nicht zu Angriffs- oder Verteidigungszwecken bestimmt ist, handelt es sich nicht um eine Waffe im Sinne von § 250 Abs. 1 Nr. 1 lit. a) Alt. 1 StGB.

Jedoch könnte es sich bei dem Fischermesser um ein anderes gefährliches Werkzeug gemäß § 250 Abs. 1 Nr. 1 lit. a) Alt. 2 StGB handeln. Unter welchen Voraussetzungen ein Gegenstand diesem Qualifikationstatbestand unterfällt ist umstritten. Insbesondere kann - anders als vom Gesetzgeber intendiert¹⁰ - nicht auf die zu § 224 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2 StGB entwickelte Definition zurückgegriffen werden, da in § 250 Abs. 1 Nr. 1 lit. a) Alt. 2 StGB auf das bloße Beisichführen (und gerade nicht die Verwendung im konkreten Fall) abgestellt wird.

Eine Ansicht fordert neben der objektiven Beschaffenheit des Gegenstands zumindest einen inneren Verwendungsvorbehalt.¹¹ Nach einer anderen Ansicht ist der Begriff des gefährlichen Werkzeugs allein anhand aller objektiver Kriterien - mithin der Eignung zur Herbeiführung erheblicher Verletzungen nach der objektiven Beschaffenheit - im Einzelfall zu bestimmen.¹² Diesen rein objektiven Ansatz einschränkend, stellt wiederum eine dritte Ansicht auf eine objektive Waffenähnlichkeit des Gegenstands und dessen typische Gefährlichkeit ab,¹³ wofür zu fragen ist, ob der Gegenstand in der konkreten Situation aus objektiver Sicht keine andere Funktion erfüllen kann, als zu Verletzungszwecken eingesetzt zu werden.¹⁴

Bei dem Fischermesser handelt es sich um einen Gegenstand, der aufgrund seiner objektiven Beschaffenheit - da es sich um ein spitzes Messer mit einer Klingenlänge von zwanzig Zentimetern handelt - geeignet ist, bei einem Einsatz gegen Personen erhebliche Verletzungen herbeizuführen. Auch trug A das Fischermesser gerade bei sich, um dieses jedenfalls zur Drohung einzusetzen, so dass auch ein innerer Verwendungsvorbehalt vorliegt. Zuletzt lässt sich das Mitführen des als Drohmittel eingesetzten Fischermessers nach objektiver Sicht mit keiner anderen Funktion als dessen etwaigen Einsatzes gegen Personen erklären, weshalb A nach allen Ansichten ein gefährliches Werkzeug bei sich geführt hat, so dass ein Streitentscheid entbehrlich ist. A hat die Qualifikation des § 250 Abs. 1 Nr. 1 lit. a) Alt. 2 StGB erfüllt.

b) § 250 Abs. 2 Nr. 1 Alt. 2 StGB

Fraglich ist, ob A dieses gefährliche Werkzeug im Sinne von § 250 Abs. 2 Nr. 1 Alt. 2 StGB verwendet hat. Dies setzt den zweckgerichteten Einsatz als Raubmittel voraus.¹⁵ Ein Verwenden liegt nicht nur bei einem Einsatz als Verletzungs- oder Gefährdungsmittel vor, sondern auch, wenn es nur das Mittel zur Drohung mit Gewalt darstellt.¹⁶ A hat das Fischermesser gerade dazu eingesetzt, um S einzuschüchtern und die Drohung, ihn "einen Kopf kürzer [zu] machen", zu untermauern. A hat mithin auch die Qualifikation des § 250 Abs. 2 Nr. 1 Alt. 2 StGB verwirklicht.

⁹ Sander in: MüKo-StGB, § 250 Rn. 9.

¹⁰ BT-Drucksache 13/9064, S. 18; s. hierzu Sander in: MüKo-StGB, § 250 Rn. 18.

¹¹ S. etwa Rengier, BT 1, § 4 Rn. 40; weitere Nachweise bei Sander in: MüKo-StGB, § 250 Rn. 19.

¹² Vgl. Rengier, BT 1, § 4 Rn. 20 - 26 m.w.N.; Sander in: MüKo-StGB, § 250 Rn. 21, 24 ff.

¹³ Hierfür etwa Kindhäuser in: NK-StGB, § 244 Rn. 8 und 13; Kudlich in: SSW-StGB, § 244 Rn. 13.

¹⁴ Rengier, BT 1, § 4 Rn. 31.

¹⁵ BGH, NSTZ 2018, 278; Wittig in: BeckOK-StGB, § 250 Rn. 12 m.w.N.

¹⁶ BGH, NJW 1999, 2198; Wittig in: BeckOK-StGB, § 250 Rn. 13 m.w.N.

II. Subjektiver Tatbestand

A handelte vorsätzlich bezüglich des Grunddelikts und der Qualifikationsmerkmale. Auch handelte er mit der Absicht der rechtswidrigen und stoffgleichen Bereicherung.

III. Rechtswidrigkeit

Rechtfertigungsgründe sind nicht ersichtlich. Einer besonderen Feststellung der Verwerflichkeit gemäß § 253 Abs. 2 StGB bedarf es im Rahmen des § 255 StGB nicht.¹⁷

IV. Schuld

A handelte auch schuldhaft.

V. Ergebnis

A hat sich wegen besonders schwerer räuberischer Erpressung gemäß §§ 253 Abs. 1, 255, 250 Abs. 1 Nr. 1 lit. a) Alt. 2, Abs. 2 Nr. 1 Alt. 2 StGB strafbar gemacht.

C. Gesamtergebnis und Konkurrenzen zu Tatkomplex 1

A hat sich wegen besonders schwerer räuberischer Erpressung gemäß §§ 253 Abs. 1, 255, 250 Abs. 2 Nr. 1 Alt. 2 StGB strafbar gemacht. Die zugleich verwirklichten §§ 241 Abs. 2 und 240 Abs. 1, Abs. 2 StGB treten im Wege der Spezialität,¹⁸ der Qualifikationstatbestand der §§ 255, 250 Abs. 1 Nr. 1 lit. a) Alt. 2 StGB im Wege der materiellen Subsidiarität¹⁹ dahinter zurück.

Tatkomplex 2: "Der Angelausflug"

A. Strafbarkeit des A gemäß §§ 211 Abs. 1, Abs. 2 Gruppe 1 Var. 3, Gruppe 2 Var. 1, Var. 2, 212 Abs. 1, 22, 23 Abs. 1 Alt. 1 StGB

A könnte sich wegen versuchten Mords gemäß §§ 211 Abs. 1, Abs. 2 Gruppe 1 Var. 3, Gruppe 2 Var. 1, Var. 2, 212 Abs. 1, 22, 23 Abs. 1 Alt. 1 StGB strafbar gemacht haben, indem er fünfzehn Mal mit dem Fischermesser auf Claus (C) einstach.

I. Vorprüfung

Die Strafbarkeit des Versuchs ergibt sich aus § 23 Abs. 1 Alt. 1 StGB, da es sich bei dem Mord gemäß § 12 Abs. 1 StGB um ein Verbrechen handelt. Da C überlebt hat, ist es auch nicht zur Deliktvollendung gekommen.

II. Tatentschluss

Fraglich ist, ob A Tatentschluss gefasst hatte, einen Mord an C zu begehen. Dafür müsste er zunächst Vorsatz bezüglich der Tötung eines Menschen gehabt haben (1.). Zudem könnte A mit Vorsatz hinsichtlich der objektiven (tatbezogenen) Mordmerkmale des § 211 Abs. 1, Abs. 2 Gruppe 2 StGB gehandelt (2.) und/oder die sub-

¹⁷ Sander in: MüKo-StGB § 255 Rn. 1; Bosch in: Schönke/Schröder, StGB, § 255 Rn. 1.

¹⁸ Wittig in: BeckOK-StGB, § 255 Rn. 8.

¹⁹ Wittig in: BeckOK-StGB, § 250 Rn. 22.

jektiven (täterbezogenen) Mordmerkmale des § 211 Abs. 1, Abs. 2 Gruppe 1 oder 3 StGB erfüllt haben (3.).

1. Vorsatz des A bzgl. der Tötung eines anderen Menschen

A hatte Vorsatz hinsichtlich der Tötung des C, da er beabsichtigte, den C mittels der fünfzehn Messerstiche in den Oberkörper zu töten (dolus directus 1. Grades).

2. Vorsatz des A bzgl. der objektiven (tatbezogenen) Mordmerkmale

Fraglich ist, ob A auch Vorsatz bezüglich tatbezogener Mordmerkmale gefasst hatte.

a) Heimtücke (§ 211 Abs. 2 Gruppe 2 Var. 1 StGB)

A könnte Vorsatz hinsichtlich des Mordmerkmals der Heimtücke § 211 Abs. 2 Gruppe 2 Var. 1 StGB gehabt haben. Hierfür müsste C jedoch arglos gewesen sein. Arglos ist, wer sich zur Zeit des Beginns der Tathandlung keines tätlichen Angriffs gegen seine körperliche Unversehrtheit von Seiten des Täters versieht.²⁰

Im gegenständlichen Fall ging den Stichen des A ein mehrminütiger, heftiger Wortwechsel voraus, in dessen Verlauf A den C mehrfach mit dem Tod bedroht hat. Bei Beginn der von A ausgeführten Messerstiche dauerte der Wortwechsel an, weshalb aufgrund des situativen Kontexts und der Todesdrohungen davon auszugehen ist, dass C - nach der Vorstellung des A - bei Beginn der Ausführungshandlungen zumindest mit einem Angriff auf seine körperliche Integrität durch A gerechnet hat. Vorsatz hinsichtlich einer heimtückischen Tötung des C liegt deshalb nicht vor.

Hinweis: Eine andere Auffassung ist hier mit entsprechender Argumentation vertretbar.²¹

b) Grausamkeit (§ 211 Abs. 2 Gruppe 2 Var. 2 StGB)

A könnte jedoch Vorsatz hinsichtlich des Mordmerkmals der Grausamkeit gemäß § 211 Abs. 2 Gruppe 2 Var. 2 StGB gehabt haben. Grausam tötet, wer dem Opfer aus gefühlloser, unbarmherziger Gesinnung besonders starke Schmerzen oder Qualen körperlicher oder seelischer Art zufügt, die nach Stärke oder Dauer über das für die Tötung erforderliche Maß hinausgehen.²² A ging bei Ausführung der fünfzehn Stiche bewusst besonders "rüde" und gefühllos vor, um C einen möglichst schmerzhaften Tod zu bereiten, obwohl er wusste, dass schon eine deutlich geringere Anzahl an Stichen zur Herbeiführung des Erfolgs ausgereicht hätte. A hatte demzufolge Tatentschluss bezüglich des tatbezogenen Mordmerkmals der Grausamkeit.

