

WISSEN was
geprüft wird

Für Studierende & Referendare

JSR *JURA*
INTENSIV

RA Telegramm

06/2017

Rechtsprechungs-Auswertung

ZIVILRECHT

Anrechnung der Betriebsgefahr bei § 7 I StVG 38

NEBENGEBIETE

Arbeitsrecht: Kettenbefristung – Institutioneller Rechtsmissbrauch 39

ÖFFENTLICHES RECHT

Sachwidrige Nutzung einer öffentlichen Einrichtung 40

Kein verkaufsoffener Sonntag ohne Sachgrund 41

STRAFRECHT

Voraussetzungen sukzessiver Mittäterschaft 42

Zum Versuch des Regelbeispiels 43

EXAMENSTREFFER

aus der RA und den Crashkurskripten

Informiert, was geprüft wird: Die aktuellsten Examenstreffer
aus RA und Crashkurskript (CK)

ZIVILRECHT

2. Examen, Hessen, Mai 2017

Die ZR III - Klausur bestand aus zwei Teilen. Im zweiten Teil ging es um eine Rückgabeklausel in formularmäßigen Leasingbedingungen. Dem lag das Urteil des BGH vom 18. Januar 2017, VIII ZR 263/15 zugrunde. Dieses wurde in der **März-Ausgabe der RA 2017 auf Seite 118** besprochen.

ÖFFENTLICHES RECHT

1. Examen, NRW, Mai 2017

In der 1. ÖR-Klausur des o.g. Prüfungstermins ging es um den Verstoß eines Ratsmitglieds gegen seine Verschwiegenheitspflicht und die daraufhin vom Rat verhängten Sanktionen. Damit liegen der Klausur einerseits das Urteil des OVG Münster vom 15.09.2015, Az.: 15 A 1961/13 (veröffentlicht in der **RA 2016, 32 ff.**), sowie der Beschluss des OVG Münster vom 28.06.2016, Az.: 15 A 1095/15, zugrunde. Auf beide Entscheidungen wurde in den **Examenstipps Öffentliches Recht für NRW** und im **Crashkurskript Öffentliches Recht für NRW** ausdrücklich hingewiesen.

STRAFRECHT

1. Examen, NRW, Mai 2017

In der Strafrechts-Klausur des o.g. Prüfungstermins ging es im 1. Tatkomplex eines längeren Sachverhaltes insbesondere um das Problem des raum-zeitlichen Zusammenhangs beim Raub, wenn zwischen der Anwendung des qualifizierten Nötigungsmittels und der Wegnahme eine zeitliche Zäsur liegt. Der Sachverhalt entsprach im Wesentlichen dem BGH-Urteil 5 StR 98/16, ausgewertet in der **RA 2016, 553**. Kern des 2. Tatkomplexes war die Prüfung eines versuchten Betruges dadurch, dass der Täter an einer Tankstelle tankt und weiterfährt, ohne zu bezahlen. Vorlage für dieses Geschehen war der BGH-Beschluss 4 StR 497/12, der bereits in der **RA 2013, 158** besprochen wurde.

Im 3. Tatkomplex war insb. die Frage zu beantworten, ob das Fahren mit einem Pkw auf dem Bürgersteig ein „Überholen“ i.S.v. § 315c I Nr. 2b) StGB darstellt. Dies basiert auf dem BGH-Beschluss 4 StR 90/16, der im **Frühjahr 2017 in den Crashkursen von Jura Intensiv** als Examenstipp genannt und auf den auch in entsprechenden Skripten hingewiesen wurde.

