

Examensklausur: Skate-by-night

Von Prof. Dr. Carsten Momsen, Diplom-Jurist Sebastian Laudien, Berlin*

Der Fall wurde im Januar 2014 als Examensklausur im Rahmen der ersten juristischen Staatsprüfung in Niedersachsen sowie im Sommersemester 2016 als Examensklausur im Universitätsrepetitorium der Freien Universität Berlin gestellt. Die Klausur ist ihrem Schwierigkeitsgrad nach als moderat einzustufen. Im Rahmen des Universitätsrepetitoriums ergab sich eine Durchfallquote i.H.v. 23 %. Dabei erzielten bei einer durchschnittlichen Punktzahl von 5,4 Punkten immerhin 11 Bearbeiter die Note „vollbefriedigend“ und besser.

Schwerpunkte setzt die Klausur im Bereich der Raubdelikte (§§ 249 ff. StGB) sowie im zweiten – wohl anspruchsvolleren – Teil, indem von den Bearbeitern eine saubere Auseinandersetzung mit der Systematik der Anschlussdelikte (§§ 257 ff. StGB), ihrem Verhältnis zum Tatbestand des Betruges (§ 263 StGB) und ausgewählten Problemen der Urkundendelikte (§§ 267 ff. StGB) gefordert war.

Sachverhalt

Amtsarzt A und Rechtsanwalt R sind begeisterte Inline-Skater und nach Dienstschluss Teilnehmer des sog. „skate-by-night“-Events. Beide tragen keinen Helm. Nachdem sie mehrere Kilometer voneinander unbemerkt im Hauptfeld nebeneinander gefahren sind, fallen beide erschöpfungsbedingt zurück. A hat, während er neben R fuhr, bemerkt, dass R sowohl ein Smartphone als auch einen (letzten) Energieriegel dabei hat. „Getarnt“ als erneuter Antritt zum Überholen, schließt A zu R auf, zieht diesem unbemerkt das Smartphone und den Energieriegel aus dessen Rucksack und setzt sich sodann vor R. A gelingt es anschließend sogar einen Vorsprung von mehreren Metern herauszufahren und nutzt diesen Moment, um den Energieriegel umgehend zu verspeisen. Als dann A – um sich von R zu lösen – auch noch unvermittelt die eigentliche Wegstrecke verlässt, überkommt den R – kurz bevor der Sichtkontakt abreißt – die „zweite Luft“. Er folgt dem A, da er glaubt, dass dieser eine Abkürzung kenne. A indessen bemerkt die Verfolgung durch R und glaubt seinerseits, dass dieser den wahren Hintergrund seines Überholmanövers erkannt hat. Hastig begibt er sich daher in eine dunkle Seitenstraße, wartet einen Moment und stellt dem ahnungslosen, sich aber mit sehr hoher Geschwindigkeit nähernden R in der Folge ein Bein, so dass dieser zu Boden geht und unglücklich auf den Hinterkopf fällt. Noch auf dem Weg ins Krankenhaus verstirbt R an seinen Sturzverletzungen.

* Prof. Dr. Carsten Momsen ist Inhaber des Lehrstuhls für Strafrecht, Strafverfahrensrecht und Wirtschaftsstraf- und Umweltstrafrecht an der Freien Universität Berlin. Diplom-Jurist Sebastian Laudien ist Wiss. Mitarbeiter am Lehrstuhl von Herrn Prof. Dr. Carsten Momsen. Die Verf. sind zudem Mitglieder der Forschungsstelle für Bank- und Kapitalmarktrecht sowie Kapitalmarktrecht an der Juristischen Fakultät der Leibniz Universität Hannover und der Freien Universität Berlin.

Am nächsten Morgen trifft sich A mit seinem Bekannten B im Gasthaus „Zum goldenen Broiler“. Noch bevor ihm B von dem kürzlichen Verlust seines alten Mobiltelefons berichten kann, setzt A den B von den Geschehnissen des Vortages in Kenntnis. Sowohl A als auch B erkennen die sich ihnen bietende Gelegenheit, wobei jeder nur seine eigenen Interessen verfolgt, und einigen sich umgehend auf den Verkauf des Smartphone. Im Rahmen der Preisfindung gelingt es A, dem B zudem einen höheren Kaufpreis dafür abzurufen, dass er ihm eine „Garantieerklärung des Herstellers“ für das Smartphone beizulegen bereit ist, von der A behauptet, dass sie noch ein Jahr Gültigkeit besitze und B diese im Schadensfall einfach nur gegenüber dem Hersteller des Smartphone geltend machen müsse. A verheimlicht dem B dabei jedoch, dass er selbst erst tags zuvor – eigens für einen eventuellen Weiterverkauf – eine solche, einer originalen zur Verwechslung ähnlichen Garantieerklärung angefertigt hat, indem er das betreffende Textdokument am PC erstellte, ausdrückte und mit einem vermeintlichen Herstellersiegel so versah, dass sie den originalen Herstellerdokumenten tatsächlich glich. B erkennt dies nicht und willigt in den höheren, über den für Vergleichsgeräte marktüblichen Kaufpreis ein. B nimmt daraufhin glücklich sein neues Ersatzgerät (einschließlich Garantieerklärung) in Empfang und übergibt dem A den Kaufpreis in bar.

A – beseelt von seinem verkäuferischen Geschick – gönnt sich von dem Geld prompt ein neues Paar Inline-Skates.

Bearbeitervermerk

Prüfen Sie die Strafbarkeit der Beteiligten nach dem StGB? Strafanträge – soweit erforderlich – gelten als gestellt. Straßenverkehrsdelikte sowie die §§ 142, 261 StGB sind nicht zu prüfen.