3. Vorliegen subjektiver (täterbezogener) Mordmerkmale bei A

Fraglich ist, ob A zudem täterbezogene Mordmerkmale verwirklichte. Es könnte das Mordmerkmal der Habgier gemäß § 211 Abs. 2 Gruppe 1 Var. 3 StGB vorliegen.

²⁰ Eschelbach in: BeckOK-StGB, § 211 Rn. 43.

²¹ Zu den umstr. Anforderungen an die Arglosigkeit bei einem vorrangegangenen verbalen Streit s. Eser/Sternberg-Lieben in: Schönke/Schröder, § 211 Rn. 24 f.; vgl. auch BGH, NStZ-RR 2002, 233; NStZ-RR 2006, 235.

²² BGH, NStZ 2007, 402; Eschelbach in: BeckOK-StGB, § 211 Rn. 59 m.w.N.

Habgier liegt vor, wenn der Täter in rücksichtsloser Weise durch seine Tat den Gewinn von Geld oder Geldwert um jeden Preis erstrebt.²³ Voraussetzung hierfür ist, dass sich das Vermögen des Täters nach dessen Vorstellung durch den Tod des Opfers entweder unmittelbar vermehrt, oder sonst eine Aussicht auf eine Vermögensmehrung besteht.²⁴ A wollte C, bei dem es sich um seinen Erbonkel handelt, töten, um an dessen Erbe zu gelangen. Durch den Tod des C wollte A somit eine Situation schaffen, die sich nach dem normalen Lauf der Dinge alsbald zu einem Vermögenszuwachs verdichtet.²⁵ A erfüllt somit das täterbezogene Mordmerkmal der Habgier gemäß § 211 Abs. 2 Gruppe 1 Var. 3 StGB.

III. Unmittelbares Ansetzen, § 22 StGB

Da A bereits auf C eingestochen und somit bereits mit der Tatbestandserfüllung begonnen hat, hat er unmittelbar zur Tat im Sinne von § 22 StGB angesetzt.

IV. Rechtswidrigkeit und Schuld

A handelte rechtswidrig und schuldhaft.

V. Rücktritt

A könnte jedoch strafbefreiend vom Versuch zurückgetreten sein.

1. Anforderungen an die Rücktrittshandlung

Fraglich ist, ob sich ein etwaiger strafbefreiender Rücktritt nach § 24 Abs. 1 StGB oder § 24 Abs. 2 StGB richtet. Diese Frage stellt sich, weil B ebenfalls an der Tat - als Anstifter - beteiligt gewesen sein könnte. Eine streng wortlautorientierte Auslegung spricht zwar für eine Anwendung des § 24 Abs. 2 StGB, da nach § 28 Abs. 2 StGB auch Teilnehmer - zu denen der Anstifter zählt (§ 28 Abs. 1 StGB) - Beteiligte sind. Überzeugender ist jedoch eine Anwendung des § 24 Abs. 1 StGB, da ein Anstifter keinen direkten Einfluss darauf hat, ob der Täter vom Versuch zurücktritt oder nicht und allein Letzterer das Tatgeschehen beherrscht.²⁶

2. Kein subjektiv fehlgeschlagener Versuch

Der Versuch dürfte nicht bereits subjektiv fehlgeschlagen sein. Der Versuch ist subjektiv fehlgeschlagen, wenn dem Täter die Tatbestandsverwirklichung mit den ihm zur Verfügung stehenden Mitteln nicht oder nicht ohne zeitliche Zäsur möglich ist und der Täter erkennt, dass er sein Handlungsziel nicht erreichen kann.²⁷ A wusste, dass sein Handlungsziel (Tod des C) auf dem besten Weg war, erreicht zu werden. C blutete stark und war - wie A erkannte - offensichtlich lebensgefährlich verletzt. Damit wäre der tatbestandliche Erfolg aus der maßgeblichen Sicht des A bei ungehinderter Fortlauf eingetreten, so dass der Versuch nicht subjektiv fehlgeschlagen ist.

²³ BGH, NStZ 2020, 613; Eschelbach in: BeckOK-StGB, § 211 Rn. 22.

²⁴ BGH, NStZ 2020, 733; Eschelbach in: BeckOK-StGB, § 211 Rn. 22.

²⁵ Vgl. hierzu BGHSt 42, 301, 302 ff.; Schneider in: MüKo-StGB, § 211 Rn. 63.

²⁶ Hoffmann-Holland in: MüKo-StGB, § 24 Rn. 161.

²⁷ BGH GrS, NJW 1993, 2061, 2062; BGH, NStZ 2014, 396; Hoffmann-Holland in: MüKo-StGB, § 24 Rn. 54.

Hinweis: Ein Eingehen auf die zur Festlegung des für die Frage des Vorliegens eines fehlgeschlagenen Versuchs maßgeblichen Zeitpunkts vertretenen Theorien (Einzelaktstheorie oder Gesamtbetrachtungslehre) kann daher unterbleiben.

3. Rücktrittshandlung

Fraglich ist, ob eine objektiv ausreichende Rücktrittshandlung des A vorliegt. Deren Maßstab richtet sich gemäß § 24 Abs. 1 Satz 1 StGB danach, ob es sich um einen unbeendeten (Alt. 1) oder um einen beendeten (Alt. 2) Versuch handelt. Im vorliegenden Fall hat A durch das Ausführen der fünfzehn Messerstiche und die daraus resultierende - von ihm erkannte - Lebensgefahr bereits alles nach seiner Vorstellung für die Tötung des C Erforderliche getan.²⁸ Es liegt somit ein beendeter Versuch im Sinne von § 24 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 StGB vor, weshalb A für einen strafbefreiend Rücktritt die Vollendung der Tat verhindert haben müsste.

Dies ist im gegenständlichen Fall problematisch. A hat darauf verzichtet, den Rettungsdienst selbst zu rufen, obwohl ihm dies mit seinem Mobiltelefon möglich gewesen wäre. Er hat lediglich den Spaziergänger Gustav (G) angesprochen, der daraufhin die Rettung des C veranlasste. Ob dies ausreichend ist, um eine Vollendungsverhinderung im Sinne von § 24 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 StGB anzunehmen, hängt davon ab, welche Anforderungen an das Rücktrittsverhalten zu stellen sind.

a) Kausalitätsansatz

Nach einer Auffassung ist es für ein Rücktrittsverhalten im Sinne von § 24 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 StGB ausreichend, wenn der Täter eine neue Kausalkette in Gang setzt, die für die Nichtvollendung der Tat zumindest mitursächlich geworden ist und der Täter den Tatvorsatz vollständig aufgibt.²⁹

A hat sich dazu entschieden, den C aufgrund von Reue zu retten, und somit den Tötungsvorsatz aufzugeben. Indem er den auf dem Heimweg befindlichen Spaziergänger G durch seinen Hinweis "da hinten liegt einer" und den Fingerzeig in Richtung der Uferstelle, an der sich C befand, zum Umkehren veranlasste, hat er eine für die Rettung des C ursächliche neue Kausalkette in Gang gesetzt, da C ohne die von G daraufhin durchgeführte Verständigung des Rettungsdienstes verstorben wäre. Nach dieser Auffassung wäre von einer Vollendungsverhinderung durch A auszugehen.

b) Bestleistungsansatz

Nach einer anderen Auffassung liegt eine Vollendungsverhinderung im Sinne von § 24 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 StGB nur dann vor, wenn der Täter unter mehreren möglichen Handlungsalternativen die optimale beziehungsweise die zur Vollendungsverhinderung am sichersten geeignete Maßnahme ergreift.³⁰

A hat es unterlassen, den Rettungsdienst selbst unter Zuhilfenahme des mitgeführten Mobiltelefons zu rufen. Er hat deshalb die sicherste und schnellste Maßnahme zur Rettung des C nicht ergriffen. Das Einwirken auf den G ist nach diesem Ansatz

²⁸ Vgl. Hoffmann-Holland in: MüKo-StGB, § 24 Rn. 72 ff. m.w.N.

²⁹ Zuletzt etwa BGH, NStZ 2020, 221, 223 ff.

³⁰ Herzberg, NJW 1989, 862.

nicht ausreichend, um eine (optimale) Verhinderungshandlung zu begründen, zumal A den G nicht einmal auf Art und Ausmaß der Notsituation hingewiesen hat.

c) Zurechnungstheorie

Eine weitere Auffassung fordert neben der Ursächlichkeit des Täterverhaltens, dass diesem die Vollendungsverhinderung objektiv zugerechnet werden kann. Unter Heranziehung von Zurechnungserwägungen ist hiernach zu fragen, ob das Verhalten des Täters auf die Verhinderung des Erfolgs ausgerichtet und die Nichtvollendung der Tat als dessen "Werk" anzusehen ist.³¹

Hiernach könnte die Rettung des C als Werk des G - und nicht des A - zu werten sein. Hierfür spricht, dass A den G durch die Aussage "da hinten liegt einer" nicht auf die Art und das konkrete Ausmaß der Notsituation hingewiesen hat. Zudem entfernte sich A ohne weitere Erklärung, verhinderte deshalb Rückfragen seitens des G und legte es somit primär in dessen Hände, ob er das Verhalten des A ernst und zum Anlass nimmt, seinen Heimweg abzubrechen und sich zu der Uferstelle zu begeben. Andererseits kann in der Aussage des A "da hinten liegt einer" in Zusammenschau mit dem Fingerzeig in Richtung der Uferstelle, an der C liegt, ein ausreichender Hinweis auf eine bestehende Notlage gesehen werden, zumal sich der G auf dem Heimweg befand, weitere Personen nicht anwesend waren und das Umkehren des G somit von A initiiert wurde.³² Insbesondere kann vor diesem Hintergrund nicht davon gesprochen werden, der A habe lediglich die Rettungstat des G unterstützt.

Die Rettung des C ist dem A demzufolge als dessen "Werk" zuzurechnen, weshalb eine Vollendungsverhinderung im Sinne von § 24 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 StGB durch das Einwirken auf den G nach diesem Ansatz zu bejahen ist.

