

Lösungshinweise zum 5. Besprechungsfall

1. Tatkomplex: Beim Pfandleiher

I. Strafbarkeit des A wegen Diebstahls, § 242 I

Laut Sachverhalt hat A einen Diebstahl begangen; dieser kann also ohne weitere Erörterung angenommen werden.

II. Strafbarkeit des A wegen Betrugs, § 263 I

1. Täuschung: Es gibt hier zwei Ansatzpunkte für eine Täuschung:

a) Zunächst kann man auf die Behauptung des A, die Zeichnung stamme von Picaso, abstellen. Dies ist eine Tatsachenbehauptung, die mit der Wirklichkeit nicht in Einklang steht. Insofern ist eine Täuschung gegeben.

b) Zusätzlich könnte man aber auch in dem Angebot zur Verpfändung der Zeichnung die konkludente Behauptung erblicken, Eigentümer oder sonst Verfügungsberechtigter zu sein. Ob ein Verhalten als konkludente Erklärung über Tatsachen anzusehen ist, muss durch Auslegung nach dem objektiven Empfängerhorizont ermittelt werden. Insbesondere ist dabei eine Abgrenzung zur Täuschung durch Unterlassen nötig. Die Aufklärungspflicht soll einen bestehenden Irrtum zerstören, während die konkludente Täuschung den Irrtum gerade erst hervorruft. Hier durfte P nach der Verkehrsanschauung davon ausgehen, dass A Berechtigter hinsichtlich der Zeichnung ist. Diese Vorstellung wurde gerade durch das Verhalten des A erzeugt; folglich liegt hier eine (zusätzliche) Täuschung durch konkludentes Handeln vor.

2. Irrtum: Im Hinblick auf die Täuschung unter b) ist ein Irrtum des P unproblematisch gegeben. Bei der unter a) geprüften Täuschung stellt sich die Frage, ob es sich auswirkt, dass P an dem Wahrheitsgehalt von As Aussage zweifelte. Er hielt die Wahrheit der Behauptung für ebenso wahrscheinlich wie die Unwahrheit.

Die h.M. hält Zweifel des Opfers für unschädlich. Ausreichend sei schon, dass der Getäuschte die Tatsache für nur möglicherweise wahr hält, wenn seine Vorstellung die Motivationsgrundlage seiner Verfügung darstellt. Dies wird damit begründet, dass auch das zweifelnde Opfer geschützt werden müsse und ein Mitverschulden des Opfers auch sonst im Strafrecht unbeachtlich sei.

Eine andere Ansicht hält einen Irrtum für ausgeschlossen, wenn die Zweifel des Getäuschten auf konkreten Anhaltspunkten beruhen. Der Zweifelnde könne sich im Gegensatz zum Irrenden selbst schützen, indem er die Information überprüfe (weitere Argument: Dies könnte gerade in einschlägigen professionellen Kreisen verlangt werden). Daher sei der (subsidiäre) strafrechtliche Schutz nicht zwingend notwendig. Dies verhalte sich aber anders bei allgemeinen Zweifeln ohne konkreten Anhaltspunkt: Hier gebe es für den Getäuschten nicht die Möglichkeit zum Selbstschutz.

Eine weitere Auffassung in der Literatur verneint einen Irrtum, wenn die Vermögensverfügung sich bei einem anderen Vermögensdelikt als wirksame Einwilligung darstellen würde. Wären die Wirksamkeitsvoraussetzungen der Einwilligung dagegen nicht gegeben, liege ein Irrtum im Sinne von § 263 vor. Die Vertreter dieser Ansicht argumentieren u.a. mit der Parallele zur mittelbaren Täterschaft: § 263 sei ein tatbestandlich verselbstständigter Fall der mittelbaren Täterschaft. Erreichten die Zweifel die Grenze, ab der eine Einwilligung unwirksam wäre, sei das Täuschungsoffer taugliches Werkzeug in der Hand des Täters; anders dagegen bei Zweifeln, die die Wirksamkeit einer Einwilligung nicht ausschließen würden: Dann falle die Herrschaft des Täters (= Hintermannes) fort.

