

Die Musterlösung wurde erstellt von Dennis Bock*

Fortgeschrittenenklausur Strafrecht

Sachverhalt

Sigmar Baring (B) eröffnete eine Zahnarztpraxis als reine Privatpraxis, weil er einen Antrag auf Zulassung als Kassenarzt wegen seiner Vorstrafen nicht als erfolgversprechend ansah. Um auch Kassenpatienten behandeln und die für diese erbrachten Leistungen abrechnen zu können, setzte er den als Kassenarzt zugelassenen Rainer Zens (Z1) in seiner Praxis gegen eine monatliche Zahlung als

„Strohmann“ ein. B behandelte neben den Privatpatienten 90% der Kassenpatienten, Z1 nur die restlichen 10%. Entsprechend der von beiden getroffenen Abrede rechnete Z1 jedoch gegenüber der Kassenzahnärztlichen Vereinigung (G) auch die von B durchgeführten Behandlungen als eigene ab. Durch anonyme Anzeige wurde die G darauf hingewiesen, dass Z1 rechtswidrig abrechnete. Sie entschloss sich trotzdem, zumindest einen Teil der beantragten Gelder auszus zahlen, weil sie befürchtete, in einem etwaigen Rechtsstreit zu unterliegen. Die G zahlte Honorare in Höhe von insgesamt rund 1,26 Millionen Euro an Z1 aus. Das Geld vereinnahmte – abgesehen von der monatlichen Zahlung an Z1 – der B für sich.

Nachdem alles herausgekommen war, suchte B eine neue Einkommensquelle. Er bewarb sich in der Privatklinik des Friedhelm Zwier (Z2) auf eine ausgeschriebene Stelle als Zahnarzt, zu der auch Aufgaben in der dazugehörigen Verwaltung und Buchführung gehörten. Um die Lü-

* Prof. Dr. Dennis Bock ist Inhaber des Lehrstuhls für Deutsches und Internationales Strafrecht, Strafprozessrecht und Wirtschaftsstrafrecht am Institut für Kriminalwissenschaften der Christian-Albrechts-Universität (CAU) zu Kiel. Die Klausur wurde als dritte Klausur im Rahmen der Übung im Strafrecht für Fortgeschrittene im Sommersemester 2012 an der CAU gestellt. Im Durchschnitt erreichten die abgegebenen 47 Klausuren 4,89 Punkte; die Durchfallquote lag bei 31,91%. Es wurden Noten zwischen 1 und 11 Punkten vergeben. §§ ohne Gesetzesbezeichnung sind solche des StGB.

cke für die Zeit seiner Privatpraxis in seinem Lebenslauf zu kaschieren, fabrizierte B ein vermeintliches Arbeitszeugnis über seine Tätigkeit bei einer anderen renommierten Klinik, indem er auf die Rückseite eines mit seinem Namen versehenen Briefbogens den von ihm selbst erstellten Text des Zeugnisses klebte und darunter eine von einem anderen Schreiben ausgeschnittene Unterschrift seines angeblichen früheren Arbeitgebers. An der rechten Längsseite des Briefbogens klebte er den ebenfalls ausgeschnittenen Firmenaufdruck der Klinik. Von dem so erstellten für ihn günstigen Zeugnis fertigte er als solche erkennbare Kopien, von denen er eine in der Folgezeit seinen Bewerbungsunterlagen bei Z2 beigab, um dort eine Anstellung zu erhalten. Dort erkannte man aber die Manipulation und der B wurde nicht eingestellt.

Strafbarkeit des B nach dem StGB?

Etwaige Straftaten zu Lasten der Patienten sind nicht zu prüfen.

Lösung

1. Teil: Zahnarztpraxis des B und des Z1¹

Strafbarkeit der B gem. §§ 263 I, 25 II zu Lasten der G

B könnte sich gegenüber dem zuständigen Sachbearbeiter der G wegen mittäterschaftlichen Betrugs zu Lasten der G gem. §§ 263 I², 25 II³ strafbar gemacht haben, indem er zusammen mit Z1 Behandlungsleistungen abrechnete.

