

**Lösungsskizze – Klausur vom 8.9.2012**

Vorbemerkung: Ein Großteil der Probleme dieser Klausur gehört nicht zu dem Bereich der „Standardprobleme“. Hier ist eine sorgsam durchdachte, auch das Zivilrecht beachtende, Lösung erforderlich. Zwei Probleme sind der aktuellen BGH-Rechtsprechung entnommen. Zum einen die Problematik bezüglich des Zungenkusses (BGHSt 56, 223, NJW 2011, 3111). Dieser Fall berührt keinen Pflichtstoff. Vertiefte Kenntnisse der Problematik sind daher nicht zu erwarten. Eine Subsumtion unter den Wortlaut sowie eine Auslegung der Norm kann jedoch erwartet werden. Das hier entscheidende Problem lässt sich mit einer solchen Herangehensweise ohne Weiteres lösen. Der Komplex mit dem Makler beruht auf der BGH-Entscheidung zur Erpressung einer Prostituierten (BGH NStZ 2011, 278). Hier wurde diese gegen einen Makler ausgetauscht, was aufgrund der vergleichbaren Anspruchsentstehung (nach Erbringung der Leistung) keinen rechtlichen Unterschied macht. Die hiermit verbundenen Fragen wiederum gehören vollständig zum Pflichtstoff, so dass dort eine exakte Problembehandlung zu erwarten ist.

Kernprobleme sind der Gewahrsamsverlust des I, die mögliche Notwehr des K sowie der Vermögensschaden des M. Für eine gute Bewertung war zudem auf die Frage der Rechtswidrigkeit der Bereicherung, die Konkurrenzfrage zwischen § 303 und § 246 und die Auslegung des § 177 einzugehen.

**FRAGE 1****Tatkomplex 1: Die Zeichnung****A) Strafbarkeit gem. § 242 Abs. 1 StGB****1) Objektiver Tatbestand****a) fremde, bewegliche Sache**

Die Leinwand stand im Eigentum des I. Sie ist für K eine fremde, bewegliche Sache.

**b) Wegnahme**

Diese Sache müsste K weggenommen haben. Wegnahme ist der Bruch fremden Gewahrsams und die Begründung neuen, nicht notwendigerweise, aber regelmäßig, eigenen Gewahrsams. Gewahrsam ist ein tatsächliches, von einem Herrschaftswillen getragenes, Herrschaftsverhältnis (vgl. nur *Lackner/Küh*<sup>27</sup>, § 263 Rn 8a). Objektiv dürfen hierfür dem Gewahrsamsinhaber nach den Anschauungen des täglichen Lebens keine Hindernisse bezüglich der Verwirklichung des Willens zur unmittelbaren Einwirkung auf die Sache entgegenstehen (*Lackner/Küh*<sup>27</sup>, § 242 Rn 90 mwN). Als Inhaber des Geschäfts hatte I ursprünglich Gewahrsam an der Leinwand (vgl. *BeckOK/Wittig*, § 242 Rn 20.1). Diesen Gewahrsam könnte K jedoch durch das Bemalen der Leinwand gebrochen haben. Nach § 950 Abs. 1 BGB erlangt derjenige, der durch Verarbeitung einer Sache eine neue Sache herstellt, das Eigentum an dieser. Nach § 950 Abs. 2 BGB gelten auch das Zeichnen und Malen als Verarbeitung im Sinne dieser Vorschrift. Hier hat K die Leinwand bemalt. Da er ein bekannter Künstler ist, ist zudem nicht davon auszugehen, dass sein neues Werk erheblich weniger wert ist als die Leinwand selbst. Eher das Gegenteil wird der Fall sein. Somit hat K gesetzlich das Eigentum an der Leinwand erworben.

Es ist nun aber zu fragen, ob damit vorliegend auch der Gewahrsam des I gebrochen wurde. Der strafrechtliche Gewahrsamsbegriff geht nicht mit dem zivilrechtlichen Besitz oder gar dem Eigentum im Gleichschritt, sondern ist grundsätzlich unabhängig zu ermitteln. Die Leinwand selbst befand sich vorliegend zum Zeitpunkt des Eigentumsübergangs nicht bloß weiterhin im Geschäft des I, ihre Position dort hatte sich sogar in keiner Weise verändert. Insbesondere befand sie sich in keiner Gewahrsamsenkave des K (wie z.B. unter dessen Jacke).

Zunächst könnte aus dem stationären Verbleib der Leinwand geschlossen werden, dass sich auch für die Bewertung des Gewahrsams nichts verändert hat. I hat weiterhin einen zumindest generellen Gewahrsamswillen bezüglich der Leinwand und könnte faktisch jederzeit auf die Leinwand zugreifen. Würde man einen unbeteiligten Dritten fragen, würde dieser die bemalten Leinwand mit einiger Wahrscheinlichkeit weiterhin dem I zuschreiben, zumindest, solange die näheren rechtlichen Umstände nicht erläutert wurden.

Genau hierin liegt aber gerade das Problem: Würde man einen objektiven Dritten auf den rechtlichen Eigentumsübergang auf K hinweisen, wäre die Antwort sicherlich nicht mehr so eindeutig. Das Eigentum des K an der Leinwand (nun ja einem seiner Gemälde) könnte ein Hindernis bezüglich der Verwirklichung des Willens des I zur unmittelbaren Einwirkung auf diese darstellen. Als Eigentümer kann K gem. § 903 BGB schließlich grundsätzlich jeden – also auch den K – von der Einwirkung auf die Leinwand ausschließen. Damit steht dem K jedenfalls ein rechtliches Hindernis bezüglich der Verwirklichung seines Gewahrsamswillens entgegen. Allerdings ist fraglich, ob ein solches, rein rechtliches, Hindernis für eine veränderte Bewertung der Gewahrsamslage ausreichen kann.

