

---

## Lösung: Fahrkartenautomaten

### A. Zulässigkeit der Revision

#### I. Statthaftigkeit

Die Revision richtet sich gegen ein Urteil des Landgerichts und ist daher gemäß § 333 StPO statthaft.

#### II. Berechtigung

Die Berechtigung zur Einlegung der Revision ergibt sich für die Staatsanwaltschaft aus § 296 StPO.

#### III. Beschwer

Die Beschwer muss bei der StA nicht vorliegen, da sie nicht Partei ist und daher bei allen Entscheidungen, die den Geboten der Rechtspflege nicht entsprechen antragsbefugt ist.

#### IV. Ordnungsgemäße Einlegung der Revision

Gemäß § 341 Abs. 1 StPO bei dem Gericht dessen Urteil angefochten wird („iudex a quo“), binnen einer Woche nach Verkündung des Urteils. Hier: Verkündung am 06.04.2010, Eingang beim LG Kiel am 13.04.2010.

#### V. Ordnungsgemäße Revisionsbegründung

Gemäß § 345 Abs. 1 S. 2 StPO 1 Monat nach Urteilszustellung. Das Urteil ist hier am 12.05.2010 zugestellt worden; Fristende wäre daher eigentlich am 12.06.2010. Der 12.06.2010 ist aber ein Samstag, daher verlängert sich die Frist gemäß § 43 Abs. 2 StPO auf Montag den 14.06.2010.

### B. Begründetheit der Revision

#### I. Von Amts wegen zu beachtende **Verfahrenshindernisse**

##### 1. Zulässigkeit der Berufung

Die Berufung war zulässig gemäß § 312 StPO. Form und Fristwahrung gemäß § 314 StPO durch Einlegung am 18.01.2009.

##### 2. Sachliche Zuständigkeit

Das Problem besteht darin, dass in 1. Instanz der Strafrichter bei dem AG Kiel entschieden hat. Nur wenn die Voraussetzungen des § 25 GVG vorliegen, wäre die sachliche Zuständigkeit gewahrt gewesen. Dies ist hier fraglich, da entgegen des Urteils des AG Kiel möglicher Weise ein Verbrechenstatbestand durch die Angeklagten verwirklicht wurde;

Entscheidend ist, ob der Tatrichter beim Erlass des Urteils bei *zutreffender rechtlicher Beurteilung* der Tat sachlich zuständig war (Meyer-Goßner, 55. Auflage, § 338 Rn 32 m.w.N.).

Im Rahmen einer vorgezogenen materiellenrechtlichen Prüfung wäre jetzt festzustellen gewesen, dass die Angeklagten entgegen der rechtlichen Beurteilung des AG Kiel wegen 7-fachen gemeinschaftlichen Bandendiebstahls nach § 244 a Abs. 1 StGB zu verurteilen gewesen wären (siehe im einzelnen weiter unten), was ein Verbrechenstatbestand i.S.d. § 12 Abs. 1 StGB darstellt, wodurch die Strafkompetenz des Strafrichters überschritten ist; ohne Bedeutung ist, dass der Strafrichter selbst nicht zu einer Verurteilung wegen eines Verbrechens gekommen ist.

Da das Revisionsgericht die sachliche Zuständigkeit von Amtswegen zu beachten hat, verweist es die Sache unmittelbar an das erstinstanzliche Gericht zurück, das tatsächlich zuständig ist, hier also das Schöffengericht des AG Kiel (vgl. Meyer-Goßner, § 355 Rn.5)

#### II. Verfahrensrügen

##### 1. Absolute Revisionsgründe

###### a) § 338 Nr. 3 StPO

Ein absoluter Revisionsgrund wäre gegeben, wenn das Ablehnungsgesuch wegen Befangenheit zu Unrecht verworfen wurde und VRiLG Schuppe bei der Urteilsfindung nicht hätte mitwirken dürfen.

