

Übungsfall: Schlüssel zum Glück

Von Akad. Mitarbeiter **Johannes Weigl**, Potsdam/München, Rechtsanwalt **Tobias Gafus**, Berlin*

I. Sachverhalt

Die B und der S waren einst verheiratet, sind aber seit Dezember 2016 geschieden. B findet bei einer Aufräumaktion im Januar 2022 einen Schlüssel zum Haus ihrer Ex-Schwiegermutter O, der Mutter des S. O hatte ihrem Sohn S vor vielen Jahren diesen Zweitschlüssel geschenkt und übereignet. S hatte diesen kurz vor der Scheidung, als B und er schon getrennt wohnten, nach einem Streit in der Wohnung der B vergessen. S hatte den Verlust später bemerkt, wusste jedoch zunächst nicht, wo er den Schlüssel verloren hatte. S und O gingen davon aus, dass der Schlüssel nicht mehr auftauchen würde, und ließen einen neuen Schlüssel für S erstellen. B hatte den Schlüssel direkt nach dem Verlust durch S gefunden und in ihrem Nachttisch versteckt, um ihn zu behalten und S dadurch eins auszuwischen.

B erzählt ihrem neuen Freund A von dem nun wieder aufgetauchten Schlüssel und seiner Herkunft. A hat die Idee, sich diesen „Schlüssel zum Glück“ von B zu leihen und so aus der Villa der alleinlebenden O Wertsachen zu stehlen. B lehnt dies aus Angst, O könne zu Schaden kommen, zunächst ab. Dann fällt ihr jedoch ein, dass O ihr nur wenige Tage zuvor bei einer Begegnung im Supermarkt erzählt hatte, dass sie anlässlich ihres 70. Geburtstags am 20. Februar „den gesamten Februar“ in ihrer „zweiten Heimat Lanzarote“ verbringen werde – wo sie seit 30 Jahren jedes Jahr Urlaub mache. Nachdem A die B daraufhin überzeugt, dass niemandem etwas passieren werde, ist B einverstanden. Schon aus schlechtem Gewissen gegenüber O will sie bis auf das Verleihen des Schlüssels jedoch „nichts mit der Sache zu tun haben“.

A verschafft sich am Abend des 20. Februar 2022 mithilfe des Schlüssels Zutritt zur Villa. Er findet einen wertvollen, der O gehörenden Ring und steckt ihn in seine Hosentasche, um ihn später zu verkaufen. Als A weitersuchen will, steht plötzlich O in der Tür, die krankheitsbedingt nicht auf Lanzarote ist. Sie fordert den maskierten A auf, den Ring herauszugeben. Da A den Ring behalten will, schlägt er der O ohne Tötungsvorsatz mit einem griffbereiten Besen auf den Kopf. Als O bewusstlos auf dem Boden liegt, bekommt A Panik. Er erkennt, dass O lebensbedrohlich verletzt ist, befürchtet aber, dass er als Täter enttarnt werden könnte, falls er einen Notarzt ruft, bevor er sich ausreichend weit vom Tatort entfernt hat. Eine Identifizierung durch O fürchtet er aufgrund seiner Maske aber nicht. Er wünscht sich zwar, dass O überlebt, nimmt ihren Tod aber in Kauf, um unentdeckt zu bleiben, und verlässt die Villa ohne Hilfe zu rufen. Zu Hause angekommen wähnt A sich in Sicherheit und ruft in der festen Überzeugung, O könne noch gerettet werden, anonym einen Notarzt. Tatsächlich war O aber schon durch den Schlag mit dem Besen so schwer verletzt worden, dass ihr auch sofortige

Rettungsbemühungen des A nicht mehr geholfen hätten. O stirbt in den Armen des eintreffenden Notarztes. Der B erzählt A von den Geschehnissen rund um O erst, als diese einige Tage später aus der Zeitung vom Tod ihrer Ex-Schwiegermutter erfährt.

Die Ermittlungen der Polizei kommen zu dem Ergebnis, dass der Täter wohl einen Schlüssel zur Villa hatte. Daraufhin dämmert S, dass er den Schlüssel einst bei B vergessen haben muss. Er vermutet, dass diese und ihr neuer Freund A die Tat begangen haben und stellt am nächsten Tag formgerecht gegen beide Strafantrag „wegen aller in Betracht kommenden Delikte im Namen der O und im eigenen Namen“.

Während die Polizei daraufhin gegen A und B ermittelt, ruft B wütend auf dem Handy des S an und spricht Folgendes auf die Mailbox, um ihn zu kränken: „Ich wusste immer, dass du ein mieser Drecksack bist, aber jetzt hast du den Vogel abgeschossen.“ Kurz darauf hört F, die neue Freundin des S, die Nachricht heimlich ab. Da F den S schützen will, löscht sie die Nachricht sofort. S erfährt nie davon.

Aufgabe

Straf- und Verfolgbarkeit von A und B nach dem StGB? §§ 123, 221 und 223–229 StGB sind nicht zu prüfen. Es ist davon auszugehen, dass S Alleinerbe der O ist.

Lösungsvorschlag

Tatkomplex 1: Der Schlüssel

A. Strafbarkeit der B

I. § 242 Abs. 1 StGB

B könnte sich durch das Verstecken des Schlüssels wegen Diebstahls nach § 242 Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben.

Der Schlüssel gehört S und ist damit eine für B fremde bewegliche Sache. Diese müsste B weggenommen, also fremden Gewahrsam gebrochen und neuen Gewahrsam begründet haben. Ein Bruch ist nur denkbar, wenn B bei der Tathandlung nicht schon selbst Alleingewahrsam hatte. Gewahrsam ist die tatsächliche Herrschaft über eine Sache, die von einem natürlichen Herrschaftswillen getragen wird und deren Reichweite durch die Verkehrsauffassung bestimmt wird. Zunächst hatte S Gewahrsam. Er könnte diesen aber verloren und B ihn schon dadurch erlangt haben, dass S den Schlüssel in ihrer Wohnung, und damit in ihrer Gewahrsamssphäre, liegen ließ. Indes schließt allein das den Gewahrsam des S noch nicht zwingend aus. Nach der Verkehrsauffassung ist vielmehr von einem fortbestehenden Gewahrsam des ursprünglichen Inhabers auszugehen, wenn eine Sache nur vergessen wurde, er sich an seinen Verbleib erinnern und die Sache jederzeit wiedererlangen kann.¹ Hier erinnerte sich S aber zunächst nicht mehr an den Verbleib des Schlüssels. Er hatte diesen nicht nur vergessen, sondern *verloren*. Damit hatte S schon

* Der Autor *Weigl*, Ass. iur., Licencié en droit (Toulouse), ist Akad. Mitarbeiter an der Universität Potsdam und Doktorand an der Ludwig-Maximilians-Universität München; der Autor *Gafus* ist Rechtsanwalt in Berlin und Doktorand an der Freien Universität Berlin.

¹ Vgl. *Kindhäuser*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 3, 5. Aufl. 2017, § 242 Rn. 40.

durch den Verlust keinen Gewahrsam mehr.

B hat sich durch das Verstecken des Schlüssels nicht wegen Diebstahls gem. § 242 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

II. § 246 Abs. 1 StGB

B könnte sich durch das Verstecken aber wegen Unterschlagung gem. § 246 Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben.

1. Objektiver Tatbestand

B müsste sich den Schlüssel, eine für sie fremde bewegliche Sache (s.o.) zugeeignet haben. Hierfür genügt i.R.d. § 246 Abs. 1 StGB die äußere Manifestation eines Zueignungswillens.² Diese liegt *jedenfalls* dann vor, wenn ein vom Zueignungsvorsatz getragenes Verhalten gegeben ist, aus dem ein alle Tatumstände kennender objektiver Betrachter ohne vorherige Kenntnis des Täterwillens eindeutig auf einen Zueignungswillen schließen kann. Hier hat sich der Zueignungswille der B durch das Verstecken in ihrem Nachttisch objektiv manifestiert. Dies war mangels Anspruchs der B auf eine Übereignung des Schlüssels auch rechtswidrig.

2. Subjektiver Tatbestand

B hatte Vorsatz mit Blick auf alle Tatbestandsmerkmale. Neben dem bereits geprüften Zueignungswillen betrifft dies insbesondere die Fremdheit der Sache und die Rechtswidrigkeit der Zueignung. Eine besondere *Absicht* ist i.R.d. § 246 StGB – anders als bei § 242 StGB – nicht erforderlich.³

3. Rechtswidrigkeit, Schuld

B handelte rechtswidrig und schuldhaft.

