

Examensklausur: Der geschäftstüchtige Kunststudent

Von Rechtsreferendarin **Natalia Dobrosz**, Stud. iur. **Louise Onimus**, Gießen*

Der Fall wurde im Sommersemester 2017 im Examensklausurenkurs am Fachbereich Rechtswissenschaft der Justus-Liebig-Universität Gießen gestellt. Die Durchschnittsnote lag bei 4,44 Punkten, die Durchfallquote betrug 42 %.

Der Sachverhalt enthält Probleme sowohl des Allgemeinen wie auch des Besonderen Teils. Schwerpunkte liegen in der vollständigen Erfassung sämtlicher in Betracht zu ziehender Handlungen und Straftatbestände wie auch in der Subsumtion des nicht ganz gewöhnlichen Themengebiets der Kunstfälschung unter ihre Merkmale. Das Niveau der Arbeit liegt über dem durchschnittlichen Niveau von Klausuren im 1. Staatsexamen. Dem Bearbeiter werden insbesondere vertiefte Kenntnisse im Bereich verschiedener Vermögens-, Anschluss- und Urkundsdelikte wie auch ein präzises Arbeiten mit dem Gesetz abverlangt. Ebenfalls relevant sind Grundkenntnisse des Strafanwendungsrechts.

Sachverhalt

Der US-amerikanische Kunststudent Gaffrey (G) wohnt und studiert in Berlin. Um sich seinen Sommeraufenthalt in der für Weinbau bekannten nordwestitalienischen Region Piemont zu finanzieren, lässt er sich auf zwielichtige Geschäfte mit dem Berliner Mafioso Alba (A) ein, im Zuge derer er bereits in der Vergangenheit große Schulden bei A gemacht hat.

A weiß um die Fähigkeit des G, Gemälde des niederländischen Künstlers Vincent van Gogh originalgetreu kopieren zu können, sodass er ihm am Telefon vorschlägt, ein verschollenes Gemälde zu fälschen, um es sodann auf dem Schwarzmarkt als Original zu verkaufen. Als Ideengeber solle G ihm die Hälfte des Gewinns überlassen. Diese Zahlung könne er zudem als Tilgung der ausstehenden Schulden verstehen.

G entschließt sich daher, in seiner Berliner Wohnung eine Fälschung von van Goghs Gemälde „Strand von Scheveningen bei stürmischem Wetter“ aus dem Jahre 1882 anhand von detailreichen Fotografien anzufertigen. Das Bild gilt seit 2002 als verschollen, nachdem Diebe es im Zuge eines Einbruchs aus einem Potsdamer Museum entwendet haben. Nach vier Wochen hat G seine täuschend echt aussehende Fälschung fertiggestellt und setzt als Krönung „seines Werks“ die Signatur „Vincent“ in die untere rechte Ecke des Bildes. Van Gogh selbst hat diese Signatur zwar bei einigen seiner Werke verwendet, jedoch nicht bei dem von G kopierten Gemälde.

G kontaktiert daraufhin den Kunstsammler Rudolph (R), dem er per E-Mail erklärt, er habe das Original des Werks „Strand von Scheveningen bei stürmischem Wetter“ auf dem Dachboden eines Hauses gefunden, das er vor kurzem von

seinem Großvater geerbt habe. Als Nachweis schickt er im Anhang seiner E-Mail ein Foto des gefälschten Gemäldes, auf welchem abgebildet ist, wie es auf dem Wohnzimmerfußboden des G liegt. R weiß zwar um den Kunstdiebstahl im Potsdamer Museum und den Zusammenhang mit van Goghs Gemälde aus 1882, gibt sich aber mit Gs Angabe zur Herkunft des Gemäldes zufrieden, da er seit Jahren Kunstwerke von Goghs sammelt und ein besonderes Faible für Werke mit der Signatur van Goghs hat. G weiß von diesem Faible, da R ihn bereits vor Monaten gebeten hat, ihn darüber zu informieren, wenn er davon erfährt, dass ein solches Gemälde zum Verkauf steht. Die beiden verabreden sich zur Abwicklung des Geschäfts in einem abgelegenen Parkhaus. Nachdem R sich nach wiederholtem Hinweis des G auf die Echtheit des Gemäldes – vermeintlich – von ebendieser anhand der für van Gogh typischen Farbfelder aus vielen aufeinandergesetzten Pinselstrichen überzeugt hat, überreicht er G einen Koffer mit 10 Millionen Euro in bar.

Angesichts seines neuen Geldsegens und aus Sorge, dass A sich seiner nach Abschluss der „Transaktion“ gewaltvoll entledigen würde, entscheidet G sich dazu, auf den Cayman Islands abzutauchen und anschließend seinen Tod vorzutäuschen. Er schließt daher vor seinem Abflug einen Lebensversicherungsvertrag mit einem Gesamtwert von 400.000 Euro mit der V-AG ab und beabsichtigt zu diesem Zeitpunkt bereits, im Ausland unrichtige amtliche Dokumente zu besorgen, um einen tödlichen Bootsunfall zu simulieren. Als Begünstigte benennt G seine Freundin Charlotte (C), die er schweren Herzens in Berlin zurücklassen muss. Mit seinem „letzten Akt“ möchte er C wenigstens ein finanzielles Trostpflaster hinterlassen. Zur Auszahlung der Versicherungssumme kommt es letztlich nicht, da G nach seiner Ankunft auf der Inselgruppe in der Karibik zwar eine in seinen Augen gefälschte, zudem offenkundig inhaltlich falsche, aber täuschend echt aussehende Sterbeurkunde mit dem Wappen des Britischen Überseegebiets der Cayman Islands von einem Einheimischen erwerben kann und diese an die V-AG loschickt, das Dokument aber letztlich aufgrund eines Fehlers der Post verloren geht und die Versicherungsgesellschaft nie erreicht. G ging davon aus, dass es zeitnah zur Auszahlung der Lebensversicherung an C kommen würde, sobald die V-AG die Sterbeurkunde erhalten hat.

Aufgabe

Wie haben die Beteiligten G, A und R sich nach dem StGB strafbar gemacht?

Bearbeitervermerk

Gehen Sie davon aus, dass alle erforderlichen Strafanträge gestellt wurden.

* *Natalia Dobrosz* ist Rechtsreferendarin und war Wiss. Mitarbeiterin an der Professur für Deutsches, Europäisches und Internationales Straf- und Strafprozessrecht, Wirtschaftsstrafrecht und Umweltstrafrecht am Fachbereich Rechtswissenschaften der Justus-Liebig-Universität Gießen (Prof. Dr. Thomas Rotsch). *Louise Onimus* ist Stud. Hilfskraft ebendort.

Lösungsvorschlag**1. Tatkomplex: Das Herstellen und Signieren des Gemäldes****A. Strafbarkeit des G****I. § 267 Abs. 1 Var. 1, Abs. 3 Nr. 2 StGB**

G könnte sich dadurch, dass er eine originalgetreue Kopie eines Gemäldes des Künstlers Vincent van Gogh erstellt und anschließend signiert hat, einer Urkundenfälschung im Sinne des Herstellens einer neuen Urkunde in einem besonders schweren Fall schuldig gemacht haben.

1. Anwendbarkeit deutschen Strafrechts

Hinweis: Kürzere Ausführungen unter Nennung der relevanten Vorschrift einschließlich des maßgeblichen Gebietsgrundsatzes waren an dieser Stelle natürlich ebenfalls ausreichend.

Zunächst müsste das deutsche Strafrecht¹ anwendbar sein. Dies könnte in Frage stehen, da G US-amerikanischer Staatsbürger ist. Gem. § 3 StGB gilt das deutsche Strafrecht jedoch uneingeschränkt für alle im Inland begangenen Taten (Gebietsgrundsatz),² unabhängig davon, ob der Täter ein Deutscher oder ein Ausländer ist. Eine Tat ist im Inland begangen, wenn der Täter in der Bundesrepublik Deutschland gehandelt hat oder dort der Erfolg eingetreten ist, § 9 Abs. 1 StGB.

Hinweis: Das deutsche Strafanwendungsrecht, namentlich die Vorschriften der §§ 3 ff. StGB, regelt nicht die Anwendbarkeit des StGB als Ganzes, sondern lediglich die Anwendbarkeit der im Einzelfall in Betracht kommenden Strafvorschrift.³

G erstellte die Kopie des Gemäldes in Deutschland – genauer in seiner Berliner Wohnung –, so dass die zu prüfende Handlung in Deutschland stattfand. Somit liegt eine Inlandstat gem. § 3 StGB vor. Mithin ist das deutsche Strafrecht anwendbar.

2. Objektiver Tatbestand

G müsste eine unechte Urkunde hergestellt haben.

¹ Vgl. *Eser*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 29. Aufl. 2014, § 3 Rn. 6: „Gesamtheit aller Normen der Bundesrepublik Deutschland und ihrer Länder, welche die Voraussetzungen und Folgen rechtswidriger Taten im Sinne von § 11 Abs. 1 Nr. 5 StGB regeln, einschließlich etwaiger Rechtfertigungs-, Schuld- oder Strafausschlussgründe.“

² Vgl. *Ambos*, Internationales Strafrecht, 4. Aufl. 2014, § 3 Rn. 4 ff.; *Heger*, in: Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch, Kommentar, 28. Aufl. 2014, § 3 Rn. 1.

³ Siehe dazu ausführlich *Rotsch*, in: Graf/Jäger/Wittig (Hrsg.), Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, Kommentar, 2. Aufl. 2017, Vor §§ 3-7 StGB Rn. 2.

a) Urkunde

Dies setzt voraus, dass das signierte Gemälde eine Urkunde im Sinne des § 267 Abs. 1 StGB darstellt. Eine (echte) Urkunde ist jede verkörperte menschliche Gedankenerklärung, die zum Beweis im Rechtsverkehr geeignet ist und ihren Aussteller erkennen lässt.⁴

aa) Gemälde als taugliches Tatobjekt einer Urkundenfälschung

Hinweis: Das nach der bloßen Herstellung noch unsignierte Gemälde allein – mithin ein Kunstwerk als solches – stellt noch keine verkörperte Gedankenerklärung dar.⁵ Auch wenn ein unsigniertes Kunstwerk zwar die Auffassung des Künstlers von einem bestimmten Sujet zum Ausdruck bringt, lässt es weder seinen Aussteller erkennen, noch dient es dem Beweis einer rechtlich erheblichen Tatsache oder ist für einen solchen geeignet.⁶

Es ist fraglich, ob das Gemälde mit der von G vorgenommenen Signatur überhaupt taugliches Tatobjekt einer Urkundenfälschung sein kann.

(1) Nach einer insbesondere früher in der Literatur vertretenen Ansicht⁷ erfüllen lediglich Schriftstücke die Begriffsmerkmale von Urkunden. Schriftstücke sind nach dieser Auffassung als aus sich selbst heraus verständliche schriftliche Willenserklärungen zu verstehen.⁸ Ein einfacher Namenszug auf einem Gemälde sei demnach nicht als Schriftstück zu betrachten; vielmehr habe er nur einen vorläufigen Charakter.⁹ Ein Namenszug stelle daher lediglich ein Beweiszeichen dar, welches nicht unter den Begriff der Urkunde falle. Nach dieser Ansicht liegt auch nach dem Signieren des Gemäldes keine Urkunde vor.

⁴ *Fischer*, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 64. Aufl. 2017, § 267 Rn. 2; *Weidemann*, in: v. Heintschel-Heinegg (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar, Strafgesetzbuch, Stand: 1.8.2017, § 267 Rn. 3; a.A. etwa *Samson*, Urkunde und Beweiszeichen, Die verkörperte Gedankenerklärung als Merkmal des strafrechtlichen Urkundenbegriffs, 1968, S. 94 ff., der den Urkundenbegriff auf Schriftstücke beschränkt. Krit. ebenfalls *Rotsch*, in: Rotsch/Nolte/Peifer/Weitemeyer, Die Klausur im Ersten Staatsexamen, 2003, Rn. 374, 395 ff. (Fall 24).

⁵ Hierzu ausführlich *Sandmann*, Die Strafbarkeit der Kunstfälschung, 2004, S. 27 ff.

⁶ RGSt 34, 53; *Württemberg*, Der Kampf gegen das Kunstfälschertum in der deutschen und schweizerischen Strafrechtspflege, 1951, S. 106; *Löffler*, NJW 1993, 1421 (1423); *Sandmann* (Fn. 5), S. 27 f.

⁷ *Binding*, Lehrbuch des Gemeinen Deutschen Strafrechts, Besonderer Teil, Bd. 2, 2. Aufl. 1904, S. 169 ff., 182 ff.; *Schmidhäuser*, Strafrecht, Besonderer Teil, 2. Aufl. 1983, 14/10.

⁸ Vgl. *Sandmann* (Fn. 5), S. 30

⁹ Vgl. *Binding* (Fn. 7), S. 184.

