

Sachverhalt

Die Universitätsmensa setzt täglich mehrere Tonnen Essen um. Die Besucher der Mensa können zwischen mehreren Menüs wählen. Diese Menüs werden von Mitarbeitenden portioniert und auf Tellern und in Schalen jeweils auf Tablett serviert. Die Besucher speisen in einem größeren Speisesaal. In diesem Speisesaal befinden sich u.a. Besteckregale sowie automatische Laufbänder, auf welche die Mensabesucher ihre Tablett zur Reinigung stellen sollen. Die Laufbänder transportieren die Tablett durch eine Schleuse in eine vom Speisesaal getrennte und von dort aus unsichtbare Spülstraße. Es kommt häufig vor, dass Besucher der Mensa ihre vorportionierten Teller nicht leer essen und Speisereste darauf zurücklassen. Die Mensa darf die Speisereste aus hygienerechtlichen Gründen nicht weiterverwerten und entsorgt daher sämtliche Speisereste.

Von dieser „Verschwendung“ aufgebracht, schließen sich (L)arissa und (J)ana einer losen Gruppierung an, die sich – anstatt das Essen zu bezahlen – in die Nähe der Laufbänder setzt und Tablett mit Essensresten von den Laufbändern nimmt, bevor diese die Schleuse zur Spülstraße erreichen. Zwar haben L und J gelesen, dass ein prominenter Strafrechtsprofessor im Universitätsblatt vor diesem Verhalten als „Diebstahl an fremden Sachen“ warnte, das „strafbar und strafwürdig“ sei. Dieser Aussage wenig Glauben schenkend, sind sie gleichwohl der festen Überzeugung, dass ihr Verhalten erlaubt sei. Nähere Auskünfte über die genaue Rechtslage holen sie nicht ein. Dass das Essen im Eigentum anderer stehen könnte und dass auch das maßgebliche Mensapersonal mit der Aktion nicht einverstanden ist, nehmen sie billigend in Kauf.

Dieses als „Bändern“ im Universitätsklatsch höchst umstrittene Verhalten bringt zunehmend die Mensabelegschaft in Unruhe. Weil (S)imon befürchtet, dass ein (weiterer) Skandal in der Mensa auch das persönliche Ansehen von S als Betriebsratsmitglied und Schichtleiter nachhaltig negativ beeinträchtigen könnte, beschließt S der „bändernden Bande“ das Handwerk zu legen.

Ausgerüstet mit nichts als einer gehörigen Portion Selbstbewusstsein macht er sich auf den Weg zu den Laufbändern. Zeitgleich macht auch J sich auf den Weg, da sie ein besonders volles Tablett ausgemacht hat. Als S merkt, dass J nach einem Tablett greift, ruft er laut:

„Stopp! Lass das Tablett liegen – das ist Diebstahl!“

J ist davon wenig beeindruckt, nimmt das Tablett vom Band und dreht sich gerade zu ihrem Sitzplatz um, als S ihr das Tablett kräftig und gegen ihren Willen aus der Hand reißt. Bei dieser wenig behutsamen Aktion geht ein Salatschälchen zu Bruch. Das hat S billigend in Kauf genommen, meinte jedoch, dass er als Schichtleiter ein kleines Schälchen seines Arbeitgebers opfern dürfe. Erschrocken und konsterniert schaut J dem schimpfenden S hinterher. In diesem Moment packt L die J bei der Hand und zischt J zu:

„Lass dir das nicht gefallen! Komm J, sorg' für Applaus!“

L erinnert sich noch gut daran, dass alle, die im Speisesaal Tablett fallen lassen, grundsätzlich einen hämischen Applaus von den Mitspeisenden erwarten können. L selbst ist dies bereits einmal passiert und allein der Gedanke an diese Peinlichkeit treibt ihr noch heute die Röte ins Gesicht.

Da auch J die Vergangenheit der L kennt, versteht J die L genau und rennt S hinterher, um S mit einem leichten Tritt von hinten ins Straucheln zu bringen. J und L gehen davon aus, dass sich S dabei leicht verletzen könnte und wünschen ihm insgeheim ein paar „blaue Flecken“. Auch dass Geschirr zu Bruch gehen könnte, ist ihnen nur recht. Gerade als J zu ihrem Tritt ausholt, kommt sie jedoch ihrerseits ins Straucheln und stolpert in ein rollbares Besteckregal. Von diesem Lärm aufgeschreckt, lässt wiederum S reflexartig das Tablett fallen. J erleidet ein Hämatom und der Teller von dem Tablett zerspringt irreparabel in 240 Teile. Das Tablett selbst, das Besteckregal samt Besteck, S und L bleiben jeweils unversehrt.

...

Tosender Applaus.

...

Neben J hat auch L mit einem solchen konkreten Verlauf nicht gerechnet, ist jetzt jedoch sehr zufrieden mit der Geschichte. Klatschend und lächelnd kehrt sie zurück zu ihrem Platz, während J sich langsam berappelt und in einer versöhnenden Geste gemeinsam mit S vor der Menge verbeugt.

Aufgabe:

Prüfen Sie die Strafbarkeit von S, J und L nach dem StGB. Gehen Sie dabei auf alle aufgeworfenen Rechtsfragen ggf. im Rahmen eines Hilfsgutachtens ein. Ausgenommen sind Strafbarkeiten nach dem siebenten, vierzehnten, zwanzigsten und zweiundzwanzigsten Abschnitt des StGB-BT. Gehen Sie bitte ferner nicht auf §§ 243, 244, 244a StGB sowie Strafantragserfordernisse ein.

Vorbemerkung

Die Klausur ist ausgesprochen anspruchsvoll. Unter keinen Umständen soll von den Studierenden erwartet werden, dass die hier angesprochenen Probleme weder sämtlich noch in aller Ausführlichkeit behandelt werden. **Prüfungsziel ist die Demonstration methodischer Fähigkeiten anhand unbekannter Problemkonstellationen.** Die gefundenen Ergebnisse sind daher absolut sekundär und sollten nur bei nicht nachvollziehbarer oder systematisch falscher Begründung als unvertretbar bewertet werden. **Die Klausur sollte bestanden werden, sofern die Bearbeitenden die wichtigsten Tatbestände ansprechen** und andeuten, dass sie das ein oder andere wichtige Problem argumentativ angehen können. Mittlere Notenstufen (6-9 Punkte) sollten erreicht werden, wenn die Tatbestände weitestgehend vollständig geprüft werden und wichtige Problemfelder mit methodischer Argumentation gelöst werden. Zweistellige Ergebnisse sollten erzielt werden, wenn Bearbeitungen die meisten Probleme argumentativ aufbereiten und keine größeren Problemfelder übergehen. Herausragende Klausuren (14+ Punkte) prüfen alle wichtigen Probleme argumentativ überzeugend – wobei eine Übereinstimmung mit dem hiesigen Vorschlag keinesfalls erforderlich ist. Schwerpunkt der Bewertung sollte die inhaltliche Auseinandersetzung der Bearbeitenden sein. Weder ist das Benennen von bestimmten Theorien notwendig noch schädlich – der Augenmerk der Bewertung, sollte sich auf die Argumentationen richten (wobei gilt: Ein stringenter Satz ist besser als fünf „Argumentationswörter“ in beliebiger Reihenfolge). Die Fülle an Problemen wird es für die Studierenden unmöglich machen, den Gutachtenstil streng durchzuhalten. **Eine Anwendung des Feststellungsstils und auch des Urteilsstils für unproblematische Punkte sollte ausdrücklich belohnt werden.** Ebenfalls unschädlich sollte sein, wenn Studierende, bei weniger problematischen Punkten, auf vollständige Definitionen verzichten.

Der Aufbau des Gutachtens ist weitestgehend selbsterklärend und sollte die Studierenden nicht vor große Schwierigkeiten stellen. Möglich ist aber, dass mache Bearbeitenden wegen der diffizilen Thematik der Eigentumslage an den Speiseresten, zunächst mit dem zweiten Tatkomplex beginnen werden. Das sollte in keinem Fall – für sich genommen – negativ bewertet werden.

