

Übungsfall: Jacqueline und der Fluch der Damenhandtasche

Von Diplom-Jurist **Sascha Sebastian**, M.mel., Diplom-Jurist **Henning T. Lorenz**, Halle (Saale)*

Der Fall wurde an der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg im Sommersemester 2016 als Anfängerhausarbeit gestellt. Er richtet sich damit an Studierende des 2. und 4. Semesters. Neben einer Auseinandersetzung mit den Problemen des Falles kam es vor Allem auf eine gute Schwerpunktsetzung und eine effektive Argumentationsweise an.

Sachverhalt

Jacqueline (J) ist Auszubildende im örtlichen Seniorenheim. Ihre Passion sind jedoch Schmink-Videos auf YouTube, wo sie unter dem Handle „SweetJacky93“ die neuesten Trends aus der Welt des Makeups vorstellt. Leider handelt es sich hierbei um ein teures Hobby und „SweetJacky93“ ist nicht bekannt genug, um die Produkte gesponsert zu bekommen. J hält daher stets Ausschau nach kreativen Möglichkeiten, um Geld zu „verdienen“:

Da es Besuchern des Seniorenheims verboten ist, Taschen oder Rucksäcke mit auf die Zimmer der Bewohner zu nehmen, gibt es eine Reihe von Schließfächern im Eingangsbereich. Dort erblickt J die einfältige Emma (E) und deren umwerfende Louis Vuitton Neverfull Handtasche, deren Inhalt ihrem hochwertigen Äußeren vermutlich in nichts nachsteht. J stellt sich der E – zutreffend – als Angestellte des Seniorenheims vor und bietet ihr an, die Tasche für sie sicher einzuschließen. E stimmt zu und übergibt die Tasche an J, von der sie sodann sicher in einem der Schließfächer verstaut wird. Was E nicht weiß: J hatte zuvor bereits ein anderes Schließfach verschlossen, ohne etwas darin zu lagern und somit bereits einen Schließfachschlüssel in ihrem Besitz. Es ist dieser Schlüssel, welchen J sodann der E überreicht. Den Schlüssel zum Schließfach mit der Tasche behält sie zunächst. Ca. eine Stunde vor Ende der Besuchszeit – wenn das Foyer des Seniorenheims erfahrungsgemäß am ruhigsten ist – nutzt J einen scheinbar unbeobachteten Moment dazu, die Tasche aus dem Schließfach zu holen und sich plangemäß auf den Weg nach draußen zu machen.

Unmittelbar vor dem Eingang zum Seniorenheim wird J vom Wachmann Warnfried (W) angesprochen. Er teilt ihr mit, dass er „alles gesehen“ habe und ihr gern – freilich gegen einen Anteil an der Beute – helfen möchte, unerkannt zu entkommen. Er informiert sie außerdem, dass der Parkplatz vor dem Hauptgebäude videoüberwacht sei, weswegen J im Nachhinein leicht ausgemacht werden könne. Die beiden verabreden daher, dass W das Diebesgut in seinem – unmittelbar vor dem Eingang geparkten – Fiat Panda verstauen

wird, bis „Gras über die Sache gewachsen ist“. Der Inhalt der Tasche soll zu einem späteren Zeitpunkt gleichmäßig aufgeteilt werden. J stimmt dem zu. Während W sodann die Tasche in den Kofferraum seines Autos bugsiiert, um später damit heimfahren zu können, begibt sich J auf den Weg zur nahegelegenen U-Bahn-Haltestelle.

Dort angekommen, bemerkt J, dass sie gar kein Geld bei sich hat. Da Kontrollen auf dieser Linie aber ohnehin die Ausnahme und die Wagons auch nicht videoüberwacht sind, beschließt sie kurzerhand „schwarzzufahren“. Gleich an der nächsten Haltestelle muss J jedoch beobachten, wie drei Kontrolleure in den vorderen Teil des Waggons einsteigen. Sie entscheidet sich daher, noch schnell aus der hinteren der drei Waggontüren zu verschwinden. Dies alles wird vom bulligen Bobfried (B) bemerkt, dessen mangelnde Intelligenz mit einem starken Gerechtigkeitsempfinden einhergeht. Der passionierte Hobbyjurist meint, dass das Handeln der J zwar nicht strafbar sei und er auch keine Zuständigkeit für das Eintreiben des „erhöhten Beförderungsentgeltes“ habe. Auf der anderen Seite könne es aber auch nicht sein, dass sich „richtig“ und „falsch“ allein nach den Buchstaben des Gesetzes richten. Nach einem kurzen inneren Monolog ergreift er daher die J und teilt ihr mit, dass die anderen Fahrgäste ein Ticket gelöst haben und sie sich „nicht so anstellen“ solle. Als J daraufhin versucht, sich durch Tritte gegen den Unterleib des B zu befreien, tritt er ihr mit den Worten „wer nicht hören will, muss humpeln!“ so hart gegen das linke Knie, dass sie zu Boden fällt und später nur mit Hilfe des verständigten Krankenwagens nach Hause gelangt. Dauerhafte Verletzungen trägt J zwar nicht davon, allerdings hofft sie, die nun fälligen 60 € aus der Tatbeute entrichten zu können.

Es kommt ihr daher durchaus Recht, dass sie noch am selben Abend einen Anruf von W erhält. Weniger erfreut ist sie jedoch, als dieser ihr mitteilt, dass er doch noch nicht „alles gesehen“ habe und sie auffordert, am nächsten Abend Geschlechtsverkehr mit ihm zu haben. Um seiner Forderung Nachdruck zu verleihen, weist W die J darauf hin, dass das Foyer des Seniorenheims videoüberwacht sei und er die entsprechende Datei, verbunden mit einer Strafanzeige, bereits an die örtliche Polizeiwache weitergeleitet habe. Allerdings kenne er den zuständigen Wachtmeister, sodass es kein Problem wäre, das Ganze unter den metaphorischen Tisch fallen zu lassen. J ist angewidert, kommt der Aufforderung aber nach, um ein Auffliegen der Tat zu verhindern. Beim anschließenden Aufteilen der Beute stellen J und W entsetzt fest, dass es sich bei der Handtasche der E um eine wertlose Imitation handelt und sich darin lediglich ein hartgekochtes Ei und ein Mettwurstbrötchen befinden.

Aufgabe

Wie haben sich J, W und B nach dem StGB strafbar gemacht?

* Der Autor Sebastian ist Wiss. Mitarbeiter im durch das Bundesministerium für Bildung und Forschung geförderten Drittmittelprojekt „Prävention von Kapitalmarktdelikten und Risiken der Geldwäsche“ am Lehrstuhl für Strafrecht und Strafprozessrecht (Prof. Dr. Christian Schröder). Der Autor Lorenz ist Wiss. Mitarbeiter am Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht und Medizinrecht (Prof. Dr. Henning Rosenau) und Repetitor für das Juristische Repetitorium hemmer.

Bearbeitervermerk

Eventuell erforderliche Strafanträge sind gestellt. § 240 Abs. 4 StGB ist nicht zu prüfen. Es ist auf alle Rechtsprobleme des Falles – gegebenenfalls in einem Hilfsgutachten – einzugehen.

Lösungsvorschlag**1. Tatkomplex: „Taschenspielertrick“****A. Strafbarkeit der J****I. Wegen § 263 Abs. 1 StGB (Betrug)**

J könnte sich gemäß § 263 Abs. 1 StGB eines eigennützigem Betrug gegenüber und zu Lasten der E schuldig gemacht haben, indem sie sich den Schlüssel von E herausgeben lies.

1. Objektiver Tatbestand

Eine Täuschung ist eine vom Opfer wahrnehmbare – ausdrückliche oder konkludente – unwahre Tatsachenbehauptung.¹ In Betracht kommt zunächst eine *ausdrücklich Täuschung* durch die Aussage, beim Verstauen der Tasche helfen zu wollen. Allerdings war diese Tatsachenbehauptung zutreffend. In dieser Aussage ist auch keine *konkludente Erklärung* darüber zu erblicken, dass die E später auch den richtigen Schlüssel erhalten werde, denn diese musste sich darüber zu diesem Zeitpunkt noch keine Gedanken machen.

Bei der Herausgabe der Tasche wurde E von J mithin nicht getäuscht.

2. Zwischenergebnis

J hat sich mangels Täuschung der E keines Betrug schuldig gemacht.

II. Wegen § 242 Abs. 1 StGB (Diebstahl)

J könnte sich eines Diebstahls nach § 242 Abs. 1 i.V.m. § 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 StGB schuldig gemacht haben, indem sie die Handtasche der E in einem Schließfach verstaute, auf deren Schlüssel nur sie Zugriff hatte.

1. Objektiver Tatbestand

Die Handtasche und deren Inhalt waren für J fremde bewegliche Sachen.

Wegnahme ist der Bruch fremden und die Begründung neuen Gewahrsams,² wobei unter Gewahrsam die sozialnormative Zuordnung einer Sache zur Herrschaftssphäre einer Person zu verstehen ist.³

Fremder Gewahrsam – solcher der E – bestand zunächst, als E die Tasche bei sich trug und damit die ihr zugeordnete Sachherrschaft, sogar unmittelbar, ausübte. Die Übergabe der Tasche an J änderte hieran zunächst nichts, denn E wollte den

Gewahrsam nicht *vollständig und unmittelbar* auf J übertragen; also über ihren Gewahrsam verfügen.⁴ Sie willigte lediglich in eine Gewahrsamslockerung ein, sodass für einen Gewahrsamsbruch – also ein Handeln gegen ihren Willen oder ohne ihr Wissen – weiterhin Raum war.⁵

Durch das Verbringen in ein Schließfach, auf welches allein die J Zugriff hatte und deren Inhalt daher ihrer Herrschaftssphäre zuzuordnen war, begründete diese neuen, eigenen Gewahrsam an der Sache. Die E wusste nicht, dass die Tasche in ein Schließfach verbracht werden würde, auf welches sie keinen Zugriff hat. Der Gewahrsamswechsel geschah daher ohne das Einverständnis der Berechtigten, also im Wege des Bruches.⁶

Der objektive Tatbestand ist mithin erfüllt.

*2. Subjektiver Tatbestand**a) Vorsatz*

Vorsatz ist der Wille zur Verwirklichung eines Straftatbestandes in Kenntnis all seiner objektiven Umstände.⁷

J war sich bewusst darüber, dass die Tasche und deren Inhalt nicht in ihrem Eigentum standen. Um jedoch selbst daran gelangen zu können, wollte sie beides aus dem Herrschaftsbereich der E entfernen. Da die Werthaltigkeit der (fremden beweglichen) Sache(n) kein Umstand ist, der zum gesetzlichen Tatbestand gehört, hat es zudem keinen Einfluss auf den Vorsatz der J, dass sie sich über den Inhalt und den Wert der Tasche irrte. Es handelt sich im Hinblick auf § 16 Abs. 1 S. 1

⁴ So die h.M. BGHSt 41, 198; *Cramer/Perron*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 29. Aufl. 2014, § 263 Rn. 60; *Fischer* (Fn. 1), § 263 Rn. 74; *Küper/Zopfs*, Strafrecht, Besonderer Teil, 9. Aufl. 2015, S. 402; *Wessels/Hillenkamp* (Rn. 3), Rn. 518; *Saliger*, in: Matt/Renzikowski (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 2013, § 263 Rn. 124. Gegen das Erfordernis eines Verfügungsbewusstseins *Tiedemann*, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 9/1, 12. Aufl. 2012, § 263 Rn. 118; *Kindhäuser*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 3, 4. Aufl. 2013, § 263 Rn. 223.

⁵ *Rengier*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 1, 18. Aufl. 2016, § 13 Rn. 67, 69; *Saliger* (Fn. 4), § 263 Rn. 119 m.w.N.

⁶ Vgl. *Eisele*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 3. Aufl. 2015, Rn. 26; *Krey/Hellmann/Heinrich*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 17. Aufl. 2015, Rn. 31 f. m.w.N.

⁷ BGHSt 36, 1 (10); *Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 45. Aufl. 2015, Rn. 203; Zur Herleitung auch *Kühl*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 7. Aufl. 2012, § 5 Rn. 6. Aufgrund ihrer mangelnden Subsumierbarkeit sowie der begrifflichen Ungenauigkeit sollte jedenfalls die „Kurzformel“ vom „Wissen und Wollen der Tatbestandsverwirklichung“ vermieden werden! (Hierzu *Hruschka*, Strafrecht nach logisch-analytischer Methode, S. 436; *Freund*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 2008, § 7 Rn. 41 und *Sternberg-Lieben/Sternberg-Lieben*, JuS 2012, 884).

¹ Vgl. *Fischer*, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 64. Aufl. 2017, § 263 Rn. 14; *Pawlik*, StV 2003, 297.

² *Heinrich*, in: Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf, Strafrecht, Besonderer Teil, 3. Aufl. 2015, § 13 Rn. 37 m.w.N.

³ *Schmidt/Priebe*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 16. Aufl. 2016, Rn. 34; *Wessels/Hillenkamp*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 38. Aufl. 2015, Rn. 82 ff.

