

## Probexamen – Lösung

### A. Strafbarkeit des A

#### I. Strafbarkeit gem. §§ 242 I, 243 I 2 Nr. 1, Nr. 2, Nr. 5, 244 I Nr. 1 a), Nr. 2 StGB

Hinweis: Da A ohne Absprache mit B dem W die Waffe aus der Hand reißt und verwendet – was für § 244 StGB relevant wird –, empfiehlt sich eine getrennte Prüfung von A und B. In der Originallösung wurde außerdem eine chronologische Prüfung gewählt, an der wir uns hier auch orientieren. Man hätte genauso gut mit dem schwereren Delikt nach §§ 212, 211 StGB beginnen können.

#### 1. Grundtatbestand, § 242 I StGB

##### a) Wegnahme (+)

Spätestens mit Verlassen des Museumsgebäudes und „Abschütteln“ des bewaffneten W wurde fremder Gewahrsam gebrochen und neuer begründet.

W war als Wachmann nicht zur Erteilung eines tatbestandsausschließenden Einverständnisses befugt.

##### b) Zueignungsabsicht

**P\*\*:** A hatte vor, das Gemälde gegen Zahlung eines Geldbetrages an das Museum zurückzugeben.

Erforderlich: Vorsatz dauerhafter Enteignung und Absicht jedenfalls vorübergehender Aneignung.

Da A nicht sicher war, ob sich die Museumsverwaltung auf das Geschäft einlassen wird, liegt jedenfalls bedingter Vorsatz dauerhafter Enteignung vor.

**Str. ist die Absicht jedenfalls vorübergehender Aneignung.**

- **M<sub>1</sub>:**<sup>1</sup> Absicht (-), beabsichtigte Aneignung nur bei formeller Leugnung der Eigentümerposition.
- **M<sub>2</sub> (h.M.):**<sup>2</sup> Absicht (+), es genügt, wenn sich der Täter materielle Eigentümerbefugnisse anmaßt, was bei Herausgabe nur gegen Geldzahlung der Fall ist.
  - (+) Auch wer eine Sache nur gegen Geld zurückgibt, leugnet die Rechte des Eigentümers.
  - (+) Mit dem geplanten Kaufangebot wird nicht die eigentumsrechtlich vorgesehene Sachherrschaftsbeziehung wiederhergestellt, sondern lediglich die Chance eingeräumt, sich eine neue Sachherrschaftsbeziehung zu erkaufen.

Hier kommt noch dazu, dass A auch den Verkauf an andere Personen in Erwägung zieht und sich daher wie ein Eigentümer verhalten will; daher: Zueignungsabsicht (+)

#### 2. § 244 I StGB

##### a) § 244 I Nr. 1 a) StGB

**Zwei Möglichkeiten:** Erstens könnte W als Gehilfe eine Waffe bei sich geführt haben, zweitens A später selbst.

##### aa) W als Gehilfe (-)

Ob W Gehilfe ist, kann offenbleiben (dass er die Waffe beruflich trug, schließt § 244 I Nr. 1 a) StGB nach h.M. nicht aus).<sup>3</sup> Jedenfalls hatte A keinen Vorsatz, da er erst auf der Straße mit der Waffe konfrontiert wurde. In der kurzen Phase zwischen Beginn der Konfrontation und dem Entreißen der Waffe

<sup>1</sup> Mitsch BT 2, 3. Aufl. 2015, Rn. 52 f.; Stoffers Jura 1995, 113 (117).

<sup>2</sup> Eisele BT 2, 6. Aufl. 2021, Rn. 74; Sch/Sch StGB/Bosch, 30. Aufl. 2019, § 242 Rn. 50; Wessels/Hillenkamp/Schuhr BT 2, 44. Aufl. 2021, Rn. 173 f.

<sup>3</sup> BGHSt 30, 44; Rengier BT 1, 24. Auflage 2022, § 4 Rn. 57.

hatte W keinen Gehilfenvorsatz mehr und war damit in jedem Fall kein Tatbeteiligter in diesem Zeitpunkt.

### bb) Entreißen der Waffe (-)

**P\*:** Diebstahl war hier bereits **vollendet**, mangels Beutesicherung **aber nicht beendet**.

- **M<sub>1</sub>**:<sup>4</sup> Auch hier Beisichführen einer Waffe (+)
  - **(+)** Vollendungszeitpunkt oft schwer zu bestimmen.
  - **(+)** **Telos:** Zeitpunkt des Beisichführens macht für Gefährlichkeit keinen Unterschied.
- **M<sub>2</sub>**:<sup>5</sup> Beisichführen in Beendigungsphase reicht nicht aus.
  - **(+)** **Wortlaut** „Diebstahl begeht, *bei dem* [...] eine Waffe [...] bei sich führt“ → Diebstahl ist schon vollendet, sodass die Waffe nicht mehr „bei dem“ Diebstahl bei sich geführt wird.
  - **(+)** **Systematik:** Für solche Fälle gibt es § 252 StGB mit den Qualifikationen des § 250 StGB.

