

Fortgeschrittenenklausur: Das Schimmelhaus

Von Prof. Dr. Katharina Beckemper, Leipzig*

Sachverhalt

Arno Haußmann (H) ist Eigentümer eines allein stehenden, sehr einsam gelegenen zweistöckigen Hauses in Markkleeberg. Im Erdgeschoss dieses Hauses befindet sich ein kleines Ausflugslokal, das H an Manfred Süster (S) verpachtet hat. S ist ein Pensionär, der das Lokal als Nebenbeschäftigung nur im Sommer und auch dann nur an den Wochenenden betreibt. Die Mieter der Drei-Zimmer-Wohnung im ersten Stock sind gerade ausgezogen, weil aufgrund des starken Schimmelbefalls in dieser Wohnung mit gesundheitlichen Schäden zu rechnen ist. Der Schimmel beruht auf bautechnischen Mängeln und kann deshalb dauerhaft nur durch eine aufwändige und kostenintensive Kernsanierung beseitigt werden. Da H die hierfür erforderlichen finanziellen Mittel fehlen, bietet er das Haus zum Verkauf an.

Thomas Kaas (K) interessiert sich für das angebotene Objekt und macht mit H einen Besichtigungstermin aus. Auf den ersten Blick ist der Schimmel von einem Laien bei nur flüchtiger Inspektion nicht zu sehen. Ein Experte oder auch ein vorsichtiger und aufmerksamer Kaufinteressent kann die Flecken an der Wand jedoch ohne weiteres entdecken.

Während des Besichtigungstermins sprechen H und K über mögliche Mietpreisentwicklungen und die Lage des Hauses. Baumängel oder den Befall mit Schimmel thematisieren sie dagegen nicht: K schaut nur kurz in die einzelnen Räume, sieht deshalb den Schimmel nicht und fragt folglich nicht danach. H – der bemerkt, dass K die Flecken nicht sieht – freut sich über die Unaufmerksamkeit des potenziellen Käufers und erwähnt den Mangel des Hauses auch nicht.

Mit S, der bei einem Teil der Besichtigung anwesend ist, werden K und H sich an diesem Nachmittag ebenfalls handelseinig, nämlich dass K die Gaststätte auch weiter an S verpachten würde.

K erwirbt das Haus unter Ausschluss jeglicher Gewährleistungsansprüche für einen Kaufpreis in Höhe von 720.000 €, was dem Marktwert einer solchen Immobilie ohne Schimmelbefall entspricht. Im jetzigen Zustand dagegen ist das Haus höchstens 400.000 € wert. Erst nachdem K den Kaufpreis gezahlt und mit den Malerarbeiten begonnen hat, entdeckt er den massiven Schimmelbefall, weshalb er die Wohnung gar nicht mehr bezieht.

Es folgt vor dem Landgericht ein erbitterter Zivilrechtsstreit zwischen K und H, in dem K eine arglistige Täuschung nach § 123 BGB geltend macht, ordnungsgemäß die Anfechtung erklärt und Rückabwicklung begehrt. K beruft sich dabei auf die zivilrechtliche Rechtsprechung, die eine arglistige Täuschung auch bei Ausschluss jeglicher Gewährleistungsansprüche bejaht, wenn der Verkäufer einer Immobilie wesentliche Baumängel, wie z.B. den Schimmelbefall, verschweigt. H behauptet aus diesem Grund im Prozess bewusst wahrheitswidrig, er habe K auf den Schimmel hingewiesen. K

wiederum befürchtet, seinen Anspruch auf Rückabwicklung nicht beweisen zu können. Deshalb bittet er S, vor dem Landgericht für ihn auszusagen, H habe ihm – dem K – ausdrücklich zugesichert, die Flecken an der Wand seien kein Schimmel. Der schon etwas ältere S findet es sehr plausibel, dass es so gewesen sein muss, weil K andernfalls das Haus angesichts der sichtbaren Flecken doch gar nicht gekauft hätte. Deshalb spielt sein Gedächtnis ihm einen Streich: Je länger S über den Besichtigungstermin nachdenkt, desto sicherer hat er in Erinnerung, dass H dem K die Schimmelfreiheit des Hauses zugesichert hat. Genau das sagt S im Prozess auch gutgläubig aus. K dagegen geht die ganze Zeit davon aus, dass sich S richtig erinnert, aber aus Sympathie und Mitgefühl für ihn lügt.

Das Landgericht gibt der Klage des K aufgrund der Aussagen von S statt, so dass es zur Rückzahlung des Kaufpreises und Rückübereignung des Grundstückes kommt. Nachdem die Rückabwicklung abgeschlossen ist, sieht H keine andere Möglichkeit als eine „warme Sanierung“. Er will das Haus abbrennen und danach die Versicherungssumme bei seiner Feuerversicherung geltend machen. H hat von S einen Schlüssel bekommen, damit er in den Wintermonaten nach dem Rechten schauen kann. Mit diesem verschafft H sich an einem Dienstag im Dezember Zugang zur Küche des Ausflugslokals und setzt sie mit einem benzingetränkten Lappen in Brand. Ein Nachbar bemerkt den Rauch und ruft sofort die Feuerwehr. Als diese anrückt, hat das Feuer schon auf den angrenzenden Gastraum übergegriffen. Das Inventar und der Holzboden brennen bereits lichterloh, die Wohnung darüber sowie Gegenstände des S sind jedoch nicht betroffen.

Der unerfahrene Feuerwehrmann Marvin Fischer (F) geht unzutreffend davon aus, dass die Wohnung im ersten Stock noch bewohnt sei. Er sieht es als seine Pflicht an, Leben zu retten und stürzt sich deshalb unüberlegt und entgegen den Anweisungen des Truppenleiters in das Haus, um über die Treppe in den ersten Stock zu gelangen. Dorthin schafft F es aber nicht mehr, weil ein Balken über ihm zusammenbricht und ihn unter sich begräbt. F verstirbt sofort. H hat nicht damit gerechnet, dass Menschen zu Schaden kommen würden, weil er davon ausgegangen ist, dass niemand sich bei Löscharbeiten an einem leerstehenden Haus in Gefahr begeben würde.

Noch bevor das Feuer überhaupt auf die Wohnung sowie auf Gegenstände des S übergreift, kann die Feuerwehr den Brand löschen. H wird als Brandstifter schnell identifiziert, so dass er keine Schadensmeldung bei seiner Versicherung mehr einreicht.

Aufgabe

In einem Rechtsgutachten ist zu prüfen, wie sich H, K und S nach dem StGB strafbar gemacht haben.

Bearbeitervermerk

Umweltstraftaten sind nicht zu prüfen.

* Prof. Dr. Katharina Beckemper ist Inhaberin des Lehrstuhls Strafrecht, Strafprozessrecht und Wirtschaftsstrafrecht an der Universität Leipzig.

Es ist zu unterstellen, dass die Angaben im Sachverhalt zutreffend sind, nach denen die zivilrechtliche Rechtsprechung ein Verschweigen von Schimmelbefall einer Immobilie als arglistige Täuschung i.S.d. § 123 BGB auch bei Ausschluss jeglicher Gewährleistungsansprüche wertet und dass die nur flüchtige Besichtigung der Räume durch K die arglistige Täuschung i.S.d. § 123 BGB nicht ausschließt.

Lösungsvorschlag

1. Handlungsabschnitt: Der Hausverkauf

A. Strafbarkeit des H

I. Betrug, § 263 Abs. 1 StGB, durch Verschweigen des Schimmelbefalls

H könnte sich durch das Verschweigen des Schimmelbefalls wegen Betruges gemäß § 263 Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben.

1. Objektiver Tatbestand

a) Täuschung

Voraussetzung ist, dass H den K getäuscht hat. Eine Täuschung ist ein zur Irreführung bestimmtes und damit der Einwirkung auf die Vorstellung eines anderen dienendes Gesamtverhalten.¹ Gegenstand der Täuschung können nur Tatsachen, also dem Beweis zugängliche Umstände der Gegenwart oder Vergangenheit sein.² Die Täuschungshandlung kann durch ausdrückliches oder konkludentes aktives Tun als auch durch Unterlassen erfolgen.³

Eine ausdrückliche Täuschung scheidet hier aus, weil H sich überhaupt nicht dazu geäußert hat, ob die Wände feucht sind. In Betracht kommt aber eine konkludente Täuschung.

