

Lösungsvorschlag zur großen Zwischenprüfungshausarbeit

Anm.: Der nachfolgende Vorschlag stellt nur eine unter vielen möglichen Lösungen dar. Zur erfolgreichen Bearbeitung war es daher weder erforderlich, zufällig den hier gefundenen Lösungsweg „getroffen“, noch die hier verwendeten Argumente einbezogen und dieselbe Literatur herangezogen zu haben.

A. Tatkomplex „Fax“

I. § 303 Abs. 1 StGB

Indem B das Fax an T1 und T2 sandte, könnte er sich wegen Sachbeschädigung gem. § 303 Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben.

1. Tatbestand

a) Objektiver Tatbestand

aa) Beschädigungserfolg

Dann müsste zunächst eine fremde Sache beschädigt oder zerstört worden sein. In Betracht kommt die Beschädigung des zur Erstellung der Faxnachricht verwendeten Toners und Papiers. Beide Komponenten sind körperliche Gegenstände, die nicht im Alleineigentum des B stehen, und bilden daher unproblematisch „fremde Sachen“ im Sinne des § 303 Abs. 1 StGB. Unter „Beschädigung“ versteht man jede körperliche Einwirkung auf die Sache, durch die ihre Substanz oder ihre bestimmungsgemäße Brauchbarkeit nicht unerheblich beeinträchtigt werden.¹ Durch das Ausdrucken der Faxnachricht wurden Toner und Papier untrennbar miteinander verbunden, und die bestimmungsgemäße Verwendung beider Komponenten zur Erzeugung weiterer Faxnachrichten wurde vollständig aufgehoben. Zugleich wurden Toner und Papier durch ihre stoffliche Verbindung auch in ihrer Substanz verändert. Insoweit ist eine erhebliche Beeinträchtigung sowohl der bestimmungsgemäßen Brauchbarkeit als auch der Sachsubstanz zu bejahen.² Zweifel an der Erheblichkeit der Beschädigung könnten gleichwohl daraus erwachsen, dass bei *wirtschaftlicher* Betrachtung die Einbuße eines einzelnen Blatts Faxpapier und einer verschwindend geringen Toner Menge völlig vernachlässigbar³ erscheint. Zu klären ist daher, ob die annähernde Wertlosigkeit der beschädigten Sache bei Beurteilung der Erheblichkeit des Beschädigungserfolges zu berücksichtigen ist.⁴ Dagegen spricht jedoch bereits, dass sich der Schutzzweck des § 303 StGB nicht auf den (zumindest auch⁵) ökonomisch zu bestimmenden Begriff des Vermögens, sondern allein auf das Eigentumsrecht bezieht, für das die wirtschaftliche Werthaltigkeit der Sache keine Bedeutung hat.⁶ Ferner ist zu berücksichtigen, dass der Gesetzgeber ausweislich der §§ 243 Abs. 2, 248a StGB Vorschriften zur Berücksichtigung wirtschaftlicher Geringwertigkeit bei anderen Eigentumsdelikten geschaffen hat. Dass eine vergleichbare Regel mit Blick auf § 303 StGB fehlt, legt

¹ RGSt 74, 13 (14); BGHSt 13, 207 f.; OLG Celle NJW 1988, 1101; Hoyer, in: Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 48. Lfg., § 303 Rn 5.

² Ebenso Wieck-Noodt, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 5, 2. Aufl. 2014, § 303 Rn. 33 („massive Einwirkung auf die Sachsubstanz“).

³ Im Jahre 1988 bezifferte das LG Hamburg (NJW-RR 1989, 487) die pro Seite entstehenden Kosten auf ca. 6 Pfennig.

⁴ Befürwortend GenStA Hamm, Vfg. v. 26. 10. 2001 – 2 Zs 1974/01 (zit.: Stöber, NSTZ 2003, 515 (517)).

⁵ Vgl. zum Streit um den Vermögensbegriff z.B. Cramer/Perron (in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 29. Aufl. 2014, § 263 Rn. 82 ff.) sowie das aktuelle Anfrageverfahren beim BGH (Beschl. v. 1.6.2016 – 2 StR 335/15; Beschl. v. 10.11.2016 – 4 Ars 17/16; Beschl. v. 15.11.2016 – 3 ARs 16/16).

⁶ Im Erg. ebenso: Saliger, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier, StGB Kommentar, 3. Aufl. 2016, § 303 Rn. 2; Hoyer (Fn. 1), § 303 Rn 3; Stöber, NSTZ 2003, 515 (516); OLG Köln NJW 1988, 1102 (1103).

daher den Schluss nahe, dass eine etwaige wirtschaftliche Geringwertigkeit des Angriffsobjekts hier ohne Belang sein soll. Es bleibt also bei dem Befund, dass die an Toner und Papier eingetretene Beeinträchtigung erheblich war.

Der Deliktserfolg wäre damit nach der o.g. Definition gegeben. Gleichwohl könnte es hier aus systematischen Gründen an einer Sachbeschädigung fehlen. Nach wohl herrschender Auffassung nämlich muss der Begriff des Beschädigungs- oder Zerstörungserfolges i.S.d. § 303 Abs. 1 StGB reduziert werden, um eine randscharfe Abgrenzung von den Zueignungsdelikten der §§ 242, 246 StGB zu gewährleisten. Namentlich fehle es an einer Sachbeschädigung im Falle des Gebrauchs oder Verbrauchs solcher Sachen, deren gewöhnliche Bestimmung gerade darin besteht, in substanzverletzender Weise gebraucht oder verbraucht zu werden, soweit auch der Eigentümer diese Zweckbestimmung teilt.⁷ Der Eigentümer, der die Sache selbst gebrauchen oder verbrauchen wollte, sei hier nur insoweit geschädigt, als der Täter an seiner statt mit der Sache verfahren ist und sich insoweit eine eigentümerähnliche Position angemaßt habe. Solche Verhaltensweisen seien daher nicht als Sachbeschädigung, sondern als Diebstahl oder Unterschlagung zu bestrafen.⁸ Dies gelte neben dem Verzehr von Lebensmitteln und dem Verbrennen von Kraftstoff auch für den Verbrauch von Telefaxpapier durch unerwünschte Zusendung von Werbung.⁹ Dieser Meinung zufolge käme vorliegend also allenfalls eine Strafbarkeit aus § 246 Abs. 1 StGB in Betracht, eine Sachbeschädigung gemäß § 303 Abs. 1 StGB wäre jedoch ausgeschlossen.

Die These vom Exklusivverhältnis zwischen § 303 Abs. 1 StGB und §§ 242, 246 StGB überzeugt jedoch nicht.¹⁰ Sie verkennt zunächst, dass die §§ 242, 246 StGB das spezifische Unrecht der verbrauchsbedingten Beschädigung fremder Verbrauchsgegenstände nicht vollständig erfassen. Eine Besonderheit des Angriffs auf die „Äußerlichkeit des Eigentums“¹¹ liegt (im Gegensatz zu der gewöhnlich umkehrbaren Eigentumsverschiebung bei Diebstahl und Unterschlagung) in der Gefahr, dass dem Eigentümer sein Recht, nach freiem Belieben mit der Sache zu verfahren (vgl. § 903 S. 1 BGB) *auf Dauer* ganz oder teilweise entzogen wird. Dieser Unrechtsaspekt der Sachbeschädigung bleibt auch gegenüber einem Eigentümer bestehen, der die Sache zunächst selbst für den Verbrauch vorgesehen hatte, da ihm die Möglichkeit genommen wird, noch einmal umzudisponieren und die Sache doch lieber anderen Zwecken zuzuführen.¹² In kriminalpolitischer Hinsicht ist zudem zu beanstanden, dass die Annahme eines Exklusivitätsverhältnisses in bestimmten Fällen das Affinitätsinteresse des Eigentümers an Verbrauchsgegenständen schutzlos stellt. Dies gilt für Fälle, in denen nicht aufgeklärt werden kann, ob der Täter das Affinitätsinteresse des Eigentümers kannte (dann: § 303 Abs. 1 StGB) oder irrig davon ausging, dass der Eigentümer die Sache ihrer gewöhnlichen Zweckbestimmung entsprechend verbrauchen wollte (dann nach der hier kritisierten Ansicht: § 242 oder § 246 StGB). Denn für eine eindeutige Verurteilung aus dem geringeren Delikt des § 303 StGB fehlt es an einem Stufen- oder Auffangverhältnis, und eine wahldeutige Verurteilung aufgrund ungleichartiger Wahlfeststellung kommt nicht in Betracht, da sich eine „rechtsethische Vergleichbarkeit“ zwischen den Eigentumsverschiebungsdelikten der §§ 242, 246 StGB und dem Sachbeschädigungsdelikt des § 303 StGB kaum begründen lässt. Eine teleologische Reduktion des § 303 Abs. 1 StGB zum Zwecke der exklusiven Abgrenzung von Sachbeschädigungs- und Zueignungsdelikten ist also nicht erforderlich.