I. Tatbestand

1. Objektiver Tatbestand

a) Sog. Täuschung über Tatsachen

B müsste den zuständigen Sachbearbeiter der G über Tatsachen getäuscht haben. Eine Täuschung umfasst die gesetzlichen Merkmale des Vorspiegels falscher oder Unterstellung oder Unterdrückung wahrer Tatsachen.⁴ Tatsachen sind konkrete, real existierende Zustände oder Vorgänge der Vergangenheit oder Gegenwart, die der wahrnehmbaren Wirklichkeit angehören und dem Beweis zugänglich sind.⁵

Gegenüber der G tritt aber nicht B, sondern Z1 in Erscheinung. Dieser rechnet auch die durch den nichtzugelassenen B erbrachten Leistungen gegenüber G als eigene ab und täuscht diese daher zumindest konkludent, wenn nicht sogar ausdrücklich über die Tatsache ordnungsgemäßer Abrechnung eigener erbrachter Leistungen. Fraglich ist, ob dem B das Verhalten des Z1 über eine eventuelle Mittäterschaft gem. § 25 II zugerechnet werden kann. Hierfür müssten B und Z1 i.S.d. § 25 II gemeinschaftlich gehandelt haben. Dies setzt eine gemeinsame Tatausführung aufgrund eines gemeinschaftlichen Tatentschlusses voraus.⁶

Die gemeinsame Tatausführung erfordert einen Tatbeitrag, dessen Anforderungen umstritten⁷ sind. Die Rechtsprechung lässt auf Grundlage ihrer subjektiven Theorie jeden vom gemeinsamen Tatentschluss (Täterwillen, *animus auctoris*) getragenen Tatbeitrag – auch geringfügigste Mitwirkungen im Vorbereitungsstadium – genügen.⁸ B erbringt einen Tatbeitrag durch Einsetzen seines Strohmanns Z1. B müsste nach der Konzeption der Rechtsprechung Täterwillen haben. Kriterien hierfür sind das Erfolgsinteresse, der Umfang der Tatbeteiligung sowie die Tatherrschaft bzw. der Wille dazu.⁹ B plante das Geschäftsmodell und den Großteil der Einnahmen. Er hatte mithin gewichtigen Anteil am Entstehen der Tat und an deren Gewinnen. B handelte mit Täterwillen. Nach dem Ansatz der Rechtsprechung wäre B (Mit-)Täter. Die Gegenauffassung¹⁰ bestimmt Täterschaft objektiv nach dem Kriterium der Tatherrschaft: Täter ist hiernach, wer als Zentralgestalt des Geschehens die planvoll-lenkende oder mitgestaltende Tatherrschaft besitzt. Tatherrschaft ist dabei das vom Vorsatz umfasste In-den-Händen-Halten des tatbestandsmäßigen Geschehensablaufs. Teilnehmer ist, wer ohne eigene Tatherrschaft als Randfigur des realen Geschehens die Begleitung der Tat veranlasst oder fördert. Mittäterschaft ist hiernach funktionale Tatherrschaft, d.h. Mitherrschaft bei der Ausführungshandlung. Verlangt wird ein wesentlicher Tatbeitrag im Sinne einer Arbeitsteiligkeit. Vorbereitungs- und nebensächliche Handlungen genügen grundsätzlich nicht, jedoch wird ein Beteiligungsminus im Ausführungsstadium durch ein Beteiligungsplus im Vorbereitungsstadium ausgeglichen.¹¹ Auch nach diesem Ansatz ist B als Planer und Gestalter des Geschäftsmodells sowie Erbringer medizinischer Leistungen Inhaber der Tatherrschaft durch Ableisten eines wesentlichen Tatbeitrags. Anders dürfte man dies nur dann sehen, wenn man gerade im Ausführungsstadium, hier also im Zeitpunkt der Täuschung, ein arbeitsteiliges Handeln verlangt.¹² Hiergegen spricht aber, dass gerade die faktische Ausführung eher un-

¹ Nach BGH, NJW 2003, 1198.

² Didaktisch zu § 263: Eisele, Strafrecht Besonderer Teil, Bd. 2: Eigentums- und Vermögensdelikte, 2. Aufl. 2012, Rn. 517 ff.; Kindhäuser/Nikolaus, Sonderfragen des Betrugs (§ 263 StGB), JuS 2006, 590.