(2) Die Rechtsprechung und ganz überwiegende Literatur sieht den Namenszug auf dem Gemälde zwar genauso als Beweiszeichen an, subsumiert dieses in Verbindung mit dem Kunstwerk jedoch unter den Begriff der „Urkunde im weiteren Sinne“. Maßgeblich sei, dass der Künstler durch die Signatur erkennen lasse, dass er das Werk als vollendet und verkehrsfähig ansieht und sich selbst als Urheber zu erkennen gibt.¹⁰ Demnach ist das signierte Bild nach dieser Ansicht eine Urkunde.

(3) Eine weite Auslegung des Tatbestands der Urkundenfälschung scheint aus systematischen wie auch kriminalpolitischen Erwägungen heraus geboten. Die originalgetreue Nachahmung bekannter Kunstwerke würde anderenfalls lediglich gegen Urheberrecht verstoßen. Die im Urheberrecht vorgesehenen Strafraum erscheinen allein deshalb zu milde, weil aus normativer Perspektive der Unrechtsgehalt der Anfertigung unechter Kunstwerke nicht geringer ist als die Anfertigung unechter Schriftstücke. Die Gefahr für das durch § 267 Abs. 1 StGB geschützte Rechtsgut – die Sicherheit und Zuverlässigkeit des Rechtsverkehrs,¹¹ insbesondere des Beweisverkehrs¹² – besteht in gleichem Maße. Auch eine Bestrafung wegen Betrugs kommt regelmäßig erst bei dem Verwenden der Nachahmung in Betracht. Mithin sprechen die besseren Argumente dafür, das signierte Gemälde grundsätzlich als geeignetes Tatobjekt der Urkundenfälschung anzusehen.

Hinweis: A.A. nur schwer vertretbar.

bb) Urkunde im konkreten Fall

Das von G angefertigte Bild ist eine verkörperte Gedankenklärung. Fraglich ist jedoch, ob die Signatur „Vincent“ den Aussteller des Gemäldes erkennen lässt und zum Beweis im Rechtsverkehr geeignet ist. Eine Signatur lässt den Aussteller bereits dann erkennen, wenn „ein enger Kreis von Beteiligten mit dem Zeichen die Urheberschaft des Künstlers verbindet“.¹³

Der Namenszug „Vincent“ soll auf den Künstler Vincent van Gogh schließen lassen. Vincent van Gogh hatte mehrere seiner Werke lediglich mit „Vincent“ signiert, sodass sogar ein großer Kreis an Beteiligten und kunstinteressierten Personen die Signatur „Vincent“ Vincent van Gogh zuordnet. Durch diese Wertung wird auch die Einheit der Rechtsordnung gewahrt, da der § 10 Abs. 1 UrhG Decknamen und Künstlerzeichen dem richtigen Namen des Urhebers gleichstellt. Mithin lässt der Namenszug „Vincent“ den vermeintlichen Aussteller erkennen.

Der Umstand, dass das Original nicht signiert war, vermag an dieser Wertung nichts zu ändern: Das von G erstellte Gemälde ist unabhängig vom Original zu werten, da dieses durch die Signatur gerade den Eindruck erwecken soll, es stamme von van Gogh.

¹⁰ RGSt 34, 53; Sandmann (Fn. 5), S. 30, Heine/Schuster, in: Schönke/Schröder (Fn. 1), § 267 Rn. 23, Heinbuch, NJW 1984, 15 (16 f.).

¹¹ Vgl. dazu Heine/Schuster (Fn. 10), § 267 Rn. 1 m.w.N.

¹² Vgl. Puppe, Jura 1979, 630 m.w.N.

¹³ Württemberg (Fn. 6), S. 109.

Die Signatur „Vincent“ ist demnach zum Beweis im Rechtsverkehr geeignet. Somit liegt eine Urkunde vor.

Hinweis: Von den Bearbeitern der Klausur wurde an dieser Stelle erwartet, dass sie zum einen subsumieren, dass das Werk „nur“ mit „Vincent“ und nicht mit dem vollständigen Namen van Goghs signiert wurde, und sich zum anderen damit auseinandersetzen, dass das Original des von G kopierten Gemäldes gerade keine Signatur enthielt.

b) Herstellen einer unechten Urkunde

G müsste die unechte Urkunde hergestellt haben. Eine Urkunde ist unecht, wenn sie nicht von demjenigen stammt, der aus ihr als Aussteller hervorgeht; im rechtsgeschäftlichen Verkehr wird dadurch über die Identität des Ausstellers getäuscht.¹⁴ G hat das Gemälde mit „Vincent“ signiert. Im Rechtsverkehr wird diese Signatur dem bekannten Künstler Vincent van Gogh zugewiesen. Somit erweckt G durch das Nachzeichnen und Signieren des Gemäldes den Eindruck, nicht er, sondern van Gogh habe das Gemälde erstellt, sei mithin sein Aussteller. G hat demnach eine unechte Urkunde hergestellt, indem er das Gemälde nachgezeichnet und anschließend signiert hat.

2. Subjektiver Tatbestand

G müsste vorsätzlich und mit der Absicht zur Täuschung im Rechtsverkehr gehandelt haben.

a) Vorsatz

G wusste, dass er mit dem Erstellen und Signieren des Gemäldes den Eindruck eines echten van Gogh-Gemäldes erwecken würde und er wollte dies auch, um einen möglichst hohen Verkaufspreis zu erzielen, handelte mithin vorsätzlich.

b) Absicht zur Täuschung im Rechtsverkehr

Des Weiteren müsste G mit Absicht zur Täuschung im Rechtsverkehr gehandelt haben. Hierfür genügt sicheres Wissen (dolus directus 2. Grades), gerichtet darauf, einen anderen über die Echtheit der Urkunde zu täuschen und diesen damit zu einem rechtserheblichen Verhalten zu veranlassen.¹⁵ Mit der Fälschung einer Signatur wird regelmäßig der Zweck verfolgt, das Falsifikat unter Vorspiegelung seiner Echtheit zu verkaufen oder einen konkreten Interessenten zum Verkauf zu veranlassen.¹⁶

G erstellt das Gemälde einschließlich der Signatur gerade deshalb, um es anschließend gewinnbringend als Original auf dem Schwarzmarkt zu verkaufen. Mithin liegt eine Absicht zur Täuschung im Rechtsverkehr vor.

3. Rechtswidrigkeit und Schuld

G handelte auch rechtswidrig und schuldhaft.

¹⁴ Heine/Schuster (Fn. 10), § 267 Rn. 48.

¹⁵ Weidemann (Fn. 4), § 267 Rn. 29; BayObLGSt 1998, 51.

¹⁶ Löffler, NJW 1993, 1421 (1425).

4. Besonders schwerer Fall, § 267 Abs. 3 Nr. 2 StGB

Möglicherweise liegt ein besonders schwerer Fall der Urkundenfälschung im Sinne des § 267 Abs. 3 Nr. 2 StGB vor. Hierzu müsste G einen Vermögensverlust großen Ausmaßes herbeigeführt haben. Ein Vermögensverlust großen Ausmaßes wird bei einem Verlust von mindestens 50.000 Euro angenommen.¹⁷ Erforderlich ist ein endgültiger Schaden; ein Gefährdungsschaden reicht hierfür nicht aus.¹⁸ Dabei muss der Täter den Schaden herbeiführen, d.h. verursachen.¹⁹ Allein aufgrund der Tathandlungen des Herstellers oder Verfälschers ist dies nicht möglich, da insoweit eine weitere Handlung des Täters, des Opfers oder einer dritten Person erforderlich ist, durch welche die Täuschungsabsicht vermögensschädigend realisiert wird.²⁰ Das bloße Herstellen einer unechten Urkunde kann damit keinen Vermögensverlust herbeiführen; dieser tritt stets erst durch das Gebrauchen der selbigen auf.²¹ Dies ist beispielsweise erst durch den Verkauf eines gefälschten Gemäldes der Fall. Somit liegt kein besonders schwerer Fall vor.

Hinweis: A.A. – insbesondere mit Verweis auf die Argumentation *Puppess*²² – vertretbar: Zum einen ließe sich der Wortlaut des Gesetzes anführen, welcher für ein Unmittelbarkeitserfordernis, dass nur der Täuschende, nicht aber der Fälscher das Regelbeispiel erfüllen könnte, nur wenig hergibt. Zum anderen würde eine solche Einschränkung die Gefahr bergen, dass das Regelbeispiel zur vollkommenen Bedeutungslosigkeit für den Fälscher verurteilt wird.

5. Ergebnis

G hat sich durch das Erstellen und Signieren des Gemäldes einer Urkundenfälschung durch Herstellen einer unechten Urkunde gem. § 267 Abs. 1 Var. 1 StGB schuldig gemacht.

B. Strafbarkeit des A**I. §§ 267 Abs. 1 Var. 1, 25 Abs. 2 StGB**

A könnte sich wegen Urkundenfälschung in Mittäterschaft mit G strafbar gemacht haben, indem er G vorschlug, ein verschollenes Gemälde van Goghs zu fälschen und anschließend als Original auf dem Schwarzmarkt zu verkaufen.

1. Objektiver Tatbestand

A selbst hat kein Merkmal der Urkundenfälschung durch Herstellen einer unechten Urkunde vollendet. Dies trifft jedoch auf G zu, welcher sich nach § 267 Abs. 1 Var. 1 StGB

¹⁷ BT-Drs. 13/8587, S. 43 (dort aber noch 100.000 DM); *Heine/Schuster* (Fn. 10), § 267 Rn. 107; *Puppe*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafrechtsgesetzbuch, Bd. 3, 5. Aufl. 2017, § 267 Rn. 117.

¹⁸ BGHSt 48, 354 (356); *Fischer* (Fn. 4), § 267 Rn. 51.

¹⁹ *Fischer* (Fn. 4), § 267 Rn. 52.

²⁰ *Fischer* (Fn. 4), § 267 Rn. 52. A.A. *Puppe* (Fn. 17), § 267 Rn. 118.

²¹ *Fischer* (Fn. 4), § 267 Rn. 52.

²² Vgl. *Puppe* (Fn. 17), § 267 Rn. 118.

strafbar gemacht hat.²³ Fraglich ist daher, ob A sich die Handlung des G gem. § 25 Abs. 2 StGB als Mittäter zurechnen lassen muss.

a) Mittäterschaft gem. § 25 Abs. 2 StGB

Mittäterschaft setzt nach überwiegender Auffassung eine gemeinschaftliche Begehung einer Straftat durch bewusstes und gewolltes arbeitsteiliges Zusammenwirken nach einem gemeinsamen Tatplan voraus.²⁴ A und G müssten einverstanden gewesen sein, gemeinsam eine Urkundenfälschung zu begehen. Es ist also erforderlich, dass A als Täter und nicht als Teilnehmer zu qualifizieren ist.

(1) So unterscheidet insbesondere der BGH zwischen Täterschaft und Teilnahme unter Berücksichtigung der inneren Willensrichtung und Einstellung zur Tat als ausschlaggebendes Kriterium für die Täter Eigenschaft (subjektive Theorie).²⁵ Demnach ist Täter, wer mit Täterwillen (*animus auctoris*) und nicht nur mit Teilnehmerwillen (*animus socii*) handelt.²⁶ Dem objektiven Tatbeitrag kommt nach der Rechtsprechung des BGH nur sehr geringe Bedeutung zu.²⁷

Einerseits könnte die Vereinbarung der hälftigen Teilung des Gewinns darauf hindeuten, dass A gleichgeordneter Mittäter sein wollte, also mit Täterwillen handelte. Andererseits spricht gegen einen möglichen Täterwillen des A, dass er ausdrücklich nur „Ideengeber“ und so der geistige Urheber der Tat des G sein wollte. Mithin kann nach dieser Ansicht A nur Teilnehmer sein, ihm fehlt der nötige Täterwillen.

(2) Die herrschende Lehre grenzt Täterschaft von der Teilnahme hingegen nach der Tatherrschaft ab (Tatherrschaftslehre), wonach Täter ist, wer den tatbestandlichen Geschehensablauf in den Händen hält und somit als Zentralgestalt des Geschehens erscheint.²⁸ Maßgeblich ist also primär der Grad des Einflusses auf den Handlungsablauf. Angesichts des Umstands, dass im Rahmen der Mittäterschaft naturgemäß immer mindestens zwei Personen handeln und es deshalb eine Zentralgestalt im engeren Sinne nicht geben kann, wird gemeinhin auf die sog. funktionelle Tatherrschaft abgestellt.²⁹ Sie erfordert nach weithin vertretener Auffassung zumindest

²³ Siehe bereits I. Tatkomplex, A. II. 5.

²⁴ *Kühl*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 2017, § 20 Rn. 103 ff.; *Rotsch*, Strafrechtliche Klausurenlehre, 2. Aufl. 2016, Rn. 2275 (Fall 17); *Kudlich*, in: v. Heintschel-Heinegg (Fn. 4), § 25 Rn. 43. Zu den Voraussetzungen des § 25 Abs. 2 StGB und zum Prüfungsaufbau ausführlich *Rotsch*, ZJS 2012, 680 (682 ff.).