⁷ Wieck-Noodt, § 303 Rn. 33; Fischer, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 64. Aufl. 2017, Rn. 12a; vgl. Stree/Hecker, in: Schönke/Schröder (Fn. 5), § 303, Rn. 12.

⁸ Hoyer (Fn. 1), § 303, Rn. 14.

⁹ OLG Frankfurt v. 20.5.2003, 2 Ss 39/03, CR 2004, 434 f. m. Anm. Wülfing, ITRB 2004, 153.

¹⁰ Eingehend Mühlfeld, Sachbeschädigung und Zueignungsdelikte: Abgrenzung und Strafwürdigkeit, 2013, S. 45 ff.

¹¹ Zaczyk, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, Nomos Kommentar Strafgesetzbuch, Bd. 3, 4. Aufl. 2014, § 303 Rn. 1.

¹² Ähnlich: Stöber, NStZ 2003, 515 (517).

Ein Sachbeschädigungserfolg ist also gegeben.

bb) Kausalität und objektive Zurechnung

Das Versenden des Faxes durch B war auch äquivalent kausal für die Beschädigung, da Papier und Toner ohne die Versendung erst durch spätere Faxnachrichten und in einer anderen Art und Weise miteinander verbunden worden wären, und der Erfolg somit jedenfalls in seiner konkreten Gestalt entfallen wäre. Der Erfolg war dem B zudem objektiv zurechenbar, da er durch das Absenden des Faxes ein rechtlich missbilligtes Risiko für die Beschädigung setzte, und sich dieses Risiko auch im Beschädigungserfolg niedergeschlagen hat.

cc) Zwischenergebnis

Der objektive Tatbestand der Sachbeschädigung ist damit erfüllt.

b) Subjektiver Tatbestand

B handelte auch wissentlich und willentlich und somit vorsätzlich.

2. Rechtswidrigkeit

B müsste zudem rechtswidrig gehandelt haben. T1 und T2 könnten jedoch in den Verbrauch von Papier und Toner rechtfertigend eingewilligt haben, indem sie ihre Faxnummer bei der Gemeinde hinterlegten. Ob sich diese Einwilligung auch auf die vorliegende Osterfeuer-Einladung erstreckte, ist durch Auslegung nach dem objektiven Empfängerhorizont¹³ zu ermitteln. Die Einwilligung bezog sich hier allgemein auf Informationen zum „Gemeindeleben“. Jedermann zugängliche Traditionsveranstaltungen unter freiem Himmel unterfallen diesem Begriff. Auch dass das Osterfeuer einen Bezug zu einer bestimmten Religion aufweist, ändert daran nichts, da Osterfeuer – zumal wenn Bier und „Schnittkes“ gereicht werden – auch einen volksfestartigen Charakter aufweisen. T1 und T2 hatten also schlüssig ihre Einwilligung in die Versendung auch dieses Faxes erteilt.

Alle weiteren Voraussetzungen der rechtfertigenden Einwilligung sind unproblematisch erfüllt. So handelt es sich bei dem Eigentum am Papier und Toner um ein disponibles Rechtsgut, über das T1 und T2 als Eigentümer zudem verfügungsbefugt waren. Anhaltspunkte dafür, dass es T1 oder T2 an der Einwilligungsfähigkeit gefehlt hätte oder der Wirksamkeit der Einwilligung beachtliche Willensmängel entgegengestanden hätten, sind nicht ersichtlich. Schließlich wusste B um den Wunsch von T1 und T2, per Fax informiert zu werden, und übersandte das Fax auch gerade aufgrund dieser Einwilligung, so dass auch das subjektive Rechtfertigungselement gegeben war.

T1 und T2 hatten also wirksam in die Beschädigung von Toner und Papier im Rahmen des Versands auch des vorliegenden Faxes eingewilligt. Die Tat des B war somit gerechtfertigt.

3. Ergebnis

B hat sich daher nicht wegen Sachbeschädigung strafbar gemacht.

II. § 246 Abs. 1 StGB

Durch das Versenden des Faxes könnte B sich jedoch einer Unterschlagung gem. § 246 Abs. 1 StGB schuldig gemacht haben.

1. Objektiver Tatbestand

Dann müsste B Papier und Toner der gedruckten Faxnachricht – aus seiner Sicht fremde Sachen – sich oder einem Dritten rechtswidrig zugeeignet haben. Unter Zueignung versteht man

¹³ *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 4. Aufl. 2006, § 13 Rn. 79; *Otto*, Grundkurs Strafrecht – Allgemeine Strafrechtslehre, 2004, § 8 Rn. 114.

ein Verhalten, das darauf schließen lässt, dass der Täter sich eine eigentümerähnliche Position über eine Sache anmaßen, bzw. sie sich vermögensmäßig „einverleiben“ will. Umstritten ist, ob eine solche Manifestation des Zueignungswillens aus der Perspektive eines objektiven Beobachters (sog. enge Manifestationstheorie)¹⁴ oder aus Sicht eines mit dem Täterwillen vertrauten Dritten (sog. weite Manifestationstheorie)¹⁵ zu beurteilen ist. Eine Entscheidung könnte hier offen bleiben, wenn auf Basis beider Ansätze keine Zueignung gegeben wäre. Vorliegend dient die Übersendung des Faxes sowohl nach dem äußeren Erscheinen als auch dem Willen des B der von T1 und T2 gewünschten Information über Veranstaltungen in der Gemeinde. Im Gegensatz etwa zu unerwünschten Werbefaxen¹⁶ dient die Übersendung des Faxes daher objektiv und subjektiv der Erfüllung der Zwecke, die T1 und T2 für den Verbrauch ihres Faxpapiers/Toners vorgesehen haben. B unterstützt T1 und T2 also lediglich darin, ihr Eigentum nach denen von ihnen gesetzten Zwecken zu verbrauchen. Die Manifestation eines Selbst- oder Drittzueignungswillens ist hierin weder nach der engen, noch nach der weiten Manifestationstheorie zu erkennen. Der Meinungsstreit kann daher unentschieden bleiben. Eine Zueignung fremder Sachen ist jedenfalls nicht erfolgt.

2. Ergebnis

B hat sich nicht wegen Unterschlagung gem. § 246 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

III. Gesamtergebnis

B ist straflos.

B. Tatkomplex „Weihnachtsbäume“

I. Strafbarkeit der T2

1. § 306 Abs. 1 Nr. 6 Var. 3 StGB

T2 könnte sich wegen Brandstiftung gem. § 306 Abs. 1 Nr. 6 Var. 3 StGB strafbar gemacht haben, indem sie den Baumstapel mit einem brennenden Lappen entzündete.

a) Tatbestand

aa) Objektiver Tatbestand

(1) Taugliches Handlungsobjekt

Dann müsste es sich bei den alten Weihnachtsbäumen um „forstwirtschaftliche Erzeugnisse“ gehandelt haben. Gemeint sind hiermit forstwirtschaftliche Produkte, deren unmittelbarer Produktionsprozess beendet ist, die aber (noch) nicht weiterverarbeitet wurden.¹⁷ Weihnachtsbäume werden nach dem Schlagen ohne weitere Verarbeitung aufgestellt und unterfallen insoweit der Definition. Auf die weitergehende Frage nach einer etwaigen Wert- und Mengengrenze soll unten zurückgekommen werden.

¹⁴ BGHSt 34, 309 (311 f.); Küper, JURA 1996, 205 (206 f.); Ranft, JR 1989, 165 (166); Kindhäuser, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 2 4. Aufl. 2013, § 246 Rn. 12.; Otto, BT, § 42 Rn. 6 f.; ders., JURA 1989, 200 (204); ders. JURA 1996, 383 (384 f.); Eser/Bosch, in: Schönke/Schröder (Fn. 5), § 246 Rn. 11.

¹⁵ Bockelmann, ZStW 65 (1953), 569 (588 f.); ders., JZ 1960, 621 (622); Fischer (Fn. 7), § 246 Rn. 6; Ruß, in: Jähnke/Laufhütte/Odersky (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 5, 11. Aufl. 2005, § 246 Rn. 13; Maurach/Schroeder/Maiwald, Maurach/Schroeder/Maiwald, Strafrecht, Besonderer Teil, Teilbd. 1, 9. Aufl. 2003, § 34 Rn. 28.

¹⁶ Dazu näher Stöber, NStZ 2003, 515 ff.

¹⁷ Heine/Bosch, in: Schönke/Schröder (Fn. 5), § 303, Rn. 10.

