

Examensklausur: Wohnungseinbruchdiebstahl und Kraftfahrzeugrennen*

Von Wiss. Mitarbeiter **Marco Rehmet**, Wiss. Mitarbeiter **Nils Ströle**, Freiburg**

Die Klausur widmet sich einer ungewöhnlichen Konstellation des Wohnungseinbruchdiebstahls: Kann sich der Täter danach strafbar machen, wenn der Wohnungsinhaber bereits verstorben ist? Ferner ist zu prüfen, ob die Flucht vor der Polizei ein verbotenes Kraftfahrzeugrennen darstellt. Detailwissen zu diesen aktuell diskutierten Fragen und den jüngst dazu ergangenen Entscheidungen wird von den Bearbeitenden nicht erwartet – es geht vielmehr um eine saubere Anwendung juristischer Methodik, das heißt um Problembewusstsein und die Arbeit mit dem Gesetz.

Sachverhalt

Der allein in seinem Haus lebende Rentner R verreist am 27. Juli 2020 nach Frankreich. Während des Urlaubs sieht seine Tochter T gelegentlich im Haus des R nach dem Rechten; so auch am 3. August 2020. Bei diesem Besuch lässt sie aus einer Küchenschublade einen 100 €-Schein von R mitgehen, den sie noch in der Küche in ihrer Hosentasche verstaut. R ist bereits während seiner Reise am 2. August 2020 verstorben. Ein Testament existiert nicht. Die Todesnachricht erreicht T und Rs Sohn S, die beiden einzigen lebenden Verwandten, am 5. August 2020. Am 9. August 2020 entdeckt A die von T und S für R geschaltete Todesanzeige. Er durchsucht seit kurzem die Todesanzeigen in Lokalzeitungen, um geeignete Einbruchobjekte auszumachen. Hierdurch will er zukünftig sein monatliches Einkommen etwas aufbessern. Wie A weiß, war R ein passionierter Kunstsammler und besaß einen echten „Dali“. Daher hebt A nachts am 12. August 2020 das Küchenfenster im Erdgeschoss von Rs Haus auf. Dabei wird der Fensterrahmen beschädigt. Seit seinem Tod wurde Rs Haus einschließlich des Mobiliars so gelassen, wie er es verlassen hatte. Da T und S im Haus aufgewachsen sind und sich dort auch im Erwachsenenalter häufig aufgehalten haben, planen sie mit ihren Familien darin einzuziehen. Ausreichend Platz ist vorhanden. A wird schließlich im Wohnzimmer fündig und kann problemlos mit dem „Dali“ verschwinden.

Nachdem dies so unproblematisch lief, berichtet A am Telefon seiner in Spanien lebenden Freundin F von der neuen Errungenschaft und seiner – wie er findet – raffinierten „Taktik“. F hört sich As Ausführungen an und ist ganz bei ihm. Daher sagt sie zu A: „So kannst du doch auch mal ein schickes Auto klarmachen.“ Dabei hat F gemeinsame Ausfahrten im Sinn. Gesagt, getan, denkt sich A. In der Lokalzeitung wird er zügig fündig: Über eine ganze Zeitungsseite wird Trauer um eine Frau N von ihrem Sohn als einzigem Angehörigen bekundet. Sicherlich wird es hier etwas zu holen

geben, denkt sich A und macht die Adresse von N ausfindig. Dort angekommen kann A sein Glück kaum fassen. Ein zwar etwas älterer, aber noch sehr sportlicher Wagen steht vor dem Haus der N auf der Straße. Über einen Draht, den A in den Spalt zwischen Fenster und Türverkleidung einführt, überwindet er die verschlossene Fahrertür und verschafft sich Zutritt. Er schließt den Wagen mühelos kurz und fährt los. Die gesamte Zeit über wird A von zwei Polizeibeamten beobachtet. Der Polizei ist diese „Taktik“ nämlich schon länger bekannt. Daher observiert sie zu Beweiszwecken die Anwesen Verstorbenen samt näherer Umgebung. Der Sohn von N hat hiervon keine Kenntnis. Nachdem sich A mit dem Kfz ca. 300 m vom Haus der N entfernt hat, beschließen die beiden Polizeibeamten, mit dem Streifenwagen die Verfolgung aufzunehmen. Nach Erkennen des Streifenwagens und des von den Beamten geschalteten Haltesignals „Stopp Polizei“ gibt A „Vollgas“, um die ihn mittlerweile mit Blaulicht und Martinshorn verfolgenden Beamten abzuhängen. Eine andere Möglichkeit besteht nach As Vorstellung nicht. Die Verfolgungsjagd führt durch den Stadtteil W. A überschreitet hier mit 130 km/h die zulässige Höchstgeschwindigkeit von 50 km/h und nutzt die Gegenfahrbahn, um an einer Straßenkreuzung über eine „Rot“ anzeigende Ampel zu fahren und so die bereits vor ihm an der Ampel stehenden Autos zu überholen. Hierdurch muss A seine Geschwindigkeit auch nicht reduzieren. A erreicht nun außerorts eine sehr kurvenreiche und äußerst unübersichtliche Landstraße, auf der er seine Fahrt mit 170 km/h trotz der zulässigen Höchstgeschwindigkeit von nur 70 km/h fortführt. Die Polizeibeamten können zu keinem Zeitpunkt zu ihm aufschließen. A gelingt es, den Streifenwagen abzuhängen, indem er in einigen Kurven die Gegenfahrbahn schneidet und so seine Geschwindigkeit halten kann. Schließlich erreicht A das Versteck für den Sportwagen, wo er ihn abstellt. Ein späteres Sachverständigen-gutachten ergibt, dass der Wagen – wie A weiß – eine maximale Höchstgeschwindigkeit von 180 km/h erreichen kann. Unter Berücksichtigung der Straßencharakteristik und des Verkehrsaufkommens war im Stadtteil W. eine Höchstgeschwindigkeit von 128–134 km/h und auf der Landstraße von 169–175 km/h möglich.

Aufgabe 1

Wie haben sich die Beteiligten – mit Ausnahme der zwei Polizeibeamten – nach dem StGB strafbar gemacht? § 244 Abs. 1 Nrn. 1, 2 StGB ist nicht zu prüfen.

Fortsetzung

A kann letztlich überführt werden und es kommt zu einer Hauptverhandlung gegen ihn. Während A von der Vorsitzenden K zur Sache vernommen wird, interveniert Strafverteidiger V: „Wir wollen nun keine weiteren Fragen mehr beantworten.“ V ist für seine ganz eigenständige Auffassung der „Konfliktverteidigung“ bekannt und kommt nun, nachdem K sich nochmal vergewissert hat, richtig in Fahrt: So könne K ja nicht mit A reden und was für schlimme Zustände hier doch

* Der Fall war ursprünglich Teil einer Klausur im Examensklausurenkurs im Sommersemester 2020. Der Schnitt lag bei ca. 5,0 Punkten. Die höchste erreichte Punktzahl betrug 11 Punkte.

** Die Autoren sind Mitarbeiter am von Prof. Dr. Roland Hefendehl geleiteten Institut für Kriminologie und Wirtschaftsstrafrecht der Universität Freiburg i.Br.

herrschen würden. Zwischen K und V entwickelt sich eine intensive und laute Diskussion. K entgegnet schließlich V: „Wenn Sie weiter die Verhandlung stören, werde ich Sie aus dem Saal entfernen lassen.“ K ruft Wachtmeister W herbei, der aber nicht tätig werden muss, da sich die Situation wieder beruhigt.

Aufgabe 2

A möchte etwas gegen K unternehmen. Wozu würden Sie A an Vs Stelle raten und hätte ein solches Ansinnen Aussicht auf Erfolg? Auf § 177 GVG wird hingewiesen.

