

Entscheidungsanmerkung

Zu den Voraussetzungen des § 306a Abs. 1 Nr. 1 StGB

Anfragebeschluss zur Frage, ob die Tatbestandsalternative des teilweisen Zerstörens eines der Wohnung von Menschen dienenden Gebäudes gemäß § 306a Abs. 1 Nr. 1 StGB bei der Brandlegung in einem einheitlichen, teils gewerblich, teils zu Wohnzwecken genutzten Gebäude erst vollendet ist, wenn ein zum Wohnen bestimmter selbständiger Teil des Gebäudes durch die Brandlegung für Wohnzwecke unbrauchbar geworden ist.

StGB §§ 28 Abs. 2, 306a Abs. 2, 306b Abs. 2 Nr. 1
GVG § 132 Abs. 3 S. 1

BGH, Beschl. v. 19.7.2007 – 2 StR 266/07¹
BGH, Beschl. v. 15.2.2011 – 4 StR 659/10²

I. Einleitung

Die Brandstiftungstatbestände gehören zu denjenigen Delikten des Kernstrafrechts, die sowohl inhaltlich als auch systematisch mit am schwierigsten zu handhaben sind. Dies findet sich einerseits in den oft schwachen Ergebnissen von Übungsarbeiten bestätigt als auch in dem Umstand, dass hier relativ häufig Revisionen mit der Sachrüge Erfolg haben. Den Tatgerichten fällt es nicht immer leicht, den Sachverhalt so umfassend zu ermitteln und im Urteil darzustellen, wie es erforderlich ist, um dem Revisionsgericht die notwendige Prüfung der Anwendung des materiellen Rechts zu ermöglichen. Es sollte daher ein besonderes Anliegen sein, dass sich das juristische Studium intensiv mit den Branddelikten befasst. Dazu bieten die nachfolgenden Entscheidungen des 2. und 4. Strafsenats des BGH eine gute Gelegenheit.

II. Zu den Sachverhalten

1. BGH, Beschl. v. 19.7.2007 – 2 StR 266/07

Der Entscheidung des 2. Strafsenats des BGH lag folgender Sachverhalt zugrunde: Der Angeklagte zündete Holzgegenstände in einem Ladengeschäft an, in das er eingedrungen war. Neben dem Ladengeschäft im Erdgeschoss befanden sich in dem Gebäude mehrere Wohnungen, von denen die Dachgeschosswohnung bewohnt war. Durch das Feuer brannte die als Deckenverkleidung dienenden Holzpaneele in dem Laden herunter, Büro und Lagerräume wurden verrußt sowie erhebliche Teile der Einrichtung zerstört. Das Landgericht hatte den Angeklagten wegen schwerer Brandstiftung verurteilt, wogegen sich die im Ergebnis erfolglose Revision richtete. Der Senat meint, soweit der Angeklagte wegen schwerer Brandstiftung nach § 306a Abs. 1 Nr. 1 Alt. 1 StGB verurteilt ist, könne offen bleiben, ob die Feststellungen ein vollendetes

In-Brand-Setzen des Gebäudes ausreichend belegen. Jedenfalls sei eine teilweise Zerstörung eines Gebäudes durch Brandlegung nach § 306a Abs. 1 Nr. 1 Alt. 2 StGB gegeben, weil das Ladengeschäft als abgrenzbarer Teil des Gebäudes für eine nicht unbeträchtliche Zeit nicht mehr seinem bestimmungsgemäßen Gebrauch habe dienen können.

2. BGH, Beschl. v. 15.2.2011 – 4 StR 659/10

Der Entscheidung des 2. Strafsenats des BGH lag folgender Sachverhalt zugrunde: Der Angeklagte betrieb in angemieteten Räumlichkeiten im Erdgeschoß des Tatanwesens, in welchem sich im Erdgeschoß verschiedene Geschäftslokale und im Obergeschoß fünf genutzte Wohnungen befanden, ein Sonnenstudio. Da die Einkünfte des Angeklagten nicht ausreichten, um seine Zahlungsverpflichtungen zu erfüllen, fasste er den Entschluss, das Inventar des Sonnenstudios durch Dritte in Brand setzen zu lassen, um gegenüber der Inventarversicherung vermeintliche Versicherungsansprüche betrügerisch geltend zu machen. Mit der Brandlegung beauftragte der Angeklagte ihm bekannte Personen, die nicht ermittelt werden konnten. Der Angeklagte hielt es für möglich und nahm billigend in Kauf, dass sich das Feuer auch auf das bewohnte Obergeschoß ausweiten konnte. Nicht ausschließbar vertraute er aber darauf, dass Menschen dadurch weder verletzt noch getötet werden.