³ Didaktisch zur Mittäterschaft: Heinrich, Strafrecht Allgemeiner Teil, 3. Aufl. 2012, Rn. 1218 ff.; Marlie, Voraussetzungen der Mittäterschaft – Zur Fallbearbeitung in der Klausur, JA 2006, 613.

⁴ Vgl. Eisele, StrR BT II (Fn. 2), Rn. 521.

⁵ Joecks, Studienkommentar StGB, 10. Aufl. 2012, § 263 Rn. 30 („etwas Geschehenes oder Bestehendes, das zur Erscheinung gelangt und in die Wirklichkeit getreten und daher dem Beweis zugänglich ist“).

⁶ Vgl. nur Kindhäuser, Lehr- und Praxiskommentar StGB, 5. Aufl. 2013, § 25 Rn. 48 ff.

⁷ Zusammenfassend Fischer, Strafrechtsgesetzbuch und Nebengesetze, 59. Aufl. 2012, § 25 Rn. 12b ff.

⁸ Hierzu vgl. nur Joecks, StGB (Fn. 5), § 25 Rn. 84 m.w.N.

⁹ Vgl. Fischer, StGB (Fn. 7), § 25 Rn. 14.

¹⁰ Vgl. nur Heinrich, StrR AT (Fn. 3), Rn. 1206 m.w.N.

¹¹ Vgl. Heinrich, StrR AT (Fn. 3), Rn. 1228.

¹² So etwa Schild, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, Strafrechtsgesetzbuch, Bd. 1, 3. Aufl. 2010, § 25 Rn. 139 m.w.N.

bedeutend mechanisch sein kann, die eigentlich gefährliche Tathandlung dann aber in deren Planung besteht.

B und Z1 müssten eine gemeinschaftlichen Tatentschluss, genauer: einen Entschluss zur gemeinsamen Tat gehabt haben. Dies ist ein Einigsein über gleichberechtigte Partnerschaft, die Rollenverteilung und gegenseitige Abhängigkeit.¹³ Z1 und B vereinbaren die Durchführung ihres Geschäftsmodells. Z1 nimmt in diesem als Strohmännchen, also als derjenige, der nach außen alles abwickelt, auch keine unbedeutende Rolle ein und weiß das auch. B und Z1 vereinbaren also bewusst ein im Wesentlichen gleichbedeutendes/gleichberechtigtes arbeitsteiliges Handeln.

B wird die Täuschung des Z1 mithin gem. § 25 II zugerechnet.

b) Irrtum

Der Sachbearbeiter der G müsste sich geirrt haben. Dies ist ein Auseinanderfallen von Vorstellung und Wirklichkeit.¹⁴ Hierbei genügt – anders als bloße Gleichgültigkeit oder sog. *ignorantia facti*¹⁵ – zunächst ein sachgedankliches Mitbewusstsein, d.h. die Vorstellung, dass „alles in Ordnung“ ist, wenn sich diese Vorstellung aus bestimmten Tatsachen ableitet.¹⁶ Vorliegend nimmt der Sachbearbeiter die falsche Abrechnung zur Kenntnis und wird sich jedenfalls im o.a. Sinne Gedanken machen. Allerdings ist davon auszugehen, dass der Sachbearbeiter der G aufgrund der anonymen Anzeige zweifelte, ob die Angaben des Z1 wirklich der Wahrheit entsprachen. Dies zeigt sich daran, dass sich G entschloss, nur einen Teil der beantragten Gelder auszuzahlen, und auch das nur, weil sie befürchtete, in einem etwaigen Rechtsstreit zu unterliegen.

Fraglich ist aber, wie sich die Zweifel auswirken. Es ist strittig, ob ein betrugsrelevanter Irrtum vorliegt, wenn der Getäuschte Zweifel hegte.¹⁷ Eine viktimologisch orientierte Auffassung verneint dies.¹⁸ Hiernach läge kein Irrtum vor. Die herrschende Gegenauffassung¹⁹ erklärt Zweifel für irrelevant. Hiernach hätte sich der Sachbearbeiter geirrt. Eine vermittelnde Auffassung stellt darauf ab, ob das Opfer die Richtigkeit der Tatsache für wahrscheinlicher hält als die Unrichtigkeit.²⁰ Hiernach läge kein Irrtum vor, wenn