(2) Fremdheit

Der Baumstapel müsste auch fremd gewesen sein. Fremd sind Sachen, die weder im Alleineigentum des Täters stehen noch herrenlos sind. T2 hat an den Bäumen offensichtlich kein Eigentum. Es hätte sich jedoch um herrenlose Sachen gehandelt, wenn die Stadt angesichts der anstehenden Vernichtung der Bäume bereits mit dem Aufsichtenlassen zur Verbrennung ihr Eigentum durch Dereliktion gem. § 959 BGB verloren hätte. Hierzu hätte sie ihren Sachbesitz in der Absicht aufgeben müssen, auf das Eigentum zu verzichten. Zweifelhaft ist jedoch bereits die Besitzaufgabe. Da die Bäume auf der „Gemeindewiese“ aufgeschichtet werden – also offenbar innerhalb der Gemeindegrenzen und auf einem der Gemeinde gehörenden Grundstück – dürfte die nach der Verkehrsauffassung zu beurteilende Sachherrschaft allenfalls gelockert, nicht jedoch entfallen sein. Deutlich gegen eine Dereliktionsabsicht spricht zudem das dem objektiven Beobachter erkennbare Interesse der Gemeinde, die ihr aus dem Eigentum zustehenden Ansprüche gegen etwaige Störer so lange zu behalten, bis die Osterfeuer-Veranstaltung beendet ist. Eine Eigentumsaufgabe durch die Stadt ist also auszuschließen. Die Weihnachtsbäume waren also auch zum Tatzeitpunkt fremde Sachen.

(3) Inbrandsetzen

Die Weihnachtsbäume hätten auch in Brand gesetzt worden sein müssen. Dies ist der Fall, wenn das Angriffsobjekt in einer Weise vom Feuer erfasst sind, dass es aus eigener Kraft, d.h. ohne Fortwirken des Zündstoffs, weiterbrennt.¹⁸ Vorliegend brannte der gesamte Holzstapel komplett nieder. Die Bäume waren demnach jedenfalls „in Brand gesetzt“.

(4) Kausalität, Objektive Zurechnung

Der Wurf des brennenden Lappens war für den Erfolg des In-Brand-Setzens auch ursächlich, da er nicht hinfortgedacht werden kann, ohne dass der Erfolg entfielen. Zudem schuf der Wurf des Lappens ein rechtlich missbilligtes Risiko, das sich im Erfolg der Inbrandsetzung niederschlug. Der Erfolg war T2 daher auch objektiv zuzurechnen.

(5) Teleologische Reduktion des § 306 Abs. 1 Nr. 6 Var. 3 StGB

Der damit seinem Wortlaut nach erfüllte Tatbestand muss jedoch möglicherweise teleologisch reduziert werden. Eine teleologische Reduktion kommt vorliegend unter zwei Gesichtspunkten in Betracht.

(a) Zunächst erfordert nach fast allgemeiner Auffassung die hohe Strafandrohung eine Beschränkung des sehr weit geratenen Tatbestands. Uneinheitlich wird jedoch beurteilt, wo angesetzt werden soll. Zum Teil wird auf die systematische Stellung des § 306 StGB im Abschnitt der gemeingefährlichen Delikte verwiesen und eine Strafbarkeit abgelehnt, wenn von der Tat keine generellen Gefahren für fremde Güter ausgegangen ist.¹⁹ Vorliegend zeugt schon die Zerstörung des Treckers des Ö von der generellen Gefährlichkeit der Tat. Hinzu kommen Phänomene wie Funkenflug, die beim Abbrennen so großer Feuer zumindest dann als generell gefährlich erscheinen, wenn wie hier kein Sicherheitspersonal vor Ort ist, das eine Ausweitung des Brandes sofort unterbinden könnte. Nach der genannten Auffassung wäre also auch der mithilfe eines „Gemeingefährlichkeitskriteriums“ reduzierte Tatbestand des § 306 StGB erfüllt.

Überwiegend wird demgegenüber auf das konkrete Angriffsobjekt abgestellt und die Tatbestandserfüllung von Mengen- und Wertgesichtspunkten abhängig gemacht, wobei wiederum

¹⁸ BGHSt 36, 221; *Wessels/Hettinger*, Strafrecht Besonderer Teil, Bd. 1, 40. Aufl. 2016, Rn. 957.

¹⁹ *Radtke*, in: Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 5, 2. Aufl. 2014, § 306 Rn. 17 ff.; *Herzog/Kargl*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar Strafgesetzbuch, Bd. 3, 4. Aufl. 2013, § 306 Rn. 16. Vgl. auch *Rengier*, Strafrecht Besonderer Teil Bd. 2, 17. Aufl. 2016, § 40 Rn. 6.

uneinheitlich beurteilt wird, ob die Kriterien alternativ²⁰ oder kumulativ²¹ zur Anwendung gebracht werden sollen. Der letztere Streitpunkt könnte hier jedoch offen bleiben, falls die Weihnachtsbäume sowohl mengen- als auch wertmäßig die Mindestgrenzen überschritten hätten. Im Hinblick auf die Menge dürfte dies bei einem acht Meter hohen und sieben Meter breiten Haufen unproblematisch der Fall sein. Zur Bemessung der Wertgrenze bietet sich an, diese an der Auslegung des Merkmals „Sachen von bedeutendem Wert“ im Tatbestand anderer gemeingefährlicher Delikte zu orientieren. Der BGH nimmt hier derzeit Wertgrenzen zwischen 750 € (bei §§ 315b und § 325c StGB)²² und 1500 € (bei § 308 StGB)²³ an, so dass eine mittlere Größenordnung von ca. 1000 € als Richtmaß dienen kann.²⁴ Vorliegend hatten die Bäume als „Hackgut“ noch einen Wert von ca. 1500 €, so dass diese Wertgrenze jedenfalls überschritten war. Zu erwägen ist jedoch, ob der Umstand, dass die Bäume gerade nicht als „Hackgut“ verkauft, sondern verbrannt werden sollen, sie ihres eigentlichen wirtschaftlichen Wertes beraubt hatten und der Baumstapel insoweit wertlos geworden war. Dagegen spricht jedoch der Charakter des § 306 StGB als *Eigentums-* und nicht Vermögensdelikt. Die wirtschaftliche Werthaltigkeit ist daher nicht konstitutiv für die Tauglichkeit des Baumstapels als Schutzobjekt, sondern bildet nur einen objektivierbaren Anhaltspunkt für die Bedeutung des Gegenstands und der mit ihm verfolgten Zwecke für den Eigentümer. Wenn der Berechtigte daher einen werthaltigen Teil seines Eigentums nicht veräußern, sondern zugunsten ideeller Zwecke verwenden oder sogar vernichten will, liegt hierin keine Entwertung des Eigentums, sondern nur ein Anzeichen für die besondere Bedeutung, die der Eigentümer den verfolgten ideellen Zwecken und seinem Eigentum als Mittel zur Erreichung dieser Zwecke beimisst. Die vorgesehene Verbrennung hatte die Weihnachtsbäume also nicht entwertet. Auch nach einer restriktiven Auslegung mithilfe von Wert- und Mengenaspekten läge der objektive Tatbestand des § 306 Abs. 1 StGB demnach vor.

Welcher der beiden Ansätze vorzugswürdig ist kann daher vorliegend offen bleiben.

(b) Schließlich ist noch zu erwägen, ob die systematische Abgrenzung des § 306 StGB von den Zueignungstatbeständen der §§ 242, 246 StGB eine restriktive Auslegung des Brandstiftungstatbestands erfordert. Denn wie die §§ 242, 246 StGB stellt auch § 306 StGB – als atypischer Spezialfall der Sachbeschädigung²⁵ – ein Eigentumsdelikt dar. Daher könnte es auch hier auf die bereits oben behandelte Frage ankommen, ob der Verbrauch bzw. die Zerstörung einer Sache, die später auch der Eigentümer selbst veranlasst hätte, überhaupt als Sachbeschädigung aufgefasst werden kann oder nicht vielmehr exklusiv als Zueignung gemäß §§ 242 / 246 StGB zu werten ist. Diese Frage wurde oben bereits diskutiert und verneint. Auf die dortige Argumentation wird verwiesen. Schon aus den dort genannten Gründen muss also der Wortlaut des § 306 StGB in der vorliegenden Konstellation nicht zur Gewährleistung einer exklusiven Abgrenzung von den §§ 242, 246 reduziert werden.

(6) Zwischenergebnis

Der objektive Tatbestand ist demnach erfüllt.

²⁰ So z.B. *Heine/Bosch*, in: Schönke/Schröder (Fn. 5), § 306 Rn. 3, *Eisele*, Strafrecht Besonderer Teil Bd. 1, 3. Aufl. 2014, Rn. 1011.