4. Strafantrag

Ob nach § 248a StGB eine geringwertige Sache vorliegt, beurteilt sich nicht nach Substanzwert, Herstellungswert oder subjektiven Affektionsinteressen des Tatopfers, sondern zunächst nach dem objektiven Verkehrswert. Einem privaten Haustürschlüssel kommt ein solcher Verkehrswert mangels Marktes zum Verkauf jedoch nicht zu, sodass er grundsätzlich als geringwertig anzusehen wäre. Dies ließe jedoch außer Acht, dass der Schlüssel *funktionell* ein sehr bedeutender Gegenstand mit insofern auch großem „Wert“ in Form einer Nutzungsmöglichkeit ist. Es wäre mit dem Telos des § 248a StGB, nur unbedeutende Sachen dem Strafantragserfordernis zu unterstellen, nicht vereinbar, verkehrswertlose Sachen per se als geringwertig anzusehen. Richtigerweise ist bei aufgrund hoher Spezifität verkehrswertlosen Gegenständen deshalb die Geringwertigkeit ausgeschlossen, wenn sie einen *funktionalen* Wert in Form einer Nutzungsmöglichkeit haben.⁴ Dies trifft auf einen Hausschlüssel zu; damit greift § 248a StGB nicht ein.

Ein Antragserfordernis könnte aber aus § 247 StGB folgen. Verletzt er und damit nach § 77 Abs. 1 StGB berechtigt ist hier S als Eigentümer des Schlüssels. Ob es für die Angehörigeneigenschaft i.S.d. §§ 247, 11 Abs. 1 Nr. 1 StGB auf die Zeit der Tat oder diejenige der Antragstellung ankommt, muss nicht entschieden werden: S und B waren zu beiden Zeitpunkten „Angehörige“; die vor der Antragstellung erfolgte Scheidung ändert daran nach § 11 Abs. 1 Nr. 1 lit. a StGB a.E. nichts. Die Antragsfrist beträgt nach § 77b Abs. 1 S. 1 StGB drei Monate. Sie beginnt nach § 77b Abs. 2 S. 1 StGB aber erst mit Ablauf des Tages, an dem der Berechtigte von der Tat und der Person des Täters Kenntnis erlangt. Die Unterschlagung war zwar schon vor mehr als vier Jahren begangen worden. Allerdings ist dem S erst im Zuge der auf den Einbruch in die Villa folgenden Ermittlungen bewusst geworden, dass B den Schlüssel einst unterschlagen hatte. Schon am auf diese Erkenntnis folgenden Tag stellt B den formgerechten Antrag. Damit ist der Antrag nicht verfristet.

5. Verjährung

Allerdings könnte Verjährung eingetreten sein. Die Tat nach § 246 Abs. 1 StGB verjährt gem. § 78 Abs. 1 und Abs. 3 Nr. 4 StGB in fünf Jahren. Die Beendigung als Fristbeginn nach § 78a Abs. 1 S. 1 StGB war sofort mit Vollendung eingetreten; denn B war zu Hause und musste den Schlüssel nicht erst in Sicherheit bringen.⁵ Ein späterer Beginn der Verjährung durch eine nochmalige Begehung des § 246 StGB käme nur in Anwendung der sog. Konkurrenzlösung in Betracht, wonach bei mehrfachen Manifestationen des Zueignungswillens erneute, erst auf Konkurrenzebene zurücktretende Unterschlagungen anzunehmen sind. So soll insbesondere die Bestrafung von Teilnehmern an den wiederholten Zueignungen ermöglicht werden. Dies überzeugt jedoch nicht.⁶ Denn schon dem Wortsinn nach kann eine Person sich ein und dieselbe Sache nur jeweils einmal zueignen. Im Übrigen würden ansonsten die Verjährungsregelungen durch potenziell unbegrenzte Verlängerung faktisch ganz außer Kraft gesetzt. Folglich ist mit der sog. Tatbestandslösung davon auszugehen, dass schon tatbestandlich nur *eine* Unterschlagung vorliegt. Die damit 2016 beginnende Fünfjahresfrist ist abgelaufen. Ein Fall der §§ 78b, 78c StGB liegt nicht vor. Damit ist die Tat verjährt und kann nicht mehr verfolgt werden.

6. Ergebnis

Die Tat ist verjährt und damit nicht verfolgbar.

B. Ergebnis zum ersten Tatkomplex

B ist im ersten Tatkomplex straflos. A war noch gar nicht beteiligt, ist also auch straflos.

² Siehe nur Kudlich/Koch, JA 2017, 184 (185).

³ Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar, 69. Aufl. 2022, § 246 Rn. 20.

⁴ A.A. gut vertretbar. Zum Problem vgl. Kudlich/Noltensmeier/Schuhr, JA 2010, 342 (343).

⁵ Vgl. nur Fischer (Fn. 3), § 78a Rn. 3, 8a.

⁶ Vgl. Fischer (Fn. 3), § 246 Rn. 14; Hohmann, in: Erb/Schäfer (Hrsg.), Münchener Kommentar zum StGB, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 246 Rn. 43.

Tatkomplex 2: Die Villa**A. Strafbarkeit des A**

Hinweis: Da A alle Handlungen selbst tätigt und es damit keiner Zurechnung fremder Handlungen bedarf, muss an dieser Stelle nicht geprüft werden, ob eine Mittäterschaft (§ 25 Abs. 2 StGB) der B vorliegt.

I. §§ 212 Abs. 1, 211 StGB

Bei dem Schlag hatte A keinen Tötungsvorsatz, sodass ein Mord durch aktives Tun gem. §§ 212 Abs. 1, 211 StGB ausscheidet.

II. §§ 212 Abs. 1, 211, 13 StGB

Indes könnte A sich durch das Zurücklassen der O wegen Mordes durch Unterlassen gem. §§ 212 Abs. 1, 211, 13 StGB strafbar gemacht haben.

O ist tot. Die Nicht-Vornahme von Rettungshandlungen stellt schwerpunktmäßig ein Unterlassen dar, das unter den Voraussetzungen von § 13 StGB bestraft werden kann. Die Garantenpflicht des A ergibt sich aus Ingerenz, also einem pflichtwidrigen Vorverhalten,⁷ das hier in dem vorherigen Schlag zu sehen ist. Die Entsprechungsklausel nach § 13 Abs. 1 StGB a.E. steht nicht entgegen. Der Tod der O müsste aber auch kausal auf der Nicht-Vornahme von Rettungshandlungen beruhen. (Quasi-)Kausalität liegt vor, wenn die gebotene Handlung nicht hinzugedacht werden könnte, ohne dass der tatbestandsmäßige Erfolg entfiel.⁸ O war allerdings schon durch den Schlag mit dem Besen dem Tod geweiht und hätte auch durch Rettungsbemühungen nicht mehr gerettet werden können. Damit war das Unterlassen nicht kausal für den Tod.

A hat sich damit nicht wegen eines vollendeten Mordes durch Unterlassen gem. §§ 212 Abs. 1, 211, 13 StGB strafbar gemacht.

III. §§ 212 Abs. 1, 211, 13, 22, 23 Abs. 1 Var. 1 StGB

Er könnte sich jedoch durch dieselbe Handlung wegen versuchten Mordes durch Unterlassen gem. §§ 212 Abs. 1, 211, 13, 22, 23 Abs. 1 Var. 1 StGB strafbar gemacht haben.

1. Vorprüfung

Die Tat ist trotz des Todes der O nicht vollendet (s.o.). Der Versuch des Mordes ist strafbar, §§ 23 Abs. 1 Var. 1, 12 Abs. 1 StGB.