Am 24. Januar 2009 zwischen 2.30 und 4.20 Uhr gelangten die vom Angeklagten beauftragten Täter mit einem vom Angeklagten überlassenen Schlüssel in das Sonnenstudio. Sie entzündeten im Eingangsbereich in der Nähe der dortigen Empfangstheke befindliche Gegenstände, wofür sie etwas Benzin aus einem mitgebrachten 5-Liter-Kanister verwendeten, den sie mit geöffnetem Verschluss im Sonnenstudio zurückließen. Das Feuer, das Gebäudeteile nicht erfasste, führte dazu, dass die Einrichtungen des Sonnenstudios, vor allem die Trennwände im Bereich der Empfangstheke und in ihrer Nähe in größerem Umfang verrußt bzw. verkohlt und – ebenso wie die Akustikdecke – durch die Hitzeeinwirkung zerstört wurden. Beim Eintreffen der um 6.55 Uhr alarmierten Feuerwehr war das Feuer bis auf noch vorhandene Glutnester erloschen. In Folge des Brandes, durch den niemand verletzt wurde, war das vom Angeklagten angemietete Geschäftslokal bis zu dessen Instandsetzung nicht mehr nutzbar. Hätte sich aus der Brandlegung ein mit überwiegender Wahrscheinlichkeit zu erwartender Vollbrand des Sonnenstudios entwickelt, wäre mit einem Übergreifen des Feuers auf das Obergeschoß und einer Gefährdung der Bewohner zu rechnen gewesen.

Das Landgericht hatte den Angeklagten wegen Anstiftung zur besonders schweren Brandstiftung zu der Freiheitsstrafe von fünf Jahren und sechs Monaten verurteilt. Der Senat indessen beabsichtigt, den Schuldspruch des angefochtenen Urteils dahin zu ändern, dass sich der Angeklagte der Anstiftung zur versuchten besonders schweren Brandstiftung in Tateinheit mit Brandstiftung gemäß § 26 StGB i.V.m. §§ 306b Abs. 2 Nr. 2, 306a Abs. 1 Nr. 1, 22, 306 Abs. 1 Nr. 1, 52 StGB schuldig gemacht hat. Die von den unbekanntenen Tätern begangene schwere Brandstiftung sei nicht über das Versuchsstadium hinaus verwirklicht worden. Da das LG ein

¹ Die Entscheidung ist unter <http://www.juris.de> (17.5.2011) abrufbar.

² Die Entscheidung ist unter <http://www.juris.de> (17.5.2011) abrufbar sowie in Kurzwiedergabe veröffentlicht in: NJW-Spezial 2011, 280.

Übergreifen des Feuers auf Gebäudeteile in der Weise, dass deren Fortbrennen aus eigener Kraft möglich war, nicht habe feststellen können, fehle es an einem vollendeten In-Brand-Setzen. Nach Ansicht des *Senats* liegen auch die Voraussetzungen der Tatbestandsalternative des teilweisen Zerstörens eines der Wohnung von Menschen dienenden Gebäudes nach § 306a Abs. 1 Nr. 1 StGB nicht vor. Dazu beabsichtigt der *Senat* zu entscheiden: Die Tatbestandsalternative des teilweisen Zerstörens eines der Wohnung von Menschen dienenden Gebäudes gemäß § 306a Abs. 1 Nr. 1 StGB ist bei der Brandlegung in einem einheitlichen, teils gewerblich, teils zu Wohnzwecken genutzten Gebäude erst vollendet, wenn ein zum Wohnen bestimmter selbständiger Teil des Gebäudes durch die Brandlegung für Wohnzwecke unbrauchbar geworden ist. Dem stehe allerdings die Entscheidung des 2. *Strafsenats* entgegen. Der 4. *Strafsenat* hat daher beim 2. *Strafsenat* angefragt, ob an dem genannten Beschluss festgehalten werde.

III. Die rechtlichen Hintergründe der Entscheidungen

1. Materiell-rechtliche Grundlagen

§ 306 Abs. 1 StGB und § 306a Abs. 1 sowie Abs. 2 StGB mögen zwar auf den ersten Blick erscheinen, als wären sie untereinander nach Art von Grunddelikt und Qualifikation abgestuft, doch dieser Eindruck trügt. Es handelt sich um nebeneinander stehende, eigenständig zu behandelnde Delikte, die jeweils einzeln als Grunddelikt der §§ 306b Abs. 1, Abs. 2, 306c StGB fungieren und insoweit qualifiziert oder erfolgsqualifiziert werden. Dabei knüpft § 306b Abs. 2 StGB nur an die Tatbestände des § 306a Abs. 1 und Abs. 2 StGB an. Hinzu kommt, dass das Konkurrenzverhältnis zwischen § 306 StGB und § 306a StGB umstritten ist. Nach der zutreffenden h.M. tritt § 306 StGB hinter § 306a Abs. 1 StGB zurück,³ während zwischen § 306 StGB und § 306a Abs. 2 StGB Tateinheit besteht.⁴ Diese Konkurrenzfrage setzt sich auf der Ebene des § 306b Abs. 2 StGB fort, indem hinsichtlich des Verhältnisses dieser Norm zu § 306 Abs. 1 StGB danach unterschieden werden sollte, ob § 306a Abs. 1 StGB oder aber § 306a Abs. 2 StGB in dem jeweiligen Fall als Grunddelikt greift.⁵ Vor diesem Hintergrund ist dringend zu empfehlen, die Branddelikte stets streng nacheinander anhand der gesetzlichen Abfolge zu prüfen und nicht sogleich auf einen spezielleren (oder als solchen erscheinenden) Tatbestand zurückzugreifen.⁶

