

# Lösung

## Frage 1

Würde das zuständige Gericht auf der Grundlage des aktuellen Erkenntnisstandes den X verurteilen und – wenn ja – aus welchen Strafvorschriften ?

Sofern das Gericht hinsichtlich der verdachtbefangenen Vorgänge keine hinreichende Überzeugung gewinnen kann, darf es diese Vorgänge nicht zur Grundlage einer Verurteilung des Angeklagten machen. Vielmehr muss es nach dem Prinzip „**in dubio pro reo**“ diese Sachverhalte ignorieren und den Angeklagten insofern freisprechen.

Anders ist es nur, wenn die im Verfahren erzielbare beschränkte Überzeugung von Tatsachen ausreicht, um eine entsprechend beschränkte Verurteilung zu tragen. Dafür kommen Rechtsinstitute wie Wahlfeststellung, normatives oder begriffslogisches Stufenverhältnis und Auffangtatbestand in Betracht.

Bevor dies geprüft werden kann, müssen alle Sachverhaltsalternativen einer materiell-  
strafrechtlichen Würdigung unterzogen werden.

<b>1. Alternative : X hat das Gemälde selbst aus dem Haus des A entwendet</b>
---

### **I. Raub, § 249 Abs. 1 StGB**

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

a) Sache

Das Gemälde ist eine Sache.

b) beweglich

Das Gemälde ist beweglich.

c) fremd

Das Gemälde steht im Eigentum des A und ist daher für X fremd.

d) Wegnahme

aa) fremder Gewahrsam

Solange das Gemälde an der Wand im Wohnzimmer des A hing, befand es sich im Gewahrsam des A.

bb) Bruch des Gewahrsams

Spätestens als X das Gemälde aus dem Haus des A herausgeschafft hatte, war der bisherige Gewahrsam des A aufgehoben worden. Da dies ohne Einverständnis des A geschah, war die Fortschaffung des Gemäldes ein Bruch dieses Gewahrsams.

cc) Begründung neuen Gewahrsams

Als X das Haus des A mit dem Gemälde verlassen hatte, war er neuer Sachherrschaftsinhaber geworden. Er hat also neuen Gewahrsam an dem Gemälde begründet.

e) Gewalt gegen die Person

Der kräftige Faustschlag ist Gewalt gegen die Person des A.

f) Zusammenhang zwischen Gewalt und Wegnahme

Zwischen Gewaltanwendung und erfolgreicher Wegnahme besteht ein Final- und auch ein Kausalzusammenhang.

Der objektive Tatbestand des Raubes ist also erfüllt.

*Räuberischer Diebstahl (§ 252 StGB) kommt nicht in Betracht, weil bei diesem Tatbestand die Gewalt der Wegnahme nachfolgt. Im vorliegenden Fall war die Wegnahme des Gemäldes noch nicht vollendet, als X die Gewalt gegen A verübte.*

## **2. Subjektiver Tatbestand**

a) Vorsatz

X handelte bezüglich aller objektiver Tatbestandsmerkmale vorsätzlich, § 15 StGB.

b) Zueignungsabsicht

aa) Aneignungsabsicht

X hatte bei der Wegnahme die Absicht, sich das Gemälde vorübergehend anzueignen.

bb) Enteignungsvorsatz

Fraglich ist, ob X bei der Wegnahme den Vorsatz hatte, den A **endgültig zu enteignen**. Dem könnte entgegenstehen, dass X mit der Absicht handelte, dem A das Bild „zurückzuverkaufen“.

Da die Enteignungskomponente der Zueignungsabsicht einen dauerhaften und endgültigen Sachverlust (in erster Linie Verlust der Sach*substanz*, ausnahmsweise Verlust des spezifischen Sach*wertes*) des Eigentümers umfasst, kann eine Enteignung nicht vorliegen, wenn der Eigentümer die Sache zurückerhält bzw kann kein Enteignungsvorsatz vorliegen, wenn der Eigentümer die Sache zurückerhalten soll.<sup>1</sup>

Die hM sieht das zwar anders und begründet die dauernde Enteignung damit, dass der Täter, der dem Eigentümer seine eigene Sache zurückverkauft, damit dessen Eigentümerstellung negiert und ihn durch Täuschung oder – wie hier – durch Drohung zur Begründung einer neuen Eigentümerstellung veranlasst.<sup>2</sup> Die ursprüngliche Eigentümerstellung sei ihm damit endgültig entzogen worden.