StGB daher um einen unbeachtlichen Motivirrtum (sog. „error in objecto“).⁸

b) Absicht rechtswidriger Zueignung

Mit Zueignungsabsicht handelt derjenige, der sich an einer fremden Sache eine eigentümerähnliche Herrschaftsmacht anmaßt, indem er die Sache selbst oder den in ihr verkörperten Sachwert dem eigenen Vermögen oder dem Vermögen eines Dritten zumindest vorübergehend einverleiben (= Aneignung) und den Eigentümer dauerhaft aus dessen Eigentümerposition verdrängen (= Enteignung) will.⁹ Für die Aneignung ist Absicht erforderlich, für die Enteignung bereits dolus eventualis ausreichend.¹⁰

Im Hinblick auf das Vorstellungsbild der J muss jedoch differenziert werden:

aa) Absicht hinsichtlich der Zueignung der Tasche

Ihr kam es gerade (auch) darauf an, die Tasche, welche sie für eine wertvolle Designerhandtasche hielt, zu erlangen. Dass sie sich hierbei über den Wert der Tasche irrte, ist auch hier unbeachtlich. Zwar wird es durchaus unterschiedlich beurteilt, inwiefern der Wert des Tatobjektes eine Rolle im Rahmen der Zueignungsabsicht spielt (dazu sogleich), allerdings kommt es hierauf nicht an, wenn die Sache jedenfalls vorübergehend als Transportmittel für einen darin vermuteten Inhalt genutzt werden soll.¹¹ Gerade diese ausschließliche Nutzung der Sache ist eine allein dem Eigentümer zustehende Befugnis, welche sich J hier anmaßte. Dies erfolgte zudem unter Inkaufnahme der dauerhaften Verdrängung der E aus ihrer Eigentümerposition. Ferner hatte J keinen fälligen und einredefreien Anspruch auf die Tasche und wusste dies, weshalb sie in der Absicht rechtswidriger¹² Zueignung handelte.

⁸ Wessels/Hillenkamp (Fn. 3), Rn. 138 m.w.N.; zur Notwendigkeit der Prüfung auch des Inhaltes vgl. Küper/Zopfs (Fn. 4), S. 505.

⁹ Kretschmer, in: Hoffmann-Holland (Hrsg.), Strafrecht, Besonderer Teil, 2015, Rn. 791; Wessels/Hillenkamp (Fn. 3), Rn. 150.

¹⁰ Eisele (Fn. 6), Rn. 69, 78.

¹¹ Hierzu LG Düsseldorf NStZ 2008, 155 (156); Kindhäuser, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 9. Aufl. 2016, § 2 Rn. 101. Der BGH (etwa BGH, Beschl. v. 8.9.2009 – 4 StR 354/09) schließt hingegen von dem Nachtatverhalten, namentlich dem Wegwerfen eines Transportbehältnisses, darauf, dass es dem Täter zum Zeitpunkt der Wegnahme nicht um eine Einverleibung in das eigene Vermögen gegangen sein kann und lehnt daher eine Zueignungsabsicht ab. Zutreffend kritisch hierzu Sinn, ZJS 2010, 274 (275), der bei einer nach dem Tatplan notwendigen Nutzung des Behältnisses – wie im vorliegenden Fall – eine Zueignungsabsicht annimmt. Ein bloßer Sachentzug läge hingegen vor, wenn die J sich dem Behältnis hätte sofort entledigen wollen, vgl. Eisele (Fn. 6), Rn. 85 m.w.N.

¹² Schmidt, in: Matt/Renzikowski (Fn. 4), § 242 Rn. 36 ff. m.w.N.

bb) Absicht hinsichtlich der Zueignung des vermuteten Inhaltes

Ob bzw. wie sich die Fehlvorstellung der J über den Wert des Inhaltes der Tasche auf eine mögliche Zueignungsabsicht auswirkt, ist indes zu diskutieren.

(1) Für eine Beachtlichkeit des Irrtums scheint zunächst die Tatsache zu sprechen, dass Gegenstand der Zueignung nicht nur die Substanz der Sache selbst, sondern auch ein dieser innewohnender Wert sein kann (s.o.). Insofern leuchtet es prima facie ein, den Wert des Zueignungsgegenstandes bei der Beurteilung des Vorliegens der entsprechenden Absicht jedenfalls zu berücksichtigen. Das wirft jedoch die Frage auf, ob der tatsächlich erlangte Gegenstand lediglich (irgend) ein werthaltiger Gebrauchsgegenstand¹³ sein muss, welchen der Täter seinerseits benutzen, veräußern oder weitergegeben kann oder ob er – in den Augen des Täters – tatsächlich „etwas Wertvolles“¹⁴ sein muss.

Die von J erbeuteten Lebensmittel mögen keinen hohen Wert haben, können von ihr aber grundsätzlich verwertet bzw. verbraucht werden. „Wertvoll“ sind sie in ihren Augen freilich nicht. Es wäre demnach notwendig, zu beurteilen, ob es J bei ihrem Handeln um den Erwerb von etwas Wertvollem oder etwas Verwertbarem ging.

(2) Bei genauerer Betrachtung liegt jedoch beiden Auslegungsmöglichkeiten ein falsches Verständnis des Unterschiedes von erfolgsbezogenem Wegnahmevorsatz und der Zueignungsabsicht als überschießender Innentendenz zugrunde.¹⁵ Während ersterer nämlich auf das reale (Tat-)Objekt gerichtet sein muss, kommt es für letztere allein auf die Vorstellung des Täters zum Zeitpunkt der Wegnahme an. Das wird deutlich, wenn man bedenkt, dass es für den Diebstahl unerheblich ist, wenn die Zueignung scheitert oder der Täter später seine Meinung über den weggenommenen Gegenstand ändert. Diese Interpretation der Zueignungsabsicht hat zudem den Vorteil, dass sie die gesetzlich vorgesehene Parallelität des Diebstahls und des Betruges beibehält, bei dem es nämlich – für die Bereicherungsabsicht – keine Rolle spielt, ob sich der Täuschende über den Wert des Verfügungsgegenstandes irrt.¹⁶

Die Fehlvorstellung der J ist dementsprechend unbeachtlich. Sie wollte sich auch den Inhalt der Tasche zueignen.

Hinweis: Die andere Auffassung war mit entsprechenden Argumenten genauso gut vertretbar. Dann war der subjektive Tatbestand nur hinsichtlich der Tasche erfüllt.

c) Zwischenergebnis

Sowohl bzgl. der Tasche als auch des Inhaltes ist der subjektive Tatbestand erfüllt.

¹³ Vgl. die Darstellung bei OLG Düsseldorf 2008, 155 (156).

¹⁴ BGH NStZ 2006, 686 f.; Sinn, ZJS 2010, 274 ff.; Schmitz, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 5, 2. Aufl. 2014, § 263 Rn. 170.

¹⁵ OLG Düsseldorf 2008, 155; so auch Böse, GA 2010, 249.

¹⁶ Vgl. OLG Düsseldorf NStZ 2008, 155, allerdings zur Bereicherungsabsicht bei der räuberischen Erpressung.

3. Rechtswidrigkeit und Schuld

J handelte rechtswidrig und schuldhaft.

4. Strafzumessung

Man kann darüber nachdenken, ob das Schließfach eine besondere Wegnahmesicherung im Sinne von § 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 StGB ist. Allerdings wurde der Gewahrsam an der Tasche gerade durch das Einschließen in das Schließfach gebrochen, sodass die Sache zum Zeitpunkt der Sicherung bereits weggenommen war. Eine Auseinandersetzung mit der Frage, wie sich der Irrtum im Hinblick auf § 243 Abs. 2 StGB auswirkt, ist daher entbehrlich.¹⁷

5. Zwischenergebnis

J hat sich eines Diebstahls an der Tasche sowie deren Inhalts schuldig gemacht. Da es sich dabei um geringwertige Sachen handelt,¹⁸ ist von der E ein Strafantrag zu stellen (§§ 248a, 77 Abs. 1 StGB). Der Irrtum der J über den Wert der Sachen ist insofern unbeachtlich, weil der Vorsatz des Täters sich nicht auf die Strafverfolgungsvoraussetzungen erstrecken muss.¹⁹

III. Wegen § 263 Abs. 1 StGB ([Sicherungs-]Betrug)

J könnte sich gemäß § 263 Abs. 1 StGB eines eigennütigen (Sicherungs-)Betruges gegenüber und zu Lasten der E schuldig gemacht haben, indem sie dieser den falschen Schlüssel herausgab.

1. Objektiver Tatbestand

a) Täuschung

Zwar erklärte J bei der Herausgabe des Schlüssels ausdrücklich nichts, allerdings begründete die Vereinbarung zwischen ihr und E bei der Letztgenannten die Erwartung, den Schlüssel zum Schließfach mit der eigenen Handtasche zu erhalten. Die Herausgabe eines Schließfachschlüssels musste von E daher so verstanden werden, dass es sich um den korrekten Schlüssel handele (sog. „Negativtatsache“²⁰).

Die Täuschungshandlung der J bestand mithin in der sich aus den Umständen ergebenden (konkludenten) Behauptung, es handele sich um den korrekten Schließfachschlüssel.

b) Irrtum

Aufgrund der Täuschungshandlung ging E davon aus, den korrekten Schlüssel – nämlich jenen zum Schließfach mit ihrer Tasche – in der Hand zu halten. Ihre subjektive Vorstellung stimmte mithin nicht mit der Wirklichkeit überein.²¹ E unterlag einem Irrtum.

c) Vermögensverfügung

Unter Vermögensverfügung ist jedes Tun, Dulden oder Unterlassen mit unmittelbar vermögensmindernder Wirkung zu verstehen.²² Da der Gewahrsam an der Tasche zum Zeitpunkt der Tat (vgl. § 8 StGB) bereits gebrochen war, kommt eine – grundsätzlich mögliche²³ – Verfügung über denselben nicht (mehr) in Betracht.

Da die E dachte, sie erhalte den korrekten Schlüssel, sah sie davon ab, ihren Herausgabeanspruch (§ 985 BGB) gegenüber J geltend zu machen. Die Vermögensverfügung der E besteht mithin in diesem Unterlassen (sog. „Sicherungs-betrug“²⁴).

d) Vermögensschaden

Das Vermögen der E ist geschädigt, wenn die Saldierung aller Zu- und Abflüsse geldwerter Güter negativ ausfällt.²⁵ Hier verzichtete E täuschungsbedingt auf die Geltendmachung ihres Herausgabeanspruches bezüglich der Tasche und deren Inhalts. Hierfür wurde ihr keinerlei Gegenleistung gewährt, sodass ein insgesamt negativer Saldo und damit ein Vermögensschaden vorliegen.

e) Zwischenergebnis

Der objektive Tatbestand ist erfüllt.

2. Subjektiver Tatbestand

a) Vorsatz

J war sich bewusst, dass das Vermögen der E durch den täuschungsbedingten Verzicht auf die Geltendmachung des Anspruches geschädigt werden würde. Zur Sicherung des bereits erlangten Diebesgutes kam es ihr aber gerade hierauf an.

b) Absicht rechtswidriger und stoffgleicher Bereicherung

Ferner kam es J bei Ihrer Tat auf die eigene finanzielle Besserstellung an, wobei ihr klar war, dass ihr der erlangte Vorteil rechtlich nicht zustand (= rechtswidrige Bereicherung).²⁶ Da Nachteil der E und Vorteil der J zudem auf derselben Verfügung beruhen, besteht zwischen beiden auch Stoffgleichheit.²⁷

3. Rechtswidrigkeit und Schuld

Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe sind keine ersichtlich und an der Schuldfähigkeit der J bestehen keine Zweifel. Sie handelte rechtswidrig und schuldhaft.

¹⁷ Vgl. hierzu *Kindhäuser* (Fn. 4), § 243 Rn. 55 ff.

¹⁸ Zum Geringwertigkeitsbegriff *Wessels/Hillenkamp* (Fn. 3), Rn. 252 m.w.N.

¹⁹ *Schmitz* (Fn. 14), § 248a Rn. 14 m.w.N.

²⁰ Zum Begriff *Saliger* (Fn. 4), § 263 Rn. 12 m.w.N.

²¹ Vgl. *Beukelmann*, in: v. Heintschel-Heinegg (Hrsg.), Beck'scher Online Kommentar, Strafgesetzbuch, Stand: 1.6.2016, § 263 Rn. 23 m.w.N.

²² BGHSt 14, 170 (171); *Wessels/Hillenkamp* (Fn. 3), Rn. 515; *Rengier* (Fn. 5), § 13 Rn. 63.

²³ Zum Gewahrsam als tauglichen Verfügungsgegenstand beim Betrug vgl. *Ast*, NSTz 2013, 305 (307 f.) und *Sebastian*, Jura Studium & Examen (JSE) 2016, 64 (71 f.).

²⁴ *Hefendehl*, in: Joecks/Miebach (Fn. 14), § 263 Rn. 871 f.; *Wessels/Hillenkamp* (Fn. 3), Rn. 599

²⁵ *Kindhäuser* (Fn. 4), § 263 Rn. 248.

²⁶ *Saliger* (Fn. 4), § 263 Rn. 277 f., 289 f. m.w.N.

²⁷ *Fischer* (Fn. 1), § 263 Rn. 187 ff.

4. Zwischenergebnis

J hat sich eines eigennützig (Sicherungs-)Betruges gegenüber und zu Lasten der E schuldig gemacht.

B. Strafbarkeit des W**I. Wegen §§ 242 Abs. 1, 25 Abs. 2 StGB (Diebstahl in Mittäterschaft)**

W könnte sich eines mittäterschaftlich begangenen Diebstahls nach §§ 242 Abs. 1, 25 Abs. 2 schuldig gemacht haben, indem er J bei der Beutesicherung unterstützte.