Hinweis: Eine andere Auffassung ist an dieser Stelle gut vertretbar.

d) Stellungnahme

Somit kommt allein die Auffassung, welche die optimale beziehungsweise sicherste Maßnahme zur Vollendungsverhinderung fordert, zu dem Ergebnis, dass A die Vollendung nicht verhindert hat. Gegen diese Auffassung spricht bereits der dem § 24 StGB immanente Opferschutzgedanke, da dem Täter bei zu strikten Anforderungen an das Rücktrittsverhalten weniger Anreiz zur Umkehr gegeben würde.³³ Auch dem Wortlaut des § 24 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 StGB lassen sich diese hohen Anforderungen an das Rücktrittsverhalten nicht entnehmen. Zudem zeigt ein systematischer Vergleich zu § 24 Abs. 2 Satz 2 StGB, der sich mit Fallkonstellationen befasst, in denen die Tat ohne Zutun des Täters nicht vollendet wird, dass der Gesetzgeber nur dort spezifische Anforderungen an die Qualität des Rücktrittsverhaltens vorgesehen hat.³⁴

Deshalb ist die restriktive Auffassung abzulehnen, weshalb A die Vollendung der Tat durch das Einwirken auf den G verhindert hat. Zudem hat A die Verhinderungshand-

³¹ Wessels/Beulke/Satzger, AT, Rn. 1059; Cornelius in: BeckOK-StGB, 24 Rn. 59 f.; Rudolphi, NSZ 1989, 508, 511.

³² Vgl. hierzu Cornelius in: BeckOK-StGB, 24 Rn. 60, wonach der "Täter die Rolle des Initiators [eingenommen] und in dem Dritten einen Rettungsentschluss" hervorgerufen haben muss.

³³ Hoffmann-Holland in: MüKo-StGB, § 24 Rn. 134.

³⁴ Rudolphi, NSZ 1989, 508, 511.

lung vorgenommen, um den C zu retten, weshalb auch der erforderliche Verhinderungsvorsatz - hier in Gestalt eines Verhinderungswillens - vorliegt.³⁵

4. Freiwilligkeit

Fraglich ist, ob A freiwillig handelte. Dies ist nach der herrschenden empirisch-psychologischen Betrachtungsweise dann der Fall, wenn er aus autonomen, also von ihm selbst oder umgangssprachlich "von innen" kommenden Motiven von der Tat zurückgetreten ist.³⁶ A ist aus Reue und somit aufgrund eines autonomen Motivs von der Tat zurückgetreten. Daher handelte A freiwillig.

5. Zwischenergebnis

A ist nach § 24 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 StGB strafbefreiend vom Versuch zurückgetreten.

VI. Ergebnis

A hat sich nicht wegen versuchten Mords gemäß §§ 211 Abs. 1, Abs. 2 Gruppe 1 Var. 3, Gruppe 2 Var. 2, 212 Abs. 1, 22, 23 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

B. Strafbarkeit des A gemäß §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2, Nr. 4, Nr. 5 StGB

Indem A fünfzehn Mal mit dem Fischermesser auf C eingestochen hat, könnte er sich wegen gefährlicher Körperverletzung gemäß §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2, Nr. 4, Nr. 5 StGB strafbar gemacht haben.

I. Objektiver Tatbestand

1. Grunddelikt gemäß § 223 Abs. 1 StGB

A müsste den C körperlich misshandelt oder an seiner Gesundheit geschädigt haben, § 223 Abs. 1 StGB. Eine körperliche Misshandlung ist jede üble, unangemessene Behandlung, die zu einer nicht unerheblichen Beeinträchtigung des körperlichen Wohlbefindens oder der körperlichen Unversehrtheit führt.³⁷ Eine Gesundheitsschädigung ist in jedem Hervorrufen oder Steigern eines vom Normalzustand der körperlichen Funktionen des Menschen nachteilig abweichenden krankhaften Zustands zu sehen, also in einem, wenn auch nur vorübergehenden Herbeiführen einer pathologischen Verfassung.³⁸ A hat den C durch die Messerstiche unangemessen behandelt. Dies führte nicht nur zu einer erheblichen Beeinträchtigung des körperlichen Wohlbefindens, sondern auch zu einem krankhaften Zustand bei dem aufgrund der Stichwunden stark blutenden C.

³⁵ S. hierzu Hoffmann-Holland in: MüKo-StGB, § 24 Rn. 136.

³⁶ Cornelius in: BeckOK-StGB, § 24 Rn. 37; Fischer, StGB, § 24 Rn. 19 m.w.N.

³⁷ BGH, NJW 1960, 1477; Eschelbach in: BeckOK-StGB, § 223 Rn. 17; Fischer, StGB, § 223 Rn. 4 m.w.N.

³⁸ BGH, Urt. v. 21.6.1960 - 1 StR 186/60; Fischer, StGB, § 223 Rn. 8 m.w.N.

2. Qualifikation gemäß § 224 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2, Nr. 4, Nr. 5 StGB

a) § 224 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2 StGB

Diese Körperverletzung könnte A mittels eines anderen gefährlichen Werkzeugs gemäß § 224 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2 StGB begangen haben. Voraussetzung ist hierfür ein Gegenstand, der nach seiner objektiven Beschaffenheit und der konkreten Art seiner Benutzung geeignet ist, erhebliche Körperverletzungen herbeizuführen.³⁹ Das Fismesser, bei dem es sich um einen spitzen und mit einer Klingenlänge von zwanzig Zentimeter versehenen - mithin der objektiven Beschaffenheit nach zur Verletzung eines Menschen geeigneten - Gegenstand handelt, war auch nach seiner konkreten Verwendung im Einzelfall - dem Einstechen auf den Oberkörper des C - geeignet, schwere Stichwunden herbeizuführen und somit ein anderes gefährliches Werkzeug im Sinne dieser Vorschrift.

b) § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB

Trotz der etwaigen Beteiligung des B im Wege einer Anstiftung liegt kein gemeinschaftliches Vorgehen im Sinne von § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB vor. Zwar kann § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB auch beim Zusammenwirken eines unmittelbaren Täters und eines Anstifters erfüllt sein, da es sich jeweils um Beteiligte handelt (§ 28 Abs. 2 StGB).⁴⁰ Erforderlich ist jedoch ein gemeinschaftliches Vorgehen am Tatort, weil nur hierdurch eine erhöhte Eskalationsgefahr durch das Zusammenwirken vor Ort entsteht.⁴¹ Am Tatort handelte jedoch nur A.

c) § 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB

§ 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB ist demgegenüber verwirklicht. Der Einsatz des Messers gegen den Oberkörper des C ist sowohl abstrakt, also unabhängig vom Einzelfall, als auch nach den konkreten Umständen des Einzelfalls generell dazu geeignet, das Leben des Opfers zu gefährden; zudem schwebte C auch konkret in Lebensgefahr. Auf die Streitfrage, wie der Begriff der das Leben gefährdenden Behandlung in § 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB auszulegen ist, kommt es deshalb nicht an.⁴²

II. Subjektiver Tatbestand

A handelte sowohl bezüglich des Grunddelikts als auch bezüglich der verwirklichten Qualifikationstatbestände vorsätzlich. In dem Tötungsvorsatz des A ist auch der erforderliche Körperverletzungsvorsatz enthalten.⁴³

III. Rechtswidrigkeit und Schuld

A handelte rechtswidrig und schuldhaft.

³⁹ Fischer, StGB, § 224 Rn. 14 m.w.N.; Eschelbach in: BeckOK-StGB, § 224 Rn. 28.

⁴⁰ Hardtung in: MüKo-StGB, § 224 Rn. 35.

⁴¹ Fischer, StGB, § 224 Rn. 23 m.w.N.

⁴² Vgl. Hardtung in: MüKo-StGB, § 224 Rn. 42 m.w.N.

⁴³ Schneider in: MüKo-StGB, § 212 Rn. 119 m.w.N.

IV. Ergebnis

A hat sich wegen gefährlicher Körperverletzung gemäß §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2, Nr. 5 StGB strafbar gemacht.

C. Strafbarkeit des A gemäß § 241 Abs. 2 StGB

Indem A den C im Verlauf des mehrminütigen Wortwechsels mehrmals mit dem Tod und somit mit der Begehung eines Verbrechens im Sinne des § 12 Abs. 1 StGB bedrohte, hat er sich zudem gemäß § 241 Abs. 2 StGB strafbar gemacht.

D. Strafbarkeit des B gemäß §§ 211 Abs. 1, Abs. 2 Gruppe 1 Var. 3, Gruppe 2 Var. 2, 212 Abs. 1, 22, 23 Abs. 1, 26 StGB

B könnte sich wegen Anstiftung zum versuchten Mord gemäß §§ 211 Abs. 1, Abs. 2 Gruppe 1 Var. 3, Gruppe 2 Var. 2, 212 Abs. 1, 22, 23 Abs. 1, 26 StGB strafbar gemacht haben, indem er A den Vorschlag unterbreitete, dass dieser den C während des Angelausflugs "um die Ecke" bringen könne.

I. Objektiver Tatbestand

1. Vorsätzliche rechtswidrige Haupttat

Mit dem versuchten Mord durch A liegt eine vorsätzliche rechtswidrige Haupttat vor. Der strafbefreiende Rücktritt des A gemäß § 24 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 StGB als persönlicher Strafausschließungsgrund ist für die Teilnahmestrafbarkeit des B irrelevant.

2. Anstiftungshandlung

B müsste den A zu der Tat bestimmt haben, § 26 StGB. Bestimmen setzt das Hervorrufen des Tatentschlusses bei einem anderen voraus.⁴⁴ Zu Beginn des Gesprächs zwischen A und B berichtete A lediglich von seiner finanziellen Situation und dem Umstand, dass C immer mit seiner Karriere und seinem Vermögen prahle. Ein Entschluss des A zur Tötung des C lag zu diesem Zeitpunkt noch nicht vor. Erst nachdem B dem A unter Verweis auf die Partizipation des A am Erbe des C vorgeschlagen hat, dass A den C anlässlich des am nächsten Tag anstehenden Angelausflugs "um die Ecke bringen" könne, wurde bei A der Tatentschluss zur Tötung des C hervorgerufen.

II. Subjektiver Tatbestand

1. Vorsatz bezüglich der vorsätzlichen rechtswidrigen Haupttat

Fraglich ist, ob B Vorsatz bezüglich der vorsätzlichen rechtswidrigen Haupttat - des versuchten Mords des A an C - hatte. B hielt es jedenfalls, für möglich, dass A den C tatsächlich umbringen könnte und billigte diesen Umstand. Der Vorsatz bezieht sich zunächst aber nur auf einen Totschlag gemäß § 212 Abs. 1 StGB des A an C.

⁴⁴ Kudlich in: BeckOK-StGB, § 26 Rn. 12.