³ BGH NJW 2001, 765; BGH StV 2001, 232; Börner, in: Leipold/Tsambikakis/Zöller (Hrsg.), *AnwaltKommentar, Strafgesetzbuch*, § 306 Rn. 53; Küpper, *Strafrecht, Besonderer Teil*, Bd. 1, 3. Aufl. 2007, II § 5 Rn. 4; a.A. Heine, in: Schönke/Schröder, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 28. Aufl. 2010, § 306 Rn. 24; Wolff, in: Lauffhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), *Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar*, Bd. 11, 12. Aufl. 2008, § 306a Rn. 39.

⁴ Heine (Fn. 3), § 306 Rn. 24; Wolff (Fn. 3), § 306a Rn. 39; a.A. Küpper (Fn. 3), II § 5 Rn. 4.

⁵ Vgl. dazu Börner (Fn. 3), § 306b Rn. 20 m.w.N.

⁶ Zum Konzept der §§ 306 ff. StGB vgl. Börner, *Ein Vorschlag zum Brandstrafrecht*, 2006, passim.

Inhaltlich unterscheiden sich § 306 Abs. 1 StGB und § 306a Abs. 1 StGB in den Objekten der Brandhandlung. Der § 306a Abs. 2 StGB hingegen übernimmt zwar mit Ausnahme der Fremdheit den Katalog des § 306 Abs. 1 Nrn. 1 bis 6 StGB, setzt darüber hinaus aber die vorsätzlich⁷ herbeigeführte konkrete Gefahr der Gesundheitsschädigung eines anderen Menschen voraus. Identisch sind alle drei Delikte im Hinblick auf die tatbestandlichen *Brandhandlungen*. Doch obwohl diese *Brandhandlungen* identisch formuliert sind, können sie trotzdem nur in Verbindung mit dem jeweiligen tatbestandlichen *Brandobjekt* betrachtet werden. Es stellt sich damit die Frage, ob die Voraussetzungen des In-Brand-Setzens einerseits und der (teilweisen) Zerstörung durch Brandlegung andererseits davon abhängen, welches *Brandobjekt* für das jeweilige Delikt relevant ist. Darum geht es in der gemeinsamen Rechtsfrage der hier betrachteten Entscheidungen.

2. Die prozessuale Situation

Innerhalb des BGH sind fünf Strafsenate errichtet worden, die nach einem Geschäftsverteilungsplan für das gesamte Bundesgebiet über die gegen erstinstanzliche Urteile der Landgerichte und Oberlandesgerichte erhobenen Revisionen zu entscheiden haben, vgl. § 135 Abs. 1 GVG. Die mit dieser Zuständigkeit des BGH erstrebte Vereinheitlichung der Rechtsprechung setzt voraus, dass die Strafsenate keine voneinander abweichenden Entscheidungen treffen. Dem wird zunächst durch eine regelmäßige Information der beteiligten Bundesrichter über die jüngsten Entscheidungen der anderen Strafsenate genüge getan. Vor allem aber gilt bei unterschiedlichen Rechtsauffassungen ein besonderes Verfahren, dessen Einhaltung die verfassungsrechtliche Garantie des gesetzlichen Richters aus Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG berührt.

Möchte ein Strafsenat (erkennender Senat) von den tragenden Gründen einer vorherigen Entscheidung eines anderen Strafsenats abweichen (Innendivergenz), so vermag er dies nicht aus eigener Kraft. Zunächst obliegt es gem. § 132 Abs. 3 S. 1 GVG dem erkennenden Senat, mit einem sog. Anfragebeschluss denjenigen Senat, von dessen Entscheidung abgewichen werden soll, zu der Erklärung aufzufordern, ob an der vertretenen Rechtsauffassung festgehalten werde. Wenn dieser Senat dann erklärt, er gebe seine entgegenstehende bisherige Rechtsprechung auf, ist der erkennende Senat an der gewünschten Entscheidung nicht mehr gehindert. Anderenfalls obliegt es dem erkennenden Senat, die Rechtsfrage nunmehr gem. § 132 Abs. 2 GVG dem Großen Senat für Strafsachen vorzulegen. Dieser besteht gem. § 132 Abs. 5 S. 1 GVG aus dem Präsidenten des BGH sowie je zwei Mitgliedern der Strafsenate. Zur Entscheidung wird abgestimmt, wobei im Falle der Stimmgleichheit, die Stimme des Vorsitzenden den Ausschlag gilt, und das ist grundsätzlich der

