

### **Strafrecht III**

Klausur zum Erwerb des großen Scheines (09.01.2012)

#### **1. Teil: Strafrechtliches Gutachten (70 %)**

Der Konzertviolinist D hatte für den Zeitraum einer kurzen Auslandstournee bei einer der Frankfurter Großbanken seine zweite Violine eingelagert. Er konnte sie leider nicht bei seiner „Hausbank“ einlagern, da diese keinen Platz mehr in ihrer Silberkammer hatte. Nach seiner Rückkehr begibt er sich zu der Bank, um seine Violine abzuholen. Der Schalterangestellte B bringt ihm jedoch versehentlich anstelle seines schwarzen Geigenkoffers mit einer durchschnittlichen Geige einen Koffer mit einer sehr seltenen und wertvollen Stradivari-Geige. D bemerkt die Verwechslung des Geigenkoffers, entschließt sich aber dennoch dazu, diesen mitzunehmen, und entfernt sich schnell. Daheim bricht er den verschlossenen Geigenkoffer auf. Er enthält neben der seltenen und deswegen nahezu unverkäuflichen Stradivari-Geige original Notenblätter eines berühmten Komponisten. Die Notenblätter nimmt D an sich. Auf der Innenseite des Kofferdeckels entdeckt D zudem die Anschrift des Musikers C.

Um nun trotz Unverkäuflichkeit der Geige Geld aus der Sache zu schlagen, setzt D die Schlösser des Geigenkoffers notdürftig wieder instand und begibt sich zu C. Er erklärt ihm, er habe den Koffer samt Geige herrenlos vor der Alten Oper gefunden und sich beeilt, ihm diesen wieder zuzuführen. C, der bereits den Verlust seiner Stradivari-Geige mit Bestürzung festgestellt hatte, zahlt D hochofret 5.000 € als Finderlohn.

#### **Wie hat sich D strafbar gemacht?**

Etwas erforderliche Strafanträge sind gestellt.

#### **2. Teil: Strafrechtliche Grundlagen (30 %)**

Analysieren Sie die Begriffe „negatives Strafrecht“ und „Sicherheitsstrafrecht“. Grenzen Sie diese Begriffe anhand von Beispielen

- aus der Strafrechtstheorie,
  - aus dem Verfassungsrecht,
  - aus dem Allgemeinen Teil des Strafrechts,
  - aus dem Besonderen Teil des Strafrechts und
  - aus Anwendungsfeldern des Kriminaljustizsystems
- voneinander ab.

## Strafrecht III Klausur

### Lösungshinweise

#### 1. Teil: Strafrechtliches Gutachten (70 %)

1. *Tatkomplex: Die Geschehnisse in der Bank*

#### A. **Strafbarkeit des D gemäß § 242 Abs. 1 StGB**

Indem D den Geigenkoffer mit der sehr seltenen und wertvollen Stradivari-Geige an sich nahm und sich aus der Bank entfernte, könnte er sich gemäß § 242 Abs. 1 StGB wegen Diebstahls strafbar gemacht haben.

#### I. **Tatbestandsmäßigkeit**

##### 1. **Objektiver Tatbestand**

Fraglich ist, ob D den Geigenkoffer – eine fremde bewegliche Sache im Sinne des § 242 StGB – weggenommen hat.

##### a) *Wegnahme*

D müsste fremden Gewahrsam gebrochen haben. Wegnahme ist der Bruch fremden und die Begründung neuen, nicht notwendigerweise tätereigenen Gewahrsams.

##### aa) *fremder Gewahrsam*

Es ist daher zunächst festzustellen, wer **Gewahrsam** an dem Geigenkoffer des C hatte. *Gewahrsam* ist die von einem natürlichen Herrschaftswillen getragene tatsächliche Sachherrschaft, deren Reichweite sich nach der Verkehrsanschauung bemisst.

Fraglich ist, ob die Frankfurter Großbank oder C am Geigenkoffer und dessen Inhalt Gewahrsam besaß.

Der Geigenkoffer befindet sich in den Räumlichkeiten der Großbank, was zunächst für einen Alleingewahrsam derselben spricht. Der Geigenkoffer war jedoch durch C ver-

geschlossen worden, er allein besaß die Schlüssel dazu. Als C den Geigenkoffer zur Aufbewahrung in die Silberkammer gegeben hat, hatte er sich durch das Verschließen somit eine Sicherung gegen fremde Einwirkung geschaffen.