Der Meinungsstreit kann hier unentschieden bleiben. Denn X hielt es für möglich, dass der A das Rückverkaufsangebot ablehnt und er – X – das Gemälde dann einem Dritten verkaufen würde. Also hatte X *dolus eventualis* bezüglich einer endgültigen Enteignung des A. Der bedingte Vorsatz genügt.

cc) Vorsatz bzgl. Rechtswidrigkeit der Zueignung

X hatte Vorsatz bzgl. der Rechtswidrigkeit der beabsichtigten Zueignung. Dass A den Weiterverkauf des Gemäldes an einen Dritten durch X durch die Ablehnung des Rückkaufsangebots quasi billigen würde, begründet keine rechtfertigende Einwilligung. Denn angesichts des Nötigungsdrucks, unter dem A stand, wäre das keine wirksame Einwilligung.

### 3. Rechtswidrigkeit

Die Tat war nicht gerechtfertigt.

---

<sup>1</sup> *Mikolajczyk* Der Zueignungsbegriff des Unterschlagungstatbestandes, 2005, S. 64; *Mitsch* Strafrecht Besonderer Teil 2, 3. Aufl. S. 53.

<sup>2</sup> *Krey/Hellmann/Heinrich* Strafrecht Besonderer Teil 2, 16. Aufl. 2012, Rn. 89; *Rengier* Strafrecht Besonderer Teil I, 17. Aufl. 2015, § 2 Rn. 132.

#### **4. Schuld**

X handelte schuldhaft.

#### **5. Ergebnis**

X hat sich aus § 249 Abs. 1 StGB strafbar gemacht. Für das Vorliegen einer Qualifikation gem. § 250 StGB ist dem Sachverhalt nichts zu entnehmen.

## **II. Diebstahl, § 242 Abs. 1 StGB**

### **1. Objektiver Tatbestand**

Da der objektive Tatbestand des Diebstahls in dem objektiven Tatbestand des Raubes enthalten ist, ergibt sich die Erfüllung des objektiven Tatbestandes aus den oben bei § 249 StGB getroffenen Feststellungen.

### **2. Subjektiver Tatbestand**

Da der subjektive Tatbestand des Diebstahls in dem subjektiven Tatbestand des Raubes enthalten ist, ergibt sich die Erfüllung des subjektiven Tatbestandes aus den oben bei § 249 StGB getroffenen Feststellungen.

### **3. Rechtswidrigkeit**

Die Tat war nicht gerechtfertigt.

#### **4. Schuld**

X handelte schuldhaft.

#### **5. Ergebnis**

X hat die Strafbarkeitsvoraussetzungen des § 242 Abs. 1 StGB erfüllt. Diebstahl tritt aber hinter Raub zurück. Eine endgültige Entscheidung zu der Konkurrenz ist aber erst nach Klärung der Wahlfeststellungs-Problematik (unten Teil 3) möglich.

### **III. Unterschlagung, § 246 Abs. 1 StGB**

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

Da X den objektiven Tatbestand des Raubes und den objektiven Tatbestand des Diebstahls erfüllt hat, hat er auch den objektiven Tatbestand der Unterschlagung erfüllt. Die Wegnahme mit Zueignungsabsicht ist eine Manifestation des Zueignungswillens und deshalb nach hM eine objektive Zueignung des Gemäldes.<sup>3</sup>

#### **2. Subjektiver Tatbestand**

X handelte vorsätzlich, § 15 StGB.

#### **3. Rechtswidrigkeit**

Die Tat war nicht gerechtfertigt.

#### **4. Schuld**

X handelte schuldhaft.

#### **5. Ergebnis**

X hat die Strafbarkeitsvoraussetzungen des § 246 Abs. 1 StGB erfüllt. Zur Konkurrenz kann erst nach Klärung der Wahlfeststellungs-Problematik abschliessend Stellung genommen werden.

### **IV. Hausfriedensbruch, § 123 Abs. 1 StGB**

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

a) Wohnung

Das Haus des A ist eine Wohnung.

b) eines anderen

Hausrechtsinhaber ist A.

c) eindringt

---

<sup>3</sup> Rengier BT I, § 5 Rn. 16 ff.; 23.

X hat das Haus des A ohne dessen Erlaubnis – ohne Einverständnis – betreten und ist damit in die Wohnung eingedrungen.

## **2. Subjektiver Tatbestand**

X handelte vorsätzlich, § 15 StGB.

## **3. Rechtswidrigkeit**

Die Tat war nicht gerechtfertigt.