Hier muss jedoch bedacht werden, dass auch bei einem unrechtmäßigen Besitzer einer Sache durchaus Gewahrsam vorliegen kann. Dies gilt trotz der rechtlichen Möglichkeit des Eigentümers, die Einwirkung auf die Sache zu untersagen. Der Gewahrsam ist eben ein tatsächliches Herrschaftsverhältnis und kein rechtliches. Hier haben wir nun aber eine Konstellation, in der

über die tatsächliche Herrschaft massive Unsicherheit besteht. Der rechtmäßige Eigentümer K hat einen Herrschaftswillen und kann diesen grundsätzlich durchsetzen. I hat aber ebenfalls einen solchen Willen und auch seine tatsächliche Zugriffsmöglichkeit auf die Leinwand hat sich nicht verändert.

Man könnte nun überlegen, ob für solche Fälle nicht eine Art „normativer Gewahrsamsbegriff“ zur Anwendung kommen muss. Ein solcher könnte dazu führen, dass in „Patt-Situationen“ wie vorliegend nicht bloß das tatsächliche Verhältnis, sondern zumindest auch die Rechtslage für die Bestimmung des Gewahrsams maßgeblich sein müssen. Damit würde man jedoch zugunsten der Lösung eines Einzelfalls die überkommene Gewahrsamsdogmatik untergraben.

Zudem muss auch der Wortlaut des § 242 beachtet werden, der ein „Wegnehmen“ voraussetzt. Unter Nehmen versteht man im allgemeinen Sprachgebrauch das Ergreifen von etwas mit der Hand (vgl. Duden). Das könnte darauf hinweisen, dass eine bloß rechtliche Veränderung nicht als Wegnehmen angesehen werden kann. Allerdings kann „Nehmen“ auch eine etwas abstraktere Bedeutung haben. Man nimmt jemandem eine Chance oder die Illusion. Nehmen kann also auch bedeuten, jemandem um etwas bringen, ihm etwas entziehen (vgl. ebenfalls Duden). Dies wiederum könnte auch dann der Fall sein, wenn wie hier die betroffene Sache keiner örtlichen Veränderung unterzogen wird. Vorliegend geht es jedoch nicht um bloßes Nehmen, sondern um „Wegnehmen“. Die Vorsilbe „weg-“ kann hier als Hinweis auf eine örtliche Veränderung angesehen werden. Zwingend erscheint auch dies jedoch nicht.

Als abschließender Gedanke sollte noch auf die allgemeine Vorstellung des Diebstahls hingewiesen werden. Nach dieser ist das „Zugreifen“ des Täters – des Langfingers – geradezu das typische Element des Diebstahls. Die Zueignung ohne Ortsveränderung dagegen wird regelmäßig durch die Unterschlagung nach § 246 Abs. 1 beschrieben. Betrachtet man nun die Argumente der unveränderten tatsächlichen Situation, des zumindest nicht unproblematischen Wortlauts bezüglich der Wegnahme, des allgemeinen Verständnisses der Norm und der wohl möglichen (dazu im Folgenden) strafrechtlichen Erfassung der Handlung über § 246 Abs. 1, so sprechen die besseren Argumente wohl für die Ablehnung eines Gewahrsamsbruchs.

## 2) Ergebnis

Mangels eines Bruchs des Gewahrsams des I hat sich K durch das Bemalen der Leinwand nicht gem. § 242 Abs. 1 strafbar gemacht.

### B) Strafbarkeit gem. § 246 Abs. 1

#### 1) Objektiver Tatbestand

##### a) fremde, bewegliche Sache

Die Leinwand ist fremde, bewegliche Sache (s.o.).

##### b) Zueignung

Diese Sache müsste sich K nun rechtswidrig zugeeignet haben. Zueignen bedeutet, die Sache selbst oder wenigstens den in ihr verkörperten Sachwert unter dauerndem Ausschluss des Berechtigten dem eigenen Vermögen einverleiben (vgl. *Lackner/Kühl*<sup>27</sup>, § 242 Rn 21 mwN). K erlangt vorliegend durch die Verarbeitung gem. § 950 Abs. 1 BGB Eigentum an der Leinwand. Damit hat er sich diese eindeutig in sein Vermögen einverleibt. Er hat sie sich im wahrsten Sinne des Wortes zugeeignet. Dass hier I weiterhin (nun Mit-)Gewahrsam hat, ist für die Zueignung irrelevant.

Diese Zueignung müsste allerdings rechtswidrig erfolgt sein. Hier stellt sich nun die Frage, ob eine Zueignung, die aufgrund des Rechts – hier § 950 Abs. 1 BGB – erfolgt, überhaupt als rechtswidrig bezeichnet werden kann. Schließlich entspricht der Eigentumserwerb des K durch die Verarbeitung der Leinwand gerade dem vom Gesetz gewollten Zustand. § 951 Abs. 1 BGB verweist auf die Normen der ungerechtfertigten Bereicherung. Dies könnte als Hinweis darauf gewertet werden, dass der Gesetzgeber eine zivilrechtliche Regelung der Fälle für ausreichend gehalten hat. Andererseits verweist § 951 Abs. 2 BGB wiederum auf die Möglichkeit, Schadensersatz wegen unerlaubter Handlung zu fordern. § 823 Abs. 1 BGB spricht aber selbst von einer widerrechtlichen Verletzung eines fremden Rechtsguts. Würde man nun den Eigentumserwerb gem. § 950 Abs. 1 BGB stets als rechtmäßig ansehen, so liefe der Verweis ins Leere.

Ein weiterer Ansatz ergibt sich hier aus der Frage, wann denn eine Zueignung grundsätzlich als rechtswidrig angesehen werden kann. Die Zueignung ist dann rechtswidrig, wenn sie gegen die dingliche Rechtslage verstößt und nicht durch einen fälligen und einredefreien Übereignungsanspruch gedeckt ist (*NK<sup>3</sup>/Kindhäuser*, § 263 Rn 26). Im konkreten Fall stehen die beiden Voraussetzungen hier auf den ersten Blick im Widerspruch zueinander. Das Eigentum des K entspricht ja gerade der dinglichen Rechtslage. Allerdings hatte K niemals einen Anspruch darauf, dieses Eigentum zu erwerben. Dieser scheinbare Widerspruch lässt sich aber auflösen, wenn man fragt, ob K denn das Eigentum erwerben durfte, also nicht auf den Zueignungserfolg, sondern auf die Zueignungshandlung abstellt. Die zum Eigentumsübergang führende Handlung des K – die Zeichnung – war gerade nicht von der dinglichen Rechtsordnung gedeckt. K hatte auch keinen materiellen Anspruch auf den Eigentumserwerb.

