

Übungsfall: Ein Jurist auf Abwegen

Von Wiss. Assistentin Dr. **Janique Brüning**, Hamburg

Die Klausur wurde im WS 2008/2009 an der Ernst-Moritz-Arndt-Universität in Greifswald als 180-minütige Abschlussklausur im Rahmen des sog. Vertiefungskurses gestellt. Sie thematisiert vor allem Fragen aus dem Bereich der Urkundsdelikte, des Betruges sowie des Diebstahls.

Sachverhalt

T hat an der Ernst-Moritz-Arndt-Universität in Greifswald studiert und sodann in Mecklenburg-Vorpommern die Große Juristische Staatprüfung abgelegt. Inzwischen ist er auf der Suche nach einem angemessenen und gut dotierten Arbeitsplatz.

Bedauerlicherweise sind die Ergebnisse der Prüfungen nicht so überragend ausgefallen, wie T es sich gewünscht hat. Da T auch keine Referendariatsstationen in einer der renommierten Großkanzleien absolviert hat, hofft er nunmehr, seine Bewerbungschancen bei eben einer jener Kanzleien zu erhöhen, indem er die Note seines zweiten Staatsexamens von 6,44 auf 11,44 Punkte anhebt. Dazu fertigt er mit seinem Computer eine „11“ in der Schriftart des Examenszeugnisses an und druckt diese auf einem weißen Etikett aus. Die „11“ schneidet er aus dem Etikett aus und klebt sie so auf das Zeugnis, dass die „6“ nicht mehr zu sehen ist. Zuvor hat T das Etikett mit einem Föhn angewärmt, damit es sich später leicht wie ein Post-it wieder entfernen lässt. Aufgrund des erhitzten Klebstoffs wäre die „11“ ohnehin nach kurzer Zeit von ganz allein abgefallen. Danach kopiert er das „beklebte“ Zeugnis mit einem Farbkopierer. Die Kopie ist vom Original nicht mehr zu unterscheiden. Sogar der Stempel des Prüfungsamtes sowie die Unterschriften des Prüfungsvorsitzenden wirken täuschend echt. T ist entzückt über seine kreative Arbeit. Doch die Freude währt nicht lang. Schnell fällt T auf, dass eine tägliche Arbeitszeit von 14 bis 16 Stunden, die insbesondere eine Anwesenheit vor Ort erfordert, nicht zu seinem Lebensstil passt. Daher vernichtet er die Fälschung und sieht von einer Bewerbung in einer Großkanzlei ab.

Nach einigen glücklosen juristischen „Gehversuchen“ verdient sich T seinen Lebensunterhalt, indem er Zeitschriften-Abonnements vertreibt. Zu diesem Zweck klingelt er an der Tür des E, erzählt diesem wahrheitswidrig, er sei gerade aus der Haft entlassen worden und bittet um Abnahme eines Jahresabonnements einer Fernsehzeitschrift. Der gutgläubige E unterschreibt den Abonnementvertrag mit einem marktüblichen Wert von 100 €, um einen armen Häftling zu unterstützen. Sodann erzählt T dem E wahrheitswidrig, er erhalte die darauf entfallende Prämie erst Wochen später und habe heute keinen Pfennig Geld, um sich etwas zum Essen kaufen zu können. Der mitleidige E schenkt T daher 20 €, die T sofort „verspielt“.

Auf dem Weg nach Hause will T noch eine DVD im Media-Markt kaufen. Bei der Gelegenheit steckt er schnell die neue CD von Bruce Springsteen („Working On A Dream“) in seinen Rucksack. Dabei wird er vom Ladendetektiv L beobachtet. An der Kasse legt er die DVD des Films „Keinohrhasen“ auf das Transportband und zahlt. Die CD bezahlt

er hingegen, wie von Anfang an beabsichtigt, nicht. Daraufhin hält L dem T an der Kasse das Einstecken der CD vor. Sodann flieht T, wobei L versucht, sich T in den Weg zu stellen und ruft lauthals durch den Supermarkt: „Haltet den Dieb!“. Daraufhin verpasst T dem L einen Tritt vor das rechte Schienbein und flieht endgültig, um keine „Scherereien“ mit der Polizei zu bekommen und die CD kostengünstig behalten zu können.

Strafbarkeit des T nach dem StGB? Alle ggf. erforderlichen Strafanträge sind gestellt. Die §§ 123, 268 StGB ist nicht zu prüfen.

Lösung

1. Handlungsabschnitt: Das Examenszeugnis¹

A. Urkundenfälschung gem. § 267 Abs. 1 Var. 2 StGB² durch Herstellen der Kopiervorlage

T könnte sich einer Urkundenfälschung nach § 267 Abs. 1 Var. 2 schuldig gemacht haben, indem er die „11“ über die „6“ klebte.³

I. Tatbestand

1. Objektiver Tatbestand

a) Urkunde

Voraussetzung ist zunächst, dass das Originalexamenszeugnis eine Urkunde ist. Eine Urkunde ist – nach ganz überwiegender Ansicht – jede dauerhaft verkörperte Gedankenerklärung (Perpetuierungsfunktion), die im Rechtsverkehr zum Beweis bestimmt und geeignet ist (Beweisfunktion) und ihren Aussteller erkennen lässt (Garantiefunktion).⁴ Eine Gedankenerklärung liegt hier in der Mitteilung, welche Punktzahl T in der Großen Juristischen Staatsprüfung erreicht hat. Die Erklärung ist auch stofflich fixiert und damit ausreichend verkörpert. Weiterhin muss das Zeugnis zum Beweis im Rechtsverkehr bestimmt und geeignet sein. Ein Examens-

¹ Diese Lösung ist keine Musterlösung, wie man sie von den Studierenden in der 180-minütigen Bearbeitungszeit erwarten kann. Die Lösung ist vielmehr im Interesse der Wiederholung und Vertiefung ausgearbeitet.