Lösungsvorschlag

Inhaltsverzeichnis

Lösungsvorschlag.....	4
1. Tatkomplex	5
A. Strafbarkeit der J.....	5
I. § 242 Abs. 1 StGB	5
1. Tatbestand P – Fremdheit der Speisen und möglich(!): Gewahrsam	5
2. Rechtswidrigkeit und Schuld.....	7
3. Ergebnis.....	8
II. §§ 246 Abs. 1 und 2, 22, 23 Abs. 1 StGB	8
III. §§ 303 Abs. 1 und 3, 22, 23 Abs. 1 StGB.....	8
B. Strafbarkeit des S	9
I. § 242 Abs. 1 StGB P – Rechtswidrigkeit der Zueignung	9
II. § 240 StGB	10
1. Tatbestand	10
2. Rechtswidrigkeit P – Selbsthilfe, Besitzkehr, oder Nothilfe	10
3. Ergebnis.....	11
III. § 303 Abs. 1 StGB.....	11
1. Tatbestand	11
2. Rechtswidrigkeit P – mutmaßliche Einwilligung und/oder Notstand	12
3. Schuld.....	13
4. Ergebnis.....	13
2. Tatkomplex.....	14
A. Strafbarkeit der J.....	14
I. §§ 223 Abs. 1, 2, 22, 23 Abs. 1 StGB.....	14
II. §§ 224 Abs. 1, 2, 22, 23 Abs. 1 StGB.....	14
III. § 303 Abs. 1 StGB.....	15
1. Tatbestand P – atypischer und unverhergesehener Kausalverlauf	15
2. Ergebnis.....	17
IV. § 240 Abs. 1 StGB.....	17
V. §§ 240 Abs. 1 und 3, 22, 23 Abs. 1 StGB	17

1.	Tatentschluss	17
2.	Ergebnis und Konkurrenz	17
B.	Strafbarkeit der L.....	18
I.	§§ 223 Abs. 1, 2, 22, 23 Abs. 1, 26 StGB.....	18
1.	Tatbestand „Falle“: Vorsatz der Anstifterin	18
2.	Ergebnis.....	19
II.	§§ 303 Abs. 1, 26 StGB	19
1.	Tatbestand	19
2.	Ergebnis und Konkurrenz	20
III.	§ 229 StGB P – Eigenverantwortliches Dazwischentreten Dritter	20
	Ergebnis	21

1. Tatkomplex

A. Strafbarkeit der J

I. § 242 Abs. 1 StGB

Indem J das Tablett mit den Essensresten vom Spülband genommen hat, könnte sie sich des Diebstahls strafbar gemacht haben.

1. Tatbestand

i. Objektiver Tatbestand

Dazu müsste das Essen samt Tablett im Zeitpunkt des Ergreifens eine für J **fremde und bewegliche Sache** gewesen sein. Fremd ist eine Sache, wenn sie zumindest auch im Eigentum eines anderen steht und nicht herrenlos ist. Die Fremdheit wäre also ausgeschlossen, wenn das Eigentum an dem Tablett (samt Teller und Besteck) und dem Essen im Moment des Ergreifens auf J übergehen würde. Ursprünglich waren die Mensabetreibenden Eigentümer sowohl an Tablett und Essen. Hinsichtlich des Tablett haben die Mensabetreibenden das Eigentum niemals aufgegeben. Hinsichtlich des Essens hat jedoch eine Übereignung an den unbekanntem Dritten gem. § 929 Satz 1 BGB stattgefunden. Fraglich ist, ob dieser unbekanntem Dritte durch das Zurückstellen des Tablett sein Eigentum an den Essensresten aufgegeben hat (Dereliktion gem. § 959 BGB) oder gem. § 929 Satz 1 BGB *ad incertas personas* übereignen wollte. In beiden Fällen könnte J das Eigentum allein durch Aneignung erwerben. Sowohl bei einer Dereliktion als auch bei einer Übereignung *ad incertas personas* müsste jedoch die Handlung des unbekanntem Dritten gemäß (Übereignung) oder entsprechend (Dereliktion) §§ 133, 157 BGB so zu verstehen sein,

dass der unbekannte Dritte kein erkennbares Interesse daran hätte, dass jemand bestimmtes Eigentümer der Essensreste wird. Davon kann allein deshalb nicht ausgegangen werden, weil auch bei einer Eigentumsaufgabe eine Verkehrssicherungspflicht hinsichtlich aller Gefahren fortbesteht, die von der Sache ausgehen können. Stellt eine Person ihre Speisereste aber auf ein dafür vorgesehenes Spülband, so ist davon auszugehen, dass die Speisen an die Mensabetreibenden zum Zwecke der fachgerechten Entsorgung gem. § 929 Satz 1 BGB (und nicht *ad incertas personas*) übertragen werden sollen.¹ Danach ist davon auszugehen, dass die Speisereste, genau wie Tablett, Geschirr und Besteck im Eigentum der Mensabetreibenden standen und damit für J fremd waren. *Hinweis: Die Eigentumsfrage ist anspruchsvoll und die Beantwortung der Frage wird auch nicht zum Erreichen einer vollen Punktzahl in aller Ausführlichkeit erwartet. Wer die Fremdheit prüft, sollte die notwendigen Punkte erhalten, wer sein Ergebnis einigermaßen begründet, sollte Zusatzpunkte erhalten. Vertretbar ist ebenso, dass eine Eigentumsaufgabe des unbekanntem Dritten gänzlich abgelehnt wird, sondern nur in eine spätere Vernichtung eingewilligt wird. Da die Eigentumsfrage hinsichtlich Tablett, Geschirr und Besteck im Übrigen eindeutig ist, sollte eine Nichtbehandlung nicht zu Punkteabzug führen.*

Diese fremde bewegliche Sache müsste J auch **weggenommen** haben. Wegnahme ist der Bruch fremden und die Begründung neuen, nicht notwendig tätereigenen **Gewahrsams**. Gewahrsam ist die vom natürlichen Herrschaftswillen getragene und umfasste tatsächliche Sachherrschaft, deren Umfang und Ausmaß sich nach der Verkehrsanschauung bestimmt.² Durch das Ergreifen des Tablett hat J die tatsächliche Sachherrschaft begründet; fraglich ist allerdings, ob dies auch einen Bruch des vorigen Gewahrsams darstellt. Das wäre nur dann der Fall, wenn J den Gewahrsam des vorigen Gewahrsamsinhabers gegen oder ohne den Willen dieses vorigen Gewahrsamsinhabers aufgehoben hätte. Voriger Gewahrsamsinhaber war die Person, die verantwortlich für den Umgang mit den Tablett in der Mensa war. **Keinen Gewahrsam** hatte der unbekannte Dritte, der sein Tablett zuvor auf das Band gestellt hatte. Neben den zuständigen Mitarbeitenden der Betriebsschicht hatte damit auch S als Schichtleiter Gewahrsam. Gegenüber den sonstigen Mitarbeitenden hatte S einen übergeordneten Mitgewahrsam, was bedeutet, dass es bei der Frage des tatbestandlichen Einverständnisses primär auf den Willen des S ankommt.³ Da J den Gewahrsam gegen den ausdrücklichen Willen des S vom Band nahm, liegen ein Gewahrsamsbruch und daher auch eine Wegnahme vor. *Hinweis: Es könnte durchaus problematisiert werden, ob das Ergreifen des Tablett – vergleichbar zum Legen von Waren in Einkaufswägen – selbst noch keine Gewahrsamsbegründung darstellt. Hier wird angenommen, dass das Wegreißen des Tablett einen Eingriff in den*

¹ Eine Dereliktion und eine daraus resultierende Herrenlosigkeit wären ebenso vertretbar. Das Schicksal des Eigentums ist bei Abfallfällen hoch umstritten und hängt von vielen Details ab. Eine Übersicht bietet *Oechsler*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl. 2013, § 959 Rn. 3 ff.; aus der strafrechtlichen Literatur ferner *Verghe*, *StraFo* 2013, 15 (16 ff.)

² Statt vieler *Eser/Bosch*, in: Schönke/Schröder StGB, 29. Auflage 2014, § 242 Rn. 23 f.

³ Hierzu übersichtlich *Rengier*, *Strafrecht BT I*, 16. Auflage 2014, § 2 Rn. 16 ff.