1. Objektiver Tatbestand

W selbst hat die Tasche und deren Inhalt nicht weggenommen, sodass eine Tatbestandsverwirklichung nur in Frage kommt, wenn ihm das Verhalten der J nach § 25 Abs. 2 StGB zugerechnet werden kann. Hierfür wiederum sind ein gemeinsamer Tatplan und die gemeinsame Tatbegehung vonnöten.²⁸

a) Gemeinsamer Tatplan

Es ist nicht notwendig, dass ein Tatplan gemeinsam ausgearbeitet wird, vielmehr ist ein – auch stillschweigendes – Beitreten zu einem bestehenden Plan möglich, solange die anderen Mittäter hiermit einverstanden sind.²⁹

W wusste, was J tat und ihm war klar, dass eine Beutesicherung folgen müsse, da andernfalls keiner der beiden in den Genuss des Taterlöses kommen würde. Er trat mithin dem Plan der J bei, womit diese mangels Alternativen auch einverstanden war.

b) Gemeinschaftliche Tatbegehung

Im Hinblick auf das Erfordernis einer gemeinschaftlichen Tatbegehung erscheint fraglich, ob es zum Zeitpunkt des Eintretens des W überhaupt noch möglich war, Täter des Diebstahls zu werden. Solange noch nicht alle Merkmale des gesetzlichen Tatbestandes verwirklicht sind (sog. „Vollendungsphase“), ist gegen eine solche „sukzessive Mittäterschaft“ – bezüglich der noch zu verwirklichenden Merkmale – grundsätzlich nichts einzuwenden.³⁰ Allerdings hatte J den neuen (eigenen) Gewahrsam bereits begründet, sodass W „nur“ noch dazu beitragen konnte, die Tat zu einem tatsächlichen Abschluss zu bringen, indem er die Beute für J (und sich selbst) sicherte („sog. Beendigungsphase“).³¹

²⁸ Zur insoweit h.M. etwa *Rengier*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 2016, § 44 Rn. 2; *Maurach/Gössel/Zipf*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 2, 8. Aufl. 2014, § 49 Rn. 21 ff.; *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 2, 2003, § 25 Rn. 188 f.; *Wessels/Beulke/Satzger* (Fn. 7), Rn. 671 m.w.N. zu abweichenden Auffassungen.

²⁹ *Maurach/Gössel/Zipf* (Fn. 28), § 49 Rn. 31; *Roxin* (Fn. 28), § 25 Rn. 192 m.w.N.

³⁰ RGSt 8, 43; BGHSt 2, 345; *Lackner/Kühl*, Strafrecht, Kommentar, 28. Aufl. 2014, § 25 Rn. 10.

³¹ Vgl. zum Unterschied zwischen (normativer) Vollendung und (tatsächlicher) Beendigung der Tat *Schmidt*, Strafrecht,

aa) Beurteilt man die „Gemeinschaftlichkeit“ des Zusammenwirkens am Kriterium der sog. „Tatherrschaft“, so kommt es vor allem auf eine Befugnis bzw. die Fähigkeit zur Steuerung des Ablaufes der Tat an („planvoll lenkende In-Den-Händen-Halten des Geschehens“).³² „Gemeinschaftlich“ begangen im Sinne des § 25 Abs. 2 StGB ist eine Tat mithin dann, wenn alle Beteiligten für die „Steuerung“ der Tat gemeinsam („funktional“) verantwortlich sind, wobei diese Verantwortung auch in Form der arbeitsteiligen Begehung auf verschiedene Tätigkeiten im (Gesamt)Tatplan aufgeteilt werden kann.³³ Die Möglichkeit einer „sukzessiven“ Mittäterschaft in der Beendigungsphase scheidet hiernach bereits daran, dass ein nach Vollendung Hinzutretender die tatbestandsmäßige Ausführungshandlung, schon begriffslogisch nicht (mehr) (mit-)beherrschen kann.³⁴ Mit anderen Worten: die Sicherung der bereits weggenommenen Beute ist keine Wegnahme im Sinne des § 242 Abs. 1 StGB.³⁵ Es wäre jedoch denkbar, im Rahmen einer sog. „weiten Tatherrschaftslehre“ – welche den Begriff der „Tatherrschaft“ nicht auf die eigentliche Ausführungshandlung beschränkt – auch Tatbeiträge des Mittäters einzubeziehen, welche vor oder (sukzessive) nach der Tatausführung i.e.S. begangen werden.³⁶ Das Argumentationsmuster ähnelt dann jenem der „Normativen Kombinationstheorie“ der Rspr., indem das Kriterium der „Tatherrschaft“ eine (weitere) normative Aufladung erfährt.³⁷

Ohne W wäre die Tat der J wohl sehr schnell aufgefliegen, sodass dessen Beitrag der eigentlichen Tathandlung bei wertender Betrachtung in nichts nachsteht. Hält man dennoch daran fest, dass W die Tat – im Sinne der Verwirklichung des Tatbestandes (§ 11 Abs. 1 Nr. 5 StGB) – begriffslogisch nicht beherrschen kann, ist er kein Mittäter, jedoch möglicherweise („sukzessiver“) Teilnehmer.

bb) Es ist indes auch denkbar, die „Gemeinschaftlichkeit“ des Zusammenwirkens im Wege einer wertenden Gesamt-

Allgemeiner Teil, 16. Aufl. 2016, Rn. 637 f.; *Rengier* (Fn. 5), § 2 Rn. 195; *Wessels/Hillenkamp* (Fn. 3), Rn. 131 und *Sebastian*, Jura 2015, 992 (1002 f.).

³² Im Einzelnen: *Roxin*, Täterschaft und Tatherrschaft, 8. Aufl. 2006, 25 ff. Hierzu auch *Jäger*, Examens-Repetitorium Strafrecht, Allgemeiner Teil, 7. Aufl. 2015, § 6 Rn. 231 f.

³³ Vgl. *Schünemann*, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Strafrecht, Leipziger Kommentar, Bd. 1, 12. Aufl. 2007, § 25 Rn. 7; *Roxin* (Fn. 28), § 25 Rn. 27 ff.; *Sebastian*, JSE 2016, 64 (69).

³⁴ *Krey/Esser*, Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 2012, Rn. 1198; *Kühl* (Fn. 7), § 20 Rn. 127 f.; *Roxin* (Fn. 28), § 25 Rn. 227.

³⁵ *Krey/Esser* (Fn. 34), Rn. 967 m.w.N.

³⁶ So etwa *Hoyer*, in: Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafrecht, 32. Lfg., Stand: März 2000, § 25 Rn. 119; *Kühl* (Fn. 7), § 20 Rn. 110 ff.

³⁷ Vgl. bspw. die Darstellung bei *Jescheck/Weigend*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 1996, § 63 II. 2., der sukzessive Mittäterschaft auch in der Beendigungsphase zulässt. Ebenfalls eine sukzessive Mittäterschaft für möglich haltend *Heine/Weißer*, in: Schönke/Schröder (Fn. 4), § 25 Rn. 96.

betrachtung zu ermitteln (sog. „Normative Kombinations-theorie“). Hiernach ist anhand des Umfangs der Tatbeteiligung, des Eigeninteresses am Taterfolg und der Tatherrschaft bzw. des Willens hierzu ein objektiver Täter- oder Teilnehmerwille zu bestimmen.³⁸ Da die (funktionale) „Tatherrschaft“ hier nur eines der relevanten Kriterien ist und ihr Fehlen mithin durch andere Aspekte ausgeglichen werden kann, ist eine sukzessive Mittäterschaft in der Beendigungsphase jedenfalls grundsätzlich möglich.³⁹

Auf den Fall angewendet, kann man daher sagen, dass das „Minus“ des W bei der Tatausführung durch seinen bedeutenden Beitrag bei der Beutesicherung⁴⁰ und sein erhebliches Eigeninteresse an den Taterlösen kompensiert wird.

Hinweis: Es wäre genauso gut möglich, mit der Frage nach der verfassungsrechtlichen Tragfähigkeit der Annahme einer „Beendigungsphase“ beim Diebstahl zu beginnen. Auf die Darstellung der Täterschaftslehren von Rechtsprechung und Lehre käme es dann streng genommen nicht an. Die hier gewählte Darstellung trägt jedoch dem Umstand Rechnung, dass es durchaus Autoren gibt, welche die Unzulässigkeit einer „sukzessiven“ Mittäterschaft (allein) aufgrund der Tatherrschaftslehre ableiten und die dementsprechend kein Problem mit der Existenz einer sukzessiven Beihilfe haben.⁴¹ Um dies vollständig darstellen zu können, bedarf es sowohl einer Darstellung von Tatherrschaftslehre und „Normativer Kombinations-theorie“ als auch einer Darstellung der Auffassung, welche eine „Beendigungsphase“ aus verfassungsrechtlichen Gründen ablehnt (hierzu sogleich).

cc) Setzt man indes nicht bei der Frage nach der „Gemeinschaftlichkeit“ der Tatbegehung an, sondern bereits bei der Frage, ob es sich bei einem Geschehen in der „Beendigungsphase“ überhaupt noch um eine beteiligungsfähige Tat handelt, so ist auch eine gänzlich andere Argumentation denkbar. Anders als bei Dauerdelikten, bei denen ein rechtswidriger Zustand geschaffen und aufrechterhalten wird (z.B. § 239 StGB), erschöpft sich der Diebstahl nämlich bereits seinem Wortlaut nach in einer Wegnahmehandlung. Dementsprechend ist es bspw. bei einer andauernden Freiheitsberaubung möglich, auch nach Beschränkung der Fortbewegungsfreiheit Handlungen vorzunehmen, welche das Opfer (weiterhin) der Freiheit berauben, es ist jedoch sprachlogisch ausgeschlossen, dass eine bereits abgeschlossene Wegnahme, durch nachgelagertes Handeln zu einer „gemeinschaftlichen Weg-

nahme“ im Sinne der §§ 242 Abs. 1, 25 Abs. 2 StGB wird.⁴² Derartige nachgelagerte Handlungen sind vielmehr – wie es das Gesetz auch vorsieht – allein mithilfe der Anschlussdelikte zu lösen.

Eine Ausdehnung der Tatphase des Diebstahls über die Vollendung hinaus ist daher ein grundsätzlicher Verstoß gegen das Bestimmtheitsgebot (Art. 103 Abs. 2 GG) und dementsprechend abzulehnen.⁴³ Das Handeln des W kann damit bereits strukturell keine Mittäterschaft begründen, sodass ihm das Handeln der J nicht nach § 25 Abs. 2 StGB zugerechnet werden kann.

Der objektive Tatbestand ist nicht erfüllt.

2. Zwischenergebnis

W hat sich keines Diebstahls in Mittäterschaft schuldig gemacht.

Hinweis: Wer sich strikt gegen eine Ausdehnung der Tatphase des Diebstahls ausgesprochen hat, kann direkt zur Prüfung der Begünstigung übergehen. Wer hingegen die Mittäterschaft aufgrund der (engen) Tatherrschaftslehre ablehnt, muss der Frage nach einer sukzessiven Beihilfe nachgehen.

Die Argumente gegen eine Ausdehnung der Tatphase des Diebstahls in den Bereich der (faktischen) Beendigung können selbstverständlich auch gegen die Strafbarkeit einer „sukzessiven“ Beihilfe in diesem Stadium vorgebracht werden.⁴⁴ So setzt die Tathandlung der Beihilfe, das „Hilfeleisten“ im Sinne des § 27 StGB, eine „vorsätzlich begangene rechtswidrige Tat“ voraus, womit wiederum die Verwirklichung eines Straftatbestandes gemeint ist (vgl. § 11 Abs. 1 Nr. 5 StGB). Das ist jedoch bei einem Diebstahl bereits mit der Wegnahme der Fall, sodass begrifflich – im Hinblick auf Art. 103 Abs. 2 GG – zwischen Hilfeleisten zu einer Weg-

³⁸ BGH NStZ 1985, 165; BGH NStZ 1995, 285; BGH NStZ-RR 2001, 148. Weiterführend: *Stratenwerth/Kuhlen*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 6. Aufl. 2011, § 12 Rn. 92; *Wessels/Beulke/Satzger* (Fn. 7), Rn. 749 ff.; *Roxin* (Fn. 28), § 25 Rn. 22 ff.

³⁹ BGH NStZ 1999, 510; BGH NStZ 2000, 594; BGH NStZ 2008, 280 (281).

⁴⁰ Ein solcher wird, da heute eine rein subjektive Sichtweise vom BGH nicht mehr vertreten wird, zumindest zu fordern sein, vgl. *Jäger* (Fn. 32), § 6 Rn. 227.

⁴¹ *Krey/Esser* (Fn. 34), Rn. 1088 und 1198.

⁴² Vgl. *Krey*, ZStW 101 (1989), 838 (848). *Kühl* (Fn. 7), § 20 Rn. 127; *Maurach/Gössel/Zipf* (Fn. 28), § 49 Rn. 50 ff. m.w.N.

⁴³ So auch *Geppert*, Jura 2011, 30 (35) und *Schmidt* (Fn. 31), Rn. 637 f. Die Unterscheidung zwischen (normativer) Vollendung und (deskriptiver) Beendigung der Tat kann jedoch im Rahmen der Abgrenzung von §§ 242, 249 zu § 252 StGB und der Verjährung (vgl. § 78a StGB) eine Rolle spielen (Vgl. *Wessels/Hillenkamp* [Fn. 3], Rn. 132).