K hat sich somit die Leinwand rechtswidrig zugeeignet.

## 2) Subjektiver Tatbestand

K müsste vorsätzlich, also mit Wissen und Willen der Verwirklichung aller Merkmale des objektiven Tatbestands, gehandelt haben. K war bewusst, dass er mit dem Bemalen der Leinwand Eigentum erlangen würde. Auch war ihm das Fehlen eines Anspruchs auf diesen Erwerb durchaus bekannt. Er hat folglich vorsätzlich gehandelt.

## 3) Rechtswidrigkeit und Schuld

K handelte auch rechtswidrig und schuldhaft.

## 4) Ergebnis

Durch das Bemalen der Leinwand hat sich K gem. § 246 Abs. 1 strafbar gemacht.

## C) Strafbarkeit gem. § 303 Abs. 1

### 1) Objektiver Tatbestand

#### a) fremde Sache

Die Leinwand müsste eine fremde Sache für K gewesen sein. Zu dem Zeitpunkt, zu dem K mit der Zeichnung begonnen hat, stand die Leinwand noch im Alleineigentum des I. Erst als die Zeichnung soweit fortgeschritten war, dass ein Eigentumsübergang nach § 950 Abs. 1 BGB erfolgte, änderte sich die Eigentumslage. Für eine Strafbarkeit nach § 303 Abs. 1 kann jedoch problemlos auf den ersten Strich abgestellt werden. Die Leinwand war also für K fremd.

#### b) Beschädigen oder Zerstören

Zerstören ist die völlige Aufhebung der Brauchbarkeit einer Sache (BeckOK/*Weidemann*, § 303 Rn 16 mwN). Allein durch das Bemalen ist aber die Brauchbarkeit einer Leinwand nicht aufgehoben. Sie kann jedenfalls wieder übermalt und dann wieder verwendet werden. So hat es schließlich schon der große Tizian gemacht:

vgl. <http://www.travelwriter.at/007/012/wien-der-spaete-tizian.shtml> [30.8.2012]

K könnte sie aber zumindest beschädigt haben. Darunter ist eine körperliche Einwirkung auf eine Sache zu verstehen, die die bestimmungsgemäße Brauchbarkeit der Sache nicht bloß unerheblich vermindert (Schönke/Schröder<sup>28</sup>/*Stree/Hecker*, § 303 Rn 8). Das Bemalen der Leinwand führt dazu, dass sie nur noch unter der Bedingung sinnvoll genutzt werden kann, dass der jeweilige Maler sie entweder vollständig, zumindest an den bereits bemalten Stellen, mit Farbe bedeckt oder sie deckend grundiert. Damit kann die Leinwand zumindest nicht mehr für alle Zwecke verwendet werden. Ihre Brauchbarkeit ist damit nicht bloß unerheblich durch das Bemalen vermindert worden. K hat die Leinwand folglich beschädigt.

## 2) Subjektiver Tatbestand

K war die Eigentumslage zu Beginn des Malvorgangs bekannt. Auch war ihm die grundsätzliche Verringerung der Brauchbarkeit der Leinwand als Maler durchaus bewusst. Allerdings könnten sich hier Zweifel am Beschädigungsvorsatz ergeben, da Ks Ziel gerade der Eigentumserwerb der Leinwand war. Als zukünftiger Eigentümer wollte er die Beschaffenheit der Leinwand aber gerade in diesem bemalten Zustand haben. Dieser Gedanke führt aber in die Irre. Dies zeigt sich deutlich, wenn man sich die Situation so denkt, dass K vor dem für § 950 Abs. 1 BGB ausreichenden Malfortschritt erwischt wird. Die Leinwand wäre dann weiterhin im Eigentum des I, aber durch die Zeichnung beschädigt worden. Damit bleibt es bei einem Beschädigungsvorsatz der K. Die eben aufgeworfene Frage erlangt allenfalls über die Konkurrenzen Relevanz.

## 3) Rechtswidrigkeit und Schuld

K handelte rechtswidrig und schuldhaft.

## 4) Ergebnis

Durch das Bemalen der Leinwand hat sich K gem. § 303 Abs.1 strafbar gemacht.

## D) Strafbarkeit gem. § 303 Abs. 2

Mit dieser Norm sollen aber nur solche Veränderungen des Erscheinungsbildes erfasst werden, die nicht bereits unter § 303 Abs. 1 fallen (vgl. *Lackner/Kühl*<sup>27</sup>, § 303 Rn 7a). Hier wurde jedoch bereits eine solche Strafbarkeit angenommen, so dass § 303 Abs. 2 nicht einschlägig ist.

Hinweis: *Wurde § 303 Abs. 1 mangels hinreichender Beschädigung abgelehnt, so musste § 303 Abs. 2 freilich bejaht werden.*

## E) Strafbarkeit gem. § 242 Abs. 1

Die Leinwand befand sich zu diesem Zeitpunkt aber bereits im Alleineigentum des K, war also für diesen nicht fremd. Eine Strafbarkeit gem. § 242 Abs. 1 kommt folglich nicht in Betracht.

