

Fortgeschrittenenklausur: Spendenbecher

Von Wiss. Mitarbeiter **Dennis Klein**, Gießen*

Die vorliegende Klausur wurde im Sommersemester 2019 in der Großen Übung für Fortgeschrittene an der Justus-Liebig-Universität Gießen gestellt. Der Notendurchschnitt betrug 4,51 Punkte und die Durchfallquote lag bei 39,1 %. Die höchste erreichte Punktzahl war 13 Punkte. Der Schwerpunkt der Klausur liegt im Bereich der Vermögensdelikte (im weiteren Sinne).

Sachverhalt

A ist begeisterter Festivalgänger und hat den in der Stadt aufgehängten Plakaten entnommen, dass heute in der Nähe ein Benefizfestival des Veranstalters V stattfindet, bei dem Musiker des Hip-Hop- und Rap-Genres auftreten. Er hört diese Art von Musik zwar nicht, will dem Ganzen aber dennoch eine Chance geben. Allerdings möchte A den Eintrittspreis in Höhe von 15 € nicht entrichten. Deshalb zeichnet er sich mit einem wasserfesten Filzstift den Abdruck des Festivalstempels – den nur zahlende Gäste im Eintrittsbereich erhalten – auf seine Hand, um dem Personal des V nicht aufzufallen. Der Stempel ist ein Mikrofon-Symbol, das zugleich auch das Veranstalterlogo darstellt. Da er besonders geübt darin ist, sieht seine Malerei diesem Eintrittsstempel zum Verwechseln ähnlich. Sodann klettert er über einen Zaun im hinteren Bereich des Festivalgeländes.

Auf dem Areal angekommen erfährt er von dem besonderen Spendenkonzept der Veranstaltung: Beim Kauf eines Getränks ist zusätzlich ein Euro für den – an sich wertlosen – Pappbecher zu zahlen. Nach dem Verzehr des Getränks wird dem Besitzer des Bechers die Wahl gelassen: Entweder kann er ihn an der Verkaufsstelle abgeben und seinen Euro zurück erhalten oder er entschließt sich dazu, das von ihm gezahlte Geld zu spenden und wirft den Becher deshalb in einen von den vielen auf dem Festivalgelände verteilten speziellen versiegelten Eimern mit einer Aufschrift, die auf die Spendenaktion hinweist. Am Ende werden die Becher von den Veranstaltern gezählt, um zu erfahren, wie viel von dem bei dem Verkauf der Getränke eingenommenen Geld an die Hilfsorganisation H, die sich für den Bau von Brunnen in Afrika einsetzt, gespendet werden soll.

Wie erwartet kann A mit der Musik nichts anfangen. Bevor er nach Hause geht, möchte er aber noch einen kleinen Gewinn einstreichen. Er fasst den Entschluss, die Becher aus den Spendeneimern zu entwenden und dann an einer Bar abzugeben. Dafür sucht er sich einen abgelegenen Spenden-

eimer aus, wartet einen unbeobachteten Moment ab und bricht die Plastikversiegelung auf. Dann öffnet er die Abdeckung, greift sich 65 aufeinander gestapelte Becher heraus und balanciert sie zur nächstgelegenen Bar.

Dort angekommen erklärt er der Barkeeperin B, er komme gerade vom Festival-Zeltplatz und solle ein paar Becher für seine Freunde abgeben. Zwar ist B bezüglich der Herkunft der Becher zunächst misstrauisch. Letztlich lässt B sich aber von dem sympathischen und redegewandten A überzeugen und zahlt ihm die 65 € aus.

Mit dem Geld begibt A sich zügig zum Ausgangsbereich. Dort steht aber bereits die Security bereit, die von einem Festivalbesucher über die ungewöhnlichen Aktivitäten des A informiert wurde und hindert ihn am Verlassen des Geländes. Die herbeigerufene Polizei klärt den Sachverhalt mit Unterstützung der Securitykräfte schließlich vollständig auf.

Aufgabe

Prüfen Sie die Strafbarkeit des A nach dem StGB.

Bearbeitervermerk

§ 246 StGB ist nicht zu prüfen. Eventuell erforderliche Strafanträge sind gestellt.

Lösungsvorschlag

1. Tatkomplex: Betreten des Festivalgeländes

I. Urkundenfälschung gem. § 267 Abs. 1 Var. 1, 3 StGB

A könnte sich einer Urkundenfälschung gem. § 267 Abs. 1 Var. 1, 3 StGB schuldig gemacht haben, indem er sich das Mikrofon-Symbol auf die Hand gezeichnet und sich so auf dem Festivalgelände bewegt hat.

1. Objektiver Tatbestand

a) Urkunde

Eine Urkunde ist eine verkörperte Erklärung, die zum Beweis im Rechtsverkehr geeignet und bestimmt ist und einen Aussteller erkennen lässt.¹

* Der Autor ist Wiss. Mitarbeiter an der Professur für Deutsches, Europäisches und Internationales Straf- und Strafprozessrecht, Wirtschaftsstrafrecht und Umweltstrafrecht (Prof. Dr. Thomas Rotsch) am Fachbereich Rechtswissenschaft der Justus-Liebig-Universität Gießen. Er dankt dem Inhaber der Professur sowie Frau Wiss. Mitarbeiterin Jeannine Boatright, Frau Wiss. Mitarbeiterin Clara Bosch, Herrn Wiss. Mitarbeiter Thomas Kolb, Frau Wiss. Mitarbeiterin Désirée Mehl sowie Herrn Akad. Rat a.Z. Dr. Markus Wagner herzlich für die wertvollen Hinweise und Anregungen.

¹ RGSt 17, 106 f.; 61, 161; BGHSt 3, 82 (84 f.); Freund, Urkundenstraftaten, 2. Aufl. 2010, Rn. 15; Heine/Schuster, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 267 Rn. 2; Maurach/Schroeder/Maiwald, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 10. Aufl. 2012, § 65 Rn. 15; Wittig, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 4. Aufl. 2018, § 267 Rn. 7. Der Begriff „Gedankenerklärung“ stellt einen Pleonasmus dar, weshalb hier nur von „Erklärung“ die Rede sein wird, vgl. dazu Puppe/Schumann, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 3, 5. Aufl. 2017, § 267 Rn. 18.

aa) Verkörperte Erklärung

Aus dem Gesamtkontext ergibt sich, dass die Zeichnung auf der Hand des A die Erklärung enthält, dass das Eintrittsgeld von ihm beglichen wurde und er sich deshalb auf dem Festivalgelände bewegen darf.

Fraglich ist, ob die zu diesem Erklärungsinhalt führenden Auslegungsmethoden im Rahmen des § 267 StGB überhaupt zum Einsatz kommen dürfen. Das betrifft die Frage, welche Anforderungen an die Verkörperung der Erklärung – und damit an die Perpetuierungsfunktion einer Urkunde – zu stellen sind.

(1) Schriftlichkeit

Zunächst könnte bestritten werden, dass ein Mikrofon-Symbol, d.h. ein Zeichen, das ohne Verwendung von Zahlen oder Buchstaben auskommt, genügt. So hält ein älterer Teil der Literatur die Schriftform für ein konstitutives Merkmal des Urkundenbegriffs.² Das Mikrofon-Symbol erfüllt diese Voraussetzung nicht.

(a) Als Grund dafür wird Art. 103 Abs. 2 GG ins Feld geführt: Der Begriff der Urkunde sei zu unbestimmt, wenn auch Zeichen solcher Art von ihm umfasst würden.³ Obgleich im Einzelfall genügend Hilfsmittel zur Entschlüsselung der Zeichen vorhanden sind, ist deren dauernde Verfügbarkeit grundsätzlich ungewiss, sodass die Perpetuierungsfunktion nicht erfüllt sei.⁴

Die oben genannte Erklärung ergibt sich nicht aus der von A angefertigten Zeichnung selbst, sondern erst im Zusammenhang mit der Veranstaltung und der von V zugesprochenen Funktion eines solchen Symbols, womit die erhobenen Einwände zutreffen.