⁴⁴ Dennoch geht die wohl h.M. von der Existenz des Instituts der „sukzessiven Beihilfe“ aus: BGHSt 4, 132 (133); 6, 248 (251); BGH NStZ 2008, 152; *Weber*, in: *Baumann/Weber/Mitsch*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 11. Aufl. 2003, § 31 Rn. 25; *Eser/Bosch*, in: *Schönke/Schröder* (Fn. 4), § 242 Rn. 73; *Heine/Weißer* (Fn. 37), § 27 Rn. 20; *Krey/Esser* (Fn. 34), Rn. 1088 ff., der darauf verweist, dass das starke Wortlautargument gegen die sukzessive Mittäterschaft („gemeinschaftlich begehen“) hier nicht greife. Entschieden hiergegen *Maurach/Gössel/Zipf* (Fn. 28), § 50 Rn. 106 m.w.N.

nahme und Beutesicherung nach vollendeter Wegnahme zu differenzieren ist.⁴⁵

Wer trotz dieser Argumente eine sukzessive Beihilfe für zulässig erachtet, muss sodann der Frage nachgehen, wie diese und die Begünstigung voneinander abzugrenzen sind; schließlich ist die Tathandlung in beiden Fällen eine Beutesicherung.⁴⁶ Die Rechtsprechung grenzt die sukzessive Beihilfe von der Begünstigung – im Sinne tatbestandlicher Exklusivität – nach der inneren Willensrichtung ab.⁴⁷ Sie fragt, ob der Helfer den erfolgreichen Abschluss der Haupttat fördern (Beihilfe) oder den Vortäter vor einer Entziehung des erlangten Vorteils schützen wollte (Begünstigung). In der Literatur wird die Beihilfe als vorrangig angesehen, sodass die Begünstigung in Anlehnung an § 257 Abs. 3 S. 1 StGB subsidiär dahinter zurücktritt.⁴⁸ Im Ergebnis sprechen die besseren Argumente sodann gegen die Rechtsprechung, da die kaum zu ermittelnde⁴⁹ innere Einstellung des Täters die Abgrenzung ins Belieben des entscheidenden Richters stellt. Im Hinblick auf den mitunter deutlich höheren Strafraumen der Beihilfe strafbarkeit sollte die Abgrenzung mithin dem Gesetz überlassen bleiben.⁵⁰

II. Wegen § 257 Abs. 1 StGB (Begünstigung)

W könnte sich einer Begünstigung nach § 257 StGB schuldig gemacht haben, indem er J bei der Beutesicherung unterstützte.

1. Objektiver Tatbestand

Da W kein Täter des Diebstahls ist (s.o.), handelt es sich dabei um die rechtswidrige Tat eines anderen. Sein Handeln – nämlich das Verstecken und Aufbewahren der Beute – war objektiv dazu geeignet, die Vorteile dagegen zu sichern, dass sie dem Vortäter zu Gunsten des Verletzten wieder entzogen

⁴⁵ *Kindhäuser* (Fn. 4), § 242 Rn. 131; *Ruß*, in: Jähne/Laufhütte/Odersky (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 6, 11. Aufl. 1994, § 242 Rn. 76; *Schmitz* (Fn. 14), § 242 Rn. 179.

⁴⁶ Die praktische Relevanz dieser Abgrenzung wird deutlich, wenn man die Strafraumen qualifizierter Eigentumsdelikte mit jenen der Begünstigung vergleicht. Weiterführend: *Krey/Hellmann/Heinrich*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 1, 16. Aufl. 2015, Rn. 861; *Roxin* (Fn. 28), § 26 Rn. 260 f. und *Schmitz*, Unrecht und Zeit – Unrechtsqualifizierung durch zeitlich gestreckte Rechtsgutverletzung, 2001, S. 199 ff.

⁴⁷ BGHSt 2, 346; 4, 132 (133); OLG Köln, NJW 1990, 587 (588).

⁴⁸ *Geppert*, Jura 1980, 274; *Jäger*, Examens-Repetitorium Strafrecht, Besonderer Teil, 6. Aufl. 2015, § 13 Rn. 395; *Maurach/Schröder/Maiwald*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 9. Aufl. 2005, Rn. 746; *Seelmann*, JuS 1983, 33 f.

⁴⁹ *Geppert*, Jura 1994, 441 (443) weist zudem darauf hin, dass der Täter sich zu dieser Frage kaum Gedanken machen wird, sodass es hier streng genommen gar nichts zu ermitteln gibt.

⁵⁰ *Roxin* (Fn. 28), § 26 Rn. 261.

werden.⁵¹ Er leistete J also Hilfe bei der Sicherung der aus der Tat erlangten Vorteile.

W erfüllte daher auch den objektiven Tatbestand.

2. Subjektiver Tatbestand

W ist sich über die Herkunft der Tasche im Klaren. Auch weiß er, dass sein Handeln dazu geeignet ist, die Wiedererlangungsmöglichkeiten des Berechtigten erheblich einzuschränken. Da es ihm gerade hierauf ankommt, um sein Ziel zu erreichen, bestehen am Vorsatz keine Zweifel. Auch kommt es W gerade darauf an, die Beute zu sichern, um so einen Teil derselben erhalten zu können.⁵² Er handelte mithin auch in Vorteilssicherungsabsicht.

3. Rechtswidrigkeit und Schuld

W handelte rechtswidrig und schuldhaft.

4. Zwischenergebnis

W hat sich einer Begünstigung schuldig gemacht.

C. Ergebnis im ersten Tatkomplex

J hat sich wegen Diebstahls (§ 242 Abs. 1 StGB) an der Tasche und ihrem Inhalt strafbar gemacht. Der anschließende Sicherungsbetrug hinsichtlich der Beute tritt dahinter als mitbestrafte Nachtat zurück.⁵³ W hat sich wegen Begünstigung (§ 257 Abs. 1 StGB) strafbar gemacht.

2. Tatkomplex: „Gerechtigkeit für Alle“

1. Teilkomplex: Das Festhalten der J

A. Strafbarkeit der J

Hinweis: Es wäre grundsätzlich denkbar, zunächst einen (versuchten) Betrug der J gegenüber den Kontrolleuren und zu Lasten der Nahverkehrsgesellschaft zu prüfen. Der Sachverhalt enthält jedoch zu einer möglichen Täuschung keinerlei Angaben, sodass eine entsprechende Prüfung möglichst schnell zu beenden wäre.

I. Wegen § 265a Abs. 1 StGB (Erschleichen von Leistungen)

J könnte sich eines Erschleichens von Leistungen nach § 265a Abs. 1 StGB schuldig gemacht haben, indem sie „schwarzfuhr“.

1. Objektiver Tatbestand

a) Beförderung durch ein Verkehrsmittel

J hat sich in einem Verkehrsmittel – einer Straßenbahn⁵⁴ – befördern lassen.

⁵¹ Zur insoweit h.M. und abweichenden Ansichten *Dietmeier*, in: *Matt/Renzikowski* (Fn. 4), § 257 Rn. 14 m.w.N.

⁵² Vgl. *Eisele* (Fn. 6), Rn. 1094; *Jäger* (Fn. 48), § 13 Rn. 396.

⁵³ *Saliger* (Fn. 4), § 263 Rn. 338 m.w.N.

⁵⁴ Vgl. *Gaede*, in: *Matt/Renzikowski* (Fn. 4), § 265a Rn. 9.

b) „Erschleichen“ der Beförderung

Ob eine solche Leistung durch das bloße „Schwarzfahren“ indes „erschlichen“ wurde, erscheint fraglich. Dem Wortsinn nach erfordert „Erschleichen“ neben der fehlenden Berechtigung auch ein Element der Heimlichkeit, der List oder des Täuschens.⁵⁵

aa) Nun ist es jedoch denkbar – vor allem in Fällen, in denen Leistungen ohne Überprüfung der Berechtigung erbracht werden –, dass dem Erfordernis eines täuschenden Elementes beim „Erschleichen“ bereits dann Genüge getan ist, wenn es sich um ein der Ordnung widersprechendes Verhalten handelt, durch das sich der Täter in den Genuss der Leistung bringt und bei welchem er sich mit dem Anschein der Ordnungsmäßigkeit umgibt.⁵⁶ Ein solcher adressatenloser Rechtsschein soll bereits dann vorliegen, wenn der Täter „unauffällig wie jeder andere – ehrliche – Benutzer auftretend, die Leistung des Betreibers – bspw. durch Betreten des abfahrbereiten Beförderungsmittels – in Anspruch nimmt.“⁵⁷ Da sich J in ihrem Verhalten äußerlich nicht von einem zahlenden Fahrgast unterschied, umgab sie sich – legt man diese Auffassung zugrunde – mit dem Anschein der Rechtmäßigkeit. Sie „erschlich“ sich demnach die Beförderungsleistung.

bb) Es ist indes keineswegs zwingend, einen adressatenlosen Rechtsschein für die Beurteilung des „Erschleichens“ ausreichen zu lassen. Im Hinblick auf das bereits im Wortlaut angelegte Element der Heimlichkeit, List oder Täuschung, liegt es nahe, dass neben der äußeren Unauffälligkeit des Verhaltens auch die Umgehung oder Überwindung von Kontroll- oder Sicherheitsvorkehrungen vonnöten ist.⁵⁸ Es wäre dementsprechend nicht möglich, sich eine Leistung zu „erschleichen“ die – aufgrund fehlender Kontrollen – ohnehin jeder in Anspruch nehmen kann (selbst wenn dies unbefugt geschieht).

Da genau dies der Fall des „schlichten Schwarzfahrens“ ist, wäre dieses vom Tatbestand des § 265a StGB nicht erfasst. Nahverkehrsgesellschaften wären dementsprechend auf das Eintreiben der konkludent vereinbarten Vertragsstrafen (§ 340 BGB) – und damit auf den Zivilrechtsweg – verwiesen.⁵⁹ J wäre dementsprechend nicht strafbar.

cc) Die zuletzt genannte Auslegung des Merkmals scheint im Hinblick auf den Wortlaut der Regelung und ihren historischen Zweck augenscheinlich die richtige zu sein. Dennoch wird ihr entgegengehalten, dass sie ein dringendes kriminalpolitisches Bedürfnis ignoriere, welches die extensive Auslegung des Merkmals interessengerechter erscheinen lässt, als

den Verweis des (zivilrechtlich) Geschädigten auf den (Zivil-)Rechtsweg. Wie eine solche besondere Schutzwürdigkeit der Anbieter von Beförderungsleistungen begründet werden soll, ist indes nicht ersichtlich.⁶⁰ So gibt es zunächst keine empirische Grundlage dafür, dass fehlende Zugangskontrollen den ÖPNV effektiver und kostengünstiger gestalten,⁶¹ und selbst wenn dies so wäre, würde die unstrittig individualschützende Norm hier anhand eines Allgemeinbelanges ausgelegt werden.⁶² Auch die Idee, dass Nahverkehrsgesellschaften durch den Abbau von Zugangskontrollen gewissermaßen in Vorleistung gegenüber ihren Kunden gehen, mag zutreffen, führt allerdings nicht dazu, dass ihnen für diese Kosteneinsparungsmaßnahme die Entscheidungsgewalt über ihre eigene Schutzwürdigkeit übertragen wird.⁶³ Denn ganz generell wird in der Debatte um den strafrechtlichen Schutz vor „Schwarzfahren“ verkannt, dass selbst bei Bestehen eines kriminalpolitischen Bedürfnisses die Entscheidung über dessen Umsetzung noch immer beim Parlament liegt. Dem Einwand des dringenden kriminalpolitischen Bedürfnisses fehlt damit nicht nur die Tatsachengrundlage, er ist im Rahmen einer Normauslegung schlicht verfehlt.⁶⁴

Mithin liegt im „schlichten“ Schwarzfahren daher kein tatbestandliches „Erschleichen“ im Sinne des § 265a StGB.

2. Zwischenergebnis

Der objektive Tatbestand ist nicht erfüllt. J hat sich keines Erschleichens von Leistungen schuldig gemacht.

II. Zwischenergebnis

J hat sich in diesem Teilkomplex nicht strafbar gemacht.

Hinweis: Vertretbar war es hier auch der anderen – wohl herrschenden – Auffassung zu folgen. Subjektiver Tatbestand, Rechtswidrigkeit und Schuld würden keine Probleme bereiten, sodass J sich wegen § 265a StGB strafbar gemacht hätte.

B. Strafbarkeit des B

I. Wegen § 239 Abs. 1 Var. 2 StGB (Freiheitsberaubung)

B könnte sich einer Freiheitsberaubung nach § 239 Abs. 1 Alt. 2 StGB schuldig gemacht haben, indem die B festhielt.

⁵⁵ Vgl. *Wohlers/Mühlbauer*, in: Joecks/Miebach (Fn. 14), § 265a Rn. 45, die dies allerdings nur mit dem Duden „begründen“.

⁵⁶ Etwa BGHSt 53, 122; *Rengier* (Fn. 5), § 16 Rn. 6; *Otto*, Grundkurs Strafrecht, Besonderer Teil, 7. Aufl. 2005, § 52 Rn. 19.

⁵⁷ *Gaede* (Fn. 54), § 265a Rn. 9 m.w.N.

⁵⁸ Zu dieser „Kumulativformel“ und der Kritik an anderen Definitionen *Wohlers/Mühlbauer* (Fn. 55), § 265a Rn. 45 m.w.N.

⁵⁹ *Exner*, JuS 2009, 990 ff.; *Krey/Hellmann/Heinrich* (Fn. 6), Rn. 721 ff. m.w.N.

⁶⁰ *Krey/Hellmann/Heinrich* (Fn. 6), Rn. 722; *Fischer*, NJW 1988, 1928 (1929).

⁶¹ Dies zeigen gerade Vergleiche mit anderen europäischen Großstädten (z.B. Amsterdam) in denen Zugangskontrollen in den öffentlichen Verkehrsmitteln, wie etwa Straßenbahnen, existieren.

⁶² *Exner*, JuS 2009, 990 (993).

⁶³ *Hinrichs*, NJW 2001, 932 (934).

⁶⁴ Zweifelhaft daher *Rengier* (Fn. 5), § 16 Rn. 6, der die vom BVerfG festgestellte Vereinbarkeit der Auslegung mit Art. 103 Abs. 2 GG (BVerfG NJW 1998, 1135) als Argument für die Rechtsprechung des BGH sieht.

1. Objektiver Tatbestand

Ein Mensch ist in anderer Weise seiner Freiheit beraubt, wenn und solange er – sei es auch nur vorübergehend und ohne sein Wissen – gehindert wird, seinen Aufenthaltsort frei zu wählen; dabei muss seine Fortbewegungsfreiheit vollständig aufgehoben werden, das Verlassen des Ortes also unmöglich oder mindestens so erschwert werden, dass es nach den Umständen als Verhaltensalternative nicht mehr in Frage kommt.⁶⁵

Der B ist J körperlich überlegen und hält sie fest. Selbst ihre Versuche, sich zu wehren, haben auf seinen Griff keinen Einfluss, sodass ihre Fortbewegungsfreiheit – jedenfalls vorübergehend – vollständig aufgehoben wurde.