---

Das Revisionsgericht hat nach Beschwerdegrundsätzen zu prüfen, ob das Ablehnungsgesuch zu Recht zurückgewiesen worden ist, oder ob die Ablehnung begründet war; das Revisionsgericht setzt dabei sein eigenes Ermessen an die Stelle des tatrichterlichen Ermessens (Meyer-Goßner, § 338 Rn 27 m.w.N.). Für den Fall, dass das Ablehnungsgesuch zu Unrecht verworfen worden ist, kann die Verfahrensrüge erfolgreich erhoben werden.

Die Zurückzuweisung des Antrags als unzulässig durch das LG nach § 26a Abs. 1 Nr. 3 StPO wegen Verfahrensverschleppung und Verfolgung verfahrensfremder Zwecke war rechtswidrig, da der antragstellende StA weder *ausschließlich* andere Zwecke verfolgen wollte und auch nicht ohne weiteres feststellbar war, dass er die Verzögerung der Hauptverhandlung bezweckt.

Nach neuer verfassungsrechtlicher Rechtsprechung (vgl. dazu Meyer-Goßner, 338 Rn. 28) greift § 338 Nr. 3 StPO auch in den Fällen ein, in denen der Anwendungsbereich des § 26 a Abs. 1 StPO willkürlich überdehnt wurde, weil auch hier das Ablehnungsgesuch zu Unrecht verworfen worden sei; für eine hypothetische Sachprüfung des Revisionsberichtes sei kein Platz durch diese Vorgehensweise werde das des Antragsstellers auf den gesetzlichen Richter nach Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG verletzt, was bei der Entscheidung des Revisionsgerichtes über die Aufhebung zu berücksichtigen sei (bei der Entscheidung nach § 26 a Abs. 1 StPO wirkt der abgelehnte Richter selber mit, was bei einer Entscheidung nach § 27 StPO nicht täte); danach ergebe sich das Vorliegen des § 338 Nr. 3 StPO im vorliegenden Fall bereits aus der nicht nachvollziehbaren Entscheidung des LG Kiel gemäß § 26 a Abs. 1 Nr. 3 StPO, soweit man diese Rspr. auch auf Revisionen der StA anwenden will.

*(Anmerkung: Im übrigen wäre wohl auch nach der alten Rechtsprechung das Ablehnungsgesuch begründet, da vom Standpunkt des ablehnenden StA bei verständiger Würdigung des ihm bekannten Sachverhaltes Grund zu der Annahme bestand, dass der Richter ihm gegenüber eine ablehnende Haltung einnahm, die seine Unparteilichkeit und Unvoreingenommenheit störend beeinflussen konnte; dies ergibt sich nicht allein aus dem prozessualen Verhalten des Richters sondern ist erst dann der Fall, wenn der Richter grundrechtliche Schranken seiner Tätigkeit missachtet oder sein Vorgehen den Anschein der Willkür erweckt; vorliegend lässt sich die Befangenheit mit guten Gründen aus der Nichterteilung des rechtlichen Hinweises, gepaart mit den unsachlichen beleidigenden Äußerungen dem Antragsteller herleiten).*

**b) § 338 Nr. 5 StPO**

Ein weiterer absoluter Revisionsgrund könnte gegeben sein, wenn dem Angeklagten jeweils ein Pflichtverteidiger hätte beigeordnet werden müssen.

Ein Fall des § 140 Abs. 1 Nr. 2 StPO liegt nicht vor, da es bei diesem Revisionsgrund nicht auf die zutreffende rechtliche Bewertung ankommt, sondern darauf, ob die Tat nach der zugelassenen Anklage als Vergehen oder Verbrechen beurteilt wurde, respektive ohnehin in der Hauptverhandlung ein entsprechender rechtlicher Hinweis wegen eines Verbrechens erteilt wurde. Wurde der Angeklagte dann auch nur wegen eines Vergehens verurteilt, was hier der Fall ist, liegt § 140 Abs. 1 Nr. 2 StPO nicht vor.