2. Tatentschluss

Ein versuchter Mord durch Unterlassen setzt zunächst einen Tatentschluss hinsichtlich eines Totschlags durch Unterlassen nach §§ 212 Abs. 1, 13 StGB voraus.⁹ Hier kommt bedingter

Vorsatz in Betracht. A hat sich vorgestellt, dass die aus seiner Sicht lebensbedrohlich verletzte O möglicherweise sterben würde, wenn er nicht reagiert (kognitives Element); er nahm die Herbeiführung des Todes der O durch sein Unterlassen jedoch in Kauf, um nicht entdeckt zu werden (voluntatives Element).¹⁰ Weiterhin wusste A auch, dass er die O durch den Schlag mit dem Besen lebensbedrohlich verletzt hatte und stellte sich somit auch Umstände vor, die eine Garantenpflicht aus Ingerenz begründen. Dass eine kausale Herbeiführung des Todes durch das Unterlassen objektiv wegen der schon zuvor eingetretenen tödlichen Verletzungen ausgeschlossen war, ändert hieran nichts; beim Versuch kommt es gerade auf die Vorstellung des Täters an (vgl. § 22 StGB). Dass der Versuch untauglich ist, hindert die Strafbarkeit nicht, wie insbesondere § 23 Abs. 3 StGB zeigt.¹¹ Damit hatte A Tatentschluss bezüglich eines Totschlags durch Unterlassen.

Weiterhin könnte A Tatentschluss bezüglich objektiver Mordmerkmale haben.¹² Für eine Heimtücke müsste A sich bei oder nach Versuchsbeginn vorgestellt haben, die auf Arglosigkeit beruhende Wehrlosigkeit der O auszunutzen. Ob Bewusstlose überhaupt arglos sein können, ist streitig,¹³ kann hier jedoch offenbleiben: Wer mit der h.M. davon ausgeht, dass Bewusstlose nicht zum Argwohn fähig und damit nie arglos sind, muss die Heimtücke allein deshalb ablehnen – denn A hatte Kenntnis von der Bewusstlosigkeit. Aber auch wer nicht zwischen Schlaf und Bewusstlosigkeit unterscheidet, also davon ausgeht, dass bestehende Arglosigkeit auch den Bewusstseinsverlust überdauern kann, muss die Heimtücke verneinen. Denn O war dem A schon entgegengetreten und nicht mehr arglos, als sie das Bewusstsein verlor. Damit kommt es auch auf die Frage, ob ein Heimtückemord durch Unterlassen überhaupt denkbar ist, nicht mehr an.¹⁴

A könnte aber subjektive Mordmerkmale erfüllt haben. In Betracht kommt Habgier, also das rücksichtslose Streben nach Gewinn um jeden Preis. Dies umfasst auch eine Beuteversicherung. Auch die Habgier muss nach der Formulierung des § 211 StGB („aus Habgier“) aber gerade bei Tatbegehung vorliegen.¹⁵ Den Schlag führte A zwar zumindest auch des-

schlags ist. Die Rspr. erblickt in § 211 und § 212 StGB hingegen eigenständige Tatbestände. Auch dann setzt der Mord nach dem Wortlaut des § 211 Abs. 2 („wer [...] einen Menschen tötet“) aber zumindest eine (hier: vorgestellte) vorsätzliche Tötung voraus.

¹⁰ Vgl. zur Diskussion *Fischer* (Fn. 3), § 15 Rn. 15.

¹¹ Vgl. dazu, dass dies auch beim unechten Unterlassungsdelikt gilt, etwa BGH NJW 1992, 3309 (3310); BGH NJW 1995, 204 (206).

¹² Die Prüfung „objektiver“ und „subjektiver“ Mordmerkmale erfolgt hier bei Prüfung des versuchten Mordes jeweils (nur) im Tatentschluss.

¹³ Vgl. *Fischer* (Fn. 3), § 211 Rn. 42a.

¹⁴ Vgl. dazu, dass dies mit Blick auf die „Ausnutzung“ nur in seltenen Fällen denkbar ist *Neumann/Saliger*, in: *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen* (Hrsg.), *Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch*, Bd. 2, 5. Aufl. 2017, § 211 Rn. 72a.

¹⁵ Vgl. *Eser/Sternberg-Lieben*, in: *Schönke/Schröder*, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 30. Aufl. 2019, § 211 Rn. 12.

⁷ Ein familiäres Verhältnis zwischen A und O besteht dagegen nicht.

⁸ Siehe *Freund*, in: *Erb/Schäfer* (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum StGB*, Bd. 1, 4. Aufl. 2020, Vor § 13 Rn. 335.

⁹ Dies gilt jedenfalls, wenn mit der h.L. richtigerweise davon ausgegangen wird, dass der Mord eine Qualifikation des Tot-

halb aus, weil er die Beute nicht mehr hergeben wollte. Für §§ 211, 13 StGB muss hier aber auf den Versuchsbeginn *des Unterlassungsdelikts* abgestellt werden, da zuvor kein Tötungsvorsatz gegeben war. Es liegen keine Angaben vor, wonach A auch bei Unterlassen der Rettungsmaßnahmen habgierig war. Ein Fortwirken der Habgier erscheint *zweifelhaft* und darf deshalb in dubio pro reo nicht unterstellt werden.¹⁶

Hinweis: Der Zweifelsatz sagt nicht, *wann* ein Entscheider Zweifel haben soll oder gar muss, sondern nur, wie zu entscheiden ist, *wenn* er Zweifel hat. Wer den Zweifelsatz anwendet, sollte zuvor also explizit feststellen, *dass* er Zweifel hat.¹⁷

Möglicherweise handelte A jedoch aus Verdeckungsabsicht. Er unterließ zunächst Rettungsbemühungen, um seine Identifizierung als Täter eines (räuberischen) Diebstahls zu vermeiden. Dabei muss noch nicht entschieden werden, ob der Gewahrsamsbruch schon vollendet war, da insoweit auch die Verdeckung eines nur *versuchten* Diebstahls ausreicht¹⁸ und die Tat nach § 242 StGB (bzw. § 252 StGB) *zumindest* im Versuchsstadium war.¹⁹ Der (räuberische) Diebstahl ist auch „andere Straftat“, da keine völlige zeitliche Deckungsgleichheit besteht; auf die Konkurrenzverhältnisse kommt es nicht an.²⁰

Mitunter wird vertreten, dass ein Verdeckungsmord nicht durch Unterlassen begangen werden könne.²¹ Diese Auffassung wird meist auf die Entsprechungsklausel nach § 13 Abs. 1 StGB a.E. gestützt. Überdies widerspreche eine Strafbarkeit des Verdeckungsmordes durch Unterlassen der Selbstbelastungsfreiheit (*nemo tenetur se ipsum accusare*).²² Indes steht zunächst das Erfordernis der Modalitätenäquivalenz nach § 13 Abs. 1 StGB a.E. nicht entgegen; denn die Entsprechungsklausel gilt nur für verhaltensgebundene Merkmale – und die täterbezogene Verdeckungsabsicht ist kein solches.²³ Auch die Selbstbelastungsfreiheit hindert eine Strafbarkeit nicht: Die geforderte Rettungshandlung liegt gerade nicht in einer *Selbstbeziehung der Tat gegenüber den Strafverfolgungsorganen*, sondern im (auch anonym möglichen) Informieren eines Arztes.²⁴ Damit ist mit der h.M. ein (versuchter) Verdeckungsmord durch Unterlassen möglich.²⁵ Etwas an-

ders gilt nach dem BGH zwar, wenn die Tat aus Sicht des Täters bereits vollständig aufgedeckt ist oder wenn der Täter – unabhängig von einem noch für möglich gehaltenen Verbergen seiner Täterschaft – *ausschließlich* deswegen tötet bzw. zu töten versucht, um sich der Ergreifung durch Flucht zu entziehen. Denn in solchen Fällen fehlt es gerade an einer Absicht der *Verdeckung*.²⁶ Eine begleitend bestehende Fluchtmotivation steht der Verdeckungsabsicht an sich aber nicht entgegen. Hier hält A sich gerade noch nicht für überführt. In einem solchen Fall schließt auch die Verbindung mit einer Fluchtmotivation die Verdeckungsabsicht nicht aus.²⁷ Schließlich ist unschädlich, dass A nicht die Entdeckung durch die Getötete O, sondern durch Dritte befürchtete.²⁸

Der Verdeckungsabsicht könnte schließlich entgegenstehen, dass bezüglich der Tötung selbst nur bedingter Vorsatz vorlag. Dies erscheint prima facie als Widerspruch. Der Wortlaut des § 211 StGB aber legt nahe, dass sich die Absicht gerade nur auf die Verdeckung, nicht auch die Tötung beziehen muss. Daraus ergibt sich insbesondere auch kein denklologischer Widerspruch: Eine *unbedingte* Verdeckungsabsicht kann auch mit *bedingtem* Vorsatz hinsichtlich der Tötung einhergehen. Etwas anderes gilt nur dann, wenn nach der Tätervorstellung der Verdeckungserfolg *nur* durch den Tod des Opfers erreichbar ist,²⁹ also das bei Eventualvorsatz ebenfalls für möglich gehaltene Überleben des Opfers eine Verdeckung verhindern würde. Das ist hier nicht der Fall: A geht davon aus, dass wegen seiner Maske auch eine überlebende O nichts weiter zu seiner Überführung beitragen kann. Damit liegt Verdeckungsabsicht vor.

