

Bekanntes und Neues aus dem Strafprozessrecht

heute: Repetitorium StGB AT und BT: Anstiftung zur Fundunterschlagung



Prof. Karoline H. Starkgraff,
Professur für Strafrecht,
Akademie der Polizei Hamburg

Aufgabe

Einleitung

Die Reihe „Bekanntes und Neues aus dem Strafrecht“ soll einige Grundlagen des Strafrechts und Strafprozessrechts in das Gedächtnis zurückrufen, weist auf Neuregelungen hin und bietet damit die Gelegenheit, vorhandenes Wissen zu überprüfen und zu aktualisieren. Eine kurze Einführung in das Thema frischt vorhandenes Wissen auf. Literaturhinweise ermöglichen eine weitergehende Vorbereitung. Das Aufgabenblatt in dieser Ausgabe stellt mehrere Abweichungen eines einfachen Grundfalls zur strafrechtlichen Prüfung. Den Abschluss bildet ein Fall, der die Thematik von einer anderen Seite beleuchtet.¹

Einführung in das Thema

Das aktuelle Repetitorium vereint eine Auffrischung des Wissens über die Unterschlagung gemäß § 246 Abs. 1 StGB mit der Prüfung der Anstiftung. Anstiftung gemäß § 26 StGB und Beihilfe gemäß § 27 StGB sind strafbare Formen der Teilnahme an einer Straftat, die im allgemeinen Teil des StGB geregelt sind.

Anstiftung und Beihilfe sind von einer rechtswidrigen Haupttat abhängig. In anderen Worten: Sie sind akzessorisch. Eine Prüfungsaufgabe, die deutlich auf eine Erörterung einer Teilnahme hinausläuft, kann also auch einen materiell-rechtlichen Schwerpunkt bei der Prüfung der Haupttat enthalten, der vorher zu bearbeiten² und zu lösen ist.

Der aktuellen Aufgabe liegt ein einfacher Sachverhalt zugrunde: Ein Ehepaar findet eine mit 100 € gefüllte Geldbörse. Daraufhin kommt es zu einem Dialog, wie mit dem Geld verfahren werden soll. Die sechs Fallabwandlungen sollen verdeutlichen, dass bei strukturiertem Vorgehen und Anfertigen einer Lösungsskizze das theoretisch vorhandene Wissen zu einer überzeugenden Lösung führt.

StGB BT: Die Fundunterschlagung

Die Unterschlagung gemäß § 246 Abs. 1 StGB ist ein Vermögensdelikt im Schatten des Diebstahls. Das liegt vor allem an der gesetzlich angeordneten Subsidiarität, denn wegen Unterschlagung wird nicht bestraft, wer einen (höher bestraften) Diebstahl begeht.

Abgrenzung zwischen Diebstahl und Unterschlagung

Das Tatobjekt des Diebstahls und der Unterschlagung ist dasselbe: eine fremde, bewegliche Sache (dazu sogleich). Entscheidungskriterium ist, ob der für eine Wegnahme erforderliche Gewahrsamsbruch vorliegt. Bei einem „Fund“ ist zu prüfen, ob das Tatobjekt noch im Gewahrsam eines anderen steht. Nur dann ist ein Diebstahl gegeben.³ Ein im Jahr 2020 vom Bundesgerichtshof (BGH) entschiedener Fall⁴ verdeutlicht dies:

Um Mitternacht versucht K (das spätere Opfer) Betäubungsmittel von V zu kaufen. Dies misslingt, beide Personen rangeln miteinander, K flieht. Dabei verliert er auf offener Straße sein Mobiltelefon. K bemerkt dies noch während der Flucht und entschließt sich, später zurückzukehren, um das Mobiltelefon zu holen. Auch V verlässt zunächst den Ort des Geschehens, kehrt jedoch alsbald zurück, nimmt das Handy des K an sich und benutzt es für sich.

Das Landgericht sah einen gelockerten Gewahrsam des Verlierers (K), der noch Herrschaftswillen aufwies, und verurteilte A wegen Diebstahls. Der BGH nimmt hingegen einen Gewahrsamsverlust an, „wenn [die Sache] an einem öffentlichen, mithin für jede Person zugänglichen Ort verloren wurde, selbst wenn der Berechtigte den genauen Lageort der Sache kennt.“⁵ Rechtskräftig wurde eine Verurteilung wegen Unterschlagung.

Die Entscheidung ist umstritten. Burhoff stimmt ihr zu⁶, Kudlich ebenfalls, wendet sich jedoch gegen eine Pauschalisierung des Aussage⁷. Rennicke plädiert dafür, nicht mehr zwischen vergessenen und verlorenen Sachen zu unterscheiden.⁸ Hecker ist nicht überzeugt⁹, Hoven stellt in ihrer Praxisanmerkung zu einer jüngeren Entscheidung des 2. Strafsenats des BGH¹⁰ heraus, dass dem „Gewahrsamsbegriff für Taten im öffentlichen Raum neue Konturen zu geben“ sein wird. Eine Befassung mit der Thematik und Bildung einer eigenen Meinung ist allen, die in nächster Zeit im Strafrecht geprüft werden, wolle, angeraten.