Lösungsvorschlag

Aufgabe 1

Erster Tatkomplex

I. Strafbarkeit der T

1. § 242 Abs. 1 StGB

Indem T in der Küche den 100 €-Schein in die Hosentasche steckte, könnte sie sich wegen Diebstahls gem. § 242 Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben.

a) Tatbestandsmäßigkeit

aa) Fremde bewegliche Sache

Der 100 €-Schein ist ein körperlicher Gegenstand i.S.v. § 90 BGB und beweglich. Er müsste für T zudem fremd sein. Als Diebstahlsubjekt sind solche Sachen ausgeschlossen, die im ausschließlichen Eigentum des Täters stehen oder herrenlos sind.¹ Ursprünglich war R Eigentümer des Geldscheins. Er verstarb am 2. August 2020. Mangels Testaments greift die gesetzliche Erbfolge. S und T bilden damit kraft Gesetzes eine Erbengemeinschaft (vgl. §§ 1924 Abs. 1, 2032 Abs. 1 BGB),² innerhalb derer jeweils Gesamthandseigentum besteht.³ Damit gehört der 100 €-Schein nicht T allein. Er stellt für sie eine fremde Sache dar.

bb) Wegnahme

Den 100 €-Schein müsste T weggenommen haben. Unter Wegnahme ist der Bruch fremden und die Begründung neuen Gewahrsams an der Sache zu verstehen.⁴ Gewahrsam ist die tatsächliche Sachherrschaft (objektiv-faktisches Element), getragen von einem natürlichen Herrschaftswillen (subjektiv-voluntatives Element), wobei sich ihr Vorliegen in erster Linie nach der Verkehrsauffassung beurteilt (faktischer Ge-

wahrsamsbegriff; h.M.).⁵ Eine tatsächliche Sachherrschaft ist gegeben, solange der Berechtigte auf die Sache unter normalen Umständen einwirken kann und seiner Herrschaft keine Hindernisse entgegenstehen.⁶

Ursprünglicher Gewahrsamsinhaber war R. Der Gewahrsam endete jedoch mit seinem Tod. Tote sind nicht „gewahrsamsfähig“.⁷

Als Erbe des R könnte daher S zum Zeitpunkt der Wegnahme (Mit-)Gewahrsamsinhaber zusammen mit T gewesen sein. An einem natürlichen Herrschaftswillen des S wird man indes zweifeln müssen. Der natürliche Herrschaftswille unterliegt zwar keinen hohen Anforderungen,⁸ sodass bereits ein latenter, genereller Gewahrsamswille genügt.⁹ Von einem solchen Willen kann i.d.R. ausgegangen werden, wenn er ersichtlich dem Interesse der Person entspricht.¹⁰ Mindestvoraussetzung ist aber überhaupt die *Kenntnis*, dass ein Herrschaftsverhältnis entstanden ist.¹¹ Die Todesnachricht erreichte S (und T) aber erst am 5. August 2020. Am 3. August 2020 hatte S somit keinerlei Kenntnis vom Erbfall und konnte keinen natürlichen Herrschaftswillen bilden.¹² Damit hatte S zu diesem Zeitpunkt keinen (Mit-)Gewahrsam.

Fraglich ist, ob sich ein anderes Ergebnis aus § 857 BGB ergibt.¹³ Nach § 857 BGB geht der Besitz auf den Erben über und Mitglieder der Erbengemeinschaft werden *Mitbesitzer* (§ 866 BGB) des Nachlasses.¹⁴ Zu erwägen wäre, ob sich auch der (Mit-)Gewahrsam hierüber fingieren lässt. Der strafrechtliche Gewahrsam und der zivilrechtliche unmittelbare Besitz i.S.v. § 854 Abs. 1 BGB decken sich zwar in weiten Teilen.¹⁵ Allerdings ist der Begriff des Gewahrsams ein eigenständiger strafrechtlicher Begriff und daher auch eigen-

⁵ Wittig, in: v. Heintschel-Heinegg (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar zum Strafgesetzbuch, 49. Ed., Stand: 1.2.2021, § 242 Rn. 14; Rengier, Strafrecht, Besonderer Teil I, 23. Aufl. 2021, § 2 Rn. 23; Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar, 68. Aufl. 2021, § 242 Rn. 11.

⁶ Rengier (Fn. 5), § 2 Rn. 27.

⁷ BGH BeckRS 2012, 20059 Rn. 4; Kühl, in: Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch, Kommentar, 29. Aufl. 2018, § 242 Rn. 10; Vogel, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Leipziger Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 7, 12. Aufl. 2010, § 242 Rn. 68; vgl. auch Glandien, Jura 2018, 60 (62 f.) zu Vorschlägen für einen postmortalen Gewahrsamsbegriff.

⁸ Vgl. Vogel (Fn. 7), § 242 Rn. 67: „Verdünnung“ des Willens-erfordernisses.

⁹ Wittig (Fn. 5), § 242 Rn. 18.

¹⁰ Kindhäuser/Böse, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 11. Aufl. 2020, § 2 Rn. 33.

¹¹ Fischer (Fn. 5), § 242 Rn. 13.

¹² Vgl. Kudlich, JA 2010, 777 (779).

¹³ Siehe hierzu Glandien, Jura 2018, 60 (63–65).

¹⁴ BGH NJW 1952, 303 (304); Gergen, in: Limperg/Oetker/Rixecker/Säcker (Hrsg.), Münchener Kommentar zum BGB, Bd. 11, 8. Aufl. 2020, § 2032 Rn. 11 a.E.; Flechtner (Fn. 2), § 2032 Rn. 3 a.E.; Schäfer, in: Limperg/Oetker/Rixecker/Säcker (Fn. 14), § 857 Rn. 8.

¹⁵ Kindhäuser (Fn. 4), § 242 Rn. 30; Vogel (Fn. 7), § 242 Rn. 60.

¹ Bosch, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 242 Rn. 12.

² Vgl. Lohmann, in: Hau/Poseck (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar zum BGB, 57. Ed., Stand: 1.2.2021, § 2032 Rn. 2; Flechtner, in: Burandt/Rojahn (Hrsg.), Erbrecht, 3. Aufl. 2019, § 2032 Rn. 9.

³ Wellenhofer, Sachenrecht, 35. Aufl. 2020, § 2 Rn. 9.

⁴ Kindhäuser, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 3, 5. Aufl. 2017, § 242 Rn. 27.

ständig auszulegen.¹⁶ Nach ganz h.M. kann die Fiktion des § 857 BGB nicht übertragen werden.¹⁷ Der Erbenmitbesitz des S vermag folglich keinen (Mit-)Gewahrsam zu begründen.

Es bestand kein fremder Gewahrsam an dem 100 €-Schein. T hat ihn nicht weggenommen.

b) Ergebnis

T hat sich nicht gem. § 242 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

2. §§ 242, 22, 23 Abs. 1 StGB

T könnte sich jedoch durch dieselbe Handlung wegen versuchten Diebstahls gem. §§ 242, 22, 23 Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben.

a) Keine Vollendung und Versuchsstrafbarkeit

Die Versuchsstrafbarkeit ergibt sich aus §§ 242 Abs. 2, 23 Abs. 1, 12 Abs. 2 StGB. Vollendet ist der Diebstahl nicht, s.o.

b) Tatentschluss

T müsste zur Tat entschlossen gewesen sein. In der Vorstellung der T lebte R noch und war Gewahrsamsinhaber, sodass T neuen Gewahrsam am 100 €-Schein begründet und den des R zu dem Zeitpunkt gebrochen hätte, als sie den 100 €-Schein in die Hosentasche steckte („Gewahrsamsenklaue“). T war zur Wegnahme einer fremden beweglichen Sache folglich entschlossen. Sie wollte R dauerhaft aus seiner Sachherrschaftsposition verdrängen (Enteignungskomponente) und beabsichtigte, sich den 100 €-Schein (zumindest vorübergehend) in das eigene Vermögen einzuverleiben (Aneignungskomponente).¹⁸ Auch ging sie von der Rechtswidrigkeit der erstrebten Zueignung aus. Der Tatentschluss liegt im Ergebnis vor.

c) Unmittelbares Ansetzen, § 22 StGB

T hat unmittelbar zu Tatbestandsverwirklichung angesetzt.

d) Rechtswidrigkeit und Schuld

Sie handelte rechtswidrig und schuldhaft.

e) Ergebnis

T hat sich gem. §§ 242, 22, 23 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

3. § 246 Abs. 1 StGB

Darüber hinaus könnte sich T wegen Unterschlagung gem. § 246 Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben.

a) Tatbestandsmäßigkeit

T müsste sich den 100 €-Schein zugeeignet haben.

¹⁶ Schmitz, in: Erb/Schäfer (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 242 Rn. 50; Wittig (Fn. 5), § 242 Rn. 11 a.E.; Vogel (Fn. 7), § 242 Rn. 56.

¹⁷ Fischer (Fn. 5), § 242 Rn. 11; Vogel (Fn. 7), § 242 Rn. 60; Kudlich, JA 2010, 777 (779); Kindhäuser/Böse (Fn. 10), § 2 Rn. 30.

¹⁸ Vgl. Rengier (Fn. 5), § 2 Rn. 91.

aa) Subjektives Element (Zueignungswille)

Da T mit Zueignungsabsicht handelte, handelte sie erst recht mit Zueignungswillen.

bb) Objektives Element (Zueignungsakt)

Erforderlich ist darüber hinaus ein Zueignungsakt. Nach der herrschenden engen Manifestationstheorie ist danach zu fragen, ob ein nach außen erkennbares Verhalten des Täters verlässlich zum Ausdruck bringt, dass der Täter die Sache behalten will.¹⁹ Das ist hier der Fall, steckte sich T doch den 100 €-Schein in ihre Hosentasche. Dieses Verhalten ist weder mehrdeutig noch neutral. Ein Zueignungsakt liegt somit vor.