Lösungsvorschlag

Tatkomplex 1: Skate-by-night

I. Strafbarkeit des A gem. § 252 StGB (Räuberischer Diebstahl)

1. Objektiver Tatbestand

Das Smartphone sowie der Energieriegel sind für A fremde bewegliche Sachen im Sinne des § 242 Abs. 1 StGB.¹ Mit dem Zugriff auf das Smartphone sowie den Energieriegel hat A den – für ihn fremden – Gewahrsam des R gebrochen und neuen – in diesem Fall auch eigenen – Gewahrsam begründet² und mithin die fremden beweglichen Sachen weggenommen. Eine taugliche Vortat im Sinne von § 252 StGB ist gegeben.³

¹ Fischer, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 64. Aufl. 2017, § 242 Rn. 3 ff.

² Vgl. Fischer (Fn. 1), § 242 Rn. 10 m.w.N.

³ Vgl. Eser/Bosch, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 29. Aufl. 2014, § 252 Rn. 3.

Hinweis: Streng genommen hat die Annahme einer tauglichen Vortat vorbehaltlich einer Prüfung des subjektiven Tatbestandes zu erfolgen. Unter prüfungsökonomischen Gesichtspunkten bietet es sich an, diese und die weiteren subjektiven Voraussetzungen betreffend § 252 StGB unter 2. zusammen zu prüfen; nicht zuletzt auch deshalb, weil hier keine Probleme liegen.

A müsste entweder Gewalt gegen eine Person oder aber eine Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben angewendet haben (Einsatz eines qualifizierten Nötigungsmittels). Eine Drohung, d.h. ein Inaussichtstellen eines Übels, auf dessen Eintritt A Einfluss zu haben vorgibt,⁴ erfolgte nicht. A stellte dem R jedoch ein Bein und setzte ihn somit einer physischen Zwangswirkung aus. Eine Willensbildung oder -betätigung war dem R hierbei nicht möglich, sodass A vis absoluta; mithin Personengewalt im Sinne des § 252 StGB gegen R anwendete.⁵

Problematisch ist indes der Zeitpunkt der Anwendung des qualifizierten Nötigungsmittels. Unstrittig ist zunächst, dass dessen Einsatz jedenfalls nach Vollendung (des Diebstahls) erfolgen muss, andernfalls ist § 249 StGB zu prüfen.⁶

§ 252 StGB reicht damit grundsätzlich von der Vollendung der Vortat bis zu deren Beendigung.⁷ Eine tatbestandsmäßige Handlung auch noch nach Beendigung der Vortat ist somit nicht denkbar. A hat die fremden beweglichen Sachen des R weggenommen – damit § 242 Abs. 1 StGB zunächst vollendet⁸ – und konnte sich daraufhin mehrere Meter von R absetzen; und dies sogar in der Form, dass der Sichtkontakt gar abzureißen drohte.

[*Problemschwerpunkt 1.1*] Fraglich ist deshalb, ob hierin bereits eine Beendigung der Vortat zu sehen ist. Beendet ist der Diebstahl, wenn der Täter den Gewahrsam an der Beute nach den Umständen des Einzelfalls gefestigt und gesichert hat.⁹ Zwar mag A eine gewisse räumliche Distanz zwischen sich und den R gebracht haben, jedoch zeigt der weitere Verlauf des Geschehens, dass ungeachtet dessen keine derart große zeitlich-räumliche Nähe zwischen beiden bestand, dass es dem A bereits ein sicheres Verschaffen der Beute ermöglichte. Auch der bis zuletzt erhalten gebliebene Sichtkontakt spricht gegen eine Beutesicherung. Folglich ist davon auszugehen, dass eine Beutesicherung und somit eine Beendigung der Vortat grundsätzlich noch nicht eintrat.

[*Problemschwerpunkt 1.2*] Aber auch im Hinblick auf die einzelnen Tatobjekte bedarf es einer Differenzierung. Im Gegensatz zum Smartphone liegt es im Fall des Energie-

riegels nämlich insoweit anders, als mit seinem umgehenden Verzehr eine Wiedererlangung des Gewahrsams unmöglich wurde, damit also bereits eine Beutesicherung im weiten Sinne erfolgte, die dann auch insoweit eine Beendigung der Vortat begründet. Eine weitere Gewaltanwendung zur Beutesicherung ist in Bezug auf den Energieriegel damit nicht denkbar.¹⁰

Hinweis: Hier sollte seitens der Bearbeiter/-innen ein gewisser argumentativer Aufwand betrieben werden. Eine intensive Auseinandersetzung mit dem Sachverhalt sollte dann auch die genannte Differenzierung zeigen. Insofern eine umfassende Annahme der Beendigung der Vortat erfolgt, die bei entsprechender Darstellung nicht gänzlich abwegig erscheint, ist die Prüfung bereits an dieser Stelle mit §§ 242 Abs. 1 StGB; 223 Abs. 1, 227 Abs. 1; 240 Abs. 1; 52 Abs. 1 StGB fortzusetzen.

Das der weiteren zeitlichen und örtlichen Tatbestandsbeschränkung dienende Merkmal der Tatbetroffenheit erfüllt, wer in engem zeitlich-räumlich Zusammenhang – damit auf frischer Tat –, d.h. alsbald nach Tatausführung, in Tatortnähe wahrgenommen – also be- bzw. angetroffen – wird.¹¹

Angesichts des engen zeitlichen wie örtlichen Zusammentreffens von Vortat und anschließendem Einsatz des qualifizierten Nötigungsmittels ist von der Frische der Tat auszugehen.