Schließlich erscheint ein Ausschluss des Irrtumsmerkmals unter viktimodogmatischen Gründen dann vertretbar, wenn jemand eine bewusste Risikoentscheidung (wie ein Spieler) unter nüchterner Einkalkulierung eines Fehlschlags trifft.

- *Ausführlich zum Streitstand: Hillenkamp 40 Probleme aus dem Strafrecht Besonderer Teil 29. Problem.*

Hier kann der Streit offen bleiben, da wegen der konkludenten Täuschung hinsichtlich der Verfügungsberechtigung auf jeden Fall ein Irrtum des P vorliegt.

- *In einer Klausur wäre daher der Streit nur kurz darzustellen.*

3. Vermögensverfügung: Eine Vermögensverfügung des P liegt in der Auszahlung der Darlehenssumme.

4. Vermögensschaden: Schließlich setzt der Tatbestand einen Vermögensschaden voraus. Ein solcher Vermögensschaden wäre (unabhängig von einer Sicherung) ausgeschlossen, wenn A bereit und willig wäre, das Darlehen zurückzuzahlen. Jedoch will er nach dem Sachverhalt das Bild nur „zu Geld machen“ und fängt hinterher an, es zu verjubeln. Daher liegt die Annahme einer Rückzahlungsbereitschaft fern.

Weiter könnte ein Vermögensschaden entfallen, wenn die mit der angestrebten Auszahlung des Darlehensbetrages entstandene Vermögensminderung auf Seiten des P durch einen Wertzufluss ausgeglichen würde. Ein kompensierender Faktor könnte in einem Pfandrecht und in dem bei Pfandreife entstehenden Verwertungsrecht des Pfandnehmers zu sehen sein. Zu untersuchen ist daher, ob P ein solches Pfandrecht erlangt hat und ob dieses werthaltig genug ist, die eingetretene Vermögensminderung zu kompensieren.

Die dingliche Einigung gem. §§ 1204 ff. BGB sowie die Übergabe der Pfandsache liegen vor. Jedoch war A nicht Berechtigter (Eigentümer oder Ermächtigter), so dass nur ein Gutgläubenserwerb gem. § 1207 i.V.m. § 932 BGB in Betracht kommt. Es kann davon ausgegangen werden, dass P gutgläubig war. Jedoch scheitert der Gutgläubenserwerb des P an § 935 BGB, da der ursprünglich Berechtigte den Besitz an der Zeichnung ohne seinen Willen verloren hat. Ein Pfandrechtserwerb scheidet daher aus; ob das Pfandrecht werthaltig genug für die Kompensation der Vermögensminderung gewesen wäre, kann offen bleiben.

5. Subjektiver Tatbestand: Ob A bewusst war, dass es sich nicht um einen echten Picasso handelte, geht aus dem Sachverhalt nicht eindeutig hervor. Jedenfalls aber wusste er, dass er als Nichtberechtigter unwirksam verfügt. Daher ist sein Vorsatz zu bejahen. Auch die Absicht rechtswidriger, stoffgleicher Bereicherung liegt vor.

6. Rechtswidrigkeit und Schuld: sind gegeben.

7. Ergebnis: A hat sich gemäß § 263 I strafbar gemacht.

III. Strafbarkeit des A wegen Unterschlagung, § 246 I

Die Verpfändung des Bildes stellt sowohl nach der h.M., die nur eine Manifestation des Zueignungswillens fordert, als auch nach engeren Auffassungen eine vollendete Zueignung im Sinne von § 246 dar. Allerdings hat A durch den Diebstahl mit nachfolgender Beutesicherung sich die Sache schon einmal zugeeignet. In solchen Fällen ist der zweite Zueignungsakt tatbestandslos (so die Rechtsprechung) oder subsidiär (herrschende Lehre).

2. Tatkomplex: Die Straßenbahnfahrt

I. Strafbarkeit des A wegen Betrugs, § 263 I

In der Benutzung des Verkehrsmittels durch A ließe sich möglicherweise eine konkludente Täuschung über seine Berechtigung sehen. Es fehlt aber jedenfalls an einer Person, die einem Irrtum unterliegt und daraufhin verfügt: Der Fahrer ist für eine Überprüfung der Fahrgäste nicht zuständig und auch nicht in der Lage. Daher macht er sich keine Gedanken über deren Berechtigung. Kontrolleure waren laut Sachverhalt nicht anwesend. Daher scheidet eine Betrugsstrafbarkeit (auch in Form eines Versuchs) hier aus.