Hinweis: In Übereinstimmung mit der Ausbildungsliteratur²⁰ werden Ausführungen zu sonstigen (Zueignungs-)Theorien nicht erwartet.

cc) Rechtswidrigkeit der Zueignung

T hatte keinen fälligen und einreddefreien Anspruch auf Über-eignung des 100 €-Scheins.

dd) Qualifikation des § 246 Abs. 2 StGB

Zudem könnte die Qualifikation des § 246 Abs. 2 StGB erfüllt sein. Dafür müsste der Geldschein T anvertraut worden sein. Anvertraut ist eine Sache, deren Gewahrsam dem Täter im Vertrauen darauf übertragen worden ist, er werde die Herrschaft über die Sache im Sinne des Überlassenden ausüben.²¹ T sollte zwar im Haus des R nach dem Rechten sehen. Eine solche Bitte zielt aber mehr auf die Erledigung der für die Zeit der Abwesenheit nötigsten Angelegenheiten (z.B. Briefkasten leeren, Blumen gießen), ohne dass damit der Gewahrsam hinsichtlich aller im Haus befindlichen Gegenstände übertragen würde. Der 100 €-Schein war T daher nicht anvertraut.

ee) Vorsatz bzgl. bb) und cc)

Ausreichend ist, dass T zumindest billigend in Kauf nahm, dass ein anderer Eigentümer und die Zueignung widerrechtlich ist.²² Die genaue Kenntnis des Eigentümers ist nicht erforderlich.²³ Dass sie irrtümlich annahm, R habe Eigentum, obwohl tatsächlich Gesamthandseigentum des S bestand, lässt den Vorsatz folglich unberührt (unbeachtlicher error in persona).

¹⁹ Rengier (Fn. 5), § 5 Rn. 24; Wessels/Hillenkamp/Schuhr, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 43. Aufl. 2020, Rn. 311.

²⁰ Siehe Rengier (Fn. 5), § 5 Rn. 23.

²¹ BGH NStZ-RR 2014, 13; Kühl (Fn. 7), § 246 Rn. 13.

²² Vgl. BayObLG NJW 1963, 310; Hohmann, in: Joecks/Miebach (Fn. 16), § 246 Rn. 49; Vogel (Fn. 7), § 246 Rn. 53.

²³ Mitsch, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 3. Aufl. 2015, S. 39; Kudlich, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 5. Aufl. 2021, § 246 Rn. 26 a.E., § 242 Rn. 39.

b) *Rechtswidrigkeit und Schuld*

T handelte rechtswidrig und schuldhaft.

c) *Ergebnis*

T hat sich gem. § 246 Abs. 1 StGB strafbar gemacht. Aufgrund der Subsidiaritätsklausel in § 246 Abs. 1 StGB a.E. könnte die Tat hinter dem die schwerere Strafe androhenden versuchten Diebstahl zurücktreten,²⁴ wofür immerhin der keine Einschränkung enthaltende Wortlaut der Klausel spricht. Da dann aber nicht zum Ausdruck käme, dass eine Rechtsverletzung tatsächlich erfolgt ist, ist die Annahme von Tateinheit überzeugender.²⁵

4. *Zwischenergebnis*

T hat sich gem. §§ 242, 22, 23 Abs. 1, 246 Abs. 1, 52 StGB strafbar gemacht.

II. Strafbarkeit des AI. *§§ 242 Abs. 1, 244 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 4 StGB*

Indem A das Küchenfenster aufhebelte, das Haus betrat und das Bild entwendete, könnte er sich wegen Wohnungseinbruchdiebstahls gem. §§ 242 Abs. 1, 244 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 4 StGB strafbar gemacht haben.

a) *Grunddelikt des § 242 Abs. 1 StGB*

Problematisch ist bzgl. § 242 Abs. 1 lediglich die Frage, ob zum Zeitpunkt der Wegnahme (12. August 2020) fremder Gewahrsam über das Gemälde bestand. Die Todesnachricht erreichte T und S am 5. August 2020. Ab diesem Zeitpunkt hatten sie Kenntnis vom Erbfall und damit einen hinreichenden Beherrschungswillen für die ehemaligen Räumlichkeiten des R. A hat folglich eine fremde bewegliche Sache weggenommen.

b) *Qualifikation des § 244 Abs. 1 Nr. 3 StGB*

A hat gewaltsam (beschädigter Fensterrahmen als Indiz) das Fenster aufgehebelt und ist damit eingebrochen. Klärungsbedürftig ist, ob er auch in eine Wohnung i.S.v. § 244 Abs. 1 Nr. 3 StGB eingebrochen ist, schließlich war R zu diesem Zeitpunkt schon verstorben. Dies muss durch Auslegung ermittelt werden.

aa) *Wortlaut*

Dabei ist zunächst der Wortlaut zu untersuchen, wobei zu beachten ist, dass „der mögliche Wortsinn des Gesetzes [...] die äußerste Grenze zulässiger richterlicher Interpretation [...]“ markiert.²⁶ Der BGH versteht unter Wohnungen abgeschlossene und überdachte Räume, die Menschen zumindest vorübergehend als Unterkunft dienen und nicht lediglich Arbeits-, Geschäfts- oder Ladenräume sind.²⁷ Nach diesem Wortsinn

kommt es mehr auf den Wohnungszweck und weniger auf den faktischen Wohnungsgebrauch einer Räumlichkeit an.²⁸ Der umgangssprachliche Gebrauch des Wortes Wohnung stützt das:²⁹ Wohnzwecken dienende Räumlichkeiten bezeichnet man auch dann als Wohnung, wenn sie vorübergehend nicht bewohnt sind. So spricht man etwa bei der Besichtigung einer nicht vermieteten Wohnung dennoch von einer *Wohnungsbesichtigung*. Die Aussagekraft des Wortlauts darf freilich nicht überbewertet werden. Bei der Auslegung durch den BGH handelt es sich um *einen* möglichen Wortsinn.³⁰ Jedenfalls aber steht der Wortlaut der Wohnungseigenschaft nicht entgegen.

bb) *Telos*

Zur teleologischen Auslegung sind die geschützten Rechtsgüter heranzuziehen. § 244 Abs. 1 Nr. 3 StGB schützt neben dem Eigentum die häusliche Privat- und Intimsphäre.³¹ Die Qualifikation soll dem Umstand Rechnung tragen, dass Wohnungseinbrüche tief in die Intimsphäre der Opfer eindringen und zu ernststen psychischen Störungen wie etwa langwierigen Angstzuständen führen können.³² Vor dem Hintergrund lässt sich zunächst argumentieren, dass ein derartiger Eingriff bei den Räumlichkeiten Verstorbener gerade nicht mehr droht, können diese doch keine psychischen Folgeschäden mehr erleiden. Vielmehr hat die Wohnung bis zu einer neuen Nutzung oder Auflösung lediglich den Zweck, den Nachlass des Verstorbenen zu verwahren.³³

Die geschützten Rechtsgüter können indes auch dann verletzt sein, wenn sie neben den aktuellen Bewohnern weiteren Personen zuzuordnen sind, die einen Bezug zu den Räumlichkeiten aufweisen – etwa, weil sie sich häufig in ihnen aufhalten, weil es sich um ihr Elternhaus handelt oder weil sie in dem Haus private Gegenstände lagern (hier kommen v.a. Angehörige in Betracht). Dies gilt jedenfalls, solange die Räumlichkeit nicht als Wohnstätte entwidmet worden ist.³⁴ Mit dieser Argumentation ist der Einwand, die Räumlichkeiten dienten lediglich dem Zweck, den Nachlass des Verstorbenen zu verwahren, entkräftet. Denn einen häufigen Aufenthalt kann man selbst dann annehmen, wenn die Räumlichkeit zum Zweck der Auflösung des Hausstands regelmäßig aufgesucht wird.³⁵ Hiergegen kann wiederum eingewandt werden, dass man sich auch in Büroräumen häufig aufhält, ohne dass sie hierdurch zu Wohnungen würden.³⁶ Ein Bezug zur Intimsphäre von Angehörigen lässt sich allerdings darüber herstel-

²⁸ BGH NJW 2020, 1750; BGH NJW 2020, 2816 (2817).

²⁹ A.A. *Epik*, NSTZ 2020, 485 (487).

³⁰ Insofern richtig *Epik*, NSTZ 2020, 485 (487); siehe auch *Krack*, JR 2021, 38 (39 f.); kritisch auch *Wittig* (Fn. 5), § 244 Rn. 22, die den vom BGH vertretenen Wohnungsbegriff für zu weit hält; kritisch auch *Schmitz* (Fn. 16), § 244 Rn. 66.

³¹ BGH NJW 2017, 1186 (1187); *Wittig* (Fn. 5), § 244 Rn. 22.

³² BT-Drs. 13/8587, S. 43.

³³ *Epik*, NSTZ 2020, 484 (486).

³⁴ BGH NJW 2020, 1750 (1751).

³⁵ *Jäger*, JA 2020, 630 (631).

³⁶ *Epik*, NSTZ 2020, 484 (486); vgl. *Bock/Manheim*, HRRS 2020, 341 (343).

²⁴ So *Kühl* (Fn. 7), § 246 Rn. 14; *Jäger*, JuS 2000, 1167 (1171).

²⁵ *Rengier* (Fn. 5), § 2 Rn. 25 m.w.N.

²⁶ BVerfG NSTZ 1986, 261.