Bei einem **verschlossenen, verwahrten Verhältnis** ist jedoch umstritten, ob der Schlüsselinhaber (Mit-)Gewahrsam an seinem verwahrten Gegenstand – und insbesondere dessen Inhalt – hat oder ob dieser nicht vielmehr im Alleingewahrsam des Verwahrers steht.

#### **(P) Gewahrsam bei verschlossenen Behältnissen**

- Nach einer **Ansicht in der Literatur** will sich derjenige, der den Schlüssel zu einem Gegenstand hat, in jedem Fall gegen fremde Einwirkung schützen. Mittels des Verschlusses wird eine **Gewahrsamsschranke** errichtet. Danach hat der Schlüsselinhaber gleichrangigen Mitgewahrsam.

Hier: Durch das Verschließen des Geigenkoffers besteht gleichrangiger Gewahrsam von C und der Großbank.

- Nach **h.M.** liegt Mitgewahrsam nur dann vor, wenn das Behältnis schwer zu bewegen oder mit einem Gebäude verbunden ist. Bei **beweglichen Gegenständen** weist die Verkehrsauffassung dem Behältnisbewahrer Alleingewahrsam zu. Dies gilt vor allem dann, wenn der Schlüsselinhaber nicht weiß, wo sich das Behältnis befindet und wenn er nur mit Zustimmung des Verwahrers an den Inhalt gelangen kann.

**Argument:** Der Verwahrer ist faktisch zum Fortschaffen des Behältnisses in der Lage. Dass er rechtlich dazu nicht befugt ist, spielt keine Rolle, da sich der Gewahrsamsbegriff nur nach objektiv faktischen Kriterien bestimmt.

Hier: Nach dieser Ansicht stehen der Geigenkoffer und sein Inhalt im Alleingewahrsam der Großbank.

Für die letztgenannte Auffassung spricht, dass sie den Gewahrsam demjenigen zuweist, in dessen Einflusssphäre sich der Gegenstand befindet. Das erscheint – auch unter dem Gesichtspunkt der Risikotragung – sachgerecht.

Ein Mitgewahrsam des C scheidet daher sowohl hinsichtlich des Geigenkoffers als auch seines Inhalts aus. Beide standen vielmehr im Alleingewahrsam der Großbank.

## *bb) Gewahrsamsbruch*

Fremder Gewahrsam wird gebrochen, wenn die **tatsächliche Sachherrschaft** gegen den Willen des Berechtigten **aufgehoben** wird.

Die Feststellung, wer Gewahrsam am Koffer besitzt, ist dabei entscheidend für die Annahme eines **Gewahrsamsbruchs**. Denn obwohl die Verkehrsanschauung auch mehreren Personen Gewahrsam zuweisen kann (sog. **Mitgewahrsam**, wobei zwischen gleichrangigem oder übergeordnetem/untergeordnetem Mitgewahrsam differenziert wird), ist für eine Wegnahme erforderlich, dass gleichrangiger oder übergeordneter Mitgewahrsam gebrochen wird. Der untergeordnete Mitgewahrsam genießt im Verhältnis zum übergeordneten Mitgewahrsam dagegen keinen Schutz.

Hier: Der Schalterangestellte B hat den Geigenkoffer freiwillig (Stichwort: **tatbestandsausschließendes Einverständnis**) an D ausgehändigt. Der Irrtum des B bezüglich des Empfangsberechtigten hindert die Freiwilligkeit nicht. Der Alleingewahrsam der Großbank wurde daher nicht gegen deren Willen aufgehoben.

→ Gewahrsamsbruch (-)

*b) Zwischenergebnis: Wegnahme (-)*

## **2. Objektiver Tatbestand (-)**

### **II. Ergebnis**

D hat sich nicht wegen Diebstahls gemäß § 242 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

### **B. Strafbarkeit des D gemäß § 263 Abs. 1 StGB gegenüber B und zum Nachteil des C (sog. Dreiecksbetrug)**

Indem D den Geigenkoffer mit der sehr seltenen und wertvollen Stradivari-Geige an sich nahm, könnte er sich gemäß § 263 Abs. 1 StGB wegen Betrugs gegenüber B und zum Nachteil des C strafbar gemacht haben.

### **I. Tatbestandsmäßigkeit**

#### **1. Objektiver Tatbestand**

### *a) Täuschung über Tatsachen*

Zu prüfen ist, ob in der Entgegennahme des Geigenkoffers eine Täuschungshandlung zu sehen ist. Eine Täuschungshandlung ist das **Vorspiegeln falscher** bzw. die **Entstellung oder Unterdrückung wahrer Tatsachen**.