II. Strafbarkeit des A wegen Erschleichen von Leistungen, § 265 a I Var. 3

Damit kommt eine Strafbarkeit nach dem subsidiären § 265 a in Betracht. Das zentrale Problem des Tatbestandes ist die Auslegung der Tathandlung „Erschleichen“. Die Rechtsprechung lässt insoweit die schlichte Inanspruchnahme der Leistung, hier der Beförderung, durch den Täter genügen, wenn sich dieser mit dem Anschein der Ordnungsmäßigkeit umgibt. Dies wird in der Literatur aus verschiedenen Gründen kritisiert: Der ordnungsmäßige Anschein sei mangels einer zu täuschenden Person irrelevant. Lasse man es aber dabei bewenden, fehle das Täuschungsmoment, das wegen der Betrugsähnlichkeit zu verlangen sei. Schließlich sei die Ansicht der Rechtsprechung nicht mit dem Wortlaut des § 265 a zu vereinbaren. Die daraus gezogenen Schlussfolgerungen sind unterschiedlich: Teilweise verlangt man die Überwindung von Kontrolleinrichtungen, die das Schwarzfahren gerade verhindern sollen (Drehkreuze etc.). Nach anderen Stimmen ist ein über die bloße Inanspruchnahme der Beförderungsleistung hinausgehendes verdeckendes oder verschleiernendes Verhalten nötig und ausreichend (hierzu kritisch LPK/Kindhäuser § 265 a Rn. 10; zum Ganzen Ellbogen JuS 2005, 20). Hier wäre nur nach der Ansicht der Rechtsprechung eine Strafbarkeit aus § 265 a gegeben. Legt man diese zugrunde, sind auch die weiteren Voraussetzungen (zu beachten insbesondere im subjektiven Tatbestand die Absicht, das Entgelt nicht zu entrichten) zu bejahen.

3. Tatkomplex: Im Restaurant

I. Strafbarkeit des A wegen Beleidigung, § 185

1. Tatbestand: Durch das Tragen der Jacke mit dem Aufnäher könnte A eine Beleidigung begangen haben. Die Aussage „Wenn Schweine fliegen könnten, bräuchten Bullen keine Hubschrauber“ zielt ersichtlich auf Polizisten ab und enthält durch die Gleichsetzung mit Schweinen ein herabsetzendes Werturteil, also eine Missachtung durch A (zweifelhaft ist, ob die bloße Bezeichnung eines Polizisten als „Bulle“ § 185 erfüllt). Diese Missachtung hat A durch das Tragen der Jacke auch (non-verbal) kundgegeben.

Problematisch ist allerdings, dass sich die Aussage auf keine konkrete Person bezieht, sondern pauschal alle Polizisten. Es ist also zu prüfen, ob diese Gesamtheit beleidigungsfähig ist. Dass solche Kollektive beleidigungsfähig sein *können*, ergibt sich nach h.M. aus § 194 III, IV. Es bedarf jedoch einengender Kriterien: Ein Personenzusammenschluss hat nur dann eine Ehre, die durch die §§ 185 ff. geschützt ist, wenn er in der Lage ist, einen einheitlichen Willen zu bilden und eine rechtlich anerkannte Funktion in der Gesellschaft wahrnimmt. Teilweise wird dagegen die Beleidigungsfähigkeit von Personengesamtheiten generell verneint, da sie keine Subjekte seien. Legt man die Kriterien der herrschenden Auffassung zugrunde, ist die Beleidigungsfähigkeit „der Polizei“ mangels Fähigkeit zur einheitlichen Willensbildung zu verneinen (LPK/Kindhäuser Vor §§ 185–200 Rn. 4).