## **4. Schuld**

X handelte schuldhaft.

## **5. Ergebnis**

X hat die Strafbarkeitsvoraussetzungen des § 123 Abs. 1 StGB erfüllt.

# **V. Nötigung, § 240 Abs. 1 StGB**

## **1. Objektiver Tatbestand**

a) Gewalt

Der Faustschlag ist Gewalt.

b) Nötigung

Mit der Gewalt hat X entgegenstehenden Sachbehauptungswillen des A überwunden, den A also genötigt.

c) Handlung, Duldung oder Unterlassung

Nötigungserfolg ist die Duldung der Wegnahme des Gemäldes.

## **2. Subjektiver Tatbestand**

X handelte vorsätzlich, § 15 StGB.

## **3. Rechtswidrigkeit**

Die Tat war nicht gerechtfertigt. Die Anwendung der Gewalt zum Zwecke der Ermöglichung der Wegnahme des Gemäldes war verwerflich (§ 240 Abs. 2 StGB).

#### **4. Schuld**

X handelte schuldhaft.

#### **5. Ergebnis**

X hat die Strafbarkeitsvoraussetzungen des § 240 Abs. 1 StGB erfüllt. Hinter § 249 StGB tritt § 240 StGB zurück.

## **2. Alternative : Y hat das Gemälde aus dem Haus des A entwendet und dem X übergeben**

### **I. Beihilfe zum Raub, §§ 249, 27 StGB**

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

Wenn nicht X den Raub in dem Haus des A begangen hat, dann hat Y diese Tat begangen. Dieser Raub wäre grundsätzlich eine taugliche Haupttat. Allerdings wäre dieser Raub in dem Zeitpunkt schon beendet, als X das geraubte Gemälde von Y entgegennahm. Daher scheidet Beihilfe zum Raub aus.

#### **2. Ergebnis**

X hat sich nicht aus §§ 249, 27 StGB strafbar gemacht.

### **II. Hehlerei, § 259 Abs. 1 StGB**

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

a) Sache

Das Gemälde ist eine Sache.

b) Vortat eines anderen

Das Gemälde ist von Y geraubt – also gestohlen – worden.

c) rechtswidrige Besitzlage

Nach dem Raub besteht an dem Gemälde eine rechtswidrige Besitzlage. Diese bestand auch noch, als Y dem X das Gemälde übergab.

d) sich verschafft

Indem X das Gemälde von Y übernahm, verschaffte er es sich.

## **2. Subjektiver Tatbestand**

a) Vorsatz

X handelte vorsätzlich, § 15 StGB.

b) Bereicherungsabsicht

X verschaffte sich das Gemälde, um dadurch das eigene Vermögen zu vermehren.

## **3. Rechtswidrigkeit**

Die Tat war nicht gerechtfertigt.

## **4. Schuld**

X handelte schuldhaft.

## **5. Ergebnis**

X hat die Strafbarkeitsvoraussetzungen des § 259 Abs. 1 StGB erfüllt.

## **III. Begünstigung, § 257 Abs. 1 StGB**

Da X das Gemälde offenbar aus eigennützigen Motiven von Y übernahm, fehlt es wohl schon an einer objektiv-tatbestandsmäßigen Hilfeleistung. Jedenfalls hatte X nicht die Absicht, dem Y die Vorteile seiner Tat zu sichern.

Daher hat sich X nicht aus § 257 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.



## **IV. Geldwäsche, § 261 Abs. 1 S. 2 Nr. 1, Abs. 2 Nr. 1 StGB**

### **1. Objektiver Tatbestand**

#### a) Gegenstand

Das Gemälde ist ein Gegenstand.

#### b) Vortat

Die Vortat des Y ist Raub (§ 249 StGB) und damit ein Verbrechen iSd § 261 Abs.1 S. 2 Nr. 1 StGB.

#### c) Herrühren

Da Y das Gemälde durch den Raub erlangt hat, rührt das Gemälde aus der Vortat her.

#### d) sich verschafft

X hat sich das Gemälde verschafft, § 261 Abs. 2 Nr. 1 StGB.

### **2. Subjektiver Tatbestand**

X handelte vorsätzlich, § 15 StGB.

### **3. Rechtswidrigkeit**

Die Tat war nicht gerechtfertigt.

### **4. Schuld**

X handelte schuldhaft.

### **5. Ergebnis**

X hat die Strafbarkeitsvoraussetzungen des § 261 Abs. 1 S. 2 Nr. 1, Abs. 2 Nr. 1 StGB erfüllt.