3. Unmittelbares Ansetzen

A müsste subjektiv die Schwelle zum „Jetzt-geht’s-los“ überschritten und objektiv Handlungen vorgenommen haben, die nach seiner Vorstellung von der Tat (vgl. § 22 StGB) unmittelbar in die Tatbestandsverwirklichung einmünden, was der Fall ist, wenn nach seiner Vorstellung keine wesentlichen Zwischenakte mehr nötig sind und das Rechtsgut damit hinreichend gefährdet ist. Übertragen auf Unterlassungsdelikte käme es demnach auf den Zeitpunkt an, von dem an die Erfolgsabwendung aus Sicht des Täters geboten ist,³⁰ was der Fall ist, wenn nach seiner Vorstellung eine Gefahrerhöhung für das zu schützende Rechtsgut gegeben ist.³¹ Speziell für unechte Unterlassungsdelikte wird demgegenüber zum Teil vertreten, dass es strikt auf die erste oder die letzte (vorgestellte) Rettungsmöglichkeit ankomme.³² Ein Abstellen auf die letzte Rettungsmöglichkeit führt jedoch praktisch zu einem Zusammenfallen von Versuchsbeginn und Vollendung, widerspricht überdies dem Opferschutz und ist damit abzulehnen.

¹⁶ A.A. vertretbar.

¹⁷ Zur Vertiefung *Eicker*, JA 2021, 330 ff.

¹⁸ *Eser/Sternberg-Lieben* (Fn. 15), § 211 Rn. 32.

¹⁹ Vertretbar wäre es auch, dies näher auszuführen oder aber den (nach hier vertretener Auffassung vollendeten; dazu s.u.) Diebstahl vor dem versuchten Mord zu prüfen und dann auf § 242 StGB zu verweisen.

²⁰ Vgl. *Kühl*, in: Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch, Kommentar, 29. Aufl. 2018, § 211 Rn. 12.

²¹ Vgl. *Mitsch*, JuS 1996, 213 (219).

²² Zu beidem etwa *Theile*, JuS 2006, 110 (111 f.).

²³ So auch *Schneider*, in: Erb/Schäfer (Fn. 6), § 211 Rn. 250 m.w.N.

²⁴ *Schneider* (Fn. 23), § 211 Rn. 250.

²⁵ Siehe nur *Fischer* (Fn. 3), § 211 Rn. 72 m.w.N.

²⁶ BGH JuS 2020, 180 (181) m. Anm. *Eisele*.

²⁷ BGH JuS 2020, 180 (181) m. Anm. *Eisele*.

²⁸ Vgl. nur BGH NJW 1996, 939.

²⁹ BGH JuS 2020, 180 (181 f.) m. Anm. *Eisele*.

³⁰ *Kühl* (Fn. 20), § 22 Rn. 17 m.w.N.

³¹ BGH NJW 1992, 3309 (3310) m.w.N.

³² Vgl. zu diesen beiden Extrempositionen *Zaczyk*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 1, 5. Aufl. 2017, § 22 Rn. 61 ff.

Die Bestimmung des unmittelbaren Ansetzens nach allgemeinen Kriterien (hier *spätestens* mit Entfernung des A vom Tatort zu bejahen) sowie das Abstellen auf die erste Rettungsmöglichkeit führen hier jeweils zur Bejahung des unmittelbaren Ansetzens, sodass eine Entscheidung insoweit unterbleiben kann.

4. Rechtswidrigkeit, Schuld

A handelte rechtswidrig und schuldhaft.

5. Rücktritt

Da B von dem Geschehen erst längere Zeit nach dem Tod der O erfahren hat, ist sie insoweit mangels Vorsatzes jedenfalls keine Beteiligte, sodass § 24 Abs. 1 StGB und nicht § 24 Abs. 2 StGB anwendbar ist. Zwar war die O unrettbar verloren und der Versuch somit untauglich; bei der Prüfung des Fehlschlags kommt es aber auf die Vorstellung des Täters an. Nach Vorstellung des A hätte der Erfolg ohne weiteres noch herbeigeführt werden können. Es liegt kein Fehlschlag vor.

Umstritten sind beim Unterlassungsdelikt die Anforderungen an die Rücktrittshandlung. Da (nach Vorstellung des Täters) der zum Taterfolg führende Geschehensablauf bereits in Gang gesetzt ist, ist die sonst typische Unterscheidung zwischen beendetem und unbeendetem Versuch (vgl. § 24 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 und Alt. 2 StGB) kaum sinnvoll möglich und vom Täter im Grundsatz eine aktive Tätigkeit zu verlangen.³³ Speziell für den hier einschlägigen *untauglichen* Versuch geht aber jedenfalls § 24 Abs. 1 S. 2 StGB vor (entweder in direkter oder täterbegünstigender analoger Anwendung³⁴). „Ernsthaftes“ Bemühen setzt voraus, dass der Täter eine Handlung vornimmt, die aus seiner Sicht geeignet ist, die Vollendung mit hinreichender Sicherheit zu verhindern.³⁵ Ausreichend ist für die Ernsthaftigkeit jede Handlung, die nach Vorstellung des Täters mit hinreichend großer Wahrscheinlichkeit den Erfolgseintritt verhindert. Eine „Bestleistung“ erfordert die Ernsthaftigkeit hingegen gerade nicht³⁶ – eine solche Auslegung würde die Wortlautgrenze täterbelastend überschreiten. Hier ging A davon aus, dass er den Tod der O durch den anonymen Anruf beim Notarzt noch abwenden kann. Dass er sich damit der Hilfe eines Dritten bedient, ändert ebenso nichts an einem ernsthaften Verhinderungsbemühen wie die Tatsache, dass auch ein *früherer* Anruf möglich gewesen wäre. Denn nicht nur was die Art der Rücktrittshandlung, sondern auch was ihren Zeitpunkt angeht, scheidet die Ernsthaftigkeit nur aus, wenn aus Sicht des Täters der Erfolg durch seine Rücktrittshandlung nicht (mehr) mit hinreichender Wahrscheinlichkeit abgewendet werden kann. Solange aber die Handlungen nach der subjektiven Vorstellung des Täters, auf die allein es bei § 24 Abs. 1 S. 2 StGB ankommt, noch mit hinreichender Wahrscheinlichkeit zur Ret-

tung geeignet sind, fehlt es nicht an der Ernsthaftigkeit. Damit waren die Bemühungen des A ernsthaft.

A entschied sich autonom, ohne äußere Zwänge zur Rettung, womit der Rücktritt auch freiwillig erfolgt ist.

6. Ergebnis

Aufgrund des Rücktritts ist A nicht wegen versuchten Mordes durch Unterlassen gem. §§ 212 Abs. 1, 211, 13, 22, 23 Abs. 1 Var. 1 StGB strafbar.

IV. §§ 252, 250 Abs. 2 StGB

A könnte allerdings wegen eines besonders schweren räuberischen Diebstahls gem. §§ 252, 250 Abs. 2 StGB strafbar sein.