## F) Teilkonkurrenzen

K hat sich durch das Bemalen der Leinwand gem. § 246 Abs. 1 und § 303 Abs. 1 strafbar gemacht. Diese Taten hat K mittels ein und derselben Handlung verwirklicht. Grundsätzlich stehen sie also gem. § 52 Abs. 1 in Tateinheit. Hier ließe sich aber überlegen, ob aufgrund der Konstellation, dass die Sachbeschädigung gerade Mittel zur Unterschlagung war, nicht vielmehr als von § 246 Abs. 1 konsumiert wird. Die Konsumtion kommt regelmäßig dann in Betracht, wenn der Unrechtsgehalt eines Delikts typischerweise von einem anderen, ebenfalls verwirklichten Delikt mit schwerere Strafdrohung erfasst wird. So ist es z.B. bei der Sachbeschädigung und dem Einbruchsdiebstahl. Nun wird man nicht sagen können, bei der Verwirklichung des § 246 Abs. 1 komme es typischerweise zu einer Sachbeschädigung. Allerdings liegt hier eine ziemlich atypische Unterschla-

gung vor. Die Konstellation ist zunächst vergleichbar mit dem Einbruchsdiebstahl. Auch bei diesem besteht beispielsweise das Risiko, vor der Verwirklichung der Haupttat erwischt zu werden und damit allein eine Sachbeschädigung begangen zu haben. Dagegen kann jedoch gerade nicht davon ausgegangen werden, das Unrecht des § 246 Abs. 1 erfasse auch das des § 303 Abs. 1. Der Gesetzgeber hatte die hier vorliegende Variante bei der Tatbestandsfassung des § 246 Abs. 1 ersichtlich nicht im Blick. Da das Unrecht des § 303 Abs. 1 nun von § 246 Abs. 1 nicht erfasst wird, kann es auch nicht von diesem konsumiert werden. Damit hat K beide Taten tateinheitlich verwirklicht.

## Tatkomplex 2: Der Kuss

### A) Strafbarkeit gem. § 177 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 Nr. 1

*Hinweis: Dieser Klausurteil basiert auf dem „Zungenkuss“-Urteil des BGH (BGHSt 56, 223, NJW 2011, 3111). Der behandelte Paragraph ist kein Pflichtstoff, so dass detaillierte Kenntnisse nicht erwartet wurden. Hier geht es jedoch schlicht um Auslegung des Gesetzeswortlauts. Es stellt sich die Frage, inwiefern ein Zungenkuss aufgrund des Eindringens in den Rachen eine dem Beischlaf ähnliche Handlung im Sinne des § 177 Abs. 2 Nr. 1 darstellt. Diese Frage ist auch von einem Examenkandidaten anhand bloßer Überlegungen lösbar.*

#### 1) Objektiver Tatbestand

##### a) Grundtatbestand

K müsste hierzu I mit Gewalt zu der Duldung einer sexuellen Handlung genötigt haben. Sexuelle Handlungen sind gem. § 184 g Nr. 1 nur solche, die im Hinblick auf das jeweils geschützte Rechtsgut von einiger Erheblichkeit sind. Hier stellt sich nun die Frage, ob ein inniger Zungenkuss zusammen mit einem sanften Griff in den Schritt diese Erheblichkeitsschwelle überschreitet.

Ein Kuss alleine wird diese Schwelle mit Sicherheit noch nicht überschreiten. Selbst bei einem simplen Zungenkuss – zumal für eine erwachsene Person – kann man noch gewisse Zweifel hegen. Hier sieht die Ausgangssituation jedoch anders aus: Zum einen hat K dem I einen „innigen“ Kuss gegeben. Dieser war also grundsätzlich von einer gewissen Intensität. Bereits dies könnte tendenziell für die Annahme einer sexuellen Handlung im Sinne des § 184 g Nr. 1 ausreichen. Nimmt man nun noch den hinzukommenden sanften Griff in den Schritt des I mit in die Bewertung hinein, so muss die Handlung des K als sexuelle Handlung im Sinne der Vorschrift bewertet werden. Jedenfalls aufgrund des Packens des I hat K hierzu auch Gewalt angewendet. I musste die Handlung des K dulden.

##### b) Besonders schwerer Fall

Der Zungenkuss in Verbindung mit dem Griff in den Schritt könnte als besonders schwerer Fall gem. § 177 Abs. 2 Nr. 1 zu bewerten sein. K müsste mit dem I eine dem Beischlaf ähnliche Handlung vorgenommen haben, die mit einem Eindringen in dessen Körper verbunden war und den I damit besonders erniedrigt hat (legaldefiniert als Vergewaltigung). K hat dem I einen Zungenkuss gegeben. Bei einem Zungenkuss musste K mit seiner Zunge in den Rachenraum des I eindringen. Den Rachenraum wird man schon zu den Körperinneren zählen müssen. K hat damit eine Handlung begangen, die mit einem Eindringen in den Körper des I verbunden war. Es stellt sich aber die Frage, ob diese Handlung des Weiteren mit dem Beischlaf mit dem Opfer vergleichbar ist. Bedenkt man zudem die hohe Strafandrohung von mindestens 2 Jahren – eine Aussetzung zur Bewährung ist also gem. § 56 Abs. 2 nicht mehr möglich –, so muss diese Handlung von einiger Erheblichkeit sein. Hier ist nun zu bedenken, dass es sich zwar um einen „innigen“ Zungenkuss handelte. Auch ein solcher wird trotz der Umklammerung jedoch nicht mehr als einige Sekunden gedauert haben. Dies gilt umso mehr, da K ja den I lediglich verwirren wollte und so das Überraschungsmoment ausnutzen musste. Auch der sanfte Griff in den Schritt kann in der Gesamtbetrachtung nicht dazu führen, die Handlung als einem dem Beischlaf ähnliche zu bewerten. Damit scheidet eine Strafbarkeit gem. § 177 Abs. 2 Nr. 2 tatbestandlich aus.

#### 2) Subjektiver Tatbestand

K hat mit Wissen und Wollen der Verwirklichung des objektiven Tatbestands, also vorsätzlich gehandelt.