[*Problemschwerpunkt 2*] Die konkreten Anforderungen an die Tatbetroffenheit sind indes umstritten. Betroffen ist der Täter grundsätzlich dann, wenn er durch sinnliche Wahrnehmung (Sehen, Hören u.a.) bemerkt worden ist.¹² Vereinzelt wird hierzu gefordert, dass der Täter tatsächlich durch das Opfer oder einen Dritten in Tatortnähe wahrgenommen wird.¹³ Weit weniger fordert demgegenüber die h.M., die ein Betroffener bereits bejaht, wenn der Täter nicht tatsächlich wahrgenommen wird, jedoch seiner Entdeckung dadurch zuvorkommt, dass er sogleich auf den Einsatz des qualifizierten Nötigungsmittels zurückgreift¹⁴ oder aber sich jedenfalls für entdeckt hält;¹⁵ mithin gilt bereits ein (subjektives) Betroffen-Sein aus Sicht des Täters als hinreichend.¹⁶ A wurde zu kei-

⁴ Joecks, Strafgesetzbuch, Studienkommentar, 11. Aufl. 2014, § 249 Rn. 12.

⁵ Vgl. Joecks (Fn. 4), § 249 Rn. 16 f.

⁶ Joecks (Fn. 4), § 252 Rn. 3.

⁷ Fischer (Fn. 1), § 252 Rn. 4 m.w.N.; Eser/Bosch (Fn. 3), § 252 Rn. 3 m.w.N.

⁸ BGH, Beschl. v. 6.10.1961 – 2 StR 289/61 = BGHSt 16, 272; Fischer (Fn. 1), § 242 Rn. 53.

⁹ BGH, Urte. v. 23.4.1953 – 4 StR 743/52 = BGHSt 4, 133; BGH, Beschl. v. 1.10.2007 – 3 StR 384/07 = NStZ 2008, 152; Fischer (Fn. 1), § 242 Rn. 54.

¹⁰ Eser/Bosch (Fn. 3), § 252 Rn. 3; Fischer (Fn. 1), § 242 Rn. 54; a.A. LG Freiburg, Urte. v. 29.6.2005 – 7 NS 330 Js 5488/04 = ZIS 2006, 40 (m. Anm. Marlie).

¹¹ BGH, Urte. v. 8.6.1956 – 2 StR 206/56 = BGHSt 9, 257; Fischer (Fn. 1), § 252 Rn. 5 f.; Eser/Bosch (Fn. 3), § 252 Rn. 4.

¹² BGHSt 9, 257.

¹³ Joecks (Fn. 4), § 252 Rn. 7; krit. auch Sander, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 4, 2. Aufl. 2012, § 252 Rn. 11.

¹⁴ BGH, Urte. v. 27.2.1975 – 4 StR 310/74 = BGHSt, 26, 95; BGH, Urte. v. 13.12.1978 – 3 StR 381/78 = BGHSt 28, 224; Geppert, Jura 1990, 556; vgl. auch Fischer (Fn. 1), § 252 Rn. 6.

¹⁵ BGH, Beschl. v. 11.12.1986 – 4 StR 676/86 = StV 87, 196; Eser/Bosch (Fn. 3), § 252 Rn. 4 m.w.N.

¹⁶ Fischer (Fn. 1), § 252 Rn. 6.

nem Zeitpunkt, weder durch R noch durch einen Dritten tatsächlich als Täter wahrgenommen, er sah sich aber nach Verlassen der eigentlichen Wegstrecke und dem Folgen durch R subjektiv als Täter erkannt. Auch ließe sich argumentieren, dass A mit dem Stellen des Beines unter Gewaltanwendung einer tatsächlichen Entdeckung zuvorkam, so dass er nach h.M. als tatbetroffen gilt. Vorliegend wird der h.M. gefolgt, da andernfalls – kriminalpolitisch bedenklich – keine Erfassung als Vollendungsdelikt möglich ist, sondern allenfalls eine Versuchsprüfung bliebe.

Hinweis: Soweit mit entsprechender Argumentation der Mindermeinung und damit einer rein objektiven Bestimmung des Tatbestandsmerkmals der Tatbetroffenheit gefolgt wird, ist im Weiteren eine Versuchsprüfung vorzunehmen. Denkbares Argument gegen die h.M. ist, dass eine subjektive Bestimmung der Tatbetroffenheit dem Wortlaut widerspreche und mithin ein Verstoß gegen Art. 103 Abs. 2 GG bestünde.

2. Subjektiver Tatbestand

Der Vorsatz bezüglich des objektiven Tatbestands sowie die Zueignungsabsicht (Aneignungsabsicht, Enteignungsvorsatz, Rechtswidrigkeit der Zueignung und Vorsatz bezüglich rechtswidriger Zueignung) sind gegeben: A wollte sich im Besitz des Smartphones halten und handelte diesbezüglich mit *dolus directus* 1. Grades (Beutesicherungsabsicht).

3. Rechtswidrigkeit/Schuld

A handelte rechtswidrig und schuldhaft.

Hinweis: An dieser Stelle ist allein mit dem Behauptungsstil (Urteilsstil) zu operieren, mithin verbietet sich eine gutachterliche Darstellung des Prüfungspunktes.¹⁷ Weder die Rechtswidrigkeits- noch die Schuldenebene werfen Probleme auf. Ein floskelhafter Verweis auf das „Nichtvorliegen von Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründen“ ist nicht zielführend.

4. Ergebnis

A hat sich in Bezug auf das Smartphone gem. § 252 StGB strafbar gemacht.

II. Strafbarkeit des A gem. §§ 252, 251 StGB

1. Zur Anwendbarkeit von § 251 StGB

Wer sich nach § 252 StGB strafbar macht, ist gleich einem Räuber zu bestrafen; mithin sind auch §§ 250, 251 StGB anwendbar.¹⁸

¹⁷ Instrukтив zur Wahl des (jeweils) sachangemessenen Stils in der (Klausur-)Bearbeitung *Lagodny/Mansdörfer/Putzke*, ZJS 2014, 157 (159).

¹⁸ *Eser/Bosch* (Fn. 3), § 252 Rn. 12; *Joecks* (Fn. 4), § 252 Rn. 13.