1. Objektiver Tatbestand

§ 252 StGB setzt zunächst die Vollendung eines Diebstahls nach § 242 Abs. 1 StGB voraus.³⁷ Der Ring ist eine für A fremde bewegliche Sache. Fraglich ist, ob er durch das Einstecken schon den Gewahrsam (s.o.) gebrochen hat. Dagegen spricht, dass sich die räumliche Gewahrsamssphäre der O nach der Verkehrsauffassung auf alle Gegenstände erstreckt, die sich in ihrem Zuhause befinden. Speziell bei leicht zu verbergenden Sachen kann aber auch in fremder Sphäre neuer Gewahrsam begründet werden, insbesondere wenn diese in Körpernähe verborgen werden.³⁸ Die Möglichkeit einer solchen „Gewahrsamsenklave“ ergibt sich daraus, dass in solchen Fällen ein Eingriff des vorherigen Gewahrsamsinhabers in die persönliche Sphäre des Täters unnatürlich und damit sozial rechtfertigungsbedürftig wäre. Fraglich ist, ob diese insbesondere für Kaufhausfälle entwickelte Figur auch auf den Fall einer fremden *privaten* Sphäre übertragbar ist. Hier erschiene eine Durchsuchung des A sozial deutlich weniger rechtfertigungsbedürftig – immerhin steht A hier als Fremder im Haus der O. Indes erscheint durch das vollständige Verstauen des Rings – eines sehr kleinen Gegenstandes – in unmittelbarer Körpernähe auch die *tatsächliche* Sachherrschaft des A sehr gefestigt. Somit kann in einer Gesamtschau davon ausgegangen werden, dass A bereits eigenen Gewahrsam begründet hat und die Wegnahme damit schon mit dem Einstecken objektiv vollendet war.³⁹ A handelte vorsätzlich, in der Absicht rechtswidriger Zueignung sowie rechtswidrig und schuldhaft.

Weiterhin müsste A „bei“ einem Diebstahl gehandelt haben; § 242 StGB dürfte also noch nicht beendet sein. Hier hatte A § 242 StGB zwar schon vollendet (s.o.), die Beute indes noch nicht endgültig gesichert, weswegen keine Beendigung vorliegt. Er wurde auch noch am Tatort und in unmittel-

³³ Vgl. Fischer (Fn. 3), § 24 Rn. 5; zur a.A. Eser/Bosch, in: Schönke/Schröder (Fn. 15), § 24 Rn. 27.

³⁴ Vgl. Zaczyk (Fn. 32), § 24 Rn. 82.

³⁵ Zaczyk (Fn. 32), § 24 Rn. 85 m.w.N.

³⁶ Zum Ganzen Eser/Bosch (Fn. 33), § 24 Rn. 71 f.

³⁷ Da § 242 StGB noch nicht geprüft wurde, muss er hier vollständig im objektiven Tatbestand des § 252 StGB geprüft werden. Wer § 242 StGB zuvor bereits gesondert geprüft hat, kann hier auf diese Prüfung verweisen.

³⁸ Vgl. nur Fischer (Fn. 3), § 242 Rn. 20.

³⁹ Wer die Vollendung des § 242 StGB ablehnt, muss anstatt oder im Anschluss an § 252 StGB einen Raub nach § 249 StGB prüfen.

telbarem Zusammenhang mit der Vortat von O bemerkt und war damit „auf frischer Tat betroffen“.

Durch den Schlag mit dem Besen hat A schließlich auch Gewalt gegen eine Person angewandt.

In Betracht kommt außerdem eine Qualifikation nach § 250 Abs. 2 Nr. 1 Alt. 2 StGB. Ein „anderes gefährliches Werkzeug“ im Sinne der Norm ist jeder Gegenstand, der nach Art und Einsatz im konkreten Fall dazu geeignet ist, erhebliche Verletzungen zuzufügen. Der von A gegriffene Besen erfüllt bei Benutzung als Schlagwerkzeug diese Voraussetzungen und wurde von A auch verwendet.

Außerdem ist O infolge des Einsatzes des Raubmittels gestorben, sodass erst recht auch eine konkrete Todesgefahr gegeben war. Damit ist objektiv auch § 250 Abs. 2 Nr. 3 lit. b StGB erfüllt.

2. Subjektiver Tatbestand

A handelte hinsichtlich § 252 StGB vorsätzlich und mit Besitzerhaltungabsicht.

Auch mit Blick auf § 250 StGB müsste Vorsatz gegeben sein (§ 15 StGB). Dies ist mit Blick auf den Einsatz des Besens als „anderes gefährliches Werkzeug“ der Fall. Fraglich ist aber, ob der Vorsatz sich auch auf die konkrete Todesgefahr erstreckt. Dagegen spricht, dass der A bei dem Schlag gerade noch keinen Tötungsvorsatz hatte. Vorsatz bezüglich einer *Lebensgefährdung* kann aber auch gegeben sein, wenn kein *Tötungsvorsatz* vorliegt. Wer einem älteren Menschen einen Besen auf den Kopf schlägt, der kann sich der (Lebens-) *Gefährlichkeit* dieses Handelns auch dann nicht verschließen, wenn er die Tötung nicht in Kauf nimmt. Daher lag zumindest *Gefährdungsvorsatz* vor.⁴⁰

3. Rechtswidrigkeit, Schuld

A handelte rechtswidrig und schuldhaft.

4. Ergebnis

A hat sich wegen besonders schweren räuberischen Diebstahls gem. §§ 252, 249, 250 Abs. 2 Nr. 1 Alt. 2, Nr. 3 lit. b StGB strafbar gemacht.

V. § 251 StGB

Möglicherweise hat A sich darüber hinaus auch wegen räuberischen Diebstahls mit Todesfolge nach § 251 StGB strafbar gemacht. Ein rechtswidrig und schuldhaft begangener räuberischer Diebstahl nach § 252 StGB liegt vor (s.o.). Auf diesen ist § 251 StGB auch anwendbar, da § 252 StGB (Bestrafung „gleich einem Räuber“) auf die §§ 249–251 StGB verweist.

Durch den räuberischen Diebstahl hat A kausal und zurechenbar den Tod der O herbeigeführt. Der Tod hat auch in der gefährlichen Handlung des § 252 StGB seine spezifische Ursache: O starb gerade infolge der Gewaltanwendung.

§ 251 StGB setzt schließlich Leichtfertigkeit voraus, also eine gegenüber § 18 StGB *gesteigerte* Fahrlässigkeit.⁴¹ Die

Leichtfertigkeit darf dabei nicht schon ohne weiteres aus der Begehung des § 252 StGB als solchem gefolgert werden.⁴² Ansonsten fehlt an einer wesentlichen Steigerung des Unrechtsgehalts, ohne die die hohe Strafandrohung nicht gerechtfertigt wäre. Hier ergibt sie sich aber jedenfalls aus dem Einsatz eines gefährlichen Tatmittels. Damit ist A wegen räuberischen Diebstahls mit Todesfolge gem. § 251 StGB strafbar.

Hinweis: Zu beachten ist, dass anders als beim versuchten Mord durch Unterlassen (s.o.) kein Rücktritt in Betracht kommt, da die Tat vollendet ist. Dies erklärt sich dadurch, dass bei § 251 StGB an die Vorsatztat § 252 StGB angeknüpft wird, die hier vollendet und nicht nur versucht ist. Hinsichtlich des Todes bedarf es bei der Erfolgsqualifikation des § 251 StGB gerade keines Vorsatzes, § 18 StGB.

VI. § 222 StGB

Im vollendeten § 251 StGB ist auch eine fahrlässige Tötung nach § 222 StGB enthalten, die A damit ebenfalls verwirklicht hat.

VII. §§ 242 Abs. 1, 244 Abs. 4 StGB

Außerdem könnte A einen Wohnungseinbruchdiebstahl nach §§ 242 Abs. 1, 244 Abs. 4 StGB begangen haben.

1. Objektiver Tatbestand

A hat einen Diebstahl nach § 242 Abs. 1 StGB begangen (s.o. bei § 252 StGB).

Darüber hinaus kommt eine Begehung des § 244 Abs. 4 StGB (als Qualifikation der Qualifikation des § 244 Abs. 1 Nr. 3 StGB) in Betracht. Die Villa der O ist dauerhaft genutzte Privatwohnung. In diese könnte A mit einem falschen Schlüssel eingedrungen sein. Ein Schlüssel ist falsch, wenn er zur Tatzeit vom Berechtigten nicht (mehr) zur Öffnung des fraglichen Verschlusses bestimmt ist. Ursprünglich war der Schlüssel nicht falsch. S und O waren, nachdem sie den Verlust bemerkt hatten, aber davon ausgegangen, der Schlüssel werde nicht mehr auftauchen und hatten einen neuen anfertigen lassen. Darin liegt eine konkludente Entwidmung des verlorenen Schlüssels. Ob dabei S als Eigentümer des Schlüssels oder O als Eigentümerin des Hauses Berechtigter im vorgenannten Sinne ist, kann dahinstehen, da sie gemeinsam handelten. Damit war der Schlüssel im Zeitpunkt der Tat falsch. A ist auch in die Villa eingedrungen.