## **V. Unterschlagung, § 246 Abs. 1 StGB**

### **1. Objektiver Tatbestand**

a) Sache

Das Gemälde ist eine Sache.

b) beweglich

Das Gemälde ist beweglich.

c) fremd

Das Gemälde steht immer noch im Eigentum des A und ist daher für X fremd.

d) Zueignung

Die Entgegennahme in der Absicht, das Gemälde dem A zurückzukaufen ist nach hM eine Zueignung. Das Problem der „Wiederholbarkeit der Zueignung“ stellt sich nicht, da nach dieser Sachverhaltsalternative X nicht an der Entwendung des Gemäldes beteiligt war und sich das Gemälde daher nicht bereits zuvor zugeeignet hat.

Sofern X damit rechnete, dass A das Rückkaufsangebot ablehnen würde, hatte er auch den Willen, das Gemälde notfalls einem Dritten zu verkaufen. Insofern ist die Manifestation des Zueignungswillens unproblematisch.

### **2. Subjektiver Tatbestand**

X handelte vorsätzlich, § 15 StGB.

### **3. Rechtswidrigkeit**

Die Tat war nicht gerechtfertigt.

### **4. Schuld**

X handelte schuldhaft.

### **5. Ergebnis**

X hat die Strafbarkeitsvoraussetzungen des § 246 Abs. 1 StGB erfüllt.

### **3. Verurteilung auf der Grundlage alternativer Tatsachenfeststellungen**

#### **I. Gleichartige Wahlfeststellung**

##### **§ 246 StGB**

Da sich X nach beiden Sachverhaltsalternativen aus § 246 Abs. 1 StGB strafbar gemacht hat, liegt insofern eine gleichartige („unechte“) Wahlfeststellung vor. Die beiden alternativen Taten erfüllen denselben Straftatbestand. Daher ist die Verurteilung auf Wahlfeststellungs-Grundlage unproblematisch.

#### **II. Ungleichartige Wahlfeststellung**

##### **1. Voraussetzungen der Wahlfeststellung**

Nach den anerkannten Regeln der ungleichartigen Wahlfeststellung ist die erforderliche rechtsethische und psychologische Gleichwertigkeit im Verhältnis zwischen § 249 StGB und § 259 StGB nicht gegeben. Aber zwischen dem im Raub enthaltenen Diebstahl (§ 242 StGB) und der Hehlerei ist nach h. M. rechtsethische und psychologische Gleichwertigkeit gegeben. Daher kann die Raubtat auf ihre Diebstahlskomponente reduziert und zwischen Diebstahl und Hehlerei eine zulässige Wahlfeststellungs-Konstellation hergestellt werden.

##### **2. Zulässigkeit der ungleichartigen Wahlfeststellung**

Nach Ansicht des 2. Strafsenates des BGH und zahlreicher Autoren ist die ungleichartige Wahlfeststellung mit Art. 103 Abs. 2 GG nicht zu vereinbaren.<sup>4</sup> Da weder die Strafbarkeitsvoraussetzungen des § 242 StGB noch die Strafbarkeitsvoraussetzungen des § 259 StGB zur Überzeugung des Gerichts feststehen, bedeutet Verurteilung auf Basis der Wahlfeststellung die Zugrundelegung eines dem Gesetz unbekanntes „Alternativ-Tatbestandes“. Ein Straftatbestand, dessen Voraussetzungen „entweder Diebstahl oder Hehlerei“ heißen, gibt es nicht. Wenn der Angeklagte so verurteilt wird, hat die Rechtsprechung diesen Tatbestand ohne gesetzlichen Anknüpfungspunkt geschaffen. Das verstößt gegen Art. 103 Abs. 2 GG.

Vgl. zu der Entscheidung des BGH die Erläuterungen von *Jahn* JuS 2014, 753 ff.

Folgt man dem 2. Strafsenat des BGH, kommt hier nur eine Strafbarkeit des X aus § 246 Abs. 1 StGB in Betracht.

---

<sup>4</sup> BGH NStZ 2014, 392.

Weitere Literaturempfehlungen zum Thema Wahlfeststellung:

*Stuckenberg*, JA 2001, 221  
*Deubner*, JuS 1962, 21  
*Wagner*, ZJS 2014, 436  
*Stuckenberg*, ZIS 2014, 461  
*Kröpil*, JR 2015, 116  
*Ceffinato*, Jura 2014, 655  
*Freund/Rostalski*, JZ 2015, 164  
*Schulz*, JuS 1974, 635

## Frage 2

Wäre wenigstens eine Verurteilung des X wegen des am Tag nach der Entwendung des Gemäldes getätigten Telefonanrufes bei A möglich ?