Weitere Examenstreffer finden Sie
auf unserer Homepage!

verlag.jura-intensiv.de



ZIVILRECHT

Problem: Anrechnung der Betriebsgefahr bei § 7 I StVG

Einordnung: Ein Sicherungseigentümer, der nicht Halter ist, muss sich die Betriebsgefahr des eigenen Fahrzeugs nicht anrechnen lassen, wenn den Fahrzeugführer kein Verschulden trifft

BGH, Urteil vom 07.03.2017, VI ZR 125/16

Dem Schadensersatzanspruch des nichthaltenden Sicherungseigentümers aus § 7 I StVG kann die Betriebsgefahr des sicherungsübereigneten Kraftfahrzeugs nicht entgegengehalten werden, wenn ein Verschulden desjenigen, der die tatsächliche Gewalt über die Sache ausübt, nicht feststeht. (Festhalten an den Senatsurteilen vom 30. März 1965, VI ZR 257/63, NJW 1965, 1273 f.; vom 10. Juli 2007, VI ZR 199/06, BGHZ 173, 182 ff. und vom 7. Dezember 2010, VI ZR 288/09, BGHZ 187, 379 ff.).

Dies gilt auch, wenn der nichthaltende Sicherungseigentümer den Halter ermächtigt hat, diesen Anspruch im Wege gewillkürter Prozessstandschaft im eigenen Namen geltend zu machen.

SACHVERHALT

K war Halter eines zum Unfallzeitpunkt an die Bank sicherungsübereigneten Kraftfahrzeugs, B1 Halter des gegnerischen Fahrzeugs, B2 dessen Haftpflichtversicherung. B2 legte ihrer Regulierung eine Haftungsquote von 50/50 zugrunde. Mit der Höhe der Regulierung war K jedoch nicht einverstanden. Die den Fahrzeugkredit des K finanzierende Bank und Sicherungseigentümerin des beschädigten Fahrzeugs ermächtigte K, ihre Schadensersatzansprüche aus dem Unfallgeschehen gegen die Beklagten im eigenen Namen geltend zu machen. Der Kläger begehrte in gewillkürter Prozessstandschaft Ersatz restlicher Reparaturkosten, der Wertminderung des Fahrzeugs und vorgerichtlicher Sachverständigenkosten sowie aus eigenem Recht Ersatz des Nutzungsausfalls und einer allgemeinen Kostenpauschale. Der Hergang des Unfalls ließ sich nicht aufklären, ein Verschulden der jeweiligen Fahrzeugführer ebenso wenig feststellen.

LÖSUNG

Der BGH hat die Klage in gewillkürter Prozessstandschaft für zulässig erachtet und sah sie teilweise als begründet an.

Bei den Schadensersatzansprüchen hat der Senat zwischen den fahrzeugbezogenen Schäden und den Schäden unterschieden, die den Kläger selbst betreffen. Bezüglich der fahrzeugbezogenen Schäden wurden die Beklagten zur vollen Leistung von Schadensersatz verurteilt. Bei diesen soll sich die Sicherungseigentümerin die Betriebsgefahr ihres eigenen Fahrzeugs deshalb nicht entgegenhalten lassen müssen, weil sie nicht Halterin ist und das Verschulden des Fahrzeugführers nicht festgestellt wurde.

Der BGH erkennt keine Norm, welche eine Anrechnung der Betriebsgefahr des Fahrzeugs bei der nicht haltenden Sicherungseigentümerin rechtfertigen könnte. § 17 II StVG sei nicht einschlägig, weil die Norm nur anwendbar sei, wenn der Geschädigte selbst nach den Vorschriften des Straßenverkehrs haftet. Dies war bei der Sicherungseigentümerin aber nicht der Fall. Von einer Erstreckung der Norm auf die Sicherungseigentümerin sah das Gericht ab, weil dem Gesetzgeber bei der Reform des Schadensersatzrechts im Jahre 2002 das Auseinanderfallen von Eigentümer- und Haltereigenschaft in § 17 III 3 StVG bewusst gewesen ist und keine über die aktuelle Fassung hinausgehende Änderung erfolgt sei. Damit stünde fest, dass eine Gleichstellung der Halter- mit der Eigentümereigenschaft nicht gewünscht sei.

§§ 9 StVG, 254 I BGB seien nicht einschlägig. Diese erfordern in jedem Fall die Feststellung eines Verschuldens des Kfz-Führers, welches hier aber nicht bewiesen war. Ein nur vermutetes Verschulden genüge nicht.