#### 3) Rechtswidrigkeit

K könnte jedoch wegen Notwehr gem. § 32 gerechtfertigt gewesen sein. Hierfür müsste sein Verhalten gegenüber dem I eine erforderliche Verteidigung gegen einen gegenwärtigen, rechtswidrigen Angriff des I dargestellt haben. Angriff ist die von einem Menschen drohende Verletzung rechtlich geschützter Interessen (vgl. *Lackner/Kühl*<sup>27</sup>, § 32 Rn 2 mwN). Hier drohte I, K zu ergreifen und ihm das Bild zu entreißen. Dies wäre ein Angriff einerseits gegen die Bewegungsfreiheit des K und andererseits gegen dessen Eigentum. Beides sind rechtlich geschützte Interessen. Dieser Angriff müsste auch gegenwärtig sein. Gegenwärtig ist ein Angriff, der unmittelbar bevorsteht oder noch andauert (vgl. *Sch/Sch*<sup>28</sup>/*Perron*, § 32 Rn 13 f.). Hier steht der Angriff des I unmittelbar bevor. Er war somit gegenwärtig.

Der Angriff müsste zudem rechtswidrig gewesen sein. I dürfte also seinerseits nicht rechtmäßig gehandelt haben.

Ein Handeln in Notwehr kommt nicht in Betracht. Die Leinwand befindet sich mittlerweile im Eigentum des K. Jeder hierauf gerichtete Angriff des K ist somit beendet und jedenfalls nicht mehr gegenwärtig.

I könnte jedoch gem. § 229 BGB rechtmäßig gehandelt haben. I hat gegen K zumindest gem. § 951 Abs. 1 BGB einen Anspruch auf Entschädigung für den erlittenen Eigentumsverlust. Wenn sich nun der ihm unbekannt K entfernt hätte, wäre

dieser Anspruch für I quasi wertlos geworden. Bezüglich der Festnahme des Schuldners verweist § 230 Abs. 3 BGB auf den persönlichen Arrest gem. § 918 BGB. Hier bestand konkrete Fluchtgefahr des K, so dass auch diese Bedingung erfüllt war. Auch war es I nicht mehr möglich sich obrigkeitliche Hilfe zu besorgen, um die Flucht des K zu verhindern. I war somit gem. § 229 BGB gerechtfertigt.

I könnte zudem gem. § 127 Abs. 1 StPO gerechtfertigt gewesen sein. Hierzu müsste I den K auf frischer Tat betroffen haben. Auf frischer Tat betroffen ist, wer bei der Begehung einer rechtswidrigen Tat oder unmittelbar danach am Tatort oder in dessen unmittelbarer Nähe gestellt wird (BeckOK-StPO/Krauβ, § 127 StPO Rn 4). K hat hier eine Unterschlagung und eine Sachbeschädigung begangen. Er hatte gerade den Laden verlassen und wurde von I auf der Straße gestellt. K befand sich somit noch in unmittelbarer Nähe zum Tatort. Auch war K der Flucht verdächtig, er wollte sich offenkundig vom Tatort entfernen, ohne dass seine Identität festgestellt werden kann. Das Festnahmerecht steht jedermann, also auch I, zu. Allerdings darf der Zweck der Festnahme nur darin bestehen, den Täter der Strafverfolgung zuzuführen (BeckOK-StPO/Krauβ, § 127 StPO Rn 10). Hier will I aber gerade die Polizei außen vor lassen. Die Festnahme sollte allein der Durchsetzung seiner zivilrechtlichen Interessen dienen. Eine solche Festnahme ist aber von § 127 Abs. 1 StPO nicht mehr gedeckt. I war also nicht gem. § 127 Abs. 1 StPO gerechtfertigt.

Aufgrund der Rechtfertigung nach § 229 BGB war das Handeln des I trotzdem nicht rechtswidrig.

Damit lag gegen K zwar ein gegenwärtiger Angriff des I vor. Dieser war jedoch nicht rechtswidrig. Gegen einen rechtmäßigen Angriff ist aber keine Notwehr möglich. K war demnach nicht gem. § 32 gerechtfertigt. Auch andere Rechtfertigungsgründe greifen nicht. Er handelte folglich rechtswidrig.

#### 4) Schuld

K handelte auch schuldhaft.

#### 5) Ergebnis

K hat sich gem. § 177 Abs. 1 Nr. 1 strafbar gemacht. Es kann jedoch ein minderschwerer Fall gem. § 177 Abs. 4 angenommen werden.

#### B) Strafbarkeit gem. § 240 Abs. 4 Nr. 1

§ 177 Abs. 1 Nr. 1 ist die speziellere Vorschrift, so dass § 240 Abs. 4 Nr. 1 hinter diese zurücktritt.

#### C) Strafbarkeit gem. § 252

Für eine Strafbarkeit nach § 252 fehlt es an der erforderlichen Vortat. Eine räuberische Unterschlagung gibt es nicht. Das Analogieverbot verbietet zudem eine Ausdehnung des insoweit klaren Wortlauts auf die Unterschlagung.

Hinweis: Wenn oben ein Diebstahl bejaht wurde, musste § 252 hier geprüft werden. K ist auf frischer Tat betroffen (s.o.) und handelt zudem in Beutesicherungsabsicht. § 252 StGB war in diesem Fall also zu bejahen.

#### D) Strafbarkeit gem. § 185

##### 1) Objektiver Tatbestand

Eine Beleidigung ist eine Äußerung von Missachtung oder Nichtachtung in dem spezifischen Sinn, dass dem Betroffenen der sittliche, personale oder soziale Geltungswert ganz oder teilweise abgesprochen wird (Sch/Sch<sup>28</sup>/Lenckner/Eisele, § 185 Rn 2). Hier könnte I durch den Kuss und den Griff in den Schritt von K als bloßes Sexualobjekt behandelt, ihm somit die Eigenschaft als Subjekt abgesprochen worden sein. Eine solche Auslegung wäre aber vorliegend zu weitgehend. Das Verhalten des K war objektiv erkennbar nicht darauf gerichtet, I dessen Subjektqualität abzusprechen. Vielmehr diente es offensichtlich dem bloßen Überraschungseffekt. Nicht jede sexuell zu deutende Handlung gegenüber einem unwilligen Dritten ist aber automatisch als Beleidigung zu qualifizieren. Ansonsten würde § 185 letztlich als Auffangtatbestand für „kleine Sexualdelikte“ missbraucht werden (vgl. Sch/Sch<sup>28</sup>/Lenckner/Eisele, § 185 Rn 4). Trotz des Vorliegens des § 177 Abs. 1 Nr. 1 kann somit vorliegend § 185 abgelehnt werden.