² §§ im Folgenden ohne nähere Bezeichnung sind solche des StGB.

³ Wichtig ist, dass zwischen der Strafbarkeit wegen des Herstellens der Kopiervorlage und des Herstellens der Farbkopie differenziert wird.

⁴ BGHSt 4, 284 (285); 24, 140 (141); Cramer/Heine, in: Schönke/Schröder (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 27. Aufl. 2006, § 267 Rn. 2; Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch, Kommentar, 26. Aufl. 2007, § 267 Rn. 2; Wessels/Hettinger, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 1, 32. Aufl. 2009, Rn. 790; kritisch Puppe, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, 2. Aufl. 2005, § 267 Rn. 16 ff.; Erb, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 4, 2006, § 267 Rn. 16 ff.

zeugnis dient im Rechtsverkehr dem Zweck, Beweis darüber zu erbringen, dass die betroffene Person die Prüfung erfolgreich absolviert hat und mit welcher Note dies geschah. Beweiseignung und Beweisbestimmung sind damit gegeben. Schließlich muss die Gedankenerklärung den Aussteller erkennen lassen. Im vorliegenden Fall bekennt sich das Justizprüfungsamt in Vertretung des unterzeichnenden Prüfers zu der Erklärung über die absolvierte Staatsprüfung, so dass die Ausstellererkennbarkeit anzunehmen ist. Eine Urkunde liegt daher vor.

b) *Echte Urkunde*

Echt ist eine Urkunde, wenn der tatsächliche und der scheinbare Aussteller identisch sind.⁵ Das Justizprüfungsamt ist sowohl der echte als auch der scheinbare Aussteller des Originalzeugnisses, so dass es sich hierbei um eine echte Urkunde handelt.

c) *Verfälschen einer echten Urkunde*

T müsste diese Urkunde verfälscht haben, indem er die „6“ mit der „11“ überklebte. Das Verfälschen einer Urkunde liegt vor, wenn der Täter den gedanklichen Inhalt einer echten Urkunde ändert, so dass er den Eindruck erweckt, als habe der Aussteller diese Erklärung in der Form abgegeben, wie sie nun erscheint.⁶

Im vorliegenden Fall hat T auf den ersten Blick den gedanklichen Inhalt über das Ergebnis der Prüfungsleistung verändert, indem er die „6“ mit der „11“ überklebte. Fraglich ist allerdings, wie der Umstand zu bewerten ist, dass das Etikett nur vorübergehend (zum Zwecke der Anfertigung einer Fotokopie) aufgeklebt wurde und damit nicht dauerhaft auf dem Original verbleiben sollte und aufgrund des ange-trockneten Klebstoffs auch nicht konnte. Der Vorteil einer Urkunde – etwa im Vergleich zu einer Zeugenaussage – besteht darin, dass die Gedankenerklärung dauerhaft verkörpert und damit jederzeit zu Beweis Zwecken reproduzierbar ist.⁷ Das bedeutet, dass der Inhalt einer Urkunde auch nur dann verändert werden kann, wenn eine dauerhafte Einwirkung auf den Urkundenkörper selbst vorgenommen wurde.⁸ Hier ist zwischen dem Etikett und dem Urkundenkörper keine dauerhafte Verbindung entstanden. Der Urkundenkörper selbst erfuhr damit keine Veränderung. Die Urkunde wurde damit nicht verfälscht.

Dieses Ergebnis wird auch durch folgende Kontrollüberlegung bestätigt: Das Produkt einer Urkundenfälschung muss immer die Voraussetzungen einer Urkunde erfüllen, ansonsten sind die Voraussetzungen des § 267 Abs. 1 Var. 2 nicht erfüllt.⁹ Es käme allenfalls eine Urkundenunterdrückung nach

§ 274 Abs. 1 Nr. 1 in Betracht. Die zusammengeklebte Kopiervorlage erfüllt jedenfalls nicht das Merkmal der Beweiseignung. Sie diene lediglich dem „Beschicken“ des Kopierers.

2. *Zwischenergebnis*

Der objektive Tatbestand ist folglich nicht erfüllt.

II. **Ergebnis**

T hat sich keiner Urkundenfälschung gem. § 267 Abs. 1 Var. 2 schuldig gemacht, indem er die „11“ über die „6“ klebte.

B. **Urkundenfälschung gem. § 267 Abs. 1 Var. 1 durch Herstellen der Kopie**

T könnte sich jedoch dadurch einer Urkundenfälschung gem. § 267 Abs. 1 Var. 1 schuldig gemacht haben, dass er die täuschend echte Farbkopie herstellte.

I. **Tatbestand**

1. *Objektiver Tatbestand*

a) *Urkunde*

Dies setzt voraus, dass die Fotokopie eine Urkunde darstellt. Dies ist umstritten.

Die Rechtsprechung und überwiegende Ansicht in der Literatur lehnen die Urkundenqualität von Fotokopien – wie bei einfachen Abschriften – grundsätzlich ab.¹⁰ Zunächst wird eingewendet, dass Fotokopien das Merkmal der „verkörperten Gedankenerklärung“ nicht erfüllen könnten.¹¹ Der Kopiervorgang schaffe aufgrund eines Kausalgesetzes einen Abgleich des Originals, auf dessen Entstehung der Fotokopierende keinen Einfluss habe. Insoweit liege keine menschliche Gedankenerklärung vor, bei der die Verlässlichkeit der Erklärung ausschließlich von der Zuverlässigkeit des Ausstellers abhängt. Vielmehr gebe die Fotokopie lediglich Auskunft darüber, was in einem anderen Schriftstück – dem Original – verkörpert sei. Darüber hinaus wird gegen die Urkundenqualität von Fotokopien vorgebracht, dass sie den Aussteller nicht erkennen lassen und ihnen insoweit keine Garantiefunktion zukommt.¹² Der Hersteller des Originals garantiere nicht für die Richtigkeit einer Kopie. Die Fotokopie selbst weise keinen Aussteller aus. Vielmehr sei lediglich der Aussteller des Originals erkennbar. Neben diesen dogmatischen Gründen werden auch kriminalpolitische Argumente gegen eine Ausdehnung des Schutzes des § 267 auf Fotokopien

scher Online-Kommentar, Strafgesetzbuch, Stand 1.10.2009, 10. Edition, § 267 Rn. 24.

¹⁰ BGHSt 24, 140 (141); OLG Düsseldorf NJW 2001, 167; Lackner/Kühl (Fn. 4), § 267 Rn. 16; Fischer, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 56. Aufl. 2009, § 267 Rn. 12b; a.A. Mitsch, NSStZ 1994, 88 (89); Puppe (Fn. 4), § 267 Rn. 50.

¹¹ Cramer/Heine (Fn. 4), § 267 Rn. 42a; Erb (Fn. 4), § 267 Rn. 97; Küper, Strafrecht, Besonderer Teil, 7. Aufl. 2008, S. 320.

¹² BGHSt 24, 140 (141); Beck, JA 2007, 423 (424).

⁵ Wessels/Hettinger (Fn. 4), Rn. 821.

⁶ BGHSt 9, 235 (238); OLG Köln NJW 1983, 769; Cramer/Heine (Fn. 4), § 267 Rn. 20; Rengier, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 10. Aufl. 2009, § 33 Rn. 21.

⁷ Samson, JA 1979, 526 (527).

⁸ Cramer/Heine (Fn. 4), § 267 Rn. 65.

⁹ Wessels/Hettinger (Fn. 4), Rn. 842; Rengier (Fn. 6), § 33 Rn. 22; Weidemann, in: Heintschel-Heinegg (Hrsg.), Beck-

bemüht. Aufgrund der Manipulationsgefahr sei der Inhaber einer Kopie weniger schutzbedürftig als der Inhaber des Originals. Sicherheitshalber könne sich der Empfänger auch immer das Original oder eine beglaubigte Fotokopie, die nach einhelliger Ansicht eine Urkunde darstellt, vorlegen lassen.

Eine Ausnahme von dem Grundsatz, dass Kopien keine Urkunden darstellen, wird jedoch grundsätzlich dann zugelassen, wenn die Fotokopie den Anschein einer Originalurkunde erweckt und sie als eine vom angeblichen Aussteller herrührende Urschrift ausgegeben wird.¹³ Grund hierfür ist der Umstand, dass eine Fotokopie, die aufgrund ihrer hohen Wiedergabequalität den Anschein erweckt, das Original zu sein, über die gleiche Perpetuierungsleistung wie das (gefälschte) Original verfügt. Das Vertrauen des Rechtsverkehrs, dass diese vermeintliche verkörperte Gedankenerklärung von dem Aussteller stammt, ist bei einer täuschend echten Farbkopie im gleichen Umfang schützenswert, wie beim Original. Da die Fotokopie im vorliegenden Fall den Anschein erweckt, das Original zu sein, stellt sie eine Urkunde i.S.d. § 267 Abs. 1 dar.

b) Herstellen einer unechten Urkunde

Weiterhin müsste T eine unechte Urkunde hergestellt haben. Das ist der Fall, wenn scheinbarer und tatsächlicher Aussteller auseinander fallen.¹⁴ Scheinbarer Aussteller ist derjenige, der sich aus der Urkunde ergibt.¹⁵ Das ist im vorliegenden Fall das Justizprüfungsamt, vertreten durch den Prüfungsvorsitzenden. Tatsächlicher Aussteller ist derjenige, von dem die Gedankenerklärung tatsächlich herrührt. Die in der Kopie enthaltene Gedankenerklärung hat T abgegeben, mit der Folge, dass scheinbarer und tatsächlicher Aussteller auseinander fallen. Damit hat T eine unechte Urkunde hergestellt.

2. Subjektiver Tatbestand

a) Vorsatz

Ferner müsste T vorsätzlich gehandelt haben. Hier kannte T alle Umstände, die das Herstellen einer unechten Urkunde begründen. T handelte damit vorsätzlich.¹⁶

b) Täuschungsabsicht

Schließlich müsste T zum Zeitpunkt der Tathandlung mit Täuschungsabsicht gehandelt haben. Nach überwiegender Ansicht ist es ausreichend, wenn der Täter hinsichtlich der Täuschung im Rechtsverkehr mit Vorsatz in Form des *dolus directus* 2. Grades agierte.¹⁷ Da er sogar beabsichtigte, dass

ein anderer die Urkunde für echt hält, ist diese Voraussetzung erfüllt.

Fraglich ist allerdings, wie der Umstand zu bewerten ist, dass T sich später von seinem Vorhaben und Motiv distanzierte und die hergestellte unechte Urkunde später vernichtete, ohne diese verwendet zu haben. § 267 ist ein Delikt mit einer materialen Versuchsstruktur, d.h. es ist ausreichend, dass der Täter zum Zeitpunkt der Tathandlung mit Täuschungsabsicht agierte. Diese ist kein objektives Tatbestandsmerkmal und muss daher objektiv nicht in Form eines Gebrauchs umgesetzt werden. Aus diesem Grund ist die spätere Aufgabe des Plans für die Bestrafung nach § 267 Abs. 1 Var. 1 unerheblich. T handelte also mit Täuschungsabsicht.

II. Rechtswidrigkeit und Schuld

Schließlich handelte T auch rechtswidrig und schuldhaft.

III. Ergebnis

Er hat sich somit einer Urkundenfälschung nach § 267 Abs. 1 Var. 1 schuldig gemacht.

C. Urkundenunterdrückung gem. § 274 Abs. 1 Nr. 1 durch das Vernichten der Farbkopie

Eine Urkundenunterdrückung nach § 274 Abs. 1 Nr. 1 durch das Vernichten der Farbkopie scheitert daran, dass die Urkunde ausschließlich dem T gehörte. Niemand außer ihm besaß ein Beweisführungsrecht an dieser Urkunde.

2. Handlungsabschnitt: Das Zeitschriftenabonnement

Betrug gem. § 263 Abs. 1

T könnte sich eines Betrugsgem. § 263 Abs. 1 gegenüber und zum Nachteil des E schuldig gemacht haben, indem er dem E vorspiegelte, er sei gerade aus der Haft entlassen worden und habe kein Geld, um sich etwas zu essen zu kaufen, woraufhin der mitleidige E dem T 20 € schenkte.

I. Tatbestand

1. Objektiver Tatbestand

a) Täuschung und Irrtum

T hat ausdrücklich darüber getäuscht, dass er erst kürzlich aus der Haft entlassen sei. Das hat ihm E geglaubt und sich damit geirrt.

b) Vermögensverfügung

Ferner müsste E über sein Vermögen verfügt haben. Eine Vermögensverfügung ist jedes Tun, Dulden oder Unterlassen, das sich unmittelbar vermögensmindernd auswirkt.¹⁸ Indem E den Abonnementvertrag unterschrieb, hat er einen Zahlungsanspruch gegen sich begründet und damit sein Vermögen gemindert. Eine weitere Vermögensminderung ist eingetre-

¹³ OLG Stuttgart NStZ 2007, 158; Fischer (Fn. 10), § 267 Rn. 12c; Wittig, in: Satzger/Schmitt/Wittmaier (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 2009, § 267 Rn. 59; Eisele, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 2008, Rn. 1172.

¹⁴ BGHSt 33, 159 (160); 40, 203 (204).

¹⁵ Samson, JA 1979, 658 (659).

¹⁶ Der Sachverhalt gibt keine Anhaltspunkte dafür, dass T einem vorsatzausschließenden Irrtum i.S.d. § 16 oder einem Verbotsirrtum i.S.d. § 17 unterlegen ist.

¹⁷ Wittig (Fn. 13), § 267 Rn. 83; Fischer (Fn. 10), § 267 Rn. 25.

¹⁸ BGHSt 14, 170 (171); OLG Celle NJW 1974, 2326 (2327); Wessels/Hillenkamp, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 32. Aufl. 2009, Rn. 514; Kindhäuser/Nikolaus, JuS 2006, 193 (197).

ten, indem E dem T 20 € auszahlte. Eine Vermögensverfügung ist damit gegeben.

c) Vermögensschaden

Weiterhin müsste E einen Vermögensschaden erlitten haben. Ein Vermögensschaden liegt grundsätzlich vor, wenn die aufgrund der Verfügung eingetretene Minderung des Vermögens nicht durch einen unmittelbar mit ihr verbunden Vermögenszuwachs vollständig ausgeglichen wird. Dies wird festgestellt, indem die Vermögenslage des Opfers vor und nach der Vermögensverfügung verglichen wird.¹⁹

aa) Vermögensschaden bzgl. des Abschlusses des Vertrages

Vor seiner Vermögensverfügung hatte E einen Barbestand in der Kasse in Höhe von 100 €. Gleichzeitig bestanden keine Verbindlichkeiten, so dass von einem Saldo i.H.v. 100 € auszugehen ist.

Aktiva	Passiva
Kasse: 100 €	0
Saldo: 100 €	

Nach Abschluss des Vertrages hatte er immer noch einen Barbestand i.H.v. 100 € in der Kasse und einen Anspruch auf Lieferung der Zeitschriften gem. § 433 Abs. 1 BGB im Wert von 100 €. Gleichzeitig sieht sich E einem Anspruch aus § 433 Abs. 2 BGB auf Zahlung des vereinbarten Kaufpreises i.H.v. 100 € ausgesetzt.

Aktiva	Passiva
Kasse: 100 €	Anspruch aus § 433 Abs. 2 BGB: 100 €
Anspruch auf Lieferung gem. § 433 Abs. 1 BGB: 100 €	
Saldo: 100 €	

Vergleicht man die Vermögenslagen vor und nach der Verfügung, so hat E keinen Schaden erlitten. Anhaltspunkte dafür, dass die Zeitschrift für E unbrauchbar ist und damit möglicherweise ein individueller Schadenseinschlag gegeben ist, liegen nicht vor.²⁰

bb) Vermögensschaden bzgl. der Zahlung der 20 €

Fraglich ist allerdings, ob E bzgl. der 20 € einen Schaden erlitten hat. E hat für diese 20 € keine geldwerte Gegenleistung erhalten, so dass die Vermögensminderung nicht ausgeglichen wurde. Indes ist die Frage aufzuwerfen, wie es zu beurteilen ist, dass E wusste, dass er keine Gegenleistung für die Zahlung der 20 € erhalten werde. Insoweit war er sich über den vermögensschädigenden Charakter seines Verhaltens bewusst, so dass man von einer sog. bewussten Selbstschädigung spricht.²¹

(1) Vermögensschaden trotz bewusster Selbstschädigung
Insbesondere in der älteren Rechtsprechung wurde das Erfordernis der unbewussten Selbstschädigung abgelehnt. Danach soll ein Vermögensschaden bereits dann vorliegen, wenn der Getäuschte durch seinen Irrtum zu einer einseitig vermögensmindernden Verfügung veranlasst wurde.²² Diese Voraussetzung ist vorliegend erfüllt, so dass ein Vermögensschaden anzunehmen ist.

(2) Lehre von der Zweckverfehlung

Auf der Grundlage der Lehre von der Zweckverfehlung kann ein Vermögensschaden grundsätzlich nur dann vorliegen, wenn dem Getäuschten die vermögensschädigende Wirkung der Verfügung nicht bewusst ist.²³ Ausnahmsweise sei ein Betrug aber auch in den Fällen der bewussten Selbstschädigung möglich, wenn dem Verfügenden durch die Täuschung die Erreichung eines sozialen oder wirtschaftlichen Zwecks vorgetäuscht wurde, und dieser durch die Vermögensleistung tatsächlich verfehlt wurde. Die Hingabe einer vermögenswerten Position könne nicht nur durch die Erlangung einer wirtschaftlich gleichwertigen Gegenleistung ausgeglichen werden, sondern auch durch die Erlangung eines außerwirtschaftlichen, sozialen Zwecks. Danach hätte E vorliegend dann keinen Schaden erlitten, wenn die Zahlung der 20 € durch die Erreichung des sozialen Zwecks – kein Hungerleiden – kompensiert worden wäre. Da diese Kompensationsmöglichkeit aber tatsächlich gar nicht bestand, hat E einen Vermögensschaden erlitten.

(3) Kein Betrug bei Bewusstsein der Vermögensschädigung

Eine in der Literatur vertretene Auffassung plädiert wie die Zweckverfehlungslehre für das Erfordernis einer unbewussten Selbstschädigung. Im Gegensatz zur Zweckverfehlungslehre verneint diese Ansicht aber bereits das Vorliegen einer tatbestandsmäßigen Täuschung.²⁴ Nur eine Täuschung mit Vermögensbezug könne den Tatbestand des Betruges erfüllen. Eine Täuschung über den Vermögensverlust sei aber

¹⁹ Satzger, in: Satzger/Schmitt/Widmaier (Fn. 13), § 263 Rn. 138; Lackner/Kühl (Fn. 4), § 263 Rn. 36.

²⁰ Ein Vermögensschaden ist immer dann zu verneinen, wenn es sich um ein wirtschaftlich ausgeglichenes Geschäft handelt, vgl. BGH NJW 2006, 1679 (1681); Satzger (Fn. 19), § 263 Rn. 144. Daher wäre es verfehlt, bereits hier die Zweckverfehlungslehre anzusprechen, auch wenn T den E hier durch eine Täuschung zum Abschluss dieses Geschäftes motiviert hat. Insoweit handelt es sich letztlich um einen unbeachtlichen Motivirrtum des Vermögensinhabers, der lediglich seine Dispositionsfreiheit beeinträchtigt.

²¹ Küper (Fn. 11), S. 398; Tiedemann, in: Jähnke/Laufhütte/Odersky (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, 11. Aufl. 2005, Bd. 6, § 263 Rn. 182; vgl. auch Geppert, JK 94, StGB § 263/41.

²² RGSt 70, 255 (256); BGHSt 19, 37 (45); BayObLG NJW 1952, 798.

²³ Lackner/Kühl (Fn. 4), § 263 Rn. 55; Cramer/Perron, in: Schönke/Schröder (Fn. 4), § 263 Rn. 41.

²⁴ Mitsch, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2/1, 2. Aufl. 2003, § 7 Rn. 37; Arzt, in: Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf, Strafrecht, Besonderer Teil, 2. Aufl. 2009, § 20 Rn. 111.

unmöglich, wenn sich der Getäuschte letztlich der Vermögensschädigung bewusst sei. Unter Zugrundelegung dieser Ansicht mangelt es bereits an einer Täuschung mit Vermögensbezug, so dass der Tatbestand nicht erfüllt ist.

(4) Stellungnahme

Entgegen der Ansicht der Rechtsprechung kann auf das Erfordernis einer unbewussten Selbstschädigung im Rahmen des § 263 nicht verzichtet werden. Andernfalls könnte jeder Motivirrtum zum Betrug führen, mit der Folge, dass nicht nur das Vermögen des Verfügenden geschützt würde, sondern vielmehr jeder Angriff auf die Dispositionsfreiheit strafbegründende Wirkung hätte. § 263 schützt aber ausschließlich das Vermögen.

Die Zweckverfehlungslehre nimmt an, dass auch durch die Erreichung eines Zwecks eine Vermögensminderung ausgeglichen werden kann und ermöglicht damit, die individuellen Interessen des Verfügenden zu beachten. Der Unterschied zwischen dem objektiv-individuellen Schadensbegriff, der auch die persönliche Brauchbarkeit der Gegenleistung für das Opfer berücksichtigt, und der Zweckverfehlungslehre besteht also darin, dass beim Erstgenannten die Berücksichtigung des individuellen Bedürfnisses negativ bewertet wird und zum Schaden führt, bei Letzterem jedoch das Bedürfnis, einen bestimmten Zweck zu erreichen, positiv berücksichtigt wird, was zur Schadensfreiheit bei Zweckerfüllung, aber zum Schadenseintritt bei Zweckverfehlung führt. Wenn man jedoch das individuelle Bedürfnis negativ berücksichtigen darf, dann muss man es auch positiv berücksichtigen dürfen. Demnach ist die Zweckverfehlungslehre nur eine weitere Möglichkeit, die individuellen Bedürfnisse des Vermögensinhabers zu berücksichtigen. Mithin ist der Zweckverfehlungslehre zu folgen und damit ein Vermögensschaden zu bejahen.

2. Subjektiver Tatbestand

a) Vorsatz

T handelte in Kenntnis und mit Billigung aller objektiven Tatumstände, so dass Vorsatz gegeben ist.

b) Bereicherungsabsicht

Weiterhin müsste T mit Bereicherungsabsicht gehandelt haben.

aa) Vermögensvorteil

Dies setzt zunächst die Absicht voraus, einen Vermögensvorteil zu erlangen. Dieser ist gegeben, denn T bezweckte, mit Hilfe der gezahlten 20 € seine Vermögenslage aufzubessern.

bb) Stoffgleichheit

Überdies müsste zwischen dem Vermögensschaden und dem Vermögensvorteil Stoffgleichheit bestehen. Der erstrebte Vermögensvorteil muss dabei die Kehrseite des Schadens darstellen, d.h. er muss aus dem Vermögen des Geschädigten stammen und seinen Grund in der Vermögensverfügung des

Geschädigten haben.²⁵ Wie bereits dargelegt, besteht der Schaden, der im Rahmen der Zweckverfehlungslehre festgestellt worden ist, nicht in der Weggabe des Vermögensstücks als solchem, sondern in der Verfehlung des Zwecks, welcher die Aufwendung sinnlos macht. Dies könnte dazu führen, dass der Vermögensvorteil gerade nicht die Kehrseite des Schadens ist, weil dieser nicht in der Vermögensminderung als solcher besteht. Es ist aber ausreichend, wenn Schaden und Vermögensvorteil – wie im vorliegenden Fall – auf derselben Verfügung beruhen und der Vorteil zu Lasten des geschädigten Vermögens geht.²⁶ Stoffgleichheit ist daher anzunehmen.

c) Rechtswidrigkeit der beabsichtigten Bereicherung

Schließlich war die beabsichtigte Bereicherung rechtswidrig, worauf sich auch der Vorsatz des T bezog.

II. Rechtswidrigkeit und Schuld

Ferner handelte T rechtswidrig und schuldhaft.

III. Ergebnis

T hat sich eines Betruges gem. § 263 Abs. 1 zu Lasten des E schuldig gemacht.

3. Handlungsabschnitt: Das Geschehen im Media-Markt

A. Diebstahl gem. § 242 Abs. 1

T könnte sich eines Diebstahls nach § 242 Abs. 1 schuldig gemacht haben, indem er die CD in seinen Rucksack steckte.

I. Tatbestand

1. Objektiver Tatbestand

Dies setzt zunächst die Wegnahme einer fremden beweglichen Sache voraus.

a) Fremde bewegliche Sache

Bei der CD handelte es sich um eine fremde bewegliche Sache.

b) Wegnahme

Weiterhin müsste T diese weggenommen haben, indem er sie einsteckte. Wegnahme bedeutet Bruch fremden und Begründung neuen Gewahrsams.²⁷ Gewahrsam ist die tatsächliche Sachherrschaft einer natürlichen Person, die vom natürlichen Herrschaftswillen getragen ist und deren Reichweite von der Anschauung des täglichen Lebens bestimmt wird.²⁸ Der Herrschaftswille muss sich dabei nicht auf jede einzelne Sache konkretisieren. Ausreichend ist nach der Verkehrsanschauung vielmehr ein genereller Herrschaftswille bzw. anti-

²⁵ BGHSt 6, 115 (116); Fischer (Fn. 10), § 263 Rn. 108; Lackner/Kühl (Fn. 4), § 263 Rn. 59.

²⁶ Satzger (Fn. 19), § 263 Rn. 228; Wessels/Hillenkamp (Fn. 18), Rn. 585.

²⁷ Schramm, JuS 2008, 679 (680). Krit. Rotsch, GA 2008, 65.

²⁸ Kudlich (Fn. 14), § 242 Rn. 18; Lackner/Kühl (Fn. 4), § 242 Rn. 8a f.; Wessels/Hillenkamp (Fn. 18), Rn. 71.

zipierter Herrschaftswille, der sich auf sämtliche Gegenstände in einem räumlichen Bereich erstreckt.²⁹

Ursprünglicher Gewahrsamsinhaber war der Geschäftsinhaber des Supermarktes, da sich die CD in einem von ihm generell beherrschten Raum befand und er insoweit einen generellen Herrschaftswillen aufwies. In dem Moment, in dem T die CD in den Rucksack steckte, hat er neuen Gewahrsam begründet, weil er die Sachherrschaft derart erlangt hat, dass er sie ohne wesentliche Hindernisse ausüben kann. Darüber hinaus wird sie ihm nach der Anschauung des täglichen Lebens zugeordnet, da er die CD in seine Körpergewahrsamssphäre verbrachte, die innerhalb des vom Geschäftsführer generell-beherrschten Raums eine Gewahrsamsenklave bildet.³⁰

Fraglich ist allerdings, ob er damit eigenen Gewahrsam begründet hat. Dies könnte problematisch sein, weil er von L beobachtet wurde. Insoweit könnte man annehmen, dass noch kein tatsächliches Herrschaftsverhältnis hergestellt wurde, weil der Berechtigte die Sache jederzeit zurückverlangen kann und daher noch keine endgültige Rechtsgutsverletzung eingetreten ist. Gegen eine solche Annahme spricht allerdings, dass die „Rucksacksphäre“ nach sozialer Anschauung eindeutig dem Rucksackträger zugeordnet wird. Darüber hinaus ist der Diebstahl kein heimliches Delikt,³¹ d.h. Tatbestandsvoraussetzung ist nicht, dass dem Opfer die Gewahrsamsverschiebung verborgen bleiben muss. Aus den genannten Gründen hat T neuen Gewahrsam begründet, als er die CD in den Rucksack steckte.

Dabei erfolgte die Gewahrsamsverschiebung auch ohne Einverständnis des Geschäftsinhabers, so dass eine Wegnahme gegeben ist.³² Der Umstand, dass L gegebenenfalls mit Gewahrsamsverschiebung zum Zwecke der Beweisführung einverstanden gewesen wäre, ist dabei unbeachtlich. Denn dieses Einverständnis wäre nicht wirksam, da L nicht der Gewahrsamsinhaber und damit nicht berechtigt ist, der Gewahrsamsverschiebung zuzustimmen.

2. Subjektiver Tatbestand

a) Vorsatz

T handelte in Kenntnis aller objektiven Tatumstände und somit vorsätzlich.

b) Zueignungsabsicht

Darüber hinaus ist auch Zueignungsabsicht gegeben, da T mit bedingtem Vorsatz hinsichtlich einer dauernden Enteignung und mit Absicht mindestens vorübergehender Aneignung handelte.³³

²⁹ Eser (Fn. 4), § 242 Rn. 30.

³⁰ Vgl. Schmitz, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 3, 2003, § 242 Rn. 48; Rönnau, JuS 2009, 1088 (1089); Zopfs, ZJS 2009, 506 (510).

³¹ Jahn, JuS 2008, 1119 (1120); Wittig (Fn. 9), § 242 Rn. 25.

³² Zum Bezugsgegenstand des Einverständnisses differenzierend Rotsch, GA 2008, 65.

³³ Vgl. zum Zueignungsbegriff Kudlich (Fn. 13), § 242 Rn. 41 ff.

c) Rechtswidrigkeit der beabsichtigten Zueignung

Überdies war die beabsichtigte Zueignung rechtswidrig, da T keinen fälligen und einredefreien Anspruch auf die CD gehabt hat. Insoweit handelte T auch vorsätzlich.

II. Rechtswidrigkeit und Schuld

Schließlich war auch die Wegnahmehandlung rechtswidrig, und T handelte schuldhaft.

III. Ergebnis

T hat sich eines Diebstahls gem. § 242 Abs. 1 schuldig gemacht.

B. Räuberischer Diebstahl gem. § 252

Fraglich ist, ob T sich darüber hinaus eines räuberischen Diebstahls gem. § 252 schuldig gemacht hat, indem er L vor das Schienbein trat.

I. Tatbestand

1. Objektiver Tatbestand

a) Vortat

Eine taugliche Vortat in Form eines Diebstahls ist gegeben.

b) Einsatz eines qualifizierten Nötigungsmittels

Ferner müsste T ein qualifiziertes Nötigungsmittel eingesetzt haben. Vorliegend könnte er Gewalt angewendet haben. Zwar ist der strafrechtliche Gewaltbegriff umstritten.³⁴ Allerdings liegt nach einhelliger Ansicht Gewalt jedenfalls dann vor, wenn der Täter eine körperliche Kraftentfaltung vornimmt und das Opfer körperlich wirkenden Zwang spürt.³⁵ Der Tritt vor das Schienbein erfordert eine Kraftentfaltung des Täters und bewirkt beim Opfer L einen körperlich wirkenden Zwang. Ein qualifiziertes Nötigungsmittel in Form der Gewalt ist daher gegeben.

c) Bei einem Diebstahl betroffen

Weiterhin müsste A bei einem Diebstahl auf frischer Tat betroffen sein.

aa) Betroffen

Hier wurde T von L nicht nur als Person, sondern auch als Täter wahrgenommen, so dass sogar nach der engsten Ansicht das Merkmal „betroffen“ gegeben ist.³⁶

bb) Bei einem Diebstahl auf frischer Tat

Weiterhin müsste L den T bei einem Diebstahl auf frischer Tat betroffen haben. Einigkeit herrscht darüber, dass die „Tatfrische“ noch vorliegt, wenn ein enger raum-zeitlicher Zusammenhang zwischen vollendetem Diebstahl und dem Betroffenwerden des Täters besteht und die Vortat noch nicht

³⁴ Vgl. dazu Swoboda, JuS 2008, 862 f.

³⁵ Eser (Fn. 4), Vor §§ 234 ff. Rn. 6; Küper (Fn. 11), S. 171.

³⁶ Zum Merkmal des Betroffens bei § 252 vgl. ausführlich Schwarzer, ZJS 2008, 265 ff.

beendet ist.³⁷ Da T noch keinen gesicherten Gewahrsam an der CD begründet hat, war die Vortat – der Diebstahl – noch nicht beendet. Ferner befand sich T noch im Media-Markt und damit in einem engen raum-zeitlichen Zusammenhang zur Vortat. T war daher auf frischer Tat betroffen.

Abs. 1; § 252, 223 Abs. 1, 52 Abs. 1; § 53 Abs. 1 strafbar gemacht.

2. Subjektiver Tatbestand

a) Vorsatz

T handelte in Kenntnis und mit Billigung aller objektiven Tatumstände und damit vorsätzlich.

b) Beutesicherungsabsicht

Schließlich müsste er auch Beutesicherungsabsicht gehabt haben. Dies erfordert den zielgerichteten Willen des Täters, in fortbestehender Zueignungsabsicht zu verhindern, dass ihm der erlangte Gewahrsam zugunsten des Bestohlenen wieder entzogen wird.³⁸ T wollte die CD behalten und wirtschaftlich sinnvoll nutzen. Dass T zusätzlich „Scherereien“ mit der Polizei vermeiden wollte, steht der Annahme einer Beutesicherungsabsicht nicht entgegen. Die Beutesicherungsabsicht muss nicht der einzige Beweggrund für die Gewaltanwendung darstellen. Ein Motivbündel führt jedenfalls dann nicht zur Ablehnung der Beutesicherungsabsicht, wenn der Wille zur fortbestehenden Zueignungsabsicht – wie im vorliegenden Fall – nicht in den Hintergrund tritt.³⁹ Danach handelte T mit Beutesicherungsabsicht.

II. Rechtswidrigkeit und Schuld

Schließlich handelte T auch rechtswidrig und schuldhaft.

III. Ergebnis

T hat sich eines räuberischen Diebstahls nach § 252 schuldig gemacht.

C. Körperverletzung gem. § 223 Abs. 1

Indem T den L vor das Schienbein trat, hat er L rechtswidrig und schuldhaft körperlich misshandelt und sich somit einer Körperverletzung gem. § 223 Abs. 1 schuldig gemacht.⁴⁰

D. Konkurrenzen und Endergebnis

Der Diebstahl tritt im Wege der Subsidiarität hinter den räuberischen Diebstahl zurück. Die Körperverletzung konkurriert ideal mit dem räuberischen Diebstahl.

T hat sich daher in Tatmehrheit wegen Urkundenfälschung, Betrugs sowie räuberischen Diebstahls in Tateinheit mit Körperverletzung gem. §§ 267 Abs. 1 Var. 1; § 263

³⁷ Otto, JK 1988, StGB § 252/3; vgl. auch Geppert, Jura 1990, 554 (556) m.w.N. zur Rechtsprechung.

³⁸ Sander, in: Joecks/Miebach (Fn. 30), § 252 Rn. 15.

³⁹ BGH NStZ 2000, 530 (531); NStZ-RR 2005, 340 (341).

⁴⁰ Dem Sachverhalt sind keine Anhaltspunkte zu entnehmen, wonach der beschuhte Fuß des T die Voraussetzungen eines gefährlichen Werkzeuges i.S.d. § 224 Abs. 1 Nr. 2 erfüllen könnte.