⁷ Dies ergibt sich zwingend aus einem Umkehrschluss aus der in § 306d Abs. 1 Var. 3 StGB eigens unter Strafe gestellten Vorsatz-Fahrlässigkeits-Kombination des § 306a Abs. 2 StGB, weshalb der allgemeine Streit um die Anwendbarkeit des § 18 StGB auf konkrete Gefährdungen dahin stehen kann, vgl. Börner (Fn. 6), S. 41 ff.

Präsident des BGH, vgl. § 132 Abs. 6 S. 4 und S. 3 GVG. An die Entscheidung der Rechtsfrage durch den Großen Senat für Strafsachen ist der erkennende Senat gem. § 138 Abs. 1 S. 3 GVG gebunden. Vor diesem Hintergrund kann eine Verletzung der Verfahrensregeln aus § 132 Abs. 2, Abs. 3 GVG zugleich eine im Wege der Verfassungsbeschwerde erfolgreich zu rügende Verletzung des durch Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG verfassungsrechtlich garantierten gesetzlichen Richters sein.⁸

Im vorliegenden Fall hat der 4. Strafsenat seinen Anfragebeschluss an den 2. Strafsenat in der Erwartung gerichtet, dass dieser seine damalige Rechtsauffassung aufgeben werde. Insbesondere lege eine spätere Entscheidung des 2. Strafsenats nahe,⁹ dass dieser nunmehr die Auffassung des 4. Strafsenats teile.¹⁰ Weil aber die einmal vertretene Rechtsansicht des 2. Strafsenats nicht eindeutig aufgegeben worden ist, hat der 4. Strafsenat mit dem Anfragebeschluss den richtigen Weg beschritten, um die Innendivergenz eindeutig zu beheben und das Gebot des gesetzlichen Richters zu wahren.

III. Das In-Brand-Setzen eines gemischt genutzten Gebäudes

Im Fall des 2. Strafsenats hatte das LG den Angeklagten gem. § 306a Abs. 1 Nr. 1 Alt. 1 StGB wegen schwerer Brandstiftung verurteilt. Dazu müsste ein Wohngebäude in Brand gesetzt worden sein.

1. Die gemischte Nutzung

Problematisch war jedoch bereits, dass es sich nicht um ein reines Wohngebäude gehandelt hat, denn die über dem betroffenen Ladengeschäft im Erdgeschoss gelegene, bewohnte Dachgeschosswohnung selbst ist von dem Brand nicht erreicht worden. Zu dieser Konstellation der sog. gemischt genutzten Gebäude besteht ein alter Streit von hoher Praxis- und Examensrelevanz.

Nach h.M. kommt es nicht darauf an, in welchem Teil eines einheitlichen Gebäudes sich die Wohnung befindet, wenn der Brand in den Wohnbereich übergreifen kann.¹¹ Nötig wäre damit also zunächst ein nach der baulichen Beschaffenheit einheitliches Gebäude,¹² was in der Subsumtion besonderer Aufmerksamkeit bedarf. Für die Einheitlichkeit sprechen ein gemeinsames Treppenhaus, ein gemeinsamer Flur sowie

ineinander übergehende Räume;¹³ dagegen sprechen Brandmauern¹⁴ und nur unter Beseitigung besonderer Schutzvorrichtungen ausnahmsweise benutzbare Verbindungen.¹⁵ Eine bloße räumliche Nähe durch angrenzende Bebauung als Reihen- und Doppelhaus oder im Innenstadtbereich reicht für sich genommen nicht aus.¹⁶ Zudem muss der Täter um diese Einheitlichkeit des Gebäudes und die gemischte Nutzung wissen, doch Vorsatz auf den Brand der eigentlichen Wohnung ist hiernach (konsequent) nicht erforderlich.¹⁷

Obwohl die Anforderungen an die Feststellungen des Tatgerichts in diesem Punkt regelmäßig besonders hoch sind,¹⁸ ist der 2. Senat ohne weiteres von der notwendigen Einheitlichkeit und der Möglichkeit der Ausbreitung des Brandes in den Wohnbereich ausgegangen, und zwar ohne diese Voraussetzungen der Grundsätze des In-Brand-Setzens bei gemischter Nutzung auch nur zu erwähnen.¹⁹ Stattdessen wäre es angesichts der mitgeteilten Feststellungen des Tatgerichts angezeigt gewesen, das Urteil in diesem Anklagepunkt in dem gebotenen Umfang mit den Feststellungen aufzuheben und zur erneuten Verhandlung an eine andere Kammer des Landgerichts zurückzuverweisen.²⁰