²⁷ BGH NSTZ-RR 2018, 14 (15).

len, dass diese, so wie hier T und S, nicht selten Überlegungen zu einer Übernahme der Räumlichkeiten anstellen und solche Überlegungen womöglich aus Furcht vor einem nochmaligen Einbruch fallen lassen werden.³⁷ Das Telos von § 244 Abs. 1 Nr. 3 StGB spricht somit dafür, die Räumlichkeiten Verstorbener als Wohnung zu qualifizieren.

cc) Systematik

Was die Gesetzssystematik betrifft, so kann im Umkehrschluss aus § 244 Abs. 4 StGB gefolgert werden, dass § 244 Abs. 1 Nr. 3 StGB gerade nicht die dauerhafte Nutzung der Wohnung verlangt.³⁸ Vor dem Hintergrund ist eine den Wohnungszweck betonende Wortauslegung mit der inneren Systematik besser vereinbar als eine solche, die sich am faktischen Wohnungsgebrauch orientiert. Letzteren verlangt ja gerade § 244 Abs. 4 StGB.

dd) Zwischenergebnis

Die Räumlichkeiten Verstorbener sind ein taugliches Tatobjekt. (Hier wird dem BGH gefolgt. Eine andere Auffassung ist gut vertretbar.)

c) Qualifikation des § 244 Abs. 4 StGB

Fraglich ist, ob auch eine dauerhaft genutzte Privatwohnung i.S.v. § 244 Abs. 4 StGB betroffen ist.

Hinweis: Wer § 244 Abs. 1 Nr. 3 StGB verneint, muss dies konsequenterweise auch bei § 244 Abs. 4 StGB tun, da zunächst alle Voraussetzungen einer „sonstigen“ Wohnung i.S.d. § 244 Abs. 1 Nr. 3 StGB vorliegen müssen.³⁹

aa) Wortlaut

Maßgeblich ist zunächst der Wortlaut „dauerhaft genutzt“. Er erfordert, dass die Wohnung regelmäßig über einen längeren Zeitraum aufgesucht und als Wohnung zur Tatzeit auch tatsächlich genutzt werden muss.⁴⁰ An einer solchen Nutzung fehlt es, wenn der Wohnungsinhaber verstorben ist. Die Wohnung wird dann nämlich zunächst einmal nicht mehr dauerhaft genutzt. Die lediglich künftig wieder mögliche dauerhafte Nutzung – etwa durch S und T – genügt für eine Anwendung dieser Vorschrift gerade nicht.⁴¹

bb) Telos

In teleologischer Hinsicht trägt § 244 Abs. 4 StGB dem Umstand Rechnung, dass sich der Eingriff in die Privat- und Intimsphäre, der mit einem Einbruch in eine zur Tatzeit tat-

sächlich bewohnte Wohnung verbunden ist, als gegenüber § 244 Abs. 1 Nr. 3 StGB noch erheblich intensiver darstellt.⁴² Wird die Wohnung aber nicht tatsächlich genutzt, wie das bei Räumlichkeiten Verstorbener i.d.R. der Fall ist, so ist dieser Schutzzweck nicht einschlägig. In teleologischer Hinsicht fallen Räumlichkeiten Verstorbener daher nicht unter § 244 Abs. 4 StGB.

cc) Strafraumen

Für dieses Ergebnis spricht letztlich auch der hohe Strafraumen (Verbrechen, § 12 Abs. 1 StGB), der eine restriktive Auslegung der Vorschrift gebietet.

dd) Zwischenergebnis

§ 244 Abs. 4 StGB ist somit nicht einschlägig.

d) Vorsatz

A handelte vorsätzlich und mit Zueignungsabsicht. Sein Vorsatz umfasst auch die qualifizierenden Umstände des § 244 Abs. 1 Nr. 3 StGB.

e) Rechtswidrigkeit und Schuld

A handelte rechtswidrig und schuldhaft.

f) Ergebnis

A hat sich gem. § 244 Abs. 1 Nr. 3 StGB strafbar gemacht.

2. § 303 Abs. 1 Var. 1 StGB

A hat den Fensterrahmen beschädigt und dadurch § 303 Abs. 1 Var. 1 StGB verwirklicht.

3. § 123 Abs. 1 Var. 1 StGB

A ist zudem in eine Wohnung eingedrungen und hat sich dadurch nach § 123 Abs. 1 Var. 1 StGB strafbar gemacht.

4. Zwischenergebnis und Konkurrenzen

A hat § 244 Abs. 1 Nr. 3 StGB sowie §§ 303 Abs. 1 Var. 1, 123 Abs. 1 Var. 1 StGB verwirklicht. § 303 Abs. 1 Var. 1 StGB wird nicht von § 244 Abs. 1 Nr. 3 StGB konsumiert, da der Täter beim Einbrechen in eine Wohnung diese nicht typischerweise auch beschädigt. Zudem betreffen die Taten oft verschiedene Rechtsgutsträger, so etwa dann, wenn der Täter unter Beschädigung derselben in eine Mietwohnung einbricht und eine Sache des Mieters wegnimmt. Es ist daher Tateinheit (§ 52 StGB) anzunehmen (a.A. vertretbar).⁴³ Anders ist es im Verhältnis des § 244 Abs. 1 Nr. 3 StGB zu § 123 Abs. 1 Var. 1 StGB: Der Hausfriedensbruch ist eine regelmäßige Begleitstat des Wohnungseinbruchdiebstahls und wird

³⁷ Jäger, JA 2020, 630 (631); anders hingegen Krack, JR 2021, 38 (41).

³⁸ BGH NJW 2020, 1750; Fischer (Fn. 5), § 244 Rn. 46.

³⁹ Wittig (Fn. 5), § 244 Rn. 25.

⁴⁰ BGH NJW 2020, 2816 (2817); Schmitz (Fn. 16), § 244 Rn. 73; Wittig (Fn. 5), § 244 Rn. 25; Kretschmer, in: Leipold/Tsambikakis/Zöller (Hrsg.), AnwaltKommentar StGB, 3. Aufl. 2020, § 244 Rn. 50; ebenso – und mit Falllösung – Hirsch/Dölling, JuS 2019, 997 (999).

⁴¹ So Jäger, JA 2020, 630 (631).

⁴² BGH NJW 2020, 2816 (2817).

⁴³ Vgl. BGH NJW 2019, 1086 (1088 ff.); Fischer (Fn. 5), § 244 Rn. 66; a.A. (Konsumtion) Wessels/Hillenkamp/Schuh (Fn. 19), Rn. 245.

folglich von § 244 Abs. 1 Nr. 3 StGB im Wege der Konsumtion verdrängt.⁴⁴

Zweiter Tatkomplex

I. Strafbarkeit des A

I. §§ 242 Abs. 1, 243 Abs. 1 S. 2 Nrn. 1, 2, 3 StGB

Indem sich A über die verschlossene Fahrertür Zugang zum Kfz verschaffte, es kurzschloss und anschließend wegfuhr, könnte er sich wegen Diebstahls in einem besonders schweren Fall gem. §§ 242 Abs. 1, 243 Abs. 1 S. 2 Nrn. 1, 2, 3 StGB strafbar gemacht haben.

a) Tatbestandsmäßigkeit

aa) Objektiver Tatbestand

A müsste das Kfz als fremde bewegliche Sache weggenommen haben. Der Sohn von N hat Kenntnis vom Erbfall und daher einen hinreichenden Beherrschungswillen in Bezug auf das Kfz. Er ist damit Gewahrsamsinhaber.

A müsste neuen Gewahrsam am Kfz begründet haben. Dies kann etwa durch Wegfahren mit dem Auto geschehen, wobei schon eine kurze Fahrtstrecke ausreicht.⁴⁵ Hier hatte sich A bereits ca. 300 m vom Haus der N entfernt. A wurde in seiner Sachherrschaft nicht durch Ns Sohn behindert. Dieser hätte nun seinerseits As Verfügungsgewalt brechen müssen. Klärungsbedürftig ist, ob die Beobachtung durch die zwei Polizeibeamten der Gewahrsamsbegründung im Weg stand. Grundsätzlich ist der Diebstahl kein heimliches Delikt.⁴⁶ Eine (selbst planmäßige) Beobachtung steht der Wegnahme daher nicht im Wege.⁴⁷ Der Gewahrsamswechsel ist von ihr unabhängig.⁴⁸ Damit hat A neuen Gewahrsam begründet.

Gewahrsamsbruch ist die Aufhebung des Gewahrsams des bisherigen Gewahrsamsinhabers gegen oder zumindest ohne dessen Willen.⁴⁹ Ein Einverständnis des Sohns von N lag nicht vor. Der Gewahrsam wurde somit jedenfalls ohne seinen Willen aufgehoben.

Hinweis: Damit liegt gerade keine klassische Diebesfalle vor.⁵⁰ Dass die zwei Polizeibeamten „einverstanden“ sind, ist unschädlich; sind sie doch keine Gewahrsamsinhaber des Kfz.