#### *aa) Ausdrückliche Täuschung*

Eine **ausdrückliche Täuschung** liegt dann vor, wenn der Täter dem anderen gegenüber eine unwahre Behauptung über eine Tatsache aufstellt, d.h. in einer verbalen oder durch Zeichen oder Gesten vermittelten Erklärung falsche Angaben macht. Sie setzt eine Erklärung mit eigenem Erklärungswert voraus.

Hier: Eine ausdrückliche Täuschung ist zu verneinen, da keinerlei Kommunikation zwischen D und B besteht.

#### *bb) Täuschung durch konkludentes Verhalten*

Ein **konkludentes Verhalten** ist ein auf Irreführung gerichtetes Gesamtverhalten, das nach der Verkehrsanschauung als stillschweigende Erklärung über eine Tatsache zu werten ist.

<b>Abgrenzungsproblem: Konkludente Täuschung/Täuschung durch Unterlassen</b>
--

Eine konkludente Täuschung liegt etwa dann vor, wenn in der Entgegennahme der Leistung zugleich die Erklärung liegt, zum Empfang der Leistung auch berechtigt zu sein (sogenanntes **qualifiziertes Schweigen**).

In der Regel liegt im bloßen Genuss der Leistung jedoch nicht die schlüssige Erklärung, dass die Leistung geschuldet werde und ein entsprechender Anspruch des Leistungsempfängers bestehe. Das Verhalten kann dann kaum als ein auf Verdeckung der Wahrheit gerichtetes Verhalten im Sinne eines positiven Tuns verstanden werden.

Hier nutzt D nur eine bereits vorhandene unrichtige Vorstellung des B, D gehöre der auszuhändigende Geigenkoffer, aus. Eine konkludente Täuschungshandlung ist daher zu verneinen.

#### *b) Zwischenergebnis: Täuschung über Tatsachen (-)*

## **2. Objektiver Tatbestand (-)**

## II. Ergebnis

D hat sich nicht wegen Betrugs gegenüber B und zum Nachteil des C gemäß § 263 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

### C. Strafbarkeit des D gemäß §§ 263, 13 StGB gegenüber B und zum Nachteil des C

Indem D den Geigenkoffer mit der sehr seltenen und wertvollen Stradivari-Geige an sich nahm und B nicht über seinen Irrtum aufklärte, könnte er sich gemäß §§ 263 Abs. 1, 13 Abs.1 StGB wegen Betrugs durch Unterlassen gegenüber B und zum Nachteil des C strafbar gemacht haben.

#### I. Tatbestandsmäßigkeit

##### 1. Objektiver Tatbestand

###### a) Täuschung über Tatsachen durch Unterlassen

Fraglich ist zunächst, ob ein Betrug durch Unterlassen als dogmatische Figur überhaupt denkbar ist.

- Nach einer **Ansicht in der Literatur** ist diese dogmatische Konstruktion abzulehnen.  
**Argument:** Ein Unterlassenstäter kann keine Bereicherungsabsicht haben (*Grünewald*). Der Bestimmtheitsgrundsatz schließt zudem eine Ausdehnung der Betrugsstrafbarkeit auch auf Unterlassen aus. Argument ist die subjektiv-historische Auslegung, denn nach dem ursprünglichen Willen des Gesetzgebers sollte der Betrug eine Täuschung durch Unterlassen nicht umfassen. Eine Betrugsstrafbarkeit scheidet daher generell aus (*Naucke*).
- Nach herrschender Meinung ist ein Betrug durch Unterlassen möglich.  
**Argument:** Wer die bevorstehende Vermögensverfügung eines anderen erkennt und pflichtwidrig dessen Aufklärung unterlässt, stellt den schadensbringenden Geschehensverlauf in den Dienst eigener Zweckverfolgung.

## *aa) Garantenpflicht*

Eine Täuschung durch Unterlassen setzt eine Garantenstellung des D voraus. D müsste eine Aufklärungspflicht obliegen.

### *(1) Aufklärungspflicht aus Vertrag (-)*

Aus dem Verwahrvertrag alleine ergeben sich weder besondere, die Aufklärung begründende Pflichten noch ist durch den Vertragsabschluss ein besonderes Vertrauensverhältnis zwischen D und der Großbank geschaffen worden. Eine ausdrückliche vertragliche Vereinbarung ist zudem ebenfalls nicht ersichtlich.