(b) Die h.A. lehnt das Schriftlichkeitserfordernis allerdings ab,⁵ sodass das Mikrofon-Symbol zumindest nicht deshalb grundsätzlich aus dem Urkundenbegriff fällt. Diese Auffassung kann sich auf zeichentheoretische Erkenntnisse stützen:⁶ Buchstaben, Zahlen und Symbole sind gleichermaßen „Sig-

nale“; der Unterschied zwischen den einzelnen Signaltypen besteht lediglich im „Code“, den der Empfänger zur Entschlüsselung der in ihnen verborgenen Nachricht benötigt,⁷ sowie darin, dass einige Signale (laut) gelesen werden können.⁸

Hinweis: Nach heute ganz h.M. entspricht der prozessuale Urkundenbegriff der §§ 249 ff. StPO gerade nicht dem materiell-strafrechtlichen Urkundenbegriff des § 267 StGB.⁹ Deshalb muss das Mikrofon-Symbol auch nicht verlesen werden können.

Entscheidend ist damit nicht, ob die Erklärung „schriftlich“ abgegeben wurde, sondern welche Voraussetzungen der Code erfüllen muss, damit die Perpetuierungsfunktion gewahrt ist.¹⁰ Das Ergebnis der Auslegung, dass das Eintrittsgeld bezahlt wurde und A deshalb das Recht hat, sich auf dem Festivalgelände zu bewegen, beruht gerade nicht auf „Geheimcodes“, sondern ist für die Beteiligten offen ersichtlich. Im Übrigen sind Handstempel dieser Art, genauso wie Bändchen etc., ein übliches Zeichen für Erklärungen dieser Art.

Schließlich ist der Gegenauffassung auch deshalb nicht zu folgen, weil sie überzogene Anforderungen an die Perpetuierungsfunktion stellt. So kann nicht von jeder Urkunde verlangt werden, dass sie zeitlich und räumlich unbegrenzt verständlich ist, wenn sie schon diesen Zweck nicht verfolgt. Ebenso wenig kann der Vertrauensschutz von einer solchen praxisfernen Anforderung abhängig gemacht werden.¹¹

Ein etwaiges Schriftlichkeitserfordernis ist somit nicht einzuhalten, sodass nicht schon aus diesem Grund keine Urkunde vorliegt.

² Siehe etwa *Otto*, Grundkurs Strafrecht, Besonderer Teil, 7. Aufl. 2005, § 70 Rn. 9; *ders.*, JuS 1987, 762, sowie die Nachweise in Fn. 3 und 4.

³ *Samson*, JuS 1970, 369 (372); *ders.*, JA 1979, 526 (530); *ders.*, in: Rudolphi/Horn/Samson (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 2, 5. Aufl., Stand: Februar 1987, § 267 Rn. 23.

⁴ *Welzel*, Das Deutsche Strafrecht, 11. Aufl. 1969, S. 403. Für das Schriftformerfordernis auch *Kienapfel*, Urkunden und andere Gewährungsträger, 1979, S. 11; *ders.*, Urkunden im Strafrecht, 1967, S. 349 ff.; *Otto* (Fn. 2), § 70 Rn. 9; *Schmidhäuser*, Strafrecht, Besonderer Teil, 2. Aufl. 1983, Kap. 14 Rn. 10.

⁵ BGHSt 3, 82 (84); *Heinrich*, in: Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf, Strafrecht, Besonderer Teil, 3. Aufl. 2015, § 31 Rn. 9; *Kindhäuser*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 1, 8. Aufl. 2017, § 55 Rn. 17; wohl auch *Wessels/Hettinger/Engländer*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 1, 42. Aufl. 2018, Rn. 875, 888 ff.

⁶ Zum Folgenden *Puppe*, Jura 1980, 18.

⁷ Diese Erkenntnis wird unter dem Stichwort der „Relativität der Schriftlichkeit“ diskutiert, vgl. *Maurach/Schroeder/Maiwald* (Fn. 1), § 65 Rn. 14; *Kienapfel* (Fn. 4 – Urkunden und andere Gewährungsträger), S. 15: „funktionale“ Interpretation des Schriftlichkeitserfordernisses. Schon früh hat das RG zutreffend erkannt, dass der „Schlüssel“ zum Verständnis der Urkunde von Relevanz ist, vgl. RGSt 17, 352 (354 f.).

⁸ *Puppe/Schumann* (Fn. 1), § 267 Rn. 54.

⁹ Vgl. dazu näher *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, 29. Aufl. 2017, § 28 Rn. 4; *Ostendorf*, Strafprozessrecht, 3. Aufl. 2018, Rn. 327; *Erb*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 5, 3. Aufl. 2019, § 267 Rn. 33.

¹⁰ In der Sache haben *Maurach/Schroeder/Maiwald*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 7. Aufl. 1991, § 65 Rn. 21 ff., auch das schon vertreten, da an die Schriftlichkeit nur „geringe Ansprüche gestellt“ worden sind (Rn. 21). Ab der 8. Aufl., 1999, wurde das Schriftlichkeitserfordernis dann gänzlich verworfen; vgl. ferner heute *Maurach/Schroeder/Maiwald* (Fn. 1), § 65 Rn. 14, was der nun h.M. entspricht.

¹¹ Vgl. auch *Puppe/Schumann* (Fn. 8), § 267 Rn. 54, zu diesem praktischen Argument; zum Gedanken der Berücksichtigung der Funktion der Urkunde vgl. *Freund* (Fn. 1), Rn. 74.

(2) *Zusammengesetzte Urkunde*

Dass die oben genannte Erklärung nicht allein aus dem Mikrofon-Symbol selbst hervorgeht, hängt auch damit zusammen, dass die Zutrittsberechtigung des A sich erst daraus ergibt, dass die Zeichnung sich auf seiner Hand befindet. Nur die „räumliche“ Zuordnung des aufgezeichneten Stempelabdrucks zu A gibt Aufschluss über das ihm – konkret – zugewiesene Zutrittsrecht.

(a) Die sich erst auf diesem Wege ergebende Erklärung erfüllt nach h.M. dann die Perpetuierungsfunktion einer Urkunde, wenn die verschiedenen Erklärungsbestandteile „hinreichend fest“ miteinander verbunden sind (sog. „zusammengesetzte Urkunde“).¹² Zudem muss die Art und Weise der Verkörperung eine „gewisse Dauerhaftigkeit“ der Wahrnehmbarkeit der Erklärung gewährleisten.¹³

Die Tinte des Filzstiftes ist unmittelbar mit der Haut des A verbunden. Bezüglich der Dauerhaftigkeit ließe sich zwar behaupten, dass eine Zeichnung auf der Haut abgewaschen werden könnte, obgleich ein wasserfester Filzstift verwendet wurde. Richtigerweise ist aber der Kontext maßgeblich, sodass es darauf ankommt, welche Funktion die Erklärung für den Rechtsverkehr hat und welche Dauerhaftigkeit es braucht, damit sie einen entsprechenden Einfluss auf den Rechtsverkehr nehmen kann.¹⁴ Die Zeichnungen auf der Haut mit einem wasserfesten Filzstift genügen, um zumindest während des Festivalzeitraums den Eindruck entstehen zu lassen, dass A sich auf dem Gelände bewegen darf. Innerhalb dieser Zeit wird die Zeichnung des Stempelaufdrucks nicht ohne größeren Aufwand zu beseitigen sein.

(b) Nicht ohne weiteres einsichtig ist es aber, den menschlichen Körper als Unterlage bzw. Träger für zulässig zu erachten.

In der älteren Literatur finden sich argumentativ nur wenig gehaltvolle Stellungnahmen dazu.¹⁵ Soweit diese Frage in

der jüngeren Literatur überhaupt zur Sprache kommt, geht sie davon aus, dass der Stoff der verwendeten Unterlage gleichgültig ist.¹⁶ Entscheidend ist hiernach lediglich, dass die Unterlage gegenständig vorhanden und optisch wahrnehmbar sein muss.¹⁷ Insofern wäre auch die menschliche Haut – die „lebende[] Unterlage“¹⁸ – als eine ausreichende Verkörperung zu erachten.^{19,20} Der Stempelabdruck auf dem „körperlichen“ Gegenstand „Körper“ ist denn auch optisch ohne weiteres wahrnehmbar.

Damit liegt eine hinreichend verkörperte Gedankenerklärung vor.