²⁵ Vgl. jüngst etwa BGHSt 38, 32 (33); 38, 315 (319); 39, 381 (386); 40, 299 (300 f.). In der Literatur *Arzt*, JZ 1981, 412 (414); *ders.*, JZ 1984, 428 (429); *Baumann*, JuS 1963, 85 (88); *Mitsch*, in: Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 12. Aufl. 2016, § 29 Rn. 59 ff.

²⁶ Vgl. *Rengier*, JuS 2010, 281.

²⁷ Vgl. BGHSt 11, 268 (271) = BGH NJW 1958, 836 (837).

²⁸ *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 2, 2003, § 25 Rn. 10 ff., 25 ff.; *Heine/Weißer*, in: Schönke/Schröder (Fn. 1), Vor §§ 25 ff. Rn. 57.

²⁹ Vgl. *Rotsch* (Fn. 24), Rn. 34 (Fall 1).

einen wesentlichen Tatbeitrag, der aufgrund eines gemeinsamen Tatentschlusses erbracht wird.³⁰

A hat dem G die Erstellung des Gemäldes gänzlich selbst überlassen und auch keinen wesentlichen Beitrag – etwa durch eine explizite Vorbereitungshandlung wie das Kaufen von Materialien oder dergleichen – erbracht. Somit hatte er keinerlei Einfluss auf das konkrete Handlungsgeschehen; A ist auch nach dieser Ansicht nicht als Mittäter anzusehen.

b) Zwischenergebnis

Mithin führen die subjektive Theorie wie auch die Tatherrschaftslehre beide zu dem Ergebnis, dass A nicht als Mittäter zu qualifizieren ist.

2. Ergebnis

A hat sich durch den an G gerichteten Vorschlag nicht wegen Urkundenfälschung in Mittäterschaft gem. §§ 267 Abs. 1 Var. 1, 25 Abs. 2 StGB strafbar gemacht.

II. §§ 267 Abs. 1 Var. 1, 26 StGB

A könnte sich der Anstiftung zur Urkundenfälschung schuldig gemacht haben, indem er G vorschlug, ein verschollenes Gemälde von van Gogh zu fälschen und anschließend als Original auf dem Schwarzmarkt zu verkaufen.

1. Objektiver Tatbestand

a) Vorsätzliche rechtswidrige Haupttat

Der Erfolg der Anstiftungshandlung – eine vorsätzliche, rechtswidrige Haupttat – liegt in Gestalt der vollendeten Urkundenfälschung des G.³¹

b) Bestimmen zur Tat

A müsste G zu dieser Tat im Sinne des § 26 StGB bestimmen, d.h. den Tatentschluss in ihm hervorgerufen haben.³² Hierzu genügt es nach einhelliger Auffassung, dass der potentielle Anstifter den Tatentschluss lediglich (mit-)verursacht, während teilweise einschränkend zusätzlich die Beeinflussung durch einen geistigen Akt der Kommunikation zwischen Täter und Anstifter als notwendig erachtet wird.³³ A hat dem G als „Ideegeber“ am Telefon den Vorschlag unterbreitet, das Gemälde zu fälschen und als Original zu verkaufen, um anschließend seine Schulden tilgen zu können. Das Handeln des A hat in G erst den Entschluss geweckt, die notwendige Fälschungshandlung vorzunehmen. Da dies auch durch einen Kommunikationsakt geschah, spielt der Streit über die Frage der Notwendigkeit eines solchen keine Rolle. Mithin hat A den G zur Tat bestimmt im Sinne des § 26 StGB.

2. Subjektiver Tatbestand

A müsste vorsätzlich im Sinne des § 15 StGB gehandelt haben. Dabei handelt es sich um einen Vorsatz mit doppelter Bezugsrichtung.³⁴ Zum einen muss der Vorsatz sich auf die Haupttat des G, zum anderen auf die Bestimmung zu dieser durch A beziehen.

Die Anstiftung muss sich dabei auf eine bestimmte Tat beziehen; der Anstifter muss also eine genaue Vorstellung von ihr haben.³⁵ Erforderlich ist, dass die konkrete Angriffsrichtung vom Anstiftenden vorgegeben werden muss,³⁶ was aber nicht bedeutet, dass diesem alle „individualisierenden Merkmale (Objekt, Ort, Zeit und sonstige Umstände der Tatausführung)³⁷ präzise bekannt sein müssen, der Täter sich also die Tat in allen Einzelheiten vorstellt.³⁸

Zwar weiß A nicht im Detail, welches Gemälde van Goghs G in der Folge nachzeichnen und später verkaufen wird, jedoch gibt er mit G bei seinem Vorschlag, ein Gemälde zu fälschen und zu verkaufen, den Künstler van Gogh gerade deshalb vor, weil er um die besondere Fähigkeit des G, Gemälde des niederländischen Künstlers kopieren zu können, weiß. Welches Gemälde letztlich von G gefälscht wird, ist für die Angriffsrichtung – gegen die durch die Strafvorschrift der Urkundenfälschung geschützte Sicherheit und Zuverlässigkeit des Rechtsverkehrs und des Beweisverkehrs im Besonderen – irrelevant. A kam es gerade darauf an, dass G diese Fälschung aufgrund seines Vorschlags anfertigt und später verkauft.

Mithin handelte A mit Vorsatz hinsichtlich der Haupttat des G wie auch der Bestimmung zu dieser durch A.

3. Rechtswidrigkeit und Schuld

G handelte rechtswidrig und schuldhaft.

4. Ergebnis

Mithin hat sich A durch den Vorschlag an G, das Werk zu fälschen und als Original zu verkaufen einer Anstiftung zur Urkundenfälschung gem. §§ 267 Abs. 1 Var. 1, 26 StGB schuldig gemacht.

C. Ergebnis zur Strafbarkeit

G hat sich wegen einer Urkundenfälschung durch Herstellen einer unechten Urkunde gem. § 267 Abs. 1 Var. 1 StGB strafbar gemacht.

A hat sich wegen einer Anstiftung zur Urkundenfälschung gem. §§ 267 Abs. 1 Var. 1, 26 StGB strafbar gemacht.

³⁴ Siehe dazu *Rotsch* (Fn. 24), Rn. 301 (Fall 2).

³⁵ BGH JR 1999, 249 m. Anm. *Graul; Heine/Weißer* (Fn. 28), § 26 Rn. 18.

³⁶ Vgl. etwa *Ingelfinger*, Anstiftervorsatz und Tatbestimmtheit, 1992, S. 82 ff., 110 ff., 150; *Roxin* (Fn. 28), § 26 Rn. 136; *Heine/Weißer* (Fn. 28), § 26 Rn. 18.

³⁷ BGHSt 34, 63 (66) = BGH NJW 1986, 2770 (2771).

³⁸ Vgl. *Kühl* (Fn. 24), § 20 Rn. 191; *Rengier*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 9. Aufl. 2017, § 45 Rn. 49 ff.; *Heine/Weißer* (Fn. 28), § 26 Rn. 18.

³⁰ Vgl. *Roxin* (Fn. 28), § 25 Rn. 189 ff. m.w.N.

³¹ Siehe bereits I. Tatkomplex, A. II. 5.

³² Vgl. *Heine/Weißer* (Fn. 28), § 26 Rn. 2.

³³ Siehe zu alledem *Roxin* (Fn. 28), § 26 Rn. 65 ff., wie auch *Kühl*, in: *Lackner/Kühl* (Fn. 2), § 26 Rn. 2 m.w.N.

2. Tatkomplex: Der Verkauf des Gemäldes**A. Strafbarkeit des G****I. § 263 Abs. 1, Abs. 3 Nr. 2 Var. 1 StGB**

G könnte sich außerdem durch den Verkauf des Gemäldes eines Betrugs in einem besonders schweren Fall schuldig gemacht haben.

*1. Objektiver Tatbestand**a) Täuschung*

G müsste zunächst über Tatsachen getäuscht haben. Dies ist der Fall, wenn der Täuschende – nach h.M. durch intellektuelle kommunikative Einwirkung auf das Vorstellungsbild eines anderen – über Tatsachen eine Fehlvorstellung erregt.³⁹ Tatsachen sind alle gegenwärtigen oder vergangenen Ereignisse, die dem Beweis zugänglich sind.⁴⁰ Unter einer Täuschung versteht man das Unterhalten oder Hervorrufen eines Irrtums.⁴¹

G erklärt dem R bei der ersten Kontaktaufnahme wahrheitswidrig, er habe das Gemälde auf dem Dachboden des von seinem Großvater geerbten Hauses gefunden. Er spiegelt R somit falsche Tatsachen bezüglich der Herkunft des Gemäldes vor, um bei R den Eindruck zu erwecken, dass es sich bei dem Gemälde um einen echten van Gogh handle. Die Echtheit des Gemäldes ist dem Beweis zugänglich. Mithin liegt eine Täuschungshandlung vor.

b) Irrtum

Des Weiteren müsste R durch die Täuschung kausal einem Irrtum, d.h. einer Fehlvorstellung über Tatsachen, erlegen sein.⁴² Unter einem Irrtum ist ein Widerspruch zwischen Vorstellung und Wirklichkeit zu verstehen.⁴³ Durch den Hinweis des G darauf, er habe das Gemälde auf dem Dachboden gefunden, hält R das Bild noch nicht automatisch für echt. Durch diese Information findet jedoch das Treffen im Parkhaus statt, bei dem G nochmals wiederholt, es handle sich bei dem von ihm mitgebrachten Gemälde um ein Original von van Gogh. R glaubt schließlich nach seiner Prüfung des Gemäldes an die Echtheit der Fälschung, irrt also über diese Eigenschaft. Der spätere Irrtum des R wurde somit kausal und zurechenbar⁴⁴ durch die wiederholte Aussage des G, es handle sich um ein Original, herbeigeführt. Mithin liegt auch ein durch die Täuschung hervorgerufener Irrtum vor.

Hinweis: Nicht zu diskutieren war hier die Frage, ob es auch einen Irrtum geben kann, wenn der Getäuschte Zweifel an der Richtigkeit der Tatsachenbehauptung des

Täters hat.⁴⁵ Es gibt nicht ausreichend Anhaltspunkte dafür, dass R ernstlich zweifelte, nur weil er das Bild einer laienhaften Echtheitsprüfung unterzog. Letztlich sind nach der h.L. und Rechtsprechung Zweifel des Opfers jedenfalls irrelevant, wenn das Opfer trotz der Zweifel die behauptete Tatsache für möglich hält.⁴⁶

c) Vermögensverfügung

R müsste zudem kausal aufgrund des Irrtums eine Vermögensverfügung vorgenommen haben.⁴⁷ Hierunter ist jedes Tun, Dulden oder Unterlassen zu verstehen, welches sich beim Getäuschten oder einem Dritten unmittelbar vermögensmindernd im wirtschaftlichen Sinne auswirkt.⁴⁸ R übergab und übereignete dem G einen Koffer mit 10 Millionen Euro in bar in Erfüllung des zwischen beiden geschlossenen Kaufvertrages. Durch diese Handlung hat er sein Vermögen unmittelbar gemindert. Somit liegt eine Vermögensverfügung vor.

d) Vermögensschaden

aa) Zu prüfen ist, ob dem R durch den Kauf des Gemäldes überhaupt ein Schaden entstanden ist. Hierfür muss seine Vermögenslage vor Übergabe des Koffers mit 10 Millionen Euro in bar mit seiner späteren Vermögenslage dahingehend verglichen werden, ob R für das gezahlte Geld ein angemessenes Äquivalent, also eine angemessene Gegenleistung erhalten hat.⁴⁹ Ist dies der Fall, liegt kein Schaden vor. Wird bei einem Kauf über Umstände getäuscht, die den Verkehrswert der Sache maßgeblich mitbestimmen, erleidet der dadurch zum Kaufabschluss bewogene Kunde regelmäßig nur dann einen Schaden, wenn die Sache objektiv den vereinbarten Preis nicht wert ist.⁵⁰ Ein Vermögensschaden ist demnach nur denkbar, wenn die Fälschung nach der anzustellenden objektiv-individuellen Betrachtung weniger wert ist als der bezahlte Kaufpreis.⁵¹ Ausgangspunkt ist stets, sowohl nach dem wirtschaftlichen als auch nach dem juristisch-ökonomischen Vermögensbegriff, der Markt- oder Verkehrswert des Gegenstandes.⁵² Nicht ausreichend ist dabei die bloße Feststellung, dass eine Kunstfälschung jedenfalls einen geringeren Markt-

⁴⁵ Vgl. hierzu *Amelung*, GA 1977, 1.

⁴⁶ Vgl. BGH NStZ 2003, 313; *Tiedemann*, in: *Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann* (Hrsg.), *Strafgesetzbuch*, Leipziger Kommentar, Bd. 9, 12. Aufl. 2012, § 263 Rn. 84 ff. m.w.N.

⁴⁷ Vgl. *Wessels/Hillenkamp* (Fn. 43), Rn. 515 ff. m.w.N.: Auch wenn der gesetzliche Tatbestand das Merkmal der Vermögensverfügung nicht expressis verbis vorsieht, herrscht Einigkeit darüber, dass der Betrug in seiner Eigenschaft als Selbstschädigungsdelikte diese voraussetzt.

⁴⁸ *Fischer* (Fn. 4), § 263 Rn. 70.