2. Tatbestand

a) Grunddelikt: § 252 StGB

Siehe oben unter I.

b) Erfolgsqualifikation

R verstarb noch auf dem Weg ins Krankenhaus. Damit kam ein anderer im Sinne von § 251 StGB zu Tode. Das Zufallbringen durch A war äquivalent kausal für den Tod des R.

[*Problemschwerpunkt 3*] Gleichermaßen muss sich A den Tod des R objektiv zurechnen lassen; zwar war R unbehelmt unterwegs, dies kann jedoch – unabhängig von einer ohnehin nicht bestehenden Helmpflicht (vgl. dazu § 21a Abs. 2 StVO) – nicht darüber hinweg helfen, dass A mit dem Stellen eines Beines eine rechtlich missbilligte Gefahr geschaffen hat, die sich in dem konkreten Sturz – hier Sturz auf den Hinterkopf – verwirklichte und letztlich auch den Tod des R hervorrief.

Hinweis: In diesem Zusammenhang könnte auch das Stichwort der eigenverantwortlichen Selbstgefährdung genannt werden. Aber auch dieses Institut vermag nicht über die überragende Bedeutung des Handelns des A hinweg zu helfen. Alternativ kann die vorstehend genannte Darstellung auch im Rahmen der Prüfung des gefahrsspezifischen Zusammenhangs erfolgen.

c) Spezifischer Zusammenhang zwischen Grunddelikt und schwerer Folge

Der Todeseintritt ist konkret auf die durch den Sturz – und damit auf die infolge der Anwendung des qualifizierten Nötigungsmittels – erlittenen Verletzungen zurückzuführen; somit bestand ein gefahrsspezifischer Zusammenhang zwischen Grunddelikt und schwerer Folge.¹⁹

d) Leichtfertigkeit in Bezug auf die Todesfolge

Leichtfertig meint grobe Fahrlässigkeit,²⁰ also ein Außerachtlassen der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt in besonders großem Maße.²¹ Ein Täter handelt danach leichtfertig, wenn er die sich ihm aufdrängende Möglichkeit eines tödlichen Verlaufs aus besonderem Leichtsinn oder besonderer Gleichgültigkeit außer Acht lässt.²² A stellte dem sich erkennbar ohne Helm und mit hoher Geschwindigkeit nähernden R ein Bein und brachte ihn dergestalt zu Boden. Dieses höchst leichtsinnige Vorgehen, eine Person in voller Fahrt zu Fall zu bringen, zeugt von einer geradezu gleichgültigen Einstellung hinsichtlich einer denkbaren Todesverursachung; mithin handelte A leichtfertig.

¹⁹ Vgl. BGH, Urt. v. 18.9.1985 – 2 StR 378/85 = NStZ 1986, 116; *Joecks* (Fn. 4), § 251 Rn. 2 f.

²⁰ *Wessels/Hillenkamp*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 39. Aufl. 2016, Rn. 389; so auch OLG Nürnberg, Beschl. v. 4.9.1986 – Ws 696/86 = NStZ 1986, 556.

²¹ *Joecks* (Fn. 4), § 251 Rn. 7 f.

²² *Wittig*, in: v. Heintschel-Heinegg (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar, Strafgesetzbuch, Stand: Dezember 2016, § 251 Rn. 5.

Hinweis: Eine Annahme vorsätzlichen Herbeiführens der schweren Folge liegt hier fern. Andernfalls wären überdies Tötungsdelikte zu prüfen.

e) Rechtswidrigkeit/Schuld/Ergebnis

Subjektiv vorhersehbar war für A sowohl die schwere Folge als auch der gefahrspezifische Zusammenhang; mithin ist in dem Verhalten des A auch eine subjektive Sorgfaltspflichtverletzung zu sehen. A handelte rechtswidrig und schuldhaft. A hat sich gem. §§ 252, 251 StGB strafbar gemacht.

III. Strafbarkeit des A gem. § 242 Abs. 1 StGB

In Bezug auf den Energieriegel hat sich A gem. § 242 Abs. 1 StGB strafbar gemacht (siehe oben unter I.). Insoweit § 252 StGB hinsichtlich des Smartphone bejaht wurde, tritt § 242 Abs. 1 StGB diesbezüglich hinter § 252 StGB subsidiär zurück.

IV. Strafbarkeit des A gem. §§ 223 Abs. 1, 227 Abs. 1 StGB

Eine Strafbarkeit nach §§ 223 Abs. 1, 227 Abs. 1 StGB tritt subsidiär hinter §§ 252, 251 StGB zurück.²³

Hinweis: Eine Strafbarkeit des A nach § 340 Abs. 1, 3 StGB scheidet – ungeachtet seiner Eigenschaft als Amtsarzt (§ 11 I Nr. 2c StGB)²⁴ – freilich aus, da A erst nach Dienstschluss unterwegs war; mithin fehlt es bereits an einem hinreichenden Dienstbezug.²⁵

V. Strafbarkeit des A gem. § 222 StGB

Auch die mitverwirklichte fahrlässige Tötung tritt in Gesetzeskonkurrenz hinter §§ 252, 251 StGB zurück.²⁶

VI. Strafbarkeit des A gem. § 240 Abs. 1 StGB

Eine Strafbarkeit gem. § 240 Abs. 1 StGB bezüglich des Smartphone tritt – entsprechend der Prüfung von § 242 Abs. 1 StGB – subsidiär hinter § 252 StGB zurück. Hinsichtlich des Energieriegels stellt sich die Frage einer Strafbarkeit nach § 240 Abs. 1 StGB nicht, da infolge des Verzehrs jedenfalls nicht länger ein Nötigungserfolg in Gestalt der Duldung der Beutesicherung möglich war.