A hat eine fremde bewegliche Sache weggenommen.

bb) Subjektiver Tatbestand

A handelte vorsätzlich und mit Zueignungsabsicht. Die erstrebte Zueignung ist rechtswidrig. Auch diesbezüglich liegt Vorsatz vor.

b) Rechtswidrigkeit und Schuld

A handelte rechtswidrig und schuldhaft.

c) Strafzumessung: Besonders schwerer Fall (§ 243 Abs. 1 S. 2 Nrn. 1, 2, 3 StGB)

aa) § 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 StGB

Unter den umschlossenen Raum fällt auch der Innenraum eines Kfz.⁵¹ Durch den Draht hat sich A eines Werkzeugs bedient, durch das der Verschlussmechanismus des Autos ordnungswidrig betätigt wurde. In den Innenraum des Kfz ist A anschließend eingedrungen. Dies müsste auch „zur Ausführung der Tat“ geschehen sein. Aus dem umschlossenen Raum selbst muss dabei nichts mitgenommen werden, ausreichend ist es vielmehr, wenn der Täter in den Raum eindringt, um ihn selbst (= das Kfz) wegzunehmen.⁵² Auch dieses Merkmal kann daher bejaht werden. § 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 StGB liegt vor.

bb) § 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 StGB

Das Auto könnte durch eine andere Schutzvorrichtung gegen Wegnahme besonders gesichert gewesen sein. Darunter fallen alle sonstigen besonderen Vorrichtungen, die geeignet oder dazu bestimmt sind, die Wegnahme einer Sache wenigstens zu erschweren.⁵³ In Abgrenzung zu Nr. 1 dürfen sie sich nicht auf Räume beziehen, die von Menschen betreten werden können.⁵⁴ Das Türschloss ist deshalb nicht erfasst.

Als andere Schutzvorrichtung käme allenfalls das Zündschloss in Betracht. Hiergegen ließe sich einwenden, das Zündschloss diene lediglich dem Starten des Kfz und habe keine besondere Sicherungsfunktion. Umgekehrt lässt sich diese Funktion aber auch mit einem Startknopf umsetzen. Daher kommt dem Zündschloss neben der Startfunktion auch eine sichernde Funktion zu.⁵⁵ § 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 StGB kann damit bejaht werden. (Eine a.A. ist vertretbar.)

⁴⁴ Rengier (Fn. 5), § 3 Rn. 65; Fischer (Fn. 5), § 123 Rn. 45 a.E.; Wittig (Fn. 5), § 244 Rn. 29.

⁴⁵ Kindhäuser/Böse (Fn. 10), § 2 Rn. 52; Fischer (Fn. 5), § 242 Rn. 20 m.w.N.

⁴⁶ Zu dieser h.M. siehe Rengier (Fn. 5), § 2 Rn. 49 m.w.N.

⁴⁷ Kindhäuser/Böse (Fn. 10), § 2 Rn. 53.

⁴⁸ Wessels/Hillenkamp/Schuhr (Fn. 19), Rn. 126.

⁴⁹ Wittig (Fn. 5), § 242 Rn. 21.

⁵⁰ Siehe hierzu Kindhäuser/Böse (Fn. 10), § 2 Rn. 46–48.

⁵¹ BGH NJW 1952, 597; Wittig (Fn. 5), § 243 Rn. 6.1; Fischer (Fn. 5), § 243 Rn. 4.

⁵² Kindhäuser (Fn. 4), § 243 Rn. 8; Bosch (Fn. 1), § 243 Rn. 17 a.E. sowie ausführlich Rn. 27; Schmitz (Fn. 16), § 243 Rn. 11 a.E.; Wittig (Fn. 5), § 243 Rn. 14; Kühl (Fn. 7), § 243 Rn. 8.

⁵³ Wittig (Fn. 5), § 243 Rn. 17.

⁵⁴ Rengier (Fn. 5), § 3 Rn. 21; a.A. wohl Berkl, JA 2006, 276 (280).

⁵⁵ Berkl, JA 2006, 276 (280) mit entsprechenden Erwägungen; im Ergebnis auch Schmidt, in: Matt/Renzikowski (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl. 2020, § 243 Rn. 12; Rengier (Fn. 5), § 3 Rn. 24; Fischer (Fn. 5), § 243 Rn. 15.

cc) § 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 StGB

A wollte sich aus wiederholter Begehung von Diebstählen eine fortlaufende Einnahmequelle von einigem Umfang und einer gewissen Dauer verschaffen. Er handelte gewerbsmäßig.

dd) Zwischenergebnis

§ 243 Abs. 1 S. 2 Nrn. 1, 2, 3 StGB liegen vor.

d) Ergebnis

A hat sich gem. §§ 242 Abs. 1, 243 Abs. 1 S. 2 Nrn. 1, 2, 3 StGB strafbar gemacht.

2. § 315d Abs. 1 Nr. 3 StGB

Indem A mit dem Kfz die zulässige Geschwindigkeit überschritt und andere Verkehrsvorschriften missachtete, könnte er sich wegen eines verbotenen Kraftfahrzeugrennens gem. § 315d Abs. 1 Nr. 3 StGB strafbar gemacht haben.

a) Tatbestandsmäßigkeit

aa) Objektiver Tatbestand

In objektiver Hinsicht müsste sich A im Straßenverkehr als Kraftfahrzeugführer mit nicht angepasster Geschwindigkeit und grob verkehrswidrig fortbewegt haben.

A befand sich im öffentlichen Straßenverkehr und war Kraftfahrzeugführer. Mit nicht angepasster Geschwindigkeit ist ein schnelles Fahren gemeint, das der konkreten Verkehrssituation zuwiderläuft, etwa weil es nicht den Straßen-, Sicht- und Wetterverhältnissen entspricht.⁵⁶ Einen Orientierungsmaßstab hinsichtlich dieses Tatbestandsmerkmals bietet § 3 StVO.⁵⁷ Dem Überschreiten einer Geschwindigkeitsbegrenzung kommt dabei (jedenfalls) indizielle Bedeutung zu.⁵⁸ A überschritt durchgehend und ganz erheblich die zulässige Höchstgeschwindigkeit. Dies führte auch dazu, dass er innerhalb der übersichtbaren Strecke nicht hätte halten können (vgl. § 3 Abs. 1 S. 4 StVO). Damit fuhr A mit nicht angepasster Geschwindigkeit.

Grob verkehrswidrig ist ein Verhalten, das in objektiv besonders schwerer, vor allem gefährlicher Weise gegen eine Verkehrsvorschrift verstößt.⁵⁹ Eine Hilfestellung bietet der

Katalog des § 315c Abs. 1 Nr. 2 StGB,⁶⁰ der Verkehrsverstöße aufzählt, die vielfach zu Unfällen führen.⁶¹ A überschritt die zulässige Geschwindigkeit in sehr hohem Maße.⁶² Darüber hinaus überfuhr er an einer Kreuzung eine rote Ampel auf der Gegenfahrbahn und missachtete damit das Haltegebot, vgl. § 37 Abs. 2 Nr. 1 StVO, was aufgrund des Querverkehrs typischerweise besonders gefährlich ist⁶³ und strafrechtlich durch § 315c Abs. 1 Nr. 2 lit. a StGB erfasst sein kann. Zudem schnitt A auf der kurvenreichen und unübersichtlichen Landstraße trotz Rechtsfahrgebots mehrere Kurven, mit anderen Worten hielt er an unübersichtlichen Stellen nicht die rechte Fahrbahnseite ein (vgl. § 315c Abs. 1 Nr. 2 lit. e StGB).⁶⁴ Auch unter Berücksichtigung der erheblich überschrittenen Höchstgeschwindigkeit wird der Gegenverkehr hierdurch typischerweise besonders gefährdet. A bewegte sich im Ergebnis grob verkehrswidrig fort.

bb) Subjektiver Tatbestand

A handelte vorsätzlich. Er müsste ferner die Absicht (i.S.v. *dolus directus* I. Grades) gehabt haben, eine höchstmögliche Geschwindigkeit zu erzielen („Raserabsicht“). Es erweisen sich hier zwei Fragen als problematisch. Erstens: Wie ist die „höchstmögliche“ Geschwindigkeit auszulegen? Zweitens: Muss die Absicht Hauptbeweggrund des Täters sein?

Hinweis: Es bietet sich an, die Raserabsicht vor der „Rücksichtslosigkeit“ zu prüfen. Letztere geht in gewisser Weise in der Absicht auf, denn „[...] wer mit seiner Fahrweise eine höchstmögliche Geschwindigkeit erzielen will, dürfte in der Regel dafür auch eigensüchtige Beweggründe aufweisen, mit denen er seine verkehrsrechtlichen Pflichten übergeht.“⁶⁵

(1) Höchstmögliche Geschwindigkeit

Mit der „höchstmöglichen“ Geschwindigkeit ist nicht gemeint, dass der Täter die Absicht haben muss, das Kfz bis an die technischen und physikalischen Grenzen, mithin die objektive (fahrzeugspezifische) Höchstleistung auszufahren.⁶⁶

⁵⁶ Kulhanek, in: v. Heintschel-Heinegg (Fn. 5), § 315d Rn. 35; Pegel, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum StGB, Bd. 5, 3. Aufl. 2019, § 315d Rn. 24; Schulz-Merkel, NZV 2020, 397 (398).

⁵⁷ Zieschang, NZV 2020, 489 (490).

