

Bevölkerung, selbst wenn ihr Tun früh-genug bekannt würde, keine Gefahr drohte, und daß ein rechtzeitiges wirksames Eingreifen der Polizei so gut wie ausgeschlossen war. Daraus allein erklärt sich die Frechheit, mit der sie vorgingen, indem sie den Abtransport der Möbel an einem Sonntag und gegen Abend, wo eine solche Tätigkeit schon an sich als ungewöhnlich auffallen mußte, durchführten. Berücksichtigt man dazu, daß das Haus des Klägers außerdem zur Zeit der Tat als Folge der Inanspruchnahme durch die erst unmittelbar vorher abgezogenen Amerikaner noch seiner bzw. seiner Frau Kontrolle entzogen war und leer stand, so steht die Folgerung, daß hier die Kriegsklausel eine Haftung der Verklagten für den dem Kläger entstandenen Schaden ausschließt, auch mit den Grundsätzen in Einklang, die das Reichsgericht in ständiger Rechtsprechung hinsichtlich der Voraussetzungen für ihre Anwendbarkeit aufgestellt hat (vgl. RG 98, 381); danach ist ursächlicher Zusammenhang mit den Kriegereignissen gegeben, wenn „die objektive Tat“ oder die „subjektive Willensrichtung der Täter durch den Kriegszustand oder etwaige von diesem hervorgerufene Zustände beeinflußt oder begünstigt sein kann“.

## Strafrecht

§§ 242, 47 ff. u. 259 StGB.

Die von dem Anstifter zu einem Diebstahl durch die Mitwirkung bei dem späteren Absatz der gestohlenen Sachen begangene Hehlerei stellt — wenn sie von vornherein beabsichtigt war — neben der Teilnahme an dem Diebstahl eine straflose (vorbestrafte) Nachtat dar.

OLG Gera, Urteil vom 5.2.1947 — 1 Ss 4/47.

Die Strafkammer hat folgenden Sachverhalt festgestellt. Bei einem Zusammentreffen seien die beiden Angeklagten darauf zu sprechen gekommen, daß man sich Lebensmittel nur verschaffen könne, wenn man Gegenstände zum Tausch anbieten kann. Der Revisionskläger habe deshalb den Mitverurteilten darauf hingewiesen, daß man durch Diebstahl aus der Wohnung seiner Nachbarin Sachen herausholen könne, mit denen man auf dem Lande Lebensmittel eintauschen könne. Er habe den Mitverurteilten Z. auf gefordert, die Sachen in seine, des Z. Wohnung zu bringen, damit nicht auf ihn als Nachbarn sofort der Verdacht des Diebstahls fiele, zumal gegen ihn bereits eine andere Sache bei der Kriminalpolizei geschwebt habe. Hierdurch bestimmt, habe sich Z. in die Wohnung der Nachbarin begeben. Freilich habe er nicht, wie von dem Revisionskläger vorgeschlagen war, den im Briefkasten liegenden Wohnungsschlüssel benutzt, sondern die Wohnungstür eingedrückt. Aus der Wohnung habe Z. eine größere Anzahl von Bekleidungsstücken und sonstigen Dingen an sich genommen, die er in seine Wohnung nahm. Einige Tage später sei der Revisionskläger mit dem Mitverurteilten auf das Land gefahren, habe dort bei dem Umtausch eines Teiles der Diebesbeute gegen Lebensmittel mitgewirkt und habe von den eingetauschten Nahrungsmitteln gegen Beteiligung an den Frachtkosten die Hälfte erhalten.

Die Annahme der Revision, daß hierin Mittäterschaft des Revisionsklägers an dem Diebstahl liege, ist irrig. Auch nach der sogenannten subjektiven Theorie, die auf die innere Willensrichtung abstellt, muß der Täter in irgendeiner Weise bei der Ausführung der Straftat mitwirken (RG 28, 304; 54, 152; 26, 345). Eine solche Mitwirkung bei der Tatausführung ist hier aus den Feststellungen des angefochtenen Urteils nicht zu entnehmen. Es ergibt sich daraus vielmehr, daß der Revisionskläger sich gerade von der Tatausführung bewußt ferngehalten hat, damit nicht auf ihn der Diebstahlsverdacht fiele. Es fehlen jegliche Anhaltspunkte dafür, daß er etwa, was zur Annahme der Mittäterschaft genügen könnte, durch Abwarten in seiner Wohnung während der Tatausführung, so daß der Täter seine tatkräftige Unterstützung im Bedarfsfälle erwarten durfte, oder sonst geistig bei der Ausführung der Tat mitgewirkt hat (RG 26, 345; 66, 240), den Täter im Tatwillen bestärkt und ihm durch seine Anwesenheit in der Nähe mehr Sicherheit gegeben hat (RG in JW 35, 345; 21, 840). Die bloße Verabredung genügt zur Annahme der Mittäterschaft nicht (RG 56, 329). Dagegen genügt zur Anstiftung schon die Ratserteilung oder sogar die bloße Anregung (RG 36, 404). Da der

Revisionskläger den Haupttäter überhaupt erst auf die Möglichkeit des Diebstahls hingewiesen hat, die diesem bis dahin noch nicht bekannt war, kann von der Revision gegen die Annahme der Anstiftung nicht mit Erfolg ausgeführt werden, daß der Täter zur Tat bereits entschlossen gewesen und daher durch den Vorschlag des Revisionsklägers nicht mehr dazu bestimmt worden sei. Die Bestrafung wegen Anstiftung zum einfachen Diebstahl ist daher rechtlich nicht zu beanstanden. Zutreffend nimmt die Strafkammer an, daß dem Revisionskläger der Umstand, daß der Mitverurteilte die Tür statt mit dem im Briefkasten verwahrten Wohnungsschlüssel unter Anwendung einer gewissen Gewalt durch Eindrücken geöffnet hat, nicht zugerechnet werden kann.

Auch der Tatbestand der Hehlerei (§ 259 StGB) ist an sich gegeben. Es handelt sich nicht um Sachen, die der Hehler selbst durch die Vortat erlangt hat und an denen Hehlerei daher nicht möglich wäre (RG 8, 371). Die Sachen waren vielmehr in den Besitz des Mitverurteilten übergegangen, der sie gestohlen und in seine Wohnung gebracht hatte. Erst später hat dann der Revisionskläger zu ihrem Absätze mitgewirkt.

Es fragt sich aber, in welchem Verhältnis die Anstiftung zum Diebstahl zu der Hehlerei steht. Das Reichsgericht hat teils Tateinheit, teils Tatmehrheit angenommen. Die Möglichkeit der Tatmehrheit leitet es her aus der Stellung der Hehlerei im System des Strafrechts als selbständiges Delikt; Voraussetzung sei aber, daß 2 selbständige Handlungen vorliegen (RG 5, 282). Auch der Umstand, daß der Anstifter von vornherein beabsichtigt habe, die Diebstahlsgegenstände an sich zu bringen, begründe keine rechtliche Notwendigkeit, Tateinheit statt -mehrheit anzunehmen. Den tatsächlichen Umständen im einzelnen Falle sei zu entnehmen, ob Tateinheit oder -mehrheit vorliege (RG 51, 100; 32, 394).

Es kann dahingestellt bleiben, ob unter Zugrundelegung dieser Rechtsauffassung im vorliegenden Falle Tateinheit oder Tatmehrheit anzunehmen wäre. Denn gegen die Annahme der Tateinheit bestehen nach der Ansicht des Senats trotz der Ausführungen in der Entscheidung RG 32, 138 ff. Bedenken nach der Richtung hin, daß „ein und dieselbe Handlung“ (§ 73 StGB) nicht gegeben ist. Es liegt zwar ein einheitlicher Vorgang vor insofern als von vornherein der Zweck der Lebensmittelbeschaffung durch den Eintausch der auf die Anstiftung hin gestohlenen Güter ins Auge gefaßt war, Objektiv handelt es sich aber um mehrere zeitlich und räumlich auseinanderfallende Tatakte, die je durch verschiedene sich miteinander nicht deckende Handlungen bewirkt wurden und die jeweils für sich den Tatbestand der einen und der anderen Straftat erfüllen.

Es fragt sich daher, ob die durch den Zweck der Tat gegebene Einheit des natürlichen Tuns nicht in anderer Weise als durch die Annahme einer Tateinheit bei der Bestrafung richtiger und besser zum Ausdruck gebracht werden kann. Denn ersichtlich wäre es unbillig, den Revisionskläger schwerer — nämlich gemäß § 74 StGB wie einen Dieb (§ 48 Abs. 2 StGB) und wegen Hehlerei — zu bestrafen als den Komplizen, obgleich er sich auf die Anstiftung beschränkt, und nicht, wie der Komplize, den Diebstahl selbst ausgeführt hat. Dies würde, wie Schönke, 2. Aufl., VII zu § 259 StGB bemerkt, auf den Rat hinauslaufen, sich nicht mit der Anstiftung zu begnügen, sondern den Diebstahl mitaufzuführen, um so die zusätzliche Bestrafung auch wegen Hehlerei auszuschließen.

Der Senat ist der Ansicht, daß die Annahme einer straflosen (vorbestrafen) Nachtat dem Sachverhalt besser gerecht wird als die Annahme der Tateinheit. Ebenso wie der Dieb selbst eine straflose Nachtat begeht, wenn er die gestohlenen Sachen umsetzt, muß dies auch für den Anstifter oder den Gehilfen gelten, wenn dessen Wille von vornherein darauf gerichtet war und keine Umstände dazwischen gekommen sind, die eine Unterbrechung dieser Willensrichtung oder der objektiv einheitlichen Tatausführung bewirkt haben. Durch die Hehlerei ist dasselbe Rechtsgut desselben Eigentümers verletzt, das durch die Vortat verletzt wurde. Die Bestrafung der Hehlerei soll verhindern, daß der durch die Vortat begangene strafbare Eingriff in fremdes Eigentum fortgesetzt und dem Geschädigten die Wiedererlangung seines Gutes erschwert wird. Im Vordergrund steht die Vortat, durch die der Eingriff in die fremden Rechtsgüter begründet wurde.