VII. Strafbarkeit des A gem. § 303 Abs. 1 StGB

Mit dem Verzehr des Energieriegels erfolgt tateinheitlich zu § 242 Abs. 1 StGB²⁷ auch eine Substanzbeschädigung im

Sinne des § 303 Abs. 1 StGB. Es kann hier diskutiert werden, ob in dem bestimmungsgemäßen Gebrauch des Nahrungsmittels entgegen dem Willen des Eigentümers der Sache eine Beschädigung liegen kann.²⁸ Zu problematisieren wäre an dieser Stelle die Frage der Schutzrichtung des Tatbestandes.

Hinweis: Alternativ zur Annahme von Tateinheit zwischen § 303 Abs. 1 und § 242 Abs. 1 StGB kommt auch eine tatmehrheitliche Verwirklichung mit der Folge einer Konsumtion qua mitbestrafter Nachtat in Betracht.

Im ersten Tatkomplex hat sich A gem. §§ 242 Abs. 1; 252, 251; 303 Abs. 1; 52 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

Hinweis: Entsprechend des Bearbeitervermerks verbietet sich eine Prüfung von Straßenverkehrsdelikten. Denkbare Probleme hätten hier aber sein können, ob und inwieweit die Nutzung von Inline-Skates im Rahmen einer Sportveranstaltung vom Anwendungsbereich dieser Delikte erfasst sind.²⁹

Tatkomplex 2: Weitergabe und Weiterveräußerung des Smartphone

I. Strafbarkeit des B gem. § 257 Abs. 1 StGB (durch Ankauf und Entgegennahme des Smartphone)

1. Tatbestand

a) *Rechtswidrige Vortat eines anderen:* §§ 252, 251 bzw. § 242 Abs. 1 StGB des A

b) *Hilfe leisten*

Hilfe leistet, wer eine Handlung vornimmt, die objektiv geeignet ist und subjektiv mit der Tendenz vorgenommen wird (Vorteilssicherungsabsicht), die durch die Vortat erlangten oder entstandenen Vorteile gegen Entziehung zu sichern.³⁰

Nach dem Verkauf übergab A das Smartphone an den B. In der Übergabe des Smartphone ist eine geeignete Handlung zu sehen, aufgrund der eine Perpetuierung der rechtswidrigen Vermögensverhältnisse erfolgte und mithin eine Entziehung des durch die Vortat erlangten oder entstandenen Vorteils verhindert oder jedenfalls erschwert wurde.

c) *Subjektiver Tatbestand*

aa) *Vorsatz*

Der Täter muss nicht den genauen Tatablauf, zumindest jedoch die Art der Vortat kennen.³¹ A unterrichtete B von seinem Vorgehen am Vortag, sodass dieser hinreichend in Kenntnis der Vortat war. B musste deshalb wissen, dass seine Handlung objektiv geeignet ist, einer möglichen Entziehung

²³ BGH, Urt. v. 23.3.2000 – 4 StR 650/99 = BGHSt 46, 24; Fischer (Fn. 1), § 252 Rn. 12.

²⁴ Vgl. dazu Geis, wistra 2007, 361 (364 f.); aktueller Überblick zur korruptionsstrafrechtlichen Typizität des ärztlichen Tätigwerdens: Momsen/Laudien, in: v. Heintschel-Heinegg (Fn. 22), § 299a Rn. 1 ff.

²⁵ Siehe dazu nur Eschelbach, in: v. Heintschel-Heinegg (Fn. 22), § 340 Rn. 17.

²⁶ Fischer (Fn. 1), § 251 Rn. 12.

²⁷ Fischer (Fn. 1), § 303 Rn. 23.

²⁸ Saliger, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 3. Aufl. 2017, § 303 Rn. 4.

²⁹ Dazu exemplarisch Pegel, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 5, 2. Aufl. 2014, § 315b Rn. 5; Fischer (Fn. 1), § 257 Rn. 9 f.

³⁰ Fischer (Fn. 1), § 257 Rn. 7 m.w.N.

³¹ Joecks (Fn. 4), § 257 Rn. 13; vgl. auch OLG Hamburg, Urt. v. 22.4.1953 – Ss 44/53 = NJW 1953, 1155.

entgegen zu wirken; mithin leistete B zumindest mit *dolus eventualis* Hilfe.

bb) Vorteilssicherungsabsicht

Das Hilfeleisten muss zumindest auch mit der Intention vorgenommen werden, dem Vortäter die Vorteile der Vortat sichern zu wollen;³² damit also nicht einziger Handlungszweck sein.³³ A und B verfolgten jedoch ausschließlich ihre eigenen Interessen. B kam es damit nicht auf eine Vorteilssicherung zugunsten des A, sondern allein auf den Erwerb des Smartphone an.

II. Strafbarkeit des B gem. § 259 Abs. 1 StGB (durch Ankauf und Entgegennahme des Smartphone)

1. Tatbestand

a) Taugliches Tatobjekt

Taugliches Tatobjekt ist eine Sache, die ein anderer aus einer gegen fremdes Vermögen gerichteten Vortat rechtswidrig erlangt hat. Das war hier das Smartphone aus der strafbaren Handlung des A gem. §§ 252, 251 StGB respektive § 242 Abs. 1 StGB (siehe oben unter Tatkomplex 1).