Hinweis: Die Grenzen zwischen einer Täuschung durch schlüssiges Verhalten und einer solchen durch Unterlassen sind keineswegs eindeutig. Die hier zu lösende Fallgestaltung hat ersichtlich Ähnlichkeit mit dem sog. Gebrauchtwagenfall, in dem ein Verkäufer eines PKW nicht darüber aufklärt, dass es sich bei dem Wagen um ein Unfallfahrzeug handelt.⁴ Ob in diesem Parallellfall eine Täuschung durch Unterlassen oder eine durch schlüssiges

Verhalten anzunehmen ist, wird in der Literatur unterschiedlich beurteilt. So nehmen etwa *Ranft*⁵ und *Hefendehl*⁶ eine Täuschung durch schlüssiges Verhalten, die herrschende Meinung dagegen eine Täuschung durch Unterlassen an.

Bei einer Täuschung durch schlüssiges Verhalten ergibt sich eine etwaige Fehlvorstellung des Erklärungsempfängers erst aus den Gesamtumständen, unter denen eine Erklärung abgegeben wird.⁷ Eine Täuschung durch schlüssiges Verhalten ist folglich nur möglich, weil das spätere Opfer eine bestimmte Vorstellung von der Situation hat, in der die Erklärung abgegeben wird und deshalb eine ausdrückliche Erklärung oder eine Handlung mit einer Information assoziiert, die nicht ausdrücklich weitergegeben wird.⁸ Der Vertragspartner schließt also für sich selbst Informationen aus dem Verhalten des anderen, indem er dessen Verhalten interpretiert und fehlende, nicht ausdrücklich erklärte Informationen folgert.⁹ Das Miterklärte kann entweder faktisch oder normativ bestimmt werden. Die faktische Sichtweise ermittelt den Erklärungswert des Gesamtverhaltens, indem sie auf die Verkehrsanschauung abstellt.¹⁰ Dagegen wollen andere nach normativen Grundsätzen entscheiden, was schlüssig miterklärt wird, indem sie danach fragen, ob der Erklärungsempfänger auf die Vollständigkeit der Erklärung berechtigt vertrauen durfte.¹¹ Die unterschiedlichen Auffassungen haben aber kaum praktische Auswirkungen, weil die Erklärung in jedem Fall ausgelegt werden muss.¹²

Die Abgrenzung der Täuschung durch schlüssiges Verhalten durch die Bestimmung des Erklärungswertes bietet in den Fällen eine nur wenig tragfähige Begründung, in denen es an einer einheitlichen Verkehrsanschauung fehlt. Nach herrschender Meinung erklärt der Verkäufer einer Sache die

¹ RGSt 56, 227 (231); OLG Karlsruhe JZ 2004, 101; *Kühl*, in: Lackner/Kühl, Strafrecht, 29. Aufl. 2018, § 263 Rn. 6; *Duttge*, in: Dölling/Duttge/König/Rössner (Hrsg.), *Gesamtes Strafrecht*, 4. Aufl. 2017, StGB § 263 Rn. 6 ff.

² RGSt 24, 387; 41, 193; 55, 131; 56, 227 (231); OLG Stuttgart NJW 1979, 2573; *Rengier*, *Strafrecht, Besonderer Teil*, Bd. 1, 21. Aufl. 2019, § 13 Rn. 4; *Hoyer*, in: *Wolter* (Hrsg.), *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 9. Aufl. 2019, § 263 Rn. 11 ff.

³ *Hoyer* (Fn. 2), § 263 Rn. 26; *Kindhäuser*, *Strafgesetzbuch, Lehr- und Praxiskommentar*, 7. Aufl. 2017, § 263 Rn. 3 ff.; *Duttge* (Fn. 1), § 263 Rn. 8; *Eisele*, *Strafrecht, Besonderer Teil*, Bd. 2, 5. Aufl. 2019, Rn. 528; *Küper/Zopfs*, *Strafrecht, Besonderer Teil*, 10. Aufl. 2018, Rn. 496.

⁴ OLG Nürnberg MDR 1964, 693 f.; BGH NJW 2015, 1669; BayObLG NJW 1994, 1078.

⁵ *Ranft*, *Jura* 1992, 66; *ders.*, JA 1984, 723 (728).

⁶ *Hefendehl*, in: *Joecks/Miebach* (Hrsg.), *Münchener Kommentar StGB*, Bd. 5, 3. Aufl. 2019, § 263 Rn. 186.

⁷ BGHSt 47, 1 (3); 51, 165 (169 ff.); BGH NStZ 2002, 144; *Kühl* (Fn. 1), § 263 Rn. 9; *Streng*, ZStW 122 (2010), 1 (18 f.).

⁸ *Krack*, List als Tatbestandsmerkmal, 1994, S. 88; *Hoyer* (Fn. 2), § 263 Rn. 29.

⁹ *Gaede*, in: *Leipold/Tsambikakis/Zöller* (Hrsg.), *Anwalt-Kommentar StGB*, 2. Aufl. 2015, § 263 Rn. 26.

¹⁰ BGH NStZ 2002, 144; BGHSt 51, 165 (170); OLG Hamm NJW 1982, 1406; *Ranft*, *Jura* 1992, 66 ff.; *Kargl*, ZStW 119 (2007), 250 (260 f.); *Hefendehl* (Fn. 6), § 263 Rn. 91; restriktiver jedoch *Bung*, GA 12, 354 (361 ff.); kritisch: *Kraatz*, in: *Geisler* (Hrsg.), *Festschrift für Klaus Geppert zum 70. Geburtstag*, 2011, S. 269 (285).

¹¹ OLG Düsseldorf NJW 1993, 1872 (1873); *Hoyer* (Fn. 2), § 263 Rn. 44.

¹² *Hefendehl* (Fn. 6), § 263 Rn. 1; *Vogel*, in: *Strafrechtswissenschaften der Tübinger Juristenfakultät/Justizministerium Baden-Württemberg* (Hrsg.), *Gedächtnisschrift für Rolf Keller*, 2003, S. 313 (324).

Mangelfreiheit jedoch nicht mit.¹³ Eine konkludente Täuschung scheidet deshalb grundsätzlich aus, wenn der Verkäufer einen Mangel des zu verkaufenden Gutes nicht von sich aus mitteilt.

Der Käufer einer Sache mag zwar die Erwartung haben, über Mängel, welche die Brauchbarkeit oder den Wert einer Sache erheblich mindern, aufgeklärt zu werden. Das kann aber nicht dazu führen, dass der Verkäufer jeglichen Mangel, den eine Ware hat, kundtun muss. Ein Restrisiko trägt der Käufer, dem es obliegt, die Qualität der Ware zu prüfen. Dies hat K hier nicht getan, weil er nur einen kursorischen Blick in die angebotene Immobilie geworfen hat.

Hinweis: Aber in dem Angebot zum Kauf steckt nach hier vertretener Auffassung jedenfalls die Aussage, das Gut sei für den bestimmungsgemäßen Gebrauch überhaupt ohne größere Einbußen zu verwenden. Liegt – wie hier – ein Mangel vor, der dies zumindest zweifelhaft erscheinen lässt, muss der Verkäufer dies auch ungefragt klarstellen.¹⁴ Deshalb kann der Verkauf ohne den Hinweis auf einen so erheblichen Mangel wie einen Schimmelbefall eine Täuschung durch schlüssiges Verhalten darstellen. Aus didaktischen Gründen soll aber auch die Täuschung durch Unterlassen noch dargestellt werden, weshalb das Ergebnis angenommen wird, es liege keine konkludente Täuschung vor.

Hinweis: Im Bearbeitervermerk findet sich der Hinweis auf die zivilrechtliche Rechtsprechung. Dies ist ein Hinweis für besonders gute Kandidaten. Diese haben hier die Möglichkeit, über die Reichweite der Einheit der Rechtsordnung zu diskutieren. Diese kann aber nicht so weit gehen, dass auch strafrechtlich als arglistige Täuschung gelten muss, was im Zivilrecht so gesehen wird. Die zivilrechtliche Rechtsprechung ist deshalb nicht bindend für die strafrechtliche Auslegung des Täuschungsmerkmals.

II. Betrug durch Unterlassen, §§ 263 Abs. 1, 13 StGB, durch Verschweigen des Schimmelbefalls

H könnte sich aber durch das Verschweigen des Schimmelbefalls wegen Betruges durch Unterlassen gemäß §§ 263 Abs. 1, 13 StGB strafbar gemacht haben.