2. Subjektiver Tatbestand

B war sich bewusst, dass sein Handeln die J daran hindern würde frei über ihren Aufenthaltsort zu entscheiden. Weil J keinen Fahrschein hatte, wollte er dies jedoch. Er handelte vorsätzlich.

3. Rechtswidrigkeit

Fraglich ist, ob B sich auf das Festnahmerecht nach § 127 Abs. 1 S. 1 StPO berufen konnte und daher gerechtfertigt war.

a) Rechtfertigungslage

J hat nicht rechtswidrig und schuldhaft den Tatbestand eines Strafgesetzes verwirklicht (Tat, vgl. § 11 Abs. 1 Nr. 5 StGB), womit keine Tat im Sinne des § 127 Abs. 1 S. 1 StPO vorliegt.⁶⁶

b) Zwischenergebnis

B ist daher nicht gerechtfertigt und handelte rechtswidrig.

4. Schuld

B handelte auch schuldhaft.

Hinweis: Denkbar wäre es, an dieser Stelle etwas zu einem möglichen Verbotsirrtum (§ 17 StGB) zu schreiben. Ein solcher würde jedoch voraussetzen, dass B ohne Unrechtseinsicht/Unrechtsbewusstsein handelt. Er hätte mithin nicht erkennen dürfen (bzw. hierzu in der Lage sein), dass sein Handeln gegen die durch verbindliches Recht erkennbare Wertordnung verstößt.⁶⁷ B erkannte je-

doch, dass das Festhalten der J – zumindest auf Tatbestandsebene – gegen verbindliches Recht verstieß und überdehnte auch nicht rechtlichen Grenzen der Rechtfertigung zu seinen Gunsten.⁶⁸ Er ging von einer Straflosigkeit des Verhaltens der J aus und entschied sich ganz bewusst dazu sich über die „Buchstaben des Gesetzes“ hinwegzusetzen. Ein Verbotsirrtum – gleich welcher Art – scheidet damit offensichtlich aus.

5. Ergebnis

B hat sich einer Freiheitsberaubung schuldig gemacht.

Hinweis: Da auf alle Rechtsprobleme des Falles einzugehen war, musste (zwingend) der Frage nachgegangen werden, wie die Rechtswidrigkeit des Handelns des B zu beurteilen wäre, wenn man zuvor eine Strafbarkeit der J wegen § 265a StGB bejaht hatte. Es handelt sich hierbei ersichtlich um das einzige größere Problem dieses Tatkomplexes und das Hauptproblem der Hausarbeit.

– Hilfsgutachten –

Bejaht man eine Strafbarkeit der J wegen § 265a StGB, so liegt eine Tat im Sinne des § 127 Abs. 1 S. 1 StPO vor.⁶⁹ Auch besteht beim Festhalten des B ein enger räumlich-zeitlicher Zusammenhang mit der Tat, sodass J auf „frischer Tat betroffen“ wurde.⁷⁰ Sie ist im Begriff zu flüchten und, da B sie nicht kennt, ist auch eine Identitätsfeststellung nicht zu erwarten.⁷¹ Es lag mithin ein Festnahmegrund und damit eine Festnahmelage vor.

b) Rechtfertigungshandlung

Die vorläufige Festnahme selbst ist ein Realakt, der an keine bestimmte Form gebunden ist. Sie muss dazu geeignet sein, den Festnahmegrund zu verwirklichen, verhältnismäßig sein und der Täter muss deutlich machen, dass es sich um eine Festnahme handelt.⁷² Da sich die Rechtfertigung auf „die Festnahme“ bezieht, werden auch die für eine solche regelmäßig unerlässlichen Verhaltensweise, wie leichte Körperverletzungen, Freiheitsberaubungen oder Nötigungen von § 127 Abs. 1 S. 1 StPO erfasst.⁷³

B hat der J deutlich zu verstehen gegeben, dass er sie aufgrund der nicht vorhandenen Fahrkarte festhält, hinderte sie dadurch an der Flucht und wendete – zum Zeitpunkt der Festnahme – keine unverhältnismäßige Gewalt an.

⁶⁵ *Eidam*, in: Matt/Renzikowski (Fn. 4), § 239 Rn. 6 ff.; *Jäger* (Fn. 48), § 3 Rn. 115; *Wessels/Hettinger*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 1, 39. Auflage 2015, Rn. 370 ff.

⁶⁶ Umfassend zu dem klassischen Streit, ob auch ein dringender Tatverdacht ausreichend ist *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 4. Aufl. 2006, § 17 Rn. 24 ff. Auf diesen kam es vorliegend jedoch nicht an, weil bei der Annahme die J habe sich nicht nach § 265a StGB strafbar gemacht, auch kein entsprechender (objektiver) Verdacht aufkommen kann.

⁶⁷ BGHSt 2, 194 (201 f.); 45, 97 (101); *Roxin* (Fn. 66), § 21 Rn. 12 f.

⁶⁸ Sog. direkter bzw. indirekter Verbotsirrtum, vgl. *Wessels/Beulke/Satzger* (Fn. 7), Rn. 712 f.

⁶⁹ Auch hier kam es wiederum nicht auf den Streit an, ob ein Tatverdacht ausreicht, da die Voraussetzungen der restriktiveren Auffassung erfüllt waren.

⁷⁰ Vgl. *Böhm/Werner*, in: Kudlich (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Strafprozessordnung, Bd. 1, 2014, § 127 Rn. 12.

⁷¹ Vgl. zu den Festnahmegründen *Pfeiffer*, Strafprozessordnung, Kommentar, 5. Aufl. 2005, § 127 Rn. 5 m.w.N.

⁷² *Pfeiffer* (Fn. 71), § 127 Rn. 6 f.

⁷³ *Wessels/Beulke/Satzger* (Fn. 7), Rn. 602 m.w.N.

c) *Subjektives Rechtfertigungselement*

Fraglich erscheint indes, wie es sich auswirkt, dass der B bei seinem Handeln davon ausging, dass das Verhalten der J zwar moralisch, nicht aber rechtlich zu beanstanden ist. Da es sich hierbei um eine Fehlvorstellung handelt, liegt es nahe, dies im Rahmen der subjektiven Rechtfertigungsvoraussetzungen zu diskutieren. Dass es solche – in Form des sog. „subjektiven Rechtfertigungselementes“ – gibt, wird heute nicht mehr ernsthaft in Zweifel gezogen. Denn nur so kann neben den, bereits durch die objektiven Rechtfertigungsvoraussetzungen kompensierten, Erfolgswert der Tat auch der, in ihrer vorsätzlichen Verwirklichung liegende, personale Handlungsunwert kompensiert werden.⁷⁴ Auch ist als Mindestbedingung anerkannt, dass derjenige der sich auf einen Rechtfertigungsgrund berufen will, analog § 16 Abs. 1 StGB jedenfalls in Kenntnis der objektiven Rechtfertigungsvoraussetzungen („Erlaubnistatumstände“) des jeweiligen Rechtfertigungsgrundes handeln muss.⁷⁵

aa) *Erfordernis eines voluntativen Elementes*

Ob neben diesem kognitiven Element auch ein voluntatives Element zu fordern ist, erscheint – auch im Hinblick auf andere Rechtfertigungsgründe – fraglich.⁷⁶

(1) Da es sich bei § 127 StPO um einen sog. „unvollkommenen zweiaktigen Rechtfertigungsgrund“ handelt, bei dem durch die Festnahme (erlaubtes Verhalten) nicht zugleich ein Zuführen des Täters zur Strafverfolgung (Zweck der Erlaubnis) erreicht wird, ist es zunächst denkbar, von einem Absichtserfordernis im Hinblick auf den Zweck des

Erlaubnissatzes auszugehen.⁷⁷ Der Täter hätte demnach die zum Wegfall des Erfolgswerts führende Handlungsbefugnis nur, wenn er mit der Tat das Ziel verfolgt, den Festgenommenen den Strafverfolgungsbehörden zuzuführen. Intendiert der Täter indes keinen solchen „sozial-wertvollen Tateffekt“, wird der Unrechtsgehalt des tatbestandlich verwirklichten Deliktes nicht kompensiert.⁷⁸

B – der von der Straflosigkeit des „Schwarzfahrens“ ausgeht – handelt nicht, um J der Strafverfolgung zuzuführen, sondern um sie den Kontrolleuren zu übergeben, welche das „erhöhte Beförderungsentgelt“ eintreiben. Mangels der erforderlichen Absicht hätte er mithin einen von der Rechtsordnung missbilligten Erfolg herbeigeführt (Erfolgswert) und wäre dementsprechend nicht gerechtfertigt.

Hinweis: Nach dieser Ansicht bleiben der Erfolgswert und damit die Strafbarkeit aus vollendetem Delikt daher bestehen. Auf den Streit, welche Folge das Fehlen des subjektiven Rechtfertigungselementes hat, kommt es insofern nicht an.

(2) Die Grundannahme, dass die Handlungsbefugnis an den Zweck des § 127 Abs. 1 S. 1 StPO anknüpft, ist im Hinblick auf die Rechtsnatur der Regelung durchaus zutreffend. Allerdings ist es keineswegs zwingend, daraus ein Absichtserfordernis – oder überhaupt ein subjektives Element – zur Kompensation des Erfolgswerts abzuleiten.⁷⁹ Denn selbst wenn der Festnehmende sich nicht darüber im Klaren ist, dass die Möglichkeit der Zuführung zur Strafverfolgung besteht, führt er dennoch einen von der Rechtsordnung gebilligten Erfolg herbei, solange andere Faktoren ex ante den werterhaltenden Charakter (Zuführung zur Strafverfolgung) der Handlung gewährleisten; beispielsweise durch die Anwesenheit Dritter, die ihrerseits eine Übergabe an die zuständige Behörde garantieren.⁸⁰ Hiermit ist dem Kompensationsgedanken der

⁷⁴ Vgl. aber die von *Spendel*, in: Jähne/Laufhütte/Odersky (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 2, 11. Aufl. 1992, § 32 Rn. 138 ff. vertretene objektive Unrechtslehre. Danach soll neben dem Erfolgswert kein Handlungsunwert erforderlich sein, weshalb dieser auch nicht über das Vorliegen eines subjektiven Rechtfertigungselementes kompensiert werden müsse. Freilich ist eine solche Auffassung nicht in der Lage, den Strafgrund des untauglichen Versuches zu erklären, welcher gerade keinen Erfolg, und damit kein Erfolgswert, voraussetzt (§ 23 Abs. 3 StGB).

⁷⁵ Zu einem so verstandenen „Abwehr- oder Verteidigungsvorsatz“ *Kühl* (Fn. 7), § 7 Rn. 128 ff. Hier kann sich neben den unstrittig erfassten Fällen des *dolus directus* 2. Grades (Wissentlichkeit) die Frage stellen, ob *dolus eventualis* hinsichtlich der objektiven Rechtfertigungsvoraussetzungen ausreichend ist. Soll die Parallele zum Unrecht der vorsätzlichen Begehung indes konsequent durchgehalten werden, wird man das bejahen müssen. Für das subjektive Rechtfertigungselement genügt es demnach, wenn der Täter auf das Vorliegen der für möglich gehaltenen Umstände vertraut (vgl. *Stratenwerth/Kuhlen* [Fn. 38], § 9 Rn. 151).

⁷⁶ Am klausurträchtigsten in dieser Hinsicht ist sicherlich der Streit um die von der Rspr. bei Notwehr verlangte „Verteidigungsabsicht“, hierzu *Roxin* (Fn. 67), § 14 Rn. 97 ff., § 15 Rn. 129 f.

⁷⁷ Erstmals und den Begriff des „unvollkommenen zweiaktigen Rechtfertigungsgrund“ einführend *Lampe*, GA 1978, 7 ff. Ebenso *Mitsch*, in: *Baumann/Weber/Mitsch* (Fn. 44), § 16 Rn. 65; *Lenckner/Sternberg-Lieben*, in: *Schönke/Schröder* (Fn. 4), Vor §§ 32 ff. Rn. 16; *Stratenwerth/Kuhlen* (Fn. 38), § 9 Rn. 152.

⁷⁸ *Mitsch*, in: *Baumann/Weber/Mitsch* (Fn. 44), § 16 Rn. 65 m.w.N.

⁷⁹ *Jakobs*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1991, 11/21; *Schlehofer*, in: *Joecks/Miebach* (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 2. Aufl. 2011, § 32 ff. Rn. 96; *Frisch*, in: *Küper/Puppe/Tenckhoff* (Hrsg.), Festschrift für Karl Lackner zum 70. Geburtstag am 18. Februar 1987, 1987, S. 113 (145 ff.); *Herzberg*, JA 1986, 190 (198 ff.).