Hinweis: An diesem – pragmatischen – Vorgehen der h.M. kann man mit guten Gründen zweifeln. Zwar überzeugt die Sichtweise, dass Urkunden „Schriftstücke“ sein müssen, nicht (s.o. a) aa) (1).²¹ Nichtsdestotrotz gilt, dass nicht schon der aufgezeichnete Handstempel, sondern nur dieser in Verbindung mit der Hand des A die zusammengesetzte Urkunde bilden kann, da nur beide Elemente gemeinsam einen einheitlichen Erklärungsinhalt in sich vereinigen.²² Das würde bedeuten, einen menschlichen Körper als Teil einer „Urkunde“ im Sinne des § 267 StGB zu bezeichnen. In der Literatur wird zudem etwa explizit davon gesprochen, dass das Beweiszeichen mit einem „körperlichen Gegenstand“ verbunden werden muss,²³ was der

losen Gegenstand“ und *Binding*, Lehrbuch des Gemeinen Deutschen Strafrechts, Besonderer Teil, Bd. 2, 2. Aufl. 1904 (Neudruck 1969), S. 188 Fn. 2, erwiderte, dass „es [...] nicht üblich, aber auch nicht unmöglich [ist], auf lebende Wesen Urkunden zu schreiben“. Ob mit der Bezeichnung „lebloser Gegenstand“ tatsächliche eine Restriktion bezüglich der stofflichen Unterlage bezweckt war, ist zu bezweifeln, vgl. vielmehr zum historischen Kontext *Kienapfel* (Fn. 4), S. 117 ff.

¹⁶ *Maurach/Schroeder/Maiwald* (Fn. 1), § 65 Rn. 20; *Erb* (Fn. 9), 267 Rn. 39; *Welzel* (Fn. 4), S. 403.

¹⁷ *Zieschang* (Fn. 13), § 267 Rn. 10.

¹⁸ *Binding* (Fn. 15), S. 185 Fn. 1, der dies noch als „Kuriosität“ erachtete.

¹⁹ So ausdrücklich *Kienapfel* (Fn. 4), S. 6: „Rücken eines Menschen“. Siehe auch *Rengier* (Fn. 12), § 32 Rn. 3: „Stempel auf der Haut“.

²⁰ So wohl auch *Puppe/Schumann* (Fn. 8), § 267 Rn. 52, die die Lösung des klassischen „Bierdeckel-Falls“ deshalb für falsch halten, weil es an einer „Verbindung zwischen Bierdeckel und Gast“ fehlte.

²¹ Vgl. auch *Zieschang* (Fn. 13), § 267 Rn. 10.

²² *Wessels/Hettinger/Engländer* (Fn. 5), Rn. 901; in aller Deutlichkeit *Maurach/Schroeder/Maiwald* (Fn. 1), § 65 Rn. 24: „Erst durch die Beziehung auf das Augenscheinsobjekt, nämlich ihren Träger, wird die Erklärung überhaupt erst verständlich und damit zu einer ‚Urkunde‘. [...] Das Wesen dieser Urkunden besteht nicht in der additiven Zusammensetzung, sondern in der Beziehung einer Erklärung auf ihren Träger.“; ferner *Schmidhäuser* (Fn. 4), Kap. 14 Rn. 16.

²³ *Wessels/Hettinger/Engländer* (Fn. 5), Rn. 888.

¹² BGHSt 5, 75 (79); 34, 375 (376 f.); *Freund* (Fn. 1), Rn. 71, 81; *Koch*, in: Dölling/Dutge/König/Rössner (Hrsg.), Handkommentar, Gesamtes Strafrecht, 4. Aufl. 2017, StGB § 267 Rn. 10; *Heinrich* (Fn. 5), § 31 Rn. 9; *Rengier*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 20. Aufl. 2019, § 32 Rn. 13. Selbst Vertreter des Schriftlichkeitserfordernisses sehen zusammengesetzte Urkunden als von § 267 StGB erfasst, weil es sich hierbei um eine unschädliche Verkürzung der Inhaltswiedergabe handelt, vgl. *Samson*, JA 1979, 526 (531), und noch *Maurach/Schroeder/Maiwald* (Fn. 10), § 65 Rn. 24 f. mit Nachweisen zur mittlerweile als überholt geltenden Gegenansicht.

¹³ *Zieschang*, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 9/2, 12. Aufl. 2009, § 267 Rn. 11.

¹⁴ *Freund* (Fn. 1), Rn. 74; *Maurach/Schroeder/Maiwald* (Fn. 1), § 65 Rn. 20, mit dem Beispiel des erfrierenden Bergsteigers, der Zeichnungen im Schnee des Hochgebirges macht; *Zieschang* (Fn. 13), § 267 Rn. 11, wonach es auf den „Einzelfall“ ankommen soll.

¹⁵ *Adolf Merkel*, in: v. Holtzendorff (Hrsg.), Handbuch des deutschen Strafrechts, Bd. 3, Die Lehre von den verbrechensarten, 1874, S. 789, bezeichnete die Urkunde als einen „leb-

Definition der „Sache“ gem. § 90 BGB entspricht.²⁴ Vor dem Hintergrund von Art. 103 Abs. 2 GG, § 1 StGB lässt sich die Frage stellen, ob dieses weite Urkundenverständnis der h.M. noch mit dem Wortlaut vereinbar ist. Selbstverständlich lässt sich kaum bestreiten, dass ein Handstempel oder eine sonstige räumlich enge Verbindung eines Erklärungsteils zu einem Menschen nicht weniger Vertrauen in die „Echtheit“ erwecken kann, als eine „gewöhnliche“ Urkunde. Sobald aber eine konkrete Zuordnung zu einer Person nicht möglich ist, ohne auf die Verbindung zwischen Mensch und einem körperlich-gegenständlichen Erklärungsteil zurückzugreifen, wie dies in solchen Fällen bei Beweiszeichen generell – und deshalb auch hier – der Fall ist, führt kein Weg daran vorbei, auch den Menschen selbst als Bestandteil der Urkunde anzusehen.

bb) Beweiseignung und -bestimmung

Der aufgezeichnete Abdruck des Stempels auf der Hand des A gibt Auskunft darüber, dass er dazu berechtigt ist, sich auf dem Festivalgelände zu bewegen und bereits den Eintrittspreis entrichtet hat. Die Erklärung ist mithin geeignet, Auskunft über die rechtlich erhebliche Zutrittserlaubnis zu geben sowie darüber, ob ein entsprechender Vertrag darüber zustande gekommen ist und die sich gegen A daraus ergebenden Ansprüche gem. § 362 Abs. 1 BGB erfüllt wurden. Diese Eignung ist von A auch intendiert, sodass eine dementsprechende Beweisbestimmung vorhanden ist.

cc) Erkennbarkeit eines Ausstellers

Das von A aufgezeichnete Mikrofon-Symbol lässt einen Aussteller zumindest nicht unmittelbar erkennen, da keine namentliche Benennung stattfindet. Das ist nach h.M. aber auch nicht erforderlich; ausreichend ist es auch, wenn ein Aussteller sich erst aus den begleitenden Umständen ergibt.²⁵ Die Grenze ist dort zu ziehen, wo ein Aussteller sich nur anhand von Umständen ergibt, die völlig außerhalb der Urkunde liegen.²⁶

Das Mikrofon-Symbol ist zugleich das Logo des V; zumindest für sämtliche an der Veranstaltung Beteiligten²⁷ ergibt sich daher ohne weiteres, dass dieser als Aussteller gemeint ist. Höhere Anforderungen können nicht gestellt werden; bei Lichte besehen entsprechen die Auslegungsmetho-

den hier denen, die man bei der Untersuchung des Erklärungsinhalts zum Einsatz bringt. Zu verlangen, dass der Name des V erkennbar sein muss, bedeutete deshalb einen Rückfall zum hier verworfenen Schriftlichkeitserfordernis.