man den Anteil der ausbezahlten Gelder als Indiz heranzieht: G hat den Betrag nur teilweise, jedenfalls nicht vollständig ausbezahlt. Eine weitere vermittelnde Auffassung lässt den Irrtum (nur) bei grober Fahrlässigkeit entfallen, also dann, wenn das Opfer Gesichtspunkte nicht beachtet, die sich jedem hätten aufdrängen müssen.²¹ Hiernach läge wohl ein Irrtum vor. Der Wahrheitsgehalt anonymen Anzeigen ist immerhin so zweifelhaft, dass man hierauf nicht vertrauen und ein Prozessrisiko eingehen muss.

Zwar ist es im Sinne der Viktimodogmatik richtig, dass zweifelnde Opfer die Möglichkeit des Selbstschutzes haben. Auch soll das Strafrecht nur *ultima ratio* sein. Ein Irrtum darf nicht einfach fingiert und damit als Tatbestandsmerkmal eliminiert werden. Dennoch ist es zutreffend, Rechtsprechung und h.L. zu folgen, die stets einen Irrtum trotz Zweifeln anerkennen. Auch der vorsichtige Geschädigte muss geschützt werden. Auch wenn er zweifelt, hält der Geschädigte Behauptetes für möglich, obwohl die Möglichkeit nicht besteht, und unterliegt daher insofern einem Irrtum. Die Bewertung von Mitverschulden ist, anders als dem Zivilrecht (v.a. § 254 BGB), dem Strafrecht fremd. Es ist auch nicht einzusehen, dass ein bloßes Mitverschulden des Opfers zum vollständigen Haftungsauschluss beim Täter führen soll. Da kein schützenswertes Interesse bzgl. der Kundgabe falscher Tatsachen erkennbar ist, ist die Schaffung von Freiheitsräumen zugunsten des Täters und zu Lasten des Getäuschten abzulehnen. Die Viktimodogmatik liefert geradezu einen Anreiz zum Missbrauch von Vertrauen, schafft ein Klima des Argwohns. Der Aspekt der Opfermitverantwortlichkeit kann ohnehin auf der Ebene der Strafzumessung berücksichtigt werden. Gegen die vermittelnde wahrscheinlichkeitsorientierte Auffassung spricht schließlich, dass die Abgrenzung nach Wahrscheinlichkeitsgraden begrifflich schwierig und in der Beweisaufnahme kaum nachzuvollziehen ist.

Der Sachbearbeiter der G irrt mithin i.S.d. § 263 I.²²

c) Vermögensverfügung

Aufgrund dieses Irrtums müsste der Sachbearbeiter der G eine unmittelbar vermögensmindernde Handlung, Duldung oder Unterlassung (sog. Vermögensverfügung²³) vornehmen. Dies liegt hier in der Zahlung der Honorare in Höhe von insgesamt rund 1,26 Millionen Euro.

d) Vermögensschaden

Es müsste ein Vermögensschaden eingetreten sein. Die Schadensberechnung erfolgt anhand eines objektiv individualisierenden Beurteilungsmaßstabs nach dem Prinzip der Gesamtsaldierung.²⁴ Durch einen Vergleich der Vermögenslage (mit wirtschaftlicher²⁵ Betrachtungsweise) vor und nach der Verfügung ist zu ermitteln, ob eine nachteilige Vermögensdifferenz eingetreten ist, ohne dass diese

¹³ Joecks, StGB (Fn. 5), § 25 Rn. 92.

¹⁴ Vgl. Eisele, StrR BT II (Fn. 2), Rn. 541.

¹⁵ Vgl. Joecks, StGB (Fn. 5), § 263 Rn. 70; Wessels/Hillenkamp, Strafrecht Besonderer Teil 2: Straftaten gegen Vermögenswerte, 35. Aufl. 2012, Rn. 510.

¹⁶ Vgl. dazu BGH, NJW 2009, 2900; NJW 2009, 3173; Stoffers, Garantienpflicht des Leiters der Innenrevision und der Rechtsabteilung der Berliner Stadtreinigungsbetriebe zur Unterbindung betrügerischer Abrechnungen, NJW 2009, 3176; Mosbacher/Dierlamm, Zur Frage der Garantienpflicht eines Compliance-Officers, NSStZ 2010, 268; Warneke, Die Garantienstellung von Compliance-Beauftragten, NSStZ 2010, 312.