Dass A das tatbezogene Mordmerkmal der Grausamkeit gemäß § 211 Abs. 2 Gruppe 2 Var. 2 StGB verwirklichen würde, wusste B nicht, da er sich über das konkrete Vorgehen des A keine Vorstellungen gemacht hat. B handelte daher in Bezug auf die grausame Begehung der Tötung durch A nicht vorsätzlich. Jedoch kannte B die Motivlage des A, weshalb er Vorsatz hinsichtlich der Tötung aus Habgier hatte.

2. Vorsatz bezüglich des Bestimmens

B war bewusst, dass A seinen Vorschlag ernst nehmen und umsetzen würde. B hielt dies für möglich und nahm dies auch billigend in Kauf. Damit handelte er auch bezogen auf die Anstiftungshandlung vorsätzlich.

III. Tatbestandsverschiebung gemäß § 28 Abs. 2 StGB

Fraglich ist, ob sich B in Bezug auf die Tötung des C durch A aus Habgier wegen Anstiftung zum versuchten Mord strafbar gemacht hat. In Betracht kommt eine Tatbestandsverschiebung gemäß § 28 Abs. 2 StGB.

1. Fehlen eines besonderen persönlichen Merkmals beim Teilnehmer

Bei der Habgier handelt es sich um ein sogenanntes täterbezogenes Mordmerkmal. Diese Mordmerkmale stellen besondere persönliche Merkmale im Sinne des § 14 Abs. 1 StGB dar, so dass für die Frage der Strafbarkeit des B § 28 StGB maßgeblich ist.⁴⁵ Es ist daher für B als Beteiligten an der Tat des A zu ermitteln, ob er selbst auch ein täterbezogenes Mordmerkmal verwirklicht hat.⁴⁶ B kannte zwar die Motive des A (Tötung zur Erlangung des Erbes des C). B selbst handelte jedoch nicht aus Habgier. Auch andere täterbezogene Mordmerkmale sind bei ihm nicht ersichtlich.

2. Rechtsfolge

Wie sich das Fehlen des vom Haupttäter A verwirklichten täterbezogenen Mordmerkmals der Habgier bei B auf dessen Strafbarkeit auswirkt, hängt davon ab, in welchem Verhältnis die §§ 211, 212 StGB zueinander stehen, mithin, ob es sich bei § 211 StGB im Verhältnis zu § 212 Abs. 1 StGB um einen eigenständigen Straftatbestand (a)) oder dessen Qualifikationstatbestand (b)) handelt.

a) Rechtsprechung

Die Rechtsprechung erachtet § 211 StGB als eigenständigen Tatbestand.⁴⁷ Diese Ansicht hat zur Folge, dass es sich bei den täterbezogenen Mordmerkmalen der 1. und 3. Gruppe des § 211 Abs. 2 StGB um strafbarkeitsbegründende besondere persönliche Merkmale handelt, weshalb § 28 Abs. 1 StGB zur Anwendung gelangt. Auch wenn das täterbezogene Mordmerkmal der Habgier - und somit ein besonderes persönliches Merkmal - bei B als Anstifter fehlt, führt dies dazu, dass B wegen Anstiftung zum versuchten Mord zu bestrafen ist. Seine Strafe wäre nach dieser Auffassung lediglich gemäß §§ 28 Abs. 1, 49 Abs. 1 StGB zu mildern.

⁴⁵ BGH, NJW 2021, 1767 m.w.N.; Eschelbach in: BeckOK-StGB, § 211 Rn. 104.

⁴⁶ Vgl. Fischer, StGB, § 211 Rn. 97.

⁴⁷ BGH, NJW 2021, 1767 m.w.N.

b) Literatur

Die im Schrifttum vertretene Gegenauffassung ordnet § 211 StGB als Qualifikationstatbestand zu § 212 Abs. 1 StGB ein.⁴⁸ Dies hat zur Konsequenz, dass die täterbezogenen Mordmerkmale strafschärfende besondere persönliche Merkmale im Sinne des § 28 Abs. 2 StGB sind. Demnach tritt die Strafschärfung nur bei dem Beteiligten ein, bei dem das besondere persönliche Merkmal vorliegt. Da das Mordmerkmal der Habgier bei B fehlt, hat diese Ansicht zur Folge, dass B sich in Anwendung von § 28 Abs. 2 StGB nur wegen Anstiftung zum versuchten Totschlag strafbar gemacht hätte.

c) Stellungnahme

Für die Sicht der Rechtsprechung spricht die systematische Stellung des § 211 StGB, der - im Gegensatz zu sonstigen Qualifikationstatbeständen - vor § 212 StGB geregelt ist. Zudem beinhaltet § 211 StGB keine pauschale Verweisung auf § 212 StGB, sondern sämtliche strafbarkeitsbegründende Tatbestandsmerkmale. Daher sieht die Rechtsprechung in § 211 und § 212 StGB zwei selbständige Tatbestände mit unterschiedlichem Unrechtsgehalt.⁴⁹

Dem ist jedoch entgegenzuhalten, dass das Unrecht von § 211 und § 212 StGB jeweils in der vorsätzlichen Tötung eines Menschen liegt und daher identisch ist. Die hinzutretenden speziellen Merkmale des § 211 StGB erhöhen das in § 212 StGB normierte Unrecht lediglich quantitativ und nicht qualitativ.⁵⁰ Auch die Systematik spricht nicht zwingend gegen eine Einordnung des Mords als Qualifikation des Totschlags. Vielmehr wird damit die besondere Bedeutung des darin verwirklichten Unrechts betont. Richtigerweise ist daher § 211 StGB als Qualifikation des § 212 StGB zu sehen. Auf die täterbezogenen Mordmerkmale ist demnach § 28 Abs. 2 StGB anzuwenden, weshalb B sich nicht wegen Anstiftung zum versuchten Mord, sondern lediglich wegen Anstiftung zum versuchten Totschlag strafbar gemacht.

Hinweis: Eine andere Ansicht ist bei entsprechender Begründung ebenso vertretbar.

IV. Rechtswidrigkeit und Schuld

B handelte rechtswidrig und schuldhaft.

V. Rücktritt

Ein Rücktritt des B gemäß § 24 Abs. 2 StGB ist nicht ersichtlich.

VI. Ergebnis

B hat sich wegen Anstiftung zum versuchten Totschlag gemäß §§ 212 Abs. 1, 22, 23 Abs. 1 Alt. 1, 26 StGB strafbar gemacht.

⁴⁸ Heger in: Lackner/Kühl, StGB, Vor. § 211 Rn. 22; Eser/Sternberg-Lieben in: Schönke/Schröder, StGB, Vor. § 211 Rn. 5; Wessels/Hettinger/Engländer, Strafrecht BT 1 Rn. 25 f. jeweils m.w.N.

⁴⁹ BGH, NJW 1952, 110, 110 f.; seitdem st. Rspr. s. BGH, NJW 2006, 1008, 1012 f. m.w.N.

⁵⁰ Eser/Sternberg-Lieben in: Schönke/Schröder, StGB, Vor. § 211 Rn. 5.

E. Strafbarkeit des B gemäß §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2, Nr. 5, 26 StGB

B hat A auch vorsätzlich dazu bestimmt, die gefährliche Körperverletzung, die in einem (jedem) Tötungsversuch liegt, zu begehen. Insbesondere war ihm denkwürdigerweise auch die Lebensgefährlichkeit der Behandlung gemäß § 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB bekannt, so dass sich sein Vorsatz auf Grunddelikt (§ 223 Abs. 1 StGB) und Qualifikation (§ 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB) bezog. Den Einsatz des Messers durch den A (§ 224 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2 StGB) kannte B demgegenüber nicht. B hat sich daher auch wegen Anstiftung zur gefährlichen Körperverletzung gemäß §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nr. 5, 26 StGB strafbar gemacht.

F. Gesamtergebnis und Konkurrenzen zu Tatkomplex 2

A hat sich wegen gefährlicher Körperverletzung gemäß §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2, Nr. 5 StGB in Tateinheit mit Bedrohung gemäß § 241 Abs. 2 StGB⁵¹ strafbar gemacht.

B hat sich wegen Anstiftung zum versuchten Totschlag gemäß §§ 212 Abs. 1, 22, 23 Abs. 1 Alt. 1, 26 StGB in Tateinheit mit Anstiftung zur gefährlichen Körperverletzung gemäß §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nr. 5, 26 StGB strafbar gemacht.

Tatkomplex 3: "Spielbank"

A. Strafbarkeit des A gemäß §§ 242 Abs. 1, 25 Abs. 1 Alt. 2 StGB

Indem A den Derik (D) darum bat, sich den Gewinn in Form des Bargelds von dem in der Spielbank Garmisch-Partenkirchen befindlichen Glücksspielautomaten ausgeben zu lassen, könnte er sich wegen Diebstahls in mittelbarer Täterschaft gemäß §§ 242 Abs. 1, 25 Abs. 1 Alt. 2 StGB strafbar gemacht haben.

I. Objektiver Tatbestand

A hat in der Spielbank Garmisch-Partenkirchen keine Tathandlung vorgenommen, so dass eine Strafbarkeit in unmittelbarer Täterschaft nach § 25 Abs. 1 Alt. 1 StGB ausscheidet. A könnte jedoch das Verhalten des D gemäß § 25 Abs. 1 Alt. 2 StGB zurechnen sein, wenn A mittelbarer Täter war.

1. Kein Ausschluss der mittelbaren Täterschaft gemäß § 25 Abs. 1 Alt. 2 StGB

Eine mittelbare Täterschaft des A ist nicht wegen besonderer deliktspezifischer Merkmale ausgeschlossen. Bei § 242 Abs. 1 StGB handelt es sich weder um ein eigenhändiges Delikt noch um ein Sonderdelikt.

⁵¹ Die Bedrohung tritt im Wege der Konsumtion nur gegenüber dem versuchten bzw. vollendeten angedrohten Verbrechen zurück, BGH, NSTZ 2019, 472; BGH, BeckRS 2000, 30094602 Rn. 3; Sinn in: MüKo-StGB, § 241 Rn. 23; vgl. auch Toepel in: NK-StGB, § 241 Rn. 28 (Wiederaufleben der Bedrohung im Falle des Rücktritts von der angedrohten Tat).