Somit ist V als Aussteller zu erkennen.

b) Tathandlung

aa) Herstellen einer unechten Urkunde

Das Herstellen einer unechten Urkunde ist das „Hervorbringen“ derselben,²⁸ bzw. das Verursachen ihrer Existenz.²⁹ Unecht ist die Urkunde, wenn „sie nicht von dem stammt, der in ihr als Aussteller erkennbar ist“.³⁰

Indem A das Mikrofon-Symbol auf seine Hand zeichnete, hat er kausal eine Urkunde geschaffen, die als Aussteller V erkennen lässt. Da aber A der geistige (und tatsächliche) Urheber der Urkunde und nicht V ist, liegt eine Identitätstäuschung vor. Somit hat A eine unechte Urkunde hergestellt.

bb) Gebrauchen einer unechten Urkunde

Gebraucht wird die unechte Urkunde, wenn sie demjenigen, der durch sie getäuscht werden soll, so zugänglich gemacht wird, dass er sie wahrnehmen kann.³¹

Indem A das Festivalgelände mit dem aufgezeichneten Symbol auf seiner Hand betrat, hat er den dem Veranstalter zugehörigen Mitarbeitern die Möglichkeit der Kenntnisnahme gegeben. Damit hat er eine unechte Urkunde gebraucht.

2. Subjektiver Tatbestand

a) Vorsatz

A handelte vorsätzlich bezüglich beider Tatvarianten.

b) Zur Täuschung im Rechtsverkehr

Zudem müsste A „zur Täuschung im Rechtsverkehr“ gehandelt haben. Die h.M. lässt hierfür *dolus directus* 2. Grades, d.h. sicheres Wissen, bezüglich des Umstandes genügen, dass ein anderer zu einem rechtserheblichen Verhalten veranlasst wird.³²

Mit dem Aufzeichnen des Symbols will A erreichen, dass die Mitarbeiter des V ihn nicht entdecken und nicht von dem ihnen zugewiesenen Hausrecht Gebrauch machen. Zudem möchte er die Geltendmachung etwaiger Konditionsansprüche aus den §§ 812 ff. BGB verhindern. Hierbei handelt es sich somit um rechtserhebliches Verhalten. Insoweit weist A sogar die Vorsatzform des *dolus directus* 1. Grades auf.³³

²⁴ Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar, 66. Aufl. 2019, § 267 Rn. 5, spricht denn auch ausdrücklich von einer „Sache“; Otto (Fn. 2), § 70 Rn. 6; Weidemann, in: v. Heintschel-Heinegg (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar, Strafgesetzbuch, 44. Ed., Stand: 1.11.2019, § 267 Rn. 7: „körperliche Sache“.

²⁵ RGSt 76, 205 (206); Zieschang (Fn. 13), § 267 Rn. 46 ff., 49 f. m.w.N. zur wechselhaften Rspr.; Puppe/Schumann (Fn. 8), § 267 Rn. 77.

²⁶ Fischer (Fn. 24), § 267 Rn. 11; Heine/Schuster (Fn. 1), § 267 Rn. 17; Maurach/Schroeder/Maiwald (Fn. 1), § 65 Rn. 32; Weidemann (Fn. 23), § 267 Rn. 13.

²⁷ Darauf stellt z.B. Rengier (Fn. 12), § 32 Rn. 8, ab.

²⁸ Heger, in: Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch, Kommentar, 29. Aufl. 2018, § 267 Rn. 17.

²⁹ Bock, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 1, 2018, S. 458.

³⁰ Zieschang (Fn. 13), § 267 Rn. 160.

³¹ Siehe nur BGHSt 36, 64 (65); Heine/Schuster (Fn. 1), § 267 Rn. 73 m.w.N.

³² Fischer (Fn. 23), § 267 Rn. 42; Wessels/Hettinger/Engländer (Fn. 5), Rn. 920 ff.; Zieschang (Fn. 13), § 267 Rn. 270.

³³ Wenn es heißt, dass *dolus directus* 2. Grades „ausreichend“ sein soll (z.B. Koch [Fn. 12], § 267 Rn. 24), kann das nur bedeuten, dass *dolus directus* 1. Grades erst recht genügt. Ob

Dies trifft für das Herstellen wie auch für das Gebrauchen der unechten Urkunde zu.

Der subjektive Tatbestand ist erfüllt.

3. Rechtswidrigkeit und Schuldhaftigkeit

A handelte rechtswidrig und schuldhaft.

4. Ergebnis

Da A beim Herstellen der unechten Urkunde bereits die konkrete Art und Weise ihres Gebrauchs ins Auge gefasst hat, tritt das Herstellen der Urkunde gem. § 267 Abs. 1 Var. 1 StGB entweder als mitbestrafte Vortat hinter die Variante des Gebrauchs der unechten Urkunde gem. § 267 Abs. 1 Var. 3 StGB zurück oder steht nach anderer Ansicht mit ihr in deliktischer Einheit³⁴ – im Ergebnis liegt nach beiden Auffassungen nur *eine* Urkundenfälschung vor.

A hat sich einer Urkundenfälschung gem. § 267 Abs. 1 StGB schuldig gemacht.

II. Hausfriedensbruch gem. § 123 Abs. 1 StGB

A könnte sich eines Hausfriedensbruchs gem. § 123 Abs. 1 StGB schuldig gemacht haben, indem er den Zaun überstiegen hat.

1. Objektiver Tatbestand

a) Geschützte Örtlichkeit

Das durch A betretene Festivalgelände des V war durch einen Zaun gesichert, womit es durch äußerlich erkennbare zusammenhängende Schutzwehren gegen das Betreten Unberechtigter gesichert war.³⁵ Es handelt sich hierbei mithin um befriedetes Besitztum im Sinne des § 123 Abs. 1 StGB.

b) Eindringen

In diese Örtlichkeit müsste A eingedrungen sein. Dies ist dann der Fall, wenn er das Festivalgelände gegen den Willen des V betreten hat.³⁶ Zwar fehlt es insoweit an einer ausdrücklichen Willensäußerung, allerdings wird der entgegenstehende mutmaßliche Wille des V durch die Schutzwehren repräsentiert.³⁷ Im Überwinden dieser Schutzwehren liegt damit ein Eindringen.

der Täter das rechtserhebliche Verhalten sicher voraussah, spielt dann keine Rolle (so offenbar auch *Erb* [Fn. 9], § 267 Rn. 209, in seiner Deutung der h.A.). Im Übrigen ist dies auch ohne weiteres mit dem Wortlaut des § 267 StGB vereinbar.

³⁴ Siehe dazu *Rengier* (Fn. 12), § 33 Rn. 37 m.w.N. zu den hierzu vertretenen Auffassungen.

³⁵ Zum Begriff des befriedeten Besitztums, s. nur *Heger* (Fn. 28), § 123 Rn. 3.

³⁶ Zum Begriff des Eindringens, s. nur *Heger* (Fn. 28), § 123 Rn. 5.

³⁷ *Rackow*, in: v. Heintschel-Heinegg (Fn. 24), § 123 Rn. 13.2.

2. Subjektiver Tatbestand

A handelte vorsätzlich.

3. Rechtswidrigkeit und Schuldhaftigkeit

A handelte rechtswidrig und schuldhaft.

4. Ergebnis

A hat sich eines Hausfriedensbruchs gem. § 123 Abs. 1 StGB schuldig gemacht.

Der gem. § 123 Abs. 2 StGB erforderliche Strafantrag ist gestellt.

III. Erschleichen von Leistungen gem. § 265a Abs. 1 Var. 4 StGB

Durch dieselbe Handlung könnte A sich des Erschleichens von Leistungen gem. § 265a Abs. 1 Var. 4 StGB schuldig gemacht haben.

1. Objektiver Tatbestand

a) Veranstaltung

Veranstaltungen sind zeitlich begrenzte, in ihrem Ablauf in der Regel geplante Ereignisse, an denen ein uneingeschränkter oder begrenzter Personenkreis teilnehmen kann.³⁸ Das Musikfestival ist ein solches Ereignis, an dem jedermann teilnehmen konnte.

b) Entgeltlichkeit

Obwohl der Wortlaut diese Voraussetzung nicht enthält, geht die h.A. davon aus, dass die Leistung – hier: Veranstaltung – entgeltlich sein muss.³⁹ Teilnehmen durften am Musikfestival nur diejenigen, die den Eintrittspreis entrichtet haben. Somit handelt es sich um eine entgeltliche Veranstaltung.

c) Zutritt zu der Veranstaltung

Da A körperlich anwesend war, hat er sich Zutritt zu der Veranstaltung verschafft im Sinne des § 265a Abs. 1 Var. 3 StGB.⁴⁰

d) Erschleichen

Die Zutrittserschleichung setzt ein täuschungsähnliches Verhalten oder die Umgehung bzw. Überwindung von Kontrollmaßnahmen voraus.⁴¹ Indem A über den Zaun geklettert ist und so auf das Festivalgelände gelangen konnte, hat er den Eingangsbereich umgangen, bei dem eine Eintrittskontrolle stattgefunden hätte. Somit hat er sich den Zutritt erschlichen.

