

Tatkomplex 1

A. Strafbarkeit des G gem. §§ 242 Abs. 1 StGB durch das Einstecken des Schmucks

I. TBM

1. fremde bewegliche Sache
Schmuck (+)

2. Wegnahme (+)

a. fremder Gewahrsam (+)

b. neuer Gewahrsam (+)

durch Einstecken des Schmucks Gewahrsamsenklaue => neuer Gewahrsam

c. Bruch (+)

(P) Tatbestandsausschließendes Einverständnis durch B? (-) B war das Vorhaben des G nicht bekannt und konnte somit auch nicht einwilligen.

3. Vorsatz (-)

G ging fälschlicherweise davon aus, dass der B mit der Wegnahme einverstanden war und mithin ein tatbestandsausschließendes Einverständnis vorlag. G kannte somit nicht alle Umstände des Tatbestandes, weswegen ein Tatbestandsirrtum vorliegt, der den Vorsatz gem. § 16 Abs. 1 S. 1 StGB entfallen lässt. G handelte ohne Vorsatz.

II. Ergebnis

Eine Strafbarkeit gem. § 242 Abs. 1 StGB durch das Einstecken des Schmucks scheidet mangels Vorsatzes aus.

B. Strafbarkeit des G gem. § 252 StGB durch das Niederstrecken des D mittels eines Kniestößes

Eine Strafbarkeit gem. § 252 StGB scheidet mangels vermögensbezogener Vortat aus.

C. Strafbarkeit des Detektivs D gem. § 223 Abs. 1 StGB durch das Festhalten des G

I. TBM

1. Körperverletzung (+)

2. Gesundheitsschädigung (+)

3. Vorsatz (+)

II. Rechtswidrigkeit (+)

1. Rechtfertigung gem. § 32 Abs. 1 StGB

a.) Notwehrlage

aa.) Angriff (+)

Durch das Einstecken des Schmucks? Problematisch ist, dass G sich diesbezüglich nicht gem. § 242 Abs. 1 StGB strafbar gemacht hat. Jedoch reicht auch unvorsätzliches Handeln für einen Angriff aus.¹

bb.) rechtswidrig (+)

cc.) gegenwärtig (+)

¹ NK-StGB/Kindhäuser, 4. Aufl. 2013, § 32 Rn. 29 m.w.N.

Der Angriff dauert solange an, wie eine Abwendung noch möglich ist.² In dem vorliegenden Stadium, also vor Verlassen des Kaufhauses, wäre ein Rechtsverlust noch zu verhindern gewesen. Gegenwärtigkeit (+)

b.) Notwehrhandlung (+)

c.) Verteidigungswille (+)

d.) Zwischenergebnis

D handelte gem. § 32 Abs. 1 StGB gerechtfertigt.

2. Rechtfertigung gem. § 127 Abs. 1 S. 1 StPO

a.) Festnahmelage

auf frischer Tat betroffen

(P) objektiv keine Straftat gegeben. Fraglich ob dringender Tatverdacht ausreicht.³ Dafür könnte sprechen, dass anderenfalls eine effektive Durchsetzung des Festnahmerechts nicht möglich wäre. Denn der Handelnde müsste sich sodann positiv davon überzeugen, ob tatsächlich eine Straftat vorliegt, um die Gewissheit zu haben, dass § 127 Abs. 1 S. 1 StGB tatsächlich einschlägig ist, was zu Hemmungen und mithin zu einem Entfliehen des Täters führen könnte.

Gegen dieses Argument könnte jedoch sprechen, dass der Festnehmende bei einem Irrtum über das tatsächliche Vorliegen eines Delikts aufgrund eines Erlaubnistatbestandsirrtums zumindest ohne Schuld handeln würde.⁴, weswegen der Handelnde wenigstens keine Befürchtungen dahingehend haben müsste, aufgrund seiner Courage strafrechtlich verfolgt zu werden. Nach *Joecks* erscheint diese Lösung zudem deswegen geboten, da es einer zu Unrecht festgenommenen Person sodann möglich wäre, gegen den Festhaltenden Notwehr zu üben, was ansonsten aufgrund der Rechtfertigung des anderen verwehrt wäre.⁵ Zudem spreche der Wortlaut (frische Tat) für das positive Vorliegen einer Straftat.⁶

Während man mit den vorherigen Überlegungen für das Erfordernis des tatsächlichen Vorliegens einer Tat plädieren könnte, will die Gegenauffassung die Interessen des Festnehmenden stärken.⁷ Zwar erleidet der irrig Festnehmende einen Erlaubnistatbestandsirrtum, jedoch müsste dieser eine Notwehr des Festzunehmenden dulden.⁸ Durch den § 127 Abs. 1 StGB sprach sich der Gesetzgeber für ein Festnahmerecht von Privaten aus. Würde nunmehr angenommen, dass gerade dem Festnehmenden dieses Risiko auferlegt wäre, so widerspräche dies der gesetzlichen Wertung.⁹ Ebenfalls sei die Festnahme ein milder Eingriff, den der Betroffene hinzunehmen hat, vor allem dann, wenn die Ursache der Fehleinschätzung erkennbar ist.¹⁰

Hier spricht vieles für letztere Auffassung. Vor allem aufgrund des Umstands, dass G wesentlich alle Umstände hervorruft, die die Annahme eines Diebstahls begründen, kann es nur als billig angesehen werden, dass G die Folgen des Irrtums auferlegt werden. Eine Tat i.S.d. § 127 Abs. 1 S. 1 StPO liegt somit vor.

Sodann müsste der Täter auch auf *frischer Tat betroffen* sein. Dies ist dann der Fall, wenn der Festnehmende den Täter gerade bei der Begehung des Delikts, „oder unmittelbar danach am Tatort oder in dessen unmittelbarer Nähe“ stellt.¹¹ Hier ergreift D den G noch im Kaufhaus, sodass dies gegeben ist.

Eine Festnahmelage liegt somit vor.

² BGH, NStZ 2003, 425, 426.

³ So BGH, NJW 1981, 745.

⁴ *Joecks*, StPO, 2. Aufl. 2008, § 127 Rn. 3; so auch *Wessels/Beulke*, 40. Aufl. 2010, Rn. 354 m.w.N.

⁵ *Joecks* (Fn. 4), § 127 Rn. 3.

⁶ *Kindhäuser*, Strafrecht, AT, 5. Aufl. 2011, § 20 Rn. 5.

⁷ *Murmann*, Strafrecht Grundkurs, 2011, § 25 Rn. 164.

⁸ So *Murmann* (Fn. 7), § 25 Rn. 164 Fn. 268.

⁹ So *Murmann* (Fn. 7), § 25 Rn. 164.

¹⁰ *Murmann* (Fn. 7), § 25 Rn. 164.

¹¹ *Meyer-Goßner*, StPO, 55. Aufl. 2012, § 127 Rn. 5.

(Korrekturanmerkung: Beide Auffassungen sind uneingeschränkt vertretbar)

b.) Festnahmegrund

Fluchtverdacht? Hierfür „genügt, dass nach den erkennbaren Umständen des Falles unter Berücksichtigung allgemeiner Erfahrungen vernünftigerweise die Annahme gerechtfertigt ist, der Betroffene werde sich der Verantwortung durch die Flucht entziehen, wenn er nicht alsbald festgenommen wird.“¹² Hier will G das Kaufhaus verlassen. Ein Fluchtverdacht liegt somit vor.

c.) Festnahmebehandlung

Durch § 127 Abs. 1 StPO wird dem Festnehmenden die Möglichkeit eröffnet „in die Fortbewegungsfreiheit (§ 239 StGB) und die Willensbetätigungsfreiheit (§ 240 StGB) des Festzunehmenden einzugreifen.“¹³ Gleichfalls seien auch leichte Eingriffe in die körperliche Integrität erfasst, da diese häufig zwangsläufig aus der Festnahmebehandlung folgen.¹⁴

Vorliegend ergreift der D den G am Arm. Auch wenn hierdurch blaue Flecken entstehen, so handelt es sich doch um einen leichten Eingriff, der von § 127 Abs. 1 StPO gedeckt ist.

d.) Subjektives Rechtfertigungselement

D wusste um die Festnahmelage, wobei er G auch festnehmen wollte.

e.) Zwischenergebnis

Die Voraussetzungen des § 127 Abs. 1 StGB sind erfüllt. D handelte mithin nach § 127 Abs. 1 StPO gerechtfertigt.

3. Zwischenergebnis

D handelte gem. § 32 Abs. 1 StGB und § 127 Abs. 1 StPO gerechtfertigt.

III. Ergebnis

D hat sich durch den Griff nicht gem. § 223 Abs. 1 StGB strafbar gemacht, da seine Handlung gem. § 32 Abs. 1 StGB und § 127 Abs. 1 StPO gerechtfertigt war.

D. Strafbarkeit des Detektivs D gem. § 240 Abs. 1 StGB durch den Griff

I. TBM (+)

II. Rechtswidrigkeit (-)

Da D hier gleichfalls gem. § 32 Abs. 1 StGB und § 127 Abs. 1 StPO gerechtfertigt ist, scheidet schon aus diesem Grunde eine Verwerflichkeit gem. § 240 Abs. 1 StGB aus¹⁵, sodass eine Rechtswidrigkeit nicht gegeben ist.

III. Ergebnis

Mangels Rechtswidrigkeit hat sich der Detektiv D durch den Griff nicht gem. § 240 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

E. Strafbarkeit des Detektivs D gem. § 239 Abs. 1 StGB durch das Festhalten

D ist wiederum gem. § 32 Abs. 1 StGB und § 127 Abs. 1 StPO gerechtfertigt.

¹² Meyer-Goßner (Fn. 11), § 127 Rn. 10.

¹³ Murmann (Fn. 7), § 25 Rn. 165.

¹⁴ Murmann (Fn. 7), § 25 Rn. 164.

¹⁵ Vgl. zum strukturellen Verhältnis der Rechtfertigungsgründe und der Feststellung nach § 240 Abs. 2 StGB BGH, NJW 1993, 1869, 1870; MK-StGB/Sinn, 2. Aufl. 2012, § 240 Rn. 111 m.w.N.; Küper, Strafrecht, BT, 8. Aufl. 2012, S. 247 f.

F. Strafbarkeit des G gem. § 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB durch den Kniestoß

I. TBM

1. Grundtatbestand

- a. Körperverletzung (+)
- b. Gesundheitsschädigung (+)
- c. Vorsatz (+)

2. Qualifikation

a. Lebensgefährliche Behandlung

Der Streit ob eine konkrete oder abstrakte Lebensgefahr, also die Handlung nur prinzipiell dazu geeignet sein muss, das Leben zu gefährden, kann dahinstehen, wenn schon abstrakt eine solche Gefahr nicht besteht.

Im Bereich des Magens befinden sich keine lebenswichtigen Organe, die durch eine stumpfe Einwirkung, wie durch den Stoß mit einem Knie, in Mitleidenschaft gezogen werden könnten. Eine lebensgefährliche Behandlung liegt mithin nicht vor. Ein Streitentscheid ist entbehrlich.

b. Zwischenergebnis

Mangels des Vorliegens einer lebensgefährlichen Behandlung ist eine Qualifikation gem. § 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB nicht gegeben.

(Korrekturanmerkung: verzichtbare Prüfung)

II. Rechtswidrigkeit

1. Rechtfertigung gem. § 32 Abs. 1 StGB

Zwar stellt das Ergreifen des D einen tauglichen Angriff dar, jedoch ist dieser gem. § 32 Abs. 1 StGB und § 127 Abs. 1 StPO seinerseits gerechtfertigt.

Eine Rechtfertigung gem. § 32 Abs. 1 StGB liegt mangels Rechtswidrigkeit des Angriffs somit nicht vor.

2. Rechtfertigung gem. § 34 Abs. 1 StGB

Ein rechtfertigender Notstand gegen einen gerechtfertigten Angriff scheidet aus. Der in Notwehr Angegriffene hat diese Handlung hinzunehmen, sodass hieraus keine Notstandslage folgen kann.¹⁶

3. Zwischenergebnis

Ein Rechtfertigungsgrund ist nicht gegeben. G handelte somit rechtswidrig.

III. Schuld

1. § 35 Abs. 1 StGB

Mangels einer rechtlich relevanten Gefahr ist auch ein entschuldigender Notstand gem. § 35 Abs. 1 StGB nicht einschlägig.

2. Erlaubnistatbestandsirrtum

Die Frage nach der Einordnung und der Rechtsfolge eines Erlaubnistatbestandsirrtums (ETB) kann dahinstehen, wenn dieser nicht vorliegt. Ein ETB ist immer dann gegeben, wenn der Täter sich einen Sachverhalt vorstellt, der bei seinem tatsächlichen Vorliegen den Täter rechtfertigen würde.¹⁷ Hier geht der G davon aus, zu der Wegnahme berechtigt zu sein. Wäre diese Vorstellung zutreffend, so würde schon auf objektiver Seite kein Bruch des fremden Gewahrsams und folglich auch keine Wegnahme vorliegen. Nach seinem Verständnis mangelt es schon an einem Angriff seinerseits auf das fremde Rechtsgut, sodass der Detektiv D nicht nach § 32 Abs. 1 StGB gerechtfertigt hätte

¹⁶ *Baumann/Weber/Mitsch*, Strafrecht, AT, 11. Aufl. 2003, § 17 Rn. 55 m.w.N.

¹⁷ *Wessels/Beulke* (Fn. 4), Rn. 467.

handeln können. Jedoch muss für die Begründung einer Notwehrlage gem. § 32 Abs. 1 StGB die Rechtswidrigkeit des Angriffs insgesamt verneint werden. Wie zuvor festgestellt, war der D gleichfalls durch § 127 Abs. 1 StPO gerechtfertigt. G war es bewusst, dass er durch das Einstecken des Schmucks eine Verdachtssituation begründet hatte, sodass auch aufgrund seiner Vorstellung ein Festnahmerecht des D bestand. Folglich ist der Angriff des D auch aus der Perspektive des G gem. § 127 Abs. 1 StGB gerechtfertigt.

Eine Notwehrlage i.S.d. § 32 Abs. 1 StGB besteht somit auch aus Sicht des G nicht, sodass hier ein ETB ausscheiden muss.

Alternativlösung:

Anmerkung: Wurde zuvor eine Rechtfertigung nach § 127 Abs. 1 StPO mangels entsprechender Tat abgelehnt, so gilt es nunmehr zu prüfen, ob die Voraussetzungen des § 32 Abs. 1 StGB aus Sicht des G vorliegen.

a.) § 32 Abs. 1 StGB

Fraglich erscheint nunmehr, ob der § 32 Abs. 1 StGB unter Berücksichtigung der Vorstellung des G einschlägig wäre.

aa.) Notwehrlage

Dadurch dass G sich vorstellt zur Wegnahme berechtigt zu sein, ist für ihn durch seine Handlung kein Angriff auf das fremde Rechtsgut gegeben, sodass aus dieser subjektiven Perspektive die Voraussetzungen des § 32 Abs. 1 StGB mangels rechtswidrigen Angriffs für den Detektiv *nicht* vorliegen. Der D handelt somit aus Sicht des G nicht nach § 32 Abs. 1 StGB gerechtfertigt.

Diese Sichtweise zugrunde gelegt, liegt somit ein gegenwärtiger rechtswidriger Angriff durch die Handlung des D vor.

Jedoch beabsichtigt G durch die Wegnahme die Ermöglichung eines Betrugs zu einem späteren Zeitpunkt. Nach G's Vorstellung will der D diese Handlung gerade verhindern. Fraglich ist, ob unter dieser Annahme eine Rechtfertigung des D in Betracht kommt.

Dies muss jedoch daran scheitern, dass der Angriff (der Betrug) noch nicht gegenwärtig ist. Ebenso scheidet eine Rechtfertigung gem. § 127 Abs. 1 StPO mangels „auf frischer Tat betroffen“ aus. D wäre folglich auch hiernach nicht gerechtfertigt.

Eine Notwehrlage ist gegeben.

bb.) Notwehrhandlung (+)

(1) Geeignetheit (+)

(2) Erforderlichkeit (+)

Anstatt des Kniestoßes hätte der G den D auch darüber informieren können, dass er zur Wegnahme berechtigt war. Jedoch ist dies nicht gleich geeignet. Denn der Detektiv würde von einer falschen Angabe ausgehen und seinen Griff nicht lösen. Mithin war der Kniestoß auch erforderlich.

(3) Gebotenheit (-)

Fraglich erscheint jedoch, ob die Notwehr auch geboten ist. Eine Einschränkung des Notwehrrechts ist vor allem für den Fall eines Angriffs von Kindern, ersichtlich Irrenden und schuldlos Handelnden anzunehmen.¹⁸

Aus der Perspektive des G war es eindeutig, dass der ihm bekannte Detektiv D nur einschritt, weil er davon ausging, dass G unberechtigterweise den Schmuck eingesteckt hatte. Die Sichtweise des G zugrunde gelegt, muss dieser mithin erkannt haben, dass D sich über das Vorliegen der Voraussetzungen des § 32 Abs. 1 StGB irrte und somit einem

¹⁸ Wessels/Beulke (Fn. 4), Rn. 344; s.a. Murmann (Fn. 7), § 25 Rn. 96.

Erlaubnistatbestandsirrtum erlag. Die Frage, ob der ETB den Täter nunmehr entschuldigt und der D aus der Perspektive des G mithin schuldlos handelte, kann dahinstehen, wenn schon der Umstand des Irrtums zu einer Einschränkung der Gebotenheit führt.

Ein ersichtlicher Irrtum des Angreifers führt zu einer Abstufung des Notwehrrechts: Ausweichen, Schutzwehr und „unter größtmöglicher Schonung des Angreifers“ Trutzwehr.¹⁹

Vorliegend schritt der G ohne Umwege sofort zur Trutzwehr. Fraglich erscheint jedoch, ob dem G hier überhaupt andere Mittel zur Verfügung standen, um dieser Abstufung gerecht werden zu können. Gleichfalls kommt hier ein verbaler Hinweis des G in Betracht, dass er zur Wegnahme des Schmucks durch B berechtigt war. Anders als im Rahmen der Erforderlichkeit kommt es hier nicht auf die gleiche Geeignetheit der Mittel, sondern auf die größtmögliche Schonung des erkennbar irrig Angreifenden an. Durch ein Gespräch bestünde zumindest die Möglichkeit, dass der D von seinem Angriff ablässt, wobei selbst bei einem Scheitern dieses Versuchs nur ein geringer Eingriff auf Seiten des G zurückbliebe, der unter diesen besonderen Umständen hinzunehmen wäre.

G hätte den D somit zunächst auf seine irriige Vorstellung hinweisen müssen. Der Kniestoß in die Magengegend war folglich nicht geboten.

cc.) Ergebnis

Auch unter Berücksichtigung der Sichtweise des G ist § 32 Abs. 1 StGB nicht einschlägig, sodass hiernach kein ETB vorliegt.

b.) § 34 Abs. 1 StGB

Das Vorliegen scheidet schon daran, dass das zu schützende Rechtsgut nicht wesentlich überwiegt, was G auch erkannte.

c.) Zwischenergebnis

Auch aus subjektiver Perspektive ist ein Rechtfertigungsgrund nicht ersichtlich, sodass eine ETB ausscheidet.

3. Zwischenergebnis

A handelte schuldhaft.

IV. Ergebnis

G hat sich durch den Kniestoß gem. § 223 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

G. Strafbarkeit des G gem. § 240 Abs. 1 StGB durch den Kniestoß

Strafbarkeit gem. § 240 Abs. 1 StGB (+). Die Nötigung steht hier mit der Körperverletzung in Tateinheit.

H. Strafbarkeit des G gem. § 123 Abs. 1 StGB durch das Betreten des Kaufhauses

I. TBM

1. Geschäftsräume (+)

2. Eindringen

Betreten ohne oder gegen den Willen.²⁰ Bei Geschäftsräumen „Generaleinverständnis“. Wird nur aufgehoben, „wenn dies nicht nur Wille des Berechtigten ist, sondern der Verstoß gegen die Willensbarriere auch äußerlich erkennbar ist, zB am Erscheinungsbild des maskierten Kassenräubers.“²¹

Hier betritt G das Kaufhaus ohne Maskierung. Das Betreten ist mithin vom Generaleinverständnis umfasst.

¹⁹ Wessels/Beulke (Fn. 4), Rn. 344; Murmann (Fn. 7), § 25 Rn. 95.

²⁰ NK-StGB/Ostendorf, 4. Aufl. 2013, Bd. 2, § 123 Rn. 29, mit Nachweisen für die Gegenauffassung.

²¹ NK-StGB/Ostendorf (Fn. 20), § 123 Rn. 29.

Ein Eindringen ist mithin nicht gegeben.

II. Ergebnis

G hat sich durch das Betreten des Kaufhauses nicht gem. § 123 Abs. 1 StGB strafbar gemacht, da dies durch das Generaleinverständnis des Kaufhausinhabers B gedeckt war.

(Korrekturanmerkung: Wird hier ein Eindringen angenommen, so muss jedoch spätestens der Vorsatz bzgl. des „Eindringens“ verneint werden, da G davon ausging, dass B mit seinem Handeln einverstanden war.)

I. Strafbarkeit des G gem. §§ 263 Abs. 1, 25 Abs. 2, 22, 23 Abs. 1, 263 Abs. 3 S. 2 Nr. 2 Var. 1 StGB durch die Vorstellung gemeinschaftlich mit B einen Versicherungsbetrug zu begehen

(Korrekturanmerkung: Die vorliegende Konstellation ist an den bekannten Münzhändlerfall des BGH [BGHSt 40, 299] angelehnt. Es geht um das Problem der vermeintlichen Mittäterschaft. Die Problematik stellt einen Schwerpunkt des 1. Tatkomplexes dar.)

I. Vorprüfung

B wusste von dem gesamten Geschehen nichts, sodass von seiner Seite die Meldung an die Versicherung rechtmäßig war und folglich kein vollendeter Betrug vorliegt. Die Strafbarkeit des Versuchs ergibt sich aus § 263 Abs. 2 StGB.

II. Tatentschluss

1. Täuschung

G müsste Vorsatz bzgl. einer Täuschung gehabt haben. Er hatte jedoch nie vor, selbst eine Täuschungshandlung gegenüber der Versicherung vorzunehmen. G ging hier jedoch davon aus, dass er mit B zusammenwirkt und dieser gerade gegenüber der Versicherung durch die Schadensmitteilung eine Täuschung vornimmt.

Fraglich erscheint somit, ob dem G diese Täuschung gem. § 25 Abs. 2 StGB zugerechnet werden könnte.

a.) gemeinschaftliche Tatbegehung

Dann müsste sich G Umstände vorgestellt haben, die eine gemeinschaftliche Tatbegehung begründen. Vorliegend geht G davon aus, dass er selbst allein einen Diebstahl fingiert, damit B diesen bei seiner Versicherung anzeigen kann, um die Versicherungsprämie zu kassieren, welche unter G und B hälftig aufgeteilt werden soll. Fraglich ist nunmehr, ob hier eine mittäterschaftliche Tatbegehung vorliegt.

aa.) Tatherrschaftslehre

Nach der Tatherrschaftslehre ist „derjenige Täter, der als Zentralgestalt des Geschehens die planvoll-lenkende oder mitgestaltende Tatherrschaft besitzt. Tatherrschaft bedeutet, dass der Täter die Tatbestandsverwirklichung nach seinem Willen hemmen oder ablaufen lassen kann.“²² Problematisch erscheint hier, dass G seinen Beitrag nicht während der Tatausführung, sondern zuvor erbringt.

Nach der strengen Tatherrschaftslehre liegt jedoch nur dann Tatherrschaft vor, wenn der Mittäter während der Tatbegehung mitwirkt.²³ Hiergegen spricht jedoch schon, dass die Strafbarkeit des im Hintergrund agierenden Bandenchefs nicht davon abhängen kann, ob dieser per Handy mit den ausführenden Mittätern verbunden ist.²⁴

²² Rengier, Strafrecht, AT, 4. Auflage 2012, § 41 Rn. 11; so auch Murmann (Fn. 7), § 27 Rn. 8 f.

²³ Rengier (Fn. 22), § 41 Rn. 18; s.h. Roxin, Strafrecht, AT II, 2003, § 25 Rn. 198 ff.

²⁴ Rengier (Fn. 22), § 41 Rn. 19.

Mithin kann gerade nicht gefordert werden, dass der Täter an dem Ausführungsakt aktiv mitwirkt.

Vorliegend begründet G durch das Hervorrufen des Versicherungsfalls gerade die Grundlage für den vermeintlichen späteren Betrug. Hierbei handelt es sich um einen essenziell wichtigen Akt, wodurch der G das Geschehen beherrscht.

Nach der funktionellen Tatherrschaftslehre liegt eine gemeinschaftliche Tatbegehung vor. (A.A. natürlich vertretbar)

b.) subjektive Theorie (Rspr.)

„Nach ständiger Rechtsprechung erfordert die Mittäterschaft (§ 25 II StGB) – auf der Grundlage gemeinsamen Wollens – einen die Tatbestandserfüllung fördernden Beitrag, der sich auf eine Vorbereitungs- oder Unterstützungshandlung beschränken kann. Hat ein Tat-Beteiligter einen wesentlichen Beitrag geleistet, so ist er als Mittäter anzusehen, wenn er die Tat als eigene wollte. Ob er ein so enges Verhältnis zur Tat hat, ist nach den gesamten Umständen, die von seiner Vorstellung umfasst sind, in wertender Betrachtung zu beurteilen. Bedeutsame Anhaltspunkte dafür können der Grad des eigenen Interesses am Erfolg, der Umfang der Tatbeteiligung und die Tatherrschaft oder wenigstens der Wille dazu sein, so dass Durchführung und Ausgang der Tat maßgeblich vom Willen des Tatbeteiligten abhängen.“²⁵

Wie zuvor festgestellt, besitzt der G hier Tatherrschaft, da ohne seinen vorgestellten Tatbeitrag der vermeintliche Versicherungsbetrug nicht durchführbar wäre. Des Weiteren hat G ein großes eigenes Interesse an der Realisierung der Tat, da er sich verspricht hälftig an der Ausschüttung der Versicherungsleistung beteiligt zu werden.

Mithin liegt auch nach der Auffassung der Rechtsprechung eine gemeinschaftliche Tatbegehung vor.

cc.) Zwischenergebnis

Nach beiden Auffassungen liegt eine gemeinschaftliche Tatbegehung vor. Ein Streitentscheid ist entbehrlich.

Anmerkung: Eine Einordnung als Teilnehmer ist hier gleichfalls vertretbar.

b.) gemeinsamer Tatplan

Sodann müsste zudem ein gemeinsamer Tatplan vorliegen. Objektiv ist solch einer nicht gegeben. Fraglich erscheint jedoch, ob allein die Vorstellung des G von einer bewussten gemeinschaftlichen Begehung ausreicht, um einen Tatplan zu begründen.

aa.) e.A.:

Kühne lehnt eine Strafbarkeit ab. Die Vorstellung einer Mittäterschaft führt zu einem untauglichen Versuch einer mittäterschaftlichen Begehung, der gem. § 30 Abs. 1 StGB jedoch nur bei Verbrechen strafbar ist.²⁶ Eine Strafbarkeit des bloßen Willens der mittäterschaftlichen Begehung würde zu einer Gesinnungsstrafbarkeit führen.²⁷

bb.) a.A. (u.a. BGH)

„Der ‚Mittäter‘ muß sich für eine Strafbarkeit [...] Umstände vorstellen, die auf eine – sei es auch nur konkludente – Willensübereinstimmung schließen lassen können.“²⁸ Entscheidend sei, wie für den untauglichen Versuch sonst auch, das Vorstellungsbild. Hier stellt der G sich vor, dass er mit B zusammen dessen Versicherung betrügt, sodass hiernach eine Willensübereinstimmung vorliegt. Ein gemeinsamer Tatplan wäre folglich aufgrund dieser Vorstellung gegeben.

²⁵ BGH, NStZ 2008, 273, 275.

²⁶ *Kühne*, NJW 1995, 934.

²⁷ Vgl. *Kühne*, NJW 1995, 934.

²⁸ *Zopfs*, Jura 1996, 19, 21.

cc.) Streitentscheid

Hier wird ein Versuch geprüft, bei dem es im Tatentschluss allein auf die Vorstellung des Täters ankommt.²⁹ Es ist somit mit der zweiten Auffassung schlüssig, bzgl. des Tatplans gleichfalls allein die Vorstellung des Täters als maßgeblich zu erachten.

(Korrekturanmerkung: Beide Auffassungen sind bei entsprechender Argumentation uneingeschränkt vertretbar.)

c.) Zwischenergebnis

Die Voraussetzungen des § 25 Abs. 2 StGB liegen vor. Die Handlung des B kann dem G zugerechnet werden.

Eine Täuschung ist somit gegeben.

2. Täuschungsbedingter Irrtum (+)

G stellte sich vor, dass die Versicherung durch die Angaben des B davon ausging, dass diese zutreffen seien.

3. Irrtumsbedingte Vermögensverfügung

G stellt sich vor, dass die Versicherung das Geld aufgrund der Vorstellung auszahlt, dass der Sachvortrag wahr sei.

4. Schaden durch die Vermögensverfügung

G stellt sich vor, dass der B keinen Anspruch auf die Auszahlung der Versicherungsprämie besitzt.

5. Absicht rechtswidriger Bereicherung

G stellt sich vor, dass das Vermögen des B gemehrt wird und dass diese Mehrung die Kehrseite des Schadens auf Seiten der Versicherung ist. Er handelt also mit Drittbereicherungsabsicht.

Unter Zugrundelegung der Vorstellung des G, war die Vermögensmehrung objektiv rechtswidrig, was der G auch wusste.

III. Unmittelbares Ansetzen

Sodann müsste gem. § 22 StGB jedoch auch unmittelbar zum Versuch angesetzt worden sein.

Bevor auf das Problem der vermeintlichen Mittäterschaft eingegangen wird, erscheint es zunächst überhaupt fraglich, wann bei mehreren Mittätern das Versuchsstadium beginnt.

1. Einzellösung (Mindermeinung)

Nach der Einzellösung „ist für jeden Mittäter der Versuchsbeginn gesondert zu prüfen und auf den Zeitpunkt anzusetzen, in dem er selbst in das Versuchsstadium eintritt.“³⁰

2. Gesamtlösung (herrschende Auffassung)

Nach der Gesamtlösung „treten alle Mittäter gleichzeitig in dem Moment in das Versuchsstadium ein, in dem einer von ihnen tatplangemäß zur Tatbestandsverwirklichung unmittelbar ansetzt.“³¹

3. Streitentscheid

Die Einzellösung führt jedoch dann nicht weiter, wenn für eine gemeinschaftliche Tatbegehung ein Tatbeitrag im Vorbereitungsstadium als ausreichend erachtet wird. Unter dieser Prämisse wäre es

²⁹ Wessels/Beulke (Fn. 4), Rn. 598.

³⁰ Roxin (Fn. 23), § 29 Rn. 297; ebenso Schilling, Der Verbrechenversuch des Mittäters und des mittelbaren Täters, 1975, S. 104.

³¹ Murmann (Fn. 7), § 28 Rn. 94; BGH, NSTz 1995, 120; so auch Wessels/Beulke (Fn. 4), Rn. 611; Rengier (Fn. 22), § 36 Rn. 20 ff.

widersprüchlich, wenn hier der Versuchsbeginn durch die Mittäter nicht zugerechnet werden würde.³²

So wäre hier ein Eintritt dieses Mittäters in den Versuch überhaupt nicht möglich oder man müsste eine Vorverlagerung des Versuchsbeginns in das Vorbereitungsstadium akzeptieren.³³

Zudem spricht dagegen, dass ein Mittäter, der seinen Tatbeitrag erst nach Versuchsbeginn erbringen soll, solange noch nicht strafbar wäre, wie er seine Handlung noch nicht erbracht hat, obwohl durch das bisherige Geschehen das Rechtsgut bereits konkret gefährdet ist.³⁴

Die Einzellösung ist somit abzulehnen. Grundsätzlich konnte G folglich durch den Tatbeitrag eines anderen Mittäters in das Versuchsstadium gelangen.

4.) Ergebnis auf die vermeintliche Mittäterschaft anwendbar?

Fraglich erscheint nunmehr, ob auch im vorliegenden Falle ein unmittelbares Ansetzen gegeben ist. Für ein unmittelbares Ansetzen würde es mit der Gesamtlösung ausreichen, wenn B den Schaden der Versicherung meldet. Dies tut B hier. Problematisch ist jedoch wiederum, dass B nicht deliktisch handelt, sondern nur in der Vorstellung des G eine Mittäterschaft mit dem B besteht.

a.) BGH

„Diese Kriterien gelten auch für den untauglichen Versuch, dessen Strafwürdigkeit in der - für sich gesehen schon gefährlichen - Auflehnung gegen die rechtlich geschützte Ordnung begründet ist. Entscheidend ist hier die Vorstellung des Täters von der Tauglichkeit der Handlung, die als unmittelbares Ansetzen zur Tatbestandsverwirklichung i. S. des § 22 StGB anzusetzen ist. Die nach dem Täterplan maßgebliche Handlung, die zur unmittelbaren Tatbestandserfüllung führen soll und die nach natürlicher Auffassung auch zur Tatbestandserfüllung führen könnte, wenn sie geeignet wäre, ist hier so zu betrachten, als wäre sie tauglich.“³⁵

Hier wurde durch die Schadensmitteilung des B mithin unmittelbar zum Betrugsversuch angesetzt.

b) Gegenansicht

Dem unmittelbar Ansetzenden muss tatsächlich eine Mittäterstellung zukommen.³⁶ „Dasselbe gilt, wenn der zur Ausführung Ansetzende in Wahrheit ahnungslos ist, infolge einer Täuschung aber von dem (oder den) anderen täterschaftlich Beteiligten als Tatgenosse angesehen wird; obwohl hier Strafbarkeit wegen untauglichen Versuchs naheliegt, dürfte dem das (auch) objektiv zu verstehende Erfordernis unmittelbaren, auf dem Tatentschluss beruhenden Ansetzens entgegenstehen.“³⁷

Nach *Herzberg/Hoffmann-Holland* kann der Versuchsbeginn gleichfalls nicht nur nach subjektiven Kriterien bewertet werden, sondern es bedarf gerade einer objektiven Ausführungshandlung, „die eine Betätigung des Tatentschlusses darstellt“.³⁸ Untermauert wird dies mit dem Argument, dass sich die Strafbarkeit des untauglichen Versuchs gleichfalls nicht nur an subjektiven Kriterien misst, sondern es einer Betätigung des Willens bedarf. Wird dies auf den vorliegenden Fall übertragen bedeutet dies, dass hier allein „eine vermeintliche Betätigung des deliktischen Willens vor[liegt], so dass als Anknüpfungspunkt für eine Strafbarkeit allein die böse Gesinnung des Täters verbliebe, die aber nach der in § 22 festgeschriebene individuell-objektiven Ansatzformel zur Begründung der Versuchsstrafbarkeit nicht ausreicht.“³⁹

³² Rengier (Fn. 22), § 36 Rn. 22.

³³ Murmann (Fn. 7), § 28 Rn. 93.

³⁴ Wessels/Beulke (Fn. 4), Rn. 611.

³⁵ BGH, NStZ 1995, 120.

³⁶ Lackner/Kühl, 27. Aufl. 2011, § 240 Rn. 27.

³⁷ Lackner/Kühl (Fn. 37), § 240 Rn. 27; im Ergebnis ebenso Murmann (Fn. 7), § 28 Rn. 95.

³⁸ MK-StGB/Herzberg/Hoffmann-Holland, 2. Aufl. 2011, § 22 Rn. 142.

³⁹ MK-StGB/Herzberg/Hoffmann-Holland (Fn. 39), § 22 Rn. 142.

c.) Streitentscheid

Fraglich erscheint nunmehr, welcher der beiden Auffassungen zu folgen ist. Richtig erkennt der BGH, dass die Versuchsstrafbarkeit allein an die Vorstellung des Täters anknüpft, wobei jedoch allein die Vorstellung des Täters ohne ein objektives Ansetzen nicht zu einer Strafbarkeit führen kann. Hier führt B seinen „Tatbeitrag“ freilich tatsächlich aus, wobei allein der Vorsatz bezogen auf die Verwirklichung eines Betrugs fehlt. Es lässt sich auch auf den Wortlaut des § 22 StGB („nach seiner Vorstellung“) hinweisen, der zeige, „dass es in erster Linie auf die subjektive Sichtweise des sich im Hintergrund befindenden Mittäters ankommen müsste.“⁴⁰

(Korrekturanmerkung: Beide Auffassungen können hier bei entsprechender Argumentation uneingeschränkt vertreten werden. Es sollte besonders honoriert werden, wenn die Prüflinge ihre Bearbeitung so strukturieren, dass die Schwerpunktsetzung gerade beim unmittelbaren Ansetzen deutlich hervortritt. Da das Problem der vermeintlichen Mittäterschaft jedoch viele Ausstiegspunkte bietet und insgesamt besehen schwer zu fassen ist, sollte es bereits positiv berücksichtigt werden, wenn zwar nicht alle Streitpunkte angesprochen werden, jedoch die Problematik zumindest im Ansatz erkannt worden ist und bei den angesprochenen Problemen eine gute Argumentation und Subsumtion zu finden ist. Das Schlagwort der vermeintlichen Mittäterschaft sollte genannt werden.)

IV. Rechtswidrigkeit /Schuld (+)

V. Strafzumessung

Fraglich erscheint, ob hier ggf. das Regelbeispiel des § 263 Abs. 3 S. 2 Nr. 2 Var. 1 StGB einschlägig ist. Objektiv scheidet dies aus, da die Versicherung aufgrund des Anspruchs des B keinen Schaden erleidet. Jedoch könnte dieses Regelbeispiel wiederum aus der Sicht des G verwirklicht worden sein. Der Versuch eines Regelbeispiels muss jedoch grundsätzlich ausscheiden, da gem. § 22 StGB zu der Verwirklichung eines *Tatbestands* unmittelbar angesetzt werden muss, sodass der Versuch eines Regelbeispiels nicht möglich ist. Eine andere Bewertung würde zu einem Verstoß gegen Art. 103 Abs. 2 GG führen.⁴¹

In Betracht kommt jedoch ein ungeschriebenes Regelbeispiel des § 263 Abs. 3 S. 1 StGB.

(Korrekturanmerkung: Vorzugswürdig erscheint es, den Versuch des Regelbeispiels abzulehnen. Eine andere Auffassung ist mit entsprechender Begründung vertretbar. Sehr schön ist es, wenn nach Ablehnung des Versuchs die Möglichkeit eines ungeschriebenen Regelbeispiels erkannt und diskutiert wird.)

VI. Ergebnis

Aufgrund der Vorstellung des G mit B die Versicherung zu betrügen, hat sich G gem. §§ 263 Abs. 1, 25 Abs. 2, 22, 23 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

J. Strafbarkeit des G gem. § 265 Abs. 1 StGB durch das Ansichnehmen des Schmucks

Da vorliegend eine Strafbarkeit gem. §§ 263 Abs. 1, 25 Abs. 2, 22, 23 Abs. 1 StGB gegeben ist, tritt der § 265 Abs. 1 StGB aufgrund einer gesetzlichen Subsidiarität gem. § 265 Abs. 1 a.E. StGB zurück.

K. Strafbarkeit des G gem. § 145d Abs. 1 Nr. 1 StGB durch das Ansichnehmen des Schmucks

Eine Strafbarkeit scheidet zumindest deswegen aus, da durch den G keine „zuständige Stelle“ i.S.d. § 145d Abs. 1 StGB getäuscht wurde.

⁴⁰ Heinrich, Strafrecht, AT, 3. Aufl. 2012, Rn. 744.

⁴¹ Siehe hierzu Murmann (Fn. 7), § 28 Rn. 82.

L. Strafbarkeit des G gem. § 145d Abs. 1 Nr. 1, 25 Abs. 1 Var. 2 StGB durch die Anzeige des B

Sofern davon auszugehen ist, dass der Versicherungsnehmer privatrechtlich stets dazu verpflichtet sein wird, das Geschehen bei einer zuständigen Stelle zur Anzeige zu bringen, läge hier ein Vortäuschen einer Straftat durch den B vor, der freilich unvorsätzlich handelt. Fraglich wäre nunmehr, ob dem G dieses Verhalten zugerechnet werden könnte. G weiß, dass durch das Wegnehmen keine strafrechtlichen Vorschriften verletzt wurden, wohingegen B gerade hiervon ausgeht. G hat mithin Tatherrschaft Kraft überlegenen Wissens. Jedoch fehlt dem G auf subjektiver Ebene das Tatherrschaftsbewusstsein, da dieser annahm, dass B voll deliktisch handelt. Eine Strafbarkeit des G gem. § 145d Abs. 1 Nr. 1, 25 Abs. 1 Var. 2 StGB somit aus.

M. Strafbarkeit des A gem. §§ 242 Abs. 1, 25 Abs. 1 Var. 2 StGB durch das Vorspiegeln eines Einverständnisses seitens des B

I. TBM

1. fremde bewegliche Sache (+)

2. Wegnahme

A nahm den Schmuck nicht weg. Jedoch lag auf Seiten des G eine Wegnahme vor. Fraglich erscheint, ob dem A diese Wegnahme im Wege der mittelbaren Täterschaft gem. § 25 Abs. 1 Var. 2 StGB zugerechnet werden könnte.

Dies wäre dann der Fall, wenn der Hintermann Tatherrschaft besitzen würde. Ob dieser nunmehr selbst Täter ist oder ihm allein eine Teilnehmerstellung zukommt, bemisst sich nach der Tatherrschaft.⁴² Im Rahmen der mittelbaren Täterschaft wird diese durch Wissens-/Willensüberlegenheit begründet.⁴³

Hier führten die falschen Angaben des A zu einer Fehlvorstellung des G. A wusste, dass B keinesfalls mit dem Entwenden des Schmucks einverstanden war, sodass A gegenüber dem G folglich einen Wissensvorsprung besaß, sodass A aufgrund der Wissensüberlegenheit das Geschehen in den Händen hielt.

A hatte somit Tatherrschaft Kraft überlegenen Wissens. Die Handlung des Vordermanns G ist A mithin zuzurechnen.

Eine entsprechende Wegnahme liegt vor.

3. Vorsatz

a.) bzgl. des Delikts (+)

b.) Tatherrschaftsbewusstsein (+)

A wusste um die Wissensdivergenz und die daraus resultierende Tatherrschaft => Tatherrschaftsbewusstsein (+)

4. Zueignungsabsicht (+)

II. Rechtswidrigkeit (+)

III. Schuld (+)

IV. Ergebnis

Durch das Vorspiegeln, dass B mit dem Entwenden einverstanden sei, rief A bei G einen strafrechtlichen Defekt hervor und erlangte Tatherrschaft.

A hat sich mithin eines Diebstahls in mittelbarer Täterschaft gem. §§ 242 Abs. 1, 25 Abs. 1 Var. 2 StGB strafbar gemacht.

⁴² Kühl, Strafrecht, AT, 6. Aufl. 2008, § 20 Rn. 40; s.a. *Murmann* (Fn. 7), § 27 Rn. 20.

⁴³ Kühl (Fn. 43), § 20 Rn. 27, 41; s.h. hierzu ausführlich *Roxin*, Täterschaft und Teilnahme, 8. Aufl. 2006, S. 142 ff., 527 f.

Tatkomplex 2

A. Strafbarkeit des A gem. §§ 242 Abs. 1, 22, 23 Abs. 1, 243 Abs. 1 S. 1 Nrn. 1 u. 2 StGB durch den Versuch den Tresor mit dem Spezialbohrer zu öffnen

I. Vorprüfung

Der Diebstahl wurde vorliegend nicht vollendet. Die Strafbarkeit des Versuchs ergibt sich aus §§ 23 Abs. 1, 242 Abs. 2 StGB.

II. Tatentschluss gem. § 22 StGB

1. fremde bewegliche Sache

Münzen (+)

2. Wegnahme

A stellte sich vor die Münzen wegzunehmen.

3. Zueignungsabsicht (+)

III. Unmittelbares Ansetzen § 22 StGB

Dadurch dass der Täter schon mit dem Bohren begonnen hat, hat er unmittelbar zur Tatbestandsverwirklichung angesetzt.

III. Rechtswidrigkeit und Schuld (+)

IV. Rücktritt gem. § 24 Abs. 1 StGB

Fraglich erscheint jedoch ob A durch den Wechsel von dem versuchten Diebstahl zu der räuberischen Erpressung ggf. von ersterem strafbefreiend zurückgetreten ist.

1. kein Fehlschlag

A erkennt hier, dass weiteres Bohren den tatbestandlichen Erfolg hätte herbeiführen können.

Ein Streit bzgl. der Reichweite des Tatbegriffs nach der Einzelakt-, Tatplantheorie und der Gesamtbetrachtungslehre ist hier *nicht* erforderlich, da hier nach allen Auffassungen eine Einheitlichkeit vorliegt.

2. beendet/unbeendet

A wusste, dass seine Bemühungen zur Erfolgsherbeiführung noch nicht ausreichen. Somit liegt ein unbeendeter Versuch vor.

3. Aufgeben (SCHWERPUNKT)

Fraglich erscheint jedoch, ob der A den Diebstahl nunmehr aufgegeben hat. A distanziert sich hier zwar von dem Diebstahl, wechselt jedoch später zu einer räuberischen Erpressung über.

Ob in solch einer Konstellation eine Aufgabe vorliegt, bemisst sich an der „Tat“ i.S.d. § 24 Abs. 1 StGB.

(Korrekturanmerkung: Erkennt der Prüfling diesen Anknüpfungspunkt und diskutiert erst hier die einzelnen Theorien zur Reichweite des Tatbegriffs, so zeugt dies von einem sehr guten Verständnis und ist besonders zu honorieren)

Sind sowohl der Diebstahl und die danach verwirklichte räuberische Erpressung Teil derselben Tat i.S.d. § 24 StGB, wirkt also nach dem Diebstahl noch dieselbe Tat fort, so liegt durch den Tatbestandswechsel freilich kein Aufgeben vor. Ist zwischen diesen Akten jedoch eine Trennung gegeben, so wäre ein Ablassen durch den Wechsel des Delikts möglich.

Fraglich erscheint mithin, wie weit der Tatbegriff überhaupt reicht.

a.) Einzelakttheorie

Jeder einzelne Akt entspricht einem erneuten Versuch.⁴⁴ Das Geschehen nach dem Bohren stellt folglich einen anderen Versuch dar, sodass hiernach ein Aufgeben möglich wäre.

Gegen solch ein Verständnis spricht jedoch der Opferschutz, da durch frühzeitiges Eintreten eines Fehlschlags der Täter keinen Anreiz mehr sieht, von der Deliktsverwirklichung abzulassen und die Gefahr besteht, dass dieser nunmehr versuchen wird, den einzigen Zeugen zu beseitigen.⁴⁵ Zudem sei es widersinnig, bei einer Tatobjektsverletzung einen Fehlschlag zu verneinen und einen Rücktritt zu eröffnen, im Falle eines gänzlichen Fehlgehens jedoch, eine Rücktrittsmöglichkeit zu verwehren.⁴⁶ Die Einzelakttheorie ist mithin abzulehnen

b.) Tatplantheorie

Es liegt solange eine Einheitlichkeit vor, wie die einzelnen Akte auf einem Tatplan basieren.⁴⁷ Hiergegen spricht jedoch die unbegründete Bevorzugung des planenden Täters⁴⁸, sodass dieser Auffassung nicht gefolgt werden kann.

c.) Gesamtbetrachtungslehre

Auch mehrere Teilakte können Teil derselben Tat und mithin desselben Versuchs sein, sofern ein einheitlicher Lebensvorgang⁴⁹ bzw. eine natürliche Handlungseinheit⁵⁰ vorliegt.

Beide Kriterien orientieren sich zumindest an einem räumlichen und zeitlichen Zusammenhang, sodass ein Streitentscheid diesbezüglich entbehrlich ist. Folglich können auch mehrere Akte Teil *einer Tat* sein. Fraglich erscheint nunmehr, was dies für Auswirkungen auf den Sachverhalt hat. Vorliegend erkennt A, dass er die Münzen auch durch Bedrohung des Butlers erlangen kann, wobei dies in einem unmittelbaren räumlichen und zeitlichen Zusammenhang zu dem vorherigen Bohren steht. Eine Einheitlichkeit dieser beiden Abschnitte erscheint somit möglich. Problematisch ist jedoch, ob vorliegend ggf. eine Zäsur gegeben ist. Unabhängig davon, ob im weiteren Fortgang nunmehr eine räuberische Erpressung oder ein Diebstahl in mittelbarer Täterschaft begangen wird, so beruht dies doch auf einem neuen, eigenständigen Tatentschluss des Täters. Zudem ändert sich die Art und Weise der Tatausführung gänzlich, sodass zumindest schon aus diesen Gründen eine Trennung vorliegt. Es fehlt bei dieser Sachlage an dem Erfordernis, dass bei wertender Betrachtungsweise ein einheitlicher Lebensvorgang gegeben ist.

Dieselbe Tat wird somit nicht fortgesetzt.

A hat die Tat folglich aufgegeben.

(Korrekturanmerkung: Hier waren allein das Erkennen des Anknüpfungspunkts und die Argumentationsfähigkeit des Prüflings gefragt.)

4. Freiwilligkeit

Fraglich erscheint jedoch, ob der A die Tat auch freiwillig aufgab.

a.) psychologische Theorie

⁴⁴ Vertreter u.a.: *Jakobs*, Strafrecht, AT, 2. Aufl. 1991, 26/16; *Bergmann*, ZStW 100 (1988), 329, 351; *Paeffgen*, FS Puppe, 2011, S. 791.

⁴⁵ U.a. *Kühl* (Fn. 43), § 16 Rn. 20; *Roxin* (Fn. 23), § 30 Rn. 188.

⁴⁶ So *Rengier* (Fn. 22), § 37 Rn. 45.

⁴⁷ So BGH früher vgl. u.a. BGHSt 10, 129, 131; BGHSt 14, 76, 79.

⁴⁸ So u.a. SK-StGB/*Rudolphi*, Loseblattausgabe, 20. Lfg. (April 1993), § 24 Rn. 12 a; *Otto*, GA 1967, 144, 144 f; *Geilen*, JZ 1972, 335, 336.

⁴⁹ U.a. BGHSt 40, 75, 77; LK-StGB/*Lilie/Albrecht*, 12. Aufl. 2007, § 24 Rn. 115 f; MK-StGB/*Herzberg/Hoffmann-Holland* (Fn. 39), § 24 Rn. 62.

⁵⁰ *Roxin*, JuS 1981, 1, 7; *Dreher*, JR 1969, 105, 107; *Schmidhäuser*, Strafrecht, AT, 2. Aufl. 1975, 15/78.

Nach der psychologischen Auffassung liegt dann eine Freiwilligkeit vor, wenn der Rücktritt auf einer freien Willensbildung beruht. Die Entscheidung zur Aufgabe muss mithin ein autonomer Entschluss des Täters sein.⁵¹

Vorliegend begründet sich die Motivation des A zur Aufgabe allein in dessen Faulheit. Ein psychischer Zwang ist nicht zu erkennen, sodass er nach der psychologischen Theorie freiwillig von der weiteren Ausführung abließ.

b.) normative Theorie

Eine Freiwilligkeit liege nur dann vor, „wenn er [der Rücktritt] sich als ‚Umkehr‘, als Ausdruck einer gewandelten Einstellung und insoweit als ‚Rückkehr in die Legalität‘ darstellt.“⁵² Vorliegend stellt sich das Verhalten des A gerade nicht als Umkehr oder gar als Ausdruck einer geänderten Einstellung dar. A lässt nur ab, um sich anderer Mittel zu bedienen, wobei dieser hiermit allein bezweckt, das bei Beginn angestrebte Ziel auf anderem Wege zu realisieren.

Eine Freiwilligkeit ist nach der normativen Theorie somit zu verneinen.

c.) Streitentscheid

Beide Auffassungen führen zu unterschiedlichen Ergebnissen.

Nach *Murmann* betrifft der Streit „genau besehen nicht die Normativität des Begriffs der ‚Freiwilligkeit‘ überhaupt, sondern dessen richtige normative Konturierung.“⁵³ Die Frage ist also, ob die Autonomie der Entscheidung das normativ maßgebliche Kriterium ist. Dafür sprechen wohl die besseren Gründe, denn der freiwillige Rücktritt muss sich auf das verwirklichte Tatunrecht beziehen. Eine umfassend rechtstreue Einstellung kann in einem Tatstrafrecht schwerlich verlangt werden.⁵⁴

Verschiedentlich wird gegen eine rücktrittseinschränkende normative Auslegung auch geltend gemacht, diese vernachlässige den Opferschutz.⁵⁵

Nach dem BGH widerspricht eine rein normative Deutung zudem dem Gesetzeswortlaut.⁵⁶

Die besseren Argumente sprechen hier mithin für die psychologische Theorie.

Eine Freiwilligkeit liegt somit vor.

(Korrekturanmerkung: Beide Auffassungen sind bei entsprechender Argumentation uneingeschränkt vertretbar)

V. Ergebnis

A ist strafbefreiend gem. § 24 Abs. 1 StGB zurückgetreten und mithin nicht gem. §§ 242 Abs. 1, 22, 23 Abs. 1, 243 Abs. 1 S. 1 Nrn. 1 u. 2 strafbar.

B. Strafbarkeit des A gem. §§ 242 Abs. 1, 244 Abs. 1 Nrn. 1 a/b und 3

Eine Strafbarkeit scheidet aus, da A von dem versuchten Diebstahl strafbefreiend zurückgetreten ist.

C. Strafbarkeit des A gem. § 303 Abs. 1 StGB durch das Zerschlagen des Kellerfensters (+)

D. Strafbarkeit des A gem. § 303 Abs. 1 StGB durch das Anbohren des Tresors (+)

⁵¹ BGHSt 35, 184, 186; Rengier (Fn. 22), § 37 Rn. 91; *Wessels/Beulke* (Fn. 4), Rn. 651; *Heinrich* (Fn. 41), Rn. 811; *Kühl* (Fn. 43), Rn. 54; s.a. *Murmann* (Fn. 7), § 28 Rn. 155.

⁵² *Roxin* (Fn. 23), § 30 Rn. 355; ebenso SK-StGB/*Rudolphi*, Loseblattausgabe, 20. Lfg. (April 1993), § 24 Rn. 25; *Jakobs* (Fn. 45), 2. Aufl. 1991, 26/34aff.

⁵³ *Murmann* (Fn. 7), § 28 Rn. 155.

⁵⁴ *Murmann* (Fn. 7), § 28 Rn. 155.

⁵⁵ *Rengier* (Fn. 22), § 37 Rn. 99.

⁵⁶ BGHSt 35, 184, 187.

E. § 123 Abs. 1 StGB durch das Betreten der Wohnung (+)

(Korrekturanmerkung: bzgl. der vorangegangenen Straftatbestände soll durch den Prüfling die Schwerpunktsetzung beachtet werden. Hier schadet es aufgrund der Eindeutigkeit nicht, wenn die Prüfung auf ein Minimum reduziert wird.

Da A hier von §§ 242 Abs. 1, 244 Abs. 1 Nrn. 1 a/b und 3 StGB zurück getreten ist, tritt der § 123 Abs. 1 StGB nicht zurück. Anders, wenn ein Rücktritt verneint wurde.)

F. Strafbarkeit des Butlers James gem. §§ 242 Abs. 1, 243 Abs. 1 Nr. 2 StGB durch das Übergeben der Münzen an den A

I. TBM

1. fremde bewegliche Sache (+)

2. Wegnahme (+)

a.) fremder Gewahrsam

James kannte die Kombination des Geldschanks, sodass der Butler ggf. selbst Gewahrsam an den Münzen besaß. Jedoch hatte J keinen Alleingewahrsam inne, sondern R hat zumindest aufgrund eines generellen Herrschaftsbewusstseins ebenfalls Gewahrsam an den Münzen. Fremder Gewahrsam ist mithin gegeben.

b.) neuer Gewahrsam

Es genügt, „wenn der Täter mit seiner Handlung dafür ursächlich wird, dass überhaupt neuer Gewahrsam begründet wird.“⁵⁷ R müsste den Gewahrsam des A erst brechen, um wieder nach Belieben mit den Münzen verfahren zu können. Neuer Gewahrsam (+)

c.) Bruch

Selbst wenn hier durch das Kennen der Geldschrankkombination untergeordneter Gewahrsam bzw. Mitgewahrsam angenommen wird, liegt mangels eines tatbestandsausschließenden Einverständnisses in beiden Fällen ein Bruch vor.

3. Vorsatz (+)

4. Zueignungsabsicht (+) (Drittzueignungsabsicht)

II. Rechtswidrigkeit

1.) Rechtfertigung gem. § 32 Abs. 1 StGB

James wendet sich nicht gegen den Angreifer, sodass § 32 Abs. 1 StGB hier nicht einschlägig ist.

2.) Rechtfertigung gem. § 34 Abs. 1 StGB

a.) Notstandslage

A droht hier dem J mit der Brechstange, sodass hier eine gegenwärtige Gefahr für Leib und Leben besteht.

b.) Notstandshandlung

aa.) Geeignetheit

Durch Herausgabe der Münzen wird A ablassen, sodass die Gefahr beseitigt wird.

bb.) Erforderlichkeit

Andere Mittel, derer sich J bedienen könnte, sind nicht erkennbar.

⁵⁷ MK-StGB/Schmitz, 2. Aufl. 2012, § 242 Rn. 78.

cc.) Interessenabwägung

Hier sind Leib und Leben ggü. Eigentum deutlich höherrangig.

dd.) Angemessenheitsklausel (Problem)

J wird hier durch Drohung mit der Brechstange genötigt, die Münzen des R herauszugeben, sodass ein Nötigungsnotstand vorliegt. Wäre hier ein Notstand gem. § 34 Abs. 1 StGB zu bejahen, so würde dies dazu führen, dass der Handelnde *gerechtfertigt* wäre! Der Geschädigte könnte mithin gegen den Angreifer mangels *rechtswidrigen* Angriffs keine Notwehr üben.

(1) e.A.: Ein Nötigungsnotstand führt nicht zu einer Rechtfertigung nach § 34 StGB.⁵⁸ Dadurch dass der Täter auf die Seite des Nötigenden trete, sei eine Rechtfertigung nicht möglich.⁵⁹ Der besondere Umstand des nötigenden Hintermanns dürfe nicht zu einer Einschränkung der Verteidigungsrechte des Angegriffenen führen.⁶⁰ Das Recht würde zudem erschüttert, wenn sich der Angegriffene nur gegen den Hintermann verteidigen dürfte.⁶¹ Zudem erscheine solch ein Vorgehen „nicht als das rechte Mittel zum rechten Zweck“.⁶²

(2) a.A.: § 34 StGB (+), der Ursprung der Gefahr sei gleichgültig, sodass auch hier eine Rechtfertigung nach § 34 StGB vorliegt.⁶³ „Für den Genötigten macht es keinen Unterschied, von wem die Gefahr für sein Leben ausgeht, so dass er auch beim Nötigungsnotstand die Solidarität der Rechtsgenossen beanspruchen darf, wenn er zur Gefahrenabwehr in die Güter Dritter eingreift.“⁶⁴

(3) vermittelnde Auffassung: Hiernach sei eine Rechtfertigung möglich, sofern besonders wichtige Rechtsgüter betroffen sind, die im Rahmen der Interessenabwägung deutlich überwiegen.⁶⁵ § 35 StGB sei enger als der § 34 StGB, sodass dieser nicht alle Fälle auffangen könne.⁶⁶

(4) Streitentscheid

Um in dem Konflikt einen gerechten Interessenausgleich herbeizuführen, erscheint es mit der Differenzierungslösung geboten, keine pauschale Aussage zu treffen, sondern nach der Schwere des durch den Nötigenden bedrohten Rechtsguts zu unterscheiden. Liegt eine Bedrohung besonders überragender Rechtsgüter vor, so hat der Angegriffene die Handlung des Angreifers zu dulden, ohne gerechtfertigt hiergegen einschreiten zu dürfen, wobei eine Straflosigkeit auf der Schuldebene unbenommen bleibt.

Bezieht sich die Drohung hingegen allein auf ein weniger gewichtiges Rechtsgut, so kann dem Opfer eine Duldungspflicht nicht auferlegt werden.

Mithin ist der Differenzierungslösung zu folgen.

(Korrekturanmerkungen: Alle Meinungen sind vertretbar. Wird jedoch eine Rechtfertigung abgelehnt, so ist zudem der entschuldigende Notstand gem. § 35 Abs. 1 StGB zu prüfen und zu bejahen.)

⁵⁸ u.a. Schönke/Schröder/Perron, StGB, 28. Aufl. 2010, § 34 Rn. 41b; Wessels/Beulke (Fn. 4), Rn. 443; Freund, Strafrecht, AT, 2. Aufl. 2009, § 4 Rn. 50; Rengier (Fn. 22), § 19 Rn. 54; Kühl (Fn. 43), § 8 Rn. 127 ff.

⁵⁹ Leckner, Der rechtfertigende Notstand, 1963, S. 117; Wessels/Beulke (Fn. 4), Rn. 443; Heinrich (Fn. 41), Rn. 580.

⁶⁰ Wessels/Beulke (Fn. 4), Rn. 443.

⁶¹ Wessels/Beulke (Fn. 4), Rn. 443.

⁶² Wessels/Beulke (Fn. 4), Rn. 443.

⁶³ Jakobs (Fn. 45), 13/14, 21/84; dem zustimmend Kindhäuser (Fn. 6), § 17 Rn. 36.

⁶⁴ Kindhäuser (Fn. 6), § 17 Rn. 36.

⁶⁵ MK-StGB/Erb, 2. Aufl. 2011, § 34 Rn. 147; Rengier (Fn. 22), § 19 Rn. 54.

⁶⁶ Rengier (Fn. 22), § 19 Rn. 54.

Vorliegend droht A dem J mit der Brechstange. Würde dieses Tatmittel zum Einsatz kommen, so würden hieraus schwere Verletzungen oder sogar der Tod folgen, wobei der Verlust der Münzsammlung dem gegenübersteht. Hier ist eine gravierende Divergenz zwischen diesen beiden Rechtsgütern zu erkennen, die eindeutig zu Gunsten des Lebens des J ausfällt. Mithin überwiegt dieses Rechtsgut erheblich, sodass hier eine Angemessenheit gegeben ist.

c.) Gefahrabwendungswille (+)

J handelte um die Gefahr zu beseitigen.

d.) Zwischenergebnis

J handelte gem. § 34 Abs. 1 StGB gerechtfertigt.

III. Ergebnis

J handelte gem. § 34 Abs. 1 StGB gerechtfertigt und hat sich somit nicht gem. § 242 Abs. 1, 243 Abs. 1 Nr. 2 StGB strafbar gemacht.

G. Strafbarkeit des A gem. §§ 253 Abs. 1, 255 StGB durch das Bedrohen des Butlers und die Erlangung der Münzen

I. Tatbestandsmäßigkeit

1. Qualifiziertes Nötigungsmittel

Drohung mit Gefahr für Leib und Leben durch die Brechstange (+)

2. Nötigungserfolg

a.) e.A.: Handeln, Dulden, Unterlassen⁶⁷. Abgrenzung zu § 249 StGB nach äußerem Erscheinungsbild.⁶⁸

Der Butler gibt die Münzen an den A heraus. Nach dem äußeren Erscheinungsbild liegt eine Weggabe vor. Nötigungserfolg (+)

b.) a.A.: Vermögensverfügung⁶⁹

Eine freiwillige Vermögensverfügung liegt vor, wenn es einzig von der Entscheidung des Opfers abhängt, ob es dem Täter das gewünschte Objekt aushändigt, der Delinquent also auf andere Weise nicht in der Lage ist, sich den Vermögenswert einzuverleiben, es also zwingend dieser Mitwirkung des Opfers bedarf.⁷⁰

Hier geht der Butler laut Sachverhalt davon aus, dass seine Mitwirkung zur Öffnung des Tresors erforderlich ist. Jedoch bezieht sich diese Vorstellung gerade nur auf das *Öffnen* des Tresors. Für die daran anschließende Erlangung der Münzen war eine Mitwirkung des Butlers hingegen nicht nötig, denn der A hätte auch selbst in den nun geöffneten Tresor greifen und die Münzen an sich nehmen können, was der Butler zweifelsohne auch erkannte. In der Übergabe der Münzen durch den Butler liegt nach der Lehre somit keine Verfügung vor, sodass hiernach eine räuberische Erpressung ausscheiden müsste.

Fraglich erscheint jedoch wie sich der Umstand auswirkt, dass der Butler zuvor den Tresor öffnete. Man könnte erwägen, dass schon im Öffnen eine entsprechende Verfügung durch den Butler zu erblicken ist. Jedoch würde dann der Vermögensnachteil nicht unmittelbar durch die Verfügung (Öffnen des Tresors) herbeigeführt, da dieser erst durch die Erlangung der Münzen durch A, mithin

⁶⁷ RGSt 4, 429, 432; BGHSt 14, 386, 390; 32, 88, 91; 41, 123, 125.

⁶⁸ BGH, NStZ 1999, 350, 351.

⁶⁹ U.a. Lackner/Kühl (Fn. 37), § 253 Rn. 3; Rengier, Strafrecht, BT I, 14. Aufl. 2012, § 11 Rn. 13; Schönke/Schröder/Eser/Bosch, StGB, 28. Aufl. 2010, § 253 Rn. 8.

⁷⁰ Wessels/Hillenkamp, Strafrecht, BT 2, 35. Aufl. 2012, Rn. 714.

durch eine weitere Handlung entweder des Butlers oder von A, entsteht. Klärungsbedürftig ist mithin, ob es in diesem Rahmen einer Unmittelbarkeit überhaupt bedarf.

aa.) Unmittelbarkeit erforderlich

Nach einer Auffassung ist es zwingend erforderlich, dass zwischen dem Nachteil und der Verfügung ein unmittelbarer Zusammenhang besteht.⁷¹ Dies folge aus der Parallelität zwischen dem Betrug und der Erpressung.⁷² Durch das Öffnen des Tresors wird der Vermögensschaden nicht begründet, sodass es an der erforderlichen Unmittelbarkeit fehlt.

bb.) Unmittelbarkeit entbehrlich

Nach anderer Meinung reicht es aus, wenn aus der Perspektive des Opfers dessen Mitwirkung zwingende Voraussetzung für den Nachteil ist, wobei es dahinstehen kann, ob der Nachteil *unmittelbar* aus dieser Mitwirkung erwächst.⁷³ Dies wird damit begründet, dass neben der Lockerung gleichfalls ein Einverständnis zum Gewahrsamsverlust erzwungen wurde.⁷⁴

Wie schon festgestellt, ging der Butler davon aus, dass es seiner Mithilfe zur Öffnung bedarf, sodass hiernach ein entsprechender Nötigungserfolg vorliegen würde.

cc.) Streitentscheid

Beide Auffassungen führen zu unterschiedlichen Ergebnissen.

Das Argument der Strukturgleichheit ist nur auf den ersten Blick überzeugend. Mit *Küper* ist es richtig, dass im Rahmen des Betrugs „die *erschlichene Gewahrsamslockerung* noch kein – für die bewusste Verfügung erforderliches – *Einverständnis* mit dem *Gewahrsamsverlust* bedeutet und deshalb die >>Wegnahme<< nicht ausschließen kann“.⁷⁵ „Das erpresserisch *erzwungene Einverständnis* mit der Gewahrsamslockerung, das dem Täter den Weg zur Gewahrsamsverschiebung bewusst freigibt, enthält jedoch regelmäßig *zugleich* das (unfreiwillige) Einverständnis auch mit der *Gewahrsamsverschiebung*, selbst wenn sie >>unmittelbar<< erst vom Täter herbeigeführt werden muss.“⁷⁶ Zieht man diesbezüglich einen konkreten Vergleich zu einem Betrug, so wird der Unterschied deutlich.

Gibt der Täter vor, er sei Hersteller des Tresors und müsse den Tresor inspizieren, um eine mögliche Schwachstelle zu beseitigen, weswegen dieser um Öffnung bittet, so geht das Opfer freilich nicht davon aus, dass der vermeintliche Techniker nach dem Öffnen des Safes den Tresorinhalt entwendet. Anders ist es aber dann, wenn das Opfer bedroht wird. Unter diesen Umständen ist dem Betroffenen bewusst, warum der Drohende die Öffnung des Tresors verlangt und was nach der Öffnung des Tresors geschehen wird.

Eine unterschiedliche Bewertung ist somit geboten.

cc.) Zwischenergebnis

Eine Unmittelbarkeit ist somit nicht erforderlich.

(Korrekturanmerkung: Beide Auffassungen sind vertretbar. Wird jedoch eine taugliche Vermögensverfügung abgelehnt, so hat der Prüfling zu entscheiden, ob nunmehr der Auffassung des BGH oder der Untermeinung der Literatur zu folgen ist. Wird die Ansicht des BGH abgelehnt und sodann folgerichtig eine räuberische Erpressung verneint, muss ein Raub geprüft und bejaht werden.)

⁷¹ Schönke/Schröder/*Eser/Bosch* (Fn. 71), § 253 Rn. 8; MK-StGB/*Sander*, 2. Aufl. 2012, § 253 Rn. 24.

⁷² Vgl. Schönke/Schröder/*Eser/Bosch* (Fn. 71), § 253 Rn. 8.

⁷³ So *Otto*, Grundkurs Strafrecht, Die einzelnen Delikte, 7. Aufl. 2005, § 53 Rn. 5; ebenso *Lackner/Kühl* (Fn. 37), § 253 Rn. 3.

⁷⁴ *Küper* (Fn. 15), S. 415 f.

⁷⁵ *Küper* (Fn. 15), S. 416.

⁷⁶ *Küper* (Fn. 15), S. 416.

c.) Zwischenergebnis

Sowohl die Auffassung der Lehre, als auch die Ansicht des BGH führen zu gleichen Ergebnissen. Ein Streitentscheid ist somit entbehrlich.

3. Vermögensschaden (Problem)

Der Butler erleidet selbst keinen Vermögensschaden, sondern das Vermögen des R wird durch den Verlust der Münzen verringert. Es fallen somit der Verfügende und der Geschädigte auseinander, sodass eine Dreieckerpressung vorliegt. Dass solch eine Konstellation auch von § 253 Abs. 1 StGB erfasst ist, ergibt sich schon aus dem Gesetzeswortlaut, wonach der Schaden auch bei einem *anderen* eintreten kann.

Fraglich erscheint jedoch, ob der Tatbestand einer Einschränkung bedarf, mithin also weitere Voraussetzungen erforderlich sind, die eine Zurechnung erst ermöglichen. Zudem besteht in der vorliegenden Konstellation ein Spannungsverhältnis zu einem Diebstahl in mittelbarer Täterschaft mit tateinheitlicher Nötigung, weswegen auch diesbezüglich eine Abgrenzung erforderlich ist

(Korrekturanmerkung: Es galt hier vor allem festzustellen, dass hier eine Konkurrenz zu einer Tat in mittelbarer Täterschaft besteht, da der A den Butler in einen Nötigungsnotstand versetzte und mithin einen Defekt hervorrief.)

a.) BGH:

Der Erpressungstatbestand ist weit gefasst und bedarf einer Einschränkung.⁷⁷

„[...]zwischen dem Genötigten und dem in seinem Vermögen Geschädigten [muss] eine [sic!] Näheverhältnis dergestalt bestehen, daß das Nötigungsoffer spätestens im Zeitpunkt der Tatbegehung auf der Seite des Vermögensinhabers steht. Gerade darin, daß der Täter die von einem Dritten im Interesse des Vermögensinhabers wahrgenommene Schutzfunktion mit Nötigungsmitteln aufhebt, liegt der Unrechtsgehalt der Dreieckerpressung[...].“⁷⁸

Vorliegend wäre der Butler ohne die Drohung mit der Brechstange bereit gewesen, das Vermögen des R zu schützen, sodass hier nach der Auffassung des BGH ein entsprechendes Näheverhältnis gegeben ist.

b.) Anwendung der für den Dreiecksbetrug entwickelten Kriterien

aa.) Lagertheorie:

Nach der Lagertheorie muss schon vor der Verfügung eine Vermögensnähe des Verfügenden zu dem Vermögen des Geschädigten bestehen, um eine Zurechnung des Schadens zu ermöglichen.⁷⁹

Diese sei gegeben, sofern Allein- oder Mitgewahrsam besteht, bzw. eine Obhutsbeziehung „(,Hüterstellung´ als Gewahrsamsdiener oder Gewahrsamsgehilfe)“ vorliegt.⁸⁰

Der verfügende Butler kannte die Zahlenkombination des Tresorschlosses, sodass dieser Zugang zu dem Safe besaß. Zudem wird der Butler durch seine Tätigkeit im Rahmen des Vermögenskreises des Z tätig. Somit bestand hier zumindest eine Obhutsbeziehung, sodass der Butler dem *Lager* des R zuzuordnen ist, weswegen auch hiernach die erforderliche Nähebeziehung vorliegen würde.

bb.) Ermächtigungs-/Befugnistheorie:

Eine Zurechnung des Schadens erfolgt dann, wenn der Täter eine Verfügungsbefugnis über das Vermögen des Geschädigten besitzt.⁸¹ Diese ergebe sich aus der Rechtsordnung oder wird durch den Geschädigten gewährt.⁸²

⁷⁷ BGH, NJW 1995, 2799.

⁷⁸ BGH, NJW 1995, 2799, 2800.

⁷⁹ Kindhäuser, Strafrecht, BT, 7. Aufl. 2013, § 17 Rn. 43; Wessels/Hillenkamp (Fn. 72), Rn. 715.

⁸⁰ Küper (Fn. 15), S. 405.

⁸¹ So Schönke/Schröder/Eser/Bosch (Fn. 71), § 253 Rn. 6; s.a. MK-StGB/Hefendehl, 1. Aufl. 2006, § 263 Rn. 286.

Die Anwendung der für den Dreiecksbetrug entwickelten Befugnistheorie erscheint im Rahmen der Dreieckerpressung jedoch fraglich, „da dem genötigten Dritten vom Geschädigten kaum einmal die Befugnis zur Verfügung eingeräumt sein dürfte.“⁸³ Allein bei Bankangestellten könne in diesem Rahmen von solch einer Befugnis ausgegangen werden.⁸⁴

Aufgrund des Umstands, dass die Befugnistheorie spezifisch für den Dreiecksbetrug entwickelt wurde, kann sie im Rahmen der Dreieckerpressung nicht fruchtbar gemacht werden.

Alle anwendbaren Auffassungen führen zu demselben Ergebnis, ein Streitentscheid ist somit entbehrlich. Vermögensschadenzurechnung (+).

(Korrekturanmerkung: Sofern hier eine Zurechnung des Schadens durch den Prüfling abgelehnt wurde, hätte eine Strafbarkeit des A gem. § 242 Abs. 1, 25 Abs. 1 Var. 2, 243 Abs. 1 S. 1 Nrn. 1 und 2 StGB und § 240 Abs. 1 StGB geprüft werden müssen.)

4. Vorsatz (+)

5. Bereicherungsabsicht (+)

II. Rechtswidrigkeit und Schuld (+)

III. Ergebnis

A hat sich durch das Bedrohen des Butlers und die Erlangung der Münzen gem. §§ 253 Abs. 1, 255 StGB strafbar gemacht.

H. Strafbarkeit des A gem. § 240 Abs. 1 StGB durch das Bedrohen des Butlers

(+) jedoch gem. § 52 Abs. 1 StGB Tateinheit mit der räuberischen Erpressung => tritt im Wege der Konsumtion zurück.

⁸² Vgl. MK-StGB/Hefendehl (Fn. 83), § 263 Rn. 286.

⁸³ NK-StGB/Kindhäuser, 4. Aufl. 2013, § 253 Rn. 26.

⁸⁴ NK-StGB/Kindhäuser (Fn. 85), § 253 Rn. 26.

Tatkomplex 3

A. Strafbarkeit des A gem. § 263 Abs. 1 StGB durch das Bezahlen mit den gestohlenen Münzen

I. TBM

1. Täuschung (+)

A täuscht darüber, dass er Eigentümer der Münzen ist.

2. Täuschungsbedingter Irrtum (+)

Verkäufer geht von Eigentümerstellung aus.

3. Irrtumsbedingte Vermögensverfügung (+)

Da der Verkäufer von der Eigentümerstellung ausgeht, überlässt er die Blumen.

4. Vermögensschaden

Fragliche erscheint, ob der Blumengeschäftsinhaber einen Schaden erleidet. Dass wäre dann der Fall, wenn kein gleichwertiges Äquivalent in das Vermögen zufließt. Zwar sind die Münzen dem Berechtigten R abhandengekommen, jedoch gilt § 935 Abs. 1 BGB nicht für Geld (§ 935 Abs. 2 BGB), sodass der Inhaber das Geld gutgläubig erwerben kann.

(Korrekturanmerkung: Sollte ein Prüfling dahingehend argumentieren, dass die Münzen kein Zahlungsmittel, sondern Sammlerstücke darstellen, sodass § 935 Abs. 2 BGB nicht gilt, so ist dies hier nicht vertretbar. Die Münzen sind objektiv als Zahlungsmittel geeignet; dies reicht aus. Lediglich reine Sammlerstücke sind von § 935 Abs. 2 BGB nicht erfasst.⁸⁵)

Diskutiert werden kann an dieser Stelle noch die vom Reichsgericht in RG 73, 61 vertretene sog. Makeltheorie. In ihrer Reinform wurde nach der von der NS-Ideologie geprägten Ansicht angenommen, dass bei täuschungsbedingtem gutgläubigen Erwerb die Gefahr von Rechtsstreitigkeiten, sowie der Verdacht der Hehlerei nach „gesundem Volksempfinden“ eine wirtschaftliche Wertminderung unter dem Gesichtspunkt sittlicher Makelhaftigkeit begründe.⁸⁶

In dieser Ausformung ist die Theorie sicherlich nicht mehr vertretbar. Heute wird jedoch teilweise angenommen, dass ein Risiko rechtlicher Auseinandersetzungen nach Lage des Einzelfalls ein Gefährdungsschaden begründen kann.⁸⁷ Das soll dann der Fall sein, wenn für den gutgläubigen Erwerber schon bei Erwerb ein Risiko besteht, in einen Herausgabeprozess oder Strafprozess verwickelt zu werden. Ein solches Risiko wird vorliegend jedoch nicht zu begründen sein. Der Sachverhalt gibt dafür zu wenig her.

(Korrekturanmerkung: Das Fehlen dieser Diskussion sollte nicht negativ gewichtet werden.)

Ein Vermögensschaden besteht somit nicht.

II. Ergebnis

Eine Strafbarkeit gem. § 263 Abs. 1 StGB durch das Bezahlen mit den Münzen scheidet mangels Vermögensschadens aus.

B. Strafbarkeit des A gem. § 246 Abs. 1 StGB durch das Bezahlen mit den gestohlenen Münzen

⁸⁵Palandt/Bassenge, BGB, 72. Aufl. 2013, § 935 Rn. 11.

⁸⁶Fischer, StGB, 60. Aufl. 2013, § 263 Rn. 151.

⁸⁷LK-StGB/Tiedemann, 12. Aufl. 2012, § 263 Rn. 209.

Gute Bearbeitungen prüfen für A auch § 246 Abs. 1 StGB. Es stellt sich dabei das Problem, ob eine wiederholte Zueignung durch den Täter möglich ist. Dies ist auch nach Einführung der Subsidiaritätsklausel strittig geblieben.

a) Tatbestandlösung

Die Rspr. geht davon aus, dass ein Täter, der sich eine Sache bereits deliktisch zueignet hat, den Tatbestand des § 246 Abs. 1 StGB nicht noch einmal erfüllen kann. Weitere Zueignungsakte sind also tatbestandslos.⁸⁸

b) Konkurrenzlösung

Die Konkurrenzlösung lässt eine erneute Zueignung zu, wobei dieses Delikt im Konkurrenzfall hinter das erste zurücktritt, sofern der Schaden nicht weiter vertieft wird.⁸⁹

c) Streitentscheid

„Für die Konkurrenzlösung spricht, dass eine deliktisch (zB durch Betrug) entzogene Sache auch gegen weitere Eigentumsverletzungen (zB gegen Zueignung durch Verbrauch) zu schützen ist und die Tatbestandlösung etwa bei Straflosigkeit der Erstzueignung oder im Falle der Tatbeteiligung an Verwertungshandlungen zu Lücken führen kann.“⁹⁰

(Korrekturanmerkung: Wer sich der Konkurrenzlösung anschließt, sollte auch überlegen, ob nicht eine weitere Vertiefung des Schadens bewirkt wird, da der Inhaber das Geld gutgläubig erwirbt. Das Fehlen dieser Überlegung sollte jedoch nicht negativ bewertet werden.)

C. Strafbarkeit der F gem. § 259 Abs. 1 StGB durch Entgegennahme der Blumen

F erhält die Blumen mit Einverständnis des A, sodass die Variante des „sich verschaffens“ in Betracht kommen könnte. Zu beachten ist jedoch, dass die Blumen nicht aus einer gegen fremdes Vermögen gerichteten Vortat stammen. Wird oben der Konkurrenzlösung gefolgt, so hat A zwar eine Unterschlagung durch das Bezahlen mit den gestohlenen Münzen begangen, durch diese Tat sind jedoch **nicht** die Blumen erlangt worden. A hat sich dadurch nur wiederholt die Münzen zueignet. Wird der Tatbestandlösung gefolgt, so sollte nur kurz festgestellt werden, dass die Blumen nicht aus einer gegen fremdes Vermögen gerichteten Vortat stammen.

D. Strafbarkeit der F gem. § 259 Abs. 1 StGB durch das Auswählen der Blumen in dem Wissen um die Herkunft der Münzen

I. TBM

1. Sache aus Vortat eines anderen (+)

Münzen (+)

2. Absatzhilfe

In Betracht kommt die Absatzhilfe. Dafür reicht nach der Rspr. jede von Absatzwillen getragene vorbereitende, ausführende oder helfende Handlung aus, die geeignet ist, den Vortäter bei der Verwertung der Sache zu unterstützen.⁹¹ Die Unterstützungshandlung der F ist im Aussuchen der Blumen begründet.

Zu beachten ist, dass der Inhaber des Blumengeschäfts das Geld gutgläubig erwirbt. Dadurch entfällt die Tauglichkeit des Geldes als Hehlereiobjekt: Eine Sache, die durch eine gegen fremdes

⁸⁸ BGHSt 14, 38, 43 f.

⁸⁹ Schönke/Schröder/Eser/Bosch (Fn. 71), § 246 Rn. 19; MK-StGB/Hohmann, 2. Aufl. 2012, § 246 Rn. 39.

⁹⁰ Schönke/Schröder/Eser/Bosch (Fn. 71), § 246 Rn. 19.

⁹¹ Fischer (Fn. 88), § 259 Rn. 17.

Vermögen gerichtet Tat erlangt wurde, ist nur dann taugliches Tatobjekt, wenn an ihr die rechtswidrige Besitzlage bei der Begehung der Hehlereihandlung fortbesteht.⁹² Das ist aufgrund des gutgläubigen Erwerbs jedoch nicht der Fall. Eine Absatzhilfe scheidet somit aus.

II. Ergebnis

Eine Strafbarkeit der F gem. § 259 Abs. 1 StGB durch das Auswählen der Blumen kommt somit nicht in Betracht.

E. Strafbarkeit der F gem. §§ 246 Abs. 1, 27 Abs. 1 StGB durch das Auswählen der Blumen (+)

Zu prüfen ist dann jedoch eine Beihilfe der F zu der von A begangenen wiederholten Unterschlagung der Münzen. Das Fördern der Haupttat ist in dem Ausschauen der Blumen begründet.

(Korrekturanmerkung: Ist der Prüfling oben der Tatbestandslösung gefolgt, so darf natürlich keine Beihilfe für F geprüft werden.)

⁹² Vgl. Schönke/Schröder/Stree/Hecker, 28. Aufl. 2010, § 259 Rn. 7.