⁸⁰ *Frisch* (Fn. 79), S. 145 ff., ebenfalls auf die Eignung zur Zweckerreichung abstellend *Herzberg*, JA 1986, 190 (198 ff.). *Jakobs* (Fn. 79), 11/21; *Schlehofer* (Fn. 79), Vorb. § 32 ff. Rn. 96 hingegen kritisieren einzig das Absichtserfordernis und plädieren dafür, dass bereits die Möglichkeitskenntnis ausreiche. Hinsichtlich der Frage, was jedoch die Rechtsfolge bei werterhaltendem Charakter und fehlender Kenntnis hier-

Rechtfertigungsgründe ebenso Genüge getan, denn es geht (speziell bei § 127 Abs. 1 S. 1 StPO) um die Gewährleistung der Strafverfolgung durch die Festnahme – im Sinne einer positiven Prognose –, nicht um die tatsächliche Erreichung dieses Zweckes. Auf diese Prognose hat es jedoch keinen Einfluss, ob der Täter die Strafverfolgung des Festgenommenen beabsichtigt, in Kauf nimmt, oder sie nur unwissentlich absichert.⁸¹ Eine derartige Differenzierung liefe im Ergebnis auf eine Gesinnungsstrafe hinaus.⁸² Es ist folgerichtig nur konsequent, dass (subjektive) Absichten und Kenntnisse des Täters bei der Kompensation Erfolgswertes durch die Erlaubnisnorm keine Rolle spielen – sie sind allein bei der Frage beachtlich, ob auch der Handlungswert der Tat durch ein Verhalten in Kenntnis der die Erlaubnisnorm begründenden Umstände kompensiert wird.⁸³

Missst man das Handeln des B hieran, so ging er zwar (unzutreffend) von der Strafflosigkeit des Verhaltens der J aus, wollte sie aber dennoch an die Kontrolleure übergeben. Diese wiederum reichen als Garanten für das Einleiten einer Strafverfolgung indes vollkommen aus (vgl. §§ 265a Abs. 3, 248a, 77 Abs. 1 StGB), sodass der Erfolgswert der Freiheitsberaubung aufgrund einer objektiv im Hinblick auf den Zweck des § 127 Abs. 1 S. 1 StPO günstigen Prognose kompensiert ist.

Fraglich bleibt indes, inwiefern die Fehlvorstellung des B Einfluss auf seine Bestrafung hat. Hier bereitet bereits die Kategorisierung des Irrtums erhebliche Schwierigkeiten. So könnte man versucht sein, ihn als einen Rechtsirrtum – also eine falsche Bewertung von Tatsachen – einzuordnen, statt von einem Tatsachenirrtum auszugehen, wie es im Rahmen des subjektiven Rechtfertigungselementes eigentlich üblich ist. In ersterem Falle müsste man wohl von einem straflosen Wahndelikt ausgehen, während in letzterem Falle die Strafbarkeit wegen untauglichen Versuches die sachgerechte Lösung wäre. Von einem Wahndelikt wird auf Ebene der Rechtfertigung immer dann ausgegangen, wenn der Täter die Grenzen eines Rechtfertigungsgrundes zu seinen Ungunsten einschränkend erkennt,⁸⁴ etwa weil er davon ausgeht, dass Schusswaffengebrauch (im Rahmen des § 32 StGB) nur bei körperlichen Angriffen zulässig ist oder Festnahmen (entgegen § 127 Abs. 1 StPO) nur durch Strafverfolgungsorgane erfolgen können.⁸⁵ Dabei handelt es sich indes um Fehlvorstellungen über die Reichweite einer aus der Rechtfertigungslage erwachsenden Befugnis, während es hier in jedem Falle um eine Fehlvorstellung über die Rechtfertigungs- bzw. Festnahmelage selbst geht. B geht nämlich entweder zu Unrecht

von – wie im vorliegenden Fall – ist, treffen die Autoren keine Aussage.

⁸¹ Vgl. *Jakobs* (Fn. 79), 11/21; *Schlehofer* (Fn. 79), Vorb. § 32 ff. Rn. 96.

⁸² Dies wird überzeugenderweise bereits im Rahmen der anderen Rechtfertigungsgründe gegen das Absichtserfordernis angeführt, vgl. *Roxin* (Fn. 67), Rn. 99; ebenfalls kritisch *Herzberg*, JA 1986, 190 (200).

⁸³ *Frisch* (Fn. 79), S. 148.

⁸⁴ Hierzu statt aller *Roxin* (Fn. 28), § 29 Rn. 382.

⁸⁵ *Herzberg*, JuS 1980, 469 (478).

davon aus, dass keine „Tat“ im Sinne des § 127 Abs. 1 S. 1 StPO vorliegt oder aber er verkennt die objektiv günstige Festnahmepronose. Da Beides vom in einer Rechtfertigungslage befindlichen Täter das Anstellen einer Wertung abverlangt, handelt es sich insofern um einen Irrtum über ein normatives (Erlaubnis-)Tatbestandsmerkmal⁸⁶. Die Frage, wie sich eine selbstbelastende Fehlvorstellung über ein normatives (Verbots-)Tatbestandsmerkmal – bspw. die „rechtswidrige Vortat“ (§ 258 StGB) – auswirkt, wird – freilich im Hinblick auf den allgemeinen Tatbestandsvorsatz – uneinheitlich beurteilt.⁸⁷ Die Auffassungen sind jedoch grundsätzlich auf die Rechtfertigungsebene – dann im Hinblick auf das subjektive Rechtfertigungselement – und damit auf die hier untersuchte Problematik übertragbar⁸⁸.

(a) So ist es zunächst denkbar, vom Täter zu verlangen, dass ihm das Vorliegen des betreffenden Merkmals bekannt ist. Er müsste dann bspw. im Falle eines Diebstahls wissen, dass die Sache (im Rechtssinne) fremd ist, sie also nicht etwa bereits an oder von ihm übereignet wurde (§§ 929 ff. BGB).⁸⁹ Ein Irrtum über die rechtliche Bewertung des Vorganges der Eigentumsübertragung wäre dementsprechend vorsatzausschließend, sodass es sich im Ergebnis bei allen selbstbelastenden Rechtsirrtümern im Vorfeld der Tat um straflose Wahndelikte handelt. B wäre daher, obwohl er sich bewusst über die Grundentscheidung des Gesetzgebers hinwegsetzte, straflos zu stellen, weil er den zutreffend erkannten Sachverhalt – unzutreffend – nicht unter den Begriff der „Tat“ subsumierte.

(b) Eine genaue rechtliche Kenntnis des Verweisungsbereichs der normativen Merkmale – den „Verweisungs begriffen“ – wird sich in der Praxis jedoch in aller Regel nicht nachweisen lassen, sodass darüber nachzudenken ist, ob dem kognitiven Erfordernis nicht bereits dann Genüge getan ist, wenn der Täter jedenfalls die in den normativen Merkmalen ausgedrückte Grundentscheidung des Gesetzgebers nachvollzogen hat.⁹⁰ Im Falle einer bewussten Entscheidung gegen die zutreffend erkannte Grundentscheidung des Gesetzgebers, wäre mithin die Betätigung eines „bösen Willens“ – als untauglicher Versuch – strafbar.⁹¹

⁸⁶ Zum normativen Tatbestandsmerkmal *Wessels/Beulke/Satzger* (Fn. 7), Rn. 190, 353.

⁸⁷ Umfassend hierzu *Roxin* (Fn. 28), § 29 Rn. 388 ff.

⁸⁸ So ganz zutreffend *Herzberg*, JuS 1980, 469 (478).

⁸⁹ *Burkhardt*, JZ 1981, 681; *ders.*, wistra 1982, 178; ähnlich auch *Puppe*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Auflage 2011, § 8 Rn. 7.

⁹⁰ Zurückgehend auf *Blei*, JA 1973, 237 (321 389 459 529 601 604) und weitergeführt von *Herzberg*, JuS 1980, 469 (473). Im Ergebnis so auch BGHSt 15, 212 f. bei einem Irrtum eines, eine Strafanzeige unterdrückenden, Polizeibeamten über die Strafbarkeit seines Schwiegervaters. Der BGH verurteilte hier wegen versuchter Begünstigung im Amt (§ 346 a.F. StGB), weil der Rechtsirrtum sich allein auf die Normen bezog, die die Strafbarkeit des Schwiegervaters begründeten.

⁹¹ Ähnlich *Herzberg*, JuS 1980, 469 (478).

Auf den Fall gewendet folgt hieraus folgendes: Wenn B die J festnimmt, obwohl er zutreffend erkennt, dass sie keine „Tat“ begangen hat, setzt er sich bewusst über die Entscheidung des Gesetzgebers hinweg, Festnahmen nur bei Vorliegen einer „Tat“ zuzulassen.⁹² Es handelt sich daher mitnichten um einen Fall tatbestandslosen Verhaltens, welches allein aufgrund mangelnder Rechtskenntnis des Handelnden strafbar gestellt wird.⁹³ Ob nun hieraus – wie bei Vorfeldirrtümer bzgl. normativer (Verbots-)Tatbestandsmerkmale – die Strafbarkeit wegen untauglichen Versuchs folgt, oder gegebenenfalls sogar eine Strafbarkeit wegen vollendeter Tat in Frage kommt, ist dabei freilich gesondert zu entscheiden.⁹⁴

(3) Die Fehlvorstellung des B ist mithin ein Fall des fehlenden subjektiven Rechtfertigungselementes.

Hinweis: Vertretbar wäre es auch gewesen, der Gegenauffassung zu folgen, welche hier ein strafloses Wahndelikt annehmen würde. Allerdings hätte man sich hierdurch die Diskussion um die Folge eines fehlenden subjektiven Rechtfertigungselementes abgeschnitten, was wiederum klausurtaktisch unklug wäre. Ferner wäre auch ein zwischen den dargestellten Auffassungen differenzierender Ansatz denkbar.⁹⁵

bb) Folgen eines fehlenden subjektiven Rechtfertigungselementes

Es stellt sich mithin die Frage, wie sich das Fehlen des subjektiven Rechtfertigungselementes auf die Rechtfertigung des B auswirkt.

(1) Dabei scheint es auf den ersten Blick einzuleuchten, beim Fehlen einer Rechtfertigungsvoraussetzung, die Rechtfertigung als solche scheitern zu lassen.⁹⁶ Man wird zwar anerkennen müssen, dass das Unrecht der Erfolgsherbeiführung durch das Vorliegen der objektiven Rechtfertigungsvoraussetzungen (Lage und Handlung) kompensiert ist, allerdings ändert es grundsätzlich nichts an der Tatsache, dass der tatbestandliche Erfolg eingetreten ist. Hierdurch ist der

Rückgriff auf die Versuchsregeln mithin versperrt.⁹⁷ Der Täter – hier B – wäre demnach aus vollendetem Delikt zu bestrafen (sog. Vollendungslösung).⁹⁸ Es kann allerdings darüber nachgedacht werden, ob ihm aufgrund des kompensierten Erfolgsunrechts – analog zur Vorschrift des § 23 Abs. 2, 3 StGB – eine (fakultative) Strafmilderung nach § 49 StGB zu gewähren ist.⁹⁹

(2) Belässt man es bei dieser unterkomplexen Betrachtungsweise, kommt es – unabhängig von der Überzeugungskraft der Argumente selbst – zu einer systematischen Ungereimtheit. Denn derjenige, für den die objektiven Notwehrovoraussetzungen vorliegen, stellt mit seinem Handeln unstrittig einen von der Rechtsordnung erwünschten Zustand her.¹⁰⁰ Durch das Versagen der Rechtfertigung geht von ihm jedoch ein gegenwärtiger rechtswidriger Angriff aus, sodass ihm gegenüber Notwehr (§ 32 StGB) geübt werden kann – mit der möglichen Folge eines von der Rechtsordnung unerwünschten Zustandes.¹⁰¹

Doch auch unabhängig davon ist die These, dass die Anwendung der Versuchsregelungen aufgrund des Eintritts des tatbestandlichen Erfolges kein Raum ist, fragwürdig. Denn auch wenn es zutreffen mag, dass die Rechtfertigungsvoraussetzungen in ihrer Gesamtheit nicht vorliegen, so ist auch eine Bestrafung wegen vollendeten Deliktes unzulässig, wenn es am Erfolgsunwert der Tat fehlt bzw. dieser kompensiert wurde. Der personale (Handlungs-)Unwert allein genügt nämlich anerkanntermaßen nicht, um dies zu legitimieren. Im Ergebnis ist es mithin korrekt, den Täter im Falle eines fehlenden subjektiven Rechtfertigungselementes nicht zu rechtfertigen, es ist jedoch nicht möglich, ihn infolgedessen aus vollendetem Delikt zu bestrafen.¹⁰²

(3) Das wirft freilich die Frage auf, ob die für Fälle des gänzlich fehlenden Erfolgsunrechts geschaffenen Vorschriften über den (untauglichen) Versuch – entgegen der eingangs aufgestellten These – trotz Erfolgseintritt anwendbar sind. Es kommt sowohl die direkte¹⁰³, als auch die analoge¹⁰⁴ Anwen-

⁹² Herzberg, JuS 1980, 469 (478) benennt als normatives Erlaubnistatbestandsmerkmal etwa die „Rechtswidrigkeit“ des Angriffs im Sinne des § 32 Abs. 2 StGB. Das, zum straflosen Wahndelikt führende, Verkennen der Grundentscheidung des Gesetzgebers sieht er etwa dann gegeben, wenn jemand das Notwehrrecht für sich ausschließt, weil er unter „rechtswidrig“ nur strafatbestandsmäßiges Verhalten (vgl. § 11 Abs. 1 Nr. 5 StGB) versteht. Liegt der Irrtum hingegen im Verweisungsbereich, etwa weil der geflohene, sich nach zwei Stunden wehrende Dieb unzutreffend davon ausgeht, der ihn Festnehmende tue dies noch „auf frischer Tat“ und sei daher seinerseits gerechtfertigt, soll ein strafbarer untauglicher Versuch vorliegen.

⁹³ So der Einwand von Burkhardt, JZ 1981, 681, welcher sich indes explizit nur auf die Tatbestandsebene bezog.

⁹⁴ Hierzu sogleich die folgenden Erörterungen.

⁹⁵ Roxin (Fn. 28), § 29 Rn. 409 ff.

⁹⁶ Heinrich, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 4. Aufl. 2014, Rn. 392.