1. Objektiver Tatbestand

a) Täuschung

Nach heute ganz h.M. ist eine Täuschung auch durch Unterlassen möglich.¹⁵ Voraussetzung dafür ist aber eine Garantien-

stellung. Neben den allgemeinen Entstehungsgründen der Garantienpflicht wird im Zusammenhang mit dem Betrugsstatbestand – ausnahmsweise und nur mit großer Zurückhaltung – auch „Treu und Glauben“ als Grund für eine Garantienstellung in Betracht gezogen.¹⁶

Nicht jede geschäftliche Beziehung kann die Vertragspartner dazu verpflichten, sich gegenseitig jegliche Informationen weiterzugeben. Die aus Treu und Glauben resultierende Aufklärungspflicht kann also nicht so weit gehen, die Vertragspartner gleichzustellen und so jeden Informationsvorsprung zu egalisieren.¹⁷

Die neuere Rechtsprechung konkretisiert den Begriff „Treu und Glauben“ im Strafrecht danach, ob ein „besonderes Vertrauensverhältnis“ zwischen den Vertragspartnern besteht.¹⁸ Grundsätzlich kann nicht davon ausgegangen werden, das Verhältnis zwischen Verkäufer und Käufer einer Ware sei von einem besonderen Vertrauensverhältnis geprägt. Und selbst wenn der Käufer dem Verkäufer vertraute, so dürfte er dies nicht tun.¹⁹ Eine Garantienstellung, die auf dem Grundsatz von „Treu und Glauben“ beruht, kommt somit immer nur in solchen Geschäftsbeziehungen in Betracht, in denen eine besondere berechnete Vertrauensbeziehung besteht. Da der Käufer nicht davon ausgehen kann, über alle Umstände eines Vertrages informiert zu werden, die sich für ihn nachteilig auswirken, kann eine rechtlich begründete Aufklärungspflicht nur bestehen, wenn das Verschweigen von wesentlichen Umständen im Einzelfall als nicht mehr sozial üblich erscheint, z.B. weil der Vertragspartner auf diese Informationen angewiesen ist.

Zu einem dem hier ähnelnden Fall führt das OLG Bamberg²⁰ aus, eine Strafbarkeit wegen Betruges durch Unterlassen komme nur in Betracht, wenn der Täter rechtlich dafür einzustehen habe, dass der Erfolg nicht eintrete. Es bedürfe besonderer Rechtsgründe, nach denen der Täter für die Abwendung der Gefahr für das Rechtsgut zuständig sei. Das sei aber in Konstellationen wie der hier vorliegenden zu vernein-

enkommentar, 12. Aufl. 2018, § 263 Rn. 56; *Duttge* (Fn. 1), § 263 Rn. 17; *Fischer*, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 66. Aufl. 2019, § 263 Rn. 38; *Mitsch*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 3. Aufl. 2015, 265. In der älteren Literatur wurde dies z.T. bestritten, siehe dazu *Naucke*, Strafbare Betrug, 1964, S. 106 ff., 214; *Grünwald*, ZStW 70 (1958), 412 (431 f.); *Kargl*, ZStW 119 (2007), 250 (281 ff.).

¹⁶ BGHSt 6, 198; BGH wistra 2000, 419; OLG Nürnberg MDR 1964, 693 f.; OLG Bamberg wistra 2012, 279; OLG Stuttgart NSTZ 2003, 554.

¹⁷ Vgl. *Duttge* (Fn. 1), § 263 Rn. 19; *Joecks/Jäger* (Fn. 15), § 263 Rn. 62.

¹⁸ BGHSt 39, 392 (400 ff.); *Joerden*, JZ 1994, 422 (422); BGH wistra 1988, 266 f.; BGH NJW 1995, 539 (540); OLG Bamberg wistra 2012, 279; OLG Stuttgart NSTZ 2003, 554; zustimmend *Fischer* (Fn. 15), § 263 Rn. 51; *Tiedemann* (Fn. 14), § 263 Rn. 66; ablehnend dazu *Deubner*, NJW 1969, 624 (624); *Rengier*, JuS 1989, 802 (807).

¹⁹ *Vogel* (Fn. 12), S. 313 (323): „Der Gläubiger kann nicht rationaler Weise auf die Mangelfreiheit der Sache vertrauen“.

²⁰ OLG Bamberg NZWiSt 2012, 310.

¹³ *Maaß*, GA 1984, 264 (273, 284); *Kindhäuser* (Fn. 3), § 263 Rn. 86; *Perron*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 263 Rn. 16d, 17b.

¹⁴ So auch *Kasiske*, GA 2009, 360 (366); *Tiedemann*, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 9/1, 12. Aufl. 2012, § 263 Rn. 37.

¹⁵ BGHSt 39, 392 (398); BayObLG NJW 1987, 1654 m. Anm. *Hillenkamp*; *Joecks/Jäger*, Strafgesetzbuch, Studi-

nen. Eine Aufklärungspflicht folge weder daraus, dass der Beschuldigte als Eigentümer oder Verkäufer des Hauses in Erscheinung trat, noch habe er aus sonstigen Gründen besonderes Vertrauen in Anspruch genommen.

Ein Teil der Literatur nimmt dagegen das besondere Vertrauen, das für eine Garantienstellung aus „Treu und Glauben“ erforderlich ist, in dem hier vergleichbaren Fall an.²¹ Verwiesen wird darauf, dass ein massiver Schimmelbefall aufgrund baulicher Mängel von essentieller Bedeutung sei und wegen des drohenden Vermögensschadens für den Käufer auch eine große Bedeutung habe. Der Käufer einer Immobilie dürfe darauf vertrauen, vom Verkäufer über einen eventuellen Schimmelbefall aufgeklärt zu werden, weshalb ein Verschweigen eines solchen Mangels einen Betrug durch Unterlassen darstelle.

Überzeugender ist die letztgenannte Auffassung. Zwar kann nicht jede Geschäftsbeziehung zu einem berechtigten Vertrauen des Käufers führen. Es liegt hier aber ein Sonderfall vor, weil es sich um eine ersichtlich wesentliche Kaufentscheidung handelt und der Mangel außerdem so gravierend ist, dass ein vertragsgemäßer Gebrauch quasi ausgeschlossen ist. Die Kenntnis über solche Mängel, die der Verkäufer aufgrund seiner Stellung hat, muss er auch ungefragt teilen, weil die Wohnbarkeit des Hauses die Grundlage des Vertrages bildet. In solchen Ausnahmefällen, in denen die asymmetrische Verteilung der Informationen ein solches Gewicht hat, ist eine Garantienstellung aus Treu und Glauben zu bejahen.

Daran ändert sich auch nichts, indem K offensichtlich nicht genau geschaut hat oder gar einen Gutachter mit der Überprüfung des Hauses beauftragt hat. Zwar wird durchaus diskutiert, ob die Erkennbarkeit der Täuschung bei hinreichend sorgfältiger Prüfung die Schutzbedürftigkeit des Opfers ausschließen kann.²² Hier ist der Mangel aber so gravierend und offenbar nicht so offensichtlich, dass die fehlende Prüfung des K zu einer Verschiebung der Verantwortung von H zu K führen kann.

Der Betrug ist ein verhaltensgebundenes Delikt, deshalb ist auch die Entsprechensklausel nicht automatisch erfüllt. Die Rechtsprechung fordert für das Entsprechen von Tun und Unterlassen, dass die Garantienpflicht auf einem erhöhten Anforderungen genügenden Vertrauensverhältnis beruht.²³ Da dies hier zu bejahen ist, entspricht die Täuschung durch Unterlassen einer aktiven Täuschung.

Hinweis: Ein anderes Ergebnis ist aber auch vertretbar, weil sich der Grad der Vertrauensstellung unterscheidet und man hier argumentieren könnte, die Entsprechens-

klausel sei mangels des für diese entstandenen Vertrauens nicht erfüllt. Außerdem wird bei Annahme der Entsprechung der Vertrauensgesichtspunkt doppelt verwendet, nämlich sowohl zur Begründung der Garantienstellung als auch zur Begründung dafür, dass das Unterlassen der Begehung durch Tun entspricht.

b) Irrtum

K hat sich ersichtlich über die Mangelfreiheit und den Wert der Immobilie geirrt.

c) Vermögensverfügung

Die Vermögensverfügung liegt bereits in dem Eingehen des Vertrages, indem K sich verpflichtet hat, den Kaufpreis in Höhe von 720.000 € zu bezahlen.

d) Vermögensschaden

Die Bestimmung des Vermögensschadens ist vorzunehmen durch eine Gesamtsaldierung der Verbindlichkeiten mit den Forderungen des Getäuschten und des Irrenden. Hier hat K eine Verbindlichkeit in Höhe von 720.000 €, während das Haus mit Schimmelbefall nur 400.000 € wert ist. K hat demnach einen Vermögensschaden in Höhe von 320.000 €.