⁴⁹ Vgl. *Duttge*, in: *Dölling/Duttge/König/Rössner* (Hrsg.), *Handkommentar, Gesamtes Strafrecht*, 4. Aufl. 2017, § 263 Rn. 55.

⁵⁰ BGH, Urt. v. 27.6.2012 – 2 StR 79/12 = NStZ 2012, 629.

⁵¹ *Sandmann* (Fn. 5), S. 144.

⁵² *Sandmann* (Fn. 5), S. 145.

³⁹ *Rotsch* (Fn. 24), Rn. 792 (Fall 5) m.w.N. zur h.M.

⁴⁰ RGSt 55, 129 (131); *Küper/Zopfs*, *Strafrecht, Besonderer Teil*, 9. Aufl. 2015, S. 294 ff.

⁴¹ *Fischer* (Fn. 4), § 263 Rn. 14.

⁴² Vgl. *Kühl* (Fn. 33), § 263 Rn. 18.

⁴³ *Fischer* (Fn. 4), § 263 Rn. 54; *Wessels/Hillenkamp*, *Strafrecht, Besonderer Teil*, Bd. 2, 40. Aufl. 2017, Rn. 510.

⁴⁴ Vgl. *Perron*, in: *Schönke/Schröder* (Fn. 1), § 263 Rn. 32.

wert als das zum Vorbild genommene Original-Kunstwerk hat.⁵³

Hinweis: A.A. nur schwer vertretbar. Auch wenn bei objektiver Betrachtung davon auszugehen ist, dass ein echtes van Gogh-Kunstwerk vor allem daraus seinen Wert zieht, dass es vom berühmten Künstler Vincent van Gogh erstellt und nicht von einem Kunststudenten lediglich nachgezeichnet wurde, ist der Schaden aus Bestimmtheitsgründen genauer zu beziffern. Eine Nachahmung kann zwar nie wertvoller oder gleich wertvoll sein wie das Original, jedoch reicht diese pauschale Erkenntnis nicht aus, einen Vermögensschaden zu begründen.

bb) R hat 10 Millionen Euro für ein von G angefertigtes „van Gogh-Gemälde“ gezahlt und daher nur Eigentum und Besitz an einer Kunstfälschung erhalten. Es ist demnach fraglich, ob Gs Fälschung ein angemessenes Äquivalent zum bezahlten Preis darstellt.

cc) Erforderlich ist ein Vergleich des konkreten Marktwertes der erworbenen Kunstfälschung mit dem gezahlten Kaufpreis.⁵⁴ Der Marktwert einer solchen Nachahmung des Originals ist jedoch nicht einfach zu bestimmen,⁵⁵ womöglich ist die Fälschung aufgrund der handwerklich ausgezeichneten Leistung des Kunststudenten G sogar eine beträchtliche Summe wert. Grundsätzlich bildet sich der Verkehrswert auf dem Kunstmarkt durch Angebot und Nachfrage.⁵⁶

Daher wird vorgeschlagen, auf den möglichen Preis abzustellen, den der Käufer bei einem Wiederverkauf erlangen könnte.⁵⁷

Hinweis: Wenig zielführend ist es, sich am Preis zu orientieren, den der Käufer für die Fälschung bezahlt hat, da dieser Preis sich freilich nach dem marktüblichen Preis für das Original richtet.⁵⁸

Diese Orientierung ergibt allein deshalb Sinn, weil es auch für Kunstfälschungen einen Markt gibt, den sog. offenen Handel mit Kunstfälschungen.⁵⁹ Hiergegen könnte jedoch eingewendet werden, dass allein der Zeitpunkt der Vermögensverfügung für die Beurteilung des Vorliegens eines Schadens maßgeblich ist.⁶⁰ Auch lässt sich im Einzelfall der Marktwert nicht zweifelsfrei ermitteln, so dass nach dem Grundsatz in dubio pro reo davon auszugehen ist, dass der Käufer mit dem ihm übereigneten Gemälde ein mit dem

gezahlten Kaufpreis gleichwertiges Äquivalent erhalten hat.⁶¹ Somit läge kein Vermögensschaden vor.

dd) Besteht eine Übereinstimmung zwischen dem bezahlten Kaufpreis und dem Verkehrswert, sind Leistung und Gegenleistung objektiv äquivalent, sodass ein Vermögensschaden nur noch unter Berücksichtigung einer individuellen Schadenskomponente in Frage kommt.⁶² Ein Schaden in Gestalt eines „individuellen Schadenseinschlags“ liegt vor, „wenn einer Leistung zwar abstrakt gesehen eine gleichwertige Gegenleistung gegenübersteht, diese aber für den Betroffenen nicht oder nicht in vollem Umfang brauchbar ist und er sie auch nicht in anderer zumutbarer Weise verwenden oder ohne Schwierigkeiten wieder veräußern kann.“⁶³

Ein persönlicher Schadenseinschlag kommt insbesondere in Betracht, wenn der Käufer sein besonderes Interesse deutlich gemacht hat, er wolle nur das Werk eines bestimmten Meisters erwerben.⁶⁴ Handelt es sich um ein signiertes Gemälde, wird das besondere Interesse allein durch den Kauf bekundet; liegt ein unsigniertes Werk vor, muss der Käufer sein besonderes Interesse durch ein über den bloßen Verkauf hinausgehendes Verhalten zu erkennen geben.⁶⁵ R bat G in der Vergangenheit, ihn darüber zu informieren, wenn er davon erfährt, dass ein Werk mit der Signatur van Goghs zum Verkauf steht, da er van Goghs Werke sammelt und ein besonderes Faible für signierte Gemälde hat.

Hinweis: Dieser Unterschied musste von den Bearbeitern nicht erkannt werden. Ausreichend war hier bereits die saubere Subsumtion, dass R in der Vergangenheit explizit sein besonderes Interesse bekundet hat.

Damit handelt es sich bei der von R erworbenen Fälschung um ein Gemälde, das für diesen aufgrund des individuellen Schadenseinschlags nicht oder nicht in vollem Umfang brauchbar ist und er es auch nicht in anderer zumutbarer Weise verwenden oder ohne Schwierigkeiten wieder veräußern kann.

Hinweis: Denkbar ist auch die Prüfung eines Gefährdungsschadens im Sinne der sog. „Makeltheorie“⁶⁶ wegen einer potentiell drohenden Einziehung des gefälschten Gemäldes gem. §§ 282, 74 ff. StGB. Teilweise wird ein Vermögensschaden in Form eines Gefährdungsschadens angenommen, wenn dem Erwerber prozessuale Auseinandersetzungen um das Eigentum drohen.⁶⁷ Ob aber die Voraussetzungen für eine Einziehung vorliegen oder eine Einziehung droht, lässt sich dem Sachverhalt nicht ent-

⁵³ Sandmann (Fn. 5), S. 145.

⁵⁴ Sandmann (Fn. 5), S. 145.

⁵⁵ Sandmann (Fn. 5), S. 145 f.

⁵⁶ Sandmann (Fn. 5), S. 145.

⁵⁷ Almeroth, Kunst- und Antiquitätenfälschungen, 1986, S. 278.

⁵⁸ Vgl. Sandmann (Fn. 5), S. 145.

⁵⁹ Sandmann (Fn. 5), S. 145. So ist es nicht nur bei Privatpersonen, sondern auch in öffentlichen Ausstellungen durchaus üblich, nur Kopien eines Werks aufzuhängen, während das Original in einem Safe aufbewahrt wird.

⁶⁰ Sandmann (Fn. 5), S. 145.

⁶¹ Lackner, in: Jescheck/Ruß/Willms (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 6, 10. Aufl. 1988, § 263 Rn. 192. Zustimmend später Tiedemann (Fn. 46), § 263 Rn. 200; Sandmann (Fn. 5), S. 146.

⁶² Vgl. Sandmann (Fn. 5), S. 146.

⁶³ Perron (Fn. 44), § 263 Rn. 121.

⁶⁴ Lackner (Fn. 61), § 263 Rn. 192 in Fn. 322.

⁶⁵ Sandmann (Fn. 5), S. 147.

⁶⁶ Vgl. dazu RGSt 73, 61.

⁶⁷ Vgl. jüngst etwa BGH NZWiSt 2014, 310.

nehmen. Aus diesem Grunde liegt es näher, auf einen tatsächlich entstandenen Schaden im Sinne des zuvor diskutierten individuellen Schadenseinschlags anzunehmen, statt auf die weniger intensive Schadensform eines Gefährdungsschadens abzustellen.

ee) Mithin ist dem R durch die Weggabe und Übereignung des Koffers einschließlich seines Inhalts ein Vermögensschaden entstanden.

2. Subjektiver Tatbestand

G handelte vorsätzlich. Überdies müsste er auch mit Bereicherungsabsicht gehandelt haben. Unter Bereicherungsabsicht ist die Absicht zu verstehen, sich oder einem Dritten einen Vermögensvorteil zu verschaffen.⁶⁸ Der Vermögensvorteil stellt dabei jede günstigere Gestaltung der Vermögenslage als stoffgleiches Gegenstück zum Vermögensschaden des Geschädigten dar.⁶⁹ Einziges Ziel der Fälschung und des anschließenden Verkaufs des Bildes als Original war die eigene und As Bereicherung durch die Kaufpreiszahlung des R. Er wollte sich einen Vermögensvorteil verschaffen und handelte daher mit Bereicherungsabsicht.

Dieses Vorgehen war auch rechtswidrig. Somit hatte G die Absicht zur rechtswidrigen Bereicherung.

3. Rechtswidrigkeit und Schuld

G handelte zudem rechtswidrig und schuldhaft.

4. Besonders schwerer Fall, § 263 Abs. 3 Nr. 2 Var. 1 StGB

G hat einen Vermögensverlust großen Ausmaßes (mind. 50.000 Euro) herbeigeführt, diesbezüglich quasivorsätzlich gehandelt und somit das Regelbeispiel erfüllt. Ein besonders schwerer Fall des Betrugs liegt mithin vor.

5. Ergebnis

G hat sich durch den Verkauf des Gemäldes eines Betrugs in einem besonders schweren Fall gem. § 263 Abs. 1, Abs. 3 Nr. 2 Var. 1 StGB schuldig gemacht.

II. § 267 Abs. 1 Var. 3, Abs. 3 Nr. 2 StGB

G könnte sich durch das Vorzeigen und Verkaufen des Gemäldes im Parkhaus des Gebrauchs einer unechten Urkunde in einem besonders schweren Fall schuldig gemacht haben.

1. Objektiver Tatbestand

G müsste eine unechte Urkunde gebraucht haben, indem er dem R im Parkhaus das gefälschte Gemälde als vermeintliches Original vorzeigte und sodann verkaufte.

a) Eine unechte Urkunde liegt vor.⁷⁰

b) Fraglich ist, ob nun durch das Vorzeigen und Verkaufen des Gemäldes im Parkhaus von einem Gebrauchen im Sinne des § 267 StGB gesprochen werden kann. Anders als

noch zuvor, hat G dem R das gefälschte Gemälde im Rahmen des persönlichen Treffens im Parkhaus zur unmittelbar zur sinnlichen Wahrnehmung zugänglich gemacht. Mithin sind alle Anforderungen an das Gebrauchen einer unechten Urkunde im Sinne des § 267 Abs. 1 Var. 3 StGB erfüllt.

2. Subjektiver Tatbestand

a) G handelte vorsätzlich bezüglich des Gebrauchs wie auch der fehlenden Echtheit des von ihm angefertigten und signierten Gemäldes.

b) Außerdem müsste G zur Täuschung im Rechtsverkehr gehandelt haben, d.h. er müsste direkten Vorsatz bezüglich der Herbeiführung eines Irrtums bei R und Vorsatz, den R zu einem rechtserheblichen Handeln zu veranlassen gehabt haben.⁷¹ G wollte, dass R das Gemälde als echt verifiziert, sodann einem Irrtum über dessen Echtheit unterliegt und daraufhin rechtserheblich handelt, indem er ihm den Kaufpreis für das Bild zahlt. Somit liegt auch die Absicht zur Täuschung im Rechtsverkehr vor.

3. Rechtswidrigkeit und Schuld

G handelte auch rechtswidrig und schuldhaft.

4. Besonders schwerer Fall, § 267 Abs. 3 Nr. 2 StGB

Fraglich ist, ob außerdem ein besonders schwerer Fall der Urkundenfälschung gem. § 267 Abs. 3 Nr. 2 StGB in Form eines Vermögensverlustes großen Ausmaßes vorliegt. Hierfür müsste ein Vermögensverlust in Höhe von mindestens 50.000 Euro vorliegen, der in Form eines endgültigen Schadens vom Täter herbeigeführt worden sein muss.⁷²

a) Vermögensverlust großen Ausmaßes

Es kann bei lebensnaher Betrachtung davon ausgegangen werden, dass der Schaden bei einem Kaufpreis von 10 Millionen Euro mindestens 50.000 Euro beträgt, also auch ein großes Ausmaß im Sinne des § 267 Abs. 3 Nr. 2 StGB angenommen hat.