Möglich bleibt aber dennoch eine Beleidigung unter einer Kollektivbezeichnung. Hier ist das Opfer nicht das Kollektiv als solches, sondern jede Person, die dem Kollektiv angehört. Nach der (allerdings nicht unumstrittenen) Ansicht der Rechtsprechung ist dafür erforderlich, dass sich die Gruppe deutlich aus der Allgemeinheit hervorhebt; die Betroffenen müssen also individualisierbar sein. Dies wäre für die Polizei zu bejahen. Teilweise wird in der Literatur zusätzlich die Überschaubarkeit der Gruppe gefordert. Die gesamte Polizei in Deutschland ist wohl nicht mehr überschaubar, so dass dieses Kriterium hier zum Strafbareitsausschluss führen würde. Im Ergebnis scheint dieses zusätzliche Kriterium der Überschaubarkeit daraus zu rühren, dass nur in einem solchen Fall der Achtungsanspruch herabgesetzt werden kann. In einer unüberschaubaren Gruppe „zerfließt“ eine „an sich“ beleidigende Äußerung. Hiervon wird dann wiederum eine Ausnahme gemacht, sofern die Gruppe wieder ganz be-

sonders sensibel ausgestaltet ist und aufgrund der Geschichte reagiert (Beleidigungen gegenüber Juden).

2. Vorsatz, Rechtswidrigkeit und Schuld liegen vor

3. Ergebnis: A ist strafbar gemäß § 185. Zu beachten ist das Strafantragserfordernis gemäß § 194.

II. Strafbarkeit des A wegen gefährlicher Körperverletzung, §§ 223 I, 224 I Nr. 2 Alt. 2

1. Tatbestand: A hat die K vorsätzlich körperlich misshandelt und an der Gesundheit geschädigt. Zweifelhaft ist das Vorliegen des Qualifikationsmerkmals: Man kann den Zigarettenautomat mit der Rechtsprechung als unbewegbaren Gegenstand aus dem Anwendungsbereich von § 224 I Nr. 2 Alt. 2 ausscheiden. Der Wortlaut stehe insoweit entgegen. Aber auch wenn man unbewegliche Gegenstände einbezieht, spricht viel gegen die Bejahung der Qualifikation: Nach seiner konkreten Beschaffenheit und der Art der Benutzung im Einzelfall bestand hier keine Gefahr erheblicher Verletzungen. Daher handelt es sich nur um eine einfache Körperverletzung.

2. Rechtswidrigkeit: Möglicherweise ist A nach § 32 gerechtfertigt. Da sich K ihm in den Weg stellte, griff sie seine Fortbewegungsfreiheit an. Entscheidend ist nun die Rechtswidrigkeit dieses Angriffs. § 127 I StPO kommt nicht in Betracht: Eine Straftat oder zumindest dringender Tatverdacht liegen nicht vor. Denn für einen Betrug fehlt es an der Täuschung. Es spricht nichts dafür, dass A von Anfang an nicht zahlen wollte. Andere Straftaten kommen ebenfalls nicht in Betracht.

Die „Festnahme“ durch K könnte jedoch nach § 229 BGB gerechtfertigt sein. Diese Vorschrift setzt voraus, dass der Täter einen wirklich bestehenden und einredefreien Anspruch hat. Allerdings könnte der Zahlungsanspruch aus dem Bewirtungsvertrag wegen eines Mangels nicht durchsetzbar sein. Solch ein Mangel wäre die nicht ausreichende Größe einer Essensportion. Es ist hier aber nicht mehr feststellbar, ob die Portion tatsächlich kleiner als üblich war. Diese Ungewissheit muss nach dem Grundsatz „in dubio pro reo“ zu Gunsten des Täters berücksichtigt werden. Es ist also die dem Täter günstigere Sachverhaltsvariante zu Grunde zu legen, hier also eine unangemessen kleine Portion. Dann war die Leistung des Restaurants mangelhaft und der Zahlungsanspruch nicht durchsetzbar. Der Zahlungsanspruch kommt

also insoweit nicht in Betracht. Jedoch ergibt sich aus dem Bewirtungsvertrag eine Nebenpflicht des Gastes (und ein entsprechender Anspruch auf der Gegenseite), den Wirt auf Verlangen über seine Personalien aufzuklären, wenn die Leistungen nicht vollständig bezahlt werden. Auch diese Nebenpflicht kann im Wege der Selbsthilfe durchgesetzt werden. Dass A in seiner „Stammkneipe“ namentlich und mit Adresse bekannt ist, steht nicht fest: Viele Stammgäste sind auch nur vom Sehen bekannt. Es bestand hier auch die Gefahr der Vereitelung dieses Anspruchs, obrigkeitliche Hilfe war nicht verfügbar. Der Angriff der K war auch notwendig, da A ohne ihr Eingreifen das Lokal verlassen hätte und kein milderes Mittel bestand. Problematisch ist eine letzte Voraussetzung: Nach h.M. setzt das Selbsthilferecht nach § 229 in Verbindung mit § 230 Abs. 3 BGB weiter voraus, dass der persönliche Sicherheitsarrest (§ 918 ZPO) hätte beantragt werden können. Insoweit ist § 917 ZPO heranzuziehen, der verlangt, dass die Vollstreckung durch eine Verschlechterung der schuldnerischen Vermögenslage vereitelt oder wesentlich erschwert zu werden droht. Hier drohte aber keine Verarmung des A, die zur Undurchsetzbarkeit des Zahlungsanspruchs in Höhe von 9,80 Euro geführt hätte, sondern die Undurchsetzbarkeit aufgrund der Unkenntnis seiner Personalien. Aus diesem Grund wird in Fällen wie dem vorliegenden teilweise ein Selbsthilferecht verneint. Überwiegend kommt man aber doch zu einer Rechtfertigung: Entweder engt man die Voraussetzungen des Festnahmerechts teleologisch ein, weil es nicht Sinn und Zweck von § 229 BGB sein könne, dem Gast die Flucht zu ermöglichen (so Kühl AT § 9 Rn. 8). Oder man stellt nicht auf die „Festnahme“ in § 229 BGB ab, sondern die weitere Alternative „Beseitigung des Widerstandes gegen eine Handlung, die der Verpflichtete zu dulden verpflichtet ist“. A war hier zumindest verpflichtet, auf das Eintreffen der Polizei zu warten und ihr seine Papiere zu zeigen. Sein Widerstand bestand in der Flucht, die K verhindern wollte. Auf diese Weise wären die Voraussetzungen des § 230 Abs. 3 BGB nicht mehr zu prüfen. Auf der Grundlage dieser Ansicht hätte K hier nicht rechtswidrig gehandelt; eine Notwehrrechtfertigung für A nach § 32 wäre ausgeschlossen.

- *Zum Selbsthilferecht in solchen Fällen Scheffler, Jura 1992, 352*

3. Schuld: (+)

4. Ergebnis: A ist strafbar gemäß § 223 I.

III. Strafbarkeit des A wegen räuberischer Erpressung, §§ 253, 255

Der Stoß von A stellt Gewalt gegen eine Person (in Form von vis absoluta) dar. Der dadurch hervorgerufene Nötigungserfolg besteht darin, dass K den A gehen lassen musste. Fraglich ist, ob der Nötigungserfolg eine Vermögensverfügung darstellen muss (s. dazu bereits den 4. Besprechungsfall). Verneint man die Frage mit der Rechtsprechung, wäre zu prüfen, ob ein Vermögensschaden vorliegt. Dieser könnte darin liegen, dass der Anspruch des Restaurantinhabers (für den K handelt – Dreieckerpressung) kaum noch durchsetzbar ist. Allerdings muss nach dem Grundsatz „in dubio pro reo“ von der fehlenden Durchsetzbarkeit des Zahlungsanspruchs ausgegangen werden (s.o.). Auch dass K aufgrund der Nötigung durch A den Auskunftsanspruch nicht geltend machte, führt nicht zu einem Vermögensschaden: Da wie soeben ausgeführt nicht von der Durchsetzbarkeit des Zahlungsanspruchs ausgegangen werden kann, hat auch der Auskunftsanspruch als akzessorisches Nebenrecht keinen Vermögenswert. Folglich kann auch unter diesem Aspekt nicht von einem Vermögensschaden ausgegangen werden, so dass die §§ 253, 255 ausscheiden.

IV. Strafbarkeit des A wegen Nötigung, § 240 I

Nötigungsmittel und -erfolg sind gegeben (s.o.). Auch die Verwerflichkeit nach § 240 II ist zu bejahen. A ist strafbar gemäß § 240 I.

Gesamtergebnis: §§ 263 I, 265 a I Var. 3, 185, 53. §§ 223 I und 240 I stehen in Idealkonkurrenz, § 52.