¹⁷ Hierzu BGH, NJW 2003, 1198; Hillenkamp, 40 Probleme aus dem Strafrecht BT, 11. Aufl. 2009, 29. Problem.

¹⁸ Amelung, Irrtum und Zweifel des Getäuschten beim Betrug, GA 1977, 1 (4 ff.).

¹⁹ Vgl. nur Eisele, StrR BT II (Fn. 2), Rn. 548 f. m.w.N.; BGH, NJW 2003, 1198 m.w.N.

²⁰ Giehring, Prozeßbetrug im Versäumnis- und Mahnverfahren – zugleich ein Beitrag zur Auslegung des Irrtumsbegriffs in § 263 StGB, GA 1973, 1 (22).

²¹ Vgl. Mühlbauer, Ablisten und Verwenden von Geldautomatenkarten als Betrug und Computerbetrug, NSStZ 2003, 650 (651 ff.) m.w.N.

²² A.A. vertretbar.

²³ Vgl. nur Wessels/Hillenkamp, StrR BT II (Fn. 15), Rn. 515 ff.

²⁴ Eisele, StrR BT II (Fn. 2), Rn. 545 m.w.N.

²⁵ St. Rspr., vgl. schon RGSt 44, 230; BGH, NSStZ 1996, 191.

durch einen unmittelbar mit der Verfügung zusammenhängenden Vermögenszufluss wirtschaftlich voll ausgeglichen wird.²⁶

Fraglich ist, ob die Erbringung der Behandlungsleistungen durch B die Zahlungen vollständig kompensiert.²⁷ Problematisch ist, ob hierbei auf die sozialrechtliche Rechtmäßigkeit der Abrechnungen abzustellen ist oder auf den wirtschaftlichen Behandlungserfolg. Für letzteres spricht, dass B seine medizinischen Leistungen wirklich erbracht hat, so dass ursprünglich behandlungsbedürftige Patienten keiner Behandlung mehr bedurften und entsprechende Aufwendungen (bei einem zugelassenen Kassenarzt) der G erspart blieben.²⁸ Herrschende Rechtsprechung ist hingegen eine streng formale sozialrechtliche Betrachtungsweise.²⁹ Hiernach setzt die Kompensation der kassenärztlichen Zahlung eine sozialrechtlich wirksame kassenärztliche Leistung voraus, mithin insbesondere eine Zulassung als Kassenarzt (§ 95 SGB V). Mithin liegt eine öffentlich-rechtliche Durchdringung der Beziehungen Patient-Krankenkasse-Kassenärztliche Vereinigung-Arzt gem. SGB V vor, welche auch Einfluss auf die Bewertung der erbrachten Leistungen hat. Ohnehin ist die Berücksichtigung hypothetischer Sachverhalte problematisch, zumal stets unklar bleibt, ob ein anderer Arzt die gleiche Behandlungsweise gewählt hätte. Es ist zwar richtig, dass die Erbringung medizinischer Leistungen eine wirtschaftliche Erwerbstätigkeit ist (vgl. auch die GOÄ, die an konkrete Behandlungsleistungen anknüpft); auch besteht die Gefahr, dass eine formale Betrachtungsweise nicht mehr auf das Gleichgewicht von Leistung und Gegenleistung abstellt, sondern letztlich den bloßen ärztlichen Status schützt – ein Rechtsgut, dessen Schutz § 263 nicht dient. Es droht der Missbrauch dieses Vermögensdelikts zur Absicherung standespolitischer und sozialpolitischer Interessen. Es wäre jedoch Aufgabe des Gesetzgebers, Sonderdelikte für SGB-Verstöße zu schaffen. Je marginaler die Formalien sind, gegen die verstoßen wird, umso klarer tritt dies hervor.³⁰ B allerdings hatte überhaupt keine Zulassung, gerade weil er einen Antrag mangels Erfolgsaussichten unterließ. Hierin spiegelt sich eine gewisse Zuverlässigkeitskontrolle der Krankenkassen, welche auch Ausfluss auf die wirtschaftliche Bewertung haben muss: Ähnlich wie in Fällen des Anstellungsbetrugs liegt mithin

der Schaden in der wirtschaftlichen Minderwertigkeit einer Leistung, die von Unqualifizierten oder (wie hier) Unzuverlässigen erbracht wird.