Nicht erheblich ist, dass es in der Folge des Zivilprozesses zu einer Rückzahlung des Geldes gekommen ist. Es handelt sich hierbei um eine Schadenswiedergutmachung. Eine solche ist beim Vermögensschaden des Betrugs nach § 263 StGB nicht zu berücksichtigen.

e) Nichthandeln trotz physisch-realer Möglichkeit und hypothetische Kausalität

H wäre es möglich gewesen, seiner Pflicht zur Aufklärung nachzukommen. Hätte er dies getan, wäre der Erfolg mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit ausgeblieben.

2. Subjektiver Tatbestand

H handelte mit Vorsatz. Eine Bereicherungsabsicht liegt vor, wenn sich der Täter einen stoffgleichen rechtswidrigen Vermögensvorteil verschaffen will. H hatte keinen Anspruch auf den Abschluss des Vertrages und den damit einhergehenden Vermögensvorteil in Höhe von 320.000 €. Dieser ist quasi die andere Seite des Schadens von K und damit stoffgleich.

3. Rechtswidrigkeit und Schuld

H handelte auch rechtswidrig und schuldhaft.

H hat sich deshalb wegen Betruges durch Unterlassen strafbar gemacht.

Hinweis: Die Bearbeiter, die hier eine Täuschung ablehnen, kommen zur Strafflosigkeit und damit auch nicht zur Prüfung von § 263 Abs. 3 StGB.

4. Besonders schwerer Fall des Betruges

Zudem könnte ein besonders schwerer Fall des Betruges gemäß § 263 Abs. 3 S. 2 Nr. 2 StGB vorliegen. Die Rechtspre-

²¹ Waßmer/Kiesling, NZWiSt 2012, 313 ff.

²² Amelung, GA 1977, 16 ff.; Giehring, GA 1973, 1; Herzberg, GA 1977, 289; Esser, in: Amelung (Hrsg.), Festschrift für Volker Krey zum 70. Geburtstag, 2010, S. 81 (96 ff.); Gaede, in: Heinrich/Jäger/Schünemann (Hrsg.), Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag 2011, S. 967 (984); Kurth, Das Mitverschulden des Opfers beim Betrug, 1984, S. 109.

²³ BGHSt 39, 392 (397).

chung²⁴ nimmt ein großes Ausmaß bei einem Vermögensverlust in Höhe von 50.000 € einheitlich bei allen Täuschungsdelikten an. Diese Grenze kann nicht als verbindlich gelten.²⁵ Hier ist die Grenze aber so deutlich überschritten, dass ein großes Ausmaß eines Vermögensschadens zu bejahen ist.

Ein besonders schwerer Fall des Betruges liegt damit vor.

2. Handlungsabschnitt: Der Zivilprozess

A. Strafbarkeit des S

I. Falsche uneidliche Aussage, § 153 StGB, durch die unrichtige Aussage vor dem Landgericht

S könnte sich wegen fälscher uneidlicher Aussage nach § 153 StGB strafbar gemacht haben, indem er vor dem Landgericht ausgesagt hat, der H habe dem K zugesichert, die Flecken an der Wand seien kein Schimmel.

1. Objektiver Tatbestand

S hat vor einer zuständigen Stelle – dem Landgericht – ausgesagt.

Erforderlich ist eine Falschaussage. Wie eine falsche Aussage zu bestimmen ist, ist in der Literatur umstritten.

Nach der objektiven Theorie²⁶ ist eine Aussage dann falsch, wenn sie mit der objektiven Wahrheit nicht übereinstimmt. Dies ist in casu zu bejahen, weil H dem K keine Schimmelfreiheit der Immobilie zugesichert hat. Damit liegt nach der objektiven Theorie eine Falschaussage vor, weil die Aussage des S nicht mit der objektiven Wahrheit übereinstimmt.

Nach der subjektiven Theorie ist eine Aussage falsch, wenn sie von der Vorstellung und dem Wissen des Täters abweicht.²⁷ S hat hier nach bestem Wissen und Gewissen ausgesagt, er hat also das bekundet, was seiner Meinung nach der Wahrheit entspricht. Deshalb hat S nach der subjektiven Theorie nicht falsch ausgesagt.

Nach der nur noch vereinzelt vertretenen Pflichttheorie liegt eine Falschaussage vor, wenn der Täter seine prozessuale Wahrheitspflicht verletzt.²⁸ Dies soll er tun, wenn er nicht das beste ihm erreichbare Wissen bzw. sein Erinnerungsbild wiedergibt. Hier hat S sich im Vorfeld Gedanken darüber

gemacht, wie der Besprechungstermin zwischen H und K abgelaufen ist, so dass er sein Gewissen gehörig angespannt hat. Es kam zwar zu einer falschen Erinnerung, dies liegt aber nicht an der Anstrengung des S, sondern daran, dass sein Gedächtnis ihm einen Streich gespielt hat. Dies gibt der Sachverhalt ausdrücklich so wieder.

Hinweis: Gegen die subjektive Theorie kann der Einwand erhoben werden, der Aussagende sehe quasi alles durch seine Brille eigener Empfindungen und Wahrnehmungen.²⁹ Außerdem ist auf Grundlage dieser Theorie § 160 StGB nicht zu erklären und gelangt bei der fahrlässigen Falschaussage zu einem über Gebühr eingeschränkten Anwendungsbereich.³⁰ Auch die objektive Theorie kann den individuellen Wahrnehmungen des Täters Rechnung tragen, weil seine subjektive Wahrnehmung durchaus Auswirkungen auf die Strafbarkeit haben. Diese werden aber erst im subjektiven Tatbestand berücksichtigt, wo eine solche Betrachtung hingehört.

Hier kann der Streit offen gelassen werden, wenn es am erforderlichen Vorsatz fehlt und deshalb auch bei Anwendung der subjektiven Theorie eine Strafbarkeit ausscheidet.

2. Subjektiver Tatbestand

S ist der festen Überzeugung, das von ihm bekundete entspreche der Wahrheit. Deshalb fehlt es ihm am Vorsatz.

3. Ergebnis

S hat sich nicht nach § 153 StGB strafbar gemacht.

II. Betrug, § 263 StGB, durch die Aussage vor Gericht

In Betracht kommt aber ein Betrug zum Nachteil des H, indem S vor dem Landgericht objektiv falsche Auskunft gab.

Hinweis: Die Prüfung des Betrugs ist hier nicht ganz einfach. Klausurtaktisch erscheint es deshalb vertretbar, mit einem kurzen Hinweis auf den fehlenden subjektiven Tatbestand die Prüfung durch sog. Springen abzukürzen. Etwas anderes würde nur gelten, wenn die Bearbeiter eine mittelbare Täterschaft des K in Betracht ziehen. Dafür müsste der objektive Tatbestand des Betruges aber einschlägig sein. Auch diese Überlegung zwingt aber nicht zur ordentlichen Prüfung des objektiven Tatbestandes, weil auch K deutlich keinen Vorsatz bezüglich der mittelbaren Täterschaft hatte, da er davon ausging, dass S vorsätzlich für ihn lügen würde. Es fehlte ihm deshalb am Vorsatz, den S als Werkzeug zu benutzen.

²⁴ BGHSt 48, 360; BGH NJW 2005, 3653; BGH NStZ-RR 2007, 269; zustimmend *Krüger*, wistra 2005, 247; *Rotsch*, ZStW 117 (2005), 577 (597); kritisch *Golambek/v. Tippelskirch*, NStZ 2004, 528 (530).

²⁵ *Fischer* (Fn. 15), § 263 Rn. 215; *Wessels/Hillenkamp/Schuhr*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2; 42. Aufl. 2019, § 13 Rn. 594.

²⁶ BGHSt 7, 147; OLG Koblenz NStZ 1984, 551 m. Anm. *Bohnert*, JR 1984, 425; *Hilgendorf*, GA 1993, 547 ff.; *Kargl*, GA 2003, 791 (803); *Wolf*, JuS 1991, 177; *Heinrich*, in: *Dölling/Duttge/Rössner* (Fn. 1), StGB § 153 Rn. 14; *Rengier*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 20. Aufl. 2019, § 49 Rn. 7.