b) Taugliche Tathandlung

Mit dem Ankauf des Smartphone hat B eine der gesetzlich genannten Tatbestandshandlungen im Sinne des § 259 Abs. 1 StGB verwirklicht.³⁴

c) Subjektiver Tatbestand

aa) Vorsatz bezüglich des objektiven Tatbestandes

B handelte jedenfalls mit *dolus eventualis*. Insbesondere wusste B um die Herkunft des Smartphone (siehe oben unter I.) und auch darum, dass der Ankauf zu einer Perpetuierung der rechtswidrigen Vermögenslage führt.³⁵

bb) Bereicherungsabsicht

Sein altes Mobiltelefon hatte B kürzlich verloren und suchte nach einem Ersatzgerät. Dieses Ersatzgerät fand er in dem Smartphone. B kam es damit – und das, obwohl er die rechtswidrige Herkunft des Gerätes kannte – gerade auf das Erlangen des Smartphone an. Mithin handelte er dabei mit *dolus directus* 1. Grades, d.h. mit Bereicherungsabsicht (Absicht zur Bereicherung,³⁶ Stoffgleichheit, Rechtswidrigkeit der Bereicherung, Vorsatz bezüglich der rechtswidrigen Bereicherung).³⁷

2. Rechtswidrigkeit/Schuld/Ergebnis

B handelte rechtswidrig und schuldhaft. Er hat sich gem. § 259 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

III. Strafbarkeit des B gem. § 246 Abs. 1 StGB (durch Ankauf und Entgegennahme des Smartphone)

Mit der Entgegennahme des Smartphone verwirklicht B auch den Tatbestand des § 246 Abs. 1 StGB. Die Unterschlagung tritt aber im Rahmen der formellen Subsidiarität hinter § 259 Abs. 1 StGB zurück.³⁸

IV. Strafbarkeit des A gem. § 259 Abs. 1 StGB (durch Verkauf und Weitergabe des Smartphone)

Eine Strafbarkeit scheidet aus, da A bereits Vortäter der gegen fremdes Vermögen gerichteten rechtswidrigen Vortat; mithin nicht „anderer“ im Sinne des § 259 Abs. 1 StGB ist.

V. Strafbarkeit des A gem. § 246 Abs. 1 StGB (durch Weitergabe des Smartphone)

Die auch von A mit der Übergabe des Smartphone verwirklichte Unterschlagung tritt subsidiär zurück; hier jedoch, weil § 246 Abs. 1 StGB – entsprechend der von der h.M. vertretenen Konkurrenzlösung – als mitbestrafte Nachtat zu §§ 252, 251 bzw. § 242 Abs. 1 StGB zurücktritt.³⁹

Hinweis: Schadloß ließe sich auch ein tatbestandlicher Ausschluss entsprechend der Tatbestandlösung argumentieren.

VI. Strafbarkeit des A gem. § 267 Abs. 1 StGB (durch Erstellung und Gebrauchen der unechten Garantieerklärung)

1. Tatbestand

a) Urkunde/unecht/herstellen/gebrauchen

Die Garantieerklärung ist eine verkörperte Gedankenerklärung, die zum Beweis im Rechtsverkehr bestimmt und geeignet ist, und ihren Aussteller erkennen lässt;⁴⁰ mithin ist sie Urkunde im Sinne des § 267 Abs. 1 StGB.

Mit ihrem originalen Erscheinungsbild ist die von A angefertigte „Garantieerklärung des Herstellers“ sowohl objektiv beweisfähig (Beweiseignung) als auch von vornherein dazu bestimmt, eine rechtserhebliche Äußerung des (vermeintlichen) Ausstellers zu verkörpern (Beweisbestimmung).⁴¹

Angesichts des Abweichens von scheinbarem Aussteller und tatsächlichem Aussteller ist die vermeintliche Garantieerklärung eine unechte (Privat-)Urkunde. Ob es sich insoweit bereits hinsichtlich ihrer einzelnen Bestandteile um Einzelurkunden handelt⁴² – wohl eher nicht – oder ob aufgrund

³² Fischer (Fn. 1), § 257 Rn. 10.

³³ Vgl. BGH, Beschl. v. 31.7.1992 – 2 StR 259/92 = NStZ 1992, 540.

³⁴ Joecks (Fn. 4), § 259 Rn. 25.

³⁵ Ruhmannseder, in: v. Heintschel-Heinegg (Fn. 22), § 259 Rn. 40 f.

³⁶ Vgl. Joecks (Fn. 4), § 263 Rn. 168.

³⁷ Fischer (Fn. 1), § 259 Rn. 23 ff.; Joecks (Fn. 4), § 259 Rn. 40.

³⁸ Joecks (Fn. 4), § 259 Rn. 47.

³⁹ Zur Frage der doppelten Zueignung Fischer (Fn. 1), § 246 Rn. 14 f.; Joecks (Fn. 4), § 246 Rn. 31 ff.

⁴⁰ Eser/Heine/Schuster, in: Schönke/Schröder (Fn. 3), § 267 Rn. 2.

⁴¹ Vgl. Fischer (Fn. 1), § 267 Rn. 13 f.

⁴² Vgl. bspw. Eser/Heine/Schuster (Fn. 40), § 267 Rn. 25.

ihres originalen Erscheinungsbilds die Grundsätze über Fotokopien⁴³ auf die dergestalt angefertigte Collage anzuwenden sind, kann dahinstehen, da es sich jedenfalls um eine sog. zusammengesetzte Urkunde handelt.⁴⁴

Hinweis: Entscheidend war hier allein eine saubere Auseinandersetzung mit dem Urkundenbegriff.

Mit ihrer Erstellung und Einführung in die Verkaufsverhandlungen als unechte Urkunde wurde die Garantieerklärung sowohl hergestellt (Alt. 1) als auch gebraucht (Alt. 3) im Sinne des § 267 Abs. 1 StGB.

b) Subjektiver Tatbestand

A handelte vorsätzlich in Bezug auf den objektiven Tatbestand. Zudem handelte A mit der Absicht die Garantieerklärung zur Täuschung im Rechtsverkehr zu gebrauchen.

2. Rechtswidrigkeit/Schuld/Ergebnis

A handelte rechtswidrig und schuldhaft. Er hat sich gem. § 267 Abs. 1 Alt. 1 und Alt. 3 StGB strafbar gemacht.