2. In-Brand-Setzen

Als problematisch erachtete der 2. Senat stattdessen, ob das Gebäude als solches überhaupt in Brand gesetzt worden ist, mag der betroffene Teil nun zur Wohnnutzung gedient haben oder nicht. In Brand gesetzt ist ein Gebäude erst, wenn ein Teil, der für den bestimmungsgemäßen Gebrauch des Gebäudes wesentlich ist, so vom Feuer erfasst wird, dass es selbstständig und ohne Fortwirken des Zündstoffs weiter brennt.²¹ Das Tatgericht hatte lediglich festgestellt, dass die als Deckenverkleidung dienenden Holzpaneele in dem Laden herunter gebrannt seien. Problematisch ist, ob die Holzpaneele bereits ein (wesentlicher) Bestandteil des Gebäudes waren. Das hängt von den näheren Umständen des Einzelfalles ab. Als wesentlicher Bestandteil sind etwa angesehen worden: Wohnungstür,²² Türschwelle,²³ Flurtreppe,²⁴ Tür- und Fens-

⁸ Vgl. nur Hannich, in: Hannich (Hrsg.), Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung, 6. Aufl. 2008, § 132 GVG Rn. 10 f.; Meyer-Goßner, Strafprozessordnung, Kommentar, 53. Aufl. 2010, § 132 GVG Rn. 13 a.E. sowie zu den Anforderungen des Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG Börner, ZStW 122 (2010), 157 (158 ff.).

⁹ BGH, Urt. v. 17.11. 2010 – 2 StR 399/10 m. Anm. Börner, StraFo 5/2011 (im Erscheinen).

¹⁰ BGH, Beschl. v. 15.02.2011 – 4 StR 659/10, Rn. 7.

¹¹ BGH NStZ 1985, 455; BGH NJW 1987, 141; BGH NJW 1988, 3025 (3026); BGH NStZ 2000, 197 (198); BGH StV 2002, 145; BGH NStZ 2007, 270; a.A. Börner (Fn. 3), § 306a Rn. 20 m.w.N.

¹² BGH NJW 1988, 3025 (3026); BGH NStZ 2000, 197 (198); BGH StV 2002, 145.

¹³ BGH NJW 1988, 3025 (3026); BGH StV 2002, 145.

¹⁴ BGH NStZ 1984, 455; BGH StV 2001, 576; BGH StV 2002, 145.

¹⁵ BGH NJW 1988, 3025 (3026).

¹⁶ BGH NStZ 1984, 455; BGH NJW 1988, 3025 (3026); BGH StV 2001, 576; BGH, Beschl. v. 1.4.2010 – 3 StR 456/09, Rn. 4; Bachmann, NStZ 2009, 667 (669 f. mit Fn. 32).

¹⁷ BGH NJW 1988, 3025 (3026).

¹⁸ Vgl. nur BGH NStZ 2007, 270.

¹⁹ BGH, Beschl. v. 19.7.2007 – 2 StR 266/07, Rn. 6.

²⁰ Ohne diese notwendige Feststellung der Einheitlichkeit des Gebäudes würde auch die vom 2. Senat verfolgte Lösung über die Handlungsalternative des teilweisen Zerstörens nicht möglich gewesen sein, vgl. dazu unten IV.

²¹ Vgl. nur BGHSt 48, 14 (18); BGH NStZ 1981, 220; BGH NJW 1987, 141; BGH NStZ 1994, 130.

²² BGH NStZ 1981, 220.

²³ BGH NJW 1954, 1335.

²⁴ BGH NStZ 1981, 220.

terrahmen,²⁵ Holzfußboden²⁶ und Zimmerwand;²⁷ nicht hingegen: die Zimmertapete,²⁸ eine Fußbodensockelleiste,²⁹ eine Latten-Kellertür als solche;³⁰ ferner nicht Einrichtungsgegenstände, bspw. ein nicht mit der Wand ein ganzes bildendes Regal,³¹ Mobiliar und sonstige bewegliche Gegenstände.³² Für einen wesentlichen Teil können Festigkeit und Dauer der Verbindung mit dem Gebäude sprechen,³³ umgekehrt können jederzeit entfernbare verdübelte Verkleidungen und sonstige Ausschmückungen eines Gastraumes unbeachtliche Einrichtungsgegenstände sein.³⁴ Vor diesem Hintergrund sind die mitgeteilten Feststellungen des Tatgerichts bei weitem zu knapp, um die Relevanz der Holzpaneele für das In-Brand-Setzen abschließend beurteilen zu können. Der 2. Senat hingegen hat diese Frage auf sich beruhen lassen und die Verurteilung stattdessen auf die teilweise Zerstörung durch Brandlegung gestützt,³⁵ um die Sache nicht zur weiteren Aufklärung an das LG zurückverweisen zu müssen.