§ 278 BGB sei nicht einschlägig, weil es an einer Sonderverbindung zwischen der Sicherungseigentümerin und den Beklagten gefehlt habe.

Ob der Kläger ein Anwartschaftsrecht am Fahrzeug habe oder nicht, sei unerheblich, weil er bezüglich des Fahrzeugs keine Ansprüche aus eigenem Recht geltend gemacht habe und damit keine mehrfache Inanspruchnahme der Beklagten zu befürchten sei.

Anmerkung:

Die Fallkonstellation betrifft eine Vielzahl der in der Praxis eintretenden Verkehrsunfallereignisse, bei denen der Halter nicht der Eigentümer ist. Hier lag die Besonderheit darin, dass der Unfall hinsichtlich des Verschuldens der Fahrzeugführer nicht aufgeklärt werden konnte. Diesen Fall grenzt der BGH zu ähnlichen, aber anders gelagerten Fällen in dieser Entscheidung ab.

NEBENGEBIETE

Arbeitsrecht

Problem: Kettenbefristung – Institutioneller Rechtsmissbrauch **Einordnung: Zur Grenze von mit Sachgrund befristeten Arbeitsverträgen**

BAG, Urteil vom 26.10.2016, 7 AZR 135/15

1. Besteht ein Sachgrund für die Befristung eines Arbeitsvertrags nach § 14 I TzBfG, ist eine umfassende Kontrolle nach den Grundsätzen eines institutionellen Rechtsmissbrauchs (§ 242 BGB) i.d.R. geboten, wenn die Gesamtdauer des befristeten Arbeitsverhältnisses 8 Jahre überschreitet oder mehr als 12 Verlängerungen des befristeten Arbeitsvertrags vereinbart wurden oder wenn die Gesamtdauer des befristeten Arbeitsverhältnisses 6 Jahre überschreitet und mehr als 9 Vertragsverlängerungen vereinbart wurden. Unter diesen Voraussetzungen hängt es von weiteren, zunächst vom Kläger vorzutragenden Umständen ab, ob ein Missbrauch der Befristungsmöglichkeit anzunehmen ist.

2. Von einem indizierten Rechtsmissbrauch ist i.d.R. auszugehen, wenn die Gesamtdauer des Arbeitsverhältnisses 10 Jahre überschreitet oder mehr als 15 Vertragsverlängerungen vereinbart wurden oder wenn mehr als 12 Vertragsverlängerungen bei einer Gesamtdauer von mehr als 8 Jahren vorliegen. In einem solchen Fall hat der Arbeitgeber die Möglichkeit, die Annahme des indizierten Gestaltungsmissbrauchs durch den Vortrag besonderer Umstände zu entkräften.

SACHVERHALT

Der Kläger war als Vertretungslehrer bei der beklagten Schule für sechs Jahre und ca. vier Monate beschäftigt. Grundlage hierfür waren insgesamt 16 befristete Arbeitsverträge (davon 15 Verlängerungen). Die letzte Befristungsabrede verlängerte die Beklagte nicht. Mit seiner Entfristungsklage beruft sich der Kläger im Wesentlichen darauf, die letzte Befristung sei rechtsmissbräuchlich i.S.d. § 242 BGB und damit unwirksam.

LÖSUNG

Das BAG hat die Befristungen nicht als rechtsmissbräuchlich gewertet. Die zuletzt zwischen den Parteien vereinbarte Befristung war durch den Sachgrund der Vertretung nach §§ 14 I 2 Nr. 3, 21 I BEEG gerechtfertigt. Die Befristung hat auf der unmittelbaren Vertretung einer in Elternzeit befindlichen Lehrkraft beruht. Sodann prüft das BAG, ob die Befristung rechtsmissbräuchlich war, und verneint dies. Zwar sei infolge der Gesamtdauer des Arbeitsverhältnisses und der Anzahl der Vertragsverlängerungen eine Rechtsmissbrauchsprüfung vorzunehmen. Der Kläger habe es jedoch versäumt, weitere hinreichende Anhaltspunkte für einen Missbrauch vorzutragen. Die letzte Befristung (und nur diese ist zu überprüfen!) sei daher rechtswirksam gewesen und habe zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses geführt.