²¹ *Rengier* ((Fn. 19), § 40 Rn. 6 a.E.) etwa verlangt, dass auch größere Mengen die Wertgrenze erreichen müssen.

²² BGH NStZ 2011, 215 f.; BGH NStZ 2013, S. 167.

²³ BGH, Urt. v. 13.10.2016 (4 StR 239/16) – StraFo 2017, 37.

²⁴ *Eisele* (Fn. 20), Rn. 1011; *Rengier* (Fn. 19), § 40 Rn. 6.

²⁵ *Heine/Bosch*, in: Schönke/Schröder (Fn. 5), § 306 Rn. 1.

bb) Subjektiver Tatbestand

T2 kannte die Tatumstände und wollte den Stapel Weihnachtsbäume auch in Brand setzen. Sie hat daher auch vorsätzlich gehandelt.

b) Rechtswidrigkeit

Rechtfertigungsgründe sind nicht ersichtlich. T2 handelte daher auch rechtswidrig.

c) Schuld

Die T2 handelte auch schuldhaft.

d) Ergebnis

T2 hat sich also wegen Brandstiftung gem. § 306 Abs. 1 Nr. 6 Var. 3 StGB strafbar gemacht.

2. § 303 Abs. 1 StGB

Indem die T2 den brennenden Lappen auf das Holz warf, hat sie zudem die Zerstörung der Weihnachtsbäume – aus ihrer Sicht, wie geprüft, fremde Sachen – in objektiv zurechenbarer Weise verursacht und somit den objektiven Tatbestand der Sachbeschädigung erfüllt. Da sie dies auch vorsätzlich, rechtswidrig und schuldhaft tat, hat sie sich auch einer Sachbeschädigung gem. § 303 Abs. 1 StGB schuldig gemacht.

3. § 304 Abs. 1 StGB

Durch dieselbe Handlung könnte sich T2 auch wegen gemeinschädlicher Sachbeschädigung gem. § 304 Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben. Hierzu müsste es sich bei den alten Bäumen um eines der in der Vorschrift abschließend enumerierten Handlungsobjekte gehandelt haben. „Gegenstände zur Verschönerung öffentlicher Wege, Plätze und Anlagen“ stellen die Bäume jedenfalls nicht *mehr* da, nachdem sie ihre ursprüngliche Funktion als Schmuck der Innenstadt verloren haben und insoweit entwidmet worden sind. Es könnte sich jedoch um „Gegenstände zum öffentlichen Nutzen“ gehandelt haben. Dies sind Sachen, deren Vorhandensein und Funktionstauglichkeit der Allgemeinheit unmittelbar zugute kommt.²⁶ An der geforderten Unmittelbarkeit fehlt es dann, wenn die Sachen lediglich bestimmten Personen ermöglichen, ihrerseits unmittelbar für das Gemeinwohl tätig zu sein.²⁷ Vorliegend dient der Holzhaufen nicht als solcher, sondern erst im Rahmen seiner künftigen, von den Organisatoren durchzuführenden Nutzung für das Osterfeuer bzw. Volksfest dem Gemeinwohl. Mangels „Unmittelbarkeit“ handelt es sich daher bei dem Tatobjekt nicht um Gegenstände zum öffentlichen Nutzen. Fernliegend erscheint schließlich auch, die alten Bäume als eine „dem Gottesdienst gewidmete“ Sache zu qualifizieren, da bei dem Abhalten von Osterfeuern – zumal wenn „Bier und Schnittkes“ gereicht werden – trotz des christlich-religiösen Anlasses nicht als „Gottesdienst“ einzustufen ist. Die alten Weihnachtsbäume stellen also kein Handlungsobjekt i.S.d. § 304 Abs. 1 StGB dar.

T2 hat sich daher nicht wegen gemeinschädlicher Sachbeschädigung strafbar gemacht.

4. § 305 Abs. 1 StGB

Durch den Wurf des brennenden Lappens könnte sich T2 auch wegen Zerstörung von Bauwerken gem. § 305 Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben. Dann müsste es sich – da die übrigen in Absatz 1 enumerierten Tatobjekte hier unproblematisch nicht in Betracht kommen – bei den aufgehäuften Bäumen um ein (anderes) Bauwerk gehandelt haben. Bauwerke sind

²⁶ Hoyer, in: Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 127. Lfg. (April 2011), § 304 Rn. 10 m.w.N.

²⁷ Zaczyk (Fn. 11), § 304 Rn. 10; Hoyer (Fn. 26), § 304 Rn. 11.

vom Menschen errichtete bauliche Anlagen gewisser Dauer, Bedeutung und Größe.²⁸ Dabei ist systematisch davon auszugehen, dass sich der Inhalt dieser Kriterien an der Dauer, Bedeutung und Größe zu orientieren hat, die den übrigen in Absatz 1 genannten Tatobjekten gewöhnlicherweise zukommen. Gebäude, Schiffe, Brücken, Dämme, Straßen und Eisenbahnstrecken sind von erheblicher wirtschaftlichen Bedeutung und in ihrem Bestand regelmäßig auf mehrere Jahre angelegt. Übereinandergeschichtete Bäume, deren Wert sich lediglich auf ca. 1500 € beläuft, und die wenige Tage später verbrannt werden sollen, erfüllen diese Anforderungen an Bedeutung und Dauer nicht. Sie bilden daher kein Bauwerk i.S.d. § 305 Abs. 1 StGB. Schon deshalb scheidet eine Strafbarkeit der T2 nach dieser Vorschrift aus.

5. § 246 Abs. 1 StGB

Schließlich könnte sich T2 durch den Wurf des brennenden Lappens auch einer Unterschlagung an den Weihnachtsbäumen gem. § 246 Abs. 1 StGB schuldig gemacht haben. Dann hätte sie sich die Bäume – aus ihrer Sicht fremde, bewegliche Sachen – rechtswidrig zueignen müssen. Das Entzünden der Bäume müsste also aus Sicht eines objektiven Beobachters (enge Manifestationstheorie) oder zumindest eines mit dem Täterwillen vertrauten Beobachters (weite Manifestationstheorie)²⁹ den Schluss zulassen, dass die T2 das Eigentum an den Bäumen aus dem Vermögen der Stadt herauslösen und in das eigene Vermögen oder das eines Dritten verschieben wollte. Vorliegend handelte die T2 jedoch erkennbar zu dem alleinigen Zweck einer Fremdschädigung und nicht einer Selbst- oder Drittbegünstigung.³⁰ Eine Zueignung ist daher nicht gegeben, und eine Strafbarkeit der T2 wegen Unterschlagung scheidet aus.

II. Strafbarkeit des T1

1. §§ 306 Abs. 1 Nr. 6 Var. 3, 25 Abs. 2 StGB

T1 könnte sich wegen mittäterschaftlich begangener Brandstiftung gem. §§ 306 Abs. 1 Nr. 6 Var. 3, 25 Abs. 2 StGB strafbar gemacht haben, indem er Benzin am Fuße der aufgeschichteten Weihnachtsbäume verteilte.

a) Tatbestand

aa) Objektiver Tatbestand

Der objektive Tatbestand der Brandstiftung an den Weihnachtsbäumen wurde, wie bereits geprüft wurde, durch eine Handlung der T2 erfüllt. Dieses Verhalten wäre T1 gem. § 25 Abs. 2 StGB zuzurechnen, wenn er Mittäter der T2 gewesen wäre.

Eine mittäterschaftliche Begehung setzt jedenfalls die Erbringung eines Tatbeitrags aufgrund eines gemeinsamen Tatplans voraus. Vorliegend bereitete T1 den Holzstapel entsprechend eines vorweg mit T2 gefassten Tatplans durch Begießen mit Benzin zur Verbrennung vor. Er leistete also einen planmäßigen Tatbeitrag.

Die weiteren Voraussetzungen der Mittäterschaft sind umstritten. Nach der in Literatur noch herrschenden Tatherrschaftslehre muss der planmäßige Tatbeitrag so wesentlich sein, dass er dem Beteiligten eine reale Mitbeherrschung des tatbestandlichen Geschehens vermittelt („funktionale Tatherrschaft“).³¹ Da ein brennender Lappen wohl zumindest nicht sicher ausgereicht hätte, um die Bäume zu entzünden, war das Verteilen des Benzins als Zündmittel und Brandbeschleuniger von entscheidender Bedeutung für den Taterfolg und begründete folglich

²⁸ Fischer (Fn. 7), § 305 Rn. 2; BGH NJW 1996, 329.

²⁹ Vgl. zu den Varianten der Manifestationstheorie die obigen Nachweise Fn. 14 f.