2. Verwirklichung des objektiven Tatbestandes des § 242 Abs. 1 StGB durch D

a) Fremdheit

Bei dem von dem Glücksspielautomaten ausgeworfenen Bargeld müsste es sich um taugliche Tatobjekte im Sinne des § 242 Abs. 1 StGB handeln. Zwar handelt es sich um transportable sowie körperliche Gegenstände und somit um bewegliche Sachen. Fraglich ist jedoch, ob diese im Zeitpunkt der Entgegennahme durch D fremd waren. Dies hängt davon ab, ob der Freistaat Bayern als Betreiber der Spielbank und somit ursprünglicher Eigentümer des Bargelds konkludent ein (unbedingtes) Übereignungsangebot nach § 929 Satz 1 BGB abgegeben hat. Ob ein Angebot vorlag, ist durch Auslegung unter Berücksichtigung der Parteiinteressen zu ermitteln (§§ 133, 157 BGB), wobei die von Seiten des Automatenaufstellers mit der Eigentumsübertragung verfolgten Ziele und Zwecke zu berücksichtigen sind.⁵²

Im gegenständlichen Fall ist davon auszugehen, dass das Übereignungsangebot des Betreibers des Glücksspielautomaten unter der Bedingung (§ 158 BGB) steht, dass der Bediener des Glücksspielautomaten nicht über rechtswidrig erlangtes Sonderwissen verfügt und ein regelkonformes Spiel ohne Manipulation der Gewinnchance durchführt. D verfügte demgegenüber über mittels einer Straftat erlangtes Sonderwissen bezüglich der geheimen Tastenkombination und war auch nicht befugt, die entsprechende Sicherheitstastenkombination zu verwenden. Demnach lag kein unbedingtes Übereignungsangebot von Seiten des Betreibers der Spielbank vor, so dass das Bargeld weiterhin in dessen Eigentum verblieben ist.

Hinweis: Eine andere Ansicht ist mit entsprechender Argumentation vertretbar.⁵³

b) Wegnahme des Bargelds

Es müsste zudem eine Wegnahme des Bargelds durch D vorliegen. Das setzt zunächst voraus, dass D den ursprünglichen Gewahrsam des Filialleiters der Spielbank Garmisch-Partenkirchen Friedrich (F)⁵⁴ gebrochen, ihm diesen also gegen seinen Willen entzogen hat. Dies wäre nicht der Fall, wenn man im Aufstellen des Glücksspielautomaten "Lucky Nr. 7", der den Gewinn selbstständig auswirft, ein tatbestandsausschließendes Einverständnis erblicken würde.

Dem Interesse des Spielbankbetreibers entspricht es zwar nicht, an einen Unbefugten zu übereignen (siehe oben a)), so dass man auch ein Einverständnis nur gegenüber einem befugten Nutzer annehmen könnte. Eine unterschiedliche Bewertung ist jedoch angesichts des unterschiedlichen Charakters der Übereignung (als dingliches Rechtsgeschäft) und der Wegnahme (als bedingungsfeindlicher Realakt⁵⁵) gerechtfertigt.⁵⁶ Um eine klare Grenze zwischen Wegnahme und Täuschung zu ermöglichen, darf ein Einverständnis deshalb generell nur an äußerlich erkennbare Umstän-

⁵² BGH, NJW 1988, 979, 980 f.; OLG Düsseldorf, NJW 2000, 158, 159.

⁵³ Vgl. hierzu Kudlich, JuS 2001, 20, 23 f.

⁵⁴ Dagegen hat der Betreiber der Spielbank keinen Gewahrsam an den Geldscheinen. Betreiber der Spielbank ist der Freistaat Bayern (s. hierzu Art. 2 Abs. 1, Abs. 2 Satz 1 des Gesetzes über Spielbanken im Freistaat Bayern - Spielbankgesetz). Juristische Personen können keinen Gewahrsam im strafrechtlichen Sinn haben, vgl. hierzu Schmitz in: MüKo-StGB, § 242 Rn. 50 m.w.N.

⁵⁵ Kudlich, JuS 2001, 20, 23.

⁵⁶ Vgl. auch Theile, JA 2011, 32, 35.

de geknüpft werden und damit daran, dass der Glücksspielautomat äußerlich ordnungsgemäß bedient worden ist.⁵⁷

Die von D eingesetzte Tastenkombination ist im Programm des Spielautomaten vorgesehen. Deren Eingabe stellt somit - auch wenn es sich um keine für den Spielablauf übliche Tastenkombination handeln dürfte - eine äußerlich ordnungsgemäße Bedienung des Glücksspielautomaten dar. Der Wille des Spielbankbetreibers, Gewinne nur an denjenigen auszugeben, der sich auf die Zufälligkeiten des Spiels einlässt, hat im Bedienungsablauf des Automaten "Lucky Nr. 7" keinen Niederschlag gefunden.⁵⁸ Auch handelt es sich bei der rechtswidrigen Erlangung des Sonderwissens nicht um einen äußerlich erkennbaren Umstand. D hat den Automaten somit technisch ordnungsgemäß bedient und das Bargeld folglich mit dem Einverständnis des ursprünglichen Gewahrsamsinhabers an sich genommen, weshalb eine Wegnahme nicht vorliegt.

Hinweis: Eine andere Auffassung ist hier mit entsprechender Argumentation vertretbar.⁵⁹ Eine Strafbarkeit gemäß § 263a Abs. 1 StGB scheidet dann auf Grundlage der herrschenden Auffassung, die ein Exklusivitätsverhältnis zwischen § 242 Abs. 1 StGB und § 263a Abs. 1 StGB annimmt⁶⁰ aus.

II. Ergebnis

A hat sich daher nicht wegen Diebstahls in mittelbarer Täterschaft gemäß §§ 242 Abs. 1, 25 Abs. 1 Alt. 2 StGB strafbar gemacht.

B. Strafbarkeit des A gemäß §§ 263 Abs. 1, 25 Abs. 1 Alt. 2 StGB zu Lasten des Freistaats Bayern als Betreiber der Spielbank

A könnte sich wegen Betrugs in mittelbarer Täterschaft gemäß §§ 263 Abs. 1, 25 Abs. 1 Alt. 2 StGB zu Lasten des Freistaats Bayern als Betreiber der Spielbank strafbar gemacht haben, indem er D darum bat, sich den Gewinn in der Spielbank auszahlen zu lassen. Allerdings liegt bereits keine Täuschungshandlung (weder des A noch des D) gegenüber einem Menschen vor. Das Tatgeschehen beschränkte sich auf die Einwirkung am Spielautomaten. A hat sich daher nicht gemäß §§ 263 Abs. 1, 25 Abs. 1 Alt. 2 StGB strafbar gemacht.

C. Strafbarkeit des A gemäß § 263 Abs. 1 StGB gegenüber D und zu Lasten des Freistaats Bayern als Betreiber der Spielbank

Auch ein Betrug gegenüber D und zu Lasten des Freistaats Bayern ist nicht gegeben. Zwar müssen beim Betrug die getäuschte und die geschädigte Person nicht identisch sein. Erforderlich ist aber, dass der Getäuschte - hier der von A über die Hintergründe des Spielbankbesuchs getäuschte D - in einem Näheverhältnis zu dem

⁵⁷ Sog. Lehre vom bedingten Einverständnis - BGH, NJW 1988, 979; BayObLG, NSTZ 1990, 595; OLG Celle, NJW 1997, 1518; OLG Düsseldorf, NJW 2000, 158; Wittig in: BeckOK-StGB, § 242 Rn. 22.1.; Hoven in: NK-StGB, § 242 Rn. 50; Schmitz in: MüKo-StGB, § 242 Rn. 99.

⁵⁸ Hoven in: NK-StGB, § 242 Rn. 50; vgl. auch Heger in: Lackner/Kühl/Heger, § 242 StGB Rn. 14.

⁵⁹ S. etwa LG Saarbrücken, NJW 1989, 2272; vgl. auch OLG Celle, NJW 1997, 1518 für einen Fall des Spielens mit manipulierten Münzen.

⁶⁰ Kindhäuser/Hoven in: NK-StGB, § 263a Rn. 63; Hefendehl/Noll in: MüKo-StGB, § 263a Rn. 163; Perron in: Schönke/Schröder, § 263a StGB Rn. 23; a.A. Heger in: Lackner/Kühl/Heger, § 263a StGB Rn. 28.

Geschädigten steht. Ein solches Verhältnis ist zwischen D und dem Betreiber der Spielbank nicht gegeben. Vielmehr ist D in Bezug auf die Spielbank ein fremder Dritter.

D. Strafbarkeit des A gemäß §§ 263a Abs. 1 Var. 3, 25 Abs. 1 Alt. 2 StGB

Indem A den D darum bat, die Tastenkombination in den Glücksspielautomaten "Lucky Nr. 7" der Spielbank Garmisch-Partenkirchen einzugeben und sich den Gewinn durch den Automaten ausgeben zu lassen, könnte er sich wegen Computerbetrugs in mittelbarer Täterschaft gemäß §§ 263a Abs. 1 Var. 3, 25 Abs. 1 Alt. 2 StGB strafbar gemacht haben.

I. Objektiver Tatbestand

1. Kein Ausschluss der mittelbaren Täterschaft gemäß § 25 Abs. 1 Alt. 2 StGB

Eine mittelbare Täterschaft des A ist auch hier nicht wegen besonderer deliktspezifischer Merkmale ausgeschlossen.

2. Verwirklichung des objektiven Tatbestands durch D

a) Tathandlung: Unbefugte Verwendung von Daten, § 263a Abs. 1 Var. 3 StGB

D müsste eine der vier Tathandlungsvarianten des § 263a Abs. 1 StGB verwirklicht haben. In Betracht kommt das unbefugte Verwenden von Daten nach Var. 3.

Daten sind dabei Informationen, die in einer Weise dargestellt werden, dass sie für eine automatische Verarbeitung verwendet werden können. Dies setzt eine computer- und datenverarbeitungsgerechte, kodierte Form der Information voraus.⁶¹ In ihrer korrekten Reihenfolge erfüllt die geheime Tastenkombination die Anforderungen an den Datenbegriff. Sie stellt den "Code" dar, der nach der Programmierung des Automaten eine bestimmte Bedeutung - die Auszahlung des Hauptgewinns - hat.

Die Verwendung von Daten setzt voraus, dass diese in den Datenverarbeitungsprozess eingeführt werden.⁶² D hat durch die Eingabe der Tastenkombination in den Glücksspielautomaten "Lucky Nr. 7" Daten eingeführt.

Hinweis: Eine andere Ansicht ist vertretbar. Teilweise wird das bloße Drücken einer am Automaten vorhandenen Taste nicht als Eingabe von Daten i.S.d. § 263a Abs. 1 Var. 3 StGB eingestuft.⁶³ Dann müsste § 263a Abs. 1 Var. 4 StGB geprüft werden.⁶⁴

Fraglich ist aber, ob diese Verwendung auch "unbefugt" im Sinne von § 263a Abs. 1 Var. 3 StGB war. Die Anforderungen an das Merkmal "unbefugt" sind umstritten.