2. Subjektiver Tatbestand

Vorsatz hinsichtlich § 242 Abs. 1 StGB und Zueignungsabsicht liegen vor (s.o. bei § 252 StGB). Weiterhin hatte A auch Vorsatz bezüglich § 244 Abs. 4 StGB i.V.m. § 244 Abs. 1 Nr. 3 StGB.

3. Rechtswidrigkeit, Schuld

A handelte rechtswidrig und schuldhaft.

⁴⁰ A.A. gut vertretbar.

⁴¹ Zur Schwierigkeit des Umgangs mit dem Begriff *Roxin/Greco*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. I, 5. Aufl. 2020,

§ 24 Rn. 81 ff.

⁴² Vgl. nur *Fischer* (Fn. 3), § 251 Rn. 7.

4. Ergebnis

A hat sich gem. § 244 Abs. 4 StGB wegen Wohnungseinbruchdiebstahls strafbar gemacht, der den einfachen Wohnungseinbruchdiebstahl nach § 244 Abs. 1 Nr. 3 StGB und den einfachen Diebstahl nach § 242 Abs. 1 StGB jeweils im Wege der Spezialität verdrängt.⁴³

VIII. § 246 Abs. 1 StGB

Bezüglich des Rings ist die ebenfalls verwirklichte Unterschlagung gegenüber den §§ 252, 251 StGB und § 244 Abs. 4 StGB formell subsidiär. Eine spätere nochmalige Zueignung scheidet nach der Tatbestandlösung des BGH aus (s.o.). Bezüglich des Schlüssels wäre zwar eine Unterschlagung durch A denkbar. Insoweit fehlt es bei der „Leihe“ aber an einem Vorsatz des A zur Begründung von Eigenbesitz.⁴⁴

IX. § 259 Abs. 1 StGB (Schlüssel)

A lieh sich den (von B unterschlagenen) Schlüssel lediglich zur vorübergehenden Nutzung von der Vortäterin B. Damit „verschaffte“ er sich den Schlüssel auch nicht i.S.d. § 259 Abs. 1 StGB,⁴⁵ sodass er nicht wegen Hehlerei strafbar ist.

X. Ergebnis zu A

§ 251 StGB verdrängt § 252 StGB im Wege der Spezialität sowie § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB im Wege der materiellen Subsidiarität. Außerdem verdrängt er den ebenfalls in ihm enthaltenen § 222 StGB. § 252 StGB und § 244 Abs. 4 StGB verdrängen § 242 Abs. 1 StGB; § 244 Abs. 4 StGB geht darüber hinaus auch noch § 244 Abs. 1 Nr. 3 StGB im Wege der Spezialität vor. § 246 Abs. 1 StGB tritt im Wege formeller Subsidiarität hinter den §§ 251, 244 Abs. 4 StGB zurück. § 244 Abs. 4 StGB wird nicht von § 251 StGB verdrängt, weil er das zusätzliche Unrechtselement des Privatwohnungseinbruchs in sich trägt. Der räuberische Diebstahl mit Todesfolge nach § 251 StGB und der Wohnungseinbruchdiebstahl nach § 244 Abs. 4 StGB stehen in Tateinheit (§ 52 StGB).

B. Strafbarkeit der B

I. §§ 212 Abs. 1, 211, 13, 22, 23 Abs. 1 Var. 1, 25 Abs. 2 StGB

B hat nicht mit einer Anwesenheit der O gerechnet und auch nichts von ihrem Auftauchen mitbekommen. Eine Mittäterschaft an einem (versuchten) Tötungsdelikt scheidet damit mangels Vorsatzes aus.⁴⁶

⁴³ Wer § 244 StGB gemeinsam mit § 242 StGB prüft und bejaht, muss auf § 243 StGB nicht mehr eingehen, da die Strafe dann allein § 244 StGB entnommen wird, § 243 StGB aber nur gegenüber (dem dann verdrängten) § 242 StGB strafschärfend wirken könnte.

⁴⁴ Vgl. *Kindhäuser* (Fn. 1), § 246 Rn. 5.

⁴⁵ Vgl. *Hecker*, in: Schönke/Schröder (Fn. 15), § 259 Rn. 17.

⁴⁶ Insoweit kann man von einem „Exzess“ des Täters A sprechen. Notwendig ist dies allerdings nicht, da es sich dabei nicht um einen gesetzlichen Begriff, sondern eine schlichte Anwendung der Vorsatzregeln handelt. Vgl. auch BGH JuS 2017, 472 m. Anm. *Jahn* (dort zum *Mittäterexzess*).

II. §§ 252, 250 f., 25 Abs. 2 StGB

Aus denselben Gründen ist B auch nicht Mittäterin eines ([erfolgs-]qualifizierten) räuberischen Diebstahls.

Hinweis: Wenn es, wie soeben unter I. und II., an *jedlichem* Vorsatz der B mit Blick auf diese Delikte fehlt, braucht eine *Beihilfe* nach der Mittäterschaft gar nicht mehr angesprochen werden. Zwar setzt der Gehilfenvorsatz eine geringere Konkretisierung als ein (Mit-)Täterversatz voraus; bei gänzlich fehlendem Vorsatz scheidet aber auch die Beihilfe von vornherein aus.

III. § 222 StGB

Neben dem fehlenden Vorsatzvorwurf kann B mit Blick auf den Tod der O auch kein Fahrlässigkeitsvorwurf gemacht werden. Sie musste aufgrund der Aussage der O im Supermarkt sowie der auch ansonsten verlässlichen und ihr bekannten Urlaubstradition nicht damit rechnen, dass O am Abend ihres Geburtstags zu Hause sein würde. Insgesamt durfte sich B damit darauf verlassen, dass A nicht auf O treffen würde, und musste im Übrigen auch sonst nicht mit einem Einsatz tödlicher Gewalt durch A rechnen.⁴⁷

IV. §§ 242 Abs. 1, 244 Abs. 4, 25 Abs. 2 StGB

B könnte Täterin eines Wohnungseinbruchdiebstahls gem. §§ 242 Abs. 1, 244 Abs. 4, 25 Abs. 2 StGB sein. Sie hat diesen jedoch nicht eigenhändig begangen, war nicht einmal am Tatort anwesend. Es kommt allenfalls eine mittäterschaftliche Zurechnung der Handlungen des A nach § 25 Abs. 2 StGB in Betracht.

Die h.L. setzt hierfür eine objektive „Tatherrschaft“ voraus, an der es B hier aber fehlt: Sie leiht A nur den Schlüssel, führt selbst keine Tatbestandshandlungen aus und hat auch sonst keine Kontrolle über das Geschehen. Der BGH beurteilt die Täterschaft stärker anhand subjektiver Kriterien, greift zur Ermittlung des damit notwendigen „Täterwillens“ aber auch maßgeblich auf Tatherrschaftskriterien zurück.⁴⁸ Deren Fehlen spricht also auch nach Auffassung des BGH gegen eine Täterschaft der B. Zudem ist auch sonst kein gesteigertes Tatinteresse der O zu erkennen. Diese will sonst „nichts mit der Sache zu tun haben“, also insbesondere auch keinen Teil der Beute. Sowohl der BGH als auch die „weite“ Tatherrschaftslehre der h.L. fordern zwar nicht zwingend eine Mitwirkung im Ausführungsstadium, sondern gehen davon aus, dass ein „Ausführungsminus“ durch ein etwaiges „Vorbereitungsplus“ ausgeglichen werden kann. Hierfür ist im Fall der B aber sowohl nach der stärker objektiv orientierten Auffassung der h.L. als auch nach der stärker subjektiv orientierten Sichtweise des BGH nichts ersichtlich. Somit gelangt hier

⁴⁷ Im Originalfall ist nicht erkennbar, dass B von einer Abwesenheit ihrer Ex-Schwiegermutter ausgegangen wäre; eine fahrlässige Tötung wird aber jedenfalls vor dem BGH – was freilich revisionsrechtliche Gründe haben mag – gar nicht thematisiert; vgl. BGH JuS 2017, 472 m. Anm. *Jahn*.

⁴⁸ Siehe BGH JuS 2020, 1081 (1082) m. Anm. *Eisele*. Zur Darstellung der Mittäterschaft auch *Bock*, ZJS 2020, 427.

keine der Auffassungen zu einer (Mit-)Täterschaft der B.⁴⁹ Es verbleibt damit lediglich die Möglichkeit einer Teilnahme.