⁵⁸ KG BeckRS 2019, 35362 Rn. 16; Kulhanek, Jura 2018, 561 (564). Anders Zieschang, NZV 2020, 489 (490), der das Tatbestandsmerkmal bejaht, wenn die Höchstgeschwindigkeit i.S.v. § 3 Abs. 3 StVO missachtet wird; ebenso König, in: Cirener u.a. (Hrsg.), Leipziger Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 17, 13. Aufl. 2021, § 315d Rn. 24; BGH NJW 2021, 1173 (1174).

⁵⁹ Kulhanek (Fn. 56), § 315d Rn. 36.

⁶⁰ BGH NJW 2021, 1173 (1174); Pegel (Fn. 56), § 315d Rn. 25; Kulhanek, Jura 2018, 561 (564).

⁶¹ Hecker, in: Schönke/Schröder (Fn. 1), § 315c Rn. 12.

⁶² Bereits aus dem massiven Geschwindigkeitsverstoß kann sich die grobe Verkehrswidrigkeit ergeben, siehe König (Fn. 58), § 315d Rn. 26; BGH NJW 2021, 1173 (1174 f.); BGH BeckRS 2021, 11344 Rn. 17; zur indiziellen Bedeutung vgl. Kulhanek (Fn. 56), § 315d Rn. 36.

⁶³ Vgl. auch Hecker (Fn. 61), § 315c Rn. 27.

⁶⁴ Vgl. Burmann, in: Burmann/Heß/Hühnermann/Jahnke, Straßenverkehrsrecht, Kommentar, 26. Aufl. 2020, § 315c Rn. 27.

⁶⁵ Zopfs, DAR 2020, 9 (11); Rengier, Strafrecht Besonderer Teil II, 22. Aufl. 2021, § 44a Rn. 10 a.E.: „kaum eigenständige Bedeutung“; Ruhs, SVR 2018, 286 (289): „deklaratorisches Merkmal“.

⁶⁶ Vgl. BT-Drs. 18/12964, S. 5 f.; KG BeckRS 2019, 35362 Rn. 29; Burmann (Fn. 64), § 315d Rn. 9; König (Fn. 58),

Diese Auslegung ist vor dem Hintergrund geboten, dass selbst bei „Kraftfahrzeugrennen“ im Sinne des allgemeinen Sprachgebrauchs (also mit Gegnern) in der Regel die tatsächliche absolute Höchstgeschwindigkeit des Kfz nicht erreicht wird.⁶⁷ Zudem würde man durch dieses absolute Verständnis Fahrer hochmotorisierter Autos privilegieren, da sie es deutlich schwerer haben, die absolute Höchstleistung zu erstreben (man denke etwa an den nicht bei 250 km/h abgeriegelten Sportwagen).⁶⁸ Letztlich spricht auch der Wortlaut hierfür. Es kommt lediglich darauf an, „eine“, aber eben nicht „die“ (bauartbedingte) höchstmögliche Geschwindigkeit zu erreichen.⁶⁹

Daher ist die „höchstmögliche“ Geschwindigkeit die in der konkreten Verkehrssituation erzielbare (d.h. unter Berücksichtigung der Verkehrsverhältnisse wie Straßencharakteristik und Verkehrsaufkommen, Witterungsbedingungen, subjektives Geschwindigkeitsempfinden des Fahrers), mithin *relative* Höchstgeschwindigkeit.⁷⁰ Die „höchstmögliche“ Geschwindigkeit ist als „möglichst hohe“ Geschwindigkeit zu lesen.⁷¹ Ob eine darauf bezogene Absicht vorliegt, ist anhand einer Gesamtschau aller Umstände (Indizien) festzustellen.⁷²

Für ihr Vorliegen spricht zunächst, dass A „Vollgas“ gab, das Kfz mithin erheblich beschleunigte, um den Streifenwagen abzuhängen. Um zu entkommen, musste A in seiner Vorstellung gerade mit möglichst hoher Geschwindigkeit fahren. Umgekehrt ließe sich aber auch sagen, seine Fluchtmotivation habe lediglich die Geschwindigkeit erfordert, die nötig ist, um den ihn verfolgenden Streifenwagen abzuhängen. Er habe also nur schneller als dieser sein wollen, nicht aber „höchstmöglich“ schneller.⁷³

A wählte allerdings äußerst riskante Fahrweisen wie das Überqueren einer roten Ampel auf der Gegenfahrbahn in einer Ortschaft. Zudem schnitt er die Gegenfahrbahn in äußerst unübersichtlichen Kurven. Diese Fahrweisen wählte er, um Geschwindigkeitsverluste zu vermeiden. (Geringere) Indizielle

Bedeutung kommt auch dem Umstand zu, dass der Streifenwagen zu keinem Zeitpunkt aufschließen konnte.

Ausweislich des Sachverständigengutachtens bewegte sich A zudem sowohl im Stadtteil W. (130 km/h) als auch auf der Landstraße (170 km/h) im sog. Geschwindigkeitsgrenzbereich.⁷⁴ Dieser zeigt die unter Berücksichtigung der Straßencharakteristik und des Verkehrsaufkommens maximale, d.h. relative Höchstgeschwindigkeit. Dass sich A die ganze Zeit tatsächlich in diesem Bereich bewegte, ist das ausschlaggebende Indiz dafür, dass er (auch) die Absicht hatte, diese Geschwindigkeit zu erzielen.

Hinweis: A hätte den Geschwindigkeitsgrenzbereich freilich nicht tatsächlich erreichen müssen. Ausreichend wäre es auch gewesen, wenn er sich darin bewegen wollte.

(2) Raserabsicht als Hauptbeweggrund?

Damit widmet sich die Prüfung nun der zweiten Frage. Problematisch ist hier, dass A nicht primär ein „Einzelrennen“ fahren, sondern in erster Linie dem Streifenwagen entkommen wollte. Fraglich ist also, ob die Raserabsicht der Hauptbeweggrund sein muss, oder es auch genügt, wenn sie nur Zwischenziel ist. Inwieweit die sog. Polizeiflucht unter § 315d Abs. 1 Nr. 3 StGB subsumiert werden kann, ist streitig.

Einerseits ließe sich erwägen, dass die Polizeiflucht – wie gesehen – zwar objektiv einen klassischen Renncharakter aufweist, nicht jedoch in subjektiver Hinsicht. Insofern sei nämlich charakteristisch, dass der Täter um des Rennens willen rase und nicht zur primären Verfolgung anderer Zwecke.⁷⁵ Daher gehen einige davon aus, die Raserabsicht müsse der Hauptbeweggrund sein („Rasen um des Rasens willen“).⁷⁶ Nicht ausreichend ist es danach, wenn sie – wie hier – lediglich notwendiges Zwischenziel ist, um ein anderes Endziel (Flucht vor Polizei) zu erreichen. Nach dieser Ansicht wäre die Absicht zu verneinen.

Andererseits erscheint es wenig überzeugend, bei identischer Fahrweise und gleicher abstrakter Gefährdungslage das Ergebnis davon abhängig zu machen, aus welchen Motiven heraus die Raserabsicht entstanden ist.⁷⁷ Daher schadet es nach herrschender Ansicht nicht, wenn der Täter mit der Absicht einer höchstmöglichen Geschwindigkeit zugleich das Endziel verfolgt, vor einem Polizeifahrzeug zu fliehen.⁷⁸ Hier kam es A darauf an, dem Streifenwagen zu entkommen. Nach

§ 315d Rn. 31; anders aber wohl LG Stade DAR 2018, 577 (578).

⁶⁷ *Kulhanek* (Fn. 56), § 315d Rn. 42; *Kudlich*, JA 2019, 631 (633).

⁶⁸ KG NZV 2019, 314; *Jansen*, NZV 2019, 285 (286).

⁶⁹ *Zieschang*, NZV 2020, 489 (491).

⁷⁰ Siehe BGH NJW 2021, 1173 (1175); BGH BeckRS 2021, 11344 Rn. 18; OLG Köln NStZ-RR 2020, 224 (226); OLG Stuttgart NJW 2019, 2787; BayObLG BeckRS 2020, 17421 Rn. 31; OLG Zweibrücken BeckRS 2020, 10847 Rn. 7; KG BeckRS 2019, 35362 Rn. 29; AG Schmallenberg BeckRS 2020, 18102 Rn. 5; *Fischer* (Fn. 5), § 315d Rn. 17; *Rengier* (Fn. 65), § 44a Rn. 10; *Krumm*, SVR 2020, 8 (10); *Jansen*, NZV 2019, 285 (286); *Schulz-Merkel*, NZV 2020, 397 (398 f.); *Zieschang*, NZV 2020, 489 (491 f.).

⁷¹ *Fischer* (Fn. 5), § 315d Rn. 17; *Pegel* (Fn. 56), § 315d Rn. 26.

⁷² OLG Stuttgart NJW 2019, 2787; *Jansen*, NZV 2019, 285 (288); *Schulz-Merkel*, NZV 2020, 397 (399); *König* (Fn. 58), § 315d Rn. 32.

⁷³ Vgl. *Schefer/Schülting*, HRRS 2019, 458 (460).