### *(2) Aufklärungspflicht aus Treu und Glauben (-)*

Wegen des Gebotes der restriktiven Auslegung und der ansonsten drohenden uferlosen Ausweitung des Tatbestandes genügt die bloße Anstößigkeit des Schweigens nicht. Dieses Schweigen muss von **besonderer Erheblichkeit** sein und sich aus besonderen Umständen wie einer langfristigen Vertragsbeziehung oder einem längeren Vertrauensverhältnis ergeben.

D unterhielt keine längerfristige Geschäftsbeziehung zu der Großbank, es handelte sich bei dieser zudem noch nicht einmal um seine Hausbank. Wobei auch zu dieser ein besonderes Vertrauensverhältnis abzulehnen ist, denn alleine aus der Unterhaltung eines Girokontos (BGHSt 39, 392, 399) und auch aufgrund des Bestehens von Darlehens oder Kreditverträgen (vgl. Fischer, § 263, Rn. 6) ergibt sich keine Aufklärungspflicht als Nebenpflicht.

Für eine **besondere Vertrauensbeziehung** ergeben sich hier also keine Anhaltspunkte, so dass eine Aufklärungspflicht des D nicht vorliegt.

### *b) Zwischenergebnis: Täuschung durch Unterlassen (-)*

## **2. Objektiver Tatbestand (-)**

## **II. Ergebnis**

D hat sich nicht wegen Betrugs durch Unterlassen gegenüber B und zum Nachteil des C gemäß §§ 263 Abs. 1, 13 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

## D. Strafbarkeit des D gemäß § 246 Abs. 1 StGB

Indem D den Geigenkoffer mit der sehr seltenen und wertvollen Stradivari-Geige an sich nahm, könnte er sich gemäß § 246 Abs. 1 StGB wegen Unterschlagung strafbar gemacht haben.

### I. Tatbestandsmäßigkeit

#### 1. Objektiver Tatbestand

a) *Fremde bewegliche Sache (+)*

b) *Rechtswidrige Zueignung*

Zueignung setzt die **Manifestation des Zueignungswillens** in objektiv erkennbarer Weise voraus. Erforderlich ist ein Verhalten, das für einen gedachten (objektiven) Beobachter den sicheren Schluss darauf zulässt, dass der Täter die Sache oder ihren Sachwert unter Ausschluss des Eigentümers seinem eigenen Vermögen einverleiben will.

Hier: Die Manifestation des Zueignungswillens liegt in der Mitnahme des Geigenkoffers durch D.

Die Zueignung müsste zudem **rechtswidrig** sein. Sie ist nach h.M. bereits Tatbestandsmerkmal der Unterschlagung. Die Rechtswidrigkeit der Zueignung entfällt, falls der Täter einen fälligen und einredefreien Anspruch auf die unterschlagene Sache hat.

Hier: Ein Anspruch des D auf den Geigenkoffer samt dessen Inhalt ist nicht ersichtlich.

→ Rechtswidrige Zueignung (+)

#### 2. Subjektiver Tatbestand (+)

### II. Rechtswidrigkeit (+)

### III. Schuld (+)

### IV. Ergebnis

D hat sich durch die Mitnahme des Geigenkoffers gemäß § 246 Abs. 1 StGB wegen Unterschlagung strafbar gemacht.

## 2. Tatkomplex: Die Geschehnisse im Hause des C

### A. Strafbarkeit des D gemäß §§ 242 Abs. 1, 243 Abs. 1 Nr. 2 StGB

Indem D den verschlossenen Geigenkoffer aufbricht und die darin enthaltenen original Notenblätter eines berühmten Komponisten an sich nimmt, könnte er sich gemäß §§ 242 Abs. 1, 243 Abs. 1 Nr. 2 StGB wegen Diebstahls in einem besonders schweren Fall strafbar gemacht haben.

#### I. Tatbestandsmäßigkeit

##### 1. Objektiver Tatbestand

a) *Fremde, bewegliche Sache (+)*

b) *Wegnahme*

D müsste die Notenblätter weggenommen haben. Wegnahme setzt den Bruch fremden sowie die Begründung neuen Gewahrsams voraus.

Dies setzt voraus, dass die Notenblätter noch in **fremdem Gewahrsam** stehen. Wie bereits dargelegt, weist die Verkehrsauffassung jedoch dem Besitzer eines **beweglichen** verschlossenen Behältnisses den **Alleingewahrsam** am Geigenkoffer **samt Inhalt** zu. Die Notenblätter stehen daher nunmehr – nach Aushändigung des Geigenkoffers durch die Großbank – im Gewahrsam des D und gerade nicht (mehr) in fremdem Gewahrsam.