Hinweis: A.A. mit Verweis einer verfassungsrechtlich erforderlichen genauen Bezifferung des Schadens vertretbar.

b) Quasivorsatz

G wusste als Kunststudent auch, dass der Schaden bei mehreren Millionen Euro liegen würde und nahm dies auch mindestens billigend in Kauf, handelte also hinsichtlich der Voraussetzungen des Regelbeispiels quasivorsätzlich im Hinblick auf § 267 Abs. 3 Nr. 2 StGB.⁷³

⁷¹ Vgl. Puppe (Fn. 17), § 267 Rn. 100.

⁷² Fischer (Fn. 4), § 267 Rn. 51. Die Regelung des § 267 Abs. 3 Nr. 2 StGB verdeutlicht, dass sich das Verständnis der Urkundenfälschung als Individualdelikt, welches den Schutz des Einzelnen und seiner Entscheidungsfreiheit im wirtschaftlichen Bereich intendiert, zunehmend durchsetzt, vgl. Puppe (Fn. 17), § 267 Rn. 117.

⁷³ Vgl. Fischer (Fn. 4), § 267 Rn. 53.

⁶⁸ Rotsch (Fn. 24), Rn. 803 (Fall 5).

⁶⁹ Perron (Fn. 44), § 263 Rn. 167 f.

⁷⁰ Siehe bereits 1. Tatkomplex, A. II. 1. a).

d) Zwischenergebnis

Mithin liegt ein besonders schwerer Fall im Sinne des § 267 Abs. 3 Nr. 2 StGB vor.

5. Ergebnis

G hat sich durch das Vorzeigen und Verkaufen des Gemäldes an R einer Urkundenfälschung in einem besonders schweren Fall gem. § 267 Abs. 1 Var. 3, Abs. 3 Nr. 2 StGB schuldig gemacht.

III. § 259 Abs. 1 StGB

Hinweis: Auf die nachfolgende, kurze Prüfung des § 259 StGB kann angesichts der immer knapp bemessenen Bearbeitungszeit der Klausur auch verzichtet werden, ohne dadurch die Qualität der Lösung zu beeinträchtigen.

G könnte sich zudem wegen Hehlerei strafbar gemacht haben, indem er R den gefälschten van Gogh verkaufte.

1. Objektiver Tatbestand

Zunächst müsste eine Sache vorliegen, welche ein anderer aus einer gegen fremdes Vermögen gerichteten Vortat rechtswidrig erlangt hat. Voraussetzung ist, dass die Sache bei Begehung der Vortat bereits existierte und Bestandteil fremden Vermögens war.⁷⁴ In Betracht kommt hier das gefälschte Gemälde. Hier hat jedoch G und nicht „ein anderer“ das Gemälde erlangt; A war lediglich Anstifter und hat auch durch den Vorschlag zur Fälschung und zum Verkauf an G nichts „erlangt“ im Sinne des § 259 Abs. 1 StGB. Vielmehr war das Gemälde nie Bestandteil fremden Vermögens. Demnach ist bereits das Merkmal des „Anderen“ nicht erfüllt.

2. Ergebnis

Eine Strafbarkeit nach § 259 Abs. 1 StGB scheidet aus.

IV. § 261 Abs. 1 S. 2 Nr. 4 lit. a StGB

Hinweis: Auf die nachfolgende, kurze Prüfung des § 261 StGB kann angesichts der immer knapp bemessenen Bearbeitungszeit der Klausur auch verzichtet werden, ohne dadurch die Qualität der Lösung zu beeinträchtigen.

G könnte sich jedoch wegen Geldwäsche strafbar gemacht haben, indem er R das gefälschte Gemälde verkaufte.

1. Objektiver Tatbestand

Zunächst müsste ein aus einer rechtswidrigen, in § 261 Abs. 1 S. 2 StGB genannten Tat herrührender Gegenstand vorliegen. In Betracht kommt das aus der vorherigen Urkundenfälschung gem. § 267 Abs. 1 Var. 1, 3 StGB hervorgegangene gefälschte Gemälde. § 267 StGB stellt nur eine taugliche Vortat dar, wenn diese gem. § 261 Abs. 1 S. 2 Nr. 4 lit. a StGB gewerbs- oder bandenmäßig begangen wurde.

⁷⁴ Stree/Hecker, in: Schönke/Schröder (Fn. 1), § 259 Rn. 12.

a) Gewerbsmäßige Begehung

Möglicherweise liegt eine gewerbsmäßige Begehung vor. Diese ist gegeben, wenn der Täter sich aus der wiederholten Tatbegehung eine nicht nur vorübergehende und nicht ganz unerhebliche Einnahmequelle verschaffen möchte.⁷⁵ G wollte ein van Gogh-Gemälde fälschen und verkaufen, um seine Schulden bei A zu begleichen. Es sind keine Hinweise ersichtlich, die auf eine Absicht des G hindeuten, weitere Kunstfälschungen herzustellen und verkaufen zu wollen. Somit liegt keine gewerbsmäßige Begehung vor.

b) Bandenmäßige Begehung

Es könnte jedoch eine bandenmäßige Begehung der Urkundenfälschung vorliegen. Eine Bande ist ein Zusammenschluss von mindestens drei Personen, die sich durch eine ausdrückliche oder stillschweigende Vereinbarung zur fortgesetzten Begehung mehrerer selbstständiger, im Einzelnen noch ungewisser Taten des gleichen Deliktstypus verbunden haben.⁷⁶

Hier hat G auf die Idee des A hin ein einziges Gemälde gefälscht; von weiteren geplanten Fälschungen oder ähnlichem war nie die Rede. Weder handelten A und G also zur fortgesetzten Begehung mehrerer Taten des gleichen Deliktstypus, noch stellten sie zu zweit zahlenmäßig eine Bande im Sinne des Bandenbegriffs dar. Somit ist auch das Merkmal der bandenmäßigen Begehung nicht erfüllt. Es liegt keine für § 261 Abs. 1 StGB taugliche Vortat vor.

2. Ergebnis

Mithin hat sich G durch den Verkauf des Gemäldes an R nicht wegen § 261 Abs. 1 S. 2 Nr. 4 lit. a StGB strafbar gemacht.

B. Strafbarkeit des A**I. §§ 267 Abs. 1 Var. 3, Abs. 3 Nr. 2, 26 StGB**

A könnte sich einer Anstiftung zur Urkundenfälschung in einem besonders schweren Fall schuldig gemacht haben, indem er G vorschlug, das gefälschte Gemälde als Original auf dem Schwarzmarkt zu verkaufen.

*1. Objektiver Tatbestand**a) Vorsätzliche rechtswidrige Haupttat*

Die vorsätzliche rechtswidrige Haupttat, zu welcher A möglicherweise angestiftet hat, liegt hier vor in der vollendeten Urkundenfälschung in einem besonders schweren Fall gem. § 267 Abs. 1 Var. 3, Abs. 3 Nr. 2 StGB des G.⁷⁷

b) Bestimmen zur Tat

Wie bereits im 1. Tatkomplex bei der Strafbarkeit des A unter B. II. geprüft, hat dieser den Tatentschluss in G hervorgerufen, indem A dem G als „Ideengeber“ am Telefon den Vor-

⁷⁵ Fischer (Fn. 4), Vor § 52 Rn. 61.

⁷⁶ BGH JuS 2001, 925; Jahn, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 3. Aufl. 2016, § 260 Rn. 5.

⁷⁷ Siehe bereits 1. Tatkomplex, A. II. 5.

schlag unterbreitet hat, das Gemälde zu fälschen und als Original zu verkaufen, um anschließend seine Schulden tilgen zu können. Das Handeln des A hat in G erst den Entschluss geweckt, die notwendige Fälschungshandlung und den anschließenden Verkauf des gefälschten Gemäldes vorzunehmen. Mithin hat A ihn zur Tat „bestimmt“ im Sinne des § 26 StGB.

2. Subjektiver Tatbestand

A handelte auch vorsätzlich bezüglich des Gebrauchens der unechten Urkunde; er wollte gerade, dass das Gemälde auf dem Schwarzmarkt verkauft wird. Ihm kam es überdies auch gerade darauf an, dass G das Fälschen des Gemäldes und den anschließenden Verkauf auf seinen Vorschlag hin unternimmt.

In analoger Anwendung des § 16 Abs. 1 StGB wird jedoch auch in Bezug auf Strafzumessungsmerkmale, wie es hier § 267 Abs. 3 Nr. 2 StGB darstellt, und nicht nur bezüglich Tatbestandsmerkmalen Vorsatz verlangt.⁷⁸ Fraglich ist daher, ob A auch vorsätzlich in Bezug auf § 267 Abs. 3 Nr. 2 StGB handelte; ob A also wusste und auch wollte, dass durch den Verkauf ein Vermögensverlust großen Ausmaßes entstehen würde.

G hatte bei A 80.000 Euro Spielschulden, welche mit dem Verkauf des Gemäldes und der anschließenden hälftigen Aufteilung des Erlöses zwischen A und G abgegolten werden sollten. Dies bedeutet, dass A davon ausging, dass das Gemälde mindestens 160.000 Euro einbringen würde, um nach Abzug der Hälfte des Erlöses für G dessen Schulden auszugleichen. Mithin bezog sich sein Vorsatz auch auf einen Vermögensverlust großen Ausmaßes.

3. Rechtswidrigkeit und Schuld

A handelte auch rechtswidrig und schuldhaft.

4. Ergebnis

Somit hat A sich einer Anstiftung zur Urkundenfälschung in einem besonders schweren Fall gem. §§ 267 Abs. 1 Var. 3, Abs. 2 Nr. 2, 26 StGB schuldig gemacht.

II. §§ 263 Abs. 1 Var. 1, Abs. 3 Nr. 2, 26 StGB

Durch den Vorschlag, das Gemälde auf dem Schwarzmarkt als Original zu verkaufen, könnte A sich der Anstiftung zum Betrug in einem besonders schweren Fall schuldig gemacht haben.

1. Objektiver Tatbestand

a) Vorsätzliche rechtswidrige Haupttat

Die vorsätzliche rechtswidrige Haupttat, zu welcher A möglicherweise angestiftet hat, besteht hier im vollendeten Betrug gem. §§ 263 Abs. 1, Abs. 3 Nr. 2 Var. 1 StGB in einem besonders schweren Fall des G.⁷⁹

b) Bestimmen zur Tat

A hat bei G den Tatentschluss zu einem Betrug in einem besonders schweren Fall in G hervorgerufen, indem A am Telefon den Vorschlag unterbreitete, das gefälschte Gemälde als Original auf dem Schwarzmarkt zu verkaufen. Das Handeln des A hat in G erst den Entschluss geweckt, den an die Fälschungshandlung anschließenden Verkauf des gefälschten Gemäldes vorzunehmen. Mithin hat A ihn zur Tat „bestimmt“ im Sinne des § 26 StGB.

2. Subjektiver Tatbestand

A handelte auch vorsätzlich bezüglich dessen, dass G das Vermögen eines anderen dadurch beschädigt, dass er durch Vorspiegelung falscher Tatsachen einen Irrtum erregt oder unterhält. Er wollte gerade, dass das Gemälde Gemäldes auf seinen Vorschlag hin als Original auf dem Schwarzmarkt verkauft wird.

Auch wenn A nicht im Detail weiß, welches Gemälde später verkauft und welchen Käufer er dafür ausmacht, gibt er bei seinem Vorschlag, ein Gemälde zu fälschen und auf dem Schwarzmarkt zu verkaufen, den Künstler van Gogh gerade deshalb vor, weil er um die besondere Fähigkeit des G, Gemälde des niederländischen Künstlers kopieren zu können, weiß. Welches Gemälde letztlich von G gefälscht wird und wer der schlussendliche Käufer ist, ist für die Angriffsrichtung – gegen das Vermögen eines anderen⁸⁰ – irrelevant. A kam es gerade darauf an, dass G seine Fälschung aufgrund seines Vorschlags anfertigt und später verkauft.

Bezüglich des Vermögensverlustes großen Ausmaßes gilt das oben Gesagte.⁸¹ Der subjektive Tatbestand ist erfüllt.

3. Rechtswidrigkeit und Schuld

A handelte auch rechtswidrig und schuldhaft.

4. Ergebnis

A hat sich einer Anstiftung zum Betrug in einem besonders schweren Fall gem. §§ 263 Abs. 1, Abs. 3 Nr. 2 Var. 1, 26 StGB schuldig gemacht.

C. Strafbarkeit des R

I. § 259 Abs. 1 StGB

Hinweis: Die nachfolgende Prüfung der Hehlerei gem. § 259 StGB kann – ohne dadurch die Qualität der Lösung zu beeinträchtigen – angesichts des offenkundig fehlenden Tatobjekts auch unterlassen werden.

R könnte sich dadurch, dass er Gs Gemälde zum Preis von 10 Millionen Euro kaufte, wegen Hehlerei strafbar gemacht haben.

⁷⁸ Fischer (Fn. 4), § 16 Rn. 11.

⁷⁹ Siehe bereits 2. Tatkomplex, A. III.