Zur Vereinfachung des Falles, der diesem Repetitorium zugrunde liegt, wird festgelegt: die Geldbörse mit Inhalt wurde unbemerkt verloren. Dem Eigentümer ist nicht bekannt, wo der Verlust stattfand und wo sich die Geldbörse zum Zeitpunkt des Funds befinden könnte. Sie dürfen also einen Gewahrsamsverlust vor dem Fund annehmen und direkt auf eine mögliche Unterschlagung zusteuern.

Tatobjekt

Das Tatobjekt einer Unterschlagung, eine fremde, bewegliche Sache, ist identisch mit dem Tatobjekt des Diebstahls. Bargeld der Währung „Euro“ steht im Eigentum desjenigen, dem es übereignet wurde. Durch einen Verlust geht das Eigentum nicht verloren, wohl aber durch eine weitere Eigentumsübertragung, z.B. wenn der Finder etwas kauft und bar bezahlt. Denn für Bargeld gilt § 935 Abs. 1 BGB – kein Eigentumserwerb an gestohlenen oder anders abhanden gekommenen Sachen – nicht (§ 935 Abs. 2 BGB).

Tathandlung und Manifestation

Tathandlung der Unterschlagung ist die Zueignung der Sache, also die Anmaßung einer eigentümerähnlichen Stellung. Die Zueignung besteht aus der dauerhaften Enteignung des Eigentümers und wenigstens vorübergehenden Aneignung der Sache.¹¹ Gerade bei der Fundunterschlagung ist die Inbesitznahme, d.h. das Aufheben eines Fundgegenstands, eine neutrale Handlung, ohne die eine Abgabe der Sache im Fundbüro nicht möglich wäre. Der Blick in eine Geldbörse kann dazu dienen, Hinweise auf den Eigentümer (Adresse, Telefonnummer, Visitenkarten) zu erlangen. Folglich verlangt die ganz h. M., dass die Zueignung nach außen sichtbar wird. Maßstab ist der objektive Dritte. Es handelt sich um einen fiktiven Beobachter, der in Kenntnis aller Umstände zu der Überzeugung kommen würde, dass der Täter sich wie ein (Schein-)Eigentümer verhält. Nur dann hat sich die Zueignung nach außen manifestiert. Als typische Beispiele gelten u.a. das Veräußern, Verbrauchen und die Ablegnung des Gewahrsams.¹²

Letztlich muss die Zueignung objektiv rechtswidrig sein. Diese Rechtswidrigkeit darf nicht mit der Rechtswidrigkeit der Tat insgesamt verwechselt werden. Rechtswidrig ist eine Zueignung, wenn sie der materiellen Rechtslage widerspricht. Das ist nicht der Fall, wenn der Täter einen einredefreien Anspruch auf die konkrete Sache hat.

Subjektiver Tatbestand, Rechtswidrigkeit und Schuld

Bereits das objektive Tatbestandsmerkmal der Zueignung enthält einen subjektiven Kern: Nach außen muss erkennbar sein, dass der Täter Scheineigentümer werden will. Dieser subjektive Einschlag eines objektiven Tatbestandsmerkmals bedarf im subjektiven Tatbestand einer sehr differenzierten Behandlung. Der Täter muss vorsätzlich handeln, also z.B. wissen, dass er mit einer für ihn fremde, bewegliche Sache so umgeht, dass eine Manifestation einer Zueignung daraus abzulesen ist. Und er muss diese Zueignung in allen Aspekten der An- und Enteignung wollen.¹³ Liegt nur die subjektive Tatseite vor, entspricht das dem Vorliegen eines Tatentschlusses.¹⁴ Keine Besonderheiten bestehen bei der Beurteilung der Rechtswidrigkeit der Tat und der Schuld.

StGB AT: Die Anstiftung (§ 26 StGB)

Prüfungsschema

Eine Anstiftung wird in folgenden Schritten geprüft:

- I. Tatbestand
 1. Objektiver Tatbestand
 - a) Vorsätzliche, rechtswidrige Haupttat eines Anderen
 - b) Bestimmen des Haupttäters
 2. Subjektiver Tatbestand
 - a) Vorsatz hinsichtlich aller objektiven Tatbestandsmerkmale
 - b) Vorsatz auf Vollendung der Haupttat
- II. Rechtswidrigkeit
- III. Schuld

Definitionen

Auf die Strafbarkeit des Haupttäters kann i.d.R. „nach oben“ verwiesen werden. Wichtig zu wissen ist, dass der Haupttäter nicht schuldhaft handeln muss. Auch Kinder unter 14 können z.B. Haupttäter sein, obwohl sie gemäß § 19 StGB immer schuldunfähig sind. Ausreichend ist, dass eine versuchte tatbestandlich-rechtswidrige Haupttat vorliegt, sofern der Versuch der Haupttat grundsätzlich strafbar ist. Straflosigkeit, die z.B. durch einen Rücktritt vom Versuch (§ 24 StGB) eintritt, ist ein weiteres Beispiel für eine tatbestandliche, rechtswidrige Haupttat bei im Ergebnis straflosem Haupttäter.