„Tabubereich“ der Herrschaft der J darstellt. Diese (stillschweigende) Wertung ist aber keinesfalls zwingend. Allein aus dem Schweigen der hiesigen Lösung sollte daher 1. nicht auf die Offensichtlichkeit der Fragebeantwortung geschlossen werden und 2. bei gegenteiliger Wertung nicht mehr Begründungsaufwand verlangt werden als hier.

ii. *Subjektiver Tatbestand*

J müsste zudem gem. § 15 StGB **vorsätzlich** und gem. § 242 Abs. 1 StGB mit Zueignungsabsicht gehandelt haben.

1. Vorsatz

Vorsatz ist zumindest das für möglich halten der Tatbestandsverwirklichung und in jedem Fall gegeben, wenn der Täter die Tatbestandsverwirklichung billigend in Kauf genommen hat. Im Zeitpunkt der Wegnahme kam es J gerade darauf an, das Tablett mit dem Essen an sich zu nehmen. Dass das Tablett und auch das Essen im Eigentum eines anderen standen, nahm J billigend in Kauf. Davon, dass J hinsichtlich der Fremdheit als **normativem Tatbestandsmerkmal** in der Parallelwertung ihrer Laiensphäre die wesentlichen Wertungskriterien richtig erfasste, ist auszugehen. Ebenfalls nahm J billigend in Kauf, dass S als Schichtleiter und Gewahrsamsinhaber nicht mit einem Gewahrsamswechsel einverstanden ist.

2. Zueignungsabsicht

J handelte ferner mit dem Vorsatz, dem Eigentümer dauerhaft seine Eigentümerstellung vorzuenthalten und mit der Absicht, sich zumindest vorübergehend sowohl die Sachsubstanz als auch den darin verkörperten Sachwert des Essens anzueignen. Das gilt allerdings nur für das Essen selbst. Es ist nicht ersichtlich, dass J sich entgegen der Gepflogenheiten und Nutzungsbedingungen der Mensa auch Tablett, Geschirr und Besteck zueignen wollte. *Hinsichtlich dieser Gegenstände* fehlt es an einem tauglichen Enteignungsvorsatz als Element der **Zueignungsabsicht**. In Bezug auf das Essen hatte J weder objektiv einen einredefreien und durchsetzbaren Anspruch noch ging sie davon aus. Sie handelte daher auch mit der Absicht, sich das Essen **rechtswidrig** zuzueignen. *Hinweis: Die objektive Rechtswidrigkeit der erstrebten Zueignung kann sowohl vor als auch innerhalb sowie nach der Zueignungsabsicht geprüft werden. Hier gibt es – wie fast immer – kein zwingendes Aufbauschema, aber verschiedene Darstellungsmöglichkeiten.*⁴

3. Rechtswidrigkeit und Schuld

J handelte im Übrigen rechtswidrig. Da sie auch (abstrakt) schuldfähig war, stellt sich die Frage, ob die Tat der J auch (konkret) vorgeworfen werden kann. Dies wäre insbesondere dann ausgeschlossen, wenn J sich in einem entschuldigenden, für sie unvermeidbaren Verbotsirrtum befunden hätte, § 17 Satz 1 StGB. Da J selbst davon ausging, dass ihr Verhalten kein „Verbrechen“ sein könne, ist davon auszugehen, dass

⁴ Ein eher ungewöhnliches Schema bietet etwa *Rengier*, (o. Fn. 3), § 2 Rn. 2 und 86 ff. an; demgegenüber der wohl üblichere, integrierende Ansatz bei *Hillenkamp/Wessels*, Strafrecht BT II, 37. Auflage 2014, Rn. 204.

ihr die grundsätzliche abstrakt-generelle Missbilligung nicht geläufig war.⁵ Allerdings ist dieser Verbotsirrtum nur dann schuldausschließend, wenn er unvermeidbar war. Entscheidend ist in diesem Zusammenhang, ob J bei gehöriger Gewissensanspannung die Unrechtmäßigkeit hätte erkennen können.⁶ Handelt es sich um eine – auch für die Täterin erkennbar – zweifelhafte Rechtsfrage, hat der Täter erforderlichenfalls Rechtsrat einzuholen. Gemessen daran war der Verbotsirrtum für J deshalb vermeidbar, weil sie wusste, dass die Frage jedenfalls von kundigen Personen anders beantwortet wird. Da sie es unterlassen hat, vor ihrer Tat erforderlichen und vertrauenserweckenden Rat einzuholen, war der Verbotsirrtum für sie vermeidbar.

4. Ergebnis

J hat sich des Diebstahls gem. § 242 Abs. 1 StGB strafbar gemacht. Ihre Strafe kann gem. § 17 Satz 2 i.V.m. § 49 Abs. 1 StGB gemindert werden. Die durch die Wegnahme mit Zueignungsabsicht gleichzeitig mitverwirklichte Unterschlagung gem. § 246 Abs. 1 StGB, tritt im Wege der formellen Subsidiarität hinter den Diebstahl zurück.

II. §§ 246 Abs. 1 und 2, 22, 23 Abs. 1 StGB

Indem J das Essen vom Band nahm und vorhatte, das Essen zu verzehren, könnte sie sich der versuchten Unterschlagung strafbar gemacht haben. Da allerdings eine Zueignung mit dem vollendeten Diebstahl schon vorgenommen wurde, lehnt die Rechtsprechung bereits die Möglichkeit einer tatbestandlichen Unterschlagung durch eine weitere Handlung der Diebstahlstäterin ab.⁷ Selbst wenn man demgegenüber eine Unterschlagung auch als sogenannte „Zweitzueignung“ zulassen würde, so würde diese versuchte weitere Unterschlagung durch dieselbe Handlung begangen worden sein, wie die (subsidiäre) vollendete Unterschlagung.⁸ Auch eine versuchte Unterschlagung muss also, sofern durch dieselbe Handlung begangen, hinter den vollendeten Diebstahl zurücktreten. Da eine versuchte Unterschlagung damit entweder tatbestandlich ausgeschlossen ist, oder aber in Gesetzeskonkurrenz zurücktritt, ist J nicht gem. § 246 Abs. 1 und 2, 22, 23 Abs. 1 StGB strafbar. *Hinweis: Eine „Vorprüfung“ eines Versuchs ist nicht notwendig aber auch nicht schädlich.*

III. §§ 303 Abs. 1 und 3, 22, 23 Abs. 1 StGB

Begrifflich ist eine Sachbeschädigung zwar auch an Sachen möglich, die zum Verbrauch gestohlen werden, da das Unrecht einer Sachbeschädigung aber allein in der Enteignung zu sehen ist, die schon durch den Diebstahl abgegolten ist, ist bereits der Tatbestand der Sachbeschädigung ausgeschlossen.⁹ Auch begründbar ist

⁵ Zum Unrechtsbewusstsein vgl. *Sternberg-Lieben/Schuster*, in: (o. Fn. 2), § 17 Rn. 4 ff.

⁶ So die Formel seit BGHSt. 2, 194 (201); zurecht kritisch hierzu *Jakobs*, Strafrecht AT, 2. Auflage 1991, 19/35 ff. und 41.

⁷ BGHSt 14, 38 (45).

⁸ Ein sehr instruktiver Aufsatz zu der Thematik findet sich bei *Kretschmer*, JuS 2013, 24.

⁹ Dazu *Hillenkamp/Wessels*, (o. Fn. 4), Rn. 41 m.w.N.

allerdings, dass die (hier allenfalls versuchte) Sachbeschädigung in diesem Fall hinter den Diebstahl zurücktritt.¹⁰ Eine Strafbarkeit der J wegen versuchter Sachbeschädigung ist in beiden Fällen ausgeschlossen. *Hinweis: Sowohl die Strafbarkeit wegen Unterschlagung als auch wegen Sachbeschädigung sind relativ fernliegend sodass keinesfalls negativ bewertet werden sollte, wenn Studierende hierauf nicht eingehen. Sinnstiftendes zum Konkurrenzverhältnis sollte aber honoriert werden. Ebenfalls ist möglich, dass die Studierenden oben die Diebstahlsstrafbarkeit ablehnen (selbstverständlich vertretbar) und dann lediglich eine Unterschlagungsstrafbarkeit annehmen.*

B. Strafbarkeit des S

I. § 242 Abs. 1 StGB

Indem S der J das Tablett aus der Hand riss, könnte er sich des Diebstahls gem. § 242 Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben.