IV. Das teilweise Zerstören eines gemischt genutzten Gebäudes

Der 2. Senat meint, es sei jedenfalls eine teilweise Zerstörung eines Gebäudes durch Brandlegung nach § 306 a Abs. 1 Nr. 1 Alt. 2 StGB gegeben, weil das Ladengeschäft als abgrenzbarer Teil des Gebäudes für eine nicht unbeträchtliche Zeit nicht mehr seinem bestimmungsgemäßen Gebrauch dienen konnte.³⁶ So sehr der Senat damit für die teilweise Zerstörung eines Gebäudes i.S.d. § 306 Abs. 1 S. 1 StGB sowie des § 306a Abs. 2 StGB recht gehabt haben würde, so hat er doch übersehen, dass es für § 306a Abs. 1 Nr. 1 StGB auf ein Wohngebäude und nicht auf irgendein Gebäude ankommt. Es handelt sich also um zwei unterschiedliche Fragen. Wo die Widmung zur Wohnung von Menschen nur einem abgegrenzten Teil des Gebäudes gilt, ist es begrifflich möglich und notwendig, für die teilweise Zerstörung einerseits nach dem Gebäude an sich zu fragen und andererseits danach, ob das Gebäude auch und gerade in seiner Qualität als Wohnung betroffen ist. Der 2. Senat indes hat mit seiner Argumentation nur das Gebäude an sich und damit nur §§ 306 Abs. 1 Nr. 1, 306a Abs. 2 StGB erfasst, nicht aber die Besonderheiten des § 306a Abs. 1 Nr. 1 StGB berücksichtigt.

Demgegenüber richtet der 4. Senat seine Aufmerksamkeit genau auf die notwendige Unterscheidung. Nach seiner Auf-

fassung ist § 306a Abs. 1 Nr. 1 StGB bei der Brandlegung in einem einheitlichen, teils gewerblich, teils zu Wohnzwecken genutzten Gebäude erst vollendet, wenn ein zum Wohnen bestimmter selbständiger Teil des Gebäudes durch die Brandlegung für Wohnzwecke unbrauchbar geworden ist. Der Senat stützt sich dazu auf den Schutzzweck des § 306a Abs. 1 Nr. 1 StGB, welcher sich auf das Wohnen richte. Dass das Feuer habe übergreifen können, ändere nichts daran, dass der Erfolg i.S.d. § 306a Abs. 1 StGB ausgeblieben sei.³⁷ Diese Argumentation jedoch ist angreifbar und begegnet insbesondere dem Einwand, in der Alternative des In-Brand-Setzens eines gemischt genutzten Gebäudes genüge doch auch schon die bloße Gefahr des Wohnungsbrandes aufgrund einer Brandhandlung in einem anderen Gebäudeteil. Dieser Vergleich zur ersten Tatvariante ist notwendiger Bestandteil der Diskussion und führt unmittelbar zu dem alten Argument gegen die h.M., dass diese mit ihren Grundsätzen des In-Brand-Setzens bei gemischter Nutzung den Unwert des Versuchs unzutreffend zu einer Vollendung umdeklariere, denn die Wohnung selbst hat nie gebrannt.³⁸

Der interessanteste Punkt des Anfrageverfahrens wird daher sein, ob und wie es dem BGH gelingen wird, die unterschiedlichen Ergebnisse für das In-Brand-Setzen einerseits und das teilweise Zerstören andererseits zu begründen. Der 4. Senat selbst macht dazu keine näheren Ausführungen, verweist jedoch auf eine Entscheidung des 3. Senats vom 26.1.2010,³⁹ in der es heißt, eine (teilweise) Zerstörung könne auf vielfältigen durch die Brandlegung ausgelösten Umständen beruhen, etwa auf einer Rußentwicklung oder auf der Einwirkung von Löschmitteln. Sie sei deshalb, wenn sie die gewerblichen Räume betreffe, nicht typischerweise auch mit einer Gefährdung der Personen verbunden, die sich in dem zu Wohnzwecken genutzten Gebäudeteil aufhalten. Auf diesen Gebäudeteil bezogen liege der Sachverhalt nicht anders als bei einer Brandlegung, deren Erfolg ausgeblieben ist.⁴⁰ Es ist jedoch zweifelhaft, ob diese Erwägungen tragen. Zunächst ist hervorzuheben, dass es bislang nicht abschließend geklärt ist, ob Zerstörungen durch Löschmittel tatsächlich genügen. Nach zutreffender Ansicht ist dies nicht der Fall, da es nach dem Schutzzweck auf das Gefährdungspotential des geschaffenen Brandherdes ankommt.⁴¹ Es macht für die Sicherheit der Bewohner einen wesentlichen Unterschied, ob die Räume voll von heißendem Qualm sind oder ob der Fußboden unter Wasser steht. Andererseits ist die vom 3. Senat erwähnte Rußentwicklung in unbewohnten Teil keineswegs typischerweise ungefährlicher für die Bewohner als ein Brand von dort gelegenen Bestandteilen des Gebäudes. Personen sterben durch Brandsituationen regelmäßig aufgrund von