Bestimmen ist das Hervorrufen oder Wecken des Tatentschlusses bei einem Anderen. Der Tatentschluss kann bei einem bereits tatgeneigten, aber noch nicht konkret zu dieser Tat entschlossenen Täter geweckt werden, oder bei einer Person, die bisher überhaupt nicht auf die Idee der Tat gekommen war. Ist der Täter bereits zur Tat entschlossen, geht die Anstiftung ins Leere. Es liegt eine versuchte Anstiftung bei einem omnimodo facturus vor. Die Situation ist vergleichbar mit einem Versuch am untauglichen Objekt.

Eine versuchte Anstiftung ist grundsätzlich straflos. Zwei Prüfungspunkte sollten jedoch immer bedacht werden, auch wenn sie im schriftlichen Gutachten nicht erwähnt werden müssen, wenn sie nicht vorliegen. Ist die Haupttat ein Verbrechen, kommt eine Strafbarkeit der versuchten Anstiftung gemäß § 30 Abs. 1 StGB in Betracht. Und durch die aktiv ausgesprochenen Billigung der Tat könnte eine Beihilfe gemäß § 27 StGB vorliegen. Denn der Täter wird in seinem Entschluss bestärkt und erhält u. U. die konkludente Zusicherung, dass der (verhinderte) Anstifter keine Schwierigkeiten bereiten, sondern dem Täter bei Bedarf den Rücken freihalten wird.

Aufstiftung, Umstiftung und Abstiftung

Die Begriffe der Aufstiftung, Umstiftung und Abstiftung beschreiben eine Einflussnahme auf einen bereits zu einer Tat entschlossenen Haupttäter. Bei der Aufstiftung verstärkt der Anstifter den Tatentschluss vom Grunddelikt zu einer Qualifikation, z. B. von einer einfachen zu einer gefährlichen Körperverletzung („Nimm' doch den Baseballschläger mit!“). Fraglich ist, ob das bezogen auf das gesamte verwirklichte Delikt strafwür-

dig ist oder nur auf den Teil, den der Aufstifter veranlasst hat. Dies ist umstritten. Wer auf die höhere Gefährlichkeit der Qualifikation verweist, hat ein starkes Argument für eine „Anstiftung zum Tatganzen“¹⁵. Die Gegenansicht stellt auf den Begriff des Bestimmens ab und vertritt, dass nur dann wegen Anstiftung bestraft werden kann, wenn das „Mehr“ einen eigenen Straftatbestand erfüllt.

Eine Umstiftung liegt vor, wenn der Anstifter den Entschluss zu einer anderen Tat weckt. Hier liegt eine „normale“ Anstiftung zu der neuen (und verwirklichten bzw. wenigstens versuchten) Haupttat vor. Schwierig ist nur die Abgrenzung zwischen Aufstiftung und Umstiftung. Wann wird z.B. ein Entschluss zu einer Gewalttat nur erhöht, wann entsteht eine neue Tat? Immer dann, wenn das Rechtsgut wechselt, liegt eine Umstiftung vor. Dies wäre z. B. der Fall, wenn der Täter zur gefährlichen Körperverletzung entschlossen ist, der Anstifter ein Tötungsdelikt anregt („Bring' ihn besser gleich um, dann kann er nicht mehr reden!“). Veranlasst der Anstifter einen Wechsel des Tatopfers, wird dies ebenfalls als Umstiftung behandelt.

Die Abstiftung verringert das strafrechtliche Unrecht, und soll deshalb nicht strafwürdig sein. Das ist im Grundsatz sicher gut nachzuvollziehen. Es bestehen aber wichtige Ausnahmen. Wird der zum Totschlag entschlossenen Haupttäter zu einer Körperverletzung bewegt („Schieß' ihm ins Knie - Ein Denkkettel wird doch reichen!“), liegt wegen des Wechsels im Rechtsgut eher eine Umstiftung vor. Die Straflosigkeit des Umstifters ergibt sich dann erst auf der Ebene der Rechtswidrigkeit.¹⁶ Gleiches gilt für die Abstiftung von der Qualifikation zum Grunddelikt.

Arbeitsblatt

Ausgangsfall: Das Ehepaar M (Mann) und F (Frau) gehen nach dem Besuch des Hamburger Doms¹⁷ gemeinsam zu ihrem Pkw. Auf dem Parkplatz findet M eine Geldbörse. M hebt diese auf und schaut hinein. Es sind 100 € in kleinen Scheinen darin. Zu prüfen ist die Strafbarkeit von M und F.