Eine Wegnahme der Notenblätter durch D scheitert somit am fehlenden fremden Gewahrsam.

##### 2. Objektiver Tatbestand (–)

#### II. Ergebnis

D hat sich nicht wegen Diebstahls in einem besonders schweren Fall gemäß §§ 242 Abs. 1, 243 Abs. 1 Nr. 2 StGB strafbar gemacht.

## B. Strafbarkeit des D gemäß § 246 Abs. 1 StGB

Indem D den verschlossenen Koffer aufbricht und die darin enthaltenen Notenblätter an sich nimmt, könnte er sich gemäß § 246 Abs. 1 StGB wegen Unterschlagung strafbar gemacht haben.

### I. Tatbestandsmäßigkeit

#### 1. Objektiver Tatbestand

a) *Fremde, bewegliche Sache (+)*

b) *Rechtswidrige Zueignung*

D müsste sich die Notenblätter durch die Entnahme aus dem Geigenkoffer rechtswidrig zueignet haben.

Fraglich ist, wie es sich auswirkt, dass er sich bereits den Koffer an sich (samt Inhalt) rechtswidrig zueignet hatte, d.h. ob eine zweimalige Zueignung desselben Gegenstands überhaupt möglich ist.

#### (P) „Wiederholte“ Zueignung

Von Fällen sog. „gleichzeitiger“ Zueignung, die gemäß der formellen Subsidiaritätsklausel des § 246 Abs. 1 StGB auf Konkurrenzebene zurücktreten, sind Fälle der sog. „wiederholten“ Zueignung zu unterscheiden. Eine **wiederholte Zueignung** liegt vor, wenn der Täter sich den Gegenstand bereits zuvor durch ein Eigentums- oder Vermögensdelikt zueignet hat. Wie diese Fallgruppe zu behandeln ist, wird nach wie vor diskutiert:

- **Tatbestandslösung:** Eine nochmalige Zueignung ist als bloßer **Akt der Perpetuierung** der ohnehin bereits rechtswidrigen Eigentumslage tatbestandlich schon ausgeschlossen.  
**Argument:** Dem Wortsinn nach ist Zueignung die Herstellung der eigentümerähnlichen Herrschaft bzw. die erstmalige Verfügung über eine Sache. Die bloße Ausnutzung einer Herrschaftsstellung wird nicht als Zueignung bezeichnet.
- **Konkurrenzlösung:** Die Zueignung gilt als **mitbestrafte Nachtat**, die auf der Konkurrenzebene hinter die erste Zueignungshandlung zurücktritt.

**Argument:** Die Aneignung fremder Sachen ist ebenso wiederholbar wie ihre Ent-eignung. Gerade die Neufassung des § 246 StGB, die auf das Gewahrsams-verhältnis verzichtet, will alle denkbaren Aneignungshandlungen im Wege des Auf-fangtatbestands erfassen.

→ Objektiver Tatbestand (+/-)

*Hinweis: Im Ergebnis wirkt sich dieser Streit zwar vor allem bei möglichen Teilnahmestraf-barkeiten aus, die hier nicht vorliegen, aber wer der Konkurrenzlösung folgt prüft weiter, wer der Tatbestandslösung folgt, hat die Prüfung hier zu beenden!*

## **2. Subjektiver Tatbestand (+)**

### **II. Rechtswidrigkeit (+)**

### **III. Schuld (+)**

### **IV. Ergebnis**

D hat sich (nicht) wegen Unterschlagung gemäß § 246 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

## **C. Strafbarkeit des D gemäß § 303 StGB (Kofferschlosser) (+)**

→ Beschädigen (+)

→ Zerstören (-), da die Schlösser wieder Instand zu setzen sind.

## **3. Tatkomplex: Die Rückgabe des Geigenkoffers an C**

### **A. Strafbarkeit des D gemäß § 263 Abs. 1 StGB gegenüber und zum Nachteil des C**

Indem D sich gegenüber C als „Finder“ ausgab und ihm den Geigenkoffer mit der sehr seltenen und wertvollen Stradivari-Geige gegen Aushändigung eines „Finderlohnes“ i.H.v. 5.000 € überreichte, könnte er sich gemäß § 263 Abs. 1 StGB wegen Betrugs gegenüber und zum Nachteil des C strafbar gemacht haben.