³⁰ Vgl. zu einer solchen „Enteignung ohne Aneignung“ Rengier, Strafrecht Besonderer Teil Bd. 1, 18. Aufl. 2016, § 2 Rn. 138 m.w.N. zu einschlägiger Rechtsprechung.

³¹ Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil, Bd. 2 (2003), § 25, Rn. 188 f., 211.

eine Mitherrschaft des T1 über die Tatbegehung. Der Tatherrschaftslehre zufolge lagen also die objektiven Voraussetzungen der Mittäterschaft vor. Die modifiziert-subjektive Theorie der Rechtsprechung hingegen fragt danach, ob der Beteiligte Täterwillen (*animus auctoris*) gehabt habe, und zieht zu dessen Beurteilung vier teils objektive Kriterien heran: Das Eigeninteresse am Erfolg, den Umfang des Tatbeitrags, die Tatherrschaft und den Willen zur Tatherrschaft.³² Wie soeben festgestellt beherrschte T1 die Tat gemeinsam mit T2 aufgrund seines gewichtigen Tatbeitrags. Zudem teilte er mit T2 den Wunsch, durch die Verbrennung der Bäume „ein Zeichen“ zu setzen, und hatte an Tat daher auch ein großes Interesse. Er handelte somit mit Täterwillen und erfüllt auch aus Sicht der Rechtsprechung die Voraussetzungen der Mittäterschaft. Eine Entscheidung des Streits kann daher vorliegend unterbleiben. Die Handlung der T2 ist dem T1 jedenfalls gemäß § 25 Abs. 2 StGB zuzurechnen. Auch er hat somit den objektiven Tatbestand erfüllt.

bb) Subjektiver Tatbestand

T1 handelte auch wissentlich und willentlich und somit vorsätzlich. Der subjektive Tatbestand ist demnach ebenfalls erfüllt.

b) Rechtswidrigkeit und Schuld

T1 handelte auch widerrechtlich und schuldhaft.

c) Ergebnis

T1 hat sich also einer mittäterschaftlich begangener Brandstiftung gem. §§ 306 Abs. 1 Nr. 6 Var. 3, 25 Abs. 2 StGB schuldig gemacht.

2. §§ 303 Abs. 1, 25 Abs. 2 StGB

Durch dieselbe Handlung hat er sich zudem unproblematisch wegen mittäterschaftlich begangener Sachbeschädigung an den Weihnachtsbäumen gem. §§ 303 Abs. 1, 25 Abs. 2 StGB strafbar gemacht.

3. §§ 304 Abs. 1, 25 Abs. 2; §§ 305 Abs. 1, 25 Abs. 2; §§ 246 Abs. 1, 25 Abs. 2 StGB

Eine Strafbarkeit des T1 wegen mittäterschaftlich begangener gemeinschädlicher Sachbeschädigung, Zerstörung von Bauwerken oder Unterschlagung scheidet aus den oben bereits bei der Strafbarkeitsprüfung der T2 genannten Gründen aus. Auf diese Gründe wird hier verwiesen.

III. Konkurrenzen

T2 verwirklichte § 306 Abs. 1 Nr. 6 Var. 3 StGB und § 303 Abs. 1 StGB durch eine Handlung im natürlichen Sinn, so dass zwischen beiden Gesetzesverletzungen Handlungseinheit besteht. Im Wege der Gesetzeskonkurrenz tritt jedoch § 303 Abs. 1 StGB hinter die spezielle Vorschrift des § 306 Abs. 1 Nr. 6 Var. 3 StGB zurück.³³ T2 ist daher nur strafbar aus § 306 Abs. 1 Nr. 6 Var. 3 StGB.

Für die Strafbarkeit T1 gilt dies entsprechend. Er ist also im Hinblick auf das Tatobjekt „Weihnachtsbäume“ nur einer mittäterschaftlich begangener Brandstiftung gem. §§ 306 Abs. 1 Nr. 6 Var. 3, 25 Abs. 2 StGB schuldig.

³² BGHSt 37, 289 (291); BGHSt 47, 383; BGH StV 13, 387.

³³ Heine/Bosch, in: Schönke/Schröder (Fn. 5), § 306, Rn. 24.

C. Tatkomplex „Trecker“

I. Strafbarkeit des T1

1. § 306 Abs. 1 Nr. 4 1. Var. StGB

T1 könnte eine Brandstiftung gem. § 306 Abs. 1 Nr. 4 1. Var. StGB begangen haben, indem er die Handbremse des Traktors wieder anzog.

a) Tatbestand

aa) Objektiver Tatbestand

(1) Erfolg

Dann hätte zunächst ein fremdes Kraftfahrzeug i.S.d. § 306 Abs. 1 Nr. 4 StGB in Brand gesetzt worden sein müssen. Ein Kraftfahrzeug ist nach der auch im Rahmen des § 306 StGB beachtlichen³⁴ Legaldefinition des § 248b IV 1. HS StGB ein durch Maschinenkraft bewegtes Fahrzeug, was auf den Traktor des Ö unproblematisch zutrifft. Das Fahrzeug stand auch nicht im Alleineigentum des T1, sondern im Eigentum des Ö und war daher auch aus Tätersicht fremd. Der Trecker stellte somit ein taugliches Handlungsobjekt dar. In Brand gesetzt worden wäre er ferner dann, wenn er derart vom Feuer erfasst wurde, dass er selbständig weiterbrennen konnte.³⁵ Vorliegend griff das Feuer sogar vollständig auf den Trecker über und zerstörte ihn komplett, so dass der Trecker jedenfalls auch „in Brand gesetzt“ wurde. Der tatbestandliche Erfolg ist also eingetreten.

(2) Tun oder Unterlassen

Mit Blick auf die Tathandlung des T1 – das erneute Festziehen der zuvor gelösten Handbremse – ist ferner problematisch, ob diese als Tun oder Unterlassen zu qualifizieren ist. Die Einordnung derartiger Abbrüche selbstgesetzter rettender Kausalverläufe ist umstritten.

Eine Meinungsgruppe stuft jede Entfaltung körperlicher Energie, die für den Erfolg ursächlich wird, als Begehung ein und unterstellt folglich auch jede aktive Unterbrechung eines rettenden Kausalverlaufs („beendeter Gebotserfüllungsversuch“) der Begehungsstrafbarkeit.³⁶ In dem Anziehen der Bremse liegt die Unterbrechung eines bereits begonnenen In-Sicherheitsrollens des Treckers durch physische Energie. Auf der Grundlage dieser Meinung wäre sie daher als aktive Begehung einzuordnen.

Die von *Roxin* und anderen vertretene Gegenauffassung bestreitet nicht, dass der tätige Abbruch rettender Kausalverläufe technisch ein aktives Begehen darstellt, möchte seine Strafbarkeit grundsätzlich jedoch von den zusätzlichen Voraussetzungen der Unterlassungsstrafbarkeit abhängig machen („Unterlassen durch Tun“). Es erscheine wertungsmäßig unangebracht, wenn der „in eiserner Entschlossenheit“ von vornherein Untätige lediglich als Unterlassungstäter zu strafen sei, während der Hin- und Herschwankende als Begehungstäter hafte, wenn er eine auf den Weg gebrachte Rettung später wieder abbricht.³⁷ Die den Täter privilegierende Beurteilung nach Unterlassungsregeln solle jedoch enden, wenn der rettende Kausalverlauf zu einem Zeitpunkt unterbrochen wird, in dem er bereits die „Opfersphäre erreicht“ hat und damit „die Gebotserfüllung aus dem Versuch in das Vollendungsstadium“ eingetreten

³⁴ *Fischer* (Fn. 7), § 306 Rn. 7.

³⁵ BGHSt 36, 221; *Wessels/Hettinger* (Fn. 18), Rn. 957; BGH NJW 1999, 299; BGH NStZ 1994, 130.

³⁶ *Samson*, in: Stratenwerth u.a. (Hrsg.), Festschrift für Hans Welzel (1974), 579 (598 ff.); *Stoffers*, Die Rechtsfigur „Unterlassen durch Tun“ (Teil 1), Juristische Arbeitsblätter 1992, 177 (178 ff.); *Wohlers/Gaede*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, Nomos Kommentar Strafgesetzbuch, Bd. 1, 4. Aufl. 2013, § 13 Rn. 9.

³⁷ *Roxin* (Fn. 31), § 31 Rn. 99-123 (112); *Stree/Bosch*, in: Schönke/Schröder (Fn. 5), Vorbem. §§ 13 ff., Rn. 160 m.w.N. Vgl. zu einem pflichtentheoretischen Argument für diesen Standpunkt ferner *Berster*, in: Krefß (Hrsg.), 10 Jahre Arbeitskreis Völkerstrafrecht, 2015, S. 317.

ist.³⁸ Vorliegend hatte T1 durch das Lösen der Bremse bereits alles für die sichere Rettung des Treckers Erforderliche getan, so dass er seine Rettungspflicht bereits vollständig erfüllt hatte. Auch nach der zweitgenannten Auffassung stellt sich das erneute Anziehen der Handbremse daher als eine aktive Begehung dar, die nicht an den zusätzlichen Regeln der Unterlassungsstrafbarkeit zu messen ist.