Zwar greift womöglich § 140 Abs. 2, 2. Alt. StPO, da eine Gesamtfreiheitsstrafe von einem Jahr erfolgte, aber auch § 339 StPO kann die StA sich nicht auf die Norm berufen, wenn sie Aufhebung zum Nachteil des Angeklagten beantragt, da diese zum Schutz des Angeklagten bestimmt ist.

**2. Relative Revisionsgründe**

**a) Fehlende Belehrung der V, § 52 Abs. 1 Nr. 2a) StPO**

Gegeben ist zwar eine fehlerhafte Belehrung der V, da § 52 Abs. 1 Nr. 2a) StPO nur anwendbar ist auf die eingetragene Lebenspartnerschaft. Dies ist aber unschädlich, da V trotz falscher Belehrung ausgesagt hat. Es fehlt daher jedenfalls am Beruhen.

**b) Fehlende Belehrung des F, § 55 Abs. 2 StPO**

Eine Belehrung des F ist unterblieben trotz im Raume stehender Beihilfe zu den Taten durch Überlassung des Brecheisens.

---

Dies genügt allerdings nicht für einen Verfahrensverstoß (oder es fehlt am Beruhen), da die Norm nur dem Schutz des Zeugen dient; Der Verstoß hat allenfalls Auswirkungen bei einem späteren Verfahren gegen F.

**c) Fehlender rechtlicher Hinweis, § 265 StPO**

Ein Hinweis wäre erforderlich gewesen wegen Vorliegens von § 244a StGB, der Antrag der StA macht diesen nicht entbehrlich.

Die StA hat auch einen Gerichtsbeschluss gemäß § 238 Abs. 2 StPO bewirkt. Aber nach § 339 StPO kann die StA sich nicht auf diese Norm berufen, wenn sie Aufhebung zum Nachteil des Angeklagten beantragt, da § 265 StPO ebenfalls zum Schutz des Angeklagten bestimmt ist.

**d) Nichtverlesung des Urteils des 1. Rechtszuges, § 324 Abs. 1 S. 2 StPO**

Die Verlesung des Urteils des 1. Rechtszuges ist laut negativer Beweiskraft des Protokolls unterblieben.

Das Urteil darauf beruht darauf, da sich z. B. den Schöffen aufgrund der fehlenden Verlesung der bisherige Verfahrensgang nicht vollständig erschlossen hat.

**III. Sachrüge**

1. Fehler in der **Strafzumessung** und **Beweiswürdigung** sind nicht ersichtlich.

**2. Subsumtionsfehler**

**a) §§ 242 Abs. 1, 25 Abs. 2, 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 StGB**

Ein mittäterschaftlich begangener Diebstahl in einem besonders schweren Fall liegt auf der Basis der Feststellungen des LG Stendal bei den Angeklagten, wie zutreffend festgestellt vor. Gegeben sind 7 Fälle des Aufbrechens von Fahrkartenautomaten mit dem Ziel, das darin befindliche Geld an sich zu nehmen.

Gegeben ist jeweils ein wesentlicher Tatbeitrag mit Täterwillen (Tatherrschaftslehre und animus-Theorie führen zum gleichen Ergebnis), da die Angeklagten arbeitsteilig vorgehen (B und C brechen auf, A bleibt im Auto und für die Transporte und zurück durch) und die Beute zu gleichen Teilen geteilt werden sollte.

Der Fahrkartenautomat ist Schutzvorrichtung gegen Wegnahme, dies gilt auch für unbewegliche Verhältnisse, die Sicherung braucht nicht alleiniger Zweck zu sein.

**b) § 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 StGB**

Das LG Kiel hat übersehen, dass auch die Voraussetzungen des § 243 Abs. 1 Nr. 3 StGB vorliegen.