⁸⁰ Zum geschützten Rechtsgut des § 263 StGB vgl. Perron (Fn. 44), § 263 Rn. 1 ff.

⁸¹ Siehe bereits 2. Tatkomplex, A. II. 4. b).

*I. Objektiver Tatbestand**a) Tatobjekt*

aa) Bei dem Gemälde handelt es sich um eine Sache im Sinne des § 90 BGB.⁸²

bb) Das Gemälde müsste sodann aus einer gegen fremdes Vermögen gerichteten rechtswidrigen Vortat stammen. Das Gemälde stammt aus einer Urkundenfälschung gemäß § 267 Abs. 1 Var. 1, Abs. 3 Nr. 2 StGB.

Fraglich ist, ob § 267 StGB taugliche Vortat für die Hehlerei sein kann. Dies wird einerseits abgelehnt mit Hinweis darauf, dass Vortaten des § 259 StGB grundsätzlich nur Vermögensdelikte sein können.⁸³ Der Strafgrund der Urkundenfälschung beziehe sich auf die Verletzung der Sicherheit und Zuverlässigkeit des Rechtsverkehrs mit Urkunden und nicht auf die Verletzung von Vermögensinteressen,⁸⁴ demnach könne § 267 StGB keine Vortat von § 259 StGB sein. Die einhellige Auffassung geht jedoch davon aus, dass die Voraussetzung „gegen fremdes Vermögen gerichtet“ kein Vermögensdelikt im technischen Sinne (wie etwa Betrug, Erpressung, Untreue) erfordert.⁸⁵ Darüber hinaus liegt hier ein besonders schwerer Fall der Urkundenfälschung in der Variante des Vermögensverlustes großen Ausmaßes vor, wodurch die Urkundenfälschung in dieser konkreten Gestalt ohnehin den Vermögensdelikten zugerechnet wird.⁸⁶

Somit liegt grundsätzlich eine taugliche Vortat vor in Form des § 267 Abs. 1 Var. 1, Abs. 3 Nr. 2 StGB. Tatobjekt ist mithin das aus § 267 Abs. 1 Var. 1, Abs. 3 Nr. 2 StGB stammende gefälschte Gemälde.

Hinweis: A.A. gut vertretbar, da die Urkundenfälschung im konkreten Fall spätestens beim Merkmal „durch die Vortat erlangt“ ausscheidet.

cc) Ein anderer – hier G – müsste die Sache durch ebenjene Vortat erlangt haben. Hierfür ist erforderlich, dass die Sache vor der Vortat bereits existierte und nicht erst durch diese entstanden ist bzw. durch eine Straftat erst hergestellt wurde.⁸⁷

Die Nachahmung des van Gogh-Gemäldes wurde jedoch erst durch die Urkundenfälschung hergestellt. Zum Zeitpunkt der Begehung der Vortat existierte die Sache zwar, jedoch war sie nicht Bestandteil fremden Vermögens und ist somit nicht durch die Vortat erlangt im Sinne des § 259 StGB.

⁸² Vgl. *Stree/Hecker* (Fn. 74), § 259 Rn. 4.

⁸³ Vgl. *Mitsch*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 2. Aufl. 2003, § 10 Rn. 15.

⁸⁴ *Sippel*, NStZ 1985, 348 (349).

⁸⁵ Vgl. *Jahn/Palm*, JuS 2009, 501 (502); *Kühl* (Fn. 33), § 259 Rn. 5; kritisch *Otto*, Jura 1985, 148 (150); *Roth*, JA 1988, 193 (198).

⁸⁶ Vgl. *Fischer* (Fn. 4), § 267 Rn. 50.

⁸⁷ *Maier*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 4, 3. Aufl. 2017, § 259 Rn. 35, 45; *Fischer* (Fn. 4), § 259 Rn. 3b; *Stree/Hecker* (Fn. 74), § 259 Rn. 12.

b) Zwischenergebnis

Es liegt keine „Sache, die ein anderer gestohlen oder sonst durch eine gegen fremdes Vermögen gerichtete rechtswidrige Tat erlangt hat, ankauft oder sonst sich oder einem Dritten verschafft, sie absetzt oder absetzen hilft“ als taugliches Tatobjekt vor.

2. Ergebnis

R hat sich durch den Kauf des Gemäldes nicht strafbar gemacht wegen § 259 Abs. 1 StGB.

II. §§ 259 Abs. 1, 22, 23 Abs. 1 StGB

R könnte sich durch den Kauf des Gemäldes jedoch der versuchten Hehlerei schuldig gemacht haben. Er müsste hierfür mit Tatentschluss unmittelbar zur Verwirklichung des Hehlereitattbestandes angesetzt haben. Die Tat ist nicht vollendet; die Sache wurde nicht durch die Vortat erlangt im Sinne des § 259 Abs. 1 StGB. Der Versuch der Hehlerei ist strafbar gem. §§ 12 Abs. 2, 23 Abs. 1 Var. 2, 259 Abs. 3 StGB.

Hinweis: Es handelt sich um einen „untauglichen Versuch“⁸⁸, da kein taugliches Tatobjekt vorliegt. Der untaugliche Versuch ist ebenso wie der taugliche Versuch strafbar.⁸⁹

1. Tatentschluss

Zunächst müsste R mit Tatentschluss hinsichtlich aller Merkmale des objektiven Tatbestandes gehandelt haben. R müsste sich also vorgestellt haben, dass er einen Gegenstand, den G aus einer gegen fremdes Vermögen gerichteten rechtswidrigen Tat erlangt hat, ankauft und müsste dies auch gewollt haben.

a) Bzgl. § 267 StGB als Vortat

R wusste nicht mit Sicherheit davon, dass es sich bei dem van Gogh-Gemälde um eine Fälschung handelte. Mithin stellte er sich nicht vor – und hatte dementsprechend auch keinen Vorsatz darauf –, dass das Gemälde aus einer Tat nach § 267 Abs. 1 Var. 1, Abs. 3 Nr. 2 StGB stammte. Auch hatte R keinen *dolus eventualis*, da er gerade das Original haben wollte.

b) Bzgl. § 242 StGB als Vortat

R wusste jedoch von dem Kunstdiebstahl im Potsdamer Museum und von der Verbindung dessen zum (Original-) Gemälde van Goghs. Womöglich handelte er daher mit Tatentschluss bezüglich eines Diebstahls als Vortat des § 259 Abs. 1 StGB. Dass diese Vortat genau genommen zwar vor-

⁸⁸ Zur Begrifflichkeit des „untauglichen Versuchs“ im Allgemeinen vgl. *Kühl* (Fn. 24), § 15 Rn. 86 ff. Siehe jüngst zur Strafbarkeit des untauglichen Versuchs sowie ihrer Vereinbarkeit mit dem Grundgesetz *Herzberg*, GA 2001, 257.

⁸⁹ Vgl. *Fischer* (Fn. 4), § 22 Rn. 40 ff. Dies ergibt sich aus einem Umkehrschluss aus § 23 Abs. 3 StGB.

lag, das falsche Bild aber nicht aus dieser erlangt wurde und damit womöglich nur ein untauglicher Versuch (wegen eines untauglichen Tatobjektes) vorliegen könnte, ist für die Versuchstrafbarkeit unbeachtlich.⁹⁰

Fraglich ist aber, ob R bezüglich des Gemäldes lediglich bewusst fahrlässig oder mit bedingtem Vorsatz handelte. Bewusste Fahrlässigkeit liegt dann vor, wenn der Täter mit der als möglich erkannten Tatbestandsverwirklichung nicht einverstanden ist und ernsthaft – nicht nur vage – darauf vertraut, der tatbestandliche Erfolg werde nicht eintreten.⁹¹ Die Abgrenzung wird zum einen anhand von Faktoren wie dem Grad der Sicherheit der Kenntnis, zum anderen auch unter einer Gesamtbetrachtung der jeweiligen Tat und der Umstände durchgeführt. Hierbei wird eine Vielzahl von Abgrenzungstheorien vertreten.

Hinweis: Ausreichend war es hier, lediglich eine Einteilung in „kognitive Theorien“ und „voluntative Theorien“ zu unternehmen.⁹²

aa) Kognitive Theorien

Die kognitiven Theorien stellen auf die Kenntnis des Täters und den vorgestellten Grad der Wahrscheinlichkeit ab. Ein Willenselement ist nicht zwingend erforderlich. Je mehr der Täter also über die Umstände und den Fall wusste, desto eher ist bedingter Vorsatz und nicht mehr nur Fahrlässigkeit anzunehmen.⁹³ R wusste, dass es einen Kunstdiebstahl gab und dass das zum Verkauf stehende van Gogh-Gemälde unter den gestohlenen Gegenständen war. Außerdem gab er sich laut Sachverhalt mit der Geschichte des Dachbodenfundes „zufrieden“. Dies zeigt, dass er sich keine weiteren Gedanken über die Wahrheit von Gs Aussage gemacht hat; er hat sich auch nicht die Mühe gemacht, bei G nochmals nachzufragen. Nach diesen Theorien hätte R mit *dolus eventualis* gehandelt.

bb) Voluntative Theorien

Die voluntativen Theorien fordern neben einem Wissens- element auch ein Willenselement für die Annahme von bedingtem Vorsatz. Nach überwiegender Ansicht handelt der Täter dann bedingt vorsätzlich, wenn er die Tatbestands- verwirklichung ernsthaft für möglich hält und sich mit ihr abfindet bzw. billigend in Kauf nimmt.⁹⁴ R hat sorgfalts- pflichtwidrig nicht näher bei G bezüglich der Herkunft des Gemäldes nachgefragt und sich mit seiner Geschichte abge- funden, sodass bewusste Fahrlässigkeit angenommen werden könnte. Jedoch wusste R von dem Kunstdiebstahl und konnte

dementsprechend nicht ausschließen, dass das Gemälde aus einem Diebstahl stammte.

Hinweis: Nach § 935 BGB kann die rechtswidrige Besitz- lage auch nicht zwischenzeitlich durch gutgläubigen Er- werb durchbrochen werden.

Im Gegenteil: Aufgrund der äußeren Umstände (Verkauf in einem abgelegenen Lagerhaus, Bezahlung in bar) kann man aus Sicht eines objektiven Dritten davon ausgehen, dass bei dem Verkauf nicht alles „mit rechten Dingen“ zugeht. Dies war mit Sicherheit auch dem R klar, welcher sich auf dieses Geschäft mit G eingelassen hatte.

Hinweis: A.A. nur schwer vertretbar, auch wenn man argumentieren möchte, dass Barzahlungen bei Kunst- geschäften allein deshalb gerne vereinbart werden, um etwa Steuern zu hinterziehen. Der Einwand, ein abgele- gener Ort zur Übergabe diene der Sicherheit, um nicht po- tentielle Diebe anzulocken, weiß nicht zu überzeugen. Der sicherste und hinsichtlich der Abführung von Steuern legale Weg, den Verkauf von wertvollen Kunstwerken vorzunehmen, dürfte der offizielle Verkauf über Kunst- händler, Aktionäre oder Anwälte sein.

Indem R sich mit der Geschichte des G zufriedengibt, kann man außerdem auch von einem „Abfinden“ mit der möglichen kriminellen Herkunft des Gemäldes ausgehen. Mithin kann auch nach dieser Ansicht bedingter Vorsatz bejaht werden.

Da beide Ansichten zum gleichen Ergebnis führen, kann ein Streitentscheid unterbleiben. R handelte also mit *dolus eventualis* bezüglich der Herkunft des Gemäldes.

cc) Zwischenergebnis

E handelte daher mit Tatentschluss.

2. Unmittelbares Ansetzen

Des Weiteren müsste R unmittelbar angesetzt haben. Dies ist der Fall, wenn er bereits ein Tatbestandsmerkmal verwirk- licht hat oder wenn seine Handlung bei ungestörtem Fortgang ohne Zwischenakte in die Tatbestandsverwirklichung unmit- telbar einmündet.⁹⁵ Das „Ankaufen“ im Sinne des § 259 Abs. 1 StGB ist bereits vollzogen worden; R hat dem G auch schon das Geld übergeben und dafür das Gemälde erhalten. R hat somit unmittelbar angesetzt.

3. Rechtswidrigkeit und Schuld

R handelte auch rechtswidrig und schuldhaft.

4. Ergebnis

Mithin hat R sich der versuchten Hehlerei (untauglicher Ver- such) gem. §§ 259 Abs. 1, 22, 23 Abs. 1 StGB schuldig ge- macht.

⁹⁰ Fischer (Fn. 4), § 22 Rn. 40.

⁹¹ Rengier (Fn. 38), § 14 Rn. 28; Kühl (Fn. 24), § 17 Rn. 42.

⁹² Zu dieser Unterteilung siehe Kudlich (Fn. 24), § 15 Rn. 20 ff.

⁹³ Kudlich (Fn. 24), § 15 Rn. 20 f. m.w.N. zu den einzelnen Vertretern der kognitiven Theorien.

⁹⁴ Vgl. BGH NSTZ 1981, 22 (23); BGH NSTZ 1984, 19; BGH NSTZ 1998, 616; BGH NSTZ 2008, 451; BGHSt 36, 1 (9 f.) = NJW 1989, 781 (783); Kühl (Fn. 24), § 15 Rn. 24 f.