VII. Strafbarkeit des A gem. § 263 Abs. 1 StGB (durch Vorgabe des Bestehens einer echten Garantieerklärung)

A könnte sich mit der Vorgabe, dass die in die Verhandlung eingebrachte Garantieerklärung bestünde, gegenüber und zu Lasten des B gem. § 263 Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben.

1. Tatbestand

a) Täuschen über Tatsachen

Täuschen ist jedes Verhalten, bei dem im Wege der Einwirkung auf das intellektuelle Vorstellungsbild eines anderen eine Fehlvorstellung über Tatsachen hervorgerufen werden kann.⁴⁵ A gab dem B wahrheitswidrig vor, dass zu dem Smartphone eine Garantieerklärung bestünde; mithin wirkte A insoweit auch auf das Vorstellungsbild des B ein.

Fraglich ist aber, ob damit eine Täuschung über Tatsachen erfolgte. Tatsachen bilden gegenwärtige oder vergangene Verhältnisse, Zustände oder Geschehnisse, die dem Beweis zugänglich sind.⁴⁶ A erklärte sich bereit, dem B gegen Zahlung eines höheren Kaufpreises eine Garantieerklärung beizulegen, die dieser im Schadensfall in Gestalt einer Herstellergarantie geltend machen könne.

[Problemschwerpunkt 4] Grundsätzlich bildet dies Anknüpfungspunkte für zwei denkbare Täuschungshandlungen; zum einen in Bezug auf das tatsächliche Bestehen eines Anspruchs im Garantiefall und andererseits hinsichtlich der Echtheit der Garantieerklärung. D.h. mit einer Handlung könnte über gleich mehrere Tatsachen getäuscht worden sein.

⁴³ Eser/Heine/Schuster (Fn. 40), § 267 Rn. 42 ff.

⁴⁴ Eser/Heine/Schuster (Fn. 40), § 267 Rn. 36a.

⁴⁵ Perron, in: Schönke/Schröder (Fn. 3), § 263 Rn. 6.

⁴⁶ Fischer (Fn. 1), § 263 Rn. 6.

aa) Täuschung über das Bestehen eines Anspruchs im Garantiefall (Täuschung über die rechtliche Qualität der Garantieerklärung)

Hier muss deutlich werden, dass die Täuschungshandlung, also die Aussage, dass B im Schadensfall die vermeintliche Garantieerklärung gegenüber dem Hersteller geltend machen könne, lediglich eine Beurteilung der Rechtslage bildet und mithin (bloße) Rechtsausführungen umfasst, die gerade keine Tatsachenerklärung im Sinne des § 263 StGB darstellen.⁴⁷

Hinweis: Anders verhält es sich bei einem Täuschen über anspruchsbegründende Tatsachen. Da dem B aber bekannt war, dass das Smartphone aus einer strafbaren Handlung stammt, konnte er nicht länger über anspruchsbegründende, d.h. über den vermeintlichen Garantieanspruch begründende Tatsachen getäuscht werden.⁴⁸ Auch die Unkenntnis über die Schädlichkeit des Herrührens aus einer strafbaren Handlung für den zivilrechtlichen Garantieanspruch bildet nur einen unbeachtlichen Motivirrtum, da sie nur eine Fehlvorstellung über die Rechtslage begründet.

bb) Täuschung über die Echtheit der Garantieerklärung (Täuschung über die tatsächliche Qualität der Garantieerklärung)

Dem Beweis ist zugänglich, dass die Garantieerklärung keine echte Urkunde ist. Mithin besteht eine Täuschung in Bezug auf die Echtheit der Garantieerklärung.

b) Irrtum und Vermögensverfügung

Irrtum ist jedes Auseinanderfallen von Vorstellung und Wirklichkeit.⁴⁹ B glaubte täuschungsbedingt an die Echtheit der Garantieerklärung.

Eine Vermögensverfügung ist jedes Tun, Dulden oder Unterlassen, das sich unmittelbar vermögensmindernd auswirkt. In dem Glauben, dass die ihm gezeigte Garantieerklärung echt sei, verfügte er insoweit irrtumsbedingt vermögensmindernd, als er einen höheren Kaufpreis akzeptierte und zahlte.

⁴⁷ Fischer (Fn. 1), § 263 Rn. 11 m.w.N.

⁴⁸ Vgl. Fischer (Fn. 1), § 263 Rn. 11; Näher zum zivilrechtlichen Entstehen eines Anspruchs aus Herstellergarantie siehe Westermann, in: Säcker/Rixecker/Oetker/Limberg (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 7. Aufl. 2016, § 443 Rn. 7 m.w.N., danach gibt ein Hersteller mit dem Beilegen einer Garantieerklärung ein Angebot ab, bei deren Annahme durch den Käufer auf den Zugang der Annahmeerklärung gegenüber dem Hersteller gem. § 151 BGB verzichtet wird. Typischerweise wird der Hersteller nur bereit sein, Garantieverpflichtungen gegenüber demjenigen einzugehen, der den Besitz rechtmäßig erlangt hat.

⁴⁹ Perron (Fn. 45), § 263 Rn. 33.

c) Vermögensschaden

Die Feststellung eines Vermögensschadens erfolgt im Wege der Gesamtsaldierung der Vermögenslage vor und nach der Verfügung (juristisch-ökonomischer Vermögensbegriff).

B zahlte in Ansehung der Garantieerklärung einen höheren Kaufpreis. Der entsprechende Differenzbetrag gegenüber einem Ankauf ohne Garantieerklärung bildet den durch B erlittenen Vermögensschaden, da dieser mit Zahlung des Betrages kein werthaltiges Äquivalent erhielt; denn statt der ihm versprochenen echten erhielt B von A nur eine unechte, wertlose Urkunde.