##### 2) Ergebnis

K hat sich nicht gem. § 185 strafbar gemacht.

#### E) Strafbarkeit gem. § 239 I

##### 1) Objektiver Tatbestand

Hierfür müsste K den I dessen Freiheit beraubt haben. Dies ist dann der Fall, wenn I auch nur vorübergehend daran gehindert war, seinen Aufenthaltsort frei zu verlassen. Nur ganz kurzfristiges Festhalten genügt jedoch nicht (vgl. Lackner/Kühl<sup>27</sup>, § 239 Rn 2). Dabei kann man die Grenze zum nicht mehr nur kurzzeitigen Festhalten als Daumenregel bei der Länge eines „Vater Unsers“ ansetzen (vgl. MüKo/Wieck-Noodt, § 239 Rn 15). Eine solche Dauer ist hier allerdings eindeutig nicht erreicht worden. Damit war das Festhalten des I nicht tatbestandsmäßig.

##### 2) Ergebnis

K hat sich folglich nicht gem. § 239 I strafbar gemacht.

#### F) Strafbarkeit gem. §§ 253 Abs. 1, 255

## 1) Objektiver Tatbestand

### a) Nötigungsmittel

Gewalt ist grundsätzlich zunächst einmal der Einsatz physischer (körperlicher) Kraft zur Beseitigung eines wirklichen oder vermuteten Widerstandes (vgl. *Lackner/Kühl*<sup>27</sup>, § 240 Rn 5). K musste I ergreifen, da dieser sich ihm sonst entzogen hätte. Das Ergreifen war ein Einsatz körperliche Kraft und diente auch der Beseitigung eines Widerstandes. K hat folglich Gewalt gegen I angewendet.

### b) Nötigungserfolg

K müsste I zu einem Handeln, Dulden oder Unterlassen genötigt haben. Fraglich ist hier, ob § 253 I gleich dem Betrug eine Vermögensverfügung erfordert. Eine solche wäre vorliegend nicht gegeben, da der wie gelähmte I faktisch gar keine andere Möglichkeit hatte, als K entkommen zu lassen. Der Wortlaut des § 253 I spricht aber ausdrücklich vom Handeln, Dulden oder Unterlassen. Insbesondere die Duldungsvariante würde durch die Forderung einer Vermögensverfügung nahezu sinnentleert werden, da diese regelmäßig in Form der zu duldenden Wegnahme auftritt und somit gerade keine Verfügungshandlung darstellt. Eine Erpressung ist daher – will man den gesetzlichen Wortlaut nicht teilweise überflüssig machen – grundsätzlich auch ohne das Vorliegen einer Vermögensverfügung möglich.

*Hinweis: Dieser bekannte Streit soll hier nicht weiter dargestellt werden; Siehe hierzu z.B. BeckOK/Wittig, § 253 Rn 5 ff.*

### c) Vermögensnachteil

Durch diese Nötigungshandlung müsste I einen Nachteil erlitten haben. Ein solcher könnte darin zu sehen sein, dass er seine Ansprüche aus § 951 I BGB sowie § 823 II BGB iVm § 246 I nach der Flucht des (ihm schließlich unbekanntem) K kaum mehr durchsetzen konnte, diese also faktisch wertlos wurden. Die Ansprüche des I sind jedoch lediglich die Kehrseite des bereits durch die Unterschlagung erlittenen Vermögensverlusts. Werden diese nun vereitelt, ist dies lediglich eine Vertiefung des bereits entstandenen Schadens, keine Schadensbegründung. Insbesondere muss auch die Existenz des § 252 bedacht werden. Mit diesem wird die gewaltsame Beutesicherung nach einem Diebstahl besonders bestraft. Eine Regelung bezüglich anderer Vortaten – wie dem Betrug oder eben vorliegend einer Unterschlagung – fehlt jedoch. Würde man nun über die Figur der Sicherungserpressung auch für diese Taten eine im Strafrahmen mit § 252 identische Strafbarkeit der gewaltsamen Beutesicherung begründen, so wäre dies eine Missachtung des gesetzgeberischen Entschlusses, diese Konstellationen vermögensstrafrechtlich eben nicht besonders zu erfassen (vgl. *Jäger JA 2011, 950, 952*).

## 2) Ergebnis

Eine Strafbarkeit gem. §§ 253 I, 255 ist daher nicht gegeben.

## G) Zwischenergebnis

K hat sich gem. § 177 Abs. 1 Nr. 1 strafbar gemacht.

## Tatkomplex 3: Der Makler

### A) Strafbarkeit gem. § 253 Abs. 1

*Hinweis: Dieser Tatkomplex beruht auf dem Fall BGH NSTz 2011, 278 zur Erpressung einer Prostituierten. Der BGH hat sich hier allein auf die Frage des Verzichts auf den Lohnanspruch konzentriert. Allerdings ist zusätzlich die Frage zu sehen, ob nicht bereits die Arbeitsleitung selbst einen eigenständigen Vermögenswert hat (vgl. die Darstellung der Problematik bei *Hecker JuS 2011, 944 f.*). Hier geht es um Probleme aus dem „tiefsten“ Vermögensstrafrecht, deren Beantwortung nicht leicht ist, aber innerhalb einer Examensklausur auch im Detail zu erwarten ist.*

## 1) Objektiver Tatbestand

### a) Nötigungsmittel

Vorliegend kommt allein eine Nötigung durch die Drohung mit einem empfindlichen Übel in Betracht. K hat dem M angedroht, er werde Ms Frau Bilder von Ms ehebrecherischem Verhalten zusenden, wenn dieser nicht entgeltlos tätig werde. Drohung ist die Ankündigung eines Übels, dessen Zufügung der Täter als von seinem Willen abhängig darstellt (NK<sup>3</sup>/*Kindhäuser*, § 253 Rn 5). Die Unterrichtung der Ehefrau ist durchaus als Übel anzusehen. Die Verwirklichung dieses Übels hatte K nach seiner Aussage auch in der Hand. Er konnte entscheiden, ob er das Material der Ehefrau zusenden wollte oder nicht.

