

## **Lösungsskizze zur 2. Klausur**

### **1. Tatkomplex: Der Einbruch und das Geschehen im Baumarkt**

#### **I. Strafbarkeit des A wegen Diebstahls in einem besonders schweren Fall, §§ 242 I, 243 I S. 2 Nr. 1**

Fortbestehender Gewahrsam des N bzgl. 500-Euro-Schein? Nach Verkehrsanschauung ja; daher Wegnahme (+). Vorsatz und Zueignungsabsicht (+), ebenso Rechtswidrigkeit und Schuld.

Regelbeispiel: Besonders schwerer Fall gemäß § 243 I S. 2 Nr. 1? Auto = umschlossener Raum. Einbrechen (Def.: Öffnen einer den Zutritt verwehrenden Umschließung unter Kraftentfaltung oder Werkzeugeinsatz von außen (LPK-*Kindhäuser*, 2. Aufl. 2005, § 243 Rn. 13)) ist hier nicht vollständig verwirklicht; Konstellation des „versuchten“ Regelbeispiels. Streitig ist, ob dies ausreicht für einen besonders schweren Fall.

Literatur überwiegend: nein; § 22 beziehe sich nach seinem Wortlaut nur auf Tatbestände, nicht auf Strafzumessungsregeln. Außerdem dürfe das vollendete und das versuchte Einbrechen nicht im Ergebnis gleichbehandelt werden. Schließlich sei die vom Gesetzgeber beabsichtigte Flexibilität durch den immer noch möglichen unbenannten schweren Fall gegeben.

Teilweise aA die Rechtsprechung unter Hinweis auf den tatbestandsähnlichen Charakter des § 243 und den Umstand, dass der Gesetzgeber durch die Umwandlung einer Qualifikation in eine Strafzumessungsregel die Strafbarkeit nicht habe einschränken wollen.

Aus teleologischen und systematischen Gründen überzeugender ist die erste Ansicht; daher:

Ergebnis: A hat sich gemäß § 242 I strafbar gemacht.

#### **II. Strafbarkeit des A wegen Diebstahls mit Waffen, §§ 242 I, 244 I Nr. 1 a) Alt. 2**

Grundtatbestand (+), s.o. Ist das Brecheisen ein anderes gefährliches Werkzeug? Die diesbezüglich zu stellenden Anforderungen (im Rahmen der §§ 244, 250 – anders bei § 224) sind Streitig.

1. Meinung: Objektive Kriterien entscheidend; gefährliches Werkzeug (+), wenn der Gegenstand *offenkundig* zur Herbeiführung erheblicher Verletzungen geeignet ist. Arg.: Nach dem Wortlaut ist die Waffe nur ein Unterfall des gefährlichen Werkzeugs, also muss beides rein objektiv bestimmt werden. Allerdings werden verschiedene Einschränkungen der Grundposition vorgeschlagen:

- Offenkundigkeit (-) bei offensichtlicher Zweckentfremdung
- nur wenn andere Verwendung als zur Beibringung erheblicher Verletzungen ausgeschlossen ist
- nur wenn gesetzliches Verbot besteht

2. Meinung: Ein gefährliches Werkzeug liegt vor, wenn unter den konkreten Tatumständen die Vermutung gerechtfertigt ist, dass der Täter den Gegenstand einsetzen wird („Verdachtstheorie“). Arg.: Die bloße Eignung des Werkzeugs zur Verursachung schwerer Verletzungen kann noch nicht ausreichend sein. Vielmehr müssen sozialüblich oder deliktstypisch mitgeführte Gegenstände (z.B. Ledergürtel, Einbruchswerkzeug) aus dem Anwendungsbereich der Vorschrift ausgeschieden werden.

3. Meinung: Erforderlich ist ein subjektiver Verwendungsvorbehalt oder zumindest eine generelle Widmung des Täters. Arg.: Eine objektive Bestimmung der Gefährlichkeit ist letztlich unmöglich – nahezu jedes Werkzeug könne in gefährlicher Weise eingesetzt werden, und umgekehrt sei kaum ein Gegenstand absolut ungefährlich. Gegenargument: Das Erfordernis einer Verwendungsabsicht werde gerade nur in § 244 I Nr. 1 b) vorausgesetzt (Umkehrschluss).

Vorzugswürdig ist hier die Verneinung eines gefährlichen Werkzeugs; der Fall zeigt gerade, dass sehr viele Diebstähle bei einem weitem Verständnis unter § 244 fielen. Die gegenteilige Auffassung ist aber auch gut vertretbar. Wegen des fehlenden Einsatzwillens von A (s.o.) scheidet auch § 244 I Nr. 1 b) aus.

Ergebnis: A hat sich nicht gemäß §§ 242 I, 244 I Nr. 1 a) Alt. 2 strafbar gemacht.

### III. Strafbarkeit des A wegen versuchter Sachbeschädigung, §§ 303 I, II, 22

1. Vorprüfung: Kein Erfolg eingetreten. Versuchsstrafbarkeit ergibt sich aus §§ 23 I, 303 II.

2. Tatentschluss: (+)

3. Unmittelbares Ansetzen: A hat das Brecheisen zwar angesetzt, aber noch nicht den letzten Schritt zur Sachbeschädigung unternommen. Daher kann man das unmittelbare Ansetzen hier verneinen. Wendet man die von der Rechtsprechung beispielsweise im Tankstellenfall aufgestellten Maßstäbe an, ist ein unmittelbares Ansetzen wohl zu bejahen.

4. Rechtswidrigkeit, Schuld: (+)

5. Rücktritt, § 24 I Alt. 1: Es handelt sich um einen unbeendeten und nicht fehlgeschlagenen Versuch. Problematisch ist die Freiwilligkeit der Tataufgabe. Stellt man (normativ) auf die Verbrechervernuft ab, ist der Rücktritt als unfreiwillig anzusehen. Auch der psychologisierende Ansatz des BGH (autonome versus heteronome Motive) spricht für Unfreiwilligkeit.

6. Ergebnis: A ist strafbar gemäß §§ 303 I, II, 22.

### IV. Strafbarkeit des V wegen Beihilfe zum Diebstahl, §§ 242 I, 27 I

Eine vorsätzliche, rechtswidrige Haupttat liegt vor. Welche Beziehung zwischen Hilfeleistung und Haupttat bestehen muss, ist umstritten. Teilweise wird insoweit Kausalität im Sinne einer *conditio sine qua non* gefordert. A hat sich den Zugang zum Auto des N auch ohne das ihm von V verkaufte Brecheisen verschafft. Daher wäre Kausalität zu verneinen. Jedoch stellt das Verhalten des V auch eine psychische Beihilfe dar, die letztlich kausal für die Haupttat war. Daher kann der Streit hier dahinstehen.

Fraglich ist weiter, ob eine ausreichende Hilfeleistung vorliegt. Hierüber herrscht bei den sog. neutralen Alltagshandlungen (wie z.B. dem Verkauf beliebiger Werkzeuge) Streit (Stichwort: „neutrale“ Beihilfe). Das Problem wird im Delikttaufbau an unterschiedlicher Stelle verortet; man kann es sowohl im objektiven als auch im subjektiven Tatbestand prüfen; auch eine Behandlung im Rahmen der Rechtswidrigkeit ist möglich.

1. Meinung: Neutrales Verhalten ist ebenso als Beihilfe strafbar wie jedes andere Beihilfeverhalten; es gebe keinen Grund für eine Restriktion.

2. Meinung: Nötig ist eine Restriktion des objektiven Beihilfetatbestands im Hinblick auf die neutralen Alltagshandlungen. Arg.: Die allgemeine Handlungsfreiheit müsse geschützt werden. Eine Einschränkung könne nicht von der inneren Einstellung des Haupttäters abhängig sein (Stichwort Gesinnungsstrafrecht).

3. Meinung: Die Lösung ist im subjektiven Tatbestand zu suchen (so auch die Rechtsprechung, zB BGHSt 46, 107). Die Vertreter dieser Ansicht berufen sich darauf, dass die soziale Bedeutung einer Handlung ohne Blick auf die subjektive Seite nicht beurteilt werden könne. Ein Unteransatz kommt bei *dolus eventualis* zur Straflosigkeit des Gehilfen, während andere einen Tatförderungswillen oder einen deliktischen Sinnbezug für die Strafbarkeit verlangen.

Nach der ersten Ansicht wäre V strafbar; alle anderen Ansichten kämen hier auf unterschiedlichen Wegen zur Straflosigkeit. Dies ist überzeugender; anderenfalls wären viele soziale Kontakte immer mit einem Misstrauen aus Angst vor Strafbarkeit belastet.

Ergebnis: V hat sich nicht gemäß §§ 242 I, 27 I strafbar gemacht.

### V. Strafbarkeit des V wegen versuchter Anstiftung zur Brandstiftung, § 306 I i.V.m. § 30 I

1. Vorprüfung: Der Anstiftungserfolg, nämlich der Tatentschluss des Haupttäters, ist ausgeblieben, schon weil A den V nicht verstanden hat. Die Strafbarkeit der versuchten Anstiftung zur Brandstiftung ergibt sich aus §§ 306 I, 30 I, 12 I.

2. Tatentschluss: V müsste Tatentschluss im Hinblick auf die Anstiftung des A zur Brandstiftung gehabt haben. Es stellt sich hier die Frage, ob sein Vorsatz in Bezug auf die Haupttat hinreichend bestimmt war. Die genauen Voraussetzungen an die Konkretisierung der Haupttat sind jedoch unklar und umstritten. Überwiegend geht man davon aus, dass die Tat als konkret-individualisierbares Geschehen erkennbar sein muss (BGHSt 34, 67 f.; *Kühl*, Strafrecht AT, 5. Aufl. 2005, § 20 Rn. 192). Dies erfordert das Vorliegen zumindest einiger Individualisierungsfaktoren wie Tatobjekt, Tatopfer, Zeit, Ort

und Art der Begehung. Etwas weiter ist die Formulierung, dass neben einem bestimmten Straftatbestand die „wesentlichen Dimensionen des Unrechts“ feststehen müssen (LK-Roxin, 11. Aufl. 1992, § 26 Rn. 47). Im vorliegenden Fall stand E als Tatopfer (§ 306 schützt das Eigentum) fest, sowie – gattungsmäßig – das Tatobjekt. Allerdings blieb offen, welche Gartenlaube genau A in Brand setzen sollte, wann dies geschehen soll (am nächsten Tag? in zwei Wochen? in zwei Monaten?) und mit welchen Mitteln. Aufgrund dieser Unsicherheiten könnte man hier den Tatentschluss des V zur Anstiftung des A verneinen. Vorzugswürdig erscheint es aber, hier einen ausreichend bestimmten Tatentschluss anzunehmen. Anderenfalls wäre eine versuchte Anstiftung quasi nur dann denkbar, wenn der Anstifter dem Täter einen detaillierten Plan an die Hand gibt. Immerhin waren hier die prägenden Kriterien der Haupttat schon bestimmt.

3. Unmittelbares Ansetzen: V hat seine Anstiftungshandlung schon komplett durchgeführt, daher ist auch ein unmittelbares Ansetzen zu bejahen.

4. Rechtswidrigkeit und Schuld: liegen vor.

5. Ergebnis: V hat sich gemäß § 306 I i.V.m. § 30 I strafbar gemacht.

## **VI. Strafbarkeit des V wegen versuchter Anstiftung zu einer schweren Brandstiftung, § 306 a I Nr. 3 i.V.m. § 30 I**

Das Gartenhäuschen ist offenkundig so ausgestattet, dass es nicht als Wohnung, sondern nur einem zeitweiligen Aufenthalt von Menschen dient. V fehlte es an einem Anstiftersvorsatz hinsichtlich § 306 a I Nr. 3, weil er zum Ausdruck brachte, dass Menschen nicht zu Schaden kommen sollen.

## **2. Tatkomplex: Die Straßenbahnfahrt**

### **I. Strafbarkeit des A wegen Urkundenfälschung, § 267 I**

#### 1. Objektiver Tatbestand:

a) In Betracht kommt hier zunächst das Aufbringen des Klebestreifens auf den nicht entwerteten Fahrschein. Dieser stellt eine Urkunde dar. § 267 scheidet jedoch an der Tathandlung: Ein Verfälschen scheidet aus, da auch nach dem Aufbringen des Tesa-Streifens die Verkehrsbetriebe als Aussteller erkennbar bleiben. A hat durch das Überkleben aber auch keine unechte Urkunde hergestellt, da er den gedanklichen Inhalt nicht verändert hat.

b) Auch das Abstempeln erfüllt nicht den Tatbestand des § 267: Die Verkehrsbetriebe bleiben weiterhin als Aussteller erkennbar (also kein Verfälschen), und die Herstellung einer unechten Urkunde scheidet aus, da der gedankliche Inhalt der Urkunde „abgestempelter Fahrschein“ nicht von einem regulär abgestempelten Fahrschein abweicht.

2. Ergebnis: A hat sich nicht nach § 267 I strafbar gemacht.

### **II. Strafbarkeit des A wegen Urkundenunterdrückung, § 274 I Nr. 1**

#### 1. Objektiver Tatbestand: Auch für § 274 kann wieder an mehreren Handlungen angesetzt werden.

a) Das Überkleben des Fahrscheins ist nicht tatbestandsmäßig, da der nicht entwertete Fahrschein dem A gehört. Gehören bedeutet nicht, dass er in seinem Eigentum steht, sondern bezieht sich auf das Beweisführungsrecht. Dieses steht vor der Entwertung noch nicht den Verkehrsbetrieben zu.

b) Hinsichtlich des Abstempelns gilt dieselbe Überlegung: A war noch alleiniger Inhaber des Beweisführungsrechts an der Urkunde.

c) Schließlich kommt eine Urkundenunterdrückung durch das Abwischen des Stempelaufdrucks in Betracht. Zu diesem Zeitpunkt ist das Beweisführungsrecht an dem Fahrschein auf die Verkehrsbetriebe übergegangen, die Fahrkarte „gehörte“ dem A also nicht mehr allein im Sinne des § 274. Es handelt sich bei dem abgestempelten Fahrschein auch nicht um eine technische Aufzeichnung im Sinne von § 268, da das Entwertungsgerät keine neuen Informationen produziert, sondern lediglich alte reproduziert, also nicht selbsttätig funktioniert (§ 268 II).

Fraglich ist aber, ob ein Beschädigen vorliegt. Das wäre der Fall, wenn die manipulierte Fahrkarte mit dem aufgebracht, aber abwischbaren Stempelaufdruck als zusammengesetzte Urkunde anzusehen

wäre. Eine zusammengesetzte Urkunde erfordert eine hinreichend feste Verbindung ihrer Bestandteile. Diese müssen aber nicht untrennbar verbunden sein. Daher ist es überzeugender, hier schon von einer zusammengesetzten Urkunde auszugehen, die A durch das Abwischen des Stempels beschädigt hat. Die gegenteilige Auffassung ist ebenso vertretbar.

2. Subjektiver Tatbestand: A handelte vorsätzlich. Da er die Fahrkarte noch für weitere Fahrten verwenden wollte, hatte er auch die erforderliche Nachteilzufügungsabsicht.

3. Rechtswidrigkeit und Schuld: (+)

4. Ergebnis: A hat sich nach § 274 I Nr. 1 strafbar gemacht.

### **III. Strafbarkeit des A wegen Betrugs, § 263 I**

1. Objektiver Tatbestand: Durch das Vorzeigen der manipulierten Karte täuschte A den Kontrolleur konkludent darüber, den Fahrschein nicht manipuliert und damit ungültig gemacht zu haben. Dieser erlag einem entsprechenden Irrtum und unterließ daher die Geltendmachung des Anspruchs auf Zahlung eines erhöhten Beförderungsentgelts, der den Verkehrsbetrieben nach den AGB zusteht. Da der Kontrolleur Verfügungsbefugter über das Vermögen der Verkehrsbetriebe ist, lässt sich diese Vermögensverfügung unproblematisch den Verkehrsbetrieben als Vermögensinhaber zurechnen (Dreiecksbetrug). Es entstand auch ein Vermögensschaden, weil der Anspruch nach der Kontrolle faktisch nicht mehr durchzusetzen war.

2. Subjektiver Tatbestand: A handelte vorsätzlich. Er hatte auch die Absicht sich rechtswidrig und stoffgleich zu bereichern, indem er die Beförderungsleistung ohne gültigen Fahrschein in Anspruch nahm.

3. Rechtswidrigkeit und Schuld: (+)

4. Strafantrag: Erforderlich gemäß §§ 263 IV, 248 a? Geringwertigkeit wird angesiedelt bei 25 Euro (Tröndle/Fischer, 53. Aufl. 2006, § 248 a Rn. 3) oder erst bei 50 Euro (OLG Zweibrücken, NStZ 2000, 536; OLG Hamm, StV 2003, 672). Je nachdem, wo man die Grenze zieht, ist hier ein Strafantrag erforderlich oder nicht.

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

### **IV. Strafbarkeit des A wegen Erschleichens von Leistungen, § 265 a I Var. 3**

A könnte durch die Fahrt mit dem manipulierten Fahrschein auch diesen Tatbestand verwirklicht haben. Eine Diskussion der Frage, ob ein einfaches Schwarzfahren bereits den Tatbestand erfüllt, ist nicht erforderlich, da ab der Kontrolle § 263 I eingreift und dieser nach der Subsidiaritätsklausel § 265 a auf Konkurrenzebene verdrängt.

### **V. Strafbarkeit des A wegen Hausfriedensbruchs, § 123 I**

Die Straßenbahn ist als zum öffentlichen Verkehr bestimmter Raum von § 123 I geschützt. Jedoch besteht eine generelle Zutritts-erlaubnis der Verkehrsbetriebe, die als tatbestandsausschließendes Einverständnis das „Eindringen“ für den gewöhnlichen Fahrgast entfallen lässt. A benutzte die Straßenbahn zwar ohne gültigen Fahrschein, wich aber nicht äußerlich erkennbar vom Erscheinungsbild eines gewöhnlichen Fahrgastes ab. Daher gilt die Zutritts-erlaubnis nach herrschender Meinung („Strumpfmaskentheorie“) auch für ihn; der Tatbestand ist nicht erfüllt.

## **3. Tatkomplex: Der Schmuck**

### **I. Strafbarkeit des A wegen Betrugs, § 263 I**

A hat den O konkludent durch Übergabe des Geldscheins darüber getäuscht, Verfügungsbefugter über den 500-Euro-Schein zu sein. O irrte sich und verfügte durch Übereignung der Perlenkette und des 100-Euro-Scheins. Diese Vermögensverfügung müsste auch einen Vermögensschaden herbeigeführt haben. Hier könnte eine Kompensation durch Eigentumserwerb am 500-Euro-Schein eingetreten sein. Zwar war A Nichtberechtigter (§ 932 BGB) und der Geldschein dem Berechtigten, N, abhanden gekommen (§ 935 I BGB), doch greift hier die Ausnahme des § 935 II BGB ein. Damit hat O kondiktionsfestes Eigentum erworben. Es ist angesichts der klaren Regelung in § 935 II BGB sowie der günstigen

Beweislastverteilung nach § 932 II BGB auch nicht davon auszugehen, dass O ein besonderes Prozessrisiko trägt. Für die Annahme eines Vermögensschadens bleibt deshalb nur Raum, wenn man mit dem Reichsgericht den gutgläubigen Erwerb als minderwertig ansieht („Makeltheorie“). Dies ist jedoch abzulehnen: Der gutgläubige Erwerb wird im Ergebnis von der Rechtsordnung genauso behandelt wie ein Eigentumserwerb vom Berechtigten. Daher lässt sich nicht begründen, wie sich das Vermögen des O gemindert haben soll. O hat also keinen Vermögensschaden erlitten.

Ergebnis: A hat sich nicht nach § 263 I strafbar gemacht.

## **II. Strafbarkeit des A wegen Unterschlagung, § 246 I**

Durch die Bezahlung mit dem 500-Euro-Schein manifestierte A seinen Willen, sich eine eigentümerähnliche Stellung hinsichtlich der Sache anzumaßen, also seinen Zueignungswillen. Allerdings ist dies der zweite Zueignungsakt nach der Wegnahme des Geldscheins aus dem Auto des N. Daher wird entweder die Tatbestandsmäßigkeit des zweiten Akts verneint (so die Tatbestandslösung) oder seine Straflosigkeit als straflose Nachtat angenommen (Konkurrenzlösung).

## **III. Strafbarkeit der F wegen Hehlerei, § 259 I**

Vorausgesetzt wird ein taugliches Tatobjekt, d.h. eine Sache, die ein anderer gestohlen oder aus einer anderen Vermögensstraftat erlangt hat. A hat den 500-Euro-Schein zwar gestohlen (s.o.), doch F bekommt die Perlenkette und den 100-Euro-Schein geschenkt. Solche Surrogate sind keine tauglichen Tatobjekte, es sei denn, sie wurden ihrerseits durch eine neue rechtswidrige Tat erlangt. Wie oben geprüft wurde, hat A jedoch keinen Betrug zu Lasten des O begangen, daher bleibt es für die Perlenkette bei der Straflosigkeit der Ersatzhehlerei.

Gilt für den 100-Euro-Schein eine Ausnahme? Eine Ansicht befürwortet dies und argumentiert mit dem Wertsummengedanken – bei Geld stehe nicht die Sachqualität im Vordergrund, sondern der verkörperte Vermögenswert. Zu Recht lehnt die herrschende Meinung diese Überlegung aber ab: Der Wortlaut von § 259 bezieht sich klar und eindeutig nur auf die jeweilige Sache. Sollte man die Sachqualität von Geld völlig verneinen, wäre § 259 von vornherein nicht anwendbar. Daher ist es überzeugender, auch hinsichtlich des Wechselgeldes von Straflosigkeit auszugehen.

Ergebnis: F hat sich nicht gemäß § 259 I strafbar gemacht.

## **IV. Strafbarkeit der F wegen Geldwäsche, § 261 II Nr. 1**

Die Perlenkette und der 100-Euro-Schein bilden taugliche Tatobjekte der Geldwäsche. Zwar stellen sie nur Surrogate für den ursprünglich gestohlenen 500-Euro-Schein dar, doch werden auch diese Surrogate vom „Herrühren“ in § 261 erfasst. Jedoch fehlt es an einer tauglichen Vortat nach § 261 I S. 2 Nr. 4: Der Diebstahl wurde von A weder gewerbsmäßig noch als Mitglied einer Bande begangen. Daher scheidet Geldwäsche aus.

## **Gesamtergebnis und Konkurrenzen**

F hat sich nicht strafbar gemacht.

A hat sich gemäß § 242 I, §§ 303 I, II, 22, § 263 I zum Nachteil der Verkehrsbetriebe sowie § 274 I Nr. 1 strafbar gemacht. Die Taten stehen zueinander in Realkonkurrenz (§ 53). Bejaht man § 243, stellt sich die umstrittene Frage, welche Konkurrenz zu § 303 besteht (Konsumtion, so die h.L., oder Idealkonkurrenz, so BGH NStZ 2002, 642)

V hat sich gemäß § 306 I i.V.m. § 30 I strafbar gemacht.