²⁷ RGSt 61, 159; OLG München NJW 2009, 3034; OLG Bremen NJW 1960, 1827; *Gallas*, GA 1957, 315 ff.; *Rengier* (Fn. 26), § 49 Rn. 7.

²⁸ *Otto*, JuS 1984, 161 ff.; *ders.*, Jura 1985, 383; *Müller-Dietz*, JuS 1984, 161 ff.; *Kleszczewski*, Strafrecht, Besonderer Teil, 2016, § 19 Rn. 22.

²⁹ Vgl. OLG Bremen NJW 1960, 1827; *Gallas*, GA 1957, 315; *Joecks/Jäger* (Fn. 15), Vor § 153 Rn. 6.

³⁰ *Kühl* (Fn. 1), Vor § 153 Rn. 3; *Bosch/Schittenhelm*, in: *Schönke/Schröder* (Fn. 13), Vor § 153 Rn. 6; *Wessels/Hettinger/Engländer*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 1, 43. Aufl. 2019, Rn. 823.

*1. Objektiver Tatbestand**a) Täuschung*

Die Täuschung kann hier darin gesehen werden, dass S objektiv die Unwahrheit aussagte, weil entgegen seiner Aussage nicht über den Schimmelbefall des Hauses gesprochen wurde. Darüber hat der Richter auch geirrt, weil er S glaubte.

Aufgrund des Irrtums muss es zu einer Vermögensverfügung gekommen sein. Die Richter(innen) des Landgerichts haben nicht über sein eigenes Vermögen verfügt, sondern durch die Verurteilung zur Rückabwicklung des Vertrages über das Vermögen des H. Zwar müssen Verfügender und Geschädigter nicht personenidentisch sein, sondern § 263 StGB erfasst auch die Fälle des sog. Dreiecksbetrugs. Voraussetzung ist aber eine Sonderbeziehung des Verfügenden zum Vermögen des Geschädigten, die ihn auch berechtigt, darüber zu verfügen. Hier ergibt sich die Befugnis der Richter(innen), Rechtsänderungen mit unmittelbarer Wirkung für das fremde Vermögen vorzunehmen, aus seiner Stellung als hoheitlich Handelnder.³¹ In solchen Fällen des Prozessbetrugs nehmen die entscheidenden Personen eine Rolle ein, die sie in die rechtliche Lage versetzt, unmittelbar und verbindlich über das Vermögen der Prozessparteien zu verfügen.³²

Fraglich ist weiterhin, ob ein Vermögensschaden des H vorliegt. Das ist zweifelhaft, weil K nach der zivilrechtlichen Rechtsprechung den Vertrag auch dann anfechten konnte, wenn es an einer ausdrücklichen Zusicherung des H gerade fehlte. K hatte also einen Anspruch auf Rückabwicklung des Vertrages und H damit keinen Schaden, indem das Gericht das Urteil gemäß der rechtlichen Lage aussprach. Berücksichtigt werden muss aber, dass K ohne die Aussage des S seinen materiell-rechtlich bestehenden Anspruch nicht beweisen hätte können.³³ Deshalb kann ein Schaden darin gesehen werden, dass H durch das Urteil zur Rückabwicklung des Vertrages gezwungen wird.

Hinweis: Bei der Gesamtsaldierung ergibt sich damit Folgendes: Vor der Verfügung des Richters hatte H einen Vermögenswert in Höhe von 720.000 €, nach der Verfügung hat er einen Anspruch auf Rückübereignung des verschimmelten Hauses, das lediglich 400.000 € wert ist. In der Verbesserung der Beweisposition des K liegt deshalb rein faktisch ein Vermögensschaden in der gesamten Differenz, also 320.000 €.

Letztlich kann aber offen bleiben, ob der objektive Tatbestand erfüllt ist.

2. Subjektiver Tatbestand

Denn S hat gutgläubig ausgesagt. Es fehlte ihm also schon am Täuschungsvorsatz.

3. Ergebnis

S hat sich damit nicht wegen Betruges strafbar gemacht.

B. Strafbarkeit des K**I. Anstiftung zur uneidlichen Falschaussage, §§ 153, 26 StGB**

K könnte sich durch die Bitte an S, für ihn auszusagen, wegen Anstiftung zur Falschaussage strafbar gemacht haben.

S hat sich nicht wegen falscher uneidlicher Aussage strafbar gemacht, deshalb fehlt es bereits an der erforderlichen vorsätzlichen rechtswidrigen Haupttat. K hat sich deshalb nicht wegen Anstiftung zur Falschaussage strafbar gemacht.

II. Verleitung zur Falschaussage, § 160 StGB durch Benennung von S als Zeuge

K könnte sich Verleitung zur Falschaussage strafbar gemacht haben, indem er S bat, für ihn vor Gericht über das vermeintliche Gespräch mit H auszusagen.

S hat zwar die Unwahrheit geäußert und damit falsch ausgesagt, dies aber ohne Vorsatz, so dass eine Strafbarkeit nach § 153 StGB ausscheidet. Die Veranlassung eines gutgläubigen Zeugen zu einer falschen Aussage ist in § 160 StGB unter Strafe gestellt, der die Lücke schließen soll, die dadurch entsteht, dass eine mittelbare Täterschaft bei den Aussagedelikten nicht möglich ist.

Die Strafbarkeit des K wegen Verleiten zu Falschaussage scheidet aber daran, dass K davon ausging, dass S vorsätzlich die Unwahrheit sagen würde. Er hatte deshalb keinen Vorsatz, eine gutgläubige Aussage herbeizuführen und den Zeugen zu beherrschen, sondern ihn zu einer Straftat zu bewegen. Eine Strafbarkeit nach § 160 StGB scheidet deshalb aus.

III. Versuchte Anstiftung zur uneidlichen Falschaussage, §§ 159, 153, 30 Abs. 1 S. 1 Var. 1 StGB

K könnte sich durch die Bitte an S, vor dem Landgericht für ihn auszusagen, wegen versuchter Anstiftung zur uneidlichen Falschaussage nach den §§ 159, 153, 30 Abs. 1 S. 1 Var. 1 StGB strafbar gemacht haben.

1. Vorprüfung

Die Anstiftung ist nicht vollendet, weil S glaubt, die Wahrheit gesagt zu haben und sich deshalb nicht gemäß § 153 StGB strafbar gemacht hat.

Die versuchte Anstiftung zur uneidlichen Falschaussage ist nach § 159 StGB ebenfalls strafbar.

Hinweis: Die Bearbeiter müssen hier sehen, dass K nicht der Vorsatz unterstellt werden kann, er habe mit einer Vereidigung von S gerechnet. Eine versuchte Anstiftung nach §§ 154, 30 Abs. 1 StGB scheidet deshalb aus. Die Brücke zur Strafbarkeit der Handlung des K bildet hier

³¹ BGHSt 24, 257 (260); OLG Düsseldorf NSTz 1991, 586; Joecks/Jäger (Fn. 15), § 263 Rn. 96; Bock, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 2018, S. 363; Fischer (Fn. 15), § 263 Rn. 85.

³² Kindhäuser (Fn. 26), § 263 Rn. 340; Hefendehl (Fn. 6), § 263 Rn. 334 m.w.N.; Meinecke, NZWiSt 2016, 47 ff.

³³ Vgl. BGH bei Dallinger, MDR 1956, 10; RGSt 40, 9.

der § 159 StGB, der ausnahmsweise die Strafbarkeit der versuchten Anstiftung auch für ein Vergehen anordnet.

2. *Tatentschluss*

K ging fälschlicherweise davon aus, S würde ihm zuliebe eine falsche wissentliche Aussage vor Gericht tätigen. Damit hatte er den Entschluss, S zu einer wissentlichen Falschaussage vor Gericht zu bewegen, also zu einer Straftat nach § 153 StGB anzustiften.

3. *Unmittelbares Ansetzen*

K hat S bereits gebeten, für ihn auszusagen, H habe ihn über den Schimmel aufgeklärt, damit hat er unmittelbar zu der versuchten Anstiftung angesetzt.

4. *Rechtswidrigkeit und Schuld*

Es sind keine Rechtfertigungs- oder Entschuldigungsgründe ersichtlich.