Ein Übel ist empfindlich, wenn es geeignet ist, einen besonnenen Menschen in der konkreten Situation des Opfers zu dem mit der Drohung bezweckten Verhalten zu bewegen (vgl. NK<sup>3</sup>/*Kindhäuser*, § 253 Rn 8 mwN). Hier musste M um den Fortbestand seiner Ehe fürchten, wenn K seine Drohung wahrgemacht hätte. Dies ist sicher als ein empfindliches Übel zu bewerten.

### b) Nötigungserfolg

Mittels dieser Nötigung müsste K M zu einer Handlung, Duldung oder Unterlassung genötigt haben. Hier hat M darauf verzichtet, einen Maklerlohn mit K zu vereinbaren, sondern erklärt, er werde entgeltlos tätig, was er auch getan hat. Da als Maklerlohn gem. § 653 Abs. 2 BGB bei Fehlen einer Vereinbarung der taxmäßige Lohn, bzw. in Ermangelung einer Taxe der übliche Lohn als vereinbart anzusehen ist, hätte dem K ein bloßes Unterlassen nicht ausgereicht. Er brauchte folglich die aus-

drückliche Erklärung des M. Dies ist wie auch die tatsächliche Ausführung der Maklerarbeit eine Handlung, zu der M genötigt wurde.

Ob bei der Erpressung gleich dem Betrug eine Vermögensverfügung erforderlich ist, ist hoch umstritten. Hier kann der Streit jedoch offen bleiben. Der Verzicht auf die Lohnabrede ist wie die Ausführung der Maklerarbeit als Verfügung zu bewerten. Es stellt sich freilich die Frage, ob diese Verfügungen eine Vermögensposition des M betreffen. Diese Frage lässt sich aber im Rahmen des Vermögensnachteils problemlos behandeln.

#### c) Vermögensnachteil

Fraglich ist, ob M durch die Nötigung ein Vermögensnachteil zugefügt wurde. Ein solcher könnte zunächst darin liegen, dass er gegenüber K auf die Forderung seines Lohns verzichtet hat. Ein bestehender Anspruch ist grundsätzlich als Vermögensbestandteil zu bewerten. Der Verzicht auf die Geltendmachung eines solchen führt somit zu einem Verlust dieser Position. Das Gesamtvermögen ist nach dem Verzicht geringer als zuvor, so dass ein Nachteil vorläge. Hier ist aber die Besonderheit des Maklerlohns zu bedenken. Gem. § 652 Abs. 1 BGB entsteht der Anspruch auf diesen erst mit dem Abschluss des vermittelten Vertrages. Zum Zeitpunkt des Verzichts bestand folglich noch gar kein Anspruch des M gegenüber K auf den M hätte verzichten können. Auch bestand keine vermögenswerte Exspektanz an einem solchen. K hätte schließlich gar nicht mit M kontrahiert, wenn sich dieser geweigert hätte, den Bedingungen Ks Folge zu leisten. Da aber zum Zeitpunkt des Verzichts keine Forderung des M bestand, konnte der Verzicht auf eine solche auch dessen Vermögen nicht verringern. Hierdurch hat M somit keinen Vermögensnachteil erlitten.

Allerdings könnte M schon durch die tatsächliche Erbringung seiner Arbeitsleistung einen Vermögensnachteil erlitten haben. Hierzu müsste seine Arbeitsleistung als vermögenswert zu beurteilen sein. Einer Arbeitsleistung ist nach herrschender Ansicht (vgl. *Zimmermann* NStZ 2012, 211, 212 mwN) jedenfalls dann ein Vermögenswert zuzusprechen, wenn diese vom Opfer regelmäßig nur gegen Entgelt geleistet wird. M ist Makler und vermittelt daher den Verkauf der ihm Übertragenen Sachen regelmäßig nur gegen die Zahlung eines entsprechenden Maklerlohns. Damit ist aber der Vermittlung des Käufers als typische Maklerhandlung ein Vermögenswert zuzusprechen. Man könnte nun allerdings überlegen, ob nicht durch die gesetzgeberische Entscheidung in § 652 Abs. 1 BGB die vergeblich aufgewendete Arbeit des Maklers als von der Rechtsordnung hingenommen anzusehen ist (vgl. BGH NJW 1983, 1130, 1131; MüKo/Hefendehl, § 263 Rn 492 f.; jeweils in Bezug auf § 263). Hier ist aber zu bedenken, dass vorliegend M schon im Voraus dazu genötigt wurde, auf seinen Maklerlohn zu verzichten. Ein solcher erpresster Verzicht und die damit verbundene Nötigung zur Arbeit sind jedoch keinesfalls als von der Rechtsordnung gebilligt angesehen werden. Durch die abgenötigte entgeltlose Vermittlung hat M damit einen Vermögensschaden in Höhe der üblichen Taxe bzw. des üblichen Lohns (§ 653 Abs. 2 BGB) entstanden.

#### 2) Subjektiver Tatbestand

K handelt vorsätzlich bezüglich der Verwirklichung des objektiven Tatbestands. Er müsste zudem auch mit der Absicht rechtswidriger Bereicherung gehandelt haben. K wollte sich an der Arbeitsleistung des M bereichern. Auf diese Bereicherung hatte er keinen Anspruch, sie war folglich auch rechtswidrig. Zudem müsste die Bereicherung stoffgleich mit dem von M erlittenen Vermögensnachteil sein. Eine solche Stoffgleichheit ist dann anzunehmen, wenn die Bereicherung quasi die Kehrseite des Nachteils darstellt (vgl. Sch/Sch<sup>28</sup>/Eser/Bosch, § 253 Rn 20). Hier liegt der Nachteil des M in der Erbrachten Arbeitsleistung, an welcher sich K bereichert hat. Eine Stoffgleichheit ist somit gegeben.