### **I. Tatbestandsmäßigkeit**

## 1. Objektiver Tatbestand

### a) Täuschung über Tatsachen (+)

Hier: D hat C gegenüber wahrheitswidrig behauptet, „ehrlicher Finder“ des Geigenkoffer mit der sehr seltenen und wertvollen Stradivari-Geige zu sein und damit über die äußere Tatsache „Herkunft“ (und einen möglichen Anspruch auf Finderlohn gemäß § 971 Abs. 1 BGB) getäuscht.

### b) Irrtum inkl. Kausalzusammenhang (+)

Hier: C geht davon aus, D habe den Geigenkoffer tatsächlich gefunden und sei in der Konsequenz finderlohnberechtigter. Diese Vorstellung basiert kausal auf den Angaben des D und somit auf dessen Täuschung.

### c) Vermögensverfügung inkl. Kausalzusammenhang (+)

Hier: C zahlt D aufgrund seines Irrtums einen Finderlohn in Höhe von 5.000 €. Dies führt zu einer Vermögensminderung bei C.

### d) Vermögensschaden

Bei D müsste ein Vermögensschaden entstanden sein. Ein Vermögensschaden ist jede **nachteilige Vermögensdifferenz**, die nicht durch ein unmittelbar aus der Vermögensverfügung fließendes Äquivalent wirtschaftlich voll ausgeglichen wird.

C zahlt D 5.000 € Finderlohn, erhält hierfür jedoch seinen Geigenkoffer samt des für fast unersetzbaren Inhalts (mit der sehr seltenen und wertvollen Stradivari-Geige) zurück. Fraglich ist daher, ob er einen Vermögensschaden erlitten hat oder die Zahlung i.H.v. 5.000 € nicht vielmehr durch die Wiedererlangung des Geigenkoffers und der Stradivari-Geige „kompensiert“ wurde.

Die Lösung hängt vom vertretenen Vermögensbegriff ab.

### (P) Vermögensbegriff des § 263 StGB

- Nach dem sog. rein **wirtschaftlichen Vermögensbegriff** ist Vermögen die Gesamtheit aller wirtschaftlichen (d.h. geldwerten) Güter einer Person (unabhängig

von ihrer rechtlichen Anerkennung) nach Abzug der Verbindlichkeiten. Zivilrechtliche Ausgleichsansprüche bleiben bei der Gesamtsaldierung unberücksichtigt.

Hier: Folgt man dem wirtschaftlichen Vermögensbegriff, liegt kein Vermögensschaden vor, da der Inhalt des Geigenkoffers materiell mehr wert ist als die geleistete Finderlohnzahlung. C hat nach der Vermögensverfügung somit mehr als er leistet.

- Nach dem **juristisch-ökonomischer Vermögensbegriff** gehören zum Vermögen alle Wirtschaftsgüter einer Person, die ihr unter dem Schutz der Rechtsordnung zustehen. Damit erstreckt sich der Vermögensschutz also nur auf solche Positionen, die der Person ohne Missbilligung der Rechtsordnung zustehen.

Hier: Nach dem wirtschaftlich-juristischen Vermögensbegriff erwächst Eigentümer C durch die Mitnahme des Koffers ein **Anspruch auf unentgeltliche Herausgabe** gegen D aus § 985 BGB. Die Rückgabe des Geigenkoffers samt Stradivari-Geige bringt diesen Anspruch zum Erlöschen, kompensiert aber nicht die Zahlung von 5.000 €. Die auf einer gesetzlichen Verpflichtung beruhende Rückgabe stellt daher kein kompensationsfähiges Äquivalent dar.

Auch liegt keine Kompensation durch Zahlung des Finderlohns mangels eines Finderlohnanspruchs gemäß § 973 Abs. 1 S. 3 BGB vor. Ein Anspruch des D aus **§ 971 Abs. 1 Satz 3 BGB** bestand mangels „Fundes“ gerade nicht und konnte somit nicht erlöschen.

Danach wäre das Vorliegen eines Vermögensschadens zu bejahen.

Für den wirtschaftlich-juristischen Vermögensbegriff spricht vor allem, dass er **Wertungswidersprüche** von Strafrecht und Zivilrecht zu vermeiden hilft. Auch die Vertreter des wirtschaftlichen Vermögensbegriffs greifen in solchen Fallkonstellation auf die Kriterien des wirtschaftlich-juristischen Vermögensbegriffs zurück.

Allerdings verleiht nur der wirtschaftliche Vermögensbegriff einen umfassender Schutz aller wirtschaftlichen Werte mit der Folge, dass sich im sog. Ganovenumfeld **kein strafrechtsfreier Raum** bilden kann.