⁹⁵ Fischer (Fn. 4), § 22 Rn. 9 f.

III. § 261 Abs. 1 S. 2 Nr. 4 lit. a StGB

Eine Strafbarkeit wegen vollendeter Geldwäsche durch den Kauf des Gemäldes scheidet – wie bereits bei § 259 Abs. 1 StGB zuvor – offenkundig mangels tauglichen Tatobjekts aus.

IV. §§ 261 Abs. 1 S. 2 Nr. 4 lit. a, 22, 23 Abs. 1 StGB

R könnte sich jedoch wegen Versuchs der Geldwäsche strafbar gemacht haben, als er das Gemälde kaufte. Die Tat ist nicht vollendet, es liegt kein taugliches Tatobjekt vor. Der Versuch ist strafbar nach § 261 Abs. 3 StGB.

1. Tatentschluss

R müsste Tatentschluss gehabt haben. Er müsste also gewusst und gewollt haben, dass es sich bei dem Gemälde (in seiner Vorstellung) um einen Gegenstand aus einer Tat des § 261 Abs. 1 S. 2 StGB handelte, den er sodann kaufte. In Rs Vorstellung war es nicht ausgeschlossen, dass das Gemälde (wie bereits geprüft, vgl. 2. Tatkomplex, C. II. 1. b) bb) aus einem Diebstahl stammte. Jedoch gibt es keine Anhaltspunkte dafür, dass er wusste, dass dieser Diebstahl auch bandenmäßig begangenen wurde im Sinne des § 261 Abs. 1 S. 2 Nr. 4 lit. a StGB. Diesbezüglich handelte er nicht mit Tatentschluss.

Hinweis: Fraglich wäre überdies, welche Tatbestandsalternative des § 261 StGB einschlägig sein könnte. In Betracht kommen die Varianten der Vereitelung oder Gefährdung der Ermittlung der Herkunft, der Einziehung oder der Sicherstellung des (vermeintlich) gestohlenen Gemäldes. Die Vereitelung oder Gefährdung setzen jedoch entweder einen bereits eingetretenen Erfolg oder zumindest eine konkrete Gefährdung voraus.⁹⁶ Laut Sachverhalt sind aber keine Ermittlungen o.ä. bezüglich des Gemäldes im Gange. Es ist zudem nicht ersichtlich, dass R Vorsatz bzgl. dieses Tatbestandsmerkmals des § 261 StGB hatte. Als Kunstsammler geht es ihm vielmehr darum, das echte van Gogh-Gemälde zu besitzen und nicht primär darum, dessen Sicherstellung eventuell zu verhindern oder zu gefährden.

Mithin liegt kein Tatentschluss vor.

2. Ergebnis

R hat sich nicht strafbar gemacht wegen versuchter Geldwäsche gem. §§ 261 Abs. 1 S. 2 Nr. 4 lit. a, 22, 23 Abs. 1 StGB.

D. Ergebnis zur Strafbarkeit

G hat sich durch das Vorzeigen und Verkaufen des Gemäldes an R wegen Urkundenfälschung in einem besonders schweren Fall gem. § 267 Abs. 1 Var. 3, Abs. 3 Nr. 2 StGB und wegen Betrugs in einem besonders schweren Fall gem. § 263 Abs. 1, Abs. 3 Nr. 2 Var. 1 StGB in Tateinheit gem. § 52

StGB strafbar gemacht. Zwischen § 267 und § 263 StGB besteht Idealkonkurrenz.⁹⁷

A hat sich wegen Anstiftung zur Urkundenfälschung in einem besonders schweren Fall gem. §§ 267 Abs. 1 Var. 3, Abs. 2 Nr. 2, 26 StGB und wegen Anstiftung zum Betrug in einem besonders schweren Fall gem. §§ 263 Abs. 1, Abs. 3 Nr. 2 Var. 1, 26 StGB in Tateinheit (Idealkonkurrenz) gem. § 52 StGB strafbar gemacht.

R hat sich wegen versuchter Hehlerei gem. §§ 259 Abs. 1, 22, 23 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

3. Tatkomplex: Der vorgetäuschte Tod**A. Strafbarkeit des G****I. § 263 Abs. 1 StGB durch den Abschluss der Lebensversicherung**

Indem G mit der V-AG eine Lebensversicherung abschloss, könnte er sich wegen Betrugs strafbar gemacht haben.

1. Objektiver Tatbestand

G müsste das Vermögen eines anderen dadurch beschädigt haben, dass er durch Vorspiegelung falscher oder durch Entstellung oder Unterdrückung wahrer Tatsachen einen Irrtum erregt hat.

a) Täuschung

G müsste zunächst über Tatsachen getäuscht haben. Eine Täuschung liegt vor, wenn der Täuschende durch intellektuelle kommunikative Einwirkung auf das Vorstellungsbild eines anderen eine Fehlvorstellung über Tatsachen erregt.⁹⁸ Tatsachen sind alle gegenwärtigen oder vergangenen Ereignisse, die dem Beweis zugänglich sind,⁹⁹ aber auch innere Tatsachen im Sinne psychischer Zustände (z.B. Motive, Überzeugungen, Kenntnisse oder Vorstellungen) kommen als betrugsrelevante Tatsachen in Betracht.¹⁰⁰ Unter einer Täuschung versteht man das Unterhalten oder Hervorrufen eines Irrtums.¹⁰¹ Eine Täuschung kann dabei ausdrücklich, konkludent oder durch Unterlassen begangen werden.¹⁰²

Es kommt eine Täuschung des G über innere Tatsachen, im Besonderen über vertragsrelevante Absichten, in Frage.¹⁰³ Er könnte konkludent darüber getäuscht haben, bereit zu sein, den beantragten Versicherungsschutz seinem Zweck entsprechend allein zur Abdeckung des zukünftigen Risikos eines ungewissen Schadenseintritts zu nutzen.¹⁰⁴ Hierüber konkludent

⁹⁷ Vgl. BGH JZ 1952, 89; BGH GA 1955, 245 (246), OLG Braunschweig GA 1954, 315, Fischer (Fn. 4), § 267 Rn. 59, Heger (Fn. 2), § 267 Rn. 28; Heine/Schuster (Fn. 10), § 267 Rn. 99.

⁹⁸ Rotsch (Fn. 24), Rn. 792 (Fall 5) m.w.N.

⁹⁹ RGSt 55, 129 (131); Küper/Zopfs (Fn. 40), S. 294 ff.

¹⁰⁰ Vgl. auch RGSt 55, 129 (131); OLG Düsseldorf wistra 1996, 32 f.; Koch, JZ 1980, 709; Puppe (Fn. 17), § 263 Rn. 76; Perron (Fn. 44), § 263 Rn. 10.

¹⁰¹ Fischer (Fn. 4), § 263 Rn. 14.

¹⁰² Tiedemann (Fn. 46), § 263 Rn. 21 ff.

¹⁰³ Vgl. dazu Puppe (Fn. 17), § 263 Rn. 76.

¹⁰⁴ Vgl. dazu BGHSt 54, 69 (121) = NJW 2009, 3448 (3463).

⁹⁶ Fischer (Fn. 4), § 261 Rn. 22.

dent zu täuschen, ist nicht allein deshalb möglich, weil Vertragspartner ein Minimum an Redlichkeit im Rechtsverkehr voraussetzen dürfen,¹⁰⁵ und daher die Erwartung, dass keine vorsätzliche sittenwidrige Manipulation des Vertragsgegenstands durch einen Vertragspartner zu erwarten ist, die die unverzichtbare Grundlage eines jeden Geschäftsverkehrs darstellt.¹⁰⁶ Diese Erwartung stellt überdies zugleich einen mit-erklärten Inhalt der entsprechenden rechtsgeschäftlichen Willensbekundungen dar.¹⁰⁷ Dem angebotenen Vertragsschluss ist daher die konkludente Erklärung zu entnehmen, dass der Vertragsgegenstand nicht vorsätzlich zum eigenen Vorteil manipuliert wird.¹⁰⁸ Angesichts des Umstandes, dass die Manipulation in Gestalt der Vortäuschung des Versicherungsfalles erst nach Vertragsschluss stattfinden kann, ist die konkludente Erklärung der Manipulationsfreiheit nicht auf eine bereits durchgeführte, sondern auf eine beabsichtigte Manipulation bezogen.¹⁰⁹

G täuschte bei Abschluss des Lebensversicherungsvertrags mit der V-AG über seine Absicht, den Vertragsgegenstand dergestalt zu manipulieren, dass er seinen Tod fingieren wollte, um eine Auszahlung der Versicherungssumme zu bewirken.

Mithin liegt eine Täuschungshandlung vor.

b) Irrtum

Des Weiteren müsste die V-AG durch die Täuschung kausal einem Irrtum, d.h. einer Fehlvorstellung über Tatsachen, erlegen sein. Den Vorstellungen des G entsprechend ist bei der V-AG – genauer bei dem für die Bearbeitung zuständigen Mitarbeiters der V-AG – auf Grund der Täuschung eine entsprechende Fehlvorstellung über die Vertragstreue des G und damit über den Umfang des zu übernehmenden Risikos eingetreten. Dieser Irrtum war (mit)ursächlich für den Vertragsabschluss durch die V-AG. Es liegt demnach ein durch die Täuschung hervorgerufener Irrtum vor.

c) Vermögensverfügung

Mit Abschluss des Versicherungsvertrages hat die V-AG – durch den im Einzelfall zuständigen und vertretungsbefugten Mitarbeiter – eine Vermögensverfügung vorgenommen.

d) Vermögensschaden

Aufgrund der Vermögensverfügung muss ein Vermögensschaden bei der V-AG eingetreten sein. Der Vermögensschaden beim Betrug ist nach ständiger Rechtsprechung des BGH durch einen Vermögensvergleich mit wirtschaftlicher Betrachtungsweise zu ermitteln.¹¹⁰

aa) In Frage kommt hier ein sog. Eingehungsbetrug.¹¹¹ Ob ein Vermögensschaden eingetreten ist, ergibt sich aus einer Gegenüberstellung der Vermögenslage vor und nach dem Zeitpunkt des Vertragsschlusses.¹¹² Zu vergleichen sind demnach die Vertragsverpflichtungen beider Seiten.¹¹³ Ein Schaden ist anzunehmen, wenn der Anspruch auf die Leistung des Täuschenden in seinem Wert hinter der Verpflichtung zur Gegenleistung des Getäuschten zurückbleibt.¹¹⁴ Es handelt sich dabei um eine schadensgleiche Vermögensgefährdung,¹¹⁵ bei der das Vermögen konkret gefährdet ist.¹¹⁶

bb) So argumentiert der BGH im sog. „Al-Qaida-Fall“¹¹⁷ ein solcher Schaden sei zu bejahen, da das Versicherungsunternehmen mit dem Vertragsabschluss mit der Verpflichtung zur Zahlung der Versicherungssumme im Todesfall belastet war, während die dieser Verpflichtung gegenüberstehende Verbindlichkeit des Versicherungsnehmers, an den Versicherer bis zum Ende der vertraglich vereinbarten Laufzeit die Prämien zu zahlen, keinen entsprechenden Ausgleich darstellte.¹¹⁸ Dies beruhe darauf, dass der Versicherungsnehmer bereits von vornherein entschlossen war, den Versicherungsfall zu fingieren, sodass die Inanspruchnahme des Versicherungsunternehmens „sicher zu erwarten“ war.¹¹⁹ Damit war die Leistungswahrscheinlichkeit gegenüber dem vertraglich vereinbarten Einstandsrisiko signifikant erhöht.¹²⁰

Hinweis: Außer Betracht bleibt, dass der Versicherer, sofern er Kenntnis von den tatsächlichen Hintergründen des Vertragsschlusses erlangen würde, den Vertrag wegen arglistiger Täuschung gem. § 123 BGB anfechten könnte: Diese Möglichkeit soll dem getäuschten Versicherer gerade verborgen bleiben.¹²¹

cc) Dieser Auslegung schob das BVerfG¹²² mit Verweis auf das Bestimmtheitsgebot des Art. 103 Abs. 2 GG einen Riegel vor. Es argumentiert, dass das Tatbestandsmerkmal des Vermögensschadens eine für § 263 StGB kennzeichnende Be-

¹⁰⁵ Vgl. Perron (Fn. 44), § 263 Rn. 14 f.

¹⁰⁶ BGHSt 54, 69 (121) = NJW 2009, 3448 (3463).

¹⁰⁷ BGHSt 54, 69 (121) = NJW 2009, 3448 (3463).

¹⁰⁸ BGHSt 51, 165 (171) = NJW 2007, 782; BGHSt 54, 69 (121) = NJW 2009, 3448 (3463 f.).

¹⁰⁹ BGHSt 54, 69 (121) = NJW 2009, 3448 (3464).

¹¹⁰ BGHSt 45, 1 (4) = NJW 1999, 1485; BGH NStZ 1996, 191; 1997, 32 (33); BGHSt 54, 69 (122) = NJW 2009, 3448 (3464).