B ist nicht (Mit-)Täterin eines Wohnungseinbruchdiebstahls.

V. §§ 242 Abs. 1, 244 Abs. 4, 27 StGB

B könnte sich wegen Beihilfe zu einem Wohnungseinbruchdiebstahl gem. §§ 242 Abs. 1, 244 Abs. 4, 27 StGB strafbar gemacht haben.

1. Objektiver Tatbestand

Der von A begangene § 244 Abs. 4 StGB ist vorsätzliche begangene rechtswidrige Haupttat.

Als Beihilfehandlung setzt § 27 StGB ein „Hilfeleisten“ voraus. Hier liess B dem A den Schlüssel. Allein dadurch hat sie bereits einen kausalen Beitrag zur konkreten Tatverwirklichung geleistet. Damit kann offenbleiben, ob ein solcher überhaupt notwendig ist oder auch ein allgemeines „Fördern“ der Tat ohne Kausalitätsnachweis ausreicht.

2. Subjektiver Tatbestand

B müsste nach allgemeinen Regeln Vorsatz hinsichtlich des gesamten objektiven Tatbestands, also sowohl der Haupttat als auch der Beihilfehandlung, haben (sog. doppelter Gehilfenvorsatz). A handelte bezüglich § 244 Abs. 4 StGB dem gemeinsam gefassten Plan entsprechend und auch die (kausale) Förderung der Tat war vom Vorsatz der B umfasst.

3. Rechtswidrigkeit, Schuld

B handelte rechtswidrig und schuldhaft.

4. Strafantrag

a) Erfordernis

Die Strafverfolgung könnte vom Vorliegen eines womöglich gem. § 247 StGB notwendigen Strafantrags abhängen. Fraglich ist, ob § 247 StGB auch auf den qualifizierten Diebstahl nach § 244 StGB (hier sogar: Verbrechen nach Abs. 4) anwendbar ist. Der Wortlaut des § 247 StGB sieht keine Einschränkung auf § 242 StGB vor – im Gegensatz zu § 248a StGB, der explizit nur auf § 242 StGB Bezug nimmt. Hieraus kann e contrario geschlossen werden, dass § 247 StGB sich auch auf § 244 StGB bezieht.⁵⁰

B müsste „Angehörige“ der O nach § 11 Abs. 1 Nr. 1 lit. a StGB sein. Hier war O zu der Zeit, als ihr Sohn S noch mit ihrer damaligen Schwiegertochter B verheiratet war, in gerader Linie verschwägert (vgl. §§ 1590 Abs. 1, 1589 Abs. 1 S. 1 BGB) und damit Angehörige. Die inzwischen erfolgte Schei-

dung ändert hieran gem. § 11 Abs. 1 Nr. 1 lit. a StGB a.E. nichts.

b) Vorliegen

Antragsberechtigt ist nach § 77 Abs. 1 StGB der Verletzte. Verletzte ist – anders noch als bei der Unterschlagung des Schlüssels zu Lasten des S (s.o.) – i.R.d. § 244 Abs. 4 StGB zunächst O. Diese ist aber tot und konnte keinen Antrag mehr stellen. Ein Übergang nach § 77 Abs. 2 S. 1 StGB ist zwar denkbar, dies allerdings nach dem Wortlaut nur „in den Fällen, die das Gesetz bestimmt“. § 247 StGB sieht einen solchen Übergang – anders als etwa § 230 Abs. 1 S. 2 StGB – nicht vor, was wegen der eindeutigen Fassung des Gesetzes auch nicht korrigierbar ist.⁵¹

Möglicherweise war jedoch S selbst, auch ohne Übergang nach § 77 Abs. 2 StGB, antragsberechtigt. Dafür müsste er bei Begehung der Tat (vgl. § 8 S. 1 StGB) Verletzter, also Eigentümer des Rings gewesen sein. Als Alleinerbe der O erwarb er mit Os Tod gem. § 1922 Abs. 1 BGB Eigentum an dem Ring. Vollendet war die Tat mit Einstecken des Rings (s.o.). Zu diesem Zeitpunkt war O aber noch nicht tot, S somit auch noch nicht Eigentümer des Rings geworden. Die O starb bei Ankunft des Notarztes. In diesem Moment war A jedoch schon zu Hause und die Tat damit wegen vollständiger Beutesicherung schon beendet.⁵² Folglich erwarb E jedenfalls erst nach Beendigung Eigentum, sodass er nicht selbst als Eigentümer Verletzter i.S.d. § 77 Abs. 2 StGB war. Auf die Frage, ob ein Erwerb zwischen Vollendung und Beendigung für die Verletzteneigenschaft ausreichen würde, kommt es damit nicht mehr an.

S konnte damit insoweit keinen wirksamen Strafantrag stellen.

5. Ergebnis

Mangels Strafantrags ist B nicht wegen einer Beihilfe zum Wohnungseinbruchdiebstahl gem. §§ 242 Abs. 1, 244 Abs. 4,

⁵¹ BGH JuS 2017, 472 (473) m. Anm. *Jahn; Ruppert*, JA 2018, 107 (112).

⁵² Im Originalfall (BGH JuS 2017, 472 [474] m. Anm. *Jahn*) starb das Opfer noch während der Täter im Haus war. Der BGH ging aber davon aus, dass mit dem Tod der Diebstahl beendet sei, da niemand mehr Gewahrsam an den im Haus befindlichen Sachen habe und kein reales Risiko des Einschreitens eines Dritten bestand. Ob ein solches, strikt akzessorisches Anknüpfen der Beendigungsfrage an das Fortbestehen einer fremden Gewahrsamssphäre richtig ist, darf bezweifelt werden; denn wer in einem fremden Haus neben einer Leiche steht, hat nicht ohne weiteres den Gewahrsam an seinem Diebesgut gesichert. Im Übrigen setzt sich der BGH nicht damit auseinander, wie das zeitliche Prioritätsverhältnis (die berühmte „juristische Sekunde“) zwischen Eigentumserwerb gem. § 1922 BGB und Beendigung des Diebstahls ist, was nach seiner Lösung aber erforderlich gewesen wäre: Beide Ereignisse knüpfen nach Lösung des BGH an denselben Moment (Eintritt des Todes) an. Krit. zur Sichtweise des BGH aus anderen Gründen auch *Ruppert*, JA 2018, 107 (112).

⁴⁹ Im zugrundeliegenden Originalfall (BGH JuS 2017, 472 m. Anm. *Jahn*) bemängelte der BGH zwar nicht die in der Vorinstanz seitens des Landgerichts angenommene Mittäterschaft. Allerdings ist zu beachten, dass der hiesige Sachverhalt leicht abgewandelt und der Verursachungsbeitrag der A reduziert wurde. Vgl. zum Ganzen auch BGH JuS 2020, 1081 (1082 f.) m. Anm. *Eisele*.

⁵⁰ Vgl. BGH JuS 2017, 472 (473) m. Anm. *Jahn*.

27 StGB verfolgbar.

VI. §§ 246 Abs. 1, 27 StGB

Mit Blick auf die erstmalige Wegnahme des *Rings* durch A kommt eine Beihilfe der B zu einer Unterschlagung zwar grundsätzlich in Betracht, da § 246 Abs. 1 StGB insoweit nur auf Konkurrenzebene zurücktritt. Auch sonst liegen die Voraussetzungen des Tatbestands, der Rechtswidrigkeit und der Schuld vor. Wegen § 247 StGB, der auch auf § 246 StGB Bezug nimmt, gilt insoweit aber das zum Diebstahl Gesagte. Eine nochmalige Zueignung (dann zulasten des Erben S) ist nicht möglich (s.o.). Den *Schlüssel* hat sich A nicht zugeeignet (s.o.), sodass es insoweit an einer Haupttat fehlt. B ist damit nicht wegen einer Beihilfe zur Unterschlagung gem. §§ 246, 27 StGB verfolgbar.

VII. §§ 244 Abs. 4, 30 Abs. 2 StGB

§ 244 Abs. 4 StGB ist ein Verbrechen (§ 12 Abs. 1 StGB) und damit eine i.R.d. § 30 Abs. 2 StGB beachtliche Tat. Allerdings folgt im Umkehrschluss zur expliziten Nennung der Verabredung zur *Begehung* und zur *Anstiftung*, dass eine Verabredung zur *Beihilfe* eines Verbrechens nicht erfasst ist.