⁶¹ Schmidt in: BeckOK-StGB, § 263a Rn. 6 m.w.N.; Hefendehl/Noll in: MüKo-StGB, § 263a Rn. 21.

⁶² Hefendehl/Noll in: MüKo-StGB, § 263a Rn. 51 m.w.N.

⁶³ Hefendehl/Noll in: MüKo-StGB, § 263a Rn. 52.

⁶⁴ BGH, NJW 1995, 669; Hefendehl/Noll in: MüKo-StGB, § 263a Rn. 132.

aa) Subjektive Auslegung

Nach einer subjektiven Auslegung erfasst § 263a Abs. 1 Var. 3 StGB alle Verhaltensweisen, die nicht vom wirklichen oder mutmaßlichen Willen des Verfügungsberechtigten an den Daten gedeckt sind. Dabei wurde von der Rechtsprechung im Fall des Leerspielens von Glücksspielautomaten auf den "Erwartungshorizont" des Systembetreibers abgestellt.⁶⁵ Diese Auslegung des Merkmals umfasst als unbefugt alles, was nicht durch Gesetz, Vertrag oder mutmaßliche Einwilligung gestattet ist.⁶⁶ Nach dieser Ansicht wäre das Verhalten des D unbefugt. Es widerspricht dem Willen des Betreibers der Spielbank, dass ein Gast der Spielbank die geheime und lediglich als Sicherheitsfunktion vorgesehene Tastenkombination zur Erlangung des Hauptgewinns verwendet.

bb) Betrugsnahe Auslegung

Nach einer betrugsnahen Auslegung hingegen sind nur solche Verhaltensweisen als unbefugt einzustufen, die gegenüber einer natürlichen Person Täuschungscharakter hätten. Der Täter müsste seine Befugnis zur Verwendung der Daten ausdrücklich oder konkludent vorspiegeln oder die Aufklärung über ihr Fehlen unterlassen.⁶⁷ Betrugsähnlichkeit ist hiernach in Einklang mit den zu § 263 Abs. 1 BGB entwickelten Grundsätzen der konkludenten Täuschung insbesondere dann anzunehmen, wenn die Befugnis zu den Grundlagen des jeweiligen Geschäftstyps gehört und nach der Verkehrsanschauung als vorhanden vorausgesetzt wird.⁶⁸

(1) Manipulation des Spiels durch Verwendung der Tastenkombination?

Zu den Grundlagen des Geschäftstyps "Spielvertrag" gehört, dass der Benutzer den Ablauf des Glücksspiels nicht manipuliert, also keinen aktiven Eingriff in den Programmablauf vorgenommen hat,⁶⁹ da ein Glücksspiel gerade durch die Unkenntnis von seinem Ausgang gekennzeichnet ist.⁷⁰

Eine solche Manipulation könnte im gegenständlichen Fall im Verwenden der (Sicherheits-)Tastenkombination gesehen werden, der aufgrund des Drückens von vier Spieltasten gleichzeitig über einen Zeitraum von zehn Sekunden ein zumindest manipulationsähnlicher Charakter - im Sinne eines Einwirkens von außen - zugeschrieben werden könnte.⁷¹ Auf der anderen Seite handelt es sich um eine Tastenkombination, die - zumindest theoretisch - auch jeder andere Spieler hätte drücken können, was gegen einen unmittelbaren Eingriff in den Ablauf des Spielprogramms spricht.⁷²

(2) Verwendung rechtswidrig erlangten Sonderwissens

Ob das Drücken der Tastenkombination ausreichend ist, kann offenbleiben, wenn bereits die Art der Erlangung und der Verbreitungsgrad der Informationen über die von D gedrückte Tastenkombination eine unbefugte Datenverwendung begründet.

⁶⁵ BGH, NJW 1995, 669.

⁶⁶ Hefendehl/Noll in: MüKo-StGB, § 263a Rn. 76 f. m.w.N.

⁶⁷ Hefendehl/Noll in: MüKo-StGB, § 263a Rn. 78 f. m.w.N.; Schmidt in: BeckOK-StGB, § 263a Rn. 23.

⁶⁸ BGH, NJW 2013, 1017, 1018; Hefendehl/Noll in: MüKo-StGB, § 263a Rn. 80.

⁶⁹ BGH, NJW 2007, 782, 784; Hefendehl/Noll in: MüKo-StGB, § 263a Rn. 131.

⁷⁰ Tiedemann in: LK-StGB, § 263a Rn. 21; OLG Stuttgart, BeckRS 2016, 12357 Rn. 10.

⁷¹ Vgl. etwa LG Waldshut-Tiengen, BeckRS 2020, 41213 Rn. 147 (§ 263a Abs. 1 Var. 4 StGB).

⁷² S. hierzu OLG Stuttgart, BeckRS 2016, 12357 Rn. 10; LG Göttingen, NJW 1988, 2488, 2489.

Eine unbefugte Datenverwendung im Sinne des § 263a Abs. 1 Var. 3 StGB liegt nämlich zumindest dann vor, wenn rechtswidrig erlangtes⁷³ und nicht allgemein zugängliches⁷⁴ Sonderwissen ausgenutzt wird, um auf den Programmablauf einzuwirken. In diesem Fall liegt es auf der Hand, dass der Betreiber des Glücksspielautomaten nicht mehr mit diesem Spiel einverstanden ist,⁷⁵ weshalb das "Spielen" als Vorspiegeln des Umstands gedeutet werden kann, sich nicht illegal Kenntnis vom Programmablauf verschafft zu haben.⁷⁶

(a) Rechtswidrige Erlangung des Sonderwissens

Bei der Tastenkombination handelt es sich um eine als geheim eingestufte Sicherheitsfunktion des Glücksspielautomaten "Lucky Nr. 7" und somit um Sonderwissen. Dieses Sonderwissen wurde auch rechtswidrig erlangt, da A sich diese Information von der Herstellerfirma mittels einer Straftat nach § 23 Abs. 1 Nr. 1 GeschGehG verschafft hat.⁷⁷ Auch ein Bekanntwerden der Tastenkombination in allgemein zugänglichen Quellen - wie beispielsweise Internetforen⁷⁸ - ist nicht ersichtlich, da die Tastenkombination nur dem Hersteller und den Betreibern der Spielbanken bekannt ist.

(b) Täuschungsäquivalenz

Würde D als Tatmittler gegenüber einem Mitarbeiter der Spielbank handeln, wäre seinem Verhalten der Erklärungsgehalt beizumessen, dass er den Glücksspielautomaten nicht unter Ausnutzung rechtswidrig erlangten Sonderwissens und somit unter Ausschaltung des Zufalls bedient.⁷⁹ Da die Bedienung des Glücksspielautomaten aber tatsächlich unter Einsatz des rechtswidrig erlangten und nicht allgemein zugänglichen Sonderwissens zu der Tastenkombination erfolgte, wäre das Verhalten des D nach der betrugsnahen Auslegung auch als "unbefugt" anzusehen.

Dass D hinsichtlich der rechtswidrigen Erlangung des Sonderwissens der Vorsatz fehlt, spielt für die Frage, ob sein Verhalten objektive Täuschungsqualität hat, keine Rolle, sondern ist Frage des subjektiven Tatbestands. Auch der Umstand, dass A als mittelbarer Täter und nicht D als gutgläubiger Tatmittler⁸⁰ das Sonderwissen rechtswidrig erlangt hat, ist unschädlich. Wollte man die rechtswidrige Erlangung des Sonderwissen durch den Täter als ein für die Annahme einer "unbefugten" Datenverwendung im Sinne des § 263a Abs. 1 Var. 3 StGB maßgebliches Tätermerkmal einordnen, würde dies - da es auch insoweit auf die Verwirklichung des Merkmals in der

⁷³ Hefendehl/Noll in: MüKo-StGB, § 263a Rn. 131, 132, 133; Heger in: Lackner/Kühl/Heger, § 263a StGB Rn. 14a; s. auch OLG Stuttgart, BeckRS 2016, 12357; KG, NStZ-RR 2015, 111, 112.

⁷⁴ OLG Stuttgart, BeckRS 2016, 12357 Rn. 11; LG Waldshut-Tiengen, BeckRS 2020, 41213 Rn. 146.

⁷⁵ BGH, NJW 1995, 669, 670; BayObLG, NStZ 1994, 287, 287 f.; Obermann, NStZ 2015, 197, 198; Tiedemann/Valerius in: LK-StGB, § 263 Rn. 61; Hefendehl/Noll in: MüKo-StGB, § 263a Rn. 132, die allerdings Var. 3 ablehnen und diesen Fall unter Var. 4 fassen möchten; BGH, NJW 1995, 669 hat dies für ein Ausnutzen der "Risikotaste" eines Spielautomaten nach vorheriger Auswertung des rechtswidrig erlangten Programms desselben offen gelassen und jedenfalls Var. 4 bejaht; a.A. Zielinski, NStZ 1995, 345, 347.

⁷⁶ Heger in: Lackner/Kühl/Heger, § 263a StGB Rn. 14a; vgl. auch OLG Stuttgart, BeckRS 2016, 12357 Rn. 11 (Verstoß gegen eine Offenbarungspflicht).

⁷⁷ Dies war nach dem Bearbeitungsvermerk zu unterstellen, vgl. hierzu BGH, BeckRS 2016, 17445 Rn. 30; BayObLG, NJW 1991, 438.

⁷⁸ So lag der Fall in der vom OLG Stuttgart (BeckRS 2016, 12357) entschiedenen Konstellation.

⁷⁹ Hefendehl in: MüKo-StGB, § 263 Rn. 212, 215.

⁸⁰ Vgl. zu der im Rahmen des § 263 Abs. 1 BGB anerkannten Täuschung durch einen gutgläubigen Tatmittler Hefendehl in: MüKo-StGB, § 263 Rn. 1198; Kindhäuser/Hoven, in: NK-StGB, § 263 Rn. 385.

Person des mittelbaren Täters ankommt⁸¹ - der Annahme einer dem A zurechenbaren unbefugten Datenverwendung durch D, sofern die weiteren Voraussetzungen des § 25 Abs. 1 Alt. 2 StGB erfüllt sind (siehe unten), nicht entgegenstehen.