#### 3) Rechtswidrigkeit und Schuld

K handelte rechtswidrig und schuldhaft.

#### 4) Ergebnis

K hat sich gem. § 253 Abs. 1 strafbar gemacht.

#### B) Strafbarkeit gem. § 259 I

Unabhängig davon, ob K hier als mittelbarer Täter kraft überlegenen Wissens gegenüber dem möglichen Tatmittler M bewertet werden kann, ist er als Vortäter kein tauglicher Täter für § 259, da dort gerade auf die Tat eines anderen abgestellt wird. Eine Strafbarkeit gem. § 259 I ist somit nicht gegeben.

#### C) Strafbarkeit gem. §§ 259 I, 26

Auch hier braucht wiederum eine (aufgrund des fehlenden Vorsatzes eher unwahrscheinliche) Strafbarkeit des M nicht untersucht zu werden. Da K Vortäter ist, wäre eine eventuelle Anstiftung zur Hehlerei entweder schon tatbestandslos oder zumindest über den Gedanken der mitbestraften Nachtat nicht zu bestrafen (s. Sch/Sch<sup>28</sup>/Stree/Hecker, § 259 Rn 50 mwN). Damit ist vorliegend auch eine Strafbarkeit gem. §§ 259 I, 26 nicht gegeben.

### Gesamtstrafbarkeit

Die Straftaten aus Tatkomplex 2 und 3 stehen in Tatmehrheit zu denen des Tatkomplex 1. K hat sich somit §§ 246 Abs. 1, 303 Abs. 1, 52 Abs. 1, 177 Abs. 1 Nr. 1, 253 Abs. 1, 53 Abs. 1 strafbar gemacht.

## FRAGE 2

K fürchtet sich, dass ihm Körperzellen zur molekulargenetischen Untersuchung entnommen werden und diese Daten sogar gespeichert werden könnten. Wann dies möglich ist, wird in § 81 g StPO geregelt. Grundsätzlich ist dies nur zulässig, wenn der Beschuldigte einer Straftat von erheblicher Bedeutung oder einer Straftat gegen die sexuelle Selbstbestimmung verdächtig ist. Hier hat K eine Tat gem. § 177 Abs. 1 begangen, mithin eine Tat gegen die sexuelle Selbstbestimmung. Für eine Zulässigkeit einer solchen Untersuchung müssten aber nun wegen der Art oder Ausführung der Tat, der Persönlichkeit des K oder sonstiger Erkenntnisse Grund zu der Annahme bestehen, dass gegen ihn künftig Strafverfahren wegen einer Straftat von erheblicher Bedeutung zu führen sind. K ist an sich ein überzeugter Pazifist, dem Gewaltanwendung eigentlich fernliegt. Sein Handeln gegenüber I war darin begründet, dass er sich zwar zu Wehr setzen, den I jedoch nicht verletzen wollte. Zudem war die Ausführung der Tat zwar noch dem § 177 Abs. 1 zu subsumieren, allerdings dort deutlich an der unteren Intensitätsgrenze anzusiedeln. K ging es hier nur um die Verwirrung des I, nicht um die Erlangung einer sexuellen Stimulanz. Es ist kaum zu erwarten, dass K wieder wegen einer solchen Straftat wieder straffällig wird.

Allerdings spricht § 81 g Abs. 1 StPO von der Annahme, dass künftige Strafverfahren wegen einer Straftat von erheblicher Bedeutung zu erwarten sind. K ist vorliegend zusätzlich wegen einer Erpressung gegen M auffällig geworden. Bereits dies könnte eine solche Straftat darstellen. § 81 g Abs. 1 StPO spricht jedoch von künftigen Verfahren. Die Erpressung wird aber bereits im selben Verfahren abgehandelt wie die Tat nach § 177 Abs. 1. Die Erpressung selbst ist damit keine solche Tat von erheblicher Bedeutung im Sinne des § 81 g StPO.

Sie könnte aber die Befürchtung begründen, K würde wieder wegen einer solchen Tat straffällig werden. Zunächst stellt sich die Frage, ob eine Erpressung der vorliegenden Art überhaupt als eine Tat mit erheblicher Bedeutung bewertet werden kann. Mit einem Strafmaß, das von Geldstrafe bis hin zu fünf Jahren Freiheitsstrafe reicht, ist sie gem. § 12 Abs. 2 ein Vergehen und kein Verbrechen. Da § 81 g StPO nicht ausdrücklich auf Verbrechen beschränkt ist, führt dies noch nicht zu der Ablehnung einer erheblichen Straftat. Ein solches Vergehen muss sich aber zumindest dem Bereich der mittleren Kriminalität zurechnen lassen (vgl. BVerfG NJW 2001, 879, 880 mwN). Mit einer Höchststrafe von bis zu fünf Jahren ist die Erpressung durchaus nicht mehr im Bereich der leichten Kriminalität anzusiedeln, sondern lässt sich als mittlere Kriminalität bezeichnen. Damit kommt sie grundsätzlich als Straftat im Sinne der Norm in Betracht. Bedenkt man jedoch Sinn und Zweck der Norm, so muss es sich bei den erheblichen Straftaten um solche handeln, bei denen Körperzellen abgesondert werden können (vgl. BeckOK-StPO/Ritzert, § 81 g StPO Rn 2; aA aber LG Freiburg NJW 2001, 3720). Bei einer Erpressung durch Drohung ist dies aber gerade nicht der Fall. Eine Erpressung mittels Gewaltanwendung ist jedoch von dem pazifistischen K nicht zu erwarten. Eine weitere erhebliche Straftat im Sinne des § 81 g Abs. 1 StPO ist folglich nicht zu befürchten.

Sollte das Gericht allerdings zu einer anderen Auffassung gelangen, so können die Daten des K gem. § 81 g Abs. 5 StPO auch beim Bundeskriminalamt gespeichert werden.