²⁵ BGH NStZ 1981, 220; BGH NStZ 1985, 408.

²⁶ BGH NStZ 1981, 220; BGH NStZ 1985, 408; BGH NJW 1987, 141; OLG Hamburg NJW 1953, 117.

²⁷ BGH NStZ 1981, 220; BGH NStZ-RR 2000, 42.

²⁸ BGH NStZ 1981, 220.

²⁹ BGH NStZ 1994, 130 m.w.N.

³⁰ BGHSt 44, 175; BGH NStZ 2003, 266; diff. BGHSt 18, 363 (364 ff.).

³¹ BGHSt 16, 109 (110).

³² BGH StV 1984, 245; BGHSt 48, 14 (18); OLG Saarbrücken NStZ-RR 2009, 80.

³³ BGH NStZ 1994, 130 m.w.N.

³⁴ BGH StV 2002, 145.

³⁵ BGH, Beschl. v. 19.7.2007 – 2 StR 266/07, Rn. 6.

³⁶ BGH, Beschl. v. 19.7.2007 – 2 StR 266/07, Rn. 6.

³⁷ BGH, Beschl. v. 15.2.2011 – 4 StR 659/10, Rn. 6.

³⁸ Vgl. nur Heine (Fn. 3), § 306a Rn. 11; Radtke, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 4, 2006, § 306a Rn. 33.

³⁹ BGH, Beschl. v. 15.2.2011 – 4 StR 659/10, Rn. 6.

⁴⁰ BGH StraFo 2010, 213 (214) m. abl. Anm. Bachmann/Goeck, ZIS 2010, 445.

⁴¹ Radtke (Fn. 38), § 306 Rn. 53 f. sowie Börner (Fn. 3), § 306 Rn. 32.

Verletzungen der Atemwege, bevor es zu Verbrennungen des Körpers kommt. Deshalb ist die Frage erlaubt, weshalb der Brand des Holzfußbodens eines Ladengeschäfts nach Maßgabe gemischter Nutzung die Tat vollenden soll, wogegen ein Brand des Inventars, der durch Hitze und Ruß das Ladengeschäft zerstört, nicht in gleichem Maße Beachtung findet. In beiden Fällen hat der Täter eine Gefahrenquelle geschaffen, welche den Wohnraum zwar durch weitere Ausdehnung erreichen könnte, aber gerade noch nicht erreicht hat. Hier wie dort handelt es sich im Hinblick auf den Schutzzweck des § 306a Abs. 1 Nr. 1 StGB um den Unwert eines Versuchs. Daher ist dem 4. Senat in seiner Auffassung zur teilweisen Zerstörung durch Brandlegung beizupflichten, zugleich aber eine Aufgabe der Rechtsprechung zur gemischten Nutzung in der Variante des In-Brand-Setzens zu verlangen.

Die Verschiedenheit der Voraussetzungen einer teilweisen Zerstörung durch Brandlegung, welche auf den unterschiedlichen Eigenarten der Tatobjekte beruht, kommt dadurch zum Ausdruck, dass der Senat den Schuldspruch dahingehend zu berichtigen wünscht, dass der vollendete § 306 Abs. 1 Nr. 1 StGB in Tateinheit zu dem nur versuchten § 306a Abs. 1 Nr. 1 StGB steht,⁴² obwohl es sich um das selbe Brandereignis im selben Gebäude handelt. Dieses Ergebnis des Senats ist konsequent und zutreffend.

V. § 306b Abs. 2 Nr. 2 StGB bei Betrug und die Geltung des § 28 Abs. 2 StGB

Darüber hinaus berührt die Entscheidung des 4. Senats zwei weitere dogmatische Fragen, die im Examen ebenso wie in der forensischen Praxis von erheblicher Bedeutung sein können.