⁷⁴ Siehe hierzu *Kulhanek* (Fn. 56), § 315d Rn. 42; *Kudlich*, JA 2019, 631 (633); *Schefer/Schülting*, HRRS 2019, 458 (459).

⁷⁵ So *Schefer/Schülting*, HRRS 2019, 458 (461).

⁷⁶ So etwa *Hecker* (Fn. 61), § 315d Rn. 9; *Ruhs*, SVR 2018, 286 (289); *Krenberger*, NZV 2019, 317; *Schulz-Merkel*, NZV 2020, 397 (399).

⁷⁷ OLG Stuttgart NJW 2019, 2787 (2788).

⁷⁸ So etwa BGH NJW 2021, 1173 (1175); BGH BeckRS 2021, 11344 Rn. 19; OLG Stuttgart NJW 2019, 2787 (2788); OLG Köln NStZ-RR 2020, 224 (226); LG Berlin BeckRS 2019, 5484 Rn. 1; AG Waldbröl BeckRS 2019, 4035 Rn. 8; *Rengier* (Fn. 65), § 44a Rn. 11; *Kulhanek* (Fn. 56), § 315d Rn. 42.3; *König*, DAR 2020, 362 (365); *Zieschang*, NZV 2020, 489 (493); *Czimek*, ZJS 2020, 337 (340).

seiner Vorstellung sollte gerade die Erzielung der möglichst hohen Geschwindigkeit als Mittel dienen. Demnach könnte die Absicht bejaht werden.

Aufgrund der divergierenden Ergebnisse ist Stellung zu nehmen. Zunächst lässt der Wortlaut keine Einschränkung erkennen. Dass die Raserabsicht alleiniges Motiv sein müsste, hätte der Gesetzgeber immerhin auch durch den Zusatz „allein“ klarstellen können.⁷⁹ Das bedeutet aber erstmal nur, dass der Wortlaut offen für beide Ergebnisse ist.⁸⁰

Auch in eindeutig von § 315d Abs. 1 Nr. 3 StGB erfassten Fällen wird der Täter regelmäßig nicht ausschließlich vom Rasen motiviert sein, sondern werden daneben weitere Motive bestehen, etwa weil der Täter anderen imponieren oder Bekanntheit erlangen möchte.⁸¹ Die Abgrenzung von Hauptbeweggrund und Zwischenziel ist damit schwer durchführbar; ihre Bedeutung sollte nicht überschätzt werden.

Die Raserabsicht soll in teleologischer Hinsicht dem Erfordernis des Renncharakters gerecht werden (vgl. die Überschrift des § 315d StGB: Verbotene Kraftfahrzeugrennen).⁸² Rennteilnehmer werden durch den Wettbewerb darin bestärkt, die Fahr- und Verkehrssicherheit außer Acht zu lassen und für eine höhere Geschwindigkeit den Verlust der Kontrolle über ihre Fahrzeuge zu riskieren. Im Vergleich zu einfachen Geschwindigkeitsübertretungen richten sie ihre Aufmerksamkeit außerdem nicht nur auf den Straßenverkehr, sondern auch auf Renngegner.⁸³ Diese Aspekte treffen auch auf die Polizeiflucht zu: Die verfolgende Polizei erscheint hier als „Renngegnerin“. Zwar steht nicht der „Sieg“, sondern die Flucht im Mittelpunkt, doch unterscheiden sich diese Ziele letztlich nicht: Im einen wie im anderen Fall geht es dem Täter darum, einen anderen durch schnelles Fahren abzuhängen. Wird er ansonsten durch Renngegner „gepusht“ und abgelenkt, ist es hier die drohende Festnahme durch die Polizei, die zu riskantem Verhalten verleitet. Die renntypischen Risiken finden sich dabei gleichermaßen wieder.⁸⁴ Die risikobezogene Vergleichbarkeit mit den „sportlichen“ Rennwettbewerben liegt daher vor.⁸⁵ In teleologischer Hinsicht ist die Polizeiflucht deshalb einzubeziehen.

Dies entspricht zudem der Systematik des Gesetzes: Auch in anderen Tatbeständen, die eine besondere Absicht voraussetzen, schadet es nicht, wenn sich die Absicht nur auf ein Zwischenziel bezieht. So verhält es sich z.B. mit der Bereicherungsabsicht in § 263 StGB.⁸⁶

A handelte mit der Absicht, eine höchstmögliche Geschwindigkeit zu erreichen. (Eine andere Auffassung ist vertretbar.)

Seine extrem gefährliche Fahrweise nahm er aus eigensüchtigen Motiven hin und handelte damit auch rücksichtslos.

b) Rechtswidrigkeit und Schuld

A handelte rechtswidrig und schuldhaft.

c) Ergebnis

A hat sich gem. § 315d Abs. 1 Nr. 3 StGB strafbar gemacht.

3. Zwischenergebnis

A hat sich gem. §§ 242 Abs. 1, 243 Abs. 1 S. 2 Nrn. 1, 2, 3 StGB und § 315d Abs. 1 Nr. 3 StGB strafbar gemacht. Es besteht Tatmehrheit (§ 53 StGB).

Hinweis: §§ 315b, 315c StGB scheiden schon mangels konkreter Gefahr aus.

II. Strafbarkeit der F gem. §§ 242 Abs. 1, 243 Abs. 1 S. 2 Nrn. 1, 2, 3, 26 StGB

Indem F zu A sagte, er könne ein schickes Auto klarmachen, könnte sie sich wegen Anstiftung zu einem Diebstahl in einem besonders schweren Fall gem. §§ 242 Abs. 1, 243 Abs. 1 S. 2 Nrn. 1, 2, 3, 26 StGB strafbar gemacht haben.

1. Objektive (Vor-)Bedingung der Strafbarkeit

Hinweis: Mit der noch überwiegenden Ansicht sind die §§ 3–7, 9 StGB (sog. Strafanwendungsrecht) dogmatisch als objektive (Vor-)Bedingung der Strafbarkeit zu behandeln. Das „Vor“ ergibt sich daraus, dass sie nicht wie die üblichen objektiven Bedingungen der Strafbarkeit als Tatbestandsannex geprüft werden, sondern vor der eigentlichen Anwendung, sprich vor der Tatbestandsmäßigkeit.⁸⁷

Fraglich ist zunächst, ob deutsches Strafrecht gilt; handelte F doch in Spanien. Das deutsche Strafrecht gilt für Taten, die im Inland begangen werden (§ 3 StGB). Der Tatort wird in § 9 StGB legaldefiniert. Nach dessen Abs. 2 S. 1 Var. 1 ist die Teilnahme unter anderem an dem Ort begangen, an dem die (Haupt-)Tat begangen ist (dazu § 9 Abs. 1 StGB). A hat im Inland gehandelt, folglich auch F als potenzielle Teilnehmerin, sodass deutsches Strafrecht jedenfalls gem. §§ 3, 9 Abs. 2 S. 1 Var. 1 StGB i.V.m. § 9 Abs. 1 Var. 1 StGB gilt.

⁷⁹ OLG Stuttgart NJW 2019, 2787 (2788).

⁸⁰ Vgl. Schefer/Schülting, HRRS 2019, 458 (460).

⁸¹ König, DAR 2020, 362 (365).

⁸² BT-Drs. 18/12964, S. 6; ablehnend Zieschang, NZV 2020, 489 (491).

⁸³ BT-Drs. 18/12964, S. 5.

⁸⁴ Vgl. OLG Stuttgart NJW 2019, 2787 (2788); zustimmend Czimek, ZJS 2020, 337 (339).

⁸⁵ So OLG Köln NSTZ-RR 2020, 224 (226).

⁸⁶ Zieschang, NZV 2020, 489 (493).

⁸⁷ Zum Ganzen siehe Satzger, Internationales und Europäisches Strafrecht, 9. Aufl. 2020, § 5 Rn. 7, § 3 Rn. 12 f.; zur sich im Vordringen befindenden und vorzugswürdigen Gegenansicht, die die in den Geltungsbereichsnormen enthaltenen Geltungsvoraussetzungen zum überwiegenden Teil dogmatisch als vor die Klammer gezogene Merkmale des Unrechtstatbestands einordnet, siehe ausführlich Jeßberger, Der transnationale Geltungsbereich des deutschen Strafrechts, 2011, S. 119–132.

2. Tatbestandsmäßigkeit

a) Objektiver Tatbestand

Eine vorsätzliche rechtswidrige Haupttat liegt vor (s.o.). F müsste A zu dieser Haupttat bestimmt haben. Bestimmen ist das (mitursächliche) Hervorrufen des Tatentschlusses beim Täter.⁸⁸ Zum Diebstahl eines „schicken Autos“ entschloss sich A erst, nachdem ihm F sagte, er solle ein solches „klarmachen“. Den Tatentschluss hat F somit verursacht (Verursachungstheorie). Dies geschah ferner durch einen telefonischen, d.h. offenen geistigen Kontakt (Kommunikationstheorie; h.M.).