Erstere Ansicht setzt sich über die Systematik und den eindeutigen Wortlaut hinweg, der ein Beisichführen „bei dem“ Diebstahl verlangt und ist daher kaum mit Art. 103 II GG in Einklang zu bringen. Das Beisichführen einer Waffe im Beendigungsstadium ist somit vom Tatbestand nicht erfasst.

### b) § 244 I Nr. 2 StGB (-)

W war nicht mit den beiden anderen zur fortgesetzten Begehung von Raub und Diebstahl entschlossen, sodass die erforderliche Anzahl für eine Bande von drei Personen nicht erreicht ist.

### 3. Rechtswidrigkeit und Schuld (+)

#### 4. § 243 I StGB als Strafzumessungsvorschrift

##### a) § 243 I 2 Nr. 1 StGB (Einbrechen und Einsteigen) (+)

##### b) § 243 I Nr. 2 StGB (Schutzvorrichtung) (+), auch wenn keine Sperre gegen Wegnahme

##### c) § 243 I 2 Nr. 5 StGB

Sachen, die von Bedeutung für die Kunst sind und sich in einer allgemein zugänglichen Sammlung befinden oder öffentlich ausgestellt sind – nach SV im staatlichen Museum (+)

##### d) Zwischenergebnis

Trotz Verwirklichung mehrerer Regelbeispiele nur ein besonders schwerer Fall des Diebstahls.<sup>6</sup>

#### 5. Ergebnis: §§ 242 I, 243 I 2 Nr. 1, Nr. 2, Nr. 5 StGB (+)

### II. Strafbarkeit gem. §§ 252, 250 I Nr. 1 a), Nr. 1 c), II Nr. 1, Nr. 3 b) StGB

#### 1. § 252 StGB (+)

„Auf frischer Tat“ liegt vor bei einem – wie hier – vollendeten, nicht aber beendeteten Diebstahl.<sup>7</sup>

„Betroffen“ war A auch, als W ihn mit der Waffe stellte. A wandte außerdem in Beutesicherungsabsicht Gewalt gegen W an.

<sup>4</sup> BGHSt 20, 194 (196); Sch/Sch StGB/Bosch § 250 Rn. 10 ff. jeweils zur Parallelsituation bei § 250 StGB.

<sup>5</sup> MüKo StGB/Sander § 250 Rn. 35.

<sup>6</sup> Vgl. MüKo StGB/Schmitz, 4. Aufl. 2021, § 243 Rn. 92 m.w.N.

<sup>7</sup> Eisele BT 2 Rn. 403.

Hinweis: Die Frage, ob ein am Diebstahl Beteiligter, der sich nach Vollendung von der Vortat distanzieren und nun die Beendigung verhindern will, den Täter „betreffen“ kann, wurde bislang nicht diskutiert. Der Schutzzweck des § 252 StGB liegt in der erhöhten Gefährlichkeit eines ertappten Diebes, der Raubmittel anwendet. Dieser ist auch hier einschlägig. Es wurde in der Originallösung nicht erwartet, diese Frage anzusprechen, aber honoriert.

## 2. § 250 StGB

### a) § 250 I Nr. 1 a) und II Nr. 1 Var. 1 StGB (+)

Waffe wurde innerhalb des tatbestandlichen Zeitraums des § 252 verwendet.

### b) § 250 I Nr. 1 c) und II Nr. 3 b) StGB (+)

Konkrete Todesgefahr bei dem nur knapp verfehlten Schuss (+)

### c) Konkurrenzen

§ 250 I StGB tritt hinter § 250 II StGB als subsidiär zurück.<sup>8</sup>

## 3. Rechtswidrigkeit und Schuld (+)

## 4. Ergebnis: §§ 252, 250 II Nr. 1, Nr. 3 b) StGB (+)

## III. Strafbarkeit gem. §§ 212 I, 211 II Gr. 1 Var. 3, Gr. 2 Var. 1, Gr. 3 Var. 2, 22, 23 I StGB

### 1. Vorprüfung (+)

### 2. Tatentschluss

### a) Tötungsvorsatz

#### P\*: Abgrenzung bedingter Vorsatz – bewusste Fahrlässigkeit:

- **M<sub>1</sub> (Billigungs- bzw. Ernstnahmetheorie, h.M.):**<sup>9</sup> Täter muss den Tod des Opfers ernsthaft für möglich halten und billigend in Kauf nehmen bzw. sich mit ihm um eines erstrebten Zieles willen abfinden → hiernach Vorsatz (+), da A bewusst war, dass er W mit dem Schuss tödlich verletzen könnte und sich damit abfand, um W loszuwerden.
- **M<sub>2</sub> (Möglichkeitstheorie):**<sup>10</sup> Täter muss den Todeseintritt für möglich halten und dennoch handeln. → auch hiernach Vorsatz (+)
- **M<sub>3</sub> (Wahrscheinlichkeitstheorie):**<sup>11</sup> Täter muss Tod für wahrscheinlich halten und dennoch handeln → hiernach wohl Vorsatz (-), A ging nur davon aus, dass er W „möglicherweise“ trifft und „vielleicht“ sogar tödlich verletzt.
  - (-) Verkennt das voluntative Element des Eventualvorsatzes und stellt allein auf das kognitive Element ab, das gerade auch bei der bewussten Fahrlässigkeit gegeben ist.
  - (-) Gibt außerdem kaum handhabbare Kriterien an die Hand: Wann hält jemand etwas für wahrscheinlich, wann nur für möglich?

