

Lösungsskizze zur Klausur vom 24.11.2018

Teil 1: Die erste Villa

A. Strafbarkeit von A und M

I. §§ 242, 244 I Nr. 1a, 2, 3, IV, 25 II StGB

Es ist auch vertretbar, mit der Prüfung von § 244a StGB zu beginnen und § 244 StGB inzident zu prüfen. Es ist ebenso vertretbar, mit der Prüfung des § 242 i.V.m. § 243 I 2 Nr. 1, 3 zu beginnen.

1. Objektiver Tatbestand

a. Wegnahme fremder beweglicher Sachen (+), Perlenkette und Bargeld

b. Dietrich als gefährliches Werkzeug bei sich geführt (§ 244 I Nr. 1a)?

(P) Begriff des gefährlichen Werkzeugs: Dietrich ist weder abstrakt gefährlich noch sollte er gegen Personen verwendet werden, daher (-)

<https://strafrecht-online.org/problemfelder/bt/244/obj-tb/gef-werkzeug/>

c. Bandendiebstahl (§ 244 I Nr. 2)?

(P) Bande bei nur zwei Beteiligten? erhöhte Gefährlichkeit erst bei drei Personen, daher (-)

<https://strafrecht-online.org/problemfelder/bt/244/obj-tb/anzahl-bandenmitglieder/>

d. Wohnungseinbruchsdiebstahl in Privatwohnung (§ 244 I Nr. 3, IV) (+)

e. mittäterschaftliche Zurechnung der jeweiligen Tatbeiträge

gemeinsame Tatausführung und gemeinsamer Tatplan, § 25 II (+)

2. Subjektiver Tatbestand

a. Vorsatz (+)

b. Absicht rechtswidriger Zueignung (+)

3. Rechtswidrigkeit (+)

4. Schuld (+)

5. Ergebnis: §§ 244 I Nr. 3, IV, 242, 25 II (+). Der ebenfalls verwirklichte § 242 i.V.m. § 243 I 2 Nr. 1, 3 tritt dahinter zurück (und sollte daher allenfalls ganz knapp erwähnt werden).

II. §§ 123, 25 II StGB durch Gelangen ins Treppenhaus?

(-), weil Einverständnis des Nachbarn beim Öffnen. Angesichts fehlender Kommunikation liegt im Klingeln keine Täuschung; und selbst wenn Täuschung angenommen: § 123 schützt nur den tatsächlich erklärten Willen, nicht die irrtumsfreie Willensbildung (vgl. MK/Schäfer, 3. Auflage 2017, § 123 Rn. 29).

III. §§ 123, 25 II StGB durch Gelangen in die Wohnung (+)

Da A und M den Tatbestand jeweils in ihrer Person erfüllen, ist eine Zurechnung nach § 25 II StGB zur Strafbarkeitsbegründung nicht nötig, die mittäterschaftliche Begehung sollte jedoch aus Gründen der Vollständigkeit angegeben werden, zumal der Hausfriedensbruch nach h.M. kein eigenhändiges Delikt ist (Lackner/Kühl/Heger, 29. Auflage 2018, § 123 Rn. 12).

Das tatbestandsausschließende Einverständnis der Nachbarn bezieht sich auf gemeinschaftlich genutztes Treppenhaus, nicht auf die gesondert gesicherte Wohnung. Von der Stellung eines Strafantrags ist auszugehen.

B. Ergebnis Teil 1

Strafbarkeit A und M gemäß §§ 242, 244 I Nr. 3, IV, 25 II StGB und §§ 123 I, 25 II StGB; der Hausfriedensbruch wird im Wege der Gesetzeskonkurrenz verdrängt.

Teil 2: Die zweite Villa

A. Strafbarkeit von A und M

I. §§ 242, 244a I, 25 II, 22 StGB

Es kann auch mit §§ 242, 244 I Nr. 3, IV, 22 StGB begonnen werden. Dann ist die Frage der Bande ggf. bei der Verbrechensverabredung anzusprechen.

1. Vollendung (-), Versuchsstrafbarkeit (+), §§ 23 I, 12 I

2. Tatentschluss (+)

Gerichtet auf das mittäterschaftliche Eindringen in eine Wohnung zwecks Wegnahme wertvoller Gegenstände.

(P) Tatentschluss bei Bedingung: Tat nicht generell vorbehalten, A und M haben sich zur Tat auf bewusst unsicherer Tatsachengrundlage entschlossen, daher (+) (BGH NJW 1968, 1100). *Die Abhängigkeit der Tatausführung vom Resultat des Klopfens kann auch beim unmittelbaren Ansetzen thematisiert werden (vgl. MK/Hoffmann-Holland § 22 Rn. 98 ff.).*

Vorsatz bzgl. §§ 242, 244 I Nr. 3, IV daher (+); allerdings ist nun auch D beteiligt. Vorsatz auch bzgl. § 244a I? Mindestpersonenzahl von drei (+), Verbindung zur fortgesetzten und gemeinschaftlichen Begehung von Diebstählen (+). Fraglich ist, ob D hier als Mittäter oder als Gehilfe handelte? *Diese Frage kann auch erst später, bspw. bei der Frage der Strafbarkeit des D wegen Verbrechensverabredung, thematisiert werden.*

(P) Abgrenzung Täterschaft/Teilnahme: Sowohl nach Ansicht der Rspr. (Täterwillen; ermittelt anhand wertender Beurteilung aller Umstände, insb. des Grades des Interesses am Taterfolg, des Umfangs der Tatbeteiligung, der Tatherrschaft oder des Willens zur Tatherrschaft) als auch nach der Tatherrschaftslehre ist D lediglich Gehilfe: gering am Erfolg beteiligt (50 von 300 Euro), „Festpreis“, keine Tatherrschaft über unmittelbare Tat, nicht wesentlich an der Planung beteiligt.

<https://strafrecht-online.org/problemfelder/at/taeterschaft/mittelb-taeter/abgr-anstiftung/>

(P) Bandenmitgliedschaft eines Gehilfen: Fraglich ist, ob auch ein Gehilfe Bandenmitglied sein kann. Dagegen spricht: bandenmäßiges Vorgehen als eine gegenüber der Mittäterschaft gesteigerte deliktische Zusammenarbeit; § 244 I Nr. 2 spricht von „Begehung“ (= täterschaftlich) (MK/Schmitz § 244 Rn. 44). BGH: Bande gerade keine intensivere Form der Mittäterschaft, sondern ein Aliud (BGHSt 47, 214); daher Vorsatz auch auf schweren Bandendiebstahl i.S.d. § 244a I gerichtet (*a.A. vertretbar*).

Gegen die Annahme einer Bande spricht auch nicht, dass A, M und D im Ergebnis nur einen Einbruch gemeinsam begangen haben. Bei auf mehrere Taten gerichteter Bandenabrede reicht es aus, dass sich deren abstrakte Gefährlichkeit lediglich einmal objektiv verwirklicht (MK/Schmitz § 244 Rn. 48; BGH NJW 2004, 2840, 2842 f.; *a.A. vertretbar*, vgl. Dessecker NSTZ 2009, 184, 187). Absicht rechtswidriger Zueignung (+)

3. Unmittelbares Ansetzen

(P) Unmittelbares Ansetzen: Subjektiv Schwelle zum „jetzt geht's los“ überschritten und objektiv muss eine Ausführungshandlung vorgenommen worden sein, die ohne wesentliche Zwischenakte in die tatbestandsmäßige Wegnahme einmünden soll, so dass die Tatobjekte aus Tätersicht bereits unmittelbar gefährdet erscheinen.

Durch Klingeln an der Haustür? (-) Unsicherheit eines Öffnens, ungestörtes Gelangen in das 2. OG, reaktionsloses Anklopfen, Überwindung der Wohnungstür als wesentliche Zwischenakte.

Durch Betreten des Hausflures? (-) Durch Passieren der Haustür drangen A und M zwar schon tiefer in die Schutzsphäre des Opfers ein. Allerdings waren mit dem ungestörten Gelangen in das 2. OG, dem reaktionslosen Anklopfen und der Überwindung der Wohnungstür noch immer wesentliche Zwischenakte erforderlich (BGH NStZ 2013, 579 m. Anm. Jäger JA 2013, 949; BGH StV 2017, 441). *Auf Besonderheiten des unmittelbaren Ansetzens bei der Mittäterschaft (Einzel-/Gesamtlösung) ist mangels Relevanz nicht einzugehen.*

<https://strafrecht-online.org/problemfelder/at/versuch/unmittelb-ansetzen/vorber-versuch/>

4. Ergebnis: §§ 242, 244a I, 25 II, 22 StGB (-)

II. §§ 242, 244 I Nr. 3, IV, 25 II, 22 StGB

mangels unmittelbaren Ansetzens (-), s.o.

III. §§ 30 II Var. 3, 242, 244a I StGB

Es kann auch mit der Verabredung zum Wohnungseinbruchsdiebstahl begonnen werden.

1. Verbrechen?

in Aussicht genommene Straftat = Verbrechen i.S.d. § 12 I (+): Mindeststrafe 1 Jahr FS, § 244a I StGB (+), insb. Bande (+), s.o.

2. Verabredung?

Ernstliche und konkretisierte Vereinbarung von mindestens zwei Beteiligten, ein Verbrechen als Mittäter zu begehen (+) *Hinsichtlich weiterer, im Einzelnen unbestimmter Taten wird man eine Verabredung nur schwerlich annehmen können.*

3. Rechtswidrigkeit/Schuld (+)

4. Rücktritt, § 31?

(P) Verhindern der Tat i.S.d. § 31 I Nr. 3 = Ergreifung aktiver Abwehrmaßnahmen erforderlich oder die bloße Aufgabe der weiteren Tatausführung ausreichend? Grundsätzlich genügt, wenn sämtliche Tatbeteiligte von der Tat oder ihrer Vervollendung absehen (MK/Joecks § 31 Rn. 23). A und M waren die nach dem Tatplan maßgeblichen Ausführenden, die beide gleichzeitig den Tatplan aufgaben. Sie mussten nicht befürchten, dass D die Tat an ihrer Stelle begehen würde, daher (+)

(P) Freiwilligkeit: Allerdings muss der Rücktritt auch im Rahmen des § 31 I freiwillig erfolgen.

h.M.: Freiwillig, wenn er auf autonomen Gründen beruht. Die Aufgabe des Tatentschlusses beruht auf der unerwarteten Situation einer weiteren Person im Treppenhaus und der Befürchtung von A und M, bei ihrem deliktischen Vorhaben entdeckt zu werden; Freiwilligkeit (-)

a.A.: Abgrenzung zwischen Freiwilligkeit und Unfreiwilligkeit normativ nach den „Regeln der Verbrechervernunft“. Ein Täter handelt danach unfreiwillig, wenn er aufgrund seiner abwägenden Verbrechervernunft zu dem Resultat kommt, dass ein Weitermachen zwecklos ist (*Beckemper JA*

2003, 207; Roxin FS Heinitz, 1972, S. 251; ders. Strafrecht AT II, 2003, § 30 Rn. 383 ff.). Auch danach Freiwilligkeit (-), weil ein Weiterlaufen auf der Treppe aus As und Ms Sicht zu ihrer Entdeckung und mithin zur Vereitelung des Einbruchs führen musste.

<https://strafrecht-online.org/problemfelder/at/versuch/ruecktritt/freiwillig>

5. Ergebnis: §§ 30 II Var. 3, 244a I StGB (+)

IV. §§ 30 II Var. 3, 242, 244 I Nr. 3, IV StGB

1. Verbrechen? nach neuer Rechtslage (+), § 244 I Nr. 3, IV StGB

2. Verabredung? (+), s.o.

3. Rechtswidrigkeit/Schuld (+)

4. Rücktritt, § 31? (-), s.o.

5. Ergebnis: §§ 30 II Var. 3, 242, 244 I Nr. 3, IV StGB (+)

V. §§ 123, 25 II StGB durch Gelangen ins Treppenhaus (-), s.o.

VI. Ergebnis und Konkurrenzen für A und M

Strafbarkeit von A und M gemäß §§ 30 II Var. 3, 242, 244a I; 30 II, 242, 244 I Nr. 3, IV, 52 StGB.

§ 244 I Nr. 3, IV StGB n.F. tritt wegen des gleichen Strafrahmens und des Verzichts auf einen minderschweren Fall nicht mehr hinter § 244a StGB zurück; stattdessen besteht Idealkonkurrenz (BeckOK/Wittig § 244 Rn. 24; Fischer, 65. Auflage 2018, § 244 Rn. 64; BT-Drs. 18/12729, 10; a.A. MK/Schmitz § 244a Rn. 14: § 244 IV verdrängt § 244a).

B. Strafbarkeit von D

I. §§ 30 II Var. 3, 242, 244a I

Es kann genauso gut mit der Verabredung zum Wohnungseinbruchsdiebstahl in eine Privatwohnung begonnen werden.

1. Verbrechen (+), § 244a I, s.o.

2. Verabredung

D könnte sich ebenfalls zur Begehung der §§ 242, 244a I, 244 I Nr. 3, IV StGB verabredet haben. Allerdings muss die Verabredung eine mittäterschaftliche Ausführung eines Verbrechens umfassen. Eine Verabredung von Täter und Teilnehmer gibt es nicht. Ein potenzieller Gehilfe bleibt straflos (MK/Joecks § 30 Rn. 54; Sch/Sch/Heine/Weißer, 29. Auflage 2014, § 30 Rn. 24). D ist lediglich Gehilfe, s.o.

II. §§ 30 II Var. 3, 242, 244 I Nr. 3, IV StGB

(-), mangels Verabredung, s.o.

III. Ergebnis für D

D bleibt straflos.

C. Ergebnis Teil 2

A und M haben sich wegen Verbrechensverabredung gemäß §§ 30 II, 242, 244a I, 244 I Nr. 3, IV, 52 StGB strafbar gemacht. D bleibt straflos.

Teil 3: Geldautomat

A. Strafbarkeit von D

I. § 249 StGB

Es ist auch vertretbar, die folgenden Fragen im Rahmen des § 242 StGB zu prüfen und erst im Anschluss entsprechend kurz § 249 StGB anzusprechen.

Fremdheit des Geldes (+): Zwar wurde D das Geld tatsächlich im Ausgabeschacht ausgegeben, die Bank hat das Angebot auf Übereignung des Geldes aber allein an L als Berechtigte gerichtet. D konnte es daher nicht annehmen (BGH NJW 2018, 245); *a.A. vertretbar (vgl. SK/Hoyer § 242 Rn. 56, 58, nach dem auch das durch Automaten vermittelte Angebot auf Übereignung unbedingt sei).*

(P) Wegnahme: Wegnahme = Bruch fremden Gewahrsams. L hat nie Gewahrsam an dem Geld erlangt, hatte nie tatsächliche Sachherrschaft. Die Bank hatte zwar Gewahrsam und wollte auch nur an Berechtigten übereignen. Die Herausgabe als tatsächlicher Akt ist aber nur unter tatsächlicher Bedingung möglich, insbesondere im Hinblick auf die ordnungsgemäße Bedienung des Geldautomaten (NK/Kindhäuser, 5. Auflage 2017, § 242 Rn. 51; MK/Schmitz § 242 Rn. 104). Herausgabe des Geldes hier also mit Einverständnis der Bank (so auch BGH NJW 2018, 245 m. Anm. Brand). Mangels Wegnahme scheidet ein Raub daher aus.

<https://strafrecht-online.org/problemfelder/bt/242/obj-tb/bruch/>

II. §§ 253, 255 StGB

1. Objektiver Tatbestand

a. Gewalt (+), da D die L mit Körperkraft zu Boden stößt und einer physisch wirkenden Zwangswirkung aussetzt, um den Automaten ungestört zu bedienen.

b. Nötigungserfolg

(P) Vermögensverfügung notwendig? Abgrenzung Raub/räub. Erpressung

Rspr und Teile der L.: jede Kausalität der Gewalt für den Vermögensschaden ausreichend; räub. Erpressung als Auffangtatbestand zum Raub; einer Vermögensverfügung bedarf es nicht; danach hier Nötigungserfolg (+)

h.L.: Exklusivitätsverhältnis zwischen Raub und räub. Erpressung. Letztere setzt eine Vermögensverfügung voraus. Als Gewaltmittel kommt nur „vis compulsiva“ in Betracht, da nur dann eine Willensbildung des Opfers stattfinden kann. §§ 253, 255 ist ein Selbstschädigungsdelikt, danach hier (-), weil die am Boden liegende L nicht willentlich auf ihr Vermögen einwirkt und in diesem Zeitpunkt auch nicht mehr davon ausgeht, dass die folgende Vermögensverschiebung von ihrer Mitwirkung abhängt.

Streitentscheid: Gegen das Erfordernis einer Vermögensverfügung spricht, dass die Einordnung der räub. Erpressung als Selbstschädigungsdelikt im Gesetzeswortlaut keinen Niederschlag gefunden hat. Für die Verfügungstheorie spricht hingegen, dass andernfalls die Privilegierung der (bloßen) Gebrauchsanmaßung (§ 248b) unterlaufen wird, wenn man den ohne Zueignungsabsicht Raubmittel Einsetzenden gemäß § 255 aus dem Raubstrafrahmen bestraft. Auch wird § 249 praktisch überflüssig, wenn die nicht unter § 249 fallenden Konstellationen über § 255 erfasst werden. Ferner ist es gesetzessystematisch untypisch, dass der Auffangtatbestand des § 255 hinter dem spezielleren Gesetz des § 249 eingeordnet ist. Schließlich gewährleistet das Verfügungsmerkmal die sachgerechte Einstufung als Selbstschädigungsdelikt.

<https://strafrecht-online.org/problemfelder/bt/255/obj-tb/vermoegensverf/>

2. Ergebnis: §§ 253, 255 StGB (-)

A.A. mit entsprechender Begründung ebenso gut vertretbar. Da L die Geldscheine nicht erhält, ihr Konto aber dennoch um den Betrag belastet wird, ist von einem Vermögensnachteil der L auszugehen (so auch BGH NJW 2018, 245). Auf eine Dreieckserpressung ist daher nicht einzugehen. Die weiteren Tatbestandsmerkmale (Vorsatz, Bereicherungsabsicht, Rechtswidrigkeit, Schuld) beinhalten keine Schwierigkeiten. Bei Bejahung der räuberischen Erpressung kann auch § 250 I Nr. 1 lit. c, II Nr. 3 lit. a StGB angeprüft werden. Dabei ist jedoch zu beachten, dass der Begriff der „schweren Gesundheitsschädigung“ bzw. der schweren körperlichen Misshandlung nicht identisch mit der schweren Folge in § 226 StGB ist. Angesichts der nur geringfügigen Einwirkung auf L wird eine schwere körperliche Misshandlung deshalb abzulehnen sein. Wer § 226 StGB bejaht (siehe unten) kann aber mit entsprechender Begründung auch § 250 I Nr. 1 lit. c StGB annehmen. Auch bei Bejahung der §§ 253, 255 sind die folgenden Delikte zu prüfen.

III. § 263a I Var. 3, 4 StGB

1. Objektiver Tatbestand

a. Unbefugte Verwendung von Daten

(P) unbefugt?

Subjektivierende Theorie: unbefugt = Verwendung der Daten gegen den ausdrücklichen oder mutmaßlichen Willen des Berechtigten; danach hier (+), da L nicht will, dass D Geld abhebt.

Computerspezifische Auslegung: unbefugt, wenn sich der entgegenstehende Wille des Berechtigten im Datenverarbeitungsvorgang niedergeschlagen hat und mit ordnungswidriger Einwirkung auf den Ablauf des Computerprogramms überwunden wird; danach hier (-), weil D den Geldautomaten ordnungsgemäß bedient. Die Einwirkung geschah allein außerhalb der Datenverarbeitung durch den Computer.

Betrugsspezifische Auslegung (h.M.): unbefugt, wenn die Verwendung der Daten im konkreten Fall gegenüber einem Menschen Täuschungscharakter hätte; danach hier (-), weil ein menschlicher Beobachter erkennen würde, dass L und nicht D zur Entnahme der Geldscheine berechtigt ist. Daher ist nicht eine täuschungsähnliche Handlung für das Geschehen prägend, sondern schlichte Gewaltanwendung (so auch Brand NJW 2018, 246).

Streitentscheid: Die subjektivierende Theorie stellt bloße Vertragswidrigkeiten unter Strafe und ist daher als zu weitgehend abzulehnen. Da die beiden anderen Auffassungen zur Ablehnung des Tatbestandsmerkmals kommen, kann der Streit insoweit dahinstehen. D handelte nicht unbefugt. A.A., wenn gut begründet, vertretbar.

<https://strafrecht-online.org/problemfelder/bt/263a/obj-tb/unbefugt/>

b. Sonstige unbefugte Einwirkung

Da die Unbefugtheit nach h.M. in Var. 3 und 4 identisch auszulegen ist, liegt auch keine unbefugte Einwirkung i.S.d. Var. 4 vor.

2. Ergebnis: § 263a I StGB (-)

IV. § 246 I StGB (+)

1. Objektiver Tatbestand

fremde beweglich Sache (+), s.o.

Zueignung, (+) durch Mitnahme des Geldes und Verschwinden hat sich Zueignungswillen manifestiert.

2. Subjektiver Tatbestand

Vorsatz (+)

3. Rechtswidrigkeit/Schuld (+)

4. Ergebnis: § 246 I StGB (+)

V. § 240 I, II StGB (+)

1. Objektiver Tatbestand

Nötigungsmittel: Gewalt (+), durch Stoßen.

Nötigungserfolg: Tun, Dulden, Unterlassen, (+), da L durch den Stoß die Mitnahme des Geldes dulden muss.

2. Subjektiver Tatbestand

Vorsatz (+)

3. Rechtswidrigkeit (+)

insb. Verwerflichkeit, § 240 II StGB, (+), sowohl Mittel als auch Zweck sind rechtlich missbilligt.

4. Schuld (+)

5. Ergebnis: § 240 I, II StGB (+)

VI. §§ 223 I, 226 I Nr. 2 StGB

1. Objektiver Tatbestand

a. Körperliche Misshandlung und Gesundheitsschädigung (+)

b. Dauernde Gebrauchsunfähigkeit eines wichtigen Gliedes?

Glied (+), da es sich bei den Fingern um äußerliche Körperteile mit besonderer Funktion im Gesamtorganismus handelt, die mit dem Körper über ein Gelenk verbunden sind (*Joecks/Jäger* § 226 Rn. 13). *Auf den Streitstand, ob auch innere Organe (Otto Strafrecht BT § 17 Rn. 6) oder nicht über ein Gelenk verbundene Körperteile (bspw. Nase) erfasst sind (Fischer § 226 Rn. 6), kommt es nicht an; siehe dazu ausf. <https://strafrecht-online.org/problemfelder/bt/226/obj-tb/wichtiges-glied/>.*

wichtiges Glied?

(P) Maßstab der Betrachtung?

e.A.: generalisierende Betrachtung; abstellen auf durchschnittlichen Menschen und dessen Gesamtorganismus und Leben (RGSt 64, 201). Zwar kann L nicht mehr professionell Klavierspielen, ansonsten ist der Bruch aber laut Sachverhalt folgenlos verheilt, daher (-).

a.A.: Berücksichtigung individueller Körpereigenschaften, nicht aber sozialer Faktoren (MK/Hardtung § 226 Rn. 29; Sch/Sch/Stree/Sternberg-Lieben § 226 Rn. 2; SSW-StGB/Momsen/Momsen-Pflanz, § 226 Rn. 12; BGH NJW 2007, 1988, 1989). Zwar rechte Hand und mangels anderweitiger Angaben im Sachverhalt kann davon ausgegangen werden, dass L Rechtshänderin ist, aber keine Einschränkungen im Alltag; deshalb (-).

a.A.: Berücksichtigung der Individualität des Verletzten, inkl. seines Berufs (Otto Strafrecht BT, § 17 Rn. 7; Lackner/Kühl/Kühl StGB, § 226 Rn. 3 m.w.N.; Maurach/Schroeder BT 1 § 9 Rn. 21). L kann nicht mehr professionell Klavierspielen, insoweit ist die Funktionalität ihrer Finger dauerhaft eingeschränkt; daher (+).

Streitentscheid: Für eine generalisierende Betrachtung spricht der Wortlaut („des“ Körpers), der auf individuelle Fähigkeiten keinen Bezug nimmt (*Joecks/Jäger* § 226 Rn. 15). Für die

Berücksichtigung individueller Ansätze spricht der Opferschutz (*Otto* Strafrecht BT, § 17 Rn. 7); je nach Auffassung (+/-)

2. Subjektiver Tatbestand

im Hinblick auf § 223 I StGB (+)

falls das Vorliegen eines wichtigen Gliedes bejaht wurde: Vorsatz bzgl. § 226 I Nr. 2 StGB (-), aber erfolgsqualifiziertes Delikt (§ 18), Fahrlässigkeit ausreichend: (+).

3. Rechtswidrigkeit/Schuld (+)

4. ggf. Strafantrag, § 230 StGB (+)

5. Ergebnis: § 223 I (ggf. § 226 I Nr. 2) StGB (+)

B. Ergebnis Teil 3

D hat sich gem. § 246 I StGB und § 240 StGB sowie § 223 I (bzw. §§ 223 I, 226 I Nr. 2 StGB) strafbar gemacht. Die Taten stehen in Tateinheit, § 52 StGB. *Sofern §§ 253, 255 StGB bejaht wurden, tritt § 246 StGB wegen formeller Subsidiarität dahinter zurück. Gegenüber § 240 I, II StGB sind §§ 253, 255 StGB spezieller, weshalb auch § 240 I, II StGB zurücktritt.*

Teil 4: Netflix

A. Strafbarkeit von D

I. § 263a I Var. 3 StGB

1. Objektiver Tatbestand

Unbefugte Verwendung von Daten (*zu den Theorien siehe oben*)

nach *subjektivierender Theorie* (+), da Netflix die Weitergabe untersagt.

nach *computerspezifischer Auslegung* (-), da Verbot der Weitergabe nicht in Algorithmus hinterlegt.

nach *betrugsspezifischer Auslegung*: bei EC-Karte mit Vollmacht wird nach h.M. die Täuschungsqualität verneint (*Joecks/Jäger* § 263a Rn. 28). Argument ist dort allerdings, dass auch der Bankhalter einem mit Vollmacht Handelnden das Geld aushändigen würde. Hier könnte der Fall allerdings anders liegen, denn Netflix würde D im Falle der Offenlegung seiner Identität ja dennoch keinen Zugriff auf die Inhalte gewähren. Allerdings überprüft Netflix die Identität des D nicht. D dürfte außerdem bei seinem Kumpel mitschauen. Würde er für diesen das Passwort eingeben, hätte auch Netflix nichts dagegen. Technische Möglichkeiten sicherzustellen, dass D nicht über den Account seines Kumpels mitschaut, nutzt Netflix nicht. Eine andere Auffassung würde zur Kriminalisierung bloßer Vertragsverletzungen führen; daher (-), *zur Kritik an der subjektivierenden Theorie bereits oben. Darüberhinaus erscheint das Vorliegen eines Schadens zweifelhaft, da der Sachverhalt keine Hinweise darauf enthält, dass D – ohne Nutzung des Zugangs von K – auf jeden Fall einen eigenen Netflixzugang erworben hätte; siehe ausf. MK/Mühlbauer § 263a Rn. 105 ff.*

2. Ergebnis: § 263a I StGB (-)

II. § 265a StGB

1. Objektiver Tatbestand

a. Leistung eines Telekommunikationsnetzes

(+), da die Leistung des Netzes auch die Bereitstellung und Übermittlung von Inhalten sein kann (*MK/Hefendehl* § 265a Rn. 54, 58).

b. Erschleichen

Da die Bereitstellung der Inhalte Teil der Leistung ist, kann die unbefugte Eingabe des Passworts grds. ein Erschleichen darstellen. Voraussetzung wäre allerdings, dass ein Zugangshindernis besteht. Die bloße Untersagung der Weitergabe der Accountdaten in den AGB stellt schwerlich ein solches Zugangshindernis dar (MK/Hefendehl § 265a Rn. 149). Auf technische Vorkehrungen, die einen unbefugten Login bzw. den Konsum der Inhalte verhindern oder zumindest erschweren (etwa in Form zahlenmäßig begrenzter Endgeräte oder der Sperre eines zeitgleichen Abrufs von Inhalten), verzichtet Netflix. Gegen die Annahme eines Erschleichens spricht auch, dass die vertragswidrige Weitergabe der Zugangsdaten mit dem kollusiven Zusammenwirken mit einem Einlasskontrolleur vergleichbar ist, was nach vorzugswürdiger Auffassung ebenfalls kein Erschleichen darstellt (MK/Hefendehl § 265a Rn. 151). A.A. vertretbar. Die Frage ist recht anspruchsvoll. Gefordert ist nicht die exakte Wiedergabe der hiesigen Argumente, sondern eine fundierte Auseinandersetzung mit dem Problem.

2. Ergebnis: § 265a StGB (-)

B. Ergebnis

D bleibt insoweit straflos.

Gesamtergebnis und -konkurrenzen

A und M haben sich im Ergebnis gemäß §§ 242, 244 I Nr. 3, IV, 25 II StGB und §§ 30 II, 242, 244a I; §§ 30 II, 242, 244 I Nr. 3, IV, 52 StGB strafbar gemacht. Die Taten stehen in Tatmehrheit zueinander (vgl. NK/Kindhäuser § 244 Rn. 56).

D hat sich gem. §§ 246 I, 240 I, II, § 223 I (bzw. §§ 223 I, 226 I Nr. 2 StGB), 52 StGB strafbar gemacht.

Strafprozessuale Zusatzfrage

Protokoll des P

S hat als Schwester der A ein Zeugnisverweigerungsrecht (§ 52 I Nr. 3 StPO), auf das sie sich nun in der Hauptverhandlung beruft. Daher darf das Protokoll ihrer Aussage gegenüber P nicht verlesen werden, § 252 StPO.

(P) Zeugnisverweigerungsrecht auch hinsichtlich M und D? S ist nur mit A verwandt und daher nur im Verfahren gegen sie zeugnisverweigerungsberechtigt. Allerdings kann S auch im Verfahren gegen M und D ein Zeugnisverweigerungsrecht zustehen. Da A, M und D wegen desselben Sachverhalts in einem gemeinsamen Verfahren beschuldigt werden, ist das Zeugnisverweigerungsrecht der S nicht teilbar und wirkt gegenüber zugunsten aller drei Beschuldigten. S Aussage kann also nicht nur nicht gegen A, sondern auch nicht gegen M oder D verlesen werden.

Vernehmung des P

Da das Verlesungsverbot leicht umgangen werden könnte, indem die Verhörsperson P als Zeuge befragt und ihm das Protokoll in diesem Rahmen vorgehalten würde, wird § 252 StPO dahingehend erweiternd ausgelegt, dass auch die Vernehmung der Verhörsperson durch die Berufung auf das Zeugnisverweigerungsrecht gesperrt wird (BGH NJW 1952, 356). § 252 StPO enthält nach dieser Ansicht nicht nur ein Verlesungs-, sondern ein Verwertungsverbot.

Protokoll der E

Im Grundsatz müsste das gleiche für die Aussage gegenüber E gelten. Der eindeutige Wortlaut des § 252 StPO verbietet jedenfalls die Verlesung des richterlichen Protokolls der E.

Vernehmung der E

Die über den Wortlaut hinausgehende Auslegung des § 252 StPO wird jedoch im Hinblick auf richterliche Vernehmungen wieder eingeschränkt. Über nach Belehrung gem. § 52 III StPO getätigte Aussagen gegenüber einem Richter darf der Richter als Zeuge vernommen werden (BGH NStZ-RR 2017, 21, 22 m.w.N.). Denn dem (Ermittlungs-)Richter werde an vielen Stellen der StPO besondere Bedeutung im Hinblick auf die Vernehmung von Zeugen eingeräumt; bspw. ist dem Verteidiger des Beschuldigten Anwesenheit bei richterlichen Zeugenvernehmungen zu gewähren, § 168c II 1 StPO. *Dass diese Voraussetzungen gewahrt wurden, ist mangels anderweitiger Angaben im Sachverhalt zu unterstellen.*

(P) Qualifizierte Belehrung erforderlich? Fraglich ist allein, ob die Belehrung nach § 52 III StPO ausreicht, um das Zeugnisverweigerungsrecht der S angemessen zu schützen oder ob darüber hinausgehend eine qualifizierte Belehrung erforderlich ist, die S darüber informiert, dass auch bei Berufung auf ihr Zeugnisverweigerungsrecht in der Hauptverhandlung E über die Vernehmung als Zeuge aussagen kann.

Das Erfordernis einer qualifizierten Belehrung hat der Große Senat des BGH im Jahr 2016 abgelehnt (NStZ-RR 2017, 21). Dafür sprechen folgende Gründe (*zur zutreffenden Beantwortung der Zusatzfrage müssen nicht alle Gründe genannt werden, es ist aber insbesondere bei besseren Arbeiten zu verlangen, dass sich unter Berücksichtigung der von S im Sachverhalt vorgebrachten Einwände argumentativ mit dem Belehrungserfordernis auseinandergesetzt wird.*)

- Ermittlungsrichter belehrt allein nach § 52 III StPO, also nur über die Freiheit auszusagen. Darüber, welche Folgen eine freiwillige Aussage zeitigt, wird nicht informiert. Wird der Zeuge aber bereits nicht über die Wirkungen des § 252 StPO belehrt, so erübrigt sich auch eine Belehrung über die Grenzen des § 252 StPO. Auch S wusste von dem Verwertungsverbot nach § 252 StPO nur aus der Vorlesung, nicht von der Polizei, Staatsanwaltschaft oder Richterin. Ihre fehlerhafte Erinnerung an die Grenzen des § 252 StPO liegt nicht im Verantwortungsbereich der Strafverfolgungsbehörden.
- Die StPO verlangt allein eine einfache Belehrung nach § 52 III StPO, keine qualifizierte.
- Soweit qualifizierte Belehrungen von der Rechtsprechung oder Literatur verlangt werden, setzen immer den vorherigen Verstoß gegen eine Belehrungspflicht voraus. S wurde jedoch ordnungsgemäß nach § 52 III 1 StPO belehrt.
- Sofern sich der Zeuge während einer Vernehmung nach § 52 III 2 StPO auf sein Zeugnisverweigerungsrecht beruft (und damit seinen Verzicht hierauf widerruft), sind die bis dahin getätigten Aussagen verwertbar, ohne dass der Zeuge nach § 52 III 1 StPO darüber zu belehren wäre (MK-StPO/Percic § 52 Rn. 36).