¹¹¹ Siehe dazu ausführlich Dannecker, in: Graf/Jäger/Wittig (Fn. 3), § 263 StGB Rn. 99 ff.

¹¹² BGHSt 54, 69 (122) = NJW 2009, 3448 (3464).

¹¹³ BGHSt 16, 220 (221) = NJW 1961, 1876; BGHSt 45, 1 (4) = NJW 1999, 1485; BGHSt 54, 69 (122) = NJW 2009, 3448 (3464).

¹¹⁴ BGHSt 16, 220 (221) = NJW 1961, 1876; BGHSt 54, 69 (122) = NJW 2009, 3448 (3464).

¹¹⁵ Vgl. BVerfGE 126, 170 = NJW 2010, 3209; Dannecker (Fn. 111), § 263 StGB Rn. 99.

¹¹⁶ Vgl. BGH NJW 1985, 75; 1992, 921; Fischer (Fn. 4), § 263 Rn. 175, 177.

¹¹⁷ BGH, Urt. v. 14.8.2009 – 3 StR 552/08 = BGHSt 54, 69 = NJW 2009, 3448.

¹¹⁸ BGHSt 54, 69 (123) = NJW 2009, 3448 (3464).

¹¹⁹ BGHSt 54, 69 (123 f.) = NJW 2009, 3448 (3464).

¹²⁰ BGHSt 54, 69 (124) = NJW 2009, 3448 (3464).

¹²¹ Vgl. etwa RGSt 48, 186 (189); BGH StV 1985, 368; Fischer (Fn. 4), § 263 Rn. 103.

¹²² BVerfG, Beschl. v. 7.12.2011 – 2 BvR 2500/09, 2 BvR 1857/10 = NJW 2012, 907.

grenzung ist, die die Vorschrift als Vermögens- und Erfolgsdelikt charakterisiert.¹²³ Verlustwahrscheinlichkeiten dürfen daher nicht so diffus sein oder sich in so niedrigen Bereichen bewegen, dass der Eintritt eines realen Schadens ungewiss bleibt.¹²⁴ Die Einschätzung des BGH, die Inanspruchnahme der Versicherungen sei „sicher zu erwarten“ gewesen, lässt sich etwa allein nicht damit vereinbaren, dass die Inanspruchnahme gerade nicht passiert ist und zwar wegen einer Lappalie wie einem Fehler in den Abläufen der mit der Versendung der Sterbeurkunde beauftragten Post.¹²⁵

Überdies führt die Annahme eines Vermögensschadens zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses dazu, dass die klassischen Abgrenzungsfragen des unmittelbaren Ansetzens beim Versuch gem. § 22 StGB überlagert werden.¹²⁶ Allem voran läge keine für den Eingehungsbetrug notwendige Konstellation vor, in der sich Leistung und Gegenleistung von Beginn an nicht angemessen gegenüberstehen, sondern es bestehe zunächst nur die Absicht, eine spätere Manipulation vorzunehmen.¹²⁷ Die Berechtigung des Eingehungsbetrugs liegt aber gerade darin, dass keine nachfolgende Täuschung mehr erforderlich ist und der Schaden auch bei sonst vertragsgemäßer Durchführung des Schuldverhältnisses entsteht.¹²⁸ Das Erfordernis des unmittelbaren Ansetzens wird sodann unterlaufen, weil freilich das eigentliche Unrecht sowie der unmittelbar vermögensschädigende Charakter erst im späteren Vollzug des Vertrags – die Geltendmachung des Versicherungsfalls – liegt.¹²⁹

dd) Mithin ist mit dem Abschluss der Lebensversicherung kein Vermögensschaden eingetreten.

2. Ergebnis

Indem G mit der V-AG eine Lebensversicherung abschloss, hat er sich nicht wegen Betrugs gem. § 263 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

II. § 263 Abs. 1 StGB durch das Versenden der Sterbeurkunde an die Versicherungsgesellschaft

Eine Strafbarkeit des G wegen Betrugs durch das Versenden der Sterbeurkunde an die Versicherungsgesellschaft scheidet offenkundig aus, da es nie zu einer Auszahlung der Lebensversicherungssumme durch die V-AG gekommen ist.

III. §§ 263 Abs. 1, Abs. 2, 22, 23 Abs. 1 StGB durch dieselbe Handlung

G könnte sich durch das Versenden der Sterbeurkunde an die Versicherungsgesellschaft jedoch des versuchten Betrugs schuldig gemacht haben. Er müsste hierfür mit Tatentschluss

unmittelbar zur Verwirklichung des Betrugstatbestandes angesetzt haben. Die Tat ist mangels eines eingetretenen Vermögensschadens nicht vollendet. Der Versuch des Betrugs ist strafbar gem. §§ 12 Abs. 2, 23 Abs. 1 Var. 2, 263 Abs. 2 StGB.

1. Tatentschluss

G handelte vorsätzlich bzgl. der Herbeiführung eines Vermögensschadens bei der V-AG durch die Erregung eines Irrtums durch Vorspiegelung falscher Tatsachen und mit der Absicht rechtswidriger (Dritt-)Bereicherung.

Hinweis: Lange Ausführungen dazu, dass G hier seine Freundin C bereichern möchte, sind überflüssig.

2. Unmittelbares Ansetzen

G müsste zur Verwirklichung des Tatbestands des § 263 Abs. 1 StGB auch unmittelbar angesetzt haben. Nach überwiegender Auffassung liegt unmittelbares Ansetzen vor, „wenn der verbrecherische Wille in einer Handlung zutage getreten ist, die nach dem gesamten Plan des Täters unmittelbar zur Gefährdung des Schutzobjektes des jeweiligen Tatbestandes führt oder nach der Vorstellung des Täters führen soll“¹³⁰ ¹³¹ Dies bedeutet, dass der Täter subjektiv die Schwelle zum „Jetzt-geht’s-los“ überschritten und objektiv zur tatbestandsmäßigen Angriffshandlung angesetzt haben muss.¹³² Erforderlich ist, dass Handlungen vorgenommen werden, die nach seiner Vorstellung im Falle ungestörten Fortgangs ohne Zwischenakte unmittelbar in die Tatbestands-erfüllung münden können oder im unmittelbaren räumlichen und zeitlichen Zusammenhang mit ihr steht.¹³³ Unter Zugrundelegung dieser Konkretisierungen, so ist ein unmittelbares Ansetzen zur Tatbestandsverwirklichung durch das Versenden der Sterbeurkunde an die V-AG zu bejahen. Denn obwohl die Sterbeurkunde auf dem Postweg verloren ging, war nach dem Sachverhalt – auf dem Boden seiner Vorstellung – das Rechtsgut des § 263 StGB bereits unmittelbar gefährdet. G rechnete fest damit, dass es zeitnah zur Auszahlung der Lebensversicherung an C kommen würde, sobald die V-AG die Sterbeurkunde erhalten hat. Obwohl der Brief mit der Sterbeurkunde nie bei der V-AG ankam, liegt eine Versuchshandlung im Sinne des § 22 StGB vor.

Hinweis: A.A. nur schwer vertretbar.

3. Rechtswidrigkeit und Schuld

Rechtswidrigkeit und Schuld unterliegen keinen Bedenken.

¹²³ BVerfG NJW 2012, 907 (916).

¹²⁴ BVerfGE 126, 170 (206) = NJW 2010, 3209 (3214); BVerfG NJW 2012, 907 (916).

¹²⁵ Vgl. ebenfalls BVerfG NJW 2012, 907 (916 f.).

¹²⁶ Kudlich, JA 2012, 230 (231). Vgl. ebenfalls Kulhanek, JA 2015, 828 (833).

¹²⁷ Kudlich, JA 2012, 230 (231).

¹²⁸ Kudlich, JA 2012, 230 (232).

¹²⁹ Kudlich, JA 2012, 230 (232).

¹³⁰ Rotsch (Fn. 24), Rn. 1480 (Fall 11).

¹³¹ Vgl. zum unmittelbaren Ansetzen etwa BGHSt 37, 294 (297 f.) = NStZ 1991, 385 (386); Eser/Bosch, in: Schönke/Schröder (Fn. 1), § 22 Rn. 32 ff. m.w.N.

¹³² BGH wistra 2000, 379 (380).

¹³³ BGH NStZ 1998, 241 f.

4. Ergebnis

Mithin hat sich durch das Versenden der Sterbeurkunde an die Versicherungsgesellschaft eines versuchten Betrugs gem. §§ 263 Abs. 1, Abs. 2, 22, 23 Abs. 1 StGB schuldig gemacht.

IV. § 267 Abs. 1 Var. 3 StGB

Eine Strafbarkeit wegen des Gebrauchs einer unechten Urkunde scheidet mangels der Möglichkeit der tatsächlichen Wahrnehmung beim Empfänger aus. Die Versicherungsgesellschaft erhält die inhaltlich falsche Sterbeurkunde nie.

V. §§ 267 Abs. 1 Var. 3, Abs. 2, 22, 23 Abs. 1 StGB

Allerdings könnte G sich durch das Versenden der Sterbeurkunde an die Versicherungsgesellschaft des versuchten Gebrauchmachens einer unechten Urkunde schuldig gemacht haben. Die Tat ist bereits mangels Eintreffens der Sterbeurkunde beim Empfänger nicht vollendet. Der Versuch ist strafbar gem. §§ 12 Abs. 2, 23 Abs. 1 Var. 2, 267 Abs. 2 StGB.

1. Tatentschluss

Zunächst müsste G mit Tatentschluss hinsichtlich aller Merkmale des objektiven Tatbestandes gehandelt haben. G müsste sich also vorgestellt haben, dass er eine unechte Urkunde gebraucht und er müsste dies auch gewollt haben.

a) Mit der zuvor von G von einem Einheimischen erworbenen, täuschend echt aussehenden Sterbeurkunde, die mit dem Wappen des Britischen Überseegebiets der Cayman Islands versehen ist, liegt nach der Vorstellung des G eine unechte Urkunde vor.

Hinweis: Ausländische Urkunden stellen für den Fall des Gebrauchs im Inland grundsätzlich verkörperte Gedanken-erklärungen mit Beweisfunktion im Sinne von § 267 StGB dar.¹³⁴

b) G hat sich zudem das „Gebrauchen“ der unechten Urkunde vorgestellt, d.h. er ging davon aus und wollte, dass die gefälschte Urkunde dem zu Täuschenden – sprich der Versicherungsgesellschaft bzw. ihren Mitarbeitern – mit der tatsächlichen Möglichkeit zur sinnlichen Wahrnehmung zugänglich gemacht wird.¹³⁵

c) Ebenfalls handelte G mit der Absicht „zur Täuschung im Rechtsverkehr“, da er mithilfe des Schriftstücks die Erfüllung eines Auszahlungsanspruchs veranlassen und so die Urkunde „im Rechtsverkehr“ einsetzen wollte.

2. Unmittelbares Ansetzen

Des Weiteren müsste G unmittelbar angesetzt haben. Dies ist der Fall, wenn er bereits ein Tatbestandsmerkmal verwirklicht hat oder wenn seine Handlung bei ungestörtem Fortgang ohne Zwischenakte in die Tatbestandsverwirklichung unmittelbar einmündet.¹³⁶ G hat die unechte Sterbeurkunde bereits versendet und es wären bei ungestörtem Fortgang (= kein Fehler der Post) keine weiteren Zwischenakte seinerseits notwendig geworden, um der Versicherungsgesellschaft bzw. seinen Mitarbeitern die Möglichkeit der sinnlichen Wahrnehmung der gefälschten Sterbeurkunde zu verschaffen. Mithin hat G unmittelbar angesetzt.

3. Rechtswidrigkeit und Schuld

G handelte auch rechtswidrig und schuldhaft.

4. Ergebnis

G hat sich des versuchten Gebrauchmachens einer unechten Urkunde gem. §§ 267 Abs. 1 Var. 3, Abs. 2, 22, 23 Abs. 1 StGB schuldig gemacht.

B. Ergebnis zur Strafbarkeit

G hat sich wegen versuchten Betrugs gem. §§ 263 Abs. 1, Abs. 2, 22, 23 Abs. 1 StGB und wegen versuchten Gebrauchmachens einer unechten Urkunde gem. §§ 267 Abs. 1 Var. 3, Abs. 2, 22, 23 Abs. 1 StGB in Tateinheit (Idealkonkurrenz) gem. § 52 StGB strafbar gemacht.

¹³⁴ Vgl. Zieschang, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 9, 12. Aufl. 2012, § 267 Rn. 1; OLG Stuttgart, Beschl. v. 6.2.2012 – 6 Ss 605/11 = BeckRS 2012, 05201.

¹³⁵ Vgl. BGHSt 36, 64; Heine/Schuster (Fn. 10), § 267 Rn. 73; Fischer (Fn. 4), § 267 Rn. 36; Heger (Fn. 2), § 267 Rn. 23; Rotsch (Fn. 24), Rn. 814 (Fall 5); Löffler, NJW 1993, 1421 (1425).

¹³⁶ Fischer (Fn. 4), § 22 Rn. 9 f.