G erlitt einen Vermögensschaden.³¹

2. Subjektiver Tatbestand

B handelte vorsätzlich i.S.d. § 15 und in der Absicht, sich rechtswidrig (und stoffgleich) zu bereichern.

II. Rechtswidrigkeit und Schuld

B handelte rechtswidrig und schuldhaft.

III. Strafzumessung

B könnte ein Regelbeispiel nach § 263 III verwirklicht haben.

In Betracht kommt Nr. 1: Gewerbsmäßig handelt, wer die Tat in der Absicht begeht, sich aus der wiederholten Tatbegehung eine fortlaufende Einnahmequelle von einigem Umfang und einer gewissen Dauer zu verschaffen.³² Dies liegt hier vor.

In Betracht kommt ferner ein Vermögensverlust großen Ausmaßes gem. Nr. 2: Zwar ist im Einzelnen strittig, ab welcher Höhe ein großes Ausmaß anzunehmen ist.³³ Selbst bei Abzug von Rückerstattungen (falls man das Merkmal „Verlust“ so auslegt³⁴) ist diese Summe aber hier überschritten.

IV. Ergebnis

B hat sich gegenüber dem zuständigen Sachbearbeiter der G wegen mittäterschaftlichen Betrugs gem. §§ 263 I, 25 II zu Lasten der G strafbar gemacht, indem er zusammen mit Z1 Behandlungsleistungen abrechnete. Die Strafe richtet sich nach § 263 III.

2. Teil: Bewerbung bei Z2³⁵

I. § 267 I Var. 2³⁶ durch Anfertigung der Collage

B könnte sich wegen Urkundenfälschung gem. § 267 I Var. 2 strafbar gemacht haben, indem er die Collage aus Briefkopf, Text und Unterschrift fertigte.

Hierfür müsste mindestens ein Bestandteil der Collage eine Urkunde³⁷ i.S.d. § 267 gewesen sein. Hierun-

26 Eisele, StrR BT II (Fn. 2), Rn. 545.

27 Zum Abrechnungsbetrug ausführlich Volk, Zum Schaden beim Abrechnungsbetrug – Das Verhältnis von Strafrecht und Sozialversicherungsrecht, NJW 2000, 3385; Herff, Ärztlicher Abrechnungsbetrug bei Beschäftigung von Strohpartnern?, wistra 2004, 281; Grunst, Zum Abrechnungsbetrug bei fehlender ordnungsgemäßer Zulassung zum Vertragsarzt, NStZ 2004, 533; Singelstein, Vermögensschaden trotz fachgerechter Leistung? – Zur Reichweite der „streng formalen Betrachtungsweise“ beim Abrechnungsbetrug durch Vertragsärzte, wistra 2012, 417.

28 Vgl. Volk (Fn. 27), NJW 2000, 3385 (3386); Grunst (Fn. 27), NStZ 2004, 533.

29 Vgl. BGH, NJW 2003, 1198 (1200); Joecks, StGB (Fn. 5), § 263 Rn. 121; zusammenfassend m.w.N. Kindhäuser, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, Strafrecht, Bd. 2, 3. Aufl. 2010, § 263 Rn. 315a.

30 Vgl. auch Hefendehl, in: Hefendehl/Joecks, Münchener Kommentar zum StGB, Bd. 4, 2006, § 263 Rn. 522 ff.

31 A.A. vertretbar.

32 Joecks, StGB (Fn. 5), § 243 Rn. 30; § 263 Rn. 181.

33 Vgl. BGHSt 48, 360; Lang/Eichborn/Golombek/von Tippelskirch, Regelbeispiel für besonders schweren Fall des Betrugs bzw. der Untreue – Vermögensverlust großen Ausmaßes, NStZ 2004, 528.