→ Vermögensschaden (+/ -)

**Kausalzusammenhang** zwischen Vermögensverfügung und Vermögensschaden: Die nachteilige Vermögensdifferenz des C ergibt sich unmittelbar aus der Zahlung des Finderlohns in Höhe von 5.000 € an D.

## **2. Subjektiver Tatbestand**

a) *Vorsatz (+)*

b) *Absicht der rechtswidrigen Bereicherung (+)*

## **II. Rechtswidrigkeit (+)**

## **III. Schuld (+)**

## **IV. Ergebnis**

D hat sich gemäß § 263 Abs. 1 StGB wegen Betrugs gegenüber und zum Nachteil des C strafbar gemacht.

## **Gesamtergebnis und Konkurrenzen**

- **Gesamtergebnis**

1. Tatkomplex: D hat sich gemäß § 246 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

2. Tatkomplex: D hat sich gemäß § 303 StGB strafbar gemacht. (Beim Folgen der Konkurrenzlösung tritt zusätzlich eine Strafbarkeit gemäß § 246 Abs. 1 StGB hinzu, diese tritt jedoch als mitbestrafte Nachtat hinter der erstverwirklichten Unterschlagung zurück.)

3. Tatkomplex: D hat sich gemäß § 263 Abs. 1 StGB zum Nachteil des C strafbar gemacht.

- **Konkurrenzen**

§ 263 StGB und § 246 StGB stehen in Realkonkurrenz (§ 53 StGB) zueinander. § 303 StGB ist zu § 246 StGB nur mitbestrafte Nachtat (Konsumtion).

## **2. Teil: Strafrechtliche Grundlagen (30 %)**

Analysieren Sie die Begriffe „negatives Strafrecht“ und „Sicherheitsstrafrecht“. Grenzen Sie diese Begriffe anhand von Beispielen

- aus der Strafrechtstheorie,
  - aus dem Verfassungsrecht,
  - aus dem Allgemeinen Teil des Strafrechts,
  - aus dem Besonderen Teil des Strafrechts und
  - aus Anwendungsfeldern des Kriminaljustizsystems
- voneinander ab.

- Vgl. hierzu auch: Naucke, *Die robuste Tradition des Sicherheitsstrafrechts*, KritV 2010, S. 129 ff.; Voßberg, *Negatives Strafrecht: Eine Kritik des Sicherheitsstrafrechts – Strafrecht in der KritV von 1986 bis 2011*, KritV, S. 365 ff.-

### **I. Die historische Entwicklung des Sicherheitsstrafrechts**

Die Frage nach Sicherheit durch Strafrecht wird als aktuelles Problem behandelt. Als Auslöser gelten Terrorismus und Organisierte Kriminalität am Beginn des 21. Jahrhunderts. Hinzu kommen Forderungen nach Sicherheit des Straßenverkehrs, des Luftverkehrs, der Gesundheit, der Daten, des Geldes und der Umwelt. Strafrecht, das Sicherheit verspricht, soll hier als Steuerungsinstrument helfen. Die Theorie des Sicherheitsstrafrechts beginnt schon mit der Aufklärung. Auch Beccaria (18. Jahrhundert) kennt nur die Sicherheit des Bürgers als Ziel des Strafrechts. Kriterien sind Notwendigkeit und Verhältnismäßigkeit, die aber von den Sicherheitswünschen von Politik und Gesellschaft bestimmt werden. Feuerbach steuerte noch den Aspekt der Abschreckung hinzu. Der Umriss der Maßregel taucht auf. Nachfolger im 21. Jahrhundert sind neben der Sicherungsverwahrung die elektronische Fußfessel, das technische Belauschen, die visuelle Dauerüberwachung und selbst nach von Liszt bleibt unter dem Label Resozialisierung das Strafrecht „Kampfordnung“. Strafrecht bleibt bis heute Verbrechensbekämpfung. Das bleibt auch in der klassischen Schule eines Binding so. Oberstes Strafziel bleibt die Sicherheit der Gesellschaft. Unnachsichtiges Strafen dient der Sicherheit: Kein Analogieverbot, objektive Auslegung, der Strafrichter ist Sicherheitsmanager. Nach dem zweiten Weltkrieg gibt es kurzfristig eine Einschränkung der Gewalttätigkeit des Sicherheitsstrafrechts aber dieses Zögern ist schon bald vorbei. Selbst oder gerade das EU-Recht ist pures Recht der Verbrechensbekämpfung. Das Wiederauftauchen des Feindstrafrechts verwundert nicht.