5. *Ergebnis*

K hat sich wegen versuchter Anstiftung zur uneidlichen Falschaussage nach §§ 159, 153, 30 Abs. 1 S. 1 Var. 1 StGB strafbar gemacht.

IV. Betrug in mittelbarer Täterschaft, §§ 263, 25 Abs. 1 Var. 2 StGB, durch das Benennen des S als Zeuge

K könnte sich wegen Betrugs in mittelbarer Täterschaft strafbar gemacht haben, indem er S bat, für ihn vor Gericht über das vermeintliche Gespräch mit H auszusagen.

S hat den objektiven Tatbestand des Betruges erfüllt, handelte aber ohne Vorsatz. Es kommt deshalb eine mittelbare Täterschaft durch Wissensherrschaft des K in Betracht.

Die Strafbarkeit des K wegen Betruges in mittelbarer Täterschaft scheidet aber daran, dass K den S nicht als sein Werkzeug einsetzen wollte und keinen Vorsatz bezüglich einer mittelbaren Täterschaft hatte. Er ging laut Sachverhalt davon aus, dass S sich richtig erinnern würde und hatte deshalb keinen Vorsatz, als mittelbarer Täter zu fungieren.

V. Versuchte Anstiftung zum Betrug, §§ 263, 30 Abs. 1 S. 1 Var. 1 StGB, durch das Benennen des S als Zeuge

Eine Strafbarkeit wegen versuchter Anstiftung zum Betrug existiert nicht, weil § 263 StGB kein Verbrechen ist. Hieran ändert gemäß § 12 Abs. 3 StGB auch die Einordnung als besonders schweren Fall des Betruges nach § 263 Abs. 3 StGB nichts. Eine versuchte Anstiftung zum Betrug ist deshalb nicht strafbar.

Hinweis: Wer mit der oben dargestellten Meinung einen Betrugsschaden darin sieht, dass ein bestehender Anspruch nicht hätte bewiesen werden können, der kann auch einen unmittelbaren Betrug des K annehmen. Die Tathandlung ist in diesem Fall die Benennung des Beweismittels. So soll es für einen Prozessbetrug schon ausreichen, wenn die Partei einen Zeugen benennt, der falsch

aussagt.³⁴ Das kann aber nicht uneingeschränkt gelten, weil dem die Eigenverantwortlichkeit des Zeugen entgegensteht. Hier kann man allerdings argumentieren, diese schließe die Verantwortlichkeit des K nicht aus, weil dieser den S benannt hatte und dabei auf dessen schlechtes Gedächtnis spekuliert habe. Vertretbar sind hier beide Ansichten gleichermaßen.

C. Strafbarkeit des H

I. Betrug, §§ 263 Abs. 1, Abs. 3 S. 2 Nr. 2, 22, 23 StGB, durch Behaupten der Aufklärung des K

H könnte sich wegen versuchten Betruges im besonders schweren Fall strafbar gemacht haben, indem er als Prozesspartei behauptete, den K über den Schimmelbefall aufgeklärt zu haben.

1. *Vorprüfung*

Der Betrug ist nicht vollendet, da H den Prozess verlor. Die Strafbarkeit des Versuchs folgt aus § 263 Abs. 2 StGB.

2. *Tatentschluss*

H hatte Vorsatz, das Gericht über den Verlauf des Verkaufsgesprächs zu täuschen. Weiter hatte er Tatentschluss bezüglich des Hervorrufens eines Irrtums und einer Vermögensverfügung durch das Gericht zum Nachteil des K. Wie oben dargestellt, haben die Richter(innen) des Landgerichts aufgrund ihrer hoheitlichen Stellung die Befugnis über das Vermögen der Prozessparteien – hier also K – zu verfügen. Eine solche Verfügung wollte H herbeiführen.

Des Weiteren müsste er auch Tatentschluss gehabt haben, dadurch einen Vermögensschaden bei K herbeizuführen.

Nach der zivilrechtlichen Rechtsprechung hatte K einen Anspruch auf Rückübereignung, weil H ihn nicht über den Schimmelbefall des Hauses aufgeklärt hat. Durch die Täuschung wollte H also eine Vermögensverteilung herbeiführen, die nicht der rechtlichen Lage entsprach. Damit hatte er den Vorsatz, bei K einen Vermögensschaden in Höhe von 320.000 € zu bewirken.

Da er darauf keinen rechtlichen Anspruch hatte und der von ihm angestrebte Vermögensvorteil dem Schaden des K entsprechen sollte, handelte er mit der erforderlichen Bereicherungsabsicht.

3. *Unmittelbares Ansetzen*

H hat die Täuschungshandlung bereits vorgenommen und hat deshalb unmittelbar angesetzt.

4. *Rechtswidrigkeit und Schuld*

H handelte rechtswidrig und schuldhaft.

5. *Besonders schwerer Fall*

Der erstrebte Vermögensschaden hat ein großes Ausmaß, so dass auch der besonders schwere Fall des Betruges vorliegt.

³⁴ RGSt 65, 33 ff.; 72, 133 (138); Perron (Fn. 13), § 263 Rn. 70.

6. Ergebnis

H hat sich wegen versuchten Betruges im besonders schweren Fall gem. §§ 263 Abs. 1, Abs. 3 S. 2 Nr. 2, 22, 23 StGB strafbar gemacht.

3. Handlungsabschnitt: Der Brand**A. Strafbarkeit des H****I. Brandstiftung, § 306 Abs. 1 StGB, durch das Anzünden der Immobilie**

H könnte sich durch das Anzünden der Immobilie der Brandstiftung gemäß § 306 Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben.

Die Immobilie ist für H nach der Rückabwicklung nicht fremd, daran scheidet bereits die Strafbarkeit nach § 306 StGB, der zwar eingeordnet ist in den Abschnitt der gemeingefährlichen Straftaten, von der Struktur her aber ein Eigentumsdelikt darstellt.

II. Schwere Brandstiftung, § 306a Abs. 1 Nrn. 1, 3 StGB, durch das Anzünden der Küche

H könnte sich, indem er in der Küche einen mit Benzin getränkten Lappen einsetzte, wegen schwerer Brandstiftung strafbar gemacht haben.

1. Objektiver Tatbestand

In Betracht kommen hier zwei Alternativen, nämlich die Nr. 1, ein Gebäude, das der Wohnung von Menschen dient, oder Nr. 3, eine Räumlichkeit, die zeitweise dem Aufenthalt von Menschen dient zu einer Zeit, in der sich Menschen dort aufzuhalten pflegen.

Nr. 1 betrifft die Wohnung im ersten Stock der Immobilie. Nr. 3 – die Gaststätte – könnte eine Räumlichkeit sein, die zeitweise dem Aufenthalt von Menschen dient.

Räumlichkeiten nach § 306a Abs. 1 Nr. 1. StGB sind sämtliche Raumgebilde, die der Wohnung von Menschen dienen können. Zu einem tauglichen Tatobjekt wird die Räumlichkeit aber erst durch ihren Zweck, Menschen als Wohnung zu dienen. Erforderlich ist deshalb, dass wenigstens ein Mensch zum Zeitpunkt der Vornahme der Tathandlung tatsächlich in dem fraglichen Objekt wohnt.³⁵ Auch wenn die inhaltlichen Anforderungen an das „Wohnen“ wenig geklärt sind, so ist doch erforderlich, dass eine Person die fragliche Räumlichkeit wenigstens vorübergehend zum räumlichen Mittelpunkt seines Lebens gemacht hat.³⁶

Die Dreizimmerwohnung im ersten Stock wurde von niemandem mehr bewohnt, weil die Mieter bereits vor dem Verkauf ausgezogen sind und K diese Wohnung nicht bezogen hat. Die Begründung der Wohnnutzung eines Objektes ist tatsächlicher Art, die Entwidmung aber auch. In casu hat nie-

mand die Wohnung im ersten Geschoss mehr bewohnt. Deshalb handelt es sich bei der Wohnung nicht um eine Wohnung, die der tatsächlichen Nutzung zu solchen Zwecken dient. § 306a Abs. 1 Nr. 1 StGB ist damit nicht erfüllt.

In Betracht kommt aber § 306a Abs. 1 Nr. 3 StGB. Dafür muss die Gaststätte zeitweilig dem Aufenthalt von Menschen dienen. Dies bestimmt sich ebenso wie bei der Nr. 1 allein nach der tatsächlichen Nutzung.