1.	M denkt: „Wie dumm, da muss ich wohl morgen auch noch zum Fundbüro und alles abgeben.“ F sieht M an und sagt: „Das Geld könntest Du ruhig behalten“. M verwendet das Geld im Laufe der nächsten Woche für sich. ¹⁸
2.	M denkt: „Wie dumm, da muss ich wohl morgen auch noch zum Fundbüro und alles abgeben.“ F sieht M an und sagt: „Das Geld könntest Du ruhig behalten“. M sagt: „Du spinnst wohl!“ und gibt das Geld beim Fundbüro ab.
3.	M denkt: „Prima, das reicht, um die heutigen Ausgaben zu decken. Das Geld behalte ich.“ F sieht M an und sagt: „Das Geld könntest Du ruhig behalten.“ M verwendet das Geld für sich.
4.	M sagt: „Prima, das reicht, um die heutigen Ausgaben zu decken. Das Geld behalte ich.“ F sieht M an und sagt: „Nimm' nur 20 Euro, das reicht auch.“ M verwendet 20 € für sich. ¹⁹
5.	M denkt: „Wie dumm, da muss ich wohl morgen auch noch zum Fundbüro und alles abgeben.“ F sieht M an und sagt: „Das Geld könntest Du ruhig behalten“. M denkt: „Die spinnst wohl!“, will aber eine Auseinandersetzung mit seiner Frau vermeiden. Er sagt also: „Ja, da hast Du eine gute Idee gehabt“ und steckt die Geldbörse ein. Am nächsten Tag gibt er das Geld beim Fundbüro ab.
6.	M zeigt F das Geld. F fragt: „Wollen wir davon heute Abend schick Essen gehen?“ M antwortet: „Wir wollten doch immer schon zu dem neuen ‚Portugiesen‘ am Hafen“. M und F gönnen sich dort eine riesige Platte „Meeresfrüchte für Zwei“ und edlen Wein. M bezahlt mit den gefundenen 100 €.

Der besondere Fall²⁰

Der Ehemann (M) aus dem Ausgangsfall findet auf der Straße vor seinem Haus einen zusammengefalteten 100-Euro-Schein und geht davon aus, dass jemand diesen Schein verloren hat. Statt zum Fundbüro zu gehen, gibt M das Geld noch am selben Tag für sich selber aus. Mit dem Kauf eines Zubehörteils für sein Motorrad erfüllt er sich einen langgehegten Wunsch. Zwei Tage später vermisst M einen eigenen 100-Euro-Schein und erkennt, dass es sich bei dem Schein auf dem Gehweg vor seinem Haus um seinen eigenen Geld gehandelt hatte. Über seine eigene Schusseligkeit lachend, erzählt M dies seinem Nachbarn N, der zufällig Polizeibeamter ist.

Literatur

Jäger, Diebstahl nach dem 6. Strafrechtsreformgesetz – Ein Leitfaden für Studium und Praxis, JuS 2000, 651ff; ■ ders., Unterschlagung nach dem 6. Strafrechtsreformgesetz – Ein Leitfaden für Studium und Praxis, JuS 2000, 1167 ff.; ■ Kudlich/Koch, Die Unterschlagung (§ 246 StGB) in der Fallbearbeitung, JA 2017, 184 ff; ■ Rengier, Strafrecht Allgemeiner Teil, 12. Aufl. 2020, Kap. § 45 (Anstiftung und Beihilfe).