Da beide Auffassungen hier zu demselben Ergebnis gelangen, bedarf es keiner Streitentscheidung. Die Tathandlung des T1 ist jedenfalls als aktive Begehung einzuordnen.

(3) Kausalität und objektive Zurechnung

Das Anziehen der Bremse war auch äquivalent kausal für den Erfolg des Inbrandsetzens, da das Fahrzeug andernfalls in Sicherheit gerollt wäre und das Feuer nicht hätte übergreifen können. Zugleich setzte T1 ein rechtlich missbilligtes Risiko für das Eigentum des Ö, das sich hier vorliegend auch in der Inbrandsetzung des Treckers niedergeschlagen hat. Der Erfolg ist T1 demnach auch objektiv zuzurechnen.

(4) Zwischenergebnis

T1 hat somit den objektiven Tatbestand des § 306 Abs. 1 Nr. 4 StGB erfüllt.

bb) Subjektiver Tatbestand

T1 müsste auch vorsätzlich, d.h. mit „Wissen und Wollen“ hinsichtlich der Tatbestandsverwirklichung gehandelt haben. T1 sah voraus, dass das Feuer bei einem Verbleib des Traktors in unmittelbarer Nähe des Osterfeuers auf diesen übergreifen würde und wollte durch das Anziehen der Bremse diesen Erfolg auch herbeiführen, nachdem ihn der Anblick der Christophorus-Medaille erbost hatte. Er handelte also vorsätzlich.

b) Rechtswidrigkeit

T1 handelte auch rechtswidrig.

c) Schuld

T1 handelte zudem schuldhaft.

d) Ergebnis

T1 hat sich somit einer Brandstiftung gemäß § 306 Abs. 1 Nr. 4 StGB schuldig gemacht.

2. § 303 Abs. 1 StGB

Indem T1 die Handbremse festzog, hat er sich zugleich wegen Sachbeschädigung gem. § 303 Abs. 1 StGB strafbar gemacht, da er hierdurch die Zerstörung des Treckers des Ö – eine aus seiner Sicht fremde Sache – in zurechenbarer Weise verursacht hat. Mit Blick auf Vorsatz, Rechtswidrigkeit und Schuld wird auf die entsprechenden Ausführungen im Rahmen des § 306 Abs. 1 StGB verwiesen.

3. § 248b Abs. 1 StGB

Durch das Lösen der Handbremse des Traktors könnte sich T1 zudem wegen unbefugten Gebrauchs eines Fahrzeugs strafbar gemacht haben. Dann müsste er hierdurch ein fremdes Kraftfahrzeug gegen den Willen des Berechtigten in Gebrauch genommen haben. „Ingebrauchnahme“ bedeutet jede bestimmungsgemäße Verwendung eines Fahrzeugs als Beförderungsmittel zum Zwecke der Fortbewegung.³⁹ Vorliegend zielte das Lösen der Bremse jedoch

³⁸ Roxin (Fn. 30), § 31 Rn. 110. Kritiker monieren, dass der Begriff der Opfersphäre zu unbestimmt sei (so Samson (Fn. 36), 579 (583 f.)).

³⁹ Eisele, Strafrecht Besonderer Teil Bd. 2, 3. Aufl. 2015, Rn. 282.

allein darauf, den Trecker aus dem Gefahrenbereich rollen zu lassen und diene keinerlei Beförderungs- oder Fortbewegungszweck. T1 hat den Trecker des Ö also nicht in Gebrauch genommen und sich schon deshalb nicht gemäß § 248b Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

II. Strafbarkeit der T2

1. §§ 306 Abs. 1 Nr. 4 1. Var., 13 Abs. 1 StGB

Indem die T2 nicht die Feuerwehr alarmierte, um den Trecker des Bauern Ö vor dem Feuer zu schützen, könnte sie sich wegen Brandstiftung durch Unterlassen gemäß §§ 306 Abs. 1 Nr. 4 1. Var., 13 Abs. 1, StGB strafbar gemacht haben.

a) Tatbestand

aa) Objektiver Tatbestand

(1) Erfolg

Wie bereits geprüft und bejaht wurde, ist der Erfolg des „In-Brand-Setzens“ an dem Trecker des Ö, einem fremden Kraftfahrzeug i.S.d. § 306 Abs. 1 Nr. 4 StGB, eingetreten.

(2) Unterlassen trotz physisch-realer Handlungsmöglichkeit

T2 müsste zudem eine Rettungsmaßnahme unterlassen haben, zu der sie physisch-real in der Lage gewesen wäre. Hier hätte es ihr offen gestanden, durch die Alarmierung der Feuerwehr eine aussichtsreiche Rettungsmaßnahme vorzunehmen, was sie jedoch versäumte. Ein Unterlassen lag also vor.

(3) „Quasi-Kausalität“ zwischen Unterlassen und Erfolg

Diese Unterlassung hätte auch für den Erfolg ursächlich sein müssen. Die an die Unterlassungskausalität zu stellenden Anforderungen sind umstritten.

Überwiegend wird eine abgewandelte Version der Wegdenk-Formel der Äquivalenztheorie verwendet. Danach sei ein unterlassenes Verhalten (quasi-)kausal für den Erfolg, wenn es nicht hinzugedacht werden kann, ohne dass der Erfolg mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit entfallen wäre.⁴⁰ Vorliegend wäre im Falle sofortiger Benachrichtigung der Feuerwehr die Traktor vor dem Feuer geschützt worden und nicht in Brand gesetzt worden. Der Erfolg wäre also mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit entfallen. Nach dieser Auffassung war die Unterlassung folglich quasi-ursächlich für den Erfolg.

Eine in der Literatur vertretene Gegenauffassung hält dagegen für ausreichend, dass die Vornahme der Rettungshandlung das objektive Risiko für das geschützte Gut jedenfalls verringert hätte (sog. Risikoverringerungsthese).⁴¹ Da vorliegend der Erfolg im Falle einer Verständigung der Feuerwehr sogar nach menschlichem Ermessen sicher entfallen wäre, hätte die Benachrichtigung der Feuerwehr erst recht eine risikomindernde Wirkung gehabt. Auch diese Auffassung gelangt daher zu dem Ergebnis, dass die Kausalität bzw. das Kausalitätssurrogat der Unterlassung gegeben war. Eine Entscheidung des Streits kann demnach offen bleiben.

(4) „Eintretenmüssen“ gem. § 13 Abs. 1 StGB

T2 hätte zudem gemäß § 13 Abs. 1 StGB verpflichtet gewesen sein müssen, für den Nichteintritt des Erfolges einzustehen. In Betracht kommt hier allein eine Garantienpflicht kraft Ingenrenz. Diese setzt zunächst ein gefährdendes Vorverhalten voraus, dessen nähere Anforderun-

⁴⁰ BGHSt 6, 1 (2); BGHSt 37, 106 (126); *Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 46. Aufl. 2016, Rn. 1000.

⁴¹ Hierzu umfassend *Greco*, ZIS 8-9/2011, S. 674 (575 ff.) m.w.N.

gen jedoch umstritten sind. Während die überwiegende Auffassung ein *pfllichtwidriges*⁴² gefährdendes Vorverhalten verlangt, halten manche Literaturstimmen ein gefahrerhöhendes Vorverhalten auch dann für ausreichend, wenn es sich noch im Rahmen des rechtlich Erlaubten bewege.⁴³ Zusätzlich wird bisweilen ein *rechtswidriges* Vorverhalten gefordert,⁴⁴ während andernorts differenziert wird und insbesondere eine auf Aggressivnotstand beruhende Rechtfertigung nicht als Hindernis für die Begründung von Inerenzgarantenpflichten erachtet wird.⁴⁵ Konsens besteht jedoch jedenfalls dahingehend, dass ein pflichtwidriges und nicht gerechtfertigtes gefahrerhöhendes Vorverhalten die Anforderungen erfüllt. Vorliegend hat T2 die Gefahr für den Trecker durch eine vorausgegangene Brandstiftung hervorgerufen, die als strafbare Handlung unproblematisch pflichtwidrig und rechtswidrig war. Ein ingerenztaugliches gefährdendes Vorverhalten lag also vor.