Gegen dieses Sicherheitsstrafrecht als Mittel der Politik ist ein rechtsstaatliches Strafrecht der Begrenzung von Verbrechensbekämpfung wissenschaftlich zu positionieren. Es beginnt schon im Allgemeinen Teil des Strafrechts, setzt sich im Besonderen Teil fort und erstreckt sich auf das gesamte Kriminaljustizsystem. Die europäischen Bezüge zeigen diese Linien in verstärktem Maße.

## **II. Die Rechtsdimensionen des Sicherheitsstrafrechts**

### **1. Prävention**

Der Präventionsgedanke des Strafrechts bemächtigt sich des Individuums und seiner Beeinflussung. Das Recht als Maßstab tritt zurück, die Veränderung des Individuums ist im Visier der Rechtsanwendung. Die Gefahr dieser operativen Rechtdeutung liegt im Grundrechteverzehr.

### **2. Rechtsgut**

Rechtsgüter sind beliebig durch den Gesetzgeber zu formulieren. Der Rechtsgüterschutz des Gesetzgebers ist die Erweiterung dieser Linie.

Auf den Begriff des Rechtsguts kann ein rechtsstaatliches Strafrecht verzichten, da nur Menschen- und Grundrechte sowie Verfassungsprinzipien zur Konstruktion eines Kernstrafrechtes beitragen können.

### **3. Kausalität**

Die Äquivalenztheorie wird durch die Plausibilitätsvermutung des BGH ergänzt.

Die objektive Zurechnung ist ein kraftloser Versuch, sich von der strafrechtlichen Kausalitätslehre zu befreien.

### **4. Der Versuch**

Der Versuch ist in der Ausweitung durch die Rechtsprechung nicht mehr bestimmbar. Selbst die Vorbereitung und die Vorbereitung der Vorbereitung werden kriminalisiert. Das rechtsstaatliche Strafrecht sucht nach strikter Abgrenzung.

### **5. Beteiligung**

Ziel des Sicherheitsstrafrechts ist der Einheitstäter (Bsp. § 142 Abs. 5 StGB). §§ 127 ff. StGB sind ebenfalls Beispiele.

### **6. Sanktionsausweitungen**

Die Strafe tritt im präventiven Ansatz, gerade auch bei der negativen Spezialprävention, deutlich zurück. Die Gefährlichkeit rückt als schuldunabhängige Variable in den Vordergrund. Grundrechte und Verfassung werden sekundär, das Rückwirkungsverbot verblasst im Sicherheitsdenken von Politik, Öffentlichkeit und Rechtssystem.

### **7. Das abstrakte Gefährungsdelikt**

Das abstrakte Gefährdungsdelikt ist der Favorit des Gesetzgebers. Es verspricht Sicherheit durch Strafe. Betrug und Untreue werden ausgeweitet und ins Richterrecht verlagert. Dagegen ist Art. 103 Abs. 2 GG in Stellung zu bringen, der mehr oder weniger vergessen wird.

## **8. Strafverfahrensrecht und Gerichtsverfassungsgesetz**

Strafverfahrensrecht und Gerichtsverfassungsgesetz gehen auch im Interesse der Sicherheit in den Zustand der Reduktion über. Verdachtsunabhängige Kontrollen, beschleunigte Verfahren, Verkürzung der Rechtsmittelzüge und vereinfachte Besetzung der Gerichte sind die Mechanismen. Die Unabhängigkeit der Richter wird reklamiert und von der Exekutive werden Emanzipationsprozesse bekämpft.

## **9. Verfahrenseinstellungen und Absprachen**

Verfahrenseinstellungen (§§ 153 ff StPO) und Absprachen (§ 257c StPO) führen zur Informalisierung des Strafverfahrens und des Strafrechts und werden legitimatorisch zum Abbau der Falllast im Justizsystem ständig ausgebaut.

## **10. Polizeirecht und Strafprozessrecht**

Polizeirecht und Strafprozessrecht verschmelzen in einer Sicherheitsarchitektur. Die Kontrollfunktion von Staatsanwaltschaft und unabhängigem Richter löst sich auf.

## **III. Das negative Strafrecht als Begrenzungsrecht**

### **1. Unabhängigkeit der Justiz**

### **2. Präzise Formen des Prozesses**

### **3. Humane Sanktionen**

### **4. Genauigkeit der Strafgesetze (Analogie- und Rückwirkungsverbot)**

### **5. Kernstrafrecht**

Die rechtsstaatliche Strafrechtswissenschaft stellt sich dar als negatives Strafrecht, das dem Sicherheitsstrafrecht Grenzen setzen könnte.