### **I. Versuchte Erpressung, §§ 253 Abs. 1, Abs. 3, 22 StGB**

#### **1. Keine Vollendung**

Es liegt keine vollendete Erpressung vor, weil sich A nicht zu einer Vermögensverfügung nötigen liess.

#### **2. Gesetzliche Versuchsstrafdrohung**

Der Versuch der Erpressung ist gem. § 253 Abs. 3 StGB mit Strafe bedroht.

#### **3. Subjektiver Tatbestand**

a) Vorsatz

aa) Drohung mit einem empfindlichen Übel

X hatte den Vorsatz, dem A die Vorenthaltung des Gemäldes anzudrohen. Der daraus resultierende endgültige Verlust des Gemäldes wäre für A ein empfindliches Übel.<sup>5</sup>

bb) Nötigung

X hatte den Vorsatz, mit der Drohung einen entgegenstehenden Willen – nämlich den Willen, keine 100 000 Euro zu zahlen – zu brechen. Also hatte X Nötigungsvorsatz.

---

<sup>5</sup> *Rengier* BT I, § 11 Rn. 10.

#### cc) Vermögensverfügung

Nach h. M. gehört zum objektiven Tatbestand der Erpressung eine Vermögensverfügung des Genötigten. Die Zahlung der 100 000 Euro wäre eine Vermögensverfügung des A. X hatte also den Vorsatz bzgl. einer Vermögensverfügung des A.

#### dd) Vermögensschaden

Fraglich ist, ob der Vorsatz des X sich auf einen dem A zuzufügenden Vermögensschaden richtete. Zwar ist der Verlust der 100 000 Euro zweifellos eine Minderung des Vermögensgesamtwertes. Aber ein Schaden ist unter Berücksichtigung etwaiger Gegenleistungen im Wege der Saldierung zu ermitteln. Als „Gegenwert“ sollte A das 1 Mio. Euro wertvolle Gemälde zurückerlangen. Es hat also den Anschein, als wollte der X das Vermögen des A um 900 000 Euro vermehren. Dem hält aber die h. M. entgegen, dass der Wert des Gemäldes nicht als verlustkompensierende Gegenleistung berücksichtigt werden darf, weil das Gemälde dem A gehört und er somit von X nichts erhält, was ihm nicht ohnehin schon zusteht.<sup>6</sup>

Die Gegenmeinung verneint einen Vermögensschaden und somit einen Vorsatz des X bzgl. eines Vermögensschadens des A.<sup>7</sup>

#### b) Bereicherungsabsicht

Folgt man der h. M. so hatte X die Absicht sich auf Kosten des A zu bereichern. Nach der Gegenansicht müsste auf Grund der Weggabe des 1 Mio Euro wertvollen Gemäldes eine angestrebte Bereicherung verneint werden. Denn X hätte nach dem Rückverkauf weniger Vermögenswert als vorher. Dieses Ergebnis ist jedenfalls auf der Grundlage wirtschaftlicher Berechnung konsequent.

Der Vermögenszuwachs um 100 000 Euro wäre stoffgleich mit einem gleich hohen Vermögensverlust des A. Die erstrebte Bereicherung wäre rechtswidrig.

### **4. Objektiver Tatbestand**

Mit dem Anruf bei A hat X zur Tatbestandsverwirklichung unmittelbar angesetzt, § 22 StGB.

### **5. Rechtswidrigkeit**

Die Tat war nicht gerechtfertigt. Sie war verwerflich iSd § 253 Abs. 2 StGB.

---

<sup>6</sup> Rengier BT I § 11 Rn. 45.

<sup>7</sup> Trunk JuS 1985, 944.

## **6. Schuld**

X handelte schuldhaft.

## **7. Ergebnis**

Nach h. M. hat sich X aus §§ 253 Abs. 3, 22 StGB strafbar gemacht.

## **II. Versuchte Nötigung, §§ 240 Abs. 1, Abs. 3 StGB**

X hat die Strafbarkeitsvoraussetzungen der versuchten Nötigung erfüllt. Nach der h. M. wird die versuchte Nötigung von der versuchten Erpressung verdrängt. Nach der Mindermeinung ist X nur wegen versuchter Nötigung strafbar.