1. § 306b Abs. 2 Nr. 2 StGB bei Versicherungsbetrug

Der BGH steht auf dem zutreffenden Standpunkt, dass auch die Absicht eines späteren Versicherungsbetruges für die von § 306b Abs. 2 Nr. 2 StGB vorausgesetzte Ermöglichungsabsicht genügt,⁴³ wogegen das Schrifttum einen Bezug zur Brandsituation verlangt.⁴⁴ Die gesetzestechnische Herkunft des Merkmals aus § 211 Abs. 2 StGB sowie die dahinter stehende Pönalisierung der subjektiven Verknüpfung eines Unrechts mit einem weiteren Unrecht lassen indes schwerlich ein anderes Verständnis der Norm zu als dasjenige des BGH.⁴⁵ Das eigentliche Problem besteht in der drohenden Verletzung des Prinzips schuldangemessenen Strafens, da trotz der Mindeststrafe des § 306b Abs. 2 Nr. 2 StGB von fünf Jahren Freiheitsstrafe gesetzlich ausnahmsweise kein minder schwerer Fall vorgesehen ist. Ein gangbarer Ausweg, um einem sachlich gegebenen minder schweren Fall Rechnung zu tragen – falls ein solcher tatsächlich einmal vorliegen

⁴² BGH, Beschl. v. 15.2.2011 – 4 StR 659/10, Rn. 4.

⁴³ Vgl. nur BGHSt 45, 211 (216 ff.); BGH NStZ 2008, 571; Börner (Fn. 3), § 306b Rn. 9 ff.; Wolff (Fn. 3), § 306b Rn. 21.

⁴⁴ Vgl. nur LG Kiel StV 2003, 675 m. Anm. Ostendorf; Hecker, GA 1999, 332; Küpper (Fn. 3), II § 5 Rn. 19 f.; Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch, Kommentar, 27. Aufl. 2011, § 306b Rn. 4 m.w.N.

⁴⁵ Vertieft Börner (Fn. 6), S. 52 ff.

sollte⁴⁶ – wäre die Anwendung der vom BGH für den Heimtückemord entwickelten Rechtsfolgenlösung, indem im Wege der Gesetzesfortbildung eine Strafmilderung gewährt wird.⁴⁷

2. Die Bedeutung von § 28 Abs. 2 StGB

Die Besonderheit im Falle des 4. Strafsenats besteht darin, dass der Revisionsführer sich gegen seine Verurteilung wegen Anstiftung zu § 306b Abs. 2 Nr. 2 StGB wendet. Die Täter hingegen konnten nicht ermittelt werden. Zudem wird nicht mitgeteilt, ob diese Täter um den Betrug als Zweck der Brandstiftung gewusst haben,⁴⁸ doch darauf kommt es wegen § 28 Abs. 2 StGB auch nicht an. Diese Norm wird im Studium zumeist allein mit dem systematischen Verhältnis der §§ 211, 212 StGB assoziiert, wodurch die Allgemeingültigkeit der dogmatischen Funktion des § 28 Abs. 2 StGB leicht in den Hintergrund gerät. Diese Norm hat mit ihrer von der h.M. angenommenen tatbestandsverschiebenden Wirkung⁴⁹ gleichsam den Effekt, dass im Hinblick auf ein besonderes persönliches Merkmal für jeden Tatbeteiligten das für ihn passende Delikt zur Anwendung kommt, ohne dass es darauf ankäme, ob das von dem besonderen persönlichen Merkmal abhängige qualifizierte Delikt auch für einen anderen Beteiligten zur Anwendung kommt. Es genügt deshalb für die Anstiftung zu § 306b Abs. 2 Nr. 2 StGB, dass der Anstifter selbst in Ermöglichungsabsicht gehandelt hat, ohne Rücksicht darauf, ob die Täter diese Absicht teilten oder welche Vorstellung sich der Anstifter von den Absichten der Täter gemacht hat.

Wiss. Assistent Rechtsanwalt und Fachanwalt für Strafrecht Dr. René Börner, Potsdam

⁴⁶ Es erscheint zweifelhaft, ob das alleinige Argument des fehlenden Bezuges zur Brandsituation zum minder schweren Fall führt, denn was einen Totschlag zum Mord macht, sollte auch eine schwere Brandstiftung zur besonders schweren machen können. Statt dessen käme es auf eine Gesamtbeurteilung an, wobei eine Milderung insbesondere dann in Frage käme, wenn der Gefährdungsgrad und der zu erzielende Vermögensvorteil des Betrugs gering sind, oder wenn der Täter in erheblichem Umfange tätige Reue leistet, jedoch ohne damit unter den Schutz des § 306e StGB zu fallen, weil bereits ein erheblicher Schaden eingetreten ist.

⁴⁷ Börner (Fn. 3), § 306b Rn. 9.

⁴⁸ BGH, Beschl. v. 15.2.2011 – 4 StR 659/10, Rn. 2 f.

⁴⁹ Statt aller Fischer, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 58. Aufl. 2011, § 28 Rn. 8 m.w.N.; a.A. Roxin, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 2, 2003, § 27 Rn. 19 (Strafzumessungsregel).