⁹⁷ In einschlägigen Beiträgen der Vertreter der Vollendungslösung wird davon gesprochen, durch die Versuchslösung werde der „Boden der Realität verlassen“ bzw. handle es sich um eine „Vergewaltigung der Tatsachen“, vgl. Hirsch, in: Jähnke/Laufhütte/Odersky (Hrsg.), Strafrecht, Leipziger Kommentar, Bd. 1, 11. Aufl. 1994, Vor § 32 Rn. 61 und Spindel (Fn. 74), § 32 Rn. 140 f.

⁹⁸ BGHSt 2, 111 (114); Alwart, GA 1983, 433 (454 f.); Heinrich (Fn. 96), Rn. 392; Krey, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 2, 3. Aufl. 2008, Rn. 423.

⁹⁹ So vertreten von Hirsch (Fn. 86), Vor § 32 Rn. 59.

¹⁰⁰ Roxin (Fn. 67), § 14 Rn. 105.

¹⁰¹ Kühl (Fn. 7), § 7 Rn. 15.

¹⁰² Jescheck/Weigend (Fn. 37), § 31 IV. 2.; Kühl (Fn. 7), § 7 Rn. 14 f.

¹⁰³ So etwa Amelung, JR 1985, 474 (477); Herzberg, JA 1986, 190 ff.; Schlehofer (Fn. 79), Vorb. § 32 ff. Rn. 98; Rönnau, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Strafrecht, Leipziger Kommentar, Bd. 2, 12. Aufl. 2011, § 32 Rn. 90; Roxin (Fn. 67), Rn. 104 ff.

derung der Regelungen in Frage. Da eine Analogie allerdings eine planwidrige Regelungslücke voraussetzt,¹⁰⁵ kommt es zunächst einmal nur auf die Argumente für eine unmittelbare Anwendung und deren Tragfähigkeit an.

Hier ist es zunächst denkbar, mit der sog. „Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen“ von einem Gesamtunrechtstatbestand – welcher auch das Nichtvorliegen der Rechtfertigungsvoraussetzungen umfasst – auszugehen. Da jedenfalls die objektiven Rechtfertigungsvoraussetzungen vorliegen, fehlt es hier an der Tatbestandsverwirklichung, sodass der Anwendung der Versuchsvorschriften nichts im Wege steht.¹⁰⁶

Es bedarf indes gar nicht des Rückgriffes auf diese – durchaus umstrittene¹⁰⁷ – Lehre. Als Argument für das Vorliegen einer planwidrigen Regelungslücke kommt nämlich allein die Behauptung in Frage, dass die Versuchsvorschriften bei Eintritt des tatbestandsmäßigen Erfolges nicht anwendbar seien.¹⁰⁸ Doch auch wenn man einen dreigliedrigen Verbrechenaufbau zugrunde legt, ist in jedem vollendeten Vorsatzdelikt als notwendiges Durchgangsstadium auch ein versuchtes Delikt enthalten.¹⁰⁹ Kennzeichen des strafbaren Versuches ist mithin nicht Ausbleiben des Tatbestandserfolgs, sondern das Ausbleiben des Unrechtserfolgs, der den Erfolgswert begründet.¹¹⁰ An einem solchen fehlt es jedoch, wenn die objektiven Voraussetzungen der Rechtfertigung vorliegen.¹¹¹ Daran vermag auch der Hinweis auf mögliche „Strafbarkeitslücken“¹¹² im Falle einer fehlenden Versuchsstrafbarkeit (vgl. § 23 Abs. 1 StGB) nichts zu ändern. Denn wenn der Gesetzgeber sich dafür entschieden hat, bestimmte Fälle des fehlenden Erfolgswertes nicht unter Strafe zu stellen, dann darf diese Grundentscheidung nicht auf Grundlage eines vermeintlichen kriminalpolitischen Bedürfnisses negiert werden.¹¹³

Fälle eines fehlenden subjektiven Rechtfertigungselementes sind mithin unmittelbar nach den Regeln des (untauglichen) Versuches zu beurteilen. Eine Bestrafung wegen voll-

¹⁰⁴ Exemplarisch *Jescheck/Weigend* (Fn. 73), § 31 IV. 2.; *Kühl* (Fn. 10), § 7 Rn. 16; *Rosenau*, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier, Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl. 2014, Vor § 32 Rn. 16; *Stratenwerth/Kuhlen* (Fn. 38), § 9 Rn. 155.

¹⁰⁵ Die zweite Voraussetzung ist die Vergleichbarkeit der Interessenlagen. Vgl. allgemein zum Analogieschluss *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie, 7. Aufl. 2013, Rn. 889.

¹⁰⁶ *Herzberg*, JA 1986, 190 ff.; *Prittwitz*, Jura 1984, 74 ff.

¹⁰⁷ Eine Darstellung soll an dieser Stelle dahinstehen. Näher hierzu *Gropp*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 4. Aufl. 2015, § 5 Rn. 1 ff.; *Roxin* (Fn. 67), § 10 Rn. 13-26 m.w.N.

¹⁰⁸ Vgl. bspw. *Kühl* (Fn. 7), § 7 Rn. 16.

¹⁰⁹ *Schlehofer* (Fn. 79), Vorb. § 32 ff. Rn. 98, 68 m.w.N.

¹¹⁰ Hierzu *Roxin* (Fn. 67), § 14 Rn. 105.

¹¹¹ Als Vertreter der Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen diesen Weg auf Grundlage eines dreistufigen Deliktaufbaus aufzeigend *Herzberg*, JA 1986, 190 (192).

¹¹² Lesenswert zum Wert der Argumentation mit „Strafbarkeitslücken“ *Vormbaum*, JZ 1999, 613.

¹¹³ *Herzberg*, JA 1986, 190 (193); *Roxin* (Fn. 67), § 14 Rn. 106.

endeter Freiheitsberaubung kommt für B dementsprechend nicht in Betracht.

4. Zwischenergebnis

B hat sich keiner (vollendeten) Freiheitsberaubung schuldig gemacht.¹¹⁴

– *Hilfsgutachten Ende* –

II. Zwischenergebnis

B hat sich in diesem Teilkomplex wegen Freiheitsberaubung strafbar gemacht.

Hinweis: Je nach Argumentation war auch die Strafbarkeit wegen versuchter Freiheitsberaubung gut vertretbar, wenn man zuvor eine Strafbarkeit der J wegen § 265a StGB bejaht hatte (s. Hilfsgutachten).

2. Teilkomplex: Die Gegenwehr der J

A. Strafbarkeit der J

Hinweis: Da der Sachverhalt keine Angaben zu einem Verletzungserfolg enthält, wird hier nur die versuchte Tatbegehung geprüft. Wenn – mit entsprechender Begründung – eine Vollendung geprüft wird, ist dies jedoch vertretbar.

I. Wegen §§ 223 Abs. 1, 2, 22, 23 Abs. 1, 12 Abs. 2 StGB (Versuchte Körperverletzung)

J könnte sich einer versuchten Körperverletzung gem. §§ 223 Abs. 1, 2, 22, 23 Abs. 1, 12 Abs. 2 StGB schuldig gemacht haben, indem sie in Richtung des Unterleibs von B trat.

1. Vorprüfung

Mangels gegenteiliger Angaben im Sachverhalt handelt es sich um eine nicht vollendete Tat, die bei der Körperverletzung nach §§ 223 Abs. 1, 2, 22, 23 Abs. 1, 12 Abs. 2 StGB auch strafbar ist.

2. Tatentschluss

J wollte dem B gegen den Unterleib treten. Dies hätte bei ihm starke Schmerzen zur Folge gehabt. Im Erfolgsfalle wären die Tritte daher eine für B üble und unangemessene Behandlung, die dessen körperliches Wohlbefinden erheblich beeinträchtigt hätten.¹¹⁵

Für eine Gesundheitsschädigung lassen sich im Sachverhalt keine Anhaltspunkte finden.

¹¹⁴ Es wäre mithin eine versuchte Freiheitsberaubung zu prüfen und zu bejahen. A.A. *Kühl* (Fn. 7), § 7 Rn. 16, der meint, eine förmliche Versuchsprüfung sei in diesem Falle entbehrlich.

¹¹⁵ Vgl. BGHSt 14, 269; *Lilie*, in: Jähnke/Laufhütte/Odersky (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 6, 11. Aufl. 2000, § 223 Rn. 6, 9.

3. Unmittelbares Ansetzen (§ 22 StGB)

J führte die erfolgsgeeigneten Handlungen bereits aus; sie hat unmittelbar zur Tat angesetzt.¹¹⁶

4. Rechtswidrigkeit

Fraglich ist, ob J durch Notwehr gerechtfertigt ist (§ 32 StGB).

a) Notwehrlage

Hierfür muss es sich beim Festhalten durch B um einen gegenwärtigen, rechtswidrigen Angriff handeln.¹¹⁷

Das Festhalten war eine strafbare Freiheitsberaubung im Sinne des § 239 StGB, womit ein gegenwärtiger, rechtswidriger Angriff vorlag.

Hinweis: Wer auf Grundlage des Hilfsgutachtens wegen des fehlenden subjektiven Rechtfertigungselements nur einen untauglichen Versuch der Freiheitsberaubung durch B annahm, der musste die Notwehrlage ebenfalls ablehnen, weil ein solcher kein Angriff im Sinne des § 32 Abs. 2 StGB ist.¹¹⁸

b) Notwehrhandlung

Die Verteidigungshandlung der J muss erforderlich (geeignet; relativ mildestes Mittel)¹¹⁹ und geboten¹²⁰ gewesen sein (§ 32 Abs. 2 StGB).

Aus einer objektiven ex-ante-Sicht war ein Tritt in den Unterleib dazu geeignet den Angriff zu beenden, denn ein Treffer und die daraus resultierenden Schmerzen hätten den Griff des B durchaus lockern können.

Auch sind ist keine anderen Mittel ersichtlich, weshalb es sich bei dem Tritt um das relativ mildeste Mittel handelte.

Anlass zu einer „sozial-ethischen Einschränkung des Notwehrrechts“ bestand nicht, sodass die Verteidigung auch geboten war.

c) Subjektives Element

Hinweis: Nach der hier vertretenen Auffassung genügt für das Vorliegen des subjektiven Rechtfertigungselements ein Handeln, bei dem der/die Handelnde die tatsächlichen Umstände erfasst und sich über die Grundentscheidung des Gesetzgebers bzgl. der normativen Erlaubnistatbestandsmerkmale im Klaren ist (s.o.). Wer hingegen eine

¹¹⁶ Vgl. *Kudlich*, JuS 2002, 27 (28); BGH NSTZ 2002, 433 (435).

¹¹⁷ Vgl. *Wessels/Beulke/Satzger* (Fn. 7), Rn. 482 ff.

¹¹⁸ Vgl. *Roxin* (Fn. 67), § 15 Rn. 9, 1.

¹¹⁹ *Engländer*, in: *Matt/Renzikowski* (Fn. 4), § 32 Rn. 24 ff.; *Fischer* (Fn. 1), § 32 Rn. 28; *Rosenau* (Fn. 104), § 32 Rn. 23 ff.

¹²⁰ Vgl. *Momsen*, in: v. Heintschel-Heinegg (Fn. 21), § 32 Rn. 31 ff.; krit. hinsichtlich Art. 103 Abs. 2 GG und eines einfachrechtlichen Anknüpfungspunkts durch das Wort „gebieten“ in § 32 Abs. 1 StGB, *Engländer* (Fn. 108), § 32 Rn. 42.

Verteidigungsabsicht fordert,¹²¹ muss prüfen, ob es der Zweck des Handelns der J war, der Rechtsverletzung durch B entgegenzutreten.¹²² Das noch anzuspreekende Problem stellt sich aber auch dort.

Fraglich ist jedoch, ob J Kenntnis davon hatte, dass es sich vorliegend um einen rechtswidrigen Angriff handelte. Da die Rechtswidrigkeit des Angriffs des B ihren Grund in der Straffreiheit des Handelns der J hat (s.o.), müsste man streng genommen fordern, dass J um die Straffreiheit ihres eigenen Handelns weiß.¹²³ Lässt man es in diesem Zusammenhang genügen, dass J in Kenntnis der Umstände handelte, welche die Rechtswidrigkeit des Angriffes des B begründeten, wäre das Erfordernis eines subjektiven Rechtfertigungselements in ihrer Person erfüllt. Geht man indes darüber hinaus und fordert – in Übereinstimmung mit dem oben Gesagten –, dass ihr die Grundentscheidung des Gesetzgebers – also dass Notwehr nur gegen rechtswidriges Handeln zulässig ist – bekannt war, fehlt es hierzu im Sachverhalt schlicht an den notwendigen Feststellungen. Da sich der „in dubio pro reo“-Grundsatz allerdings anerkanntermaßen auch auf die Erlaubnistatbestände bezieht,¹²⁴ ist hier jedoch von der notwendigen Kenntnis der J auszugehen, sodass es auf eine Entscheidung zwischen den Sichtweisen nicht ankommt.

d) Zwischenergebnis

J handelte nicht rechtswidrig

5. Zwischenergebnis

J hat sich keiner versuchten Körperverletzung schuldig gemacht.

II. Zwischenergebnis

J hat sich in diesem Teilkomplex nicht strafbar gemacht.

B. Strafbarkeit des B

I. Wegen § 223 Abs. 1 StGB (Körperverletzung)

B könnte sich einer Körperverletzung nach § 223 Abs. 1 StGB schuldig gemacht haben, indem er der J heftig gegen das linke Knie trat.

1. Objektiver Tatbestand

Der Tritt gegen das Knie war sehr schmerzhaft, schränkte die Funktionsfähigkeit des Körperteils vorübergehend ein und zog – jedenfalls kurzfristigen – Behandlungsbedarf nach sich.

¹²¹ Weiterführend *Stratenwerth/Kuhlen* (Fn. 38), § 9 Rn. 146 m.w.N.