Bereits zum Zeitpunkt der 1. Tat sollen die Diebstähle dazu dienen, die Schulden der Angeklagten abzutragen und ihren Lebensunterhalt zu bestreiten, insoweit wollten sie sich durch die Tatbegehung eine fortlaufende Einnahmequelle von einiger Dauer und einigem Umfang verschaffen. Sie handelten daher auch gewerbsmäßig.

**c) § 244 Abs. 1 Nr. 1a StGB**

Der Diebstahl könnte nach § 244 Abs. 1 Nr. 1a qualifiziert sein. Die Definition zum gefährlichen Werkzeug aus § 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB ist auf § 244 Abs. 1 Nr. 1a StGB nicht übertragbar, da es bei § 244 auf eine Verwendung nicht ankommt, sondern nach dem Wortlaut ein „bei-sich-führen“ genügt. Wie dieses Problem aufgelöst wird, wird kontrovers beantwortet (vgl. zum ganzen Fischer, StGB, 55. Auflage, § 244 Rn. 14). Der BGH erteilt in einer neueren Entscheidung sämtlich subjektiven Strömungen eine Absage und beurteilt den Begriff rein objektiv (wobei der BGH eine Definition vermissen lässt, aber Messer grundsätzlich unter § 244 Abs. 1 Nr. 1a subsumiert wissen will).

Danach wäre das Brecheisen im vorliegenden Fall wohl kein gefährliches Werkzeug im Sinne des § 244 Abs. 1 Nr. 1a StGB.

**d) § 244 Abs. 1 Nr. 2 StGB**

Gegeben ist hingegen ein Bandendiebstahl: Die Angeklagte sind die notwendigen drei Personen für eine Bande.

---

Diese haben sich mit dem Willen verbunden, künftig für eine gewisse Dauer selbstständige, im Einzelnen noch ungewisse Straftaten nach §§ 242 Abs. 1, 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 StGB zu begehen.

Dazu wurde ein arbeitsteiliges Vorgehen beschlossen (s.o.), das in einer noch nicht festgelegten Anzahl von Fällen umgesetzt werden sollte.

Darüber hinaus ist ein auf Dauer angelegter verbindlicher Gesamtwille und ein Handeln mit gefestigten Bandenwillen über Individualinteressen hinaus *nicht* notwendig. Ebenso wenig wird ein Mindestmaß an konkreter Organisation oder eine festgelegte Struktur verlangt.

Gegeben ist zudem eine Begehung unter Mitwirkung eines anderen Bandenmitglieds. Es genügt insofern, dass von diesen drei Bandenmitgliedern zwei an der konkreten Tat beteiligt sind, einer davon als Täter (*wobei die Wegnahme sogar von einem Externen hätte ausgeführt werden können*).

**e) § 244 a StGB**

Einschlägig ist letztlich auch § 244 a Abs. 1 StGB. Zwei Fälle des § 243 Abs. 1 S. 2 StGB liegen vor.

Die Angeklagten handeln auch als Mitglieder einer Bande unter Mitwirkung eines anderen Bandenmitglieds (s.o.).

**f) Konkurrenzen und Ergebnis:**

§ 244 a Abs. 1 StGB verdrängt die anderen verwirklichten Tatbestände im Wege der Gesetzeskonkurrenzen. Da das LG Kiel das Vorliegen des Tatbestandes nicht erkannt hat, kann die Sachrüge erfolgreich erhoben werden.

Die Revision der StA ist zulässig und begründet und hat daher Aussicht auf Erfolg.

Der Antrag der StA kann daher (gemäß §§ 353 Abs. 1, 2, 354 Abs. 2 StPO) lauten:

Es wird beantragt, das Urteil des LG Kiel vom 01.11.2009 (Az ...) mit den zugehörigen Feststellungen aufzuheben und die Sache zu erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Schöffengericht des AG Kiel zurückzuweisen.