Hinweis: Eine andere Auffassung ist mit entsprechender Begründung gut vertretbar. Die Kenntnis des Streitstands zum "Leerspielen" von Glücksspielautomaten kann zwar nicht verlangt werden. Es ist jedoch zu erwarten, dass die Problematik erkannt und diskutiert wird.

cc) Computerspezifische Auslegung

Nach einer computerspezifischen Auslegung liegt ein unbefugtes Handeln nur dann vor, wenn der durch Täterhandeln verletzte Wille in der konkreten Programmgestaltung hinreichend Niederschlag gefunden hat. Aus dem Anwendungsbereich der Norm ausgeschieden werden mit diesem Ansatz insbesondere die Fälle, in denen der Täter den elektronisch gesteuerten Automaten ordnungsgemäß bedient.⁸² Danach wäre das Verhalten des D nicht unbefugt. Er hat den Automaten ordnungsgemäß durch Betätigen von vier Spiel Tasten für zehn Sekunden bedient. Die Tastenkombination ist in der Programmierung des Spielautomaten vorgesehen.

dd) Stellungnahme

Die computerspezifische Ansicht ist abzulehnen. Deren Anwendungsbereich ist zu eng und lässt Strafbarkeitslücken entstehen. Eine unbefugte Verwendung von Daten läge dann allein in den Fällen der Verwendung gefälschter und manipulierter Zugangsberechtigungen vor, so dass diese Variante keinen eigenständigen Anwendungsbereich hätte, da in diesen Fällen bereits eine Verwendung unrichtiger Daten nach Var. 2 vorliegt.⁸³

Da die Datenverwendung durch D nach den beiden anderen Ansichten "unbefugt" ist, ist ein weiterer Streitentscheid nicht erforderlich. Eine unbefugte Datenverwendung im Sinne des § 263a Abs. 1 Var. 3 StGB liegt somit vor.

b) Beeinflussen des Ergebnisses eines Datenverarbeitungsvorgangs

Dadurch müsste das Ergebnis eines Datenverarbeitungsvorgangs beeinflusst worden sein.

Der Begriff der Datenverarbeitung bezeichnet alle Vorgänge, bei denen durch die Aufnahme von Daten und durch ihre Verknüpfung nach Programmen Arbeitsergebnisse erzielt werden.⁸⁴ Durch die Eingabe der Tastenkombination fängt das Programm des Spielautomaten mit seinem Arbeitsvorgang an.

Das Ergebnis dieses Datenverarbeitungsvorgangs müsste beeinflusst worden sein. Erforderlich ist dazu, dass durch die Einflussnahme auf den Datenverarbeitungsvor-

⁸¹ S. hierzu Heger in: Lackner/Kühl/Heger, § 25 StGB Rn. 3; Kudlich in: BeckOK-StGB, § 25 Rn. 22 ff.; Heine/Weißer in: Schönke/Schröder, StGB, § 25 Rn. 20; Murmann, JA 2008, 321, 322.

⁸² Hefendehl/Noll in: MüKo-StGB, § 263a Rn. 84 m.w.N.

⁸³ Hefendehl/Noll in: MüKo-StGB, § 263a Rn. 88.

⁸⁴ Hefendehl/Noll in: MüKo-StGB, § 263a Rn. 25 m.w.N.

gang ein (abweichendes) Ergebnis hervorgerufen wird, das ohne die Einwirkung entweder überhaupt nicht oder mit anderem Inhalt entstanden wäre.⁸⁵

Hätte D die Tastenkombination nicht eingegeben, hätte das Programm des Automaten nicht die Auszahlung des Hauptgewinns veranlasst, so dass das Ergebnis des Datenverarbeitungsvorgangs durch die Eingabe der unbefugt verwendeten Daten beeinflusst wurde.

c) Vermögensschaden

Hierdurch müsste dem Freistaat Bayern als Betreiber der Spielbank Garmisch-Partenkirchen als unmittelbare Folge des Ergebnisses des Datenverarbeitungsvorgangs ein Vermögensschaden entstanden sein. Dies ist dann der Fall, wenn sich das Ergebnis des Datenverarbeitungsvorgangs unmittelbar vermögensmindernd (also ohne Kompensation) auswirkt. Es muss also ein negativer Saldo zwischen dem Wert des Vermögens vor und nach dem manipulierten Datenverarbeitungsvorgang (Prinzip der Gesamtsaldierung) vorliegen.⁸⁶

Fraglich ist, ob hier ein solcher negativer Saldo vorliegt. Dies ist der Fall, wenn der Vermögensabfluss in Gestalt der Ausgabe von Bargeld im Wert von 1.000,- € nicht kompensiert wurde.

Der Vermögensschaden ist in Höhe des erspielten Geldbetrags - also der Differenz zwischen Einsatz und Gewinn - anzunehmen.⁸⁷ Da der Betreiber der Spielbank das Spiel bei Kenntnis der Verwendung des rechtswidrig erlangten Sonderwissens - eines Umstands, der zu den Grundlagen des Spielvertrags zählt (siehe oben) - nicht zugelassen hätte, ist der Vermögensschaden in der Differenz zwischen dem von D eingeworfenen Spieleinsatz (5,- €) und dem ausgegebenen Spielgewinn (1.000,- €) zu sehen und beträgt somit 995,- €.

Fraglich ist zuletzt, ob bei der Bemessung des Vermögensschadens der Umstand, dass bei der Bedienung eines Glücksspielautomaten stets die Möglichkeit besteht, dass der Spieler den Hauptgewinn erzielt, Berücksichtigung finden muss.⁸⁸ Die Relevanz eines solchen allgemeinen Spiel- bzw. Gewinnrisikos ist für die Schadensbemessung bei Risikogeschäften anerkannt.⁸⁹ Für den Fall von manipulierten Sportwetten wurde deshalb vereinzelt vertreten, dass der Vermögensschaden in der Differenz zwischen der auf Grund des normalen Wettverhaltens prognostizierten Gesamtgewinnausschüttung und der nach Manipulation tatsächlich auszuschüttenden Gesamtgewinnsumme liege.⁹⁰

⁸⁵ Hefendehl/Noll in: MüKo-StGB, § 263a Rn. 154 m.w.N.

⁸⁶ Hefendehl/Noll in: MüKo-StGB, § 263a Rn. 179.

⁸⁷ S. hierzu BGH, NJW 2007, 782, 786 (Sportwettenbetrug); BGH, BeckRS 2016, 17445 Rn. 25, 26; Fasten/Oppermann, JA 2006, 69, 72; Jäger, JA 2013, 868, 870; kritisch hinsichtlich des - auf den gegenständlichen Fall der "vollständigen" Manipulation der Gewinnchance nicht vollumfänglich übertragbaren - Falls der Sportwetten Greco, NZWiSt 2014, 334, 335.

⁸⁸ Vgl. hierzu im Kontext der sog. Sportwettenfälle Saliger/Rönnau/Kirch-Heim, NStZ 2007, 361, 368. Anders als in den mit Unwägbarkeiten behafteten Fällen der manipulierten Sportwetten liegt die Wahrscheinlichkeit des Obsiegens im gegenständlichen Fall bei einhundert Prozent.

⁸⁹ Kasiske, NZWiSt 2016, 302, 305.

⁹⁰ Kutzner, JZ 2006, 712, 717.

Unbesehen der grundsätzlichen Kritik an dieser Form der Schadensbemessung⁹¹ muss im gegenständlichen Fall jedoch bereits berücksichtigt werden, dass der Ablauf des Spiels anhand der - von D unmittelbar nach Beginn des Spiels gedrückten - Tastenkombination manipuliert wurde, so dass sich in der Auszahlung des Hauptgewinns ausschließlich die unbefugte Datenverwendung und nicht das allgemeine Spielrisiko niedergeschlagen hat.⁹² Die Bedienung des Glücksspielautomaten unter Verwendung der geheimen Tastenkombination führte hier nicht lediglich zu einer manipulationsbedingten Verschiebung der Gewinnchance, sondern vielmehr zu einer vollumfänglichen Aufhebung des Spielcharakters.

Hinweis: Ausführungen zur Relevanz des Spielrisikos und spezifische Kenntnisse zur Schadensbemessung bei Risikogeschäften können allenfalls von sehr guten Klau-surbearbeitungen erwartet werden.

Es ist somit beim Freistaat Bayern als Betreiber der Spielbank Garmisch-Partenkirchen ein Vermögensschaden in Höhe von 995,- € entstanden.

3. Zurechnung der Tathandlung des D gemäß § 25 Abs. 1 Alt. 2 StGB

A ist das objektiv tatbestandsmäßige Handeln des D nach § 25 Abs. 1 Alt. 2 StGB zuzurechnen, wenn D als Tatmittler ein Strafbarkeitsdefizit ("Defekt") aufweist (a)) und A dieses Defizit kraft seiner überlegenen Stellung ("Tatherrschaft") zur Begehung der Tat ausgenutzt hat (b)).⁹³

a) Defekt des Werkzeugs

Bei D als "Werkzeug" des A müsste ein Strafbarkeitsdefizit vorliegen. D könnte ohne Vorsatz gehandelt haben (§ 16 Abs. 1 Satz 1 StGB). D war über die eigentlichen Umstände seiner Tat nicht informiert. Vielmehr ging er aufgrund der Erklärung des A davon aus, der Filialleiter F habe dem A die Tastenkombination verraten und sei mit deren Verwendung aus Marketinggründen einverstanden. D war demnach über die die unbefugte Datenverwendung begründenden Umstände - die rechtswidrige Erlangung des Sonderwissens durch A sowie das fehlende Einverständnis des F - nicht informiert. Er hatte somit keinen Vorsatz hinsichtlich der "unbefugten" Datenverwendung. Ein Strafbarkeitsdefizit ist somit gegeben.

b) Tatherrschaft des A und Wille zur Tat

A müsste nach der herrschenden Tatherrschaftstheorie Tatherrschaft gehabt haben. Tatherrschaft ist das vom Vorsatz umfasste In-den-Händen-Halten des tatbestandsmäßigen Geschehensablaufs. A hat D bewusst die Unwahrheit hinsichtlich der Erlangung des Wissens um die Tastenkombination und die Berechtigung zu deren Verwendung erzählt, um bei D das Strafbarkeitsdefizit hervorzurufen und dieses zur Begehung der Tat auszunutzen. Er hat somit den Defekt seines Vordermanns vorsätzlich herbeigeführt. Indem A sich den D zu seinem Werkzeug machte und dieser das Geschehen genau nach dem Plan des A ausführte, hielt A den Ablauf der Tat immer in den Händen und hatte damit Tatherrschaft.

⁹¹ S. hierzu BGH, NJW 2007, 782, 786.

⁹² Saliger/Rönnau/Kirch-Heim, NSTz 2007, 361, 368.