Die Wahrscheinlichkeitstheorie ist aus den genannten Gründen abzulehnen; M<sub>1</sub> und M<sub>2</sub> gelangen zu demselben Ergebnis, sodass ein Entscheid insoweit dahinstehen kann.

<sup>8</sup> Vgl. BeckOK StGB/Wittig, 54. Ed. 2022, § 250 Rn. 22.

<sup>9</sup> Zur Formel des billigenden In-Kauf-Nehmens BGHSt 7, 363 (369); 36, 1 (9 f.); 63, 88 (93) m.w.N.; zur Formel „um eines erstrebten Zieles willen abfinden“ etwa Rengier AT, 14. Aufl. 2022, § 14 Rn. 26.

<sup>10</sup> Kindhäuser/Zimmermann AT, 10. Aufl. 2022, § 14 Rn. 16, 27.

<sup>11</sup> H. Mayer AT (1967), S. 121.

## b) Tatentschluss bezüglich Mordmerkmalen

### aa) Bezüglich Heimtücke (-)

Eher fernliegend, da W mit einem Gebrauch der Schusswaffe durch A rechnen musste, nachdem dieser sie auf ihn gerichtet hat. W war daher nicht arglos.

### bb) Verdeckungsabsicht (-)

Verdeckungsabsicht und bedingter Tötungsvorsatz schließen sich nach h.M. zwar grundsätzlich nicht aus (str.). Dann ist aber erforderlich, dass die Verdeckung nicht vom Tod des Opfers abhängt.<sup>12</sup>

A wusste darum, dass W ihn kannte und ihn später belasten könnte. Er hätte ihn daher töten müssen, um dies zu verhindern. Er nahm den Tod aber nur billigend in Kauf, es ging ihm vor allem darum, die Flucht mit der Beute zu sichern. Verdeckungsabsicht daher (-)

### cc) Habgier (-)

Habgier = hemmungsloses Gewinnstreben um jeden Preis, auch um den eines Menschenlebens.<sup>13</sup>

Die in Kauf genommene Tötung hätte die Sicherung der Beute erleichtert, was grundsätzlich ausreichend.<sup>14</sup> Bei Kombination mehrerer Motive muss das Gewinnstreben allerdings tatbeherrschend und bewusstseinsdominant sein.<sup>15</sup> Das dürfte hier nicht der Fall sein, da es A um die Flucht generell ging, wobei weder das Motiv der **Beutesicherung** noch dasjenige der Flucht vor Strafverfolgung für A erkennbar im Vordergrund stand.

## 3. Unmittelbares Ansetzen (+)

## 4. Rechtswidrigkeit und Schuld (+)

## 5. Strafbefreiender Rücktritt gem. § 24 I 1 Var. 1 StGB

### a) Kein fehlgeschlagener Versuch (+)

**P\*\*:** Worauf ist für die Frage abzustellen, ob ein **fehlgeschlagener Versuch** vorliegt?

- **M<sub>1</sub> (Einzelaktstheorie):**<sup>16</sup> Versuch ist bereits fehlgeschlagen, wenn ein Akt, von dem der Täter ausgeht, er führe zum Erfolg, diesen nicht herbeiführt. → hiernach Fehlschlag (+)
  - (-) Versperrt Rücktritt zu unter Opferschutzgesichtspunkten bedenklich frühem Zeitpunkt.
- **M<sub>2</sub> (Gesamtbetrachtungslehre, h.M.):**<sup>17</sup> Versuch erst fehlgeschlagen, wenn Täter zum Zeitpunkt des Rücktrittsverhaltens (sog. Rücktrittshorizont) keine Möglichkeit mehr sieht, den Erfolg noch durch weitere Handlungen herbeizuführen, die mit dem bisherigen Geschehen räumlich und zeitlich so eng verbunden sind, dass es sich um eine einheitliche Tat i.S.d. § 52 StGB handelt. → hiernach **Fehlschlag (-)**, da A davon ausgeht, den Tod durch weiteren Schuss herbeizuführen zu können.

Neben dem bereits genannten Argument des Opferschutzes spricht gegen die Einzelaktstheorie auch ein Vergleich mit der Konstellation des § 24 I 1 Var. 2 StGB: Dieser ermöglicht einen Rücktritt sogar dann noch, wenn der Täter eines beendeten tauglichen Versuchs das Opfer erkannt lebensgefährlich verletzt hat. Dass dann der Rücktritt ausgeschlossen sein soll, wenn der Täter erkennt, dass seine

<sup>12</sup> Vgl. BGHSt 21, 283 (284); BGH NStZ 1985, 166.

<sup>13</sup> BGH NJW 1981, 932 f.; Rengier BT II, 23. Aufl. 2022, § 4 Rn. 24.

<sup>14</sup> Vgl. BGH NJW 2001, 763.

<sup>15</sup> Vgl. BGH NJW 2001, 763; NJW 1991, 1189.

<sup>16</sup> BGH NJW 2015, 2898; NK StGB/Zaczyk, 5. Aufl. 2017, § 24 Rn. 27 ff.

<sup>17</sup> Sch/Sch StGB/Bosch § 24 Rn. 21.

grundsätzlich erfolgstaugliche Handlung nicht mehr zum Erfolg führen wird, erscheint widersprüchlich.<sup>18</sup> Daher: Kein fehlgeschlagener Versuch (+)

### b) Freiwillige Aufgabe der Tat (+)

**P\*\*:** A hat die weitere Ausführung zwar nach psychologischer und normativer Betrachtungsweise freiwillig aufgegeben, allerdings sein eigentliches, **außertatbestandliches Ziel**, den W loszuwerden, **schon erreicht**.

**Str.:** Liegt dann noch eine freiwillige Aufgabe der Tat vor (Prüfung dieses Problems auch an anderer Stelle möglich)?

- **M<sub>1</sub>:**<sup>19</sup> Nein, man kann die Tat nicht mehr freiwillig „aufgeben“, wenn man sein eigentliches Ziel bereits erreicht hat, da dann das Weiterhandeln ohnehin keinen Sinn mehr ergibt.
  - (+) Die Rücktrittsleistung ist hier nicht mehr honorierbar.
  - (-) Besserstellung des Täters, der mit größerer krimineller Energie wissentlich oder absichtlich jemanden töten will und zurücktreten kann.
- **M<sub>2</sub>:**<sup>20</sup> Auch hier liegt eine freiwillige Aufgabe der Tat vor.
  - (+) Opferschutz: Dem Täter sollte das Privileg des Rücktritts erhalten bleiben, um einen Anreiz zu haben, von seinem Opfer nun doch abzusehen.

Auch hier überzeugt das Argument des (freilich weitgehend theoretischen) Opferschutzes. Außerdem spricht der Wortlaut des § 24 I 1 Var. 1 StGB dafür, eine freiwillige Aufgabe der Tat zu bejahen. Dieser verlangt nämlich nicht die Aufgabe des Ziels (das womöglich auch außerhalb des Tatbestandes liegt), sondern eine Aufgabe der „Tat“, also den Verzicht darauf, den gesetzlichen Tatbestand zu verwirklichen.

### 6. Ergebnis: §§ 212 I, 211 II, 22, 23 I StGB (-)

## IV. Strafbarkeit gem. §§ 251, 22, 23 I StGB

### 1. Vorprüfung (+)

### 2. Tatentschluss (+)

Tatentschluss hinsichtlich Todesfolge möglich („wenigstens leichtfertig“). Der spezifische Gefahrzusammenhang liegt nach der Vorstellung des A vor, da die tödliche Folge gerade durch die mit Besitzerhaltungsabsicht verübte Gewaltanwendung eingetreten wäre.

### 3. Unmittelbares Ansetzen (+)

### 4. Strafbefreiender Rücktritt gem. § 24 I 1 Alt. 1 StGB (+)

Wie beim versuchten Mord.

### 5. Ergebnis: §§ 251, 22, 23 I StGB (-)

## V. Strafbarkeit gem. §§ 303 I, 304, 25 I Alt. 2, 22, 23 I StGB an den Gemälden

### 1. Vorprüfung (+)

### 2. Tatentschluss (+)

Bei lebensnaher Betrachtung rechnete A ernsthaft damit, dass die Gemälde nicht vor Leerung des Müllimers entdeckt und dann von dem Personal der Müllabfuhr als vorsatzlos handelnde Tatmittler zerstört würden. A rechnete demnach auch damit, Tatherrschaft kraft überlegenen Wissens zu haben.

<sup>18</sup> Rengier AT § 37 Rn. 45.

<sup>19</sup> Roxin AT II, 2003, § 30 Rn. 47 ff.; Heinrich AT, 6. Aufl. 2019, Rn. 837 ff.

<sup>20</sup> BGHSt 39, 221 ff. (großer Senat); Hauf JA 1995, 776 ff.; Rengier AT § 37 Rn. 62.

### 3. Unmittelbares Ansetzen

**P\*:** Unmittelbares Ansetzen bei mittelbarer Täterschaft

- **M<sub>1</sub> (Gesamtlösung):**<sup>21</sup> Versuch beginnt auch für Hintermann, sobald der Vordermann unmittelbar zur Tatbestandsverwirklichung ansetzt → hier unmittelbares Ansetzen (-), der Zeitpunkt der Leerung war für A unbekannt und die Gemälde wurden vorher noch entdeckt.
  - (+) Erst in diesem Zeitpunkt ist das Rechtsgut unmittelbar gefährdet; auch bei unmittelbarer Täterschaft ist dies ein Kriterium zur Bestimmung des unmittelbaren Ansetzens.
- **M<sub>2</sub> (Einzellösung):**<sup>22</sup> Versuch beginnt, sobald der Hintermann alles seinerseits Erforderliche getan hat zur Tatbestandsverwirklichung → hiernach unmittelbares Ansetzen (+)
  - (-) Rechtsgut hier noch nicht unmittelbar gefährdet.
  - (+) Es bedarf keiner weiteren Zwischenschritte mehr.
- **M<sub>3</sub> (modifizierte Einzellösung, h.M.):**<sup>23</sup> Versuch beginnt für Hintermann dann, wenn er das Geschehen aus der Hand gegeben hat und nach seiner Vorstellung der Vordermann unmittelbar ansetzt. → Unmittelbares Ansetzen (-), siehe Gesamtlösung.
  - (+) Sachgerecht: Sowohl das Kriterium der unmittelbaren Gefährdung als auch der Umstand, dass der Täter alles seinerseits Erforderliche getan hat, kommen zum Ausdruck.

Die Einzellösung führt zu einer Ungleichbehandlung des mittelbaren Täters im Vergleich zum unmittelbaren Täter. Bei diesem beginnt der Versuch auch erst, wenn das Rechtsgut unmittelbar gefährdet ist. Die anderen beiden Ansichten gelangen zum selben Ergebnis, ein Entscheid kann offenbleiben.

Hinweis: Das Problem war insgesamt schwer zu sehen und wurde auch in der Originallösungsskizze nicht näher erörtert. Wenn aber richtig eine mittelbare Täterschaft angenommen wird, dann muss dieser Streit wenigstens im Ergebnis nachvollzogen werden.

### 4. Ergebnis: §§ 303, 304, 25 I Alt. 2, 22, 23 I StGB (-)

#### VI. Konkurrenzen

Die §§ 252, 250 II Nr. 1 Var. 1, Nr. 3 b) StGB verdrängen die §§ 242 I, 243 I 2 Nr. 1, Nr. 2, Nr. 5 StGB im Wege der Gesetzeskonkurrenz (Spezialität). Letztere haben ihrerseits § 123 StGB sowie § 303 StGB (Sachbeschädigung am Fenster) im Wege der Gesetzeskonkurrenz (Subsidiarität) verdrängt.<sup>24</sup>

*Sofern bei §§ 212 I, 211, 22, 23 I StGB und bei §§ 251, 22, 23 I StGB ein strafbefreiender Rücktritt verneint wird, stehen sie sowohl untereinander als auch im Verhältnis zu §§ 252, 250 II Nr. 1, Nr. 3 b) StGB in Tateinheit, § 52 StGB.*

Straftaten wegen „Verkaufs“ der Gemälde sind offensichtlich nicht in das Versuchsstadium gelangt.

<sup>21</sup> Baumann/Weber/Mitsch/Eisele/Mitsch, 13. Aufl. 2021, § 22 Rn. 78; Kühl AT, 8. Aufl. 2017, § 20 Rn. 91; Stratenwerth/Kuhlen, 6. Aufl. 2011, § 12 Rn. 105; Krack ZStW 110 (1998), 611 (625 ff.).

<sup>22</sup> Herzberg MDR 1973, 89, 94 f.

<sup>23</sup> BGHSt 30, 363 (365); BGH NStZ 2021, 92; Wessels/Beulke/Satzger AT, 55. Aufl. 2022, Rn. 975 (dort bezeichnet als „Rechtsgutsgefährdungstheorie“); Kindhäuser/Zimmermann AT § 39 Rn. 56.

<sup>24</sup> Sch/Sch StGB/Bosch § 243 Rn. 59.

## B. Strafbarkeit des B

### I. Strafbarkeit gem. §§ 242, 243 I 2 Nr. 1, Nr. 2, Nr. 5, 25 II StGB (+)

Gemeinsamer Tatplan und gemeinsame Tatausführung (+)

### II. Strafbarkeit gem. §§ 244 I Nr. 1 a), 25 II StGB (-)

Dass W eine Waffe trug, kann B ebenso wenig angelastet werden wie A (s.o.). Das Ergreifen der Waffe durch A nach Vollendung des Diebstahls ist auch für B tatbestandlich irrelevant.

### III. Strafbarkeit gem. §§ 252, 250 II Nr. 1, Nr. 3 b), 25 II StGB (-)

Eine etwaige Gewaltanwendung war mit B ebenso wenig abgesprochen wie der Umstand, dass A dem W die Waffe entreißt und sie verwendet (Mittäterexzess).

### IV. Strafbarkeit gem. §§ 212 I, 211, 22, 23 I, 25 II StGB (-)

### V. Strafbarkeit gem. §§ 251, 22, 23 I, 25 II StGB (-)

### VI. Konkurrenzen

B hat nur §§ 242 I, 243 I 2 Nr. 1, Nr. 2, Nr. 5, 25 II StGB verwirklicht. Bezüglich der mitverwirklichten §§ 123, 303 StGB gilt das bei A Gesagte.

## C. Strafbarkeit des W

### I. Strafbarkeit gem. § 263 I StGB zum Nachteil von A und B

Hinweis: Das zentrale Problem liegt in der Frage, ob Vereinbarungen über strafrechtswidrige Geschäfte vom strafrechtlichen Vermögensschutz erfasst sind. In der (Ausbildungs-)Literatur wird diese beim Vermögensschaden breit diskutiert. Sie spielt aber auch eine Rolle bei der Frage einer konkludenten Täuschung. Da dies jedoch meist völlig in den Hintergrund gerät, wurde von der Originallösung eine Diskussion der Täuschungsproblematik nicht verlangt. Wichtig war, den Inhalt der Täuschung sauber herauszuarbeiten und beim Vermögensschaden die Problematik zu erörtern.<sup>25</sup>

#### 1. Täuschung

W hat zugesagt, gegen Zahlung von 10.000 € sein Wachzimmer nicht zu verlassen, bis die Polizei eintrifft. Er war auch bereit, dies einzuhalten. Allerdings hatte er gleichzeitig vor, die Polizei zu alarmieren.

**P:** Hat W wahrheitswidrig konkludent miterklärt, die Polizei nicht zu rufen?

Das ist deshalb problematisch, weil der Vertrag nach § 134 BGB nichtig war und A daher gegen W keinen Unterlassungsanspruch hatte, der W das Einschalten der Polizei verbieten würde.

- **M<sub>1</sub> (Rspr.):**<sup>26</sup> Täuschung auch im Rahmen illegaler, zivilrechtlich nichtiger Geschäfte möglich.
- **M<sub>2</sub>:**<sup>27</sup> Weil es in unserer Rechtsordnung keine Pflicht zur ordnungsgemäßen Durchführung verbotener Geschäfte geben kann, kann es im Rahmen solcher Geschäfte auch keine Pflicht zur wahrheitsgemäßen Aufklärung geben, weshalb dies auch nicht miterklärt wird.

Überzeugender ist die Annahme, dass auch im Rahmen eines nichtigen Geschäfts konkludent miterklärt wird, der Vertrag werde auch ordentlich durchgeführt. Für die Frage, was bei einer bestimmten

<sup>25</sup> Zur Einordnung des Ganzen siehe MüKo StGB/Hefendehl, 4. Aufl. 2022, § 263 Rn. 633 f.

<sup>26</sup> Freilich nur implizit etwa BGH NSTZ 2003, 151 (152).

<sup>27</sup> Kindhäuser/Wallau NSTZ 2003, 152 (153).

Aussage oder Handlung konkludent miterklärt wird, kommt es entscheidend auf die Erwartungshaltung des anderen Teils an. Diese geht aber trotz des offensichtlichen Verbots dahin, der Vertrag werde wie abgesprochen durchgeführt. Die teilweise auszumachende Tendenz, alle dogmatischen Fragen in der Täuschung zu verorten, ist abzulehnen.

## 2. Irrtum und Vermögensverfügung (+)

Bejaht man somit eine Täuschung, ist auch ein Irrtum zu bejahen. Die Vermögensverfügung liegt dann in der Zahlung der 10.000 €.

## 3. Vermögensschaden

**P\*\*:** Einsatz des Geldes zu (straf)rechtswidrigen Zwecken

- **M<sub>1</sub> (rein wirtschaftlicher Vermögensbegriff):**<sup>28</sup> Schaden (+)
  - (+) Besitz des bezahlten Geldes ist nicht verboten, auch dann nicht, wenn es zu strafbaren Zwecken eingesetzt wird.
  - (+) Keine Schaffung rechtsfreier Räume.
- **M<sub>2</sub> (juristisch-ökonomischer Vermögensbegriff):** Schaden (+/-)
  - **UM<sub>1</sub>:**<sup>29</sup> Schaden (+); siehe Argumente zum wirtschaftlichen Vermögensbegriff.
  - **UM<sub>2</sub>:**<sup>30</sup> Schaden (-)
    - (+) Sonst Bruch zur Zivilrechtsordnung, die eine Rückforderung des Geldes ausschließt, § 817 S. 2 BGB → Strafrecht kann nicht schützen, was das Recht sonst nicht anerkennt.
    - (+) Zahlung in Kenntnis des fehlenden Rechtsgrundes ist bewusste Selbstschädigung.

Nach dem wirtschaftlichen sowie einem teilweise vertretenen Verständnis des juristisch-ökonomischen Vermögensbegriffs liegt ein Schaden vor, da A (und B, sollte er im Innenverhältnis das Risiko mittragen) die 10.000 € bezahlt hat, ohne dafür eine wirtschaftlich gleichwertige Gegenleistung zu erhalten. Der Besitz von Geld ist nicht verboten, egal wofür dieses Geld eingesetzt wird.<sup>31</sup> Da das Strafrecht und das Zivilrecht verschiedene Aufgaben erfüllen und dabei unterschiedlichen Wertungen folgen, wäre die Annahme des Schadens auch kein Wertungswiderspruch im Hinblick auf § 817 S. 2 BGB.<sup>32</sup>

## 4. Objektive Zurechnung (-)

Dennoch scheitert ein Betrug im Ergebnis an der objektiven Zurechnung. A und B sind sich des Umstands bewusst, im Gegenzug für die 10.000 € keinen durchsetzbaren Anspruch zu erhalten. Sie nehmen damit bewusst eine schadensrelevante Maßnahme vor (eigenverantwortliche Selbstschädigung). Daher ist der Zurechnungszusammenhang zwischen den Tatbestandsmerkmalen unterbrochen.<sup>33</sup>

Hinweis: Dies anzusprechen, wurde nicht erwartet. Das Zurechnungsargument stützt aber auch die Ansicht, die bereits einen Vermögensschaden ablehnt.

## 5. Ergebnis: § 263 I StGB (-)

<sup>28</sup> BGHSt 48, 322 (329 f.); BGH NSTz 2003, 151 (152).

<sup>29</sup> BGHSt 48, 322 (329 f.); *Rengier* BT 1 § 13 Rn. 145.

<sup>30</sup> NK-StGB/*Kindhäuser*, 5. Auflage 2017, § 263 Rn. 346 f.; *Rengier* BT 1 § 13 Rn. 145 ff.

<sup>31</sup> So auch – aber auf Grundlage des normativ-ökonomischen Vermögensbegriffs – MüKo StGB/*Hefendehl* § 263 Rn. 603, 654 ff.; zum juristisch-ökonomischen Vermögensbegriff *Rengier* BT 1 § 13 Rn. 145 ff.

<sup>32</sup> Vgl. MüKoStGB/*Hefendehl* StGB § 263 Rn. 655.

<sup>33</sup> MüKo StGB/*Hefendehl* § 263 Rn. 634, 657.



## II. Strafbarkeit gem. §§ 242 I, 243 I 2 Nr. 1, Nr. 2, Nr. 5, 27 I StGB

### 1. Mittäterschaft des W (-)

W hatte jedenfalls keine Drittzueignungsabsicht, da er von Anfang an plante, die Polizei zu verständigen und außerdem seinen Lohn im Voraus erhalten hat.

### 2. Gehilfenstellung des W

#### a) Haupttat (+)

#### b) Hilfe leisten

##### aa) Psychische Beihilfehandlung (+)

Die Zusage an A und B, bei Ertönen des Alarmsignals nicht zu intervenieren, hat die beiden in ihrem Beschluss gestärkt, die Tat durchzuführen.<sup>34</sup>

##### bb) Hilfeleistung durch Unterlassen (+)

W war wegen seines Arbeitsvertrags mit dem Museum und seines tatsächlichen Dienstantritts als Beschützer garant verpflichtet, den Diebstahl zu verhindern. Dem ist er durch die bloß anonyme kurzfristige Warnung der Polizei nicht ausreichend nachgekommen. Hätte er die Polizei früher und umfassender informiert, wäre der Diebstahl mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit verhindert worden. Daher liegt auch ein Hilfeleisten durch Unterlassen vor.

Hinweis: Da eine Mittäterschaft des W von vornherein an der fehlenden Selbst- oder Drittzueignungsabsicht scheitert, spielt eine Abgrenzung zwischen Mittäterschaft und Beihilfe beim unechten Unterlassungsdelikt hier keine Rolle.

##### cc) Verhalten während der Tat (-)

Das Verhalten während der Tat ist allerdings nicht als erneute Beihilfehandlung zu werten. Zwar hat W erst sehr spät interveniert, was wiederum eine Beihilfe durch Unterlassen darstellen könnte. Aus dem weiteren Verlauf des Geschehens kann man aber schließen, dass ein Sich-Einlassen auf eine unmittelbare Konfrontation objektiv nicht zumutbar gewesen wäre. Ein Anrufen der Polizei hätte nichts bewirkt, da diese wegen des ausgelösten Alarms ohnehin bereits informiert war.

### 3. Vorsatz

#### a) Vorsatz bezüglich der Beihilfehandlung (+)

#### b) Vorsatz bezüglich der Haupttat

Die Konstellation erinnert auf den ersten Blick an diejenige eines agent provocateur, der davon ausgeht, die Tat werde nur in das Versuchsstadium gelangen. Dort verneint die h.M. eine Strafbarkeit wegen Versuchs, da kein Vorsatz hinsichtlich einer Rechtsgutsverletzung vorliegt und daher das Handlungsunrecht entfällt.<sup>35</sup> Hier ist die Situation aber anders: W rechnete ernsthaft damit, dass sein Plan nicht aufgehen und es zu einer Vollendung und Beendigung des Diebstahls kommen wird, weshalb er diesbezüglich jedenfalls bedingten Vorsatz hatte. In einem solchen Fall ist der Vorsatz nach jeder zur agent-provocateur-Problematik vertretenen Ansicht zu bejahen.

### 4. Rechtswidrigkeit und Schuld (+)

<sup>34</sup> Siehe hierzu etwa BGHSt 8, 390 (391); BGH NStZ 1993, 535.

<sup>35</sup> Vgl. Sch/Sch StGB/Heine/Weißer § 26 Rn. 23 m.w.N.

## 5. Strafbefreiender Rücktritt gem. § 24 II 2 StGB (-)

Als die Polizei nicht erschien, entschloss sich W, doch selbst zu intervenieren und trat A und B mit der Waffe entgegen. Dies geschah allerdings erst nach Vollendung; W versuchte lediglich, deren Beendigung zu verhindern. Der zeitliche Rahmen des § 24 II 2 StGB ist damit jedenfalls überschritten.

## 6. Ergebnis: §§ 242 I, 243 I 2 Nr. 1, Nr. 2, Nr. 5, 27 I StGB (+)

### III. Strafbarkeit gem. §§ 242 I, 244 I Nr. 1 a), 27 I StGB (-)

Zwar hatte W im Gegensatz zu A und B schon vor der Konfrontation Vorsatz, eine Waffe bei sich zu führen. Mangels Vorsatzes von A und B fehlt aber eine taugliche beihilfefähige Haupttat.

Dass A danach die Waffe entrissen und verwendet hat, geschah zwischen Vollendung und Beendigung, was nach hier vertretener Auffassung (s.o.) nicht tatbestandsrelevant ist. Selbst wenn man dies aber als relevant ansieht, scheitert eine Beihilfe des W jedenfalls am Gehilfenvorsatz. Er wusste zwar darum, dass A die Waffe hatte und verwendete, er wollte dies allerdings nicht und hat sich damit auch nicht abgefunden. Damit fehlt jedenfalls das voluntative Element des Vorsatzes.

Hinweis: Letzteres war schwierig zu sehen und wurde daher auch im Original-Examen besonders positiv gewertet.

### IV. Strafbarkeit gem. §§ 240 I, III, 22, 23 I StGB

#### 1. Vorprüfung (+)

#### 2. Tatentschluss (+)

W wollte A und B durch das Vorhalten der Waffe zur Herausgabe der Bilder zwingen und damit mit einem empfindlichen Übel drohen und einen Nötigungserfolg bewirken.

#### 3. Unmittelbares Ansetzen (+)

#### 4. Rechtswidrigkeit

**P:** Nothilfe gem. § 32 StGB zugunsten des Museums?

##### a) Notwehrlage

Gegenwärtiger, rechtswidriger Angriff auf das Eigentum (+), denn vollendeter, aber noch nicht beendeter Diebstahl.

##### b) Notwehrhandlung

Geeignetheit und Erforderlichkeit i.S.d. § 32 II StGB liegen vor. Lediglich damit zu drohen, die Polizei zu verständigen, wäre nicht gleichermaßen effektiv gewesen.

Einschränkung der **Gebotenheit** wegen **Provokation** der Notwehrlage?<sup>36</sup>

W dürfte die Tat schon nicht provoziert haben. Er hat lediglich den Eindruck erweckt, er werde die Begehung des Diebstahls unterstützen. Eine Einschränkung des Notwehrrechts scheidet hier aber jedenfalls deshalb aus, weil eine solche allein zulasten des Eigentümers der Bilder ginge und nicht zulasten desjenigen, der die Tat potenziell provoziert hat (W); daher: Rechtfertigung durch Nothilfe (+)

## 5. Ergebnis: §§ 240 I, III, 22, 23 I StGB (-)

<sup>36</sup> Zu diesem Problem insgesamt etwa *Wessels/Beulke/Satzger* AT Rn. 532 ff.

## **V. Strafbarkeit gem. 241 StGB (-)**

Ebenfalls gerechtfertigt, s. soeben.

## **VI. Konkurrenzen**

Für W bleibt es bei einer Beihilfe zu einem besonders schweren Fall des Diebstahls.

## **D. Gesamtergebnis**

A hat sich gem. §§ 252, 250 II Nr. 1 Var. 1, Nr. 3 b) StGB strafbar gemacht.

B ist gem. §§ 242 I, 243 I 2 Nr. 1, Nr. 2, Nr. 5, 25 II StGB strafbar.

W hat Beihilfe zu einem besonders schweren Fall des Diebstahls geleistet.