VIII. Ergebnis zu B

B ist im zweiten Tatkomplex straflos.

Tatkomplex 3: Der Anruf

A. Strafbarkeit der B

I. § 185 StGB

B könnte wegen einer Beleidigung nach § 185 StGB strafbar sein.

1. Objektiver Tatbestand

Bei der Bezeichnung als „mieser Drecksack“ handelt es sich inhaltlich um eine Äußerung von Missachtung, durch die jemandem der personale Geltungswert abgesprochen wird. Das Aufsprechen auf die Mailbox ist taugliche Tathandlung.

Vollendet ist § 185 StGB nach überzeugender h.M., die in ihm ein Erfolgsdelikt sieht,⁵³ aber nur dann, wenn zum einen ein inhaltlich von der Äußerung Betroffener identifizierbar ist, zum anderen jemand die Äußerung zumindest⁵⁴ sinnlich wahrnimmt. Zunächst ist durch Auslegung zu ermitteln, wer inhaltlich von der Äußerung betroffen ist. Die Auslegung orientiert sich am sprachlichen Kontext und den Begleitumständen, wobei das Verständnis eines unvoreingenommenen Durchschnittsbetrachters maßgeblich ist.⁵⁵ Hier sprach B

zwar den Namen des S nicht aus, benutzte aber die männliche Form („mieser Drecksack“) und sprach die betroffene Person mit „du“ an, was bei einer Nachricht auf der persönlichen Mailbox des S dafür spricht, dass dieser gemeint ist. Damit wurde S und nicht die die Mailbox abhörende F in der Ehre verletzt.

Die Aussage müsste auch wahrgenommen worden sein. Eine Wahrnehmung durch S selbst scheidet aus, da F ihm nichts erzählt und die Nachricht sofort gelöscht hat. § 185 StGB kann aber nicht nur durch eine Äußerung gegenüber dem inhaltlich Betroffenen selbst, sondern auch gegenüber Dritten erfolgen. Dies gilt zumindest dann, wenn es sich, wie hier, um eine Beleidigung durch Werturteil handelt.⁵⁶ Auch die Tatsache, dass sich B vorgestellt hat, die Äußerung würde durch S selbst und nicht durch F wahrgenommen werden, schließt den objektiven Tatbestand nicht aus.

2. Subjektiver Tatbestand

B hatte beabsichtigt, S direkt, also durch eine von S selbst wahrgenommene Äußerung zu beleidigen. Fraglich ist, ob die Tatsache, dass F statt S die Mailbox abgehört und dem S auch nichts davon erzählt hat, den Vorsatz ausschließt.

Nach § 16 Abs. 1 S. 1 StGB handelt nicht vorsätzlich, „[w]er bei Begehung der Tat einen Umstand nicht kennt, der zum gesetzlichen Tatbestand gehört“. Hier irrte sich B über das tatsächliche Geschehen, sodass sich die Frage stellt, ob die Abweichung der Vorstellung des Täters vom tatsächlich Geschehenen so wesentlich ist, dass sie wertungsmäßig einen Vorsatzausschluss rechtfertigt.⁵⁷ Zur Konkretisierung des § 16 Abs. 1 S. 1 StGB und der Frage nach der Beachtlichkeit etwaiger Abweichungen vom Kausalverlauf wird in den Fällen der Objektverwechslung, insbesondere bei den Körperverletzungs- und Tötungsdelikten, häufig auf die Argumentationsfiguren des *error in persona* und der *aberratio ictus* zurückgegriffen.⁵⁸ Ein *error in persona*, eine Identitätsverwechslung, schließt demnach bei gleichwertigem Tatobjekt den Vorsatz nicht aus. Eine *aberratio ictus*, ein Fehlgehen der Tat, stellt zumindest dann eine vorsatzausschließende beachtliche Abweichung vom Kausalverlauf dar, wenn eine Konkretisierung auf ein bestimmtes anderes Tatobjekt erfolgt war.⁵⁹ Allerdings ist § 185 StGB nicht in allen Konstellationen strukturell mit Delikten gegen Leib und Leben vergleichbar. Bei diesen sind getroffener und verletzter Mensch stets identisch. Bei § 185 StGB ist das nicht zwingend so, wie sich gerade auch hier zeigt: Die durch die Beleidigungsaussage getroffene, d.h. die wahrnehmende Person, ist nicht zwingend auch die betroffene Person, also diejenige, deren Ehre verletzt wird.⁶⁰

⁵³ Vgl. nur *Zaczyk*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Fn. 14), § 185 Rn. 13.

⁵⁴ Die h.M. fordert zusätzlich, dass die Abwertung zumindest im Kern inhaltlich verstanden wird, weil sonst strukturell nur ein Versuch vorliege. Darauf kommt es hier nicht an. Zur Diskussion *Eisele/Schittenhelm*, in: Schönke/Schröder (Fn. 15), § 185 Rn. 16.

⁵⁵ Siehe *Schwarz*, JA 2017, 241 (243); *Gafus*, ZIS 2021, 265 (266 f.) m.w.N.

⁵⁶ Ansonsten gehen §§ 186 f. vor; vgl. *Fischer* (Fn. 3), § 185 Rn. 5.

⁵⁷ Vgl. etwa *Kühl* (Fn. 21), § 15 Rn. 10 ff.

⁵⁸ Siehe etwa *Kudlich/Koch*, JA 2017, 827 ff.; vgl. zu einer Übertragung auf einen Beleidigungsfall *Beulke*, Klausurenkurs im Strafrecht III, 5. Aufl. 2018, Rn. 265 f.

⁵⁹ Zu beidem *Kudlich/Koch*, JA 2017, 827 ff.; *Kühl* (Fn. 21), § 15 Rn. 10.

⁶⁰ Anders als hier ist das im Fall bei *Beulke* (Fn. 58), Rn. 243 ff., weswegen dieser in Rn. 265 f. zur Annahme

Damit verbleibt es bei einer Anwendung der allgemeinen die Vorschrift des § 16 Abs. 1 S. 1 StGB ausfüllenden Formel, wonach eine vorsatzausschließende Abweichung vom Kausalverlauf gegeben ist, wenn die Abweichung so wesentlich ist, dass sie einen Vorsatzausschluss rechtfertigt.⁶¹ Inhaltlich wird zwar, wie von B geplant, S beleidigt und die Wahrnehmung durch F erfüllt *objektiv* auch selbst schon § 185 StGB (s.o.). Dennoch stellt sich die Situation als eine wesentlich andere dar als diejenige, die B sich vorgestellt hatte: Sie wollte ihren Unmut gerade gegenüber S äußern und diesen direkt in seiner Ehre kränken. Die den S nicht erreichende Äußerung gegenüber dessen Freundin F verfehlt dieses Ziel. Damit ist eine abweichende Bewertung geboten und kein Vorsatz der B gegeben.⁶²

II. Ergebnis

Mangels Vorsatzes ist B nicht wegen einer vollendeten Beleidigung nach § 185 StGB strafbar. Die versuchte Beleidigung ist nicht strafbar (vgl. § 23 Abs. 1 StGB), ebenso wenig eine etwaige fahrlässige Beleidigung (vgl. § 15 StGB).

Hinweis: Wer sich *für* einen Vorsatz der B entscheidet, muss dennoch zu dem Ergebnis kommen, dass B nicht wegen § 185 StGB verfolgt werden kann: Dieser ist wegen § 194 Abs. 1 S. 1 StGB absolutes Antragsdelikt. Ein Antrag kann nicht einfach unterstellt werden – zumal der S als Verletzter i.S.d. § 77 Abs. 1 StGB⁶³ nie von der Nachricht erfahren hat.

B. Ergebnis

B ist straflos.

Gesamtergebnis

A ist strafbar wegen eines räuberischen Diebstahls mit Todesfolge gem. § 251 StGB in Tateinheit (§ 52 StGB) mit einem Wohnungseinbruchdiebstahl gem. § 244 Abs. 4 StGB.

B ist in allen drei Tatkomplexen straflos.

eines den Vorsatz nicht ausschließenden error in persona gelangt.

⁶¹ Vgl. nur BGH NStZ 2016, 721 (722 f.); Fischer (Fn. 3), § 16 Rn. 7.

⁶² A.A. gut vertretbar.

⁶³ Vgl. Fischer (Fn. 3), § 77 Rn. 2.