⁹³ Wessels/Beulke/Satzger, AT, Rn. 844.

Auch nach der subjektiven Theorie ist A hier als Täter anzusehen. Denn A wollte die Tat hier gerade als eigene, um sich den Hauptgewinn in Höhe von 1.000,- € zu sichern. Hierfür traf er alle notwendigen Vorkehrungen und verschaffte sich die Informationen, die für die Manipulation des Glücksspielautomaten erforderlich waren.

II. Subjektiver Tatbestand

Der subjektive Tatbestand ist erfüllt. A handelte vorsätzlich und mit der Absicht der stoffgleichen und rechtswidrigen Bereicherung.

III. Rechtswidrigkeit und Schuld

A handelte rechtswidrig und schuldhaft.

IV. Ergebnis

A hat sich wegen Computerbetruges in mittelbarer Täterschaft gemäß §§ 263a Abs. 1 Var. 3, 25 Abs. 1 Alt. 2 StGB strafbar gemacht.

Hinweis: In Betracht kommt auch eine Strafbarkeit nach § 263a Abs. 3 Nr. 2 StGB. Allerdings tritt die Strafbarkeit nach § 263a Abs. 3 Nr. 2 Var. 2 StGB im Wege der Subsidiarität als selbständig sanktionierte Vorbereitungshandlung⁹⁴ zurück, so dass Ausführungen hierzu nicht zwingend erforderlich sind.

E. Strafbarkeit des A gemäß §§ 246 Abs. 1, 25 Abs. 1 Alt. 2 StGB

Indem A den D darum bat, sich den Gewinn in Form des Bargelds in dem in der Spielbank Garmisch-Partenkirchen befindlichen Automaten ausgeben zu lassen, könnte er sich wegen Unterschlagung in mittelbarer Täterschaft gemäß §§ 246 Abs. 1, 25 Abs. 1 Alt. 2 StGB strafbar gemacht haben.

I. Objektiver Tatbestand

Auch insoweit hat A selbst beim Verlassen der Spielbank keine eigene tatbestandsmäßige Handlung vorgenommen. Jedoch könnte dem A eine Zueignungshandlung des D im Hinblick auf das Bargeld - bei dem es sich um eine fremde bewegliche Sache handelt (siehe oben A. I. 2. a)) - gemäß § 25 Abs. 1 Alt. 2 StGB zugerechnet werden.

Eine Zueignung im Sinne von § 246 Abs. 1 StGB setzt voraus, dass der Zueignungswille durch einen nach außen hin manifestierten Zueignungsakt bestätigt wird.⁹⁵ Das Verlassen der Spielbank Garmisch-Partenkirchen - mithin des Herrschaftsbereichs des Eigentümers - mit dem von dem Automaten ausgegebenen Bargeld ist als hinreichender Zueignungsakt einzuordnen. Entgegen der Konkurrenzlösung⁹⁶ - die in bestimmten Fallkonstellationen zu ungerechtfertigten Lücken beim Schutz des Eigentums führt - spielt es für die Erfüllung des objektiven Tatbestands

⁹⁴ Schmidt in: BeckOK-StGB, § 263a Rn. 53; Fischer, StGB, § 263a StGB Rn. 40.

⁹⁵ Wittig in: BeckOK-StGB, § 246 Rn. 10.

⁹⁶ BGH, NSTZ 2023, 612; Kindhäuser/Hoven in: NK-StGB, § 246 Rn. 37.

auch keine Rolle, dass D als Tatmittler sich das Bargeld durch eine Handlung nach § 263a Abs. 1 Var. 3 StGB verschafft hat.⁹⁷

Diese Zueignungshandlung des D kann dem A, der - anders als der D - mit dem Willen zur rechtswidrigen Zueignung des Bargelds agierte und Tatherrschaft innehatte (siehe oben) auch gemäß § 25 Abs. 1 Alt. 2 StGB zugerechnet werden.

II. Subjektiver Tatbestand

Der subjektive Tatbestand ist erfüllt. A handelte mit Vorsatz.

III. Rechtswidrigkeit und Schuld

A handelte rechtswidrig und schuldhaft.

IV. Ergebnis

A hat sich gemäß §§ 246 Abs. 1, 25 Abs. 1 Alt. 2 StGB strafbar gemacht.

F. Gesamtergebnis

Die Unterschlagung in mittelbarer Täterschaft tritt auf Konkurrenzebene als mitbestrafte Nachtat hinter §§ 263a Abs. 1 Var. 3, 25 Abs. 1 Alt. 2 StGB zurück.⁹⁸

Hinweis: Eine andere Auffassung ist hier mit der Tatbestandslösung vertretbar. Eine ausführliche Prüfung der Strafbarkeit des A wegen Unterschlagung - die hier auch in Gestalt einer Unterschlagung in unmittelbarer Täterschaft durch Ansichnehmen des von D überbrachten Bargelds geprüft und bejaht werden könnte - kann nicht erwartet werden. Ausschließlich positiv zu würdigen ist es, wenn auf das Konkurrenzverhältnis zu § 23 Abs. 1 Nr. 1 GeschGehG hinsichtlich der Erlangung des Sonderwissens durch A (Tatmehrheit⁹⁹) eingegangen wird.

Teil II:

Materielle Rechtmäßigkeit der Live-Übertragung der Verhandlung in einen zweiten Verhandlungssaal:

Fraglich ist, ob die Live-Übertragung der Verhandlung in einen zweiten Verhandlungssaal materiell rechtmäßig ist.

Gemäß § 169 Abs. 1 Satz 1 GVG sind Hauptverhandlungen öffentlich. Unzulässig sind allerdings nach § 169 Abs. 1 Satz 2 GVG Ton- und Fernseh-Rundfunkaufnahmen sowie Ton- und Filmaufnahmen zum Zwecke der öffentlichen Vorführung oder Veröffentlichung ihres Inhalts. Gemäß § 169 Abs. 1 Satz 3 GVG können dagegen Tonübertragungen in einen anderen Arbeitsraum des Gerichts für Medienvertreter zugelassen werden.

⁹⁷ Wittig in: BeckOK-StGB, § 246 Rn. 8 f.; Bosch in: Schönke/Schröder, StGB, § 246 Rn. 19.

⁹⁸ Hefendehl/Noll in: MüKo-StGB, § 263a Rn. 218.

⁹⁹ Tiedemann in: LK-StGB, § 263a Rn. 99.

Das Gericht stützt seine Entscheidung vorliegend zum einen darauf, dass es allen Pressevertretern eine Teilnahme am Verfahren ermöglichen möchte und zum anderen darauf, dass auf Grund des großen Andrangs damit zu rechnen ist, dass die Öffentlichkeit im eigentlichen Verhandlungssaal nicht genügend Platz findet. Fraglich ist, wie dies zu bewerten ist.

1. Die Möglichkeit, die Verhandlung in Ton für Medienvertreter in einen anderen Verhandlungssaal zu übertragen, besteht ausdrücklich gemäß § 169 Abs. 1 Satz 3 GVG und ist nicht zu beanstanden.

2. Fraglich ist aber, ob auf diesem Weg gleichermaßen auch eine Erweiterung der allgemeinen Saalöffentlichkeit möglich ist.

Dagegen spricht zunächst der Wortlaut des § 169 Abs. 1 Satz 3 GVG, der ausdrücklich von Personen, die für Presse, Hörfunk, Fernsehen oder für andere Medien berichten, spricht. Dazu gehören allgemeine Mitglieder der Öffentlichkeit wie bloße Zuschauer, die aus Interesse an der Verhandlung teilnehmen wollen, nicht.

Etwas anderes könnte sich aus dem Regelungszweck der Norm ergeben. § 169 Abs. 1 GVG trägt dem Öffentlichkeitsgrundsatz des Verfahrens vor den ordentlichen Gerichten Rechnung. Danach muss die Öffentlichkeit die Möglichkeit haben, zum einen den Ort und Zeit der Verhandlung zur Kenntnis zu nehmen und zum anderen, an der Verhandlung als Zuhörer teilzunehmen. Die Grenze dessen liegt aber in der Grenze der räumlichen Kapazitäten des Verhandlungssaals.¹⁰⁰ Es besteht kein Anspruch einzelner Personen, an einer Verhandlung teilzunehmen, wenn die Kapazitäten erreicht sind. § 169 Abs. 1 Satz 3 GVG soll diese begrenzte Gewährleistung des Zugangs der Öffentlichkeit zur Verhandlung nicht erweitern, sondern dient lediglich der Erweiterung der sog. Medienöffentlichkeit und nicht der allgemeinen Öffentlichkeit.¹⁰¹ Begründet wird dies damit, dass die Abwesenheit von Zeugen gemäß § 243 Abs. 2 Satz 1 StPO weiterhin gewährleistet sein muss, sowie damit, dass keine Probleme bei der Ausübung der Ordnungsgewalt durch den Vorsitzenden gemäß § 176 GVG entstehen können.¹⁰²

Eine Erweiterung der allgemeine Saalöffentlichkeit ist auf diesem Weg nicht möglich.

Hinweis: Eine andere Ansicht erscheint bei entsprechender Begründung vertretbar.

3. Zuletzt ist fraglich, ob die Entscheidung nicht auch deswegen rechtswidrig ist, weil die Verhandlung nicht nur in Ton, sondern auch in Bild übertragen werden soll. Der Wortlaut des § 169 Abs. 1 Satz 3 StGB spricht ausdrücklich nur von einer Tonübertragung, weshalb davon auszugehen ist, dass eine Bildübertragung gerade nicht möglich sein soll. Es ist nicht ersichtlich, dass entgegen dem klaren Wortlaut eine andere Rechtsfolge beabsichtigt sein sollte.¹⁰³

4. Die Übertragung der Verhandlung in einen anderen Verhandlungssaal in Ton und Bild ist daher materiell rechtswidrig.

¹⁰⁰ BGH, NJW 1977, 157.

¹⁰¹ Allgayer in: BeckOK-GVG, § 169 Rn. 19.

¹⁰² Diemer in: KK-StPO, § 169 GVG Rn. 11a; BT-Drs. 18/10144, S. 26 f.

¹⁰³ Vgl. Allgayer in: BeckOK-GVG, § 169 Rn. 19; Diemer in: KK-StPO, § 169 GVG Rn. 11a.

Hinweis: Es sind keine vertieften Kenntnisse zu § 169 Abs. 1 Satz 3 GVG zu erwarten. Erforderlich ist, § 169 GVG zu finden und im Zusammenhang mit dem Öffentlichkeitsgrundsatz auszulegen.