Hinweis: A und B einigten sich ausweislich des Sachverhalts angesichts der beigelegten Garantieerklärung auf einen Kaufpreisaufschlag; mithin überstieg der (Gesamt-) Kaufpreis den objektiven Wert des Smartphone. Insoweit liegt kein Fall des sog. unechten Erfüllungsbetruges vor.⁵⁰ Im Übrigen bemisst sich die Werthaltigkeit des Äquivalents nicht objektiv, also nicht danach, dass die vermeintliche Garantieerklärung im Schadensfall keinen zivilrechtlichen Anspruch zu begründen vermochte, sondern allein danach, dass B entgegen der Versprechung des A keine echte Garantieerklärung erhielt. Strafrechtlich irrelevant ist in diesem Zusammenhang (damit) auch, dass ein hypothetischer Kausalverlauf denkbar wäre, wonach selbst eine echte Garantieerklärung kein werthaltiges Äquivalent gebildet hätte, da die Herstellergarantie regelmäßig nur durch denjenigen geltend gemacht werden kann, der die Sache rechtmäßig erlangt hat. Allein entscheidend ist die gezeigte Kausalität zwischen Täuschungshandlung, täuschungsbedingtem Irrtum und irrumsbedingter Vermögensverfügung.

d) Subjektiver Tatbestand

A hatte Vorsatz bezüglich des objektiven Tatbestands und handelte mit Bereicherungsabsicht (Absicht der Bereicherung, Rechtswidrigkeit der angestrebten Bereicherung, Stoffgleichheit).

2. Rechtswidrigkeit/Schuld

A handelte rechtswidrig und schuldhaft. Er hat sich gem. § 263 Abs. 1 StGB gegenüber und zulasten des B insoweit strafbar gemacht, als er ihm das Smartphone statt mit einer echten nur mit einer unechten Garantieerklärung verkaufte.

Im zweiten Tatkomplex hat sich B gem. § 259 Abs. 1 StGB strafbar gemacht. A hat sich gem. §§ 263 Abs. 1; 267 Abs. 1 Alt. 3; 52 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

Hinweis: Dies setzt voraus, dass das Herstellen einer unechten Urkunde als mitbestrafte Vortat des späteren Gebrauchs zurücktritt. A.A. vertretbar; dann kann jedoch auch eine unter strafzumessungsrechtlichen Gesichtspunkten für A ungünstigere tatmehrheitliche Begehung (vgl. § 53 Abs. 1 StGB) in Frage kommen.

⁵⁰ Näher dazu *Hefendehl*, in: Joecks/Miebach (Fn. 29), § 263 Rn. 554 ff.

Tatkomplex 3: Kauf des neuen Paar Inline-Skates

I. Strafbarkeit des A gem. § 259 Abs. 1 StGB (durch Kauf des neuen Paar Inline-Skates)

Denkbares (taugliches) Tatobjekt ist der Verkaufserlös in bar; in concreto die für das Smartphone von B erhaltenen Banknoten.

Fraglich ist, ob A auch hier tatbestandsausschließender Vortäter ist. Insoweit dies den Mehrerlös aufgrund der mitverkauften Garantieerklärung betrifft, ist A Vortäter einer gegen fremdes Vermögen gerichteten Tat; hier der Betrug gegenüber und zulasten des B (siehe oben unter Tatkomplex 2. VII.). Aber auch hinsichtlich des Verkaufserlöses im Übrigen, also den auf das Smartphone entfallenen Teilbetrag, ist A Vortäter, denn auch diese Banknoten stammen aus einer – und das ist hier entscheidend – eine rechtswidrige Vermögenslage begründenden Vortat des A; aus der die Strafbarkeit gem. §§ 252, 251 bzw. § 242 Abs. 1 StGB begründenden Tat (siehe oben unter Tatkomplex 1. I.). Gegenstand der hier untersuchungsgegenständlichen Handlung des A, d.h. des Kaufs des neuen Paar Inline-Skates, war damit nur ein Surrogat der (eigenen) Vortat. Mithin ist A auch insoweit nur Vortäter im Sinne des § 259 Abs. 1 StGB. Diese sog. Ersatzhehlerei ist straflos.⁵¹

Hinweis: Wird indes eine Vortäterschaft des A ausgeschlossen, scheidet eine Strafbarkeit jedenfalls an der erforderlichen Bereicherungsabsicht, da B zuvor Eigentum an den Banknoten erlangte; mithin also keinen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verfolgen beabsichtigen brauchte.

II. Strafbarkeit des A gem. § 263 Abs. 1 StGB (durch Kauf des neuen Paar Inline-Skates)

Auch eine Strafbarkeit nach § 263 Abs. 1 StGB gegenüber und zulasten des Verkäufers des neuen Paar Inline-Skates scheidet aus, da weder eine Täuschung über Tatsachen, ein täuschungsbedingter Irrtum, eine irrumsbedingte Vermögensverfügung noch ein Vermögensschaden aufseiten des Verkäufers ersichtlich sind. An einem Vermögensschaden fehlt es nicht zuletzt auch deshalb, weil A dem Verkäufer gem. § 935 Abs. 2 BGB tatsächlich auch Eigentum an den Banknoten verschaffen konnte, da insoweit ein Ausschluss des Gutgläubenserwerb bei Bösgläubigkeit nicht besteht.

Hinweis: Der Vollständigkeit halber soll aber erwähnt bleiben, dass für A – wenngleich durch Bearbeitervermerk ausgeschlossen – eine Strafbarkeit gem. § 261 Abs. 1 StGB denkbar ist.

⁵¹ Vgl. BGH, Urt. v. 12.4.1956 – 4 StR 60/56 = BGHSt 9, 139; *Fischer* (Fn. 1), § 259 Rn. 7 m.w.N.; *Wessels/Hillenkamp* (Fn. 20), Rn. 835.