¹²² Vgl. etwa BGH GA 1980, 67.

¹²³ Sie muss nicht davon ausgehen, dass ihr Handeln erlaubt ist. Der Begriff des rechtswidrigen Angriffes in § 32 StGB erfasst jedoch keine Vertragsverletzungen, sofern diese keinen Straftatbestand erfüllen, vgl. *Roxin* (Fn. 61), § 15 Rn. 35.

¹²⁴ *Heinrich* (Fn. 96), Rn. 331, 1449 ff.

Es handelt sich mithin sowohl um eine körperliche Misshandlung als auch um eine Gesundheitsschädigung¹²⁵.

2. Subjektiver Tatbestand

B war sich bewusst, was sein Tritt für Folgen haben würde. Auf diese kam es ihm jedoch gerade an, um J an der Flucht zu hindern und sie von weiteren Tritten gegen seinen Unterleib abzuhalten. Er handelte vorsätzlich.

3. Rechtswidrigkeit

Das Handeln des B könnte jedoch durch § 32 StGB (Notwehr) gerechtfertigt sein.

Hinweis: Falsch wäre es, hier auf das Festnahmerecht abzustellen. Denn selbst wenn es oben bejaht wurde, hat der Tritt des B nichts mehr mit der Festnahme zu tun, sondern ist vielmehr Reaktion auf den (neuen) Angriff der J.

a) Notwehrlage

Die J war ihrerseits durch Notwehr gerechtfertigt, sodass es an der Rechtswidrigkeit des gegenwärtigen Angriffs¹²⁶ fehlt.

b) Zwischenergebnis

Der B war daher nicht durch Notwehr gerechtfertigt und handelte rechtswidrig.

4. Schuld

B handelte schuldhaft.

5. Ergebnis

B hat sich wegen Körperverletzung nach § 223 Abs. 1 StGB schuldig gemacht.

Hinweis: Wer oben von einem rechtswidrigen Angriff der J ausgegangen ist, muss sich bei der Prüfung der Notwehrhandlung mit deren Gebotenheit auseinandersetzen; namentlich der Frage nach einem „Bagatellangriff“ und des „groben Missverhältnisses“ zwischen Verteidigungshandlung und Angriff.

Allerdings sind Tritte in den Unterleib eines Mannes keineswegs Verhaltensweisen, die „an der Grenze zu den sonst üblichen Belästigungen liegen“ (Bagatelle).¹²⁷ Und auch wenn man eine gewisse Disproportionalität von Art und Umfang der aus dem Angriff drohenden Verletzungen und der aus der Verteidigung drohenden Beeinträchtigung hier nicht leugnen können wird, genügt diese nicht für die Annahme eines – im Hinblick auf das Rechts-

bewahrungsprinzip¹²⁸ erforderlichen – groben Missverhältnisses.¹²⁹

II. Zwischenergebnis

B hat sich wegen Körperverletzung strafbar gemacht. Sofern die Staatsanwaltschaft kein öffentliches Interesse bejaht, wird die Tat jedoch nur auf Antrag der J verfolgt (§§ 230 Abs. 1, 77 Abs. 1 StGB). Ein solcher wurde laut Bearbeitervermerk gestellt.

C. Ergebnis im zweiten Tatkomplex

B hat sich wegen Freiheitsberaubung (§ 239 Abs. 1 Var. 2 StGB) in Tatmehrheit (§ 53 StGB) mit Körperverletzung (§ 223 Abs. 1 StGB) strafbar gemacht. J bleibt in diesem Tatkomplex straflos.

Hinweis: An dieser Stelle besteht die Gelegenheit, das eigene Ergebnis im zweiten Tatkomplex auf Schlüssigkeit zu überprüfen. Es ist nahezu jede erdenkliche Kombination der geprüften Delikte vertretbar, sodass es neben einer stichhaltigen Argumentation bei den Problemen vor allem darauf ankommt, konsequent zu bleiben.

3. Tatkomplex: „Berufsprivilegien“

A. Strafbarkeit des W

I. Wegen § 240 Abs. 1 Var. 2 StGB (Nötigung)

W könnte sich einer Nötigung nach § 240 Abs. 1 Var. 2 StGB schuldig gemacht haben, indem er der J das „Verschwindenlassen“ der Strafanzeige in Aussicht stellte, wenn sie mit ihm Geschlechtsverkehr habe.

1. Objektiver Tatbestand

Drohung ist das Inaussichtstellen eines zukünftigen Übels, das verwirklicht werden soll, wenn der Gezwungene sich nicht dem Willen des Täters beugt und sich dementsprechend verhält, vorausgesetzt, der Drohende hat Einfluss auf das Übel oder er gibt einen solchen Einfluss vor.¹³⁰

B hat J (ausdrücklich) in Aussicht gestellt, dass sie sich der Strafverfolgung ausgesetzt sehen werde, wenn sie sich seinem Willen nicht beuge. Er behauptete hierbei, dass er Einfluss auf den Eintritt dieses Übels habe, was J ihm wiederum glaubte.

Fraglich erscheint indes, ob – bzw. unter welchen Voraussetzungen – die Drohung mit der Nichtvornahme einer Handlung dem Tatbestand des § 240 StGB unterfällt.

a) Zum einen ließe sich annehmen, dass derjenige, der ankündigt, eine Handlung zu unterlassen, deren Vornahme die Rechtsordnung in dessen freies Belieben stellt, nicht

¹²⁵ Vgl. Engländer (Fn. 119), § 223 Rn. 7.

¹²⁶ Die Tritte der J sind gerade stattfindendes Verhalten, welches droht das rechtlich geschützte Individualrechtsgut der körperlichen Unversehrtheit des B zu verletzen.

¹²⁷ Perron, in: Schönke/Schröder (Fn. 4), § 32 Rn. 49; Frister, GA 1988, 313.

¹²⁸ Zur Kritik an der Rechtsbewahrungsdoktrin siehe Renzikowski, Notwehr und Notstand, 1994, S. 76 ff.

¹²⁹ Momsen (Fn. 120), § 32 Rn. 33a.

¹³⁰ Fischer (Fn. 1), § 240 Rn. 31; Joecks, Strafgesetzbuch, Studienkommentar, 11. Aufl. 2014, § 240 Rn. 21; Rengier, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 17. Aufl. 2016, § 23 Rn. 39.

droht.¹³¹ Die Drohung mit einem Unterlassen wäre demnach nur dann tatbestandlich, wenn der Täter im Sinne des § 13 StGB zur Vornahme der in Aussicht gestellten Handlung verpflichtet wäre oder ihn eine sonstige Rechtspflicht (§§ 138, 323c StGB) trafe.¹³²

Da B keine Pflicht traf, die Strafverfolgung von J abzuwenden, wäre sein Handeln dementsprechend nicht tatbestandsmäßig.

b) Es ist jedoch keineswegs zwingend, die Drohung mit einem Unterlassen an den strengen Voraussetzungen des § 13 StGB zu messen.¹³³ Ein solche Auslegung verkennt den Unterschied zwischen der Drohung mit einem Unterlassen und der Drohung durch ein Unterlassen – nur für letztere schreibt das Gesetz die zusätzlichen Voraussetzungen des § 13 StGB vor.¹³⁴ Und auch, wenn eine sonstige Rechtspflicht gefordert wird, wird damit außen vor gelassen, dass das Opfer beim Drohen mit einem Unterlassen in eine vergleichbare Zwangslage gebracht werden kann, wie beim Drohen mit aktivem Tun. Es gilt zudem zu bedenken, dass der Täter bei der Drohung mit einem empfindlichen Übel vielfach offenlassen kann, ob dieses durch ein Tun oder ein Unterlassen seinerseits erreicht werden soll. Die Tatbestandsverwirklichung kann daher nicht von dieser zufälligen Unterscheidung abhängen.¹³⁵ Als ungerecht empfundene Ergebnisse können mittels der „Verwerflichkeitsklausel“ (§ 240 Abs. 2 StGB) vermieden werden.¹³⁶

B hat den Willen der J durch sein Verhalten in „sozialwidriger“ Weise in eine bestimmte Richtung gelenkt. Hiernach läge eine Drohung vor, die indes auf ihre Verwerflichkeit hin zu untersuchen wäre.

c) Auch wenn die letztgenannte Sichtweise zweifellos pragmatisch und flexibel ist, so verkennt sie doch grundlegend das Wesen einer Drohung im Rechtssinne. Um das nachvollziehen zu können, muss man sich nur vergegenwärtigen, dass bei der Drohung mit einem Unterlassen der Rechtskreis des potentiellen Opfers erweitert wird. Ihm wird

von Seiten des Täters Hilfe in Form des Tätigwerdens – zu einem Preis – angeboten, zu deren Anbieten von Rechts wegen gerade keine Verpflichtung besteht.¹³⁷ Es handelt sich mithin um den Hinweis auf eine bestehende Notlage und das Aufzeigen eines Ausweges.¹³⁸ Der „Umweg“ über die Verwerflichkeitsklausel überdehnt indes die begrifflichen Grenzen der „Drohung“ nur um dann im Wege einer „konkret normativen Betrachtung“ in vielen Fällen zum selben Ergebnis zu kommen, wie all diejenigen, welche die Tatbestandsmäßigkeit einer Drohung durch Unterlassen ablehnen. Denn an der Verwerflichkeit im Sinne des § 240 Abs. 2 StGB soll es in den einschlägigen Fällen immer dann fehlen, wenn der Handlungsspielraum des Bedrohten erweitert, die Autonomie seiner Entschlüsse jedoch nicht in strafwürdiger Weise angegriffen wird.¹³⁹ Soweit im Einzelfall dennoch eine Strafbarkeit mit der Behauptung bejaht wird, dass „die Verquickung einer eigennützigen Forderung, mit der Ankündigung nur im Falle der Vornahme dieser auf ein Unterbleiben strafrechtlicher Verfolgung hinzuwirken, offenkundig verwerflich“ sei,¹⁴⁰ handelt es sich um die Bestrafung einer Verhaltensweise, welche das geschützte Rechtsgut der Nötigung nicht beeinträchtigt.¹⁴¹

2. Zwischenergebnis

Mangels einer Pflicht zur Abwendung der Strafverfolgung ist eine Drohung des W daher abzulehnen. Der objektive Tatbestand ist nicht erfüllt.

II. Zwischenergebnis

B hat sich keiner Nötigung schuldig gemacht.

B. Ergebnis im dritten Tatkomplex

B hat sich in diesem Tatkomplex nicht strafbar gemacht.

Gesamtergebnis

J hat sich wegen Diebstahls (§ 242 Abs. 1 StGB) strafbar gemacht. W hat sich wegen Begünstigung (§ 257 Abs. 1

¹³¹ RGSt 14, 264 (265); RGSt 63, 424 (425); BGH, GA 1960, 277 (278); *Dreher/Tröndle*, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 39. Aufl. 1980, § 235 Rn. 5; *Grosse-Wilde*, MedR 2012, 189; *Haffke*, ZStW 1972, 71; *Jakobs*, in: Baumann/Tiedemann (Hrsg.), Festschrift für Karl Peters zum 70. Geburtstag, 1974, S. 78; *Roxin*, JR 1983, 333 ff. Zu einem ganz ähnlich gelagerten Fall wie dem vorliegen OLG Hamburg NJW 1980, 2592 f. m. zust. Anm. *Ostendorf*.

¹³² Zur Unterscheidung dieser „Rechtspflichttheorie“ und der Auffassung, die stets eine Garantenstellung verlangt, *Eidam* (Fn. 65), § 240 Rn. 42.

¹³³ BGHSt 31, 195 (201); 44, 251 (252); *Eidam* (Fn. 65), § 240 Rn. 42; *Gropp/Sinn*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 4, 2. Aufl. 2012, § 240 Rn. 84 m.w.N.

¹³⁴ BGHSt 31, 195 ff.; 44, 251 (252); OLG Oldenburg, NJW 2008, 3012 m. zust. Bespr. *Sinn*, ZJS 2010, 447 ff.; *Eser*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch Kommentar, 27. Aufl. 2006, § 240 Rn. 20.

¹³⁵ BGHSt 31, 195 (202).

¹³⁶ BGHSt 31, 195 (201).

¹³⁷ *Horn*, in: Wolter (Fn. 36), 240 Rn. 16 f. Kritisch hierzu die Anmerkung *Ostendorfs*.

¹³⁸ OLG Hamburg, NJW 1980, 2592.

¹³⁹ BGHSt 31, 195 (202).

¹⁴⁰ So fast identisch das OLG Oldenburg NJW 2008, 3012 für einen Fall in dem Geld für das Hinwirken auf die Einstellung eines Ermittlungsverfahrens verlangt wurde. Auch die von *Sinn*, ZJS 2010, 447 (449) in diesem Fall vorgenommene Begründung des für richtig gehaltenen Ergebnisses überzeugt nicht, wenn er anführt der Täter habe keinen Anspruch auf das Geld und das Opfer werde andernfalls vogelfrei. Übertragen auf den vorliegenden Fall wäre wohl auch „offenkundige“ Verwerflichkeit anzunehmen gewesen.

¹⁴¹ Zu Recht krit. daher *Grosse-Wilde*, MedR 2012, 189 und *Roxin*, JR 1983, 333 (335), der diese Vorgehensweise – Annahme der Strafbarkeit bei strafwürdigem Antasten der Autonomie des Opfers – wegen der alleinigen Beurteilung der Strafwürdigkeit durch den Richter, als einen Verstoß gegen Art. 103 Abs. 2 GG wertet.

StGB) strafbar gemacht. B hat sich wegen Freiheitsberaubung (§ 239 Abs. 1 Var. 2 StGB) in Tatmehrheit (§ 53 StGB) mit Körperverletzung (§ 223 Abs. 1 StGB) strafbar gemacht.