- 1 Rückmeldungen zur Reihe „Repetitorium“ im Polizei Info Report und Anregungen für Themen, die im Repetitorium behandelt werden sollten, werden erbeten an Karoline.Starkgraff@poladium.de.
- 2 Die Lösung kann auch durch eine inzidente Prüfung erfolgen, also eine Prüfung innerhalb des Schemas der Anstiftung bei dem Prüfungspunkt „Rechtswidrige Haupttat“. Dazu wird nur geraten, wenn die Prüfung des Haupttäters im Bearbeitungshinweis ausdrücklich ausgeschlossen ist oder sich sonst verbietet (z. B. wenn der Haupttäter bereits verstorben ist).
- 3 Bei der prüfungsrechtlich ebenfalls sehr relevanten Fallgruppe der Diebesfalle ist hingegen zu erörtern, ob der Gewahrsamswechsel gegen den Willen des Gewahrsamsinhabers erfolgt, denn diesem kommt es darauf an, dass der Täter die bereitgelegte Beute an sich nimmt. Ohne Gewahrsamsbruch kein Diebstahl, folglich kommt eine Unterschlagung in Betracht.
- 4 BGH, Beschl. v. 14.4.2020, 5 StR 10/20, NSTZ 2020, 483.
- 5 Hecker, Strafrecht BT: Diebstahl oder Unterschlagung. Beurteilung der Gewahrsamsverhältnisse., JuS 2020, 1083 (1083), LS 2 (Ls. d. Bearb.).
- 6 Burhoff, Fundunterschlagung, StRR 2021, 27.
- 7 Kudlich, Verliere, was verloren werden muss, damit andere finden, was gefunden werden muss, JA 2020, 865, (867).
- 8 Renniecke, Gewahrsam an zurückgelassenen Sachen. Entscheidungsanmerkung zu BGH, Beschl. v. 14.4.2020 – 5 StR 10/20 (LG Dresden), ZJS 2020, 499 (501).
- 9 Hecker, Strafrecht BT: Diebstahl oder Unterschlagung. Beurteilung der Gewahrsamsverhältnisse, JuS 2020, 1083 (1085).
- 10 Hoven, Gewahrsamslage beim Diebstahl, NSTZ 2021, 228, Praxisanmerkung zu BGH, Beschl. v. 28.7.2020.
- 11 Diese Unterscheidung sollte aus dem subjektiven Tatbestand des Diebstahls vertraut sein. Bei der Unterschlagung muss die Zueignung erfolgen, beim Diebstahl nur beabsichtigt sein.
- 12 Wessels/Hillenkamp, Strafrecht Besonderer Teil 2, 39. Aufl. 2016, S. 153.
- 13 Ausführlich zu diesem Aspekt Kudlich/Koch, Die Unterschlagung (§ 246 StGB) in der Fallbearbeitung, JA 2017, 184 (186).
- 14 Tatentschluss plus Unmittelbares Ansetzen führt zur Versuchsstrafbarkeit. Die Einzelheiten des Versuchsbeginns können im Rahmen dieses Repetitoriums nicht erörtert werden. Vollendet ist die Unterschlagung mit der nach außen erkennbaren Manifestation der Zueignung.
- 15 Rengier, Strafrecht Allgemeiner Teil, 12. Aufl. 2020, § 45 Rn. 38 mit den Hinweisen, dass diese „Meinungsgruppe“ von „der Rechtsprechung angeführt“ wird.
- 16 Vgl. dazu Rengier, StGB AT, 12. Aufl. 2020, S. 439 m.w.N.
- 17 Ein traditionsreiches und beliebtes Volksfest; vgl. <https://www.hamburg.de/dom/> (27.11.2021).
- 18 Der Verbleib der Geldbörse soll aus Gründen der Vereinfachung nicht weiter interessieren.
- 19 Weitere spannende Fall-Fortschreibungen ergeben sich hinsichtlich der Geldbörse mit den verbleibenden 80 €. Wirft M die Geldbörse mit dem Restinhalt wieder zu Boden? Oder behauptet er beim Fundamt wahrheitswidrig, dass nur 80 € in der Geldbörse gewesen seien? Oder (glaubhaft?), dass er die Geldbörse abgebe, aber das Geld darin vorher nicht gezählt habe? Diese Abwandlungen reichen weit über das Thema dieses Repetitoriums hinaus, sollen aber „Lust auf Mehr“ machen.
- 20 Diese Fallabwandlung verdanke ich meinen sehr interessierten und diskussionsfreudigen Studenten an der Hochschule der Polizei Sachsen (FH).

Repetitorium LÖSUNG

heute: StGB AT und BT - Anstiftung zur Fundunterschlagung

Arbeitsblatt Lösung

Ausgangsfall: Ein Ehepaar, bestehend aus M (Mann) und F (Frau), geht nach dem Besuch des Hamburger Doms²¹ zum Pkw. Auf dem Parkplatz findet M eine Geldbörse. M hebt diese auf und schaut hinein. Es sind 100 € in kleinen Scheinen darin. Zu prüfen ist die Strafbarkeit von M und F.

1.	M denkt: „Wie dumm, da muss ich wohl morgen auch noch zum Fundbüro und alles abgeben.“ F sieht M an und sagt: „Das Geld könntest Du ruhig behalten“. M verwendet das Geld im Laufe der nächsten Woche für sich. ²²
L-1	<p>Unterschlagung durch M (+) Die Geldscheine in der Geldbörse sind unstrittig für M fremde, bewegliche Sachen. Das Aufheben der Geldbörse, das Zählen des Inhalts, selbst das Einstecken des Fundes manifestierten nach außen noch keine Zueignung. Diese wird aber durch die Verwendung des Geldes „für sich“ deutlich. Dadurch erweckt M auch bei einem objektiven Beobachter den Eindruck, dass M hier das gefundene Geld wie eigenes Geld behandelt, indem er damit Waren oder Dienstleistungen bezahlt. Vorsatz, Rechtswidrigkeit und Schuld sind gegeben.</p> <p>Anstiftung des M zur Unterschlagung des Geldes durch F (+) Eine vorsätzliche rechtswidrige Haupttat des M liegt vor (s. oben). F hat M auch dazu bestimmt, denn zunächst wollte M mit dem Fund zum Fundbüro gehen. Erst die Äußerung Fs hat die Idee, das Geld zu behalten und auszugeben, bei M geweckt. F tätigte diese Äußerung vorsätzlich in Kenntnis aller Umstände (z.B., dass es sich um fremde, bewegliche Sachen handelt) und handelt auch vorsätzlich hinsichtlich der Vollendung der Haupttat durch M.</p> <p>Insgesamt ein unproblematischer Fall.</p>
2.	M denkt: „Wie dumm, da muss ich wohl morgen auch noch zum Fundbüro und alles abgeben.“ F sieht M an und sagt: „Das Geld könntest Du ruhig behalten“. M sagt: „Du spinnst wohl!“ und gibt das Geld beim Fundbüro ab.
L-2	<p>Hier fehlt es bereits an einer Haupttat durch M, der sich nicht anstiften lässt. Folglich ist F keine Anstifterin.</p> <p>Die Unterschlagung gemäß § 246 Abs. 1 StGB ist gemäß § 12 Abs. 2 StGB ein Vergehen, so dass eine Strafbarkeit gemäß § 30 Abs. 1 StGB weder geprüft noch angesprochen werden muss.</p>