Hinweis: Umfangreiche Ausführungen dazu, wie das Bestimmen auszulegen ist, werden hier nicht erwartet und sind auch nicht notwendig. Selbst wer einen „Unrechtsakt“ verlangt, wird einen solchen wohl vor dem Hintergrund anzunehmen haben, dass sich A der F unterordnet (Stichwort: „Gesagt, getan [...]“).

Hinweis: Dass A gewerbsmäßig Diebstähle begeht, macht ihn hinsichtlich der konkreten Tat noch nicht zum *omnimo facturus*. Auf die Idee, ein Auto zu stehlen, bringt ihn schließlich erst F.

b) Subjektiver Tatbestand

Klärungsbedürftig ist, ob sich Fs Vorsatz neben dem Bestimmen zur Tat auch auf eine *bestimmte* Haupttat bezog. Nach Rspr. und h.M. muss der Vorsatz zumindest so viele die Tat kennzeichnende Merkmale beinhalten, dass die Tat selbst als konkret-individualisierbares Geschehen erkennbar ist.⁸⁹ F wurde von A im Telefonat über das Geschehen vom 12. August 2020 und dessen „Taktik“ umfassend aufgeklärt. Die Aussage, A könne *so* doch auch mal ein schickes Auto „klarmachen“, ist in diesem Gesamtkontext zu würdigen. Die Tat erweist sich damit im Kern als hinreichend konkretisiert: A (Täter) soll ein schickes Auto eines Verstorbenen (Tatobjekt) nachts (Tatzeit) stehlen (Straftatbestand). Das tatbestandliche Geschehen erscheint in der Vorstellung der F mithin als konkret-individualisiert. Die Zueignungsabsicht muss F nicht selbst aufweisen. Ausreichend ist, dass ihr das Vorliegen der Absicht bei A bewusst ist.⁹⁰

3. Rechtswidrigkeit und Schuld

F handelte rechtswidrig und schuldhaft.

4. Strafzumessung: Besonders schwerer Fall (§ 243 Abs. 1 S. 2 Nrn. 1, 2, 3 StGB)

Für F kommt ein besonders schwerer Fall in Betracht. Die Akzessorietätsregeln gelten hier entsprechend.⁹¹ Für die tatbezogenen Regelbeispiele (Nrn. 1, 2, 4–7) reicht folglich ein

⁸⁸ Rengier, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 12. Aufl. 2020, § 45 Rn. 24.

⁸⁹ Vgl. Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 50. Aufl. 2020, Rn. 891 m.w.N.; Jäger, in: Joecks/Jäger, Studienkommentar StGB, 13. Aufl. 2021, § 26 Rn. 22 f.

⁹⁰ Vgl. Wessels/Beulke/Satzger (Fn. 89), Rn. 888.

⁹¹ Schmitz (Fn. 16), § 243 Rn. 82.

diesbezüglicher Teilnehmervorsatz für eine Zurechnung; für die täterbezogenen (Nr. 3⁹²) ist entsprechend § 28 Abs. 2 StGB gewerbsmäßiges Handeln in der Person des Teilnehmers erforderlich. Da F wusste, wie sich A am 12. August 2020 Zutritt ins Haus verschafft hatte und sie davon ausgehen musste, dass Autos in aller Regel verschlossen sind und A keinen Autoschlüssel hat, kann ein Teilnehmerinnenvorsatz in Bezug auf § 243 Abs. 1 S. 2 Nrn. 1, 2 StGB angenommen werden. F handelte ihrerseits jedoch nicht gewerbsmäßig, sie hatte lediglich gemeinsame Ausfahrten mit A im Sinn.

5. Ergebnis

F hat sich gem. §§ 242 Abs. 1, 243 Abs. 1 S. 2 Nrn. 1, 2, 26 StGB strafbar gemacht.

Gesamtergebnis

T hat sich gem. §§ 242, 22, 23 Abs. 1, 246 Abs. 1, 52 StGB strafbar gemacht. A hat sich gem. §§ 244 Abs. 1 Nr. 3, 303 Abs. 1 Var. 1, 52 StGB – § 53 StGB – §§ 242 Abs. 1, 243 Abs. 1 S. 2 Nrn. 1, 2, 3 StGB – § 53 StGB – § 315d Abs. 1 Nr. 3 StGB strafbar gemacht. F hat sich gem. §§ 242 Abs. 1, 243 Abs. 1 S. 2 Nrn. 1, 2, 26 StGB strafbar gemacht.

Aufgabe 2

A könnte K wegen Besorgnis der Befangenheit gem. § 24 Abs. 1 Var. 2, Abs. 2 StPO ablehnen.

Ein Richter kann wegen Besorgnis der Befangenheit abgelehnt werden, wenn ein Grund vorliegt, der geeignet ist, Misstrauen gegen seine Unparteilichkeit zu rechtfertigen (§ 24 Abs. 2 StPO). Beurteilungsmaßstab ist die Sicht eines vernünftigen Angeklagten, mithin ein individuell-objektiver Maßstab.⁹³ Es ist daher zu fragen, ob der durchschnittliche Beobachter, der sich in die Rolle des Angeklagten versetzt, bei verständiger Würdigung der Umstände den Verdacht hegen würde, es bestehe eine Voreingenommenheit.⁹⁴ Spannungen zwischen Gericht und Verteidigung, wie hier zwischen K und V, lassen nicht allgemein Rückschlüsse auf eine Voreingenommenheit in der Sache zu, es sei denn, es treten besondere Umstände hinzu.⁹⁵ So könnte es hier aber gerade liegen. K drohte V, ihn bei weiteren Störungen aus dem Saal entfernen zu lassen und rief W hinzu. Möglicherweise konnte K dies indes auf § 177 S. 1 GVG stützen. Hiernach können Personen, die den zur Aufrechterhaltung der Ordnung getroffenen Anordnungen nicht Folge leisten, aus dem Sitzungszimmer entfernt werden. Der erfasste Personenkreis unterscheidet zwischen Personen, die bei der Verhandlung beteiligt sind und solchen, die es nicht sind. Der erste Personen-

⁹² Vgl. BGH BeckRS 2014, 6840 Rn. 13.

⁹³ BGH NJW 1998, 550; BGH NJW 2018, 2578 (2579); Cirener, in: Graf (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar zur StPO, Ed. 39, Stand: 1.1.2021, § 24 Rn. 5; Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, 29. Aufl. 2017, § 8 Rn. 8; Scheuten, in: Hannich (Hrsg.), Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung, 8. Aufl. 2019, § 24 Rn. 3a.

⁹⁴ Schmuck/Leipner, SVR 2012, 91 (94).

⁹⁵ BGH BeckRS 2013, 503 Rn. 16.

kreis wird ausdrücklich benannt: Parteien, Beschuldigte, Zeugen, Sachverständige. Im Umkehrschluss ergibt sich daraus, dass gegenüber am Verfahren beteiligten Personen, die nicht ausdrücklich benannt werden, Maßnahmen nach § 177 S. 1 GVG unzulässig sind.⁹⁶ Dies gilt für den Strafverteidiger V.⁹⁷ K drohte V im Ergebnis mit einer rechtswidrigen Maßnahme. Dies stellt einen besonderen Umstand dar, insofern ein durchschnittlicher Beobachter, der sich in die Rolle des Angeklagten versetzt, den Verdacht hegen würde, es bestehe eine Voreingenommenheit der K.

Hinweis: Eine a.A. scheint hier nur schwer vertretbar. Vereinzelt wird angenommen, dass in Extremfällen sitzungspolizeiliche Maßnahmen gegen Verfahrensbeteiligte zulässig sein können.⁹⁸ Hieran sind aber äußerst hohe Anforderungen zu stellen, sodass derartige Extremfälle praktisch nie vorkommen.⁹⁹

Sofern A den verfahrensrechtlichen Anforderungen an ein Ablehnungsgesuch Rechnung trägt (dazu §§ 24 Abs. 3, 25 f. StPO), verspricht ein solches Vorgehen Erfolg. Dies wäre A daher an Vs Stelle zu raten.

⁹⁶ *Allgayer*, in: Graf (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar zum GVG, Ed. 10, Stand: 15.2.2021, § 177 Rn. 2; zu den Einwänden hinsichtlich einer etwaigen analogen Anwendung vgl. *Kirch-Heim*, NStZ 2014, 431 (432).

⁹⁷ Vgl. zur h.M. OLG Hamm NZV 2003, 491 (492); AG Köln BeckRS 2020, 4186 Rn. 5; *Diemer*, in: Hannich (Fn. 93), GVG § 177 Rn. 2; *Kulhanek*, in: Knauer/Kudlich/Schneider (Hrsg.), Münchener Kommentar zur StPO, Bd. 3/2, 2018, GVG § 177 Rn. 5.

⁹⁸ Vgl. BGH NJW 1977, 437 (438); *Lückemann*, in: Zöller, ZPO, Kommentar, 33. Aufl. 2020, GVG § 177 Rn. 2.

⁹⁹ *Zimmermann*, in: Krüger/Rauscher (Hrsg.), Münchener Kommentar zur ZPO, 5. Aufl. 2017, GVG § 177 Rn. 3 a.E.