Dieses Vorverhalten müsste einer gängigen Formel der Rechtsprechung zufolge weiterhin eine „nahe Gefahr“ für den Schadenseintritt geschaffen haben.⁴⁶ Hiervon ist auszugehen, wenn die verletzte Verhaltensnorm gerade dem Schutz des betroffenen Rechtsguts dient.⁴⁷ Hieran könnten vorliegend insoweit Zweifel bestehen, als sich die dem § 306 Abs. 1 Nr. 6 StGB zugrunde liegende und durch das Inbrandsetzen der Weihnachtsbäume verletzte Verhaltensnorm unmittelbar nur auf den Schutz fremder forstwirtschaftlicher Erzeugnisse und nicht fremder Kraftfahrzeuge richtete. Zu beachten ist jedoch, dass § 306 StGB nicht nur auf den Schutz des vorsätzlich angegriffenen Eigentums beschränkt ist, sondern dass seine systematische Stellung und der hohe Strafrahmen die Vorschrift zugleich als gemeingefährliches Delikt ausweisen. Sie ist daher auch auf den Schutz von Personen und bedeutenden Sachwerten gerichtet, die durch das schwer beherrschbare Tatmittel „Feuer“ unvorsätzlich in Mitleidenschaft gezogen werden können. Der unmittelbar neben dem Baumstapel geparkte Trecker fällt in diesen Schutzbereich. Das Vorverhalten hat somit auch eine „nahe Gefahr“ für den Schadenseintritt geschaffen.

Damit kann festgehalten werden, dass T2 als Inerenzgarant für den Nichteintritt des Erfolges einzustehen hatte.

(5) Objektive Zurechnung

Der Erfolg müsste der T2 jedoch auch objektiv zugerechnet werden können. Es müsste sich also gerade das in ihrer pflichtwidrigen Untätigkeit liegende Risiko im Brandstiftungserfolg niedergeschlagen haben. Vorliegend hatte jedoch T1 durch das Lösen der Handbremse das von T2 nicht beseitigte Risiko vollständig aufgehoben und durch das erneute Anziehen der Bremse ein neues Risiko geschaffen, das dem Verantwortungsbereich der T2 nicht mehr zuzurechnen ist. Mangels Risikozusammenhangs ist der Brandstiftungserfolg der T2 also objektiv nicht zurechenbar.

bb) Zwischenergebnis

Der Tatbestand der Brandstiftung ist also nicht erfüllt.

⁴² BGHSt 43, 381, 396 f.; *Wessels/Beulke/Satzger* (Fn. 40), Rn. 725 f.; *Roxin* (Fn. 31), § 32, Rn. 160 ff.; *Stree/Bosch*, in: Schönke/Schröder (Fn. 5), § 13 Rn. 35; *Rudolphi/Stein*, in: Systematischer Kommentar, 119. Lfg. (Sept. 2009), § 13 Rn. 38

⁴³ *Freund* JuS 1990, 213, 216; *Herzberg* JZ 1986, 986 ff.; *Seelmann*, GA 1989, 241, 255.

⁴⁴ *Jäger*, Zurechnung und Rechtfertigung als Kategorialprinzipien im Strafrecht, 2006, S. 11 f.

⁴⁵ *Rengier*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 8. Auflage 2016, § 50 Rn. 77 ff. Zu Ausnahmen *ders.* (ebenda), § 50, Rn. 94 f. m.w.N.

⁴⁶ BGH, Urteil vom 04.12.2007 (5 StR 324/07); BGHSt 37, 106 (115 f.); BGH NStZ 2013, 578-579; BGH NStZ 2012, 379-380.

⁴⁷ BGH, Urteil vom 04.12.2007 (5 StR 324/07); BGHSt 37, 106 (115 f.); *Stree*, in Schönke/Schröder (Fn. 5), § 13 Rdn. 35a; *Roxin* (Fn. 31), § 32, Rn. 171.

b) *Zwischenergebnis*

T2 hat sich daher nicht einer vollendeten Brandstiftung durch Unterlassen schuldig gemacht.

2. §§ 306 Abs. 1 Nr. 4 1. Var., 13 Abs. 1, 22, 23 Abs. 1 StGB

Indem die T2 den Anruf bei der Feuerwehr unterließ, könnte sie sich jedoch wegen versuchter Brandstiftung durch Unterlassen gemäß §§ 306 Abs. 1 Nr. 4 1. Var., 13 Abs. 1, StGB strafbar gemacht haben.

a) *Tatbestand*

aa) *Tatentschluss*

Dann müsste sie zunächst Tatentschluss (Vorsatz) hinsichtlich der objektiven Merkmale des Tatbestands gehabt haben.

T2 hatte erkannt, dass das Feuer bei natürlicher Fortentwicklung auf den Trecker übergreifen würde, und hatte somit Vorsatz im Hinblick auf den Erfolg. Zugleich erkannte sie, dass ihr in Gestalt eines Anrufs bei der Feuerwehr eine Rettungsmöglichkeit zur Verfügung stand, so dass auch die Unterlassung der Rettungshandlung von ihrem Tatentschluss erfasst war.

Fraglich ist jedoch, ob sie auch im Hinblick auf die Unterlassungskausalität vorsätzlich handelte. Wie oben bereits festgestellt wurde, werden die Anforderungen der Unterlassungskausalität unterschiedlich beurteilt.

Die herrschende Meinung hält sie für gegeben, wenn die unterlassene Handlung nicht hinzugedacht werden kann, ohne dass der Erfolg *mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit* entfallen wäre (sog. *condicio-cum-qua-non*-Formel). Daran anknüpfend hat der BGH angenommen, dass auch der entsprechende Vorsatz die Vorstellung voraussetze, dass im Falle des Tätigwerdens der Erfolg *annähernd sicher* entfallen wäre (*dolus directus* 2. Grades).⁴⁸ Vorliegend wäre danach der Tatentschluss der T2 zu verneinen, da sie die Erfolgsabwendung nur „ernstlich für möglich“, nicht aber für sicher hielt. Ein Teil der Literatur hingegen verlangt auch hinsichtlich der Unterlassungskausalität lediglich Eventualvorsatz des Täters. Der Täter müsse also nur *ernstlich für möglich* gehalten haben, dass sein Einschreiten den Erfolg verhindert hätte.⁴⁹ Auf Basis dieser Auffassung erstreckte sich der Tatentschluss von T2 auch auf den Kausalzusammenhang. Der Meinungsstreit bedarf also der Entscheidung. Für die Literaturansicht spricht vor allem die „Entsprechungsklausel“ des § 13 Abs. 1 2. HS StGB, der zufolge das Unrecht des Unterlassungsdelikts dem Begehungsunrecht entsprechen muss.⁵⁰ Die Annahme eines qualifizierten Vorsatzerfordernisses nur bei der Tatbestandserfüllung durch Unterlassen ist hiermit nicht vereinbar. Die Auffassung der Literatur ist daher vorzugswürdig. Ausgehend von der *condicio-cum-qua-non*-Formel besaß T2 also den erforderlichen Tatentschluss.

Nach der oben genannten Gegenauffassung, der sog. Risikoverringerungsthese, hätte sich der Vorsatz der T2 hingegen darauf richten müssen, dass die Verständigung der Feuerwehr das objektive Risiko für das geschützte Gut jedenfalls verringert hätte. Da T2 hier ernstlich mit der Möglichkeit rechnete, den Trecker durch den Anruf retten zu können, handelte sie offensichtlich zugleich mit der Vorstellung, durch ihr Einschreiten das Risiko für das Fahrzeug zu verringern. Auch gemessen an dieser Theorie hätte T2 also mit dem erforderlichen Tatentschluss gehandelt. Eine Entscheidung zwischen beiden Thesen kann daher auch hier unterbleiben.

T2 hätte zudem Vorsatz hinsichtlich der Umstände gehabt haben müssen, die ihre Ingerenzgarantenpflicht gemäß § 13 Abs. 1 StGB begründen. T2 erkannte, durch das vorausgegangene

⁴⁸ BGH JZ 1973, 173 (174); näher *Hettinger*, JuS 10/2011, 910 (912).

⁴⁹ *Herzberg*, MDR 1971, 818 (883); *Spendel*, JZ 1973, 137 (142 f.); *Ulsenheimer*, JuS 1972, 252 (253 ff.); *Hettinger*, JuS 10/2011, 910 (912).

⁵⁰ *Jescheck/Weigend*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 1996, S. 629.

mittäterschaftliche Inbrandsetzen der Weihnachtsbäume eine nahe Gefahr für den Trecker geschaffen zu haben und hatte somit auch Vorsatz hinsichtlich der die Garantenpflicht begründenden Umstände.