3.	M denkt: „Prima, das reicht, um die heutigen Ausgaben zu decken. Das Geld behalte ich.“ F sieht M an und sagt: „Das Geld könntest Du ruhig behalten.“ M verwendet das Geld für sich.
L-3	<p>Unterschlagung durch M (+) – s. oben</p> <p>Die Anstiftung durch F scheitert daran, dass M bereits zur Tat entschlossen war, als F das Gespräch eröffnete. Dies ist der typische Fall der untauglich versuchten, straflosen Anstiftung²³. Je nach den Umständen des Einzelfalls sollte an eine psychische Beihilfe gedacht werden.</p>
4.	M sagt: „Prima, das reicht, um die heutigen Ausgaben zu decken. Das Geld behalte ich.“ F sieht M an und sagt: „Nimm‘ nur 20 Euro, das reicht auch.“ M verwendet 20 € für sich. ²⁴
L-4	<p>M begeht eine Fundunterschlagung an 20 €. Sollte es zu einem Ermittlungsverfahren kommen (z.B., weil F alles zugibt, nachdem der Verlierer ermittelt wurde), wäre wegen der Geringwertigkeit ein Strafantrag oder ein besonderes öffentliches Interesse erforderlich (§§ 246 Abs. 1, 248a StGB).</p> <p>Für F gilt: M war zu einer Fundunterschlagung entschlossen. Die Reduzierung des Werts ist unerheblich. F kann in ihrem Mann keinen Tatentschluss zu einer Fundunterschlagung mehr wecken. F begeht keine Anstiftung. Für eine psychische Beihilfe bedürfte es weiterer Sachverhaltsangaben.</p>
5.	M denkt: „Wie dumm, da muss ich wohl morgen auch noch zum Fundbüro und alles abgeben.“ F sieht M an und sagt: „Das Geld könntest Du ruhig behalten“. M denkt: „Die spinnt wohl!“, will aber eine Auseinandersetzung mit seiner Frau vermeiden. Er sagt also: „Ja, da hast Du eine gute Idee gehabt“ und steckt die Geldbörse ein. Am nächsten Tag gibt das Geld beim Fundbüro ab.
L-5	<p>Ein einfacher Fall, wenn man zunächst nach der Haupttat forscht und keine findet.</p> <p>Fraglich könnte sein, ob die vorgetäuschte Bereitschaft, das Geld zu behalten, bereits eine nach außen gerichtete Manifestation der Zueignung ist. Das Einstecken der Geldbörse allein reicht dafür jedenfalls nicht aus. Eine mündliche Bekanntgabe würde allein auch nicht ausreichend. Im Zusammenspiel darf man diesen Punkt ergebnisoffen entscheiden. Wer im obj. Tatbestand eine Manifestation des Zueignungswillens vertritt, scheitert im subjektiven Tatbestand am Zueignungsvorsatz. M wollte zwar die Geldbörse einstecken und auch F täuschen. Lassen Sie sich nicht verwirren – sich das Geld zueignen, wollte M nie.</p> <p>Keine Haupttat des M, also keine Anstiftung durch F.</p>
6.	M zeigt F das Geld. F fragt: „Wollen wir davon heute Abend schick Essen gehen?“ M antwortet: „Wir wollten doch immer schon zu dem neuen ‚Portugiesen‘ am Hafen“. M und F gönnen sich dort eine riesige Platte „Meeresfrüchte für Zwei“ und edlen Wein. M bezahlt mit den gefundenen 100 €.