Ein taugliches Tatobjekt ist die Räumlichkeit aber nur dann, wenn die Brandstiftung zu einem Zeitpunkt begangen wird, zu dem sich üblicherweise Menschen in dem Objekt aufzuhalten pflegen. Maßgeblich ist deshalb, ob es sich um einen solchen Zeitpunkt handelt, zu dem sich Menschen nach der konkreten Nutzung des fraglichen Objekts typischerweise in der Räumlichkeit aufhalten.³⁷

Das ist hier zu verneinen. S betreibt die Gaststätte nur im Sommer und auch dann nur am Wochenende. Dies stellt der Sachverhalt ausdrücklich klar. Die Brandlegung erfolgt deshalb zu einem Zeitpunkt, in dem die Gaststätte nicht üblicherweise dem Aufenthalt dient. Vielmehr kann H sich darauf verlassen, dass die Gaststätte im Dezember nicht von Menschen besucht wird. Deshalb scheidet auch § 306a Abs. 1 Nr. 3 StGB aus.

2. Ergebnis

H hat sich deshalb nicht wegen schwerer Brandstiftung nach § 306a Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

III. Schwere Brandstiftung, § 306a Abs. 2 StGB, durch das Anzünden der Küche

H könnte sich aber wegen schwerer Brandstiftung nach § 306a Abs. 2 StGB strafbar gemacht haben, indem er den F in die Gefahr einer Gesundheitsschädigung gebracht hat.

1. Objektiver Tatbestand

Es ist schon fraglich, ob überhaupt ein taugliches Tatobjekt vorliegt. § 306a Abs. 2 StGB verweist auf die Tatobjekte des § 306 StGB. Das Haus ist für H nicht fremd. Nach ganz h.M. verweist § 306a Abs. 2 StGB aber nur auf die benannten Objekte, ohne die Fremdheit in den Verweis einzubeziehen.³⁸ Vereinzelt wird dies aber bezweifelt³⁹, weil der Wortlaut eher auf einen vollumfänglichen Verweis auf § 306 StGB spreche und deshalb auch die Fremdheit einzubeziehen sei. Das überzeugt aber nicht. § 306a Abs. 2 StGB ist ein konkretes Gefährdungsdeldikt und soll nicht etwa das Eigentum schützen.⁴⁰ Deshalb ist es für diesen Tatbestand unerheblich, in welchem Eigentum das Tatobjekt steht. Für eine Einbeziehung des Adjektivs fremd gibt weder der Sinn des Gesetzes noch sein

³⁵ BGHSt 23, 60 (62); 26, 121; RGSt 60, 136 (137); Radtke, ZStW 110 (1998), 848 (864); Krumme, Die Wohnung im Recht, 2004, S. 254; Rengier (Fn. 26), § 40 Rn. 19 ff.

³⁶ BGHSt 10, 215; BGH NStZ 1984, 455; BGH StV 2001, 576; Geppert, Jura 1998, 597 (600); Radtke, Die Dogmatik der Brandstiftungsdeldikte, 1998, S. 160 ff.; Fischer (Fn. 15), § 306a Rn. 4.

³⁷ BGHSt 23, 62; BGH BeckRS 2007, 04619; Fischer (Fn. 15), § 306a Rn. 7; Joecks/Jäger (Fn. 15), § 306a Rn. 11.

³⁸ BGH NStZ 1999, 32 (33); BGH NJW 2011, 765 f.; BGH StV 2001, 16; BGH NStZ-RR 2000, 209; Rengier, JuS 1998, 397 (398); Wessels/Hettinger/Engländer (Fn. 30), Rn. 969.

³⁹ Wolters, JR 1998, 273; Fischer (Fn. 15), § 306a Rn. 10a.

⁴⁰ Kindhäuser (Fn. 3), § 306a Rn. 1; Heine/Bosch, in: Schönlke/Schröder (Fn. 13), § 306a Rn. 16.

Wortlaut eine ausreichende Begründung. Das Gebäude ist deshalb ein taugliches Tatobjekt. Dieses hat H auch in Brand gesetzt.

H müsste einen Menschen in die Gefahr der Gesundheitsschädigung gebracht haben. Diese konkrete Gefahr muss „durch“ die Brandlegung entstanden sein, d.h., es ist ein kausaler Zusammenhang erforderlich. Ausreichend sind aber auch Gesundheitsschädigungen durch riskante Rettungshandlungen⁴¹, weil die Brandstiftung nicht hinweggedacht werden kann, ohne dass der Erfolg – die Gesundheitsschädigung – entfielen.

Die Gefahr muss aber nicht nur kausal, sondern darüber hinaus auch objektiv zurechenbar herbeigeführt worden sein.

Grundsätzlich ist ein Erfolg objektiv zurechenbar, wenn sich in ihm das gesetzte Risiko der Handlung realisiert.⁴² Das ist hier zu bejahen, weil es das Risiko einer Brandstiftung ist, dass rettende Personen in der Folge des Brandes zu Schaden kommen.

Allerdings wird die objektive Zurechnung in einer Reihe von Fallgruppen in einem zweiten Schritt ausgeschieden.⁴³ Zu diesen Fallgruppen gehört auch das Dazwischentreten des Opfers, das unter engen Voraussetzungen den Zurechnungszusammenhang unterbrechen kann.⁴⁴ Ausgangspunkt der Diskussion ist dabei das Prinzip der Eigenverantwortlichkeit.⁴⁵ Da der Retter die Gefahr auf Grund eines eigenen Entschlusses auf sich nimmt, ist seine spätere Verletzung nicht in allen Fällen dem Brandstifter zuzurechnen. Auch die Rechtsprechung erkennt seit dem Heroin-Spritzen-Fall⁴⁶ den Ausschluss

der Zurechnung bei der eigenverantwortlichen Selbstgefährdung an.

Dieser Entschluss kann die Verantwortung zum Opfer selbst verschieben. Dies kann aber nur gelten, wenn sein Handeln den Zurechnungszusammenhang auch unterbricht, weil es sein freier Wille war, sich in Gefahr zu begeben.⁴⁷ Es ist in den Retterfällen deshalb danach zu fragen, ob der Verletzte eigenverantwortlich gehandelt hat oder in der konkreten Situation die Rettungsmaßnahme so dringlich erschienen ist, dass die Eigenverantwortlichkeit ausgeschlossen ist und der Erfolg deshalb dem Brandstifter zuzurechnen ist.⁴⁸

Unterschieden wird dabei danach, ob sich der Retter aus unvernünftigen Gründen in die Gefahr begeben hat oder aufgrund einer Pflicht, die ihn beruflich oder moralisch so sehr unter Druck setzt, dass kein eigenverantwortliches Handeln mehr vorliegt.⁴⁹ Es sei offensichtlich verfehlt, Berufsretter aus dem Schutzbereich der Norm herauszunehmen, da es ihre Aufgabe ist, Leben und andere Rechtsgüter zu retten.⁵⁰ Bei einem Privaten wird dagegen danach differenziert, zur Rettung welcher Rechtsgüter er einschreitet.⁵¹ Ein Privater, der zur Rettung einer Katze in ein brennendes Haus stürzt, ist deshalb weniger schützenswert als ein solcher, der Leben retten will oder gar das Leben seiner eigenen Kinder. Dieser Differenzierung ist zuzustimmen, so dass die Verletzung des F dem H zuzurechnen wäre. Allerdings ist dann eine Ausnahme zu machen, wenn der Berufsretter seinerseits nicht vernünftig handelt, weil er sich in eine über Gebühr große Gefahr begibt und dies entgegen den Berufsobliegenheiten professioneller Retter. Eine nicht vorhergesehene Gefahr kann nicht mehr dem Brandstifter zugerechnet werden, sondern beruht maßgeblich auf dem Entschluss des sich freiwillig in eine unnötige Gefahr Begebenden. Letztlich entscheidet dieser sich eigenverantwortlich entgegen der Vernunft zu überzogenen Rettungsmaßnahmen. So liegt der Fall hier. M stürzt in das Haus, obwohl der Truppenleiter eine gegenteilige Anweisung gegeben hat. M handelte damit nicht aufgrund seiner Berufspflichten, sondern aufgrund eines eigenen selbst zu verantwortenden Beschlusses. Damit ist die Gesundheitsschädigung nicht dem H zuzurechnen.

2. Ergebnis

H hat sich nicht wegen schwerer Brandstiftung strafbar gemacht.