Schließlich hätte sich der Tatentschluss der T2 auch auf die Voraussetzungen der objektiven Zurechnung richten müssen. Ihr war bewusst, dass sie durch ihre Untätigkeit ein rechtlich missbilligtes Risiko unbeseitigt ließ, und hielt auch ernstlich für möglich, dass sich dieses Risiko in der Zerstörung des Treckers niederschlagen würde. Insbesondere glaubte sie, T1 werde ihr „auf dem Fuße folgen“ und rechnete somit nicht mit einer den Risikozusammenhang unterbrechenden Gefahrbeseitigung durch diesen. Sie handelte also auch mit Tatentschluss in Hinblick auf die Voraussetzungen der objektiven Zurechnung. Insgesamt ist also der Tatentschluss der T2 zu bejahen.

bb) Unmittelbares Ansetzen

Gemäß § 22 StGB müsste T2 zudem nach ihrer Vorstellung von der Tat unmittelbar zur Tatbestandsverwirklichung angesetzt haben. An welchen Kriterien dies zu bemessen ist, ist mit Blick auf den Unterlassungsversuch umstritten. Eine ältere Literaturauffassung will erst bei Versäumen der aus Tätersicht letzten Rettungsmöglichkeit einen Versuchsbeginn annehmen.⁵¹ Die ebenfalls in der älteren Literatur anzutreffende extreme Gegenposition sieht dagegen im Verstreichenlassen der aus Tätersicht ersten Gelegenheit zur Rettung den Übergang ins Versuchsstadium.⁵² Der heute herrschende Ansatz differenziert: So lange die Gefahr aus Tätersicht auch zu einem späteren Zeitpunkt noch sicher abgewendet werden kann, gelangt ein Garant nur dadurch ins Versuchsstadium, dass er die Möglichkeit eines rettenden Eingreifens aus der Hand gibt, das Geschehen also „aus seinem Herrschaftsbereich entlässt“.⁵³ Ist die Gefahr jedoch aus Tätersicht bereits so akut, dass sie nur durch sofortiges Tätigwerden sicher abgewendet werden kann, so beginnt der Unterlassungsversuch mit dem Versäumen der sich nächstbietenden Rettungschance.⁵⁴ Eine Streitentscheidung könnte gleichwohl unterbleiben, wenn T2 nach allen Auffassungen ins Versuchsstadium geraten wäre. Nach dem erstgenannten Ansatz wäre T2 ins Versuchsstadium geraten, sobald ein Anruf bei der Feuerwehr aus ihrer Sicht keinen Erfolg mehr zur Rettung des Treckers versprochen hätte. Da T2 bei Wahrnehmen des Treckers davon ausging, diesen nur eine *sofortige* Alarmierung der Feuerwehr noch retten zu können, muss sie bereits kurz darauf den aus ihrer Sicht letzttauglichen Rettungsmoment ungenutzt verstrichen haben lassen und somit ins Versuchsstadium geraten sein. Nach der zweitgenannten Auffassung hätte sie bereits unmittelbar zur Tat angesetzt, indem sie nicht sofort nach Erfassen der dem Trecker drohenden Gefahr die erste Rettungsmöglichkeit nutzte und die Feuerwehr alarmierte. Zu demselben Zeitpunkt wäre sie schließlich auch nach der differenzierenden Lösung ins Versuchsstadium getreten, indem sie weiter zuwartete, obwohl der Erfolg aus ihrer Sicht nur durch sofortiges Tätigwerden sicher hätte abgewendet werden können. Eine Entscheidung des Streits kann also dahinstehen. T2 hat jedenfalls unmittelbar zur Tatbestandsverwirklichung angesetzt.

b) Rechtswidrigkeit

Rechtfertigungsgründe sind nicht ersichtlich. T2 handelte demnach auch rechtswidrig.

⁵¹ Armin Kaufmann, Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, 1959, S. 210 ff.; Welzel, Das deutsche Strafrecht, 11. Aufl. 1969, S. 221.

⁵² Herzberg, MDR 1973, S. 89; Schröder, JuS 1962, S. 81.

⁵³ Wessels/Beulke/Satzger, (Fn. 40), Rn. 1044.

⁵⁴ Wessels/Beulke/Satzger, (Fn. 40), 1043. Für diese Lösung spricht insbesondere, dass sie präzise die Momente bezeichnet, in denen der Täter sich erkennbar gegen seine Rettungspflicht stellt und die Geltung der Handlungsnorm in Frage stellt. Sie entspricht damit am ehesten dem Strafgrund des Versuchs, der herrschend in der Erzeugung eines „rechtserschütternden Eindrucks“ erblickt wird (vgl. Wessels/Beulke/Satzger (Fn. 40), Rn. 843 m.w.N.).

c) Schuld

T2 handelte auch schuldhaft.

d) Ergebnis

T hat wegen versuchter Brandstiftung durch Unterlassen gemäß §§ 306 Abs. 1 Nr. 4 1. Var., 13 Abs. 1, 22, 23 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

3. §§ 303 Abs. 1 StGB, 13 Abs. 1, 22, 23 Abs. 1 StGB

Indem die T2 nicht die Feuerwehr alarmierte, hat sie sich unproblematisch zugleich einer versuchten Sachbeschädigung am Trecker des Ö durch Unterlassen schuldig gemacht.

III. Konkurrenzen

T1 verwirklichte § 306 Abs. 1 1. Var. StGB und § 303 Abs. 1 StGB durch eine Handlung im natürlichen Sinn, so dass Handlungseinheit besteht. Im Wege der Gesetzeskonkurrenz tritt jedoch § 303 Abs. 1 StGB hinter die speziellere Vorschrift des § 306 Abs. 1 1. Var. StGB zurück.⁵⁵ T1 ist also nur strafbar aus § 306 Abs. 1 Nr. 4 StGB.

Gleiches gilt für den von T2 verwirklichten Unterlassungsversuch gemäß §§ 306 Abs. 1 Nr. 4 1. Var., 13 Abs. 1, 22, 23 Abs. 1 StGB und §§ 303 Abs. 1 StGB, 13 Abs. 1, 22, 23 Abs. 1 StGB. Auch hier tritt die versuchte Sachbeschädigung hinter die *lex specialis* der versuchten Brandstiftung zurück,⁵⁶ so dass sich T2 nur wegen versuchter Brandstiftung durch Unterlassen strafbar gemacht hat.

D. Gesamtkonkurrenzen

Klärungsbedürftig ist zunächst, wie sich die vollendete Brandstiftung der T2 am Tatobjekt „Weihnachtsbäume“ zu ihrer versuchten Brandstiftung am Trecker des Ö durch Unterlassen verhält. Eine Handlungseinheit könnte hier allenfalls unter den Voraussetzungen der vor allem von der Rechtsprechung anerkannten Figur der „natürlichen Handlungseinheit“ angenommen werden. Hierzu müssten beide Verhaltensweisen im Wesentlichen gleichartig sein, in einem engen räumlich-zeitlichen Zusammenhang stehen, von einem einheitlichen Willen getragen sein und bei natürlicher Betrachtung einen einheitlichen Vorgang bilden.⁵⁷ Vorliegend fehlt es jedoch an einem einheitlichen Handlungswillen, da T2 den Trecker erst nach der ersten Brandstiftungshandlung entdeckte und dieser auch nicht nach dem Tatplan kein Zielobjekt der Brandstiftung war, so dass T2 zu ihrer Unterlassungstat einen neuen Tatentschluss fassen musste. Beide Verhaltensweisen standen daher in Handlungsmehrheit und, da ein Fall der Gesetzeskonkurrenz nicht ersichtlich ist, auch in Tatmehrheit gem. § 53 StGB.

Gleiches gilt im Hinblick auf die von T1 verwirklichte Brandstiftungen an den Weihnachtsbäumen und dem Trecker. Auch diese konkurrieren real gem. § 53 StGB.

E. Gesamtergebnis

T1 ist demnach strafbar wegen Brandstiftung gemäß § 306 Abs. 1 Nr. 4 1. Var. StGB in Tatmehrheit mit mittäterschaftlich begangener Brandstiftung gemäß § 306 Abs. 1 Nr. 6 3. Var., 25 Abs. 2 StGB.

T2 hat sich wegen versuchter Brandstiftung durch Unterlassen gemäß §§ 306 Abs. 1 Nr. 4 Var. 1, 13 Abs. 1, 22, 23 Abs. 1 StGB in Tatmehrheit mit Brandstiftung nach § 306 Abs. 1 Nr. 6 Var. 3 StGB strafbar gemacht.

⁵⁵ Heine/Bosch, in: Schönke/Schröder (Fn. 5), § 306, Rn. 24.

⁵⁶ Heine/Bosch, in: Schönke/Schröder (Fn. 5), § 306, Rn. 24.

⁵⁷ Wessels/Beulke/Satzger (Fn. 40), Rn. 1070 m.w.N.