L-6	<p>Was soll diese Fallabwicklung zeigen? F weckt den Tatentschluss zu einer Unterschlagung durch M – oder etwa nicht?</p> <p>Diese Fallabwicklung soll vor einer gedanklichen Enge schützen! Täterschaft ist immer vor Teilnahme zu prüfen. Hier kommt eine Mittäterschaft zwischen M und F gemäß § 25 Abs. 2 StGB in Betracht, die vorrangig zu prüfen ist. Kurz gefasst liegt eine Mittäterschaft dann vor, wenn ein gemeinsamer Tatplan vorliegt, eine gemeinsame Tatherrschaft von einem gemeinsamen Tatinteresse getragen wird. Erforderlich ist eine Gesamtbetrachtung aller objektiven und subjektiven Umstände des Falls.</p> <p>Ein gemeinsamer Tatplan kann jedoch kaum anders entstehen als dadurch, dass ein (zukünftiger) Mittäter dem anderen einen Vorschlag zur Tat unterbreitet. Die durch F verwirklichte Anstiftung ist nicht zu prüfen, weil sie in der mittäterschaftlichen Unterschlagung (§§ 246 Abs. 1, 25 Abs. 2 StGB) aufgeht.</p>
-----	--

Lösung des besonderen Falls

*Der Fall*²⁵

Der Ehemann (M) aus dem Ausgangsfall findet auf der Straße vor seinem Haus einen zusammengefalteten 100-Euro-Schein und geht davon aus, dass jemand diesen Schein verloren hat. Statt zum Fundbüro zu gehen, gibt M das Geld noch am selben Tag für sich selber aus. Mit dem Kauf eines Zubehörteils für sein Motorrad erfüllt er sich einen langgehegten Wunsch. Zwei Tage später vermisst M einen eigenen 100-Euro-Schein und erkennt, dass es sich bei dem Schein auf dem Gehweg vor seinem Haus um sein eigenes Geld gehandelt hatte. Über seine eigene Schusseligkeit lachend, erzählt M dies seinem Nachbarn N, der zufällig Polizeibeamter ist.

Die Lösung

Im besonderen Fall geht es nicht um eine Anstiftung, sondern um die Frage, ob sich M strafbar gemacht hat, als er sein eigenes Geld findet und ausgibt. Eine vollendete Unterschlagung scheidet bereits am Tatobjekt. Der 100-Euro-Schein ist für M nicht fremd, sondern sein Eigentum.

Die Prüfung der Strafbarkeit darf aber nicht vorschnell beendet werden. Es kommt nämlich eine Versuchsstrafbarkeit in Betracht. Die Schwierigkeiten des Versuchsbeginns bei der Fundunterschlagung wurden bereits angedeutet. Sie sind hier nicht relevant. Prüfen Sie den Versuch aufbaugerecht von Anfang an:

Vorprüfung²⁶

Es liegt keine vollendete Unterschlagung vor, weil der eigene Geldschein kein taugliches Tatobjekt ist. Es fehlt an der Fremdheit der Sache (s. oben). Der Versuch ist gemäß § 246 Abs. 3 StGB strafbar.

I. Tatbestand

1. Subjektiver Tatbestand = Tatentschluss

M wollte eine fremde, bewegliche Sache unterschlagen. Er wollte sich den vermeintlich fremden Schein zueignen.

2. Objektiver Tatbestand = Unmittelbares Ansetzen zur Tat

Ein Täter setzt auf jeden Fall dann unmittelbar zur Tatausführung an, wenn er tatbestandliche Ausführungshandlungen vornimmt. M gibt das Geld aus, als er sich Motorradzubehör dafür kauft. Damit wird auch seine (irrtümliche) Schein-Eigentümerstellung nach außen deutlich. M hat zur Tat unmittelbar angesetzt.

II. und III. Rechtswidrigkeit und Schuld

M handelt rechtswidrig und schuldhaft.

IV. Rücktritt vom Versuch

Ein Rücktritt vom Versuch ist nicht ersichtlich. Als M seinen Irrtum bemerkt, ist es für einen Rücktritt zu spät. Es liegt ein strafbarer, untauglicher Versuch der Unterschlagung gemäß § 246 Abs. 1 StGB vor. Die Strafe kann gemäß § 23 Abs. 2 StGB gemildert werden. Polizeibeamter P muss sich fragen, ob er sein Wissen privat und außerdienstlich erfahren hat

und wie sein Dienstherr den Umgang mit privat erlangtem Wissen von Straftaten geregelt hat.

Erfährt P dienstlich von dem Fall, greift das Legalitätsprinzip.

¹ Dank gebührt PK Asmussen für Anregungen und Korrekturdurchsicht. Rückmeldungen und Anregungen richten Sie bitte an Karoline.Starkgraff@poladium.de.

² Die Lösung kann auch durch eine inzidente Prüfung erfolgen, also eine Prüfung innerhalb des Schemas der Anstiftung bei dem Prüfungspunkt „Rechtswidrige Haupttat“. Dazu wird nur geraten, wenn die Prüfung des Haupttäters im Bearbeitungshinweis ausdrücklich ausgeschlossen ist oder sich sonst verbietet (z. B., wenn der Haupttäter bereits verstorben ist).

³ Bei der prüfungsrechtlich ebenfalls sehr relevanten Fallgruppe der Diebesfalle ist hingegen zu erörtern, ob der Gewahrsamswechsel gegen den Willen des Gewahrsamsinhabers erfolgt, denn bei diesem kommt es darauf an, dass der Täter die bereitgelegte Beute an sich nimmt. Ohne Gewahrsamsbruch kein Diebstahl, folglich kommt eine Unterschlagung in Betracht.

⁴ BGH, Beschl. v. 14.4.2020, 5 StR 10/20, NStZ 2020, 483.

⁵ Hecker, Strafrecht BT: Diebstahl oder Unterschlagung. Beurteilung der Gewahrsamsverhältnisse., JuS 2020, 1083 (1083), LS 2 (Ls. d. Bearb.).

⁶ Burhoff, Fundunterschlagung, StRR 2021, 27.

⁷ Kudlich, Verliere, was verloren werden muss, damit andere finden, was gefunden werden muss, JA 2020, 865, (867).

⁸ Rennicke, Gewahrsam an zurückgelassenen Sachen. Entscheidungsanmerkung zu BGH, Beschl. v. 14.4.2020 – 5 StR 10/20 (LG Dresden), ZJS 2020, 499 (501).

⁹ Hecker, Strafrecht BT: Diebstahl oder Unterschlagung. Beurteilung der Gewahrsamsverhältnisse, JuS 2020, 1083 (1085).

¹⁰ Hoven, Gewahrsamslage beim Diebstahl, NStZ 2021, 228, Praxisanmerkung zu BGH, Beschl. v. 28.7.2020.

¹¹ Diese Unterscheidung sollte aus dem subjektiven Tatbestand des Diebstahls vertraut sein. Bei der Unterschlagung muss die Zueignung erfolgen, beim Diebstahl nur beabsichtigt sein.

¹² Wessels/Hillenkamp, Strafrecht Besonderer Teil 2, 39. Aufl. 2016, S. 153.

¹³ Ausführlich zu diesem Aspekt Kudlich/Koch, Die Unterschlagung (§ 246 StGB) in der Fallbearbeitung, JA 2017, 184 (186).

¹⁴ Tatentschluss plus Unmittelbares Ansetzen führt zur Versuchsstrafbarkeit. Die Einzelheiten des Versuchsbeginns können im Rahmen dieses Repetitoriums nicht erörtert werden. Vollendet ist die Unterschlagung mit der nach außen erkennbaren Manifestation der Zueignung.

¹⁵ Rengier, Strafrecht Allgemeiner Teil, 12. Aufl. 2020, § 45 Rn. 38 mit dem Hinweis, dass diese „Meinungsgruppe“ von „der Rechtsprechung angeführt“ wird.

¹⁶ Vgl. dazu Rengier, StGB AT, 12. Aufl. 2020, S. 439 m.w.N.

¹⁷ Ein traditionsreiches und beliebtes Volksfest; vgl. <https://www.hamburg.de/dom/> (27.11.2021).

¹⁸ Der Verbleib der Geldbörse soll aus Gründen der Vereinfachung nicht weiter interessieren.

¹⁹ Weitere spannende Fall-Fortschreibungen ergeben sich hinsichtlich der Geldbörse mit den verbleibenden 80 €. Wirft M die Geldbörse mit dem Restinhalt wieder zu Boden? Oder behauptet er beim Fundamt wahrheitswidrig, dass nur 80 € in der Geldbörse gewesen seien? Oder (glaubhaft?), dass er die Geldbörse abgebe, aber das Geld darin vorher nicht gezahlt habe? Diese Abwandlungen reichen weit über das Thema dieses Repetitoriums hinaus, sollen aber „Lust auf Mehr“ machen.

²⁰ Diese Fallabwandlung verdanke ich meinen sehr interessierten und diskussionsfreudigen Studenten an der Hochschule der Polizei Sachsen (FH).

²¹ Ein traditionsreiches und beliebtes Volksfest; vgl. <https://www.hamburg.de/dom/> (27.11.2021).

²² Der Verbleib der Geldbörse soll aus Gründen der Vereinfachung nicht weiter interessieren.

²³ § 30 Abs. 1 StGB ist mangels Verbrechenscharakters der Unterschlagung auch hier nicht zu prüfen.

²⁴ Weitere spannende Fall-Fortschreibungen ergeben sich hinsichtlich der Geldbörse mit den verbleibenden 80 €. Wirft M die Geldbörse mit dem Restinhalt wieder zu Boden? Oder behauptet er beim Fundamt wahrheitswidrig, dass nur 80 € in der Geldbörse gewesen seien? Oder (glaubhaft?), dass er die Geldbörse abgebe, aber das Geld darin vorher nicht gezahlt habe? Diese Abwandlungen reichen weit über das Thema dieses Repetitoriums hinaus, sollen aber „Lust auf Mehr“ machen.

²⁵ Diese Fallabwandlung verdanke ich meinen sehr interessierten und diskussionsfreudigen Studenten an der Hochschule der Polizei Sachsen (FH).

²⁶ Die Vorprüfung beim Versuch ist weder dogmatisch noch prüfungsrechtlich zwingend. Bei vielen Prüfern gehört sie immer noch zum Erwartungshorizont und sollte deshalb wenigstens auf der Skizze erscheinen. Hier wird sie der Vollständigkeit halber angeführt.