HINWEIS

Endlich hat das BAG erstmals konkrete Richtwerte zur Rechtsmissbrauchskontrolle bei Kettenbefristungen entwickelt. Die folgenden Fallgruppen sollten Sie sich merken:

Fallgruppe 1:

Keine Missbrauchskontrolle sachgrundbezogener (Ketten-)Befristung, wenn **maximal** das **Vierfache einer** der in § 14 II 1 TzBfG genannten Werte (d.h. 8 Jahre bzw. 12 Verlängerungen) oder das **Dreifache beider Werte** (d.h. mehr als 6 Jahre **und** 9 Verlängerungen) erreicht wird.

Fallgruppe 2:

Anders, wenn **einer** der in § 14 II 1 TzBfG genannten Werte um **mehr als das Vierfache** (d.h. mehr als 8 Jahre bzw. mehr als 12 Verlängerungen) oder **beide Werte** um **mehr als das Dreifache** (d.h. mehr als 6 Jahre und mehr als 9 Verlängerungen) überschritten wird. In einem solchen Fall hat der **Arbeitnehmer** jedoch weitere Umstände für den Missbrauch darzulegen und im Streitfall **zu beweisen**.

Fallgruppe 3:

Wird **einer** der in § 14 II 1 TzBfG genannten Werte **um mehr als das Fünffache** (d.h. mehr als 10 Jahre bzw. mehr als 15 Verlängerungen) **oder beide Werte um mehr als das Vierfache** (d.h. mehr als 8 Jahre und mehr als 12 Verlängerungen) überschritten, wird ein **Rechtsmissbrauch indiziert**. In einem solchen Fall muss dann der **Arbeitgeber** zur Überzeugung des Gerichts solche Umstände darlegen und **beweisen**, die gegen einen Rechtsmissbrauch sprechen.

ÖFFENTLICHES RECHT

Problem: Sachwidrige Nutzung einer öffentlichen Einrichtung **Einordnung: Immissionsschutzrecht/Polizeirecht**

VGH Mannheim, Beschluss vom 19.04.2017, 10 S 2264/16

Der Betreiber einer öffentlichen Einrichtung ist für durch nicht bestimmungsgemäße Nutzungen verursachte Immissionen nur verantwortlich, wenn sich in dem bestimmungswidrigen Verhalten eine mit der Einrichtung verbundene besondere Gefahrenlage realisiert und damit der Fehlgebrauch bei einer wertenden Betrachtungsweise als zurechenbare Folge der Schaffung bzw. des Betriebs der Einrichtung anzusehen ist.

SACHVERHALT

Der Kläger wendet sich als Eigentümer eines am Lorettoberg in Freiburg gelegenen Wohnhauses gegen Geräusche des von der beklagten Stadt in etwa ... m Entfernung betriebenen Grillplatzes „Silberdobel“. Die Beklagte solle es unterlassen, dass von dem Grillplatz zwischen 20:00 Uhr und 8:00 Uhr, an Sonn- und Feiertagen schon ab 14:00 Uhr, Geräusche elektrischer Musikanlagen und Instrumente auf sein Grundstück dringen.

LÖSUNG

Der Antrag auf Zulassung der Berufung hat keinen Erfolg.

Ein Anspruch auf Unterlassen von schädlichen Umwelteinwirkungen gegen den Betreiber einer öffentlichen Einrichtung besteht nur für Immissionen, für die der Betreiber verantwortlich ist. Dies sind in erster Linie die durch die bestimmungsgemäße Nutzung der Anlage verursachten Immissionen. Für Störungen durch Nutzungen außerhalb dieses Rahmens ist der Anlagenbetreiber nur verantwortlich, wenn sich in dem bestimmungswidrigen Verhalten eine mit der Einrichtung verbundene besondere Gefahrenlage realisiert und damit der Fehlgebrauch bei einer wertenden Betrachtungsweise als zurechenbare Folge der Schaffung bzw. des Betriebs der Einrichtung anzusehen ist. Für die hier in Rede stehenden Geräuschimmissionen in Form elektronisch extrem verstärkter, vornehmlich nachts an wenigen Tagen im Jahr gespielter Musik ist eine solche Verantwortlichkeit der Beklagten abzulehnen. Der Hinweis des Klägers, der durch Tische, Bänke und Grillstellen vermittelte Aufenthaltskomfort des Grillplatzes lade dazu ein, sich gemütlich niederzulassen und lautstark zu feiern, vermag dies nicht in Frage zu stellen. Der Kläger legt schon nicht dar, wieso im Komfort des Platzes gerade eine spezifische Gefahr nicht nur für das bloße - hier nicht im Vordergrund stehende - zeitliche Überschreiten der Nutzungszeiten, sondern auch für den Einsatz elektronisch extrem verstärkter Musik zur Nachtzeit liegen sollte. Auch ist nicht zu erkennen, warum die Lage des Grillplatzes zum Missbrauch anreizen sollte. Zwar mag es sein, dass angesichts zur Nachtzeit ausbleibenden Anliegerverkehrs keine soziale Kontrolle der Nutzung des Grillplatzes erfolgt. Insofern ist aber nicht ersichtlich, dass sich der Grillplatz „Silberdobel“ wesentlich von anderen öffentlichen Grillplätzen wie auch von Spiel- oder Bolzplätzen im Außenbereich unterscheidet. Die Beklagte ist auch nicht deswegen für die Störungen verantwortlich, weil sie keine ausreichenden Schritte zur Verhinderung des Abspielens extrem lauter Musik zur Nachtzeit ergriffen hätte. So wird in der Polizeiverordnung des städtischen Forstamtes Freiburg über das Verhalten im Wald auf dem Gebiet der Stadt Freiburg i. Br. ein Verbot der Nutzung elektronisch verstärkter Musikinstrumente und -geräte sowie Lautsprecheranlagen und Verstärkeranlagen ausgesprochen (§ 2 Nr. 1 der Verordnung). Es ist auch nicht ersichtlich, dass die Verbote in der Praxis in der Regel nicht befolgt werden würden oder sich anderweitig als nicht ausreichend wirksam erwiesen hätten, so dass auch von einem strukturellen Vollzugsdefizit nicht die Rede sein kann. Eine Zurechnung der Geräusche durch elektronisch extrem verstärkte Musik ergibt sich auch nicht aus der Presserklärung der Beklagten vom 04.10.2013. Dieser kann lediglich entnommen werden, dass die Beklagte den ehemaligen Grillplatz „Wonnhalde“ im Zuge eines Rechtsstreits wegen Lärmbelästigung (mit dem Kläger) beseitigt und als Ersatz neue Grillstellen am „Silberdobel“ angelegt habe. Der Hinweis in der Pressemeldung, die neuen Grillstellen seien in punkto Lärmbelästigung unbedenklich, weil es im weiten Umkreis keine Anwohnerinnen und Anwohner gebe, ist ersichtlich dahin zu verstehen, dass bei einer „normalen“ Grillplatznutzung im Rahmen des Erlaubten keine Lärmkonflikte zu erwarten seien.



Problem: Kein verkaufsoffener Sonntag ohne Sachgrund

Einordnung: Ladenöffnungsrecht/Grundrechte

BVerwG, Urteil vom 17.05.2017, 8 CN 1.16

Als Sachgrund für eine Ladenöffnung an einem Sonntag reichen das alleinige Umsatz- und Erwerbsinteresse der Handelsbetriebe und das Shoppinginteresse der Kundschaft nicht aus.

SACHVERHALT

Die Stadt Worms hatte eine Rechtsverordnung erlassen, mit der am 29.12.2013 die Öffnung sämtliche Verkaufsstellen im Gemeindegebiet von 13.00 Uhr bis 18.00 Uhr gestattet wurde. Dagegen richtete sich der Normenkontrollantrag einer Gewerkschaft, die insbesondere die Vorgaben des Grundgesetzes als nicht gewahrt ansah.

LÖSUNG

Der Antrag hat Erfolg.

Die zur Prüfung gestellte Rechtsverordnung ist rechtswidrig, weil § 10 Ladenöffnungsgesetz Rheinland-Pfalz (LadöffnG) sie bei der gebotenen grundgesetzkonformen Auslegung nicht rechtfertigt. Das Oberverwaltungsgericht ist zwar im Einklang mit Bundesrecht davon ausgegangen, dass jede Ladenöffnung an einem Sonn- oder Feiertag für sich genommen nach § 10 LadöffnG i.V.m. Art. 57 Abs. 1 Satz 2 der Verfassung für Rheinland-Pfalz durch einen Sachgrund gerechtfertigt sein muss. Entgegen der Auffassung des Oberverwaltungsgerichts sind die bundesverfassungsrechtlichen Anforderungen des Sonntagsschutzes jedoch nicht schon erfüllt, wenn der Ordnungsgeber alle für und gegen die Ladenöffnung sprechenden Belange berücksichtigt und im Rahmen einer Gesamtabwägung vertretbar gewichtet hat. Als Sachgrund reichen das alleinige Umsatz- und Erwerbsinteresse der Handelsbetriebe und das Shoppinginteresse der Kundschaft nicht aus. Ein darüber hinausgehendes öffentliches Interesse muss hinreichend gewichtig sein, um die konkret beabsichtigte Ladenöffnung in ihrem zeitlichen, räumlichen und gegenständlichen Umfang zu rechtfertigen. Ein solcher Sachgrund für die in Rede stehende stadtgebietsweite sonntägliche Ladenöffnung lag bei Erlass der Verordnung jedoch nicht vor. Der nachträglich im Gerichtsverfahren angeführte Silvestermarkt war damals noch nicht einmal beantragt.

STRAFRECHT

Problem: Voraussetzungen sukzessiver Mittäterschaft

Einordnung: Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme

BGH, Beschluss vom 21.02.2017, 3 StR 455/16

Das bloße Einverständnis mit Gewalthandlungen und die Billigung einer bereits verwirklichten Tat sind für eine Mittäterschaft nicht ausreichend. Eine Handlungszurechnung im Wege sukzessiver Mittäterschaft setzt voraus, dass der Hinzutretende in der Vorstellung handelt, die Herbeiführung des tatbestandsmäßigen Erfolges durch sein eigenes Handeln weiter zu fördern.

SACHVERHALT

Das LG hat den Angeklagten (A) u.a. wegen gefährlicher Körperverletzung verurteilt.

A fasste gemeinsam mit den gesondert verfolgten G, R und V den Entschluss, mit dem Zeugen (Z) ein „klärendes Gespräch“ wegen eines gescheiterten Drogengeschäfts zu führen. R klingelte an der Haustür des Z und versuchte zunächst, ihn unter einem Vorwand nach draußen zu locken. Als dieser sich weigerte, schlug R ihm unvermittelt mit der Faust ins Gesicht und rief gleichzeitig seine Begleiter herbei, die sich zwischenzeitlich mit schwarzen Sturmhauben maskiert hatten. Gemeinsam stürmten sie in die Wohnung. Hierbei war ihnen bewusst, dass es zu einer körperlichen Auseinandersetzung mit Z kommen sollte. Auch A war bereit, an einer solchen mitzuwirken. Z wurde mit der Drohung, ihm im Falle der Weigerung ins Bein zu schießen, veranlasst sein Portemonnaie herauszugeben. Mit diesem sowie weiteren Gegenständen der Geschädigten verließen die Täter die Wohnung. Z erlitt durch den Faustschlag Verletzungen.

LÖSUNG

Auf die Revision des A wird das Urteil des LG mit den Feststellungen aufgehoben und die Sache zu neuer Verhandlung und Entscheidung an eine andere Strafkammer des Landgerichts zurückverwiesen.

Das LG bejahte mit dem Hineinstürmen in die Wohnung und der erheblichen physischen Präsenz rechtsfehlerhaft eine mittäterschaftliche Beteiligung des A an einer gefährlichen Körperverletzung des Z gemäß § 224 I Nr. 4 StGB.

Bei der Beteiligung mehrerer Personen, von denen nicht jede sämtliche Tatbestandsmerkmale verwirklicht, ist Mittäter, wer seinen eigenen Tatbeitrag so in die Tat einfügt, dass er als Teil der Handlung eines anderen Beteiligten erscheint. Mittäterschaft erfordert dabei zwar nicht zwingend eine Mitwirkung am Kerngeschehen selbst; ausreichen kann auch ein die Tatbestandsverwirklichung fördernder Beitrag, der sich auf eine **Vorbereitungs- oder Unterstützungshandlung** beschränkt. Stets muss sich diese Mitwirkung aber nach der Willensrichtung des Beteiligten als Teil der Tätigkeit aller darstellen.

Ob danach im konkreten Fall Mittäterschaft anzunehmen ist, hat der Tatrichter aufgrund einer **wertenden Gesamtbetrachtung** aller festgestellten Umstände zu prüfen. Maßgebliche **Kriterien** sind der **Grad des eigenen Interesses an der Tat, der Umfang der Tatbeteiligung und die Tatherrschaft oder wenigstens der Wille dazu**. Erforderlich ist damit, dass die Durchführung und der Ausgang der Tat maßgeblich auch vom Willen des Betroffenen abhängig ist.

Hiernach begegnet die Annahme mittäterschaftlichen Handelns des A durchgreifenden rechtlichen Bedenken. Hinsichtlich des initialen Faustschlages ist eine Mittäterschaft des A schon deshalb zweifelhaft, weil R erst danach A und die weiteren Beteiligten, die sich bis dahin in der Nähe ihres Fahrzeugs aufhielten, hinzugerufen hat. Ein zuvor gefasster gemeinsamer Entschluss zur gleichberechtigten, arbeitsteiligen Deliktsbegehung oder ein Beitrag im Vorbereitungsstadium, der so große Bedeutung hat, dass er in (mit-)bestimmender Weise in das Ausführungsstadium hineinwirkt, ist nicht festgestellt. Das bloße Einverständnis mit Gewalthandlungen und die Billigung einer bereits verwirklichten Tat kann die Mittäterschaft jedoch nicht begründen. Eine sukzessive Zurechnung setzt vielmehr voraus, dass der Hinzutretende in der Vorstellung handelt, die Herbeiführung des tatbestandsmäßigen Erfolges durch sein eigenes Handeln weiter zu fördern. Auch unter der Annahme, dass R dem Z im Zuge der Rangelei weitere Schläge versetzte, ist eine täterschaftliche Beteiligung nicht belegt, da es an einer ausreichenden Gesamtbewertung fehlt. Die Erwägung des LG, A sei bewusst gewesen, dass nicht nur eine verbale Klärung geplant, sondern Gewalt angewendet werden solle, weil sonst die Maskierung völlig sinnlos gewesen wäre, genügt zur Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme nicht. Auch ein Teilnehmer hat regelmäßig ein Interesse daran, nicht wiedererkannt zu werden. Es kommt daher eine bloße Beihilfe des A in Betracht.

Problem: Zum Versuch des Regelbeispiels

Einordnung: Kann eine bloße Strafzumessungsregel, z.B. § 243 StGB, versucht werden?

OLG Hamm, Beschluss vom 27.12.2016, 1 RVs 91/16

1. Abhängig von konkreten Tatumständen kann es für den Schluss auf ein nach den Vorstellungen der Täter anzunehmendes unmittelbares Ansetzen zu einem Diebstahl genügen, dass der Zaun, den die Täter zum Abtransport des bereits im Außenbereich eines Baumarkts deponierten Diebesguts überwinden mussten, zuvor schon häufiger kein entscheidendes Hindernis für solche Diebstähle dargestellt hatte und ein dortiges Hochregal sowohl von einem Mitarbeiter des Mitarbeiters als auch zumindest von einem der früheren Täter ohne Probleme bzw. leichter und ungefährlicher als bei Verwendung einer Leiter erklettert werden kann bzw. konnte.

2. In dieser Konstellation steht der Anwendung des nach den §§ 23 II, 49 I StGB gemilderten Strafrahmens des § 243 I StGB nicht entgegen, dass die Täter noch mit keiner der in § 243 I 2 Nr. 1 StGB aufgeführten Handlungen konkret begonnen haben, sofern eine dieser Handlungen zur Überwindung des Zauns nach dem Tatplan notwendig und unmittelbar vorgelagerte Zwischenschritte zur Durchführung der Wegnahme waren. Bei einer solchen Fallgestaltung fällt das unmittelbare Ansetzen hinsichtlich der Voraussetzungen des § 243 I 2 Nr. 1 StGB zumindest in der Regel mit dem Anfang des Diebstahlsversuchs zusammen.

SACHVERHALT

Die Entscheidung des OLG teilt den Sachverhalt nur rudimentär und bruchstückhaft mit: Täter haben die zu stehlenden Sachen aus den Innenräumen eines Baumarktes in einen umzäunten Außenbereich verbracht. Der Zaun war augenscheinlich einfach zu überwinden.

LÖSUNG

Rechtlich geht das OLG davon aus, dass mit dem Verbringen von fremden Sachen, in den umzäunten Außenbereich eines Baumarktes ein versuchter Diebstahl im „versuchten besonders schweren Fall“ gegeben sei. Denn die Handlungen zur Überwindung des Zauns seien nach dem festgestellten Tatplan notwendige und unmittelbar vorgelagerte Zwischenschritte zur Durchführung der Wegnahme, für die das LG rechtsfehlerfrei ein unmittelbares Ansetzen bejaht habe, gewesen. Bei einer solchen Fallgestaltung falle das unmittelbare Ansetzen hinsichtlich der Voraussetzungen des § 243 I Nr. 1 StGB zumindest in der Regel – und so auch vorliegend – mit dem Anfang des Diebstahlsversuchs zusammen.

HINWEIS

Ob es einen „Versuch des Regelbeispiels“ überhaupt gibt, ist massiv streitig:

Vor allem nach der Rspr. ist dies möglich, da die Regelbeispiele tatbestandsähnlich seien (vgl. BGH, 28.07.2010, 1 StR 332/10). Allerdings will der BGH augenscheinlich differenzieren:

In seiner bisherigen Rechtsprechung ausdrücklich offen gelassen hat er die Behandlung des Falles, wenn § 242 vollendet und § 243 „versucht“ wurde.

Anerkannt ist vom BGH hingegen der Fall, dass sowohl § 242 als auch § 243 versucht wurden. Dieser Fallgruppe lässt sich auch die vorliegende Entscheidung des OLG Hamm zuordnen.

Eine derartige Differenzierung könnte nicht überzeugen, da nicht erklärbar ist, wie das beim versuchten § 242 verwirklichte „versuchte Regelbeispiel“ durch die zeitlich nachfolgende Vollendung der Wegnahme wieder soll entfallen können.

Nach h.L. (vgl. nur Wessels/Hillenkamp StrafR BT II Rn 215 ff.) stellt ein „Versuch eines Regelbeispiels“ eine verbotene Analogie dar, weil § 22 StGB einen Tatbestand voraussetze und ein bloßes Regelbeispiel gerade nicht ausreichen lasse.

Hiervon ist der unstreitig mögliche Fall zu unterscheiden, dass das Grunddelikt versucht, aber das Regelbeispiel vollendet wurde. In diesem Fall kommt nur eine Bestrafung z.B. wegen eines versuchten Diebstahls in einem (vollendeten!) besonders schweren Fall (§§ 242 I, 22, 23 I, 243 I 1 Nr. 1) in Betracht (BGH, 03.05.2011, 3 StR 33/11).