³⁸ *Valerius*, in: v. Heintschel-Heinegg (Fn. 24), § 265a Rn. 8.

³⁹ *Hellmann*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Fn. 1), § 265a Rn. 3; *Perron*, in: Schönke/Schröder (Fn. 1), § 265a Rn. 2; *Valerius* (Fn. 38), § 265a Rn. 10.

⁴⁰ Zum diesem Merkmal *Perron* (Fn. 39), § 265a Rn. 7.

⁴¹ *Hellmann* (Fn. 39), § 265a Rn. 42.

2. Subjektiver Tatbestand

a) Vorsatz

A handelte vorsätzlich.

b) Absicht, das Entgelt nicht zu entrichten

A wollte den Eintrittspreis nicht entrichten. Damit hatte er dolus directus 1. Grades hinsichtlich der Vermeidung der Inanspruchnahme durch die Mitarbeiter des Veranstalters.

3. Rechtswidrigkeit und Schuldhaftigkeit

A handelte rechtswidrig und schuldhaft.

4. Ergebnis

A hat sich des Erschleichens von Leistungen gem. § 265a Abs. 1 Var. 4 StGB schuldig gemacht.

Das Entgelt i.H.v. 15 € ist nach jeder insoweit vertretenen Auffassung⁴² „geringwertig“ im Sinne der §§ 265a Abs. 3, 248a StGB ist; der somit erforderliche Strafantrag wurde von V – dem Verletzten gem. § 77 Abs. 1 StGB – gestellt.

2. Tatkomplex: Der Spendeneimer

I. Diebstahl gem. § 242 Abs. 1 StGB

A könnte sich eines Diebstahls gem. § 242 Abs. 1 StGB schuldig gemacht haben, indem er die Becher aus dem Spendeneimer entnommen hat.

1. Objektiver Tatbestand

a) Fremde bewegliche Sache

aa) Die Becher sind bewegliche Sachen (§ 90 BGB).

bb) Fremd sind sie, wenn sie nicht im Alleineigentum des A stehen und auch nicht herrenlos sind.⁴³

(1) Ein rechtsgeschäftlicher Eigentumserwerb des A scheidet offenkundig aus. In Betracht kommt allenfalls, dass die Becher herrenlos geworden sind, als die Besucher sie in den Spendeneimer geworfen haben,⁴⁴ sofern man unterstellt, dass sie beim Erwerb des Getränks überhaupt auch Eigentum daran erwerben. Dagegen spricht jedoch schon, dass den Besuchern bei natürlicher Auslegung ihres Verhaltens nach § 133 BGB eher daran gelegen war, dass V die rechtliche Herrschaft an den Bechern erlangt, um sie abzählen zu können und so eine Spende zu veranlassen. Das legt eine Überlegung nach § 929 S. 1 BGB an V näher. Das Aufstellen der Eimer wäre dann die konkludente, antizipierte Annahmeerklärung.⁴⁵

(2) Aber selbst wenn man eine Eigentumsaufgabe der Besucher gem. § 959 BGB annimmt, hat V durch das Werkzeug

⁴² Im Überblick und m.w.N. Wittig, in: v. Heintschel-Heinegg (Fn. 24), § 248a Rn. 4 (str., zwischen 25 € und 50 €).

⁴³ Siehe nur Bosch, in: Schönke/Schröder (Fn. 1), § 242 Rn. 12.

⁴⁴ Zu den Voraussetzungen der Dereliktion, vgl. Berger, in: Jauernig, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 17. Aufl. 2018, § 959 Rn. 1–3.

⁴⁵ Vgl. zur Zulässigkeit einer antizipierten Annahmeerklärung bspw. BGH NJW 2002, 363 (364).

„Spendeneimer“ bereits vor A Eigenbesitz an den Bechern und damit Eigentum an diesen erworben gem. § 958 Abs. 1 BGB.⁴⁶

(3) Ist man der Meinung, dass das Eigentum am Becher stets bei V verbleibt, wären auch in diesem Fall die Becher nicht herrenlos.

cc) Eine endgültige zivilrechtliche Bewertung des Geschehens kann daher dahinstehen. Jede mögliche Deutung führt zu dem Ergebnis, dass die Becher zum Tatzeitpunkt nicht im (Allein-)Eigentum des A standen und auch nicht herrenlos gewesen sind. Die Becher sind damit für A fremde bewegliche Sachen.⁴⁷

b) Wegnahme

Nach ganz h.M. ist Wegnahme der Bruch fremden und die Begründung neuen Gewahrsams.⁴⁸ Diese weithin anerkannte Definition ist freilich insoweit ungenau, als sie impliziert, dass nur die Aufhebung des fremden Gewahrsams durch Bruch erfolgen müsse. Tatsächlich erstreckt auch die h.M. – ohne dies freilich jemals zu problematisieren – das Merkmal des Bruchs auch auf die Neubegründung des Gewahrsams. Dann aber geht es in Wahrheit um eine Gewahrsamsverschiebung durch Bruch.⁴⁹

aa) Fremder Gewahrsam

Gewahrsam ist die tatsächliche, von einem natürlichen Willen getragene Herrschaft über eine Sache. Ob und inwieweit die Verkehrsanschauung hier eine zusätzliche Rolle spielt, ist umstritten.⁵⁰

Auf dem Boden eines faktischen Gewahrsamsbegriffes kommt es auf die reale Zugriffsmöglichkeit des V an. Diese ist hier durch den (zunächst) verschlossenen Spendeneimer gewährleistet. Ein normatives Gewahrsamsverständnis gelangt hier aufgrund der engen Herrschaftssphäre des Spendeneimers, in dem sich die Becher befinden, zu einem ursprünglichen Gewahrsam des V.

Damit hatte V ursprünglich Gewahrsam an den Bechern; es liegt also fremder Gewahrsam vor.

bb) Gewahrsamsneubegründung

Eine Gewahrsamsneubegründung setzt den – vollständigen⁵¹ – Verlust des Gewahrsams bei V und den Gewahrsamserwerb eines anderen voraus.⁵²

⁴⁶ Vgl. dazu Berger (Fn. 44), § 958 Rn. 4.

⁴⁷ Die komplizierten rechtlichen Fragen im Zusammenhang mit der Wegnahme von Pfandleergut stellen sich hier entgegen dem ersten Anschein also nicht. Vgl. dazu jüngst BGH NJW 2018, 3598 m. Anm. Hoven.

⁴⁸ Siehe nur Bosch (Fn. 43), § 242 Rn. 22.

⁴⁹ Zum Ganzen Rotsch, GA 2008, 65.

⁵⁰ Kindhäuser, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Fn. 1), § 242 Rn. 28.

⁵¹ Vgl. Mitsch, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 3. Aufl. 2015, S. 23.

⁵² Schmitz, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 4, 3. Aufl. 2017, § 242 Rn. 83.

(1) *Gewahrsamsverlust des V*

(a) Gegen einen vollständigen Verlust des Gewahrsams und für eine bloße Gewahrsamslockerung spricht, dass V, solange A sich auf dem Festivalgelände bewegt hat, potenziell Zugriff auf die Becher hatte. Auch auf dem Boden eines normativen Gewahrsamsbegriffes könnte man das Festivalgelände als die Gewahrsamssphäre des V betrachten. Schließlich hat A keine Gewahrsamsenklave⁵³ gebildet, da er die 65 aufeinander-gestapelten Becher offen in seinen Händen getragen und sie nicht in seinen persönlichen Nahbereich gebracht hat.

(b) Zu einem anderen Ergebnis gelangt man indes, wenn man zurückhaltender mit dem Sphärengedanken umgeht. So eröffnet sich eine alternative Betrachtungsweise:

Der normative Gewahrsamsbegriff spricht der Verkehrsanschauung nicht nur gewahrsamskonstitutive Funktionen zu. In gleicher Weise kann die Verkehrsanschauung zu einer Relativierung der rechtlichen Bedeutung einer faktischen Herrschaft führen.

V gibt die Becher – zurechenbar durch seine Mitarbeiter – freiwillig am Verkaufsstand heraus. Es erscheint daher für einen objektiven Beobachter in der Rolle eines Festivalbesuchers nicht weiter sozial auffällig, wenn ein anderer Festivalbesucher Becher über das Festivalgelände trägt. Selbst wenn es im Fall des A 65 davon sind, liegt es doch näher, dass A sie wirklich im Auftrag seiner Freunde am Verkaufsstand abgeben möchte und sie gerade nicht aus dem Spendeneimer entwendet hat. Das hat seinen Grund darin, dass der dem V zurechenbare Herausgabeakt als ein Verzicht auf die Sachherrschaft über die Becher zu deuten ist, da er sie auf diese Weise der Verfügungsgewalt der Besucher überlässt.

Freilich hat A die Becher nicht durch die Mitarbeiter am Verkaufsstand erhalten, doch erzeugt er absichtlich den Anschein, als sei dies der Fall. Dass er sich dabei noch auf dem Festivalgelände bewegt, zwingt also nicht zu der undifferenzierten Annahme, dass der Herrschaftswille des V sich auch auf jene Becher erstreckt, da auch auf dem Festivalgelände zwischen den Bereichen unterschieden wird, die nur dem Personal des V zugänglich sind, und solchen, die für den allgemeinen Besucherverkehr bestimmt sind.

Wenn A also die Becher aus der engeren Gewahrsams-sphäre „Spendeneimer“ in den Bereich des allgemeinen Besucherverkehrs schafft, hebt er den Gewahrsam des V auf und lockert ihn nicht nur. Vielmehr wäre es nunmehr sozial auffällig, wenn V von A verlangen würde, die Becher ohne Gegenleistung wieder an ihn herauszugeben.

(c) Ein rein faktischer Gewahrsamsbegriff versagt an komplexeren Gewahrsamsverhältnissen, was auch an der vorliegenden Konstellation deutlich wird. Verzichtet man aber zugunsten der potenziellen Zugriffsmöglichkeit auf eine reale Zugriffsmöglichkeit, gelangt man zu sozial-normativen Erwägungen,⁵⁴ wie sie auch hier angestellt wurden. Möchte man diese sozial-normativen Erwägungen indes aussparen, wird die Frage nach der potenziellen Zugriffsmöglichkeit nicht nur in Randbereichen unscharf. So ließe sich der Ge-

wahrsam des V auch an solchen Gegenständen begründen, die schon außerhalb, aber noch in der Nähe des Festivalgeländes liegen. Insofern ist die hier vertretene differenzierende Sphärenbetrachtung vorzugswürdig.

V hat den Gewahrsam an den Bechern somit verloren.

(2) *Gewahrsamsneubegründung durch den Täter*

Da A die Becher in der Hand hielt, hatte er die tatsächliche Sachherrschaft. Indem er sich in einem Bereich des Festivalgeländes bewegte, der für den allgemeinen Besucherverkehr vorgesehen war, hatte er zudem nach Maßgabe der Verkehrsanschauung die Herrschaft über die Becher; insoweit gelten die oben angestellten Erwägungen entsprechend. Somit hat er neuen Gewahrsam an den Bechern begründet.

(3) *Zwischenergebnis*

Eine Gewahrsamsverschiebung liegt vor.

cc) *Durch Bruch*

Da es an einer Zustimmung des V in die Gewahrsamsverschiebung fehlt, erfolgte diese „durch Bruch“.

Damit hat A die Becher weggenommen.

2. *Subjektiver Tatbestand*

a) *Vorsatz*

A handelte vorsätzlich.

b) *Absicht rechtswidriger Zueignung*

A müsste in der Absicht rechtswidriger Zueignung gehandelt haben. Dafür müsste er die Absicht (*dolus directus* 1. Grades) gehabt haben, sich die Sache zumindest vorübergehend in sein Vermögen einzuverleiben (*Aneignungsabsicht*) und zumindest *dolus eventualis* hinsichtlich der dauerhaften Verdrängung des Eigentümers aus seiner Herrschaftssphäre aufweisen (*Enteignungsvorsatz*).⁵⁵

aa) Bereits das Vorliegen der Aneignungsabsicht ist fraglich. Das Interesse des A hat nicht den Bechern als solchen gegolten, sondern den 65 €, die er am Verkaufsstand für sie erhält. Auf die Einverleibung der Sachsubstanz in sein Vermögen kam es ihm also gerade nicht an. Nach der vorherrschenden Vereinigungstheorie ist aber nicht nur die Sachsubstanz, sondern auch der Sachwert tauglicher Gegenstand der Zueignung. Zu fragen ist also, ob auch der Geldwert der Becher, der ihnen durch das von A anvisierte Rechtsgeschäft an der Verkaufsstelle zukommt, vom Sachwert erfasst ist. Das ist deshalb problematisch, weil der von A ins Auge gefasste Wert sich nicht aus der Sache selbst ergibt, da die Becher an sich wertlos sind. Der von ihm angestrebte Gewinn wird vielmehr erst durch das von ihm beabsichtigte spätere Rechtsgeschäft generiert.

bb) Um der Gefahr vorzubeugen, dass § 242 StGB in ein Delikt gegen das allgemeine Vermögen umgedeutet wird, muss die Zueignungsabsicht des Täters sich richtigerweise

⁵³ Eingehend zur Gewahrsamsenklave Schmitz (Fn. 52), § 242 Rn. 55 ff., insbesondere Rn. 56.

⁵⁴ Zutreffend Schmitz (Fn. 52), § 242 Rn. 70.

⁵⁵ Siehe dazu nur Kindhäuser/Böse, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 10. Aufl. 2019, § 2 Rn. 63 ff.

auf den funktionspezifischen Wert der Sache beziehen. Nur auf diese Weise kann der Charakter des § 242 StGB als Eigentumsdelikt aufrechterhalten bleiben. Gemeint ist damit der Wert, den die Sache als solche verkörpert (sog. *lucrum ex re*). Nicht dagegen genügt es, wenn der Täter die Sache einsetzen will, um mit ihr andere, außerhalb der Sache liegende Werte zu erlangen (sog. *lucrum ex negotio cum re*).⁵⁶

Da der von A beabsichtigte Gewinn ausschließlich im Tauschwert der Becher liegt, fehlt es an einem Gegenstand, dessen Aneignung A in für § 242 StGB relevanter Weise beabsichtigen kann.

Damit fehlt es an der Absicht rechtswidriger Zueignung.

Hinweis: Ebenso vertretbar erscheint es, zuerst (und dann auch nur) auf den fehlenden Enteignungsvorsatz einzugehen.⁵⁷ Allerdings stellt sich dann in gleicher Weise die Frage, ob der Tauschwert der Becher als Gegenstand des Enteignungsvorsatzes taugt.⁵⁸

3. Ergebnis

A hat sich keines Diebstahls gem. § 242 Abs. 1 StGB schuldig gemacht.

II. Pfandkehr gem. § 289 Abs. 1 StGB

Da keine Gebrauchs- oder Zurückbehaltungsrechte anderer Personen mehr bestehen, sobald der Becher in den Spendeneimer geworfen wird, scheidet eine Strafbarkeit wegen Pfandkehr gem. § 289 Abs. 1 StGB aus.

III. Sachbeschädigung gem. § 303 Abs. 1 StGB

Indem A die Plastikversiegelung am Spendeneimer aufgebrochen hat, hat er sich einer Sachbeschädigung gem. § 303 Abs. 1 StGB schuldig gemacht.

Strafantrag gem. § 303c StGB ist gestellt.

3. Tatkomplex: An der Bar

I. Betrug gem. § 263 Abs. 1 StGB gegenüber B und zum Nachteil von V

A könnte sich eines Betrugs gem. § 263 Abs. 1 StGB gegenüber B und zum Nachteil von V schuldig gemacht haben, indem er B erzählt hat, er gebe die Becher für seine Freunde vom Zeltplatz ab und ebendiese über den Tresen gereicht hat.

1. Objektiver Tatbestand

a) Täuschung über Tatsachen

Tatsachen sind gegenwärtige oder vergangene Verhältnisse, Zustände oder Geschehnisse, die prinzipiell dem Beweis zugänglich sind.⁵⁹ Eine Täuschung ist jedes Verhalten mit Erklärungswert, durch das im Wege einer Einwirkung auf das

intellektuelle Vorstellungsbild eines anderen eine Fehlvorstellung über Tatsachen erregt werden kann.⁶⁰

A wollte die Becher nicht für seine Freunde abgeben, vielmehr hat er sie aus dem Spendeneimer entwendet. B hat er jedoch das Gegenteil kommuniziert und deshalb über Tatsachen getäuscht.

b) Täuschungsbedingter Irrtum

Infolge der Täuschung glaubte B dem A und unterlag somit einer täuschungsbedingten positiven Fehlvorstellung über Tatsachen – einem Irrtum.

c) Irrtumsbedingte Vermögensverfügung

Eine Vermögensverfügung ist jedes Tun, Dulden oder Unterlassen, dass unmittelbar vermögensmindernd wirkt.⁶¹

aa) Offenkundig verfügt B nicht über ihr eigenes Vermögen. Die aus der Kasse entnommenen und an A übergebenen 65 € waren ursprünglich dem Vermögen des V zugeordnet, der lediglich durch B bezüglich der Übereignungserklärung § 164 Abs. 1 S. 1 BGB vertreten wurde. Mit Abschluss der Übereignung des Geldes gem. § 929 S. 1 BGB wurde das Vermögen des V damit gemindert.

Hinweis: Dass V Eigentümer des Bargelds ist, darf unterstellt werden, muss aber unbedingt Erwähnung finden. Anderenfalls wird weder nachvollziehbar, worin die Vermögensminderung bestehen soll, noch kann das bestehende Dreiecksverhältnis (siehe sogleich) überzeugend behandelt werden.

bb) Da mithin ggfs. ein Dreiecksbetrug vorliegt, stellt sich die Frage der Zurechnung der Vermögensverfügung zu V.⁶²

Da B durch den Arbeitsvertrag oder sonstige arbeitsrechtliche Weisungen objektiv zur Herausgabe des Geldes ermächtigt war, sofern jemand die Becher vorlegt, ist nach der objektiven Ermächtigungstheorie⁶³ die Zurechenbarkeit anzunehmen.

Da die objektive Ermächtigung bezüglich der Verfügung über einen Gegenstand das stärkste normative Näheverhältnis ist, das man sich zu einem Vermögensgegenstand vorstellen kann, kann auch nach der Lagertheorie⁶⁴ die Vermögensverfügung V zugerechnet werden.

Hinweis: Hierbei handelt es sich um einen zulässigen und gebotenen Erst-Recht-Schluss.⁶⁵ Vor diesem Hintergrund

⁶⁰ Siehe nur *Perron* (Fn. 39), § 263 Rn. 6.

⁶¹ Siehe nur BGHSt 14, 170; *Perron* (Fn. 39), § 263 Rn. 55.

⁶² Im Überblick *Wittig*, Wirtschaftsstrafrecht, 4. Aufl. 2017, § 14 Rn. 90 ff.

⁶³ Dafür bspw. Vgl. *Mitsch* (Fn. 75), S. 302.

⁶⁴ Vertreten insbesondere von der Rspr., vgl. etwa BGHSt 18, 221. Aus der Literatur bspw. *Satzger*, in: *Satzger/Schluckebier/Widmaier* (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 4. Aufl. 2018, Rn. 196.

⁶⁵ Siehe dazu *Rotsch*, Strafrechtliche Klausurenlehre, 2. Aufl. 2016, Rn. 2184.

⁵⁶ BGHSt 19, 387 (388); *Bockelmann*, ZStW 65 (1953), 569 (575); *Bosch* (Fn. 43), § 242 Rn. 49; *Jäger*, Examensrepetitorium Strafrecht, Besonderer Teil, 8. Aufl. 2019, Rn. 218.

⁵⁷ So etwa *Jansen*, ZJS 2019, 132 (133).

⁵⁸ Vgl. bspw. *Jansen*, ZJS 2019, 132 (133).

⁵⁹ Siehe nur *Fischer* (Fn. 24), § 263 Rn. 6.

ist es auch vertretbar, die Lagertheorie überhaupt nicht zu erwähnen und es bei den Worten zu belassen, dass „sogar/schon/selbst nach der objektiven Ermächtigungstheorie eine Zurechnung möglich ist“. Ernsthaft umstritten ist nur, ob man *neben* einer objektiven Befugnis noch andere Zurechnungsgrundsätze gelten lassen sollte.

cc) Der Irrtum bezüglich der Herkunft der Becher war (mit-)kausal für die Herausgabe des Geldes. Hätte B gewusst, dass A sie aus dem Spendeneimer entwendet hat, hätte sie die Herausgabe des Geldes unterlassen.

Eine dem V zurechenbare irrtumsbedingte Vermögensverfügung liegt damit vor.

d) *Verfügungsbedingter Vermögensschaden*

Ein verfügungsbedingter Vermögensschaden liegt dann vor, wenn der Gesamtwert des Vermögens infolge der Vermögensverfügung nach Saldierung (noch immer) gemindert ist.⁶⁶

aa) Die 65 an sich wertlosen Becher können die herausgegebenen 65 € wirtschaftlich nicht kompensieren. Selbst wenn man der Meinung ist, dass auch intersubjektive Wertfestsetzungen eine Rolle spielen dürfen,⁶⁷ wird man nicht davon ausgehen können, dass die am Festival Beteiligten den Sachwert der Becher auf einen Euro festgelegt haben. Vor dem Hintergrund des Spendenkonzepts wurde allenfalls ein „symbolischer Tauschwert“ in Höhe eines Euros festgesetzt. Dem Grunde nach ist damit zunächst ein objektiver Minussaldo gegeben.

bb) Fraglich ist indes, wie es sich auswirkt, dass die verfügende B dieses objektiv inäquivalente wirtschaftliche Werteverhältnis vollkommen erkannt hat. Insoweit handelt es sich hierbei um eine bewusste Selbstschädigung.

(1) Der BGH geht davon aus, dass die Täuschung im Rahmen des Betrugstatbestands eine Doppelfunktion hat: Zum einen soll durch sie zu einer vermögensmindernden Verfügung motiviert und zum anderen die vermögensschädigende Wirkung verschleiert werden.⁶⁸ Eine Ausnahme wird dann gemacht, wenn durch die Verfügung ein anerkannter sozialer Zweck verfolgt, aber dieser verfehlt wird,⁶⁹ womit der BGH sich insoweit der Zweckverfehlungslehre annähert.⁷⁰

Es handelt sich hier aber nicht um eine „klassische“ Situation des Spendenbetrugs, da B nicht in der Absicht verfügt hat, einen sozial anerkannten Zweck zu verfolgen, der außerhalb des bloßen Geld- und Warenverkehrs lag. Die eigentliche Zweckverfehlung findet sich bei den Festivalbesuchern, die die 65 Becher in den Spendeneimer geworfen haben – (nur) deren Zweck, den Brunnenbau in Afrika zu fördern, wird durch die Ausgabe der 65 € an A verfehlt.

(2) Weiterhin könnte noch der Zweck zu berücksichtigen sein, dass die Herausgabe des Geldes im Tausch gegen die

Becher nur an diejenigen erfolgen soll, die die Becher zuvor auch wirklich selbst für einen Euro erworben haben. Allerdings handelt es sich hier nicht um einen sozial anerkannten Zweck, da dem Umstand, dass der eine Euro pro Becher (wertsammenmäßig) wieder an seinen ursprünglichen Inhaber zurückgelangt, keine Zielvorstellung ist, die nicht auf die Erlangung eines materiellen oder immateriellen Äquivalents ausgerichtet ist. Aus diesem Grund würde auch die Zweckverfehlungslehre zu keinem anderen Ergebnis kommen. Dass die „richtige“ Person einen Euro zurückerhält, ist nämlich kein objektvierbares Interesse⁷¹. Eine *weit* verstandene Zweckverfehlungslehre, die auch solche Zwecke berücksichtigt, wird heute zu Recht abgelehnt, da der Vermögensbezug des § 263 StGB anderenfalls vernachlässigt würde.⁷²

Aus den genannten Gründen kann ein Vermögensschaden bei V nicht angenommen werden, sodass der objektive Tatbestand nicht erfüllt ist.

2. *Ergebnis*

A hat sich nicht eines Betrugs gem. § 263 Abs. 1 StGB gegenüber B und zum Nachteil von V schuldig gemacht.

II. Betrug gem. § 263 Abs. 1 StGB gegenüber B und zum Nachteil der spendenden Festivalgäste

Wie bereits oben festgestellt (I. 1. a) bb), war allein V Eigentümer des Geldes, sodass mit der Herausgabe der 65 € ausschließlich bei ihm eine Vermögensminderung stattfindet. Damit fehlt es am objektiven Tatbestand des Betruges gem. § 263 Abs. 1 zum Nachteil der spendenden Festivalgäste.

Hinweis: Die Becher kommen als Verfügungsgegenstand ebenfalls nicht in Betracht, da auch sie spätestens nach dem Einwurf durch spendenden Festivalbesucher im Eigentum des V stehen (s.o. 2. Tatkomplex, I. 1. a) bb).

III. Betrug gem. § 263 Abs. 1 StGB gegenüber B und zum Nachteil von H

A hat sich auch nicht eines Betrugs gem. § 263 Abs. 1 StGB gegenüber B und zum Nachteil von H schuldig gemacht. Da § 263 StGB nur bestehende Vermögenswerte schützt, nicht aber nur unbestimmte Aussichten auf einen Vermögenszuwachs,⁷³ kann die von V in Aussicht gestellte Spende an H nicht zu ihrem Vermögen gezählt werden.

Hinweis: Da der Sachverhalt keine Angaben über ein Vertragsverhältnis zwischen V und H enthält, darf nicht von einer anwartschaftsähnlichen Vermögensposition der H ausgegangen werden.

⁶⁶ Siehe bspw. *Kindhäuser* (Fn. 50), § 263 Rn. 226.

⁶⁷ Kritisch und m.w.N. dazu *Beukelmann*, in: v. Heintschel-Heinegg (Fn. 24), § 263 Rn. 52.

⁶⁸ BGH NStZ 1995, 289 (290).

⁶⁹ BGH NJW 1995, 539.

⁷⁰ Vgl. dazu *Kindhäuser/Böse* (Fn. 55), § 27 Rn. 61. Sehr kritisch dazu *Heinrich* (Fn. 5), § 20 Rn. 111.

⁷¹ Vgl. dazu *Kindhäuser/Böse* (Fn. 55), § 27 Rn. 61.

⁷² *Fischer* (Fn. 24), § 263 Rn. 137 m.w.N.

⁷³ *Tiedemann*, in: *Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann* (Hrsg.), *Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar*, Bd. 9/1, 12. Aufl. 2012, § 263 Rn. 135.

Gesetzeseinheit, Konkurrenzen und Gesamtergebnis**I. Gesetzeseinheit**

1. Die Strafdrohung des § 123 Abs. 1 StGB ist nicht schwerer als diejenige des § 265a Abs. 1 StGB, sondern gleichschwer, weshalb § 265a Abs. 1 StGB nicht im Wege formeller Subsidiarität (§ 265a Abs. 1 StGB a.E.) hinter den Hausfriedensbruch zurücktritt.

2. Das Erschleichen von Leistungen könnte aber gegenüber der Urkundenfälschung formell subsidiär sein.

a) Erste Voraussetzung ist, dass es sich bei der Urkundenfälschung um dieselbe „Tat“ im Sinne des § 265a Abs. 1 StGB a.E. handelt. Insoweit wird richtigerweise gefordert, dass beide Taten in Idealkonkurrenz (§ 52 Abs. 1 StGB) zueinander stehen.⁷⁴ Indem A sich auf dem Festival bewegte, erschlicht er eine Leistung (§ 265a Abs. 1 StGB) und gebrauchte zugleich die unechte Urkunde auf seiner Hand (§ 267 Abs. 1 Var. 3 StGB); damit handelt es sich um rechtliche Handlungseinheit⁷⁵ gem. § 52 Abs. 1 Var. 1 StGB.

b) Zweite Voraussetzung ist, dass § 267 Abs. 1 StGB eine „andere Vorschrift“ im Sinne der Subsidiaritätsklausel des § 265a Abs. 1 StGB a.E. ist.

aa) Nach der wohl überwiegenden Ansicht in der Literatur sind von dieser nur solche Vorschriften umfasst, die die gleiche oder eine ähnliche „Angriffsrichtung“ haben bzw. das dasselbe Rechtsgut schützen.⁷⁶ Da § 265a StGB das Vermögen des Leistungserbringers schützt⁷⁷ und § 267 StGB die Sicherheit und Zuverlässigkeit des Rechtsverkehrs mit Urkunden⁷⁸, fehlt insoweit eine Übereinstimmung. Die Subsidiaritätsklausel greift nach dieser Auffassung nicht ein.

bb) Insbesondere der *I. Strafsenat* des BGH hat insoweit eine andere Auffassung geäußert: Die Subsidiaritätsklauseln seien extensiv auszulegen, sodass jeder andere Straftatbestand mit höherer Strafdrohung – und damit auch § 267 StGB – erfasst wäre.⁷⁹

cc) Der BGH hat seine Auffassung mit dem uneingeschränkten Wortlaut der Subsidiaritätsklauseln begründet und dieses Argument mit einem (impliziten) Verweis auf Art. 103 Abs. 2, § 1 StGB verstärkt.⁸⁰ Damit hat er die Rechtswirkungen der Subsidiaritätsklauseln aber überschätzt. Obgleich man die Einschränkung der Gegenansicht in der Literatur als

Analogie versteht, ist es jedenfalls keine *zu Lasten* des Täters, da der Unrechtsgehalt eines von ihm verwirklichten, aber verdrängten Strafgesetzes ohnehin bei der Strafzumessung berücksichtigt wird, soweit es gegenüber dem verdrängenden Gesetz überhaupt einen eigenständigen bzw. anderen Unrechtsgehalt aufweist.⁸¹ Auf die Strafhöhe wird sich die Entscheidung für die eine oder andere Auffassung mithin nicht auswirken; jedoch schon aus Gründen der „Offenheit und Klarheit“⁸² sollte § 265a Abs. 1 StGB im Tenor auftauchen.

II. Konkurrenzen

A hat sich wegen Urkundenfälschung gem. § 267 Abs. 1 StGB, Hausfriedensbruchs gem. § 123 Abs. 1 StGB und des Erschleichens von Leistungen gem. § 265a Abs. 1 Var. 3 StGB in Tateinheit gem. § 52 StGB strafbar gemacht. Die Sachbeschädigung gem. § 303 Abs. 1 StGB steht dazu in Tatmehrheit gem. § 53 Abs. 1 StGB.

III. Gesamtergebnis

Damit ist A insgesamt strafbar gem. §§ 267 Abs. 1, 123 Abs. 1, 265a Abs. 1 Var. 3, 52; 303 Abs. 1; 53 StGB.

⁷⁴ v. Heintschel-Heinegg, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 2, 3. Aufl. 2016, Vorbem. zu § 52 Rn. 45; Puppe, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 1, 5. Aufl. 2017, Vorbem. zu § 52 Rn. 23; Freund/Putz, NSTZ 2003, 242 (245). Auch der BGH stellt diese Voraussetzung auf, vgl. BGHSt 47, 243.

⁷⁵ Siehe dazu Fischer (Fn. 24), Vor § 52 Rn. 20.

⁷⁶ Vgl. Mitsch (Fn. 51), S. 453; Duttge, in: Dölling/Duttge/König/Rössner (Fn. 12), § 265a Rn. 27; Perron (Fn. 39), § 265a Rn. 14; Tiedemann (Fn. 73), § 263 Rn. 56.

⁷⁷ Siehe nur Fischer (Fn. 24), § 265a Rn. 2 m.w.N.

⁷⁸ BGHSt 2, 50 (52) = NJW 1952, 231; Wessels/Hettinger/Engländer (Fn. 5), Rn. 873 m.w.N.

⁷⁹ BGHSt 47, 243 (244); 43, 237 (238).

⁸⁰ BGHSt 47, 243 (244).

⁸¹ Meier, Strafrechtliche Sanktionen, 4. Aufl. 2015, S. 196; Freund/Putz, NSTZ 2003, 242 (245); v. Heintschel-Heinegg (Fn. 74), Vorbem. zu § 52 Rn. 45, jeweils m.w.N.

⁸² Puppe (Fn. 74), Vorbem. zu § 52 Rn. 5.