34 Zusammenfassend Fischer, StGB (Fn. 7), § 263 Rn. 217.

35 Nach BayObLG, NStZ 1994, 88.

36 Didaktisch zu den Urkundsdelikten: Eisele, Strafrecht Besonderer Teil, Bd. 1: Straftaten gegen die Person und die Allgemeinheit, 2. Aufl. 2012, Rn. 782 ff.

37 Didaktisch hierzu Satzger, Der Begriff der „Urkunde“ im Strafrecht, Jura 2012, 106.

ter versteht man jede dauerhaft verkörperte, wenigstens für die Beteiligten verständliche, menschliche Gedankenklärung (Perpetuierungsfunktion), die zum Beweis im Rechtsverkehr geeignet und bestimmt ist (Beweisfunktion) und ihren Aussteller erkennen lässt (Garantiefunktion).³⁸ Allerdings enthält ein Briefkopf keine Gedankenklärung, ebenso wenig wie eine Unterschrift. Der Zeugnistext wiederum lässt keinen Aussteller erkennen.³⁹

B hat sich nicht wegen Urkundenfälschung gem. § 267 I Var. 2 strafbar gemacht, indem er die Collage aus Briefkopf, Text und Unterschrift fertigte.

II. § 267 I Var. 1 durch Anfertigung der Collage

B könnte sich wegen Urkundenfälschung gem. § 267 I Var. 1 strafbar gemacht haben, indem er die Collage aus Briefkopf, Text und Unterschrift fertigte.

Durch das Zusammenkleben der Bestandteile könnte B eine unechte Urkunde hergestellt haben. Als Urkunde kommt eine sog. zusammengesetzte Urkunde⁴⁰ in Betracht. Eine solche liegt immer dann vor, wenn eine verkörperte Gedankenklärung mit einem Bezugsobjekt räumlich fest zu einer Beweismitteleinheit verbunden wird, so dass beide zusammen einen einheitlichen Beweis- und Erklärungsinhalt in sich vereinigen.⁴¹ Allerdings ist auch bei einer solchen zusammengesetzten Urkunde erforderlich, dass sie zum Beweis im Rechtsverkehr geeignet und bestimmt ist (Beweisfunktion). Die Collage ist einerseits leicht als solche erkennbar, so dass es an der Beweiseignung fehlt; andererseits weiß B dies auch und gibt der Collage daher auch keine Beweisbestimmung. Die Collage ist mithin keine (von B hergestellte) Urkunde.

B hat sich nicht wegen Urkundenfälschung gem. § 267 I Var. 1 strafbar gemacht, indem er die Collage aus Briefkopf, Text und Unterschrift fertigte.

III. § 267 I Var. 1 durch Anfertigung der Fotokopie

B könnte sich aber wegen Urkundenfälschung gem. § 267 I Var. 1 strafbar gemacht haben, indem er die Collage fotokopierte.

Fraglich ist, ob die Fotokopie eine Urkunde ist. Die Urkundeneigenschaft von Fotokopien ist umstritten.⁴² Überwiegend⁴³ wird dies abgelehnt, wobei nach vorherrschender Auffassung⁴⁴ eine Ausnahme dann gemacht wird, wenn eine derartige Ähnlichkeit der Kopie mit dem Original vorliegt, dass die Möglichkeit der Verwechslung besteht und dieser Anschein auch erweckt werden soll

(sog. Aufrücken einer Kopie zur Urkunde⁴⁵). Vorliegend war die Kopie allerdings als solche erkennbar, so dass die Ausnahme nicht greift. Eine Minderheitsauffassung akzeptiert demgegenüber Fotokopien stets als Urkunden, sofern diese im Rechtsverkehr üblicherweise akzeptiert werden.⁴⁶ Gegen diese Auffassung spricht allerdings, dass eine Kopie bereits keine eigene Gedankenklärung enthält, sondern lediglich eine Wiedergabe der in einem anderen Schriftstück verkörperten Gedankenklärung, einen Hinweis auf das Vorhandensein eines Originals, so dass überdies keine Garantiefunktion für die Richtigkeit des Inhalts anzunehmen ist. Zwar mag im Rechtsverkehr bisweilen die Vorlage einer Kopie ausreichen; insofern ist aber die Schutzwürdigkeit von Empfängern zweifelhaft, wenn diese sich mit einer erkennbaren Kopie zufrieden geben. Mithin handelