

## ZIVILRECHT

### **Problem: Privileg des Haustierhalters greift nicht bei einem Kamelführer** **Einordnung: Reichweite der Exkulpationsmöglichkeit nach § 833 S. 2 BGB**

OLG Stuttgart, Urteil vom 07.06.2018, 13 U 194/17

Bei einem Kamel handelt es sich jedenfalls in Deutschland nicht um ein Haus- und Nutztier, weshalb sich ein Kamelführer auch nicht auf das Privileg des Haustierhalters berufen kann. Ein Kamelführer ist wie ein Fahrzeuglenker für die Sicherheit der Reiterin oder des Reiters, die das Kamel nicht selbst lenken, verantwortlich.

### **SACHVERHALT**

Klägerin hatte im September 2012 zusammen mit ihrer Mutter auf einer Kamelfarm einen einstündigen Kamelausritt unternommen. Dabei lief der beklagte Inhaber des Kamelhofs zwischen den beiden Kamelen und führte diese an einer Kette. Die Kamele wurden angehalten, als die Gruppe einige Hunde samt Haltern passierte. Beim Weiterlaufen erschrakten die Kamele allerdings aufgrund des einsetzenden Hundegebells so sehr, dass sie eine abrupte Linkswendung vollführten, woraufhin die seinerzeit 27-jährige Klägerin aus einer Sitzhöhe von 1,87 m kopfüber zu Boden fiel. Sie erlitt u.a. schwere Kopfverletzungen, was zu erheblichen Einschränkungen ihrer Erwerbstätigkeit führte.

Das LG sprach der Klägerin Schmerzensgeld i.H.v. 50.000 € sowie Schadensersatz für den Verdienstaufschlag i.H.v. rd. 21.000 € zu. Auf die Anschlussberufung der Klägerin erhöhte das OLG das erstinstanzlich zugesprochene Schmerzensgeld auf 70.000 € und bestätigte im Wesentlichen den der verletzten Ärztin zugesprochenen Schadensersatz. Die Revision wurde nicht zugelassen.

### **LÖSUNG**

Die Klägerin hat gegen den Beklagten einen Anspruch gem. § 833 S. 1 BGB, sog. Tierhalterhaftung. Eine sog. Exkulpationsmöglichkeit nach § 833 S. 2 BGB lag nicht vor, da es sich bei dem Kamel nicht - jedenfalls nicht in Deutschland, wo die Kamelhaltung sehr selten ist - um ein Haus- und Nutztier handelt. Somit konnte sich der Beklagte als Kamelführer nicht auf das Privileg des Haustierhalters - sich durch Nachweis pflichtgemäßen Verhaltens von der Haftung zu befreien - berufen.

Außerdem konnte sich der Beklagte auch deshalb nicht entlasten, weil er die bei der Beaufsichtigung der Kamele erforderliche Sorgfalt nicht beobachtet hatte. Ein Kamelführer ist wie ein Fahrzeuglenker für die Sicherheit der Reiterin oder des Reiters, die das Kamel nicht selbst lenken, verantwortlich. So hätte der Beklagte im vorliegenden Fall nicht allein beide Kamele mit Führkette am Strick führen dürfen. Infolgedessen konnte er nämlich nicht so gut auf die beiden Tiere einwirken und die Reiterin nicht vor Gefahren durch die Schreckreaktionen der Kamele schützen.

Letztlich schied auch ein Mitverschulden der Klägerin wegen des Nichttragens eines Helmes aus, denn davon hatte der Beklagte zuvor quasi abgeraten und sich dadurch insbesondere sorgfaltswidrig verhalten.

## NEBENGEBIETE

### Arbeitsrecht

## Problem: Kein Verfall von Ansprüchen in Höhe des Mindestlohns im Krankheitsfall

### Einordnung: Verhältnis des Mindestlohns zu tariflichen Ausschlussfristen

BAG, Urteil vom 20.06.2018, 5 AZR 377/17

Die Geltendmachung des Anspruchs auf Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall nach § 3 I EFZG kann trotz seiner Unabdingbarkeit (§ 12 EFZG) grundsätzlich einer tariflichen Ausschlussfrist unterworfen werden. Unwirksam ist eine tarifliche Ausschlussfrist allerdings nach § 3 S. 1 MiLoG, soweit sie auch den während Arbeitsunfähigkeit nach § 3 I, § 4 I EFZG fortzuzahlenden gesetzlichen Mindestlohn erfasst.

### SACHVERHALT

Der Kläger war bei dem beklagten Bauunternehmen von März 2012 bis zum 31.10.2015, zuletzt zu einem Stundenlohn von 13 € brutto als gewerblicher Arbeitnehmer beschäftigt. Auf das Arbeitsverhältnis fand der Bundesrahmentarifvertrag für das Baugewerbe (BRTV) Anwendung. Mit Schreiben vom 17.09.2015 kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis ordentlich zum 31.10.2015. Nach Erhalt der Kündigung meldete sich der Kläger arbeitsunfähig krank und legte der Beklagten entsprechende Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen vor.

Die Beklagte zahlte dem Kläger für den Monat September 2015 die Vergütung. Sie verweigerte jedoch die Zahlung einer Vergütung bzw. einer Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall für den Monat Oktober 2015. Mit einem der Beklagten am 18.01.2016 zugestellten Schriftsatz machte der Kläger gegenüber der Beklagten Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall für den Monat Oktober 2015 geltend. Er war der Ansicht, dass sein Anspruch nicht verfallen sei. Die Ausschlussfristenregelung des für allgemeinverbindlich erklärten § 14 I BRTV-Bau, wonach alle beiderseitigen Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis und solche, die mit dem Arbeitsverhältnis in Verbindung stehen, verfallen, wenn sie nicht innerhalb von zwei Monaten nach der Fälligkeit gegenüber der anderen Vertragspartei schriftlich erhoben werden, sei insgesamt unwirksam, da sie den Anspruch auf den gesetzlichen Mindestlohn nicht ausnehme.

Das Arbeitsgericht hat die Klage bezüglich des den gesetzlichen Mindestlohn von seinerzeit 8,50 € pro Stunde übersteigenden Anteils der Forderung abgewiesen. Der Anspruch sei insoweit nach § 14 BRTV verfallen. Im Umfang des gesetzlichen Mindestlohns hat es der Klage allerdings entsprochen. Die hiergegen gerichtete Berufung der Beklagten wurde vom LAG zurückgewiesen. Auch ihre Revision vor dem BAG blieb ohne Erfolg.

### LÖSUNG

Der Kläger hat einen Entgeltfortzahlungsanspruch für die Zeit seiner krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit gem. § 3 I i.V.m. § 4 I EFZG.

Danach hat der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer für die Zeit, die infolge krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit ausfällt, das Entgelt zu zahlen, das er ohne den Arbeitsausfall bei Erbringung der Arbeitsleistung erhalten hätte. Damit hat der Arbeitnehmer auch während der Dauer der Arbeitsunfähigkeit Anspruch auf Entgeltfortzahlung i.H.d. des gesetzlichen Mindestlohns.

Allerdings folgt der Anspruch nicht unmittelbar aus § 1 MiLoG, da nach dieser Bestimmung der Mindestlohn nur für tatsächlich geleistete Arbeit zu entrichten ist. Weil der Arbeitnehmer im Fall der Arbeitsunfähigkeit jedoch so zu stellen ist, als hätte er gearbeitet, bleibt ihm auch der Mindestlohn als untere Grenze des fortzuzahlenden Entgelts erhalten.

Zugleich gebietet es der Schutzzweck des § 3 S. 1 MiLoG, nach Maßgabe dieser Norm den Entgeltfortzahlungsanspruch i.H.d. gesetzlichen Mindestlohns entsprechend zu sichern. Infolgedessen sind Vereinbarungen, welche die Geltendmachung des fortzuzahlenden Mindestlohns i.S.d. § 3 S. 1 MiLoG beschränken, insoweit unwirksam. Zu solchen Vereinbarungen gehören nicht nur arbeitsvertragliche, sondern auch tarifliche Ausschlussfristen. Anders als bei Ausschlussfristen, die arbeitsvertraglich in Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) vereinbart sind, unterliegen Tarifregelungen gem. § 310 IV 1 BGB keiner Transparenzkontrolle.

## ÖFFENTLICHES RECHT

### **Problem: Kommunalwahlrecht für Minderjährige** **Einordnung: Kommunalrecht/Staatsorganisationsrecht**

BVerwG, Urteil vom 13.06.2018, 10 C 8.17

Das „Minderjährigenwahlrecht“ im baden-württembergischen Kommunalwahlrecht für Bürger im Alter zwischen 16 und 18 Jahren ist mit dem Grundgesetz vereinbar.

#### **SACHVERHALT**

Die Kläger sind Bürger der Stadt Heidelberg. Sie erhoben gegen die Gemeinderatswahl vom 25.05.2014 Einsprüche mit der Begründung, dass das Wahlrecht für Bürger zwischen 16 und 18 Jahren mit dem Demokratieprinzip und zahlreichen weiteren Verfassungsbestimmungen nicht vereinbar sei. Das Regierungspräsidium Karlsruhe hatte die Einsprüche zurückgewiesen. Die daraufhin erhobene Klage hatte in beiden Vorinstanzen keinen Erfolg.

#### **LÖSUNG**

Die Revision zum BVerwG hat keinen Erfolg. Ein Mindestalter von 18 Jahren für das aktive Wahlrecht bei Kommunalwahlen ergibt sich nicht aus dem Grundgesetz. Die entsprechende Festlegung in Art. 38 II GG gilt nur für Bundestagswahlen und entfaltet für Kommunalwahlen keine maßstabsbildende Kraft. Die Grundsätze der Allgemeinheit und der Gleichheit der Wahl (Art. 28 I 2 GG) stehen der Absenkung des Wahlalters auf 16 Jahre ebenfalls nicht entgegen. Dem Landesgesetzgeber obliegt im Rahmen dieser Grundsätze eine Ausgestaltung des Kommunalwahlrechts, die in typisierender Weise eine hinreichende Verstandesreife zur Voraussetzung für das aktive Stimmrecht macht. Dieses Erfordernis ist namentlich deswegen geboten, weil Demokratie vom Austausch sachlicher Argumente auf rationaler Ebene lebt. Eine Teilnahme an diesem argumentativen Diskurs setzt ein ausreichendes Maß an intellektueller Reife voraus, das der baden-württembergische Gesetzgeber ohne Verstoß gegen Verfassungsrecht auch bei Bürgern zwischen 16 und 18 Jahren bejaht hat.

## **Problem: Erfordernis einer Sondernutzungserlaubnis für ein Mahnmal**

### **Einordnung: Straßenrecht**

VG Köln, Beschluss vom 19.04.2018, 18 L 906/18

Die Initiative „Völkermord erinnern“ muss die Entfernung des im öffentlichen Straßenraum aufgestellten Mahnmals dulden, da die hierfür erforderliche Sondernutzungserlaubnis fehlt.

### **SACHVERHALT**

Am 15.04.2018 hatte die Initiative „Völkermord erinnern“ ohne Absprache mit der Stadt Köln und ohne Erlaubnis eine Stele zwischen der Hohenzollernbrücke und dem Heinrich-Böll-Platz „als Mahnmal zum Gedenken an den Völkermord an der armenischen Volksgruppe“ aufgestellt. Gegen die von der Stadt Köln beabsichtigte Entfernung der Stele hat der Antragsteller, ein Mitglied der Initiative, am 17.04.2018 vorläufigen Rechtsschutz beantragt. Er hat zur Begründung ausgeführt, das Aufstellen der Stele sei von seiner grundrechtlich geschützten Meinungsfreiheit gedeckt. Außerdem dulde die Stadt Köln auch Stolpersteine im öffentlichen Straßenland ohne Sondernutzungserlaubnis. Deshalb müsse sie auch die Stele dulden.

### **LÖSUNG**

Der Antrag hat keinen Erfolg. Für das Aufstellen der Stele fehlt die erforderliche Sondernutzungserlaubnis. Der Antragsteller hat auch keinen Anspruch auf Erteilung einer derartigen Erlaubnis. Soweit die Stolpersteine im öffentlichen Straßenland von der Stadt Köln ohne Sondernutzungserlaubnis geduldet werden, handelt es sich nicht um vergleichbare Sachverhalte. Denn die bündig zum Gehweg verlegten Stolpersteine beeinträchtigen den Gemeingebrauch nicht. Ein Recht des Antragstellers auf Beibehaltung der Stele ergibt sich auch nicht aus seiner Meinungsfreiheit. Denn diese schützt nicht zugleich das Recht, an beliebigen Stellen Gegenstände im öffentlichen Straßenraum zu verankern. Der Antragsteller hat auch nicht dargetan, dass ihm schwere und unzumutbare Nachteile drohen, wenn die einstweilige Anordnung nicht erlassen wird. Da sich der Antragsteller vor dem Aufstellen der Stele nicht mit der Stadt Köln in Verbindung gesetzt hat, ist es ihm zumutbar, die Entfernung der Stele zunächst zu dulden und sodann mit der Stadt Köln zu klären, ob, und wenn ja, wo die Stele überhaupt aufgestellt werden darf.

## STRAFRECHT

## Problem: Kein Verwertungsverbot bei fehlender Belehrung über Pflichtverteidigerbestellung

Einordnung: Abwägungslehre bei polizeilicher Beschuldigtenvernehmung

BGH, Beschluss vom 06.02.2018, 2 StR 163/17

Unterbleibt der gesetzlich vorgeschriebene Hinweis auf die Möglichkeit einer Pflichtverteidigerbestellung bei einer polizeilichen Beschuldigtenvernehmung, begründet dies kein absolutes Verwertungsverbot. Ein relatives Verwertungsverbot ist einzelfallbezogen festzustellen und scheidet jedenfalls dann aus, wenn das staatliche Verfolgungs- und Aufklärungsinteresse besonders hoch und das Gewicht des Verstoßes gering ist.

### SACHVERHALT

Der Angeklagte (A) ist wegen gemeinschaftlich begangenen Mordes in Tateinheit mit Freiheitsberaubung mit Todesfolge angeklagt worden. Er ist bei seiner ersten Vernehmung nicht darüber belehrt worden, dass er, soweit die Voraussetzungen vorliegen, einen Pflichtverteidiger beanspruchen kann. Dies ist aus Unkenntnis der Vernehmungsbeamten über die Neuregelung des § 136 I 5 StPO unterblieben. In der Hauptverhandlung hat A der Verwertung seiner im Rahmen der ersten Vernehmung getätigten Aussagen widersprochen. Das LG hat den Widerspruch zurückgewiesen, da das staatliche Verfolgungs- und Aufklärungsinteresse bei einem Tötungsdelikt besonders hoch sei. Gegen die Verurteilung zu einer lebenslangen Freiheitsstrafe hat A Revision eingelegt.

### LÖSUNG

Die Revision bleibt ohne Erfolg. Die Angaben von A sind nicht deswegen unverwertbar, weil er entgegen § 136 I 3 Hs. 2 StPO aF (jetzt: § 136 I 5 Hs. 2 StPO) im Rahmen der Vernehmung nicht darüber belehrt worden ist, dass ihm unter den Voraussetzungen des § 140 I und II StPO ein Pflichtverteidiger bestellt werden könnte. Die Frage, ob das Unterbleiben des gesetzlich vorgeschriebenen Hinweises auf die Möglichkeit einer Pflichtverteidigerbestellung zu einem Beweisverwertungsverbot führt, hat der BGH bisher nicht entschieden. Er hat allerdings bereits vor der gesetzlichen Einführung dieser Belehrungspflicht auch ohne gesetzliche Vorgabe im Einzelfall eine Pflicht zur Belehrung über die Möglichkeit einer unentgeltlichen Verteidigung bejaht und bei einem Verstoß hiergegen ein grundsätzliches Beweisverwertungsverbot abgelehnt. Dies hat er im Wesentlichen damit begründet, dass nur gravierende Verfahrensverstöße zu einem Beweisverwertungsverbot führen können und die Verletzung der Pflicht zur Belehrung über die Möglichkeit einer Pflichtverteidigerbestellung nicht annähernd einer Verletzung der Pflicht zur Belehrung über die Möglichkeit einer Verteidigerkonsultation gleich kommt, die grundsätzlich ein Verwertungsverbot nach sich zieht.

Der Senat hält auch nach der Einfügung der Belehrungspflicht in § 136 I 3 Hs. 2 StPO aF die Annahme eines absoluten Beweisverwertungsverbots nicht für geboten. Dies gilt auch, wenn davon auszugehen ist, dass die neu eingefügte Regelung der Sache nach eine Erweiterung der Pflicht zur Belehrung über die Verteidigerkonsultation nach § 136 I 2 StPO darstellt. Hieraus folgt nicht, dass auch hinsichtlich der Rechtsfolgen an diese Regelung anzuknüpfen ist. Wie der BGH zur alten Rechtslage ausgeführt hat, bleibt die Verletzung der Pflicht nach § 136 I 2 Hs. 2 StPO aF in ihrer Bedeutung hinter derjenigen nach § 136 I 2 StPO zurück, die die grundsätzliche Zugangsmöglichkeit zu einem Verteidiger als solchen betrifft. Es handelt sich insoweit um eine für die Rechtsstellung des Beschuldigten als Verfahrenssubjekt konstitutive Bestimmung, deren Verletzung in aller Regel zur Annahme eines Beweisverwertungsverbots führen muss. Damit sind die Regelungen über die Bestellung eines Pflichtverteidigers, die nicht absolut gelten und vom Vorliegen der in § 140 I und II StPO genannten Voraussetzungen abhängig sind, nicht vergleichbar.

Die nach § 136 I 3 Hs. 2 StPO aF bzw. § 136 I 5 Hs. 2 StPO nF unterbliebene Belehrung von A begründet deshalb kein absolutes Verwertungsverbot.

Aber auch die Annahme eines relativen, im Rahmen einer einzelfallbezogenen Abwägung festzustellenden, Verwertungsverbots kommt hier nicht in Betracht. Das LG hat zutreffend ausgeführt, dass das staatliche Verfolgungs- und Aufklärungsinteresse bei einem Tötungsdelikt besonders hoch ist, die Belehrung nicht bewusst oder willkürlich, sondern aus Unkenntnis der Vernehmungsbeamten über die Neuregelung unterblieben und damit der festgestellte Verstoß von geringerem Gewicht ist.

## **Problem: Von außen kommender Anstoß schließt Freiwilligkeit des Rücktritts nicht aus**

**Einordnung: Ein freiwilliger Rücktritt verlangt ein autonomes Motiv**

BGH, Beschluss vom 07.03.2018, 1 StR 83/18

Der Annahme von Freiwilligkeit i.S.d. § 24 I StGB steht es nicht von vornherein entgegen, dass der Anstoß zum Umdenken von außen kommt oder die Abstandnahme von der Tat erst nach dem Einwirken eines Dritten erfolgt. Entscheidend ist vielmehr, dass der Täter die Tatvollendung aus selbstgesetzten Motiven nicht mehr erreichen will und dementsprechend „Herr seiner Entschlüsse“ geblieben ist.

### **SACHVERHALT**

Das LG hat den Angeklagten (A) wegen versuchten Totschlags in Tateinheit mit gefährlicher Körperverletzung zu einer Freiheitsstrafe von sieben Jahren verurteilt. Es hatte insoweit festgestellt, dass der mit bedingtem Tötungsvorsatz handelnde und zum Tatzeitpunkt erheblich alkoholisierte A dem Geschädigten G mit einem Teppichmesser eine etwa 15 cm lange, stark blutende Schnittverletzung am linken Halsbereich zufügte, die abstrakt lebensgefährlich war. Nach diesem Schnitt versuchte A weiter auf den körperlich überlegenen G in lebensgefährdender Weise einzustechen. Dies gelang ihm jedoch nicht, weil sich G zu diesem Zeitpunkt in einer Hecke befand und Hände sowie Äste schützend vor sich hielt. A ließ sodann von weiteren Angriffen mit dem Messer ab, nachdem ein auf das Geschehen aufmerksam gewordener Anwohner rief, dass er die Polizei verständigt habe und die am Tatort anwesenden stehenden Zeugen E und L, bei denen es sich um einen Freund und seinen jüngeren Bruder handelte, den A verbal und auch durch Wegziehen von weiteren Stichen abhielten. Anschließend entschloss sich A zu fliehen und verließ den Tatort.

Im Hinblick auf dieses Geschehen hatte das LG ausgeführt, dass die Voraussetzungen eines strafbefreienden Rücktritts vom versuchten Totschlag nicht vorlägen. Denn A, der im weiteren Verlauf von dem G abgelassen habe, obwohl er noch nicht von dessen sicherem Tod habe ausgehen können, habe die weitere Tatausführung nicht freiwillig aufgegeben. Zum einen sei er von den Zeugen E und L daran gehindert worden und zum anderen habe er mitbekommen, dass zwischenzeitlich die Polizei verständigt worden sei, mit deren Eintreffen vor Ort in Kürze zu rechnen gewesen sei. Dem A sei deshalb klar gewesen, dass er ohne sofortige Flucht Gefahr laufe, noch am Tatort festgenommen zu werden. Gegen die Entscheidung des LG wendete sich A mit seiner Revision.

### **LÖSUNG**

Die Revision hatte vollumfänglich Erfolg. Die knappen Ausführungen des LG zum Rücktritt vom versuchten Totschlag leiden nach Ansicht des BGH an einem durchgreifenden Erörterungsmangel. Denn das LG, das offensichtlich von einem unbeendeten Versuch gemäß § 24 I 1 Var. 1 StGB ausging, habe sich nicht hinreichend mit dem Vorstellungsbild des A nach Abschluss der letzten Ausführungshandlung – dem sog. Rücktrittshorizont – auseinandergesetzt. (Dies wird weiter ausgeführt.) Nach den bisherigen Feststellungen sei jedenfalls nicht sicher ausgeschlossen, dass A auch nach Eingreifen der Zeugen nach seinem Vorstellungsbild noch weitere Ausführungshandlungen hätte vornehmen können, bevor er sich entschlossen habe, den Tatort zu verlassen. In Anbetracht der Gesamtumstände und unter Berücksichtigung der obigen Maßstäbe hätten sich dem LG derartige Erörterungen jedoch aufdrängen müssen. Der BGH hob daher das Urteil mit den Feststellungen auf.

Für die neue Hauptverhandlung wies der Senat u.a. darauf hin, dass es der Annahme von Freiwilligkeit im Sinne des § 24 I StGB nicht von vornherein entgegensteht, dass der Anstoß zum Umdenken von außen kommt oder die Abstandnahme von der Tat erst nach dem Einwirken eines Dritten erfolgt. Entscheidend ist vielmehr, dass der Täter die Tatvollendung aus selbstgesetzten Motiven nicht mehr erreichen will und dementsprechend „Herr seiner Entschlüsse“ geblieben ist. Die Verständigung der Polizei und die Kenntnis des A davon rechtfertigen für sich genommen weder die Annahme eines fehlgeschlagenen Versuchs, noch stehen sie grundsätzlich einer Freiwilligkeit im Sinne des § 24 I 1 StGB entgegen, da ein Täter in der Zeit bis zum Eintreffen derselben grundsätzlich noch ungehindert weitere Ausführungshandlungen vornehmen kann, ohne dass damit für ihn eine beträchtliche Risikoerhöhung verbunden sein muss.

## Problem: Zueignungsabsicht bei Inhalten von Tresoren

### Einordnung: Spezifizierung der Aneignungsabsicht auf bestimmte Objekte

BGH Beschluss vom 19.12.2017, 2 StR 479/17

Wenn sich die Absicht der rechtswidrigen Zueignung der Täter lediglich auf in einem Tresor vermutetes Geld bezieht, sich entgegen dieser Erwartung darin aber lediglich Fahrzeugschlüssel befinden, kommt ein fehlgeschlagener Versuch des Diebstahls in Betracht.

### SACHVERHALT

Das LG hat den K wegen Diebstahls zu einer Freiheitsstrafe verurteilt. Nach den Feststellungen des LG brach der A nachts gegen 0.12 Uhr in das Gebäude einer Fahrschule ein. Er entwendete dort einen „Handtresor“, der verschiedene Schlüssel enthielt. Die Mittäter S und B, die A zum Tatort gefahren hatten, warteten in ihrem Fahrzeug, wobei sie A über Mobiltelefone Handlungsanweisungen gaben. Die Tat wurde vom Sicherheitsdienst bemerkt, worauf S und B flüchteten. Dem A erteilten sie die Anweisung, er solle in der Nähe unter einer Brücke warten, bis er abgeholt werde. S rief den K mit seinem Taxi herbei, der ihm vorab erklärt hatte, er könne sich „ruhig an ihn wenden, wenn er bei außergesetzlichen Aktivitäten Hilfe brauche.“ Der A verbarg den entwendeten Tresor unter seiner Jacke und wartete 30 bis 40 Minuten am vereinbarten Ort. Dort wurde er von K mit dem Taxi abgeholt. Sie fuhren zur Wohnung des K. Dort begaben sich B, S und K in den Keller, um den Tresor aufzubrechen, während A draußen warten musste, weil die anderen beabsichtigten, ihn bei der Beuteteilung zu übervorteilen. Der Tresor enthielt allerdings – anders als erhofft – kein Bargeld. Das LG hat den K als Mittäter eines Diebstahls gemäß §§ 242, 243 I S. 2 Nr. 1 und Nr. 2 StGB verurteilt. Bei seinem Tätigwerden sei der Diebstahl durch A vollendet, allerdings nicht beendet gewesen.

### LÖSUNG

Die Revision des K ist begründet, weil die Annahme eines vollendeten Diebstahls nicht ausreichend belegt ist. Nach dem Gesamtzusammenhang der bisher getroffenen Feststellungen bezog sich die Absicht der rechtswidrigen Zueignung der Täter lediglich auf im Tresor vermutetes Geld. In dem Tresor, den A aus den Geschäftsräumen der Fahrschule entwendet hatte, befanden sich entgegen dieser Erwartung lediglich Fahrzeugschlüssel. Insoweit kommt, was das LG nicht bedacht hat, ein fehlgeschlagener Versuch des Diebstahls in Betracht.

#### Anmerkung:

Unterscheiden Sie in diesem Kontext zwei unterschiedliche Fragestellungen:

1. Bezieht sich die Zueignungsabsicht nur auf einen bestimmten Inhalt eines Behältnisses?

Dieses Problem behandelt der vorliegende Fall und ist im Gutachten bei der Aneignungskomponente zu behandeln.

2. Bezieht sich die Zueignungsabsicht auch auf das Behältnis an sich?

Die Zueignungsabsicht bezieht sich in der Regel nicht auf das Behältnis, wenn es dem Täter alleine auf den Inhalt ankommt. Dies ist nur anders, wenn der Täter das Behältnis zum Transport benötigt (BGH, 26.07.2017, 3 StR 182/17, RA-Telegramm 2017, 100). Ist das Behältnis leer, kommt ein – fehlgeschlagener – Versuch in Betracht (BGH, 01.09.2016, 4 StR 179/16; 13.10.2016, 3 StR 173/16).