⁴¹ Fischer (Fn. 15), § 306a Rn. 11.

⁴² Kretschmer, Jura 2008, 265; Kaspar, JuS 2012, 112; von der Meden, JuS 2015, 22 (23); Puppe, GA 2015, 203 (205); Kühl, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 2017, § 4 Rn. 43.

⁴³ Fallgruppen, die das das rechtlich relevante Risiko ausschließen: Erlaubtes Risiko, vgl. Rönnau, JuS 2011, 311; von der Meden, JuS 2015, 22; Eisele (Fn. 3), Vor § 13 ff. Rn. 99a; Joecks/Jäger (Fn. 15), Vor § 13 Rn. 49; Risikoverringerung, vgl. Kühl, JA 2009, 321 (326), Frisch, JuS 2011, 116f.; Allgemeines Lebensrisiko, vgl. Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht Allgemeiner Teil, 49. Aufl. 2019, Rn. 267. Fallgruppen, die die Realisierung des Risikos im konkreten Erfolg ausschließen: Freiverantwortliche Selbstschädigung, vgl. Christmann, Jura 2002, 679; Renzikowski, JR 2001, 248 (249), Kudlich, JA 2012, 681 (685); Eisele, JuS 2012, 577; Eigenverantwortliches Dazwischentreten eines Dritten, vgl. Geppert, Jura 2001, 490; Atypischer Kausalverlauf, vgl. Kretschmer, Jura 2000, 267; Kudlich, JA 2010, 681 (685); Puppe, GA 2015, 203 (205); fehlender Pflichtwidrigkeitszusammenhang, vgl. Magnus, JuS 2015, 402 ff.; Schutzzweck der Norm, vgl. Wessels/Beulke/Satzger (a.a.O.) Rn. 264.

⁴⁴ Lason, ZJS 2009, 359 (363); Kühl (Fn. 42), § 4 Rn. 86; Krey/Esser, Deutsches Strafrecht, 6. Aufl. 2016, § 11 Rn. 355.

⁴⁵ BGH NJW 2016, 176 m. Anm. Schiemann/Eisele, JuS 2016, 76; OLG Stuttgart StraFo 2011, 281; Cancio Meliá, ZStW 111 (1999), 357 ff.; Kühl (Fn. 42), § 4 Rn. 83.

⁴⁶ BGHSt 32, 262.

⁴⁷ Kindhäuser (Fn. 3), Vor § 13 Rn. 156

⁴⁸ BGHSt 39, 322 (325 f.); OLG Stuttgart NSTz 2009, 331 ff.; Furukaus, GA 2010, 169 ff.; Radtke/Hoffmann, GA 2007, 208 ff.; Roxin, in: Paeffgen/Böse/Kindhäuser (Hrsg.), Festschrift für Ingeborg Puppe zum 70. Geburtstag, S. 909 (927 ff.).

⁴⁹ Amelung, NSTz 1994, 339; Derksen, NJW 95, 241; Murmann, Jura 2001, 260.

⁵⁰ Satzger, Jura 2014, 695 (706); Radtke/Hoffmann, GA 2007, 208 (214).

⁵¹ Heine/Bosch (Fn. 40), § 306c Rn. 6 f.

IV. Besonders schwere Brandstiftung, § 306b Abs. 1 und 2 StGB, durch das Anzünden der Küche

Eine Strafbarkeit wegen besonders schwerer Brandstiftung scheidet aus, weil für diese Erfolgsqualifikation eine Brandstiftung nach § 306 StGB oder § 306a StGB erforderlich wäre, die hier nicht vorliegt.

V. Brandstiftung mit Todesfolge, § 306c StGB

H könnte sich, indem er den Brand in der Gaststätte verursacht hat, wegen Brandstiftung mit Todesfolge nach § 306c StGB strafbar gemacht haben.

Erforderlich für die Brandstiftung mit Todesfolge ist die Verwirklichung eines Grunddelikts der Brandstiftung. Vorliegend war sowohl das Grunddelikt des § 306 StGB als auch das Grunddelikt des § 306a StGB zu verneinen.

Eine Brandstiftung mit Todesfolge scheidet deshalb schon wegen des fehlenden Grunddelikts aus.

VI. Fahrlässige Tötung, § 222 StGB, durch Anzünden der Küche

Eine fahrlässige Tötung scheidet ebenfalls aus, weil der Tod ebenso wenig wie die Gesundheitsgefährdung dem H aufgrund des eigenverantwortlichen Handelns des M nicht zurechnet werden kann.

VII. Versuchter Betrug, §§ 263 Abs. 1, 22, 23 StGB durch das Anzünden der Küche

[Bitte Obersatz einfügen]

1. Vorprüfung

Zu einer Auszahlung der Versicherungssumme kam es nicht. Der Versuch ist nach § 263 Abs. 2 StGB strafbar.

2. Tatentschluss

H hatte den Vorsatz, seine Versicherung darüber zu täuschen, dass das Gebäude zerstört sei, aber nicht von ihm in Brand gesetzt wurde. Dadurch wollte er einen Irrtum hervorrufen, der zu der Vermögensverfügung in Form der Bewilligung der Versicherungssumme führen sollte. Auf diese hatte er keinen Anspruch, weil die Versicherung bei Brandstiftung nur zahlen muss, wenn der Versicherungsnehmer den Brand nicht selbst legt.⁵² H hatte also den Tatentschluss, einen Betrug zu begehen.

3. Unmittelbares Ansetzen

Zu diesem Betrug hat H aber noch nicht unmittelbar angesetzt. Die Zerstörung der Sache ist eine reine Vorbereitungs-handlung, welche der Schadensmeldung vorgelagert ist. Letztlich schafft die Brandlegung nur die Voraussetzung für eine später zu begehende Täuschung. Damit setzt H aber noch nicht zu der für den Betrug erforderlichen Tathandlung

an, sondern schafft nur tatsächliche Bedingungen, diese später zu begehen.

4. Ergebnis

H hat sich nicht wegen versuchten Betrugs strafbar gemacht.

VIII. Versicherungsmissbrauch, § 265 StGB

H könnte sich wegen Versicherungsmissbrauchs gem. § 265 StGB strafbar gemacht haben, indem er seine Immobilie anzündete.

1. Objektiver Tatbestand

H hat eine gegen Beschädigung versicherte Sache zerstört, indem er die Immobilie in Brand setzte.

2. Subjektiver Tatbestand

H handelte vorsätzlich und um sich Leistungen aus der Feuerversicherung zu verschaffen.

3. Rechtswidrigkeit und Schuld

Rechtfertigungsgründe und Schuldausschlussgründe sind nicht ersichtlich.

4. Ergebnis

H hat sich wegen Versicherungsmissbrauch nach § 265 StGB strafbar gemacht.

IX. Hausfriedensbruch, § 123 StGB

H könnte sich wegen Hausfriedensbruchs strafbar gemacht haben, indem er die Küche der Gaststätte betreten hat.

Voraussetzung ist, dass H gegen den Willen des S eingedrungen ist. Ein Eindringen liegt nicht vor, wenn die Berechtigten mit dem Betreten der Gaststätte einverstanden waren. Hier hatte S dem H einen Schlüssel zur Verfügung gestellt, damit er in den Wintermonaten in der Gaststätte nach dem Rechten sehe. Es liegt deshalb ein grundsätzliches Einverständnis darüber vor, dass H die Räume betreten darf.

Konkurrenzen und Gesamtergebnis

H hat sich nach §§ 263 Abs. 1, 13 StGB strafbar gemacht. Fraglich ist, in welchem Verhältnis §§ 263 Abs. 1, 22, 23 StGB zu dem vollendeten Delikt steht. Der Betrugsversuch vor Gericht könnte als mitbestrafte Nachtat zum vorangegangenen Betrug gelten. Dagegen spricht aber, dass der Schaden des K durch den erneuten Betrugsversuch vertieft worden wäre⁵³ (Prozesskosten!). Dazu tritt in Tateinheit § 265 StGB.

K hat sich nach §§ 159, 153, 30 Abs. 1 S. 1 Var. 1 StGB strafbar gemacht.

S bleibt straflos.

⁵² Vgl. § 81 VVG; Ausführlicher siehe *van Bühren*, Handbuch Versicherungsrecht, 7. Aufl. 2017, § 3 Rn. 130, § 4 Rn. 190.

⁵³ BGH NStZ 2001, 195; *Fischer* (Fn. 15), vor § 52 Rn. 66.