Sowohl Tablett, als auch Geschirr, Besteck und Essen standen nicht im Eigentum des S. S hat das Tablett mit allen darauf befindlichen Gegenständen auch weggenommen, weil J durch Ergreifen des Tablett Gewahrsamsinhaberin geworden ist und dieser Gewahrsam gegen den Willen der J durch die Handlung des S gebrochen wurde.

S handelte hinsichtlich der Fremdheit und Beweglichkeit der Sachen sowie hinsichtlich der Wegnahme vorsätzlich.

Ungeschriebenes (objektives) Tatbestandsmerkmal ist zudem, dass die vom Täter erstrebte Zueignung auch objektiv rechtswidrig ist. Der Diebstahlstatbestand ist demnach ausgeschlossen, wenn der Täter entweder selbst einen einredefreien und durchsetzbaren Anspruch auf Erlangung des unmittelbaren Eigenbesitzes hat oder in Ausführung der Durchsetzung eines solchen Anspruchs für einen Dritten handelt.¹¹ Geht man hier davon aus, dass der unbekannte Dritte dadurch, dass er seine Essensreste auf das Spülband stellte, ein Übereignungsangebot gem. § 929 Satz 1 BGB abgegeben hat und dass der Mensabtreibende dieses Angebot antizipiert durch Aufstellung und Inbetriebnahme des Spülbandes angenommen hat, dann wäre der Mensabtreibende Eigentümer der Essensreste. Als solchem stünde dem Mensabtreibenden ein Anspruch gem. § 985 BGB zu, dem von Seiten der J wiederum kein Recht zum Besitz sowie sonstige Einreden und Durchsetzbarkeitshemmnisse entgegengehalten werden könnten. Als Schichtleiter ist S zudem befugt, diese Ansprüche durchzusetzen, sodass S durch die Wegnahme entsprechend eines objektiv bestehenden und durchsetzbaren Anspruchs und damit tatbestandslos handelte. *Ebenso richtig ist, wenn nicht ausdrücklich auf die objektive*

¹⁰ Das wird wohl impliziert von BGHSt. 44, 34 (38 f.).

¹¹ Eser/Bosch, in: (o. Fn. 2), § 242 Rn. 59 m.w.N.

Rechtswidrigkeit, sondern auf die vorgestellte Rechtswidrigkeit – weil Zueignungsabsicht – eingegangen wird. Wer die Zueignungsabsicht übergeht, wird im Anschluss die Rechtfertigungsproblematik zu lösen haben, die hier im Rahmen des § 240 StGB thematisiert wird. Das wäre zwar nicht richtig, aber dennoch sollte die Rechtfertigungslösung – auch an dieser Stelle – inhaltlich bewertet werden.

II. § 240 StGB

Indem S der J das Tablett aus der Hand riss, könnte er sich der Nötigung gem. § 240 Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben.

1. Tatbestand

Die Nötigung setzt als Tathandlung Gewalt und/oder Drohung voraus. Dadurch, dass S der J das Tablett aus der Hand riss, hat er nicht unerheblich eigene Kraft entfaltet, da J das Tablett loslassen musste – dadurch eine körperliche Zwangsreaktion verursacht und damit wiederum tatbestandliche Gewalt angewandt. Dass die Gewalt sich hier unmittelbar auf das Tablett und damit eine Sache richtete, ist insofern unschädlich, als dass von § 240 Abs. 1 StGB auch sog. mittelbare Sacheinwirkungen erfasst sind.¹² Da (J)anas Wille zu diesem Zeitpunkt darauf gerichtet war, an dem Tablett festzuhalten und dieser Wille durch S gebeugt wurde, hat S außerdem einen Nötigungserfolg herbeigeführt. Er handelte vorsätzlich und auch mit der, von manchen Vertretern, für den Nötigungstatbestand geforderten Finalität.

2. Rechtswidrigkeit

Die Tatbestandsbegehung des § 240 Abs. 1 StGB muss gem. § 240 Abs. 2 StGB auch **verwerflich** sein. Verwerflich ist eine Nötigung dann, wenn die Tatbestandsbegehung sozial unerträglich und wegen seines grob anstößigen Charakters sozialetisch in besonders hohem Maße zu missbilligen ist. Dabei ist zu berücksichtigen, dass die Zwangsmittelanwendung für sich gerade nicht rechtswidrig sein soll, sondern bei einer notwendigen Gesamtbetrachtung in Relation zu dem erstrebten Zweck gesetzt werden soll. Jedenfalls ist eine Nötigung dann nicht verwerflich, wenn die tatbestandsmäßige Handlung nach allgemeinen Rechtfertigungssätzen gerechtfertigt ist.¹³

Dass S der J das Tablett aus der Hand gerissen hat, könnte gem. § 229 BGB gerechtfertigt sein. Das **Selbsthilferecht** setzt objektiv voraus, dass entweder S selbst oder einer ihm die Befugnis hierzu erteilten Person ein einredefreier und durchsetzbarer Anspruch besteht, dass die Durchsetzung dieses Anspruchs durch Handlungen des Anspruchsgegners gefährdet sind und dass dieser Gefährdung nicht durch Einschaltung hierzu zuständiger staatlicher Organe begegnet werden kann. Schließlich muss es sich bei der gerechtfertigten Handlung um eine Wegnahme,

¹² Wessels/Hettinger, Strafrecht BT I, 38. Auflage 2014, Rn. 384.

¹³ Auch mit Bezug zur Nötigung bei der Anspruchsdurchsetzung bei Wessels/Hettinger, (o. Fn. 12), Rn. 430.

Beschädigung/Zerstörung, Festnahme oder sonstigen Widerstandsüberwindung handeln, die gem. § 230 BGB im Übrigen erforderlich ist. Subjektiv setzt die Selbsthilfe eine Anspruchsicherungsabsicht voraus (Wortlaut: „[...] zum Zwecke der Selbsthilfe [...]“).

Vorliegend steht den Mensabetreibenden ein einredefreier und durchsetzbarer Anspruch auf Herausgabe des Essens gem. § 985 BGB zu. Die Durchsetzung dieses Anspruchs war auch objektiv dadurch gefährdet, dass J im Begriff war, sich das Essen einzuverleiben. Staatliche Hilfe in Gestalt des (subsidiär zuständigen) Polizeivollzugsdienstes¹⁴ oder die Beantragung einstweiligen Rechtsschutzes vor den Zivilgerichten wären nicht geeignet gewesen, den Anspruch rechtzeitig zu sichern. Angesichts dessen, dass J von der Herausgabeaufforderung durch S zuvor unbeeindruckt war, muss die Gewaltanwendung durch S auch als erforderlich angesehen werden. Schließlich handelte S mit dem Willen, wieder an das Essen zu gelangen, also den Herausgabeanspruch der Mensabetreibenden zu sichern. Dass S auch andere Motive hatte, ist insofern unerheblich, als dass die Sicherungsabsicht zumindest mitdominierendes Leitmotiv gewesen ist.

Nach alledem ist davon auszugehen, dass die Nötigung des S im Wege der Selbsthilfe gerechtfertigt war und damit insgesamt auch nicht als verwerflich anzusehen ist. *Hinweis: Möglich ist auch, dass Bearbeiter auf § 858 BGB oder § 32 StGB zurückgreifen. Da das „Konkurrenzverhältnis“ der zivilrechtlichen Rechtfertigungsnormen und der Notwehr gem. § 32 StGB nicht eindeutig geklärt ist, steht den Bearbeitenden die Prüfungsreihenfolge und der Prüfungsschwerpunkt hinsichtlich einer bestimmten Norm relativ offen.*

3. Ergebnis

S hat sich nicht der Nötigung gem. § 240 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

III. § 303 Abs. 1 StGB

Indem S der J das Tablett aus der Hand riss und dabei das Salatschälchen zu Bruch ging, könnte er sich der Sachbeschädigung gem. § 303 Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben.

1. Tatbestand

Das Salatschälchen stellt für S eine fremde Sache dar, und indem diese Sache zu Bruch ging, hat er deren Funktionsfähigkeit und bestimmungsgemäße Nutzbarkeit auch dauerhaft und völlig aufgehoben, sie also zerstört.¹⁵ Da S diesen Erfolg billigend in Kauf genommen hat, handelte er zudem vorsätzlich. Unbeachtlich und als reine Wertungsfrage von § 16 Abs. 1 StGB nicht erfasst, ist die Meinung des S, das Schälchen „opfern“ zu dürfen.

¹⁴ Für Baden-Württemberg ergibt sich das unmittelbar aus § 2 Abs. 2 PolG-BaWü.

¹⁵ Definition nach RGSt. 55, 169 (170); *Hillenkamp/Wessels*, (o. Fn. 4), Rn. 36.

2. Rechtswidrigkeit

Eine Rechtfertigung wegen Notwehr gem. § 32 StGB scheidet jedenfalls deshalb aus, weil von den Eigentümern des Schälchens selbst kein Angriff ausging. Da von dem Schälchen selbst auch keine Gefahr ausging, scheidet eine Rechtfertigung gem. § 228 BGB ebenfalls aus.

Gleichwohl könnte die Sachbeschädigung wegen **mutmaßlicher Einwilligung** gerechtfertigt sein.¹⁶ Da eine ausdrückliche Einwilligung nicht eingeholt wurde und in der Situation auch nicht rechtzeitig eingeholt werden konnte, ist ihr Anwendungsbereich auch nicht durch die ausdrückliche Einwilligung gesperrt. Voraussetzung für eine Rechtfertigung wegen mutmaßlicher Einwilligung ist, dass es sich im Übrigen um eine einwilligungsfähige Tathandlung handelt, die Tathandlung dem mutmaßlichen Willen des Betroffenen entsprach und der Täter ferner mit der Absicht handelte, den Interessen des Betroffenen zu entsprechen.

Die Sachbeschädigung ist als individualrechtsgutsbezogenes Delikt grundsätzlich einwilligungsfähig.¹⁷ Fraglich ist allerdings, ob die Zerstörung des Schälchens auch dem mutmaßlichen Willen der Mensabetreibenden entsprach. Dieser mutmaßliche Wille kann auf zwei unterschiedliche Prinzipien gestützt werden: Beruhend auf dem Prinzip des überwiegenden Interesses, wenn der Schutz eines Rechtsgutes den Eingriff in ein anderes rechtfertigt; beruhend auf dem Prinzip des mangelnden Interesses, wenn durch die Handlung kein schutzwürdiges Interesse des Verletzten berührt wird.¹⁸ Da hier ein schutzwürdiges Interesse an dem Erhalt des Schälchens bestand, kommt vorliegend allein das überwiegende Interesse in Betracht. Konkret müsste hier das Interesse an der Rückgewinnung der Essensreste dem Interesse an dem Erhalt des Schälchens wesentlich überwiegen. Selbst wenn man allerdings davon ausginge, dass die Mensa an beidem ein erhebliches Interesse habe, so spricht für ein Überwiegen des Rückgewinnungsinteresses nicht viel. Geht man davon aus, dass das maßgebliche Interesse der Mensabetreibenden an der Entsorgung der Essensreste darin begründet liegt, dass damit der eigenen Verkehrssicherungspflicht entsprochen wird, so würde diese gegenüber der verbotenen Eigenmacht der J jedenfalls kein wesentliches zivilrechtliches Haftungsrisiko begründen (sog. haftungsausschließendes Mitverschulden, § 254 BGB). Geht man hingegen davon aus, dass das maßgebliche Interesse darin begründet liegt, dass die Mensabetreibenden lieber die Einnahmen durch den Speiseverkauf an J realisieren würden, so ist dieses Interesse jedenfalls noch nicht als Expektanz (Gewinnerwartung) strafrechtlich schutzwürdig, weil noch nicht hinreichend konkretisiert.

¹⁶ Grundsätzlich geht bei Konflikten mehrerer Rechtsgüter derselben Person die Einwilligung und mutmaßliche Einwilligung den Notstandsregelungen vor. Da § 228 BGB hier aber aus einem anderen Grund offensichtlich nicht gegeben ist, wurde er hier zuvor kurz abgelehnt. § 228 BGB hätte im Übrigen, genau wie § 32 StGB, nicht erwähnt werden müssen.

¹⁷ Vgl. Rengier, Strafrecht AT, 6. Auflage 2014, § 23 Rn. 9.

¹⁸ Zur mutmaßlichen Einwilligung und deren Voraussetzungen, Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht AT, 45. Auflage 2015, Rn. 569 ff.

Nach alldem ist nicht davon auszugehen, dass ein überwiegendes Interesse der Mensabetreibenden an der Rückgewinnung der Essensreste bestand und damit die Handlung des S dem mutmaßlichen Willen des Mensabetreibers entsprach.

Hinweis: Selbstverständlich ist hier das Gegenteil ebenso vertretbar. Entscheidend ist, a) dass die Voraussetzungen des mutmaßlichen Einverständnisses deutlich aufgeführt werden und b) dass die Argumentation auf die Schutzwürdigkeit der Interessen eingeht. Eine nähere Erörterung der zivilrechtlichen Rechtslage ist dabei keinesfalls erforderlich, sollte aber, so sie sich im Rahmen hält, entsprechend gewürdigt werden. Anstatt auf die mutmaßliche Einwilligung einzugehen, kann auch gleich § 34 StGB geprüft werden. Bearbeiter, die das spezielle Verhältnis von (mutmaßlicher) Einwilligung und den Notstandsregelungen thematisieren, sollten dafür belohnt werden.

Kann eine mutmaßliche Einwilligung wegen fehlenden überwiegenden Interesses des Verletzten nicht angenommen werden, so scheidet auch ein wesentliches Überwiegen i.S.d. § 34 StGB und damit eine Rechtfertigung nach dieser Norm aus.¹⁹

3. Schuld

S handelte ohne Schuld, wenn S die Tat nicht vorwerfbar wäre. An der Vorwerfbarkeit kann es fehlen, wenn S sich über die tatsächlichen Voraussetzungen einer Rechtfertigungsnorm irren würde, d.h. von einem Sachverhalt ausgehen würde, der bei tatsächlichem Vorliegen eine gerechtfertigte Situation beschreiben würde und dieser Irrtum entweder gem. § 17 StGB oder analog § 16 Abs. 1 StGB zu behandeln wäre (Erlaubnistatbestandsirrtum, Erlaubnistatumsstandsirrtum). Da S jedoch von dem zutreffenden Sachverhalt ausging, fehlt es jedenfalls nicht aus diesem Grund an der Vorwerfbarkeit der Tat.

Weil S jedoch meinte, dass er das Schälchen opfern dürfte, fehlte ihm gem. § 17 Satz 1 StGB die Einsicht Unrecht zu tun.²⁰ Allerdings war diese fehlende Einsicht für S vermeidbar, da er bei gehöriger Gewissensanspannung hätte erkennen können, dass er nicht seine eigene Wertung anstelle derjenigen der Mensabetreibenden setzen durfte.

4. Ergebnis

S hat sich der Sachbeschädigung gem. § 303 Abs. 1 StGB strafbar gemacht. Seine Strafe kann gem. § 49 Abs. 1 StGB i.V.m. § 17 Satz 2 StGB gemildert werden.

¹⁹ Perron, in: (o. Fn. 2), § 34 Rn. 8a m.w.N.

²⁰ Wobei nicht ganz klar ist, ob es sich um einen Erlaubnisirrtum – also einem Irrtum über die Existenz eines nichtgegebenen Erlaubnissatzes handelt, oder einen Erlaubnisgrenzirrtum – also einem Irrtum über die inneren Wertungsgrenzen eines Erlaubnissatzes. Da beide als Subsumtionsirrtümer entsprechend einem Verbotsirrtum behandelt werden, muss diese Frage im Gutachten nicht näher erörtert werden. *Hinweis: Eine kurze Erörterung kann dennoch honoriert werden.*

2. Tatkomplex

A. Strafbarkeit der J

I. §§ 223 Abs. 1, 2, 22, 23 Abs. 1 StGB

Indem J mit dem Fuß zum Tritt gegen S ausholte, hat sie nach ihrer Vorstellung von der Tat unmittelbar dazu angesetzt, den S körperlich zu misshandeln und an der Gesundheit zu schädigen. Sie hat sich daher der versuchten Körperverletzung strafbar gemacht.

II. §§ 224 Abs. 1, 2, 22, 23 Abs. 1 StGB

Indem J mit dem Fuß zum Tritt gegen S ausholte, könnte sie sich zudem der versuchten gefährlichen Körperverletzung strafbar gemacht haben. Da sie nach einem vorhandenen Tatentschluss hinsichtlich des Grundtatbestandes der Körperverletzung unmittelbar zu diesem angesetzt hatte (siehe Tatbestandsprüfung zuvor), ist allein der Tatentschluss hinsichtlich des Qualifikationstatbestandes fraglich. Da der Fuß im konkret geplanten Einsatz auch beschuht kein gefährliches Werkzeug darstellt, § 224 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2 StGB, und der Tritt, wenn er schon ein Überfall sein mag, jedenfalls nicht hinterlistig war, § 224 Abs. 1 Nr. 3 StGB, kommt allein der Tatentschluss hinsichtlich einer Körperverletzung mit einem anderen Beteiligten gemeinschaftlich in Betracht, § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB. Wenngleich in diesem Zusammenhang unklar ist, ob ein „Beteiligter“ im Sinne der Norm auch ein Teilnehmer sein kann²¹, so geht jedenfalls die Legaldefinition in § 28 Abs. 2 StGB davon aus, dass sowohl Täter als auch Teilnehmer Beteiligte einer Tat sein können. Der Wortlaut des § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB, „*mit einem anderen Beteiligten gemeinschaftlich*“, enthielte zudem mit dem Erfordernis der Gemeinschaftlichkeit eine unnötige Redundanz, würde man als „Beteiligte“ nur Mittäter ansehen: Voraussetzung der Mittäterschaft ist bereits eine gemeinschaftliche Begehung, sodass einem zusätzlichen Hinweis auf die Gemeinschaftlichkeit keine besondere Bedeutung zukommen würde.²² Überzeugender ist daher, auch die Vorstellung von einer Teilnahme eines anderen, grundsätzlich als hinreichenden Tatentschluss ausreichen zu lassen. Damit ist allerdings noch nicht geklärt, ob die Körperverletzung auch mit einem anderen Beteiligten gemeinschaftlich begangen werden sollte. Das Gemeinschaftlichkeitserfordernis soll nach seinem Sinn und Zweck die abstrakte Organisations- und Eskalationsgefahr eines Zusammenwirkens mehrerer Personen erfassen. Erforderlich ist also, dass die Beteiligten in einer Art und Weise bei der Körperverletzung zusammenwirken, dass sich eine gegenüber der einfachen

²¹ Das lehnte die wohl h.M. zur Gesetzesfassung vor dem 6. StrRG ab, vgl. *Wessels/Hettinger*, (o. Fn. 12), Rn. 281 m.w.N.

²² Instrukтив ist hierzu die Leitentscheidung: BGHSt. 47, 383 (386).

Körperverletzung gesteigerte Gefahr für das Opfer ergibt. Bei einer reinen Anstiftung, die sich in der kommunikativen Herbeiführung des Tatentschlusses erschöpft, ist dies grundsätzlich nicht der Fall. J hat sich daher nicht der versuchten gefährlichen Körperverletzung gem. §§ 224 Abs. 1, 2, 22, 23 Abs. 1 StGB strafbar gemacht. *Hinweis: Den Bearbeitenden wurde nahegelegt, dass sie alle Merkmale des § 224 StGB stets durchprüfen sollten. Auf der anderen Seite liegen die meisten Varianten des § 224 StGB hier relativ fern. Gerade schwächeren Studierenden sollte es zugute reichen, wenn im Rahmen des § 224 StGB sauber definiert wird. Bessere Studierende werden ihre Schwerpunkte anders setzen: Dann ist auch keine streng gutachterlichen Lösung des § 224 StGB notwendig. Mit anderen Worten: Eine saubere Lösung des § 224 StGB soll positiv bewertet werden, eine etwas oberflächliche, aber dennoch korrekte Prüfung sollte hingegen nicht negativ bewertet werden.*

III. § 303 Abs. 1 StGB

Indem J in das Besteckregal fiel, S sich erschrak und das Tablett fallen ließ, könnte J sich der Sachbeschädigung an dem Teller gem. § 303 Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben.

1. Tatbestand

Der Taterfolg in Gestalt der Zerstörung einer fremden Sache ist eingetreten und diese Zerstörung beruhte rein faktisch auch auf einer Handlung der J.

Damit ist aber noch nicht hinreichend geklärt, ob der tatbestandliche Erfolg auch normativ der J zugerechnet werden kann. Nach der Lehre von der objektiven Zurechnung ist bei Erfolgsdelikten nur ein solches Verhalten tatbestandlich, dass ein rechtlich missbilligtes Risiko für das vom jeweiligen Tatbestand geschützte Rechtsgut gesetzt oder nachweislich erhöht hat. Davon ist in Bezug auf (J)anas Tritt auszugehen. Allerdings müsste sich im tatbestandlichen Erfolg auch genau das Risiko realisiert haben, dass J durch ihren Tritt gesetzt hat.

Das ist beispielsweise ausgeschlossen, wenn ein Dritter eigenverantwortlich in den Handlungsablauf eintritt und durch seine Handlung eine vom Erstverursacher unabhängige Ursache für den Taterfolg setzt. Hier hat S den Teller fallenlassen, weil er sich erschrocken hat. Diese Ursache ist aber nicht unabhängig von derjenigen, die J durch ihren Tritt(-versuch) gesetzt hat. Ein eigenverantwortliches (den Zurechnungszusammenhang unterbrechendes) Dazwischentreten des S scheidet schon aus diesem Grund aus.

Der Zurechnungszusammenhang könnte aber auch dann ausgeschlossen sein, wenn der konkrete Geschehensablauf derart unvorhersehbar war, dass sich der Erfolgseintritt nicht mehr als Realisierung desjenigen Risikos darstellte, das J durch ihren Tritt gesetzt hat. Dieser Zurechnungsausschluss kraft objektiv atypischen Kausalverlaufs ist mit der auch von der Rechtsprechung bei Fahrlässigkeitsdelikten akzeptierten und angewandten Kategorie der objektiven Vorhersehbarkeit des

Taterfolges identisch und wäre hier nur dann ausgeschlossen, wenn sich der konkrete Tatverlauf außerhalb jeglicher Lebenserfahrung abgespielt hätte. Davon ist hier nicht auszugehen: Wer tritt, muss damit rechnen, dabei auszurutschen und dabei in nahestehende Besteckregale zu fallen. Ferner muss man dann damit rechnen, dass andere Leute sich deshalb erschrecken und Essenstabletts fallengelassen werden. Das J tatsächlich nicht mit diesem Verlauf rechnete, ist für diese Wertungsfrage im Rahmen der objektiven Zurechnung unerheblich.

Da der Taterfolg der J damit objektiv zugerechnet werden kann, ist ferner fraglich, ob J auch vorsätzlich gehandelt hat. Sie selbst hat mit dem konkreten Ablauf nicht gerechnet, weshalb ihr Vorsatz gem. § 16 Abs. 1 StGB ausgeschlossen sein könnte.

Allerdings führt nicht jede Abweichung vom vorgestellten Kausalverlauf dazu, dass der Vorsatz gem. § 16 Abs. 1 StGB entfällt. Die Rechtsprechung schließt den Vorsatz in derartigen Konstellationen dann nicht aus, wenn sich trotz Abweichung von der Vorstellung, das Gesamtgeschehen noch innerhalb des Vorsehbaren hält und keine andere Bewertung der Tat gerechtfertigt erscheint.²³ Da diese Begründung zwar den Vorsatz als Bezugspunkt wählt, aber in der Begründung maßgeblich auf objektiv-normative Ansätze rekurriert, wird diese Formel kritisiert.²⁴ Es sei nach dieser Kritik nicht entscheidend, dass der Täter den Taterfolg auf geringfügig andere Weise herbeiführen wollte, sondern allein, dass er den Taterfolg überhaupt herbeiführen wollte. *Roxin* führt hierfür die Kategorie der Planverwirklichung ein und fragt, ob man die Erfolgsherbeiführung normativ noch als Verwirklichung des von der Täterin verfolgten Tatplans ansehen kann.²⁵ Gemeinsam haben die Ansätze letztlich, dass es auf eine normativierende Gesamtbetrachtung ankommt. Stellt sich danach der eingetretene Taterfolg als versehentliche Folge eines im Übrigen intendierten Geschehens dar, so scheidet der Tatvorsatz aus. Ist auf der anderen Seite der Taterfolg intendiert und weicht nur die Verursachungshandlung von der konkreten Vorstellung ab, so müsse von einer für den Tatvorsatz unerheblichen Abweichung vom vorgestellten Kausalverlauf ausgegangen werden.²⁶ Es kam J vorliegend darauf an, dass S das Tablett fallen ließ und so ist es auch geschehen. Allein, dass S das Tablett fallen ließ, weil er sich erschrak, vermag keine andere Bewertung der Tat zu rechtfertigen und stellt sich bei einer wertenden Betrachtung als – zwar abweichende, aber dennoch eingetretene – Planverwirklichung der J dar, sodass J in Bezug auf § 303 Abs. 1 StGB vorsätzlich handelte. *Hinweis: Ein Eingehen auf die Planverwirklichungslehre wird nicht verlangt, sollte aber besonders honoriert werden. Die Rechtsprechung behandelt die Problematik des atypischen Kausalverlaufs nur als Vorsatzproblematik. Es sollte Bearbeitenden nicht zum Nachteil gereicht werden,*

²³ So die ständige Rechtsprechung: RGSt. 70, 257 (258); BGH GA 1955, 123 (125); BGHSt. 7, 325 (329).

²⁴ *Roxin*, Strafrecht AT II, 2003, S. 511 ff.

²⁵ *Roxin*, (o. Fn. 24), S. 512 f.

²⁶ In diesem Sinne kann die Planverwirklichung *Roxins* daher als Konkretisierung des Gesamtbewertungskriteriums der Rechtsprechung angesehen werden. So wohl auch: *Roxin*, (o. Fn. 9), S. 515

wenn sie entsprechend den gesamten Themenkomplex im Zusammenhang mit dem Vorsatz behandeln.

2. Ergebnis

Da J rechtswidrig und schuldhaft handelte, hat sie sich der Sachbeschädigung an dem Salatschälchen gem. § 303 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

IV. § 240 Abs. 1 StGB

Indem J zum Tritt gegen S ausholte und dieser das Tablett fallen ließ, könnte J sich der Nötigung gem. § 240 Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben. Es ist allerdings schon fraglich, ob das Fallenlassen des Tablett – ausgelöst durch den Schreck – eine *Handlung* ist, zu der S genötigt wurde. Diese Frage kann aber dahinstehen, weil das Fallen in das Regal durch J weder eine vom Vorsatz der J umfasste Gewalthandlung noch eine Drohung darstellte. Eine Strafbarkeit der J wegen (vollendeter) Nötigung gem. § 240 Abs. 1 StGB scheidet aus.

V. §§ 240 Abs. 1 und 3, 22, 23 Abs. 1 StGB

Dasselbe Verhalten könnte allerdings eine Versuchsstrafbarkeit gem. §§ 240 Abs. 1 und 3, 22, 23 Abs. 1 StGB begründen.

1. Tatentschluss

J wollte S zum Straucheln und dazu bringen, dass Tablett mitsamt Geschirr und Besteck fallenzulassen. Der vorgestellte Tritt wäre eine nicht unerhebliche Kraftentfaltung, die sich unmittelbar körperlich ausgewirkt hätte – also Gewalt. Eben jene Gewalt hätte auch zu einem aufgenötigten Verhalten (Straucheln, Tablett fallenlassen) geführt, sodass J insgesamt eine hinreichende Vorstellung von der Begehung einer Nötigung hatte.

2. Ergebnis und Konkurrenz

Zu dem Tritt, also der Gewaltanwendung, hat J nach ihrer Vorstellung auch unmittelbar angesetzt. Die Nötigung war auch rechtswidrig, insbesondere verwerflich und schuldhaft. Fraglich ist allerdings, wie die versuchte Nötigung zur mitverwirklichten vollendeten Sachbeschädigung und zur versuchten Körperverletzung in Konkurrenz steht. Durch die Sachbeschädigung wurden Rechtsgüter der Mensabetreibenden verletzt; durch die versuchte Nötigung und versuchte Körperverletzung fanden jeweils Angriffe auf Rechtsgüter des S statt. Die Sachbeschädigung steht also in Tateinheit gem. § 52 Abs. 1 StGB zu den mitverwirklichten Versuchsdelikten. Da das vorgestellte Loslassen des Tablett als vorgestellter Nötigungserfolg nicht notwendig mit der ebenfalls vorgestellten Körperverletzungsfolge verbunden ist, besteht auch zwischen diesen Delikten Idealkonkurrenz gem. § 52 Abs. 1 StGB. *Hinweis: Hier ist nahezu jedes Ergebnis zu begründen und eine genauere Prüfung wird nicht erwartet. Brauchbares sollte besonders honoriert werden.*

B. Strafbarkeit der L

I. §§ 223 Abs. 1, 2, 22, 23 Abs. 1, 26 StGB

Indem die L der J sagte „Komm J, sorg für Applaus“, könnte sie sich der Anstiftung zur versuchten Körperverletzung strafbar gemacht haben.

1. Tatbestand

Da eine vorsätzliche und rechtswidrige Haupttat in Gestalt der versuchten Körperverletzung der J vorliegt, ist fraglich, ob L die J auch zu dieser Haupttat bestimmt hat. Während die Rechtsprechung für ein Bestimmen die alleinige Verursachung des Tatentschlusses der Haupttäterin ausreichen lässt,²⁷ fordern andere mit Blick auf die Unterscheidung zur psychischen Beihilfe gem. § 27 Abs. 1 StGB einen kommunikativen Kontakt. Demnach müsste L den Tatentschluss der J „im Wege eines offenen und geistigen Kontakts“ dergestalt verursacht haben, dass der Erklärung der L Aufforderungscharakter zugesprochen werden könnte.²⁸ Wegen des Strafrahmenverweises des § 26 StGB („gleich einem Täter“) wird zusätzlich teilweise eine im Ansatz verbindliche Zusage der Haupttäterin und eine Unterordnung des Handlungswillens unter denjenigen der Anstifterin gefordert. Nur so könne das gegenüber der Beihilfe erhöhte Unrecht und die gleichwohl nicht geforderte Tatherrschaft einer Anstifterin normativ kompensiert werden (Theorie vom „Unrechtspakt“).²⁹ Ein Bestimmen ist nach jeder Auslegung ausgeschlossen, wenn die Haupttäterin schon vor Einwirkung durch die Teilnehmerin zur Tat entschlossen war. Für das Bestimmen auf der anderen Seite unschädlich ist, wenn die Täterin schon vor der Einwirkung zur Tat geneigt war. Hier hat L auf J kommunikativ eingewirkt und erst dadurch bei J den Entschluss hervorgerufen, S körperlich anzugreifen. Eine Verpflichtung oder Unterordnung der J gegenüber L ist hingegen nicht zu erkennen. Gegen ein solches Erfordernis spricht aber, dass die Grenzen zur mittelbaren Täterschaft, die der Gesetzgeber durch § 25 Abs. 1 Alt. 2 StGB ausdrücklich kodifiziert hat, durch ein derart restriktives Verständnis des „Bestimmens“ zu verschwimmen drohen. Nach alledem ist davon auszugehen, dass L die J zur versuchten Körperverletzung tatbestandlich bestimmt hat. *Hinweis: Die Lehre vom Unrechtspakt hat sich nie durchgesetzt. Es ist nicht falsch, das Bestimmen recht unproblematisch anzunehmen. Eine nähere Auseinandersetzung sollte lediglich positiv bewertet werden.*

Sowohl bezogen auf die versuchte Körperverletzung der J als auch bezogen auf die eigene Bestimmungshandlung müsste L vorsätzlich gehandelt haben. Dafür müsste bei L ein auf die konkrete Haupttat vorliegender Vorsatz diagnostiziert werden können. Ein solcher kann nach der Rechtsprechung gem. § 16 Abs. 1 StGB ausgeschlossen sein, wenn die Anstiftende die Haupttat nicht nach Zeit, Ort und

²⁷ Bspw. BGHSt. 45, 373 (374).

²⁸ Joecks, in: MüKo-StGB, 2. Auflage 2011, § 26 Rn. 15 m.w.N.

²⁹ Puppe, GA 1984, 101 (112 f.); Jakobs, (o. Fn. 6), 22/22.

ungefährer Angriffsart hinreichend konkretisiert hat.³⁰ Auch wenn dieser enumerative Anforderungskatalog bisweilen kritisiert wird³¹, so ist gleichwohl festzuhalten, dass es sich hierbei weniger um eine materielle Inhaltsbestimmung eines Anstiftungsvorsatzes handelt, als vielmehr eine Festschreibung bestimmter Indizien für tatrichterliche Feststellungen. Da der Sachverhalt davon ausgeht, dass die Anstiftende den konkreten Angriff intendierte, ist von einem hinreichenden Anstiftungsvorsatz auszugehen.

2. Ergebnis

Da L im Übrigen rechtswidrig und schuldhaft handelte, hat sich L der Anstiftung zur versuchten Körperverletzung gem. §§ 223 Abs. 1, 2, 22, 23 Abs. 1, 26 StGB strafbar gemacht.

II. §§ 303 Abs. 1, 26 StGB

Durch dieselbe Aufforderung könnte sich L zudem einer Anstiftung zur Sachbeschädigung gem. §§ 303 Abs. 1, 26 StGB strafbar gemacht haben.

1. Tatbestand

J hat als Haupttäterin eine Sachbeschädigung und damit eine vorsätzliche und rechtswidrige Haupttat begangen. Zu dieser Haupttat wurde sie auch von L im Wege des offenen und geistigen Kontakts bestimmt. Fraglich ist allerdings, ob die Sachbeschädigung als Haupttat der L als Anstifterin auch zugerechnet werden kann.

Teilweise wird auch bei den Teilnahmedelikten auf die Grundsätze der objektiven Zurechnung rekurriert. Da allerdings der konkrete Kausalverlauf nicht außerhalb jeglicher Lebenserwartung lag, und der S auch nicht eigenverantwortlich den Teller zerstörte, ist davon auszugehen, dass der tatbestandliche Erfolg durch die Sachbeschädigung auch der anstiftenden L objektiv zugerechnet werden könnte. Verfehlt wäre es jedenfalls, von einem eigenverantwortlichen Dazwischentreten der J als Täterin auszugehen, weil es gerade Sinn und Zweck des § 26 StGB ist, die Verantwortlichkeit des Teilnehmers neben derjenigen des Haupttäters stehen zu lassen.

Diese parallele Bewertung zur Haupttat erstreckt sich auch auf die subjektive Zurechnung. Allein, dass auch L nicht konkret damit gerechnet hat, dass J in das Besteckregal fallen würde und der Teller nur deshalb zerstört würde, weil S ihn aufgeschreckt fallen ließ, lässt diese abweichende Vorstellung der L noch nicht als vorsatzausschließenden Tatbestandsirrtum erscheinen. Weder lag das konkrete Geschehen außerhalb jeglicher Lebenserwartung, noch lässt sich aufgrund der Gesamtumstände eine andere Bewertung der Anstiftung rechtfertigen.

³⁰ So BGHSt. 34, 63 (66) – „Tankstellenfall“.

³¹ Roxin, (o. Fn. 24), § 26 Rn. 133 ff.

2. Ergebnis und Konkurrenz

Da L auch in Bezug hierauf rechtswidrig und schuldhaft handelte, hat sie sich der Anstiftung zur Sachbeschädigung gem. §§ 303 Abs. 1, 26 StGB strafbar gemacht. Da die Anstiftung zur versuchten Körperverletzung und die Anstiftung zur Sachbeschädigung unterschiedliche Rechtsgüter von auch jeweils verschiedenen Rechtsgutsträgern schützen, stehen beide Delikte in ungleichartiger Tateinheit gem. § 52 Abs. 1 StGB zueinander.

III. § 229 StGB

Indem L die J aufforderte nach dem S zu treten und J sich verletzte, könnte L sich der fahrlässigen Körperverletzung strafbar gemacht haben. Dabei ist zunächst festzustellen, dass allein die Anstiftereigenschaft in Bezug auf die versuchte Körperverletzung und die vollendete Sachbeschädigung nicht *per se* eine Täterschaft hinsichtlich anderer Tatbestände ausschließt. *Manchmal ist in diesem Zusammenhang auch von dem Einheitstäterbegriff bei Fahrlässigkeitsdelikten die Rede.* Jedoch müsste der Körperverletzungserfolg letztlich auf dem pflichtwidrigen Verhalten der L beruhen, was ausgeschlossen ist, wenn der Taterfolg auf einem eigenverantwortlichen Dazwischentreten der J selbst beruht und nicht der Schutzzweck des Pflichtverstoßes gerade auch darin besteht, die eigenverantwortlich handelnde Person vor Beeinflussungen durch die Täterin zu bewahren. In diesem Zusammenhang muss beachtet werden, dass zwar eine Anstiftungshandlung objektiv vorläge, weder die vorsätzliche noch aber die fahrlässige Verletzung der eigenen Person tatbestandlich ist. Wenn aber schon die eigene Verletzung nicht tatbestandlich sein kann, dann kann auch über die Fahrlässigkeitsdelikte keine fehlende Unrechtspartizipation wegen Anstiftung ersetzt werden. Der Rechtsgedanke des § 26 StGB führt also gerade nicht dazu, dass trotz eigenverantwortlichem Handeln der J, ein Zurechnungszusammenhang zu L hergestellt werden kann. Dieses Ergebnis kann auch über den Gedanken des § 25 Abs. 1 Var. 2 StGB abgesichert werden: Auch wenn bei Fahrlässigkeitsdelikten ein Rückgriff auf diese Zurechnungsnorm nicht notwendig ist, so kommt in ihr doch zum Ausdruck, dass bei eigenverantwortlichem Verhalten durch eine Person, deren Verhalten einem Hintermann nur dann zugerechnet werden kann, wenn dieser Hintermann seine Tatherrschaft gerade dadurch ausübt, dass er die unmittelbar handelnde Person steuert. Allein das Auslösen einer Handlung ist aber allein kein hinreichendes Herrschaftskriterium, sodass insgesamt ein Pflichtwidrigkeitszusammenhang abzulehnen ist. *Hinweis: Weder ist eine Auseinandersetzung mit der Fahrlässigkeitsstrafbarkeit überhaupt gefordert, noch eine eingehendere Ablehnung des Zurechnungszusammenhangs. Bearbeitende, die zu dieser Thematik irgendetwas Verwertbares schreiben, sollten hierfür belohnt werden. Das gleiche gilt für eine mögliche Behandlung einer Anstiftung zur vorsätzlichen Körperverletzung der J (an sich selbst) durch L gem. §§ 223 Abs. 1, 26 StGB.*

Ergebnis

J hat sich im ersten Tatkomplex des Diebstahls strafbar gemacht. Im zweiten Tatkomplex hat sich J der Sachbeschädigung in Tateinheit mit einer versuchten Körperverletzung strafbar gemacht. Wegen des zeitlich-räumlichen Zusammenhangs könnte hier eine Verbindung beider Tatkomplexe zu einer natürlichen Handlungseinheit vertreten werden, da jedoch der Tatentschluss zum Tritt von dem Tatentschluss sich die Speisereste zuzueignen getrennt war, liegt es näher insoweit von einer Realkonkurrenz gem. § 53 Abs. 1 StGB auszugehen. Bei der Bildung der Einzelstrafe hinsichtlich des Diebstahls ist die Möglichkeit der Minderung gem. § 49 Abs. 1 StGB zu berücksichtigen. §§ 242 Abs. 1, 49 Abs. 1 StGB – § 53 Abs. 1 StGB – §§ 303 Abs. 1, 223 Abs. 1 und 2, 22, 23 Abs. 1, 52 Abs. 1 StGB.

S hat sich im ersten Tatkomplex der Sachbeschädigung strafbar gemacht. Seine Strafe kann gem. § 49 Abs. 1 StGB gemindert werden. § 303 Abs. 1, 49 Abs. 1 StGB.

L hat sich tateinheitlich der Anstiftung zur vollendeten Sachbeschädigung und Anstiftung zur versuchten Körperverletzung strafbar gemacht. §§ 303 Abs. 1, 26 StGB – § 52 Abs. 1 – §§ 223 Abs. 1 und 2, 22, 23 Abs. 1 StGB.

Hinweis: Ganz allgemein gilt für die Konkurrenzen, dass eine Behandlung in aller Regel nicht negativ bewertet werden sollte, aber Raum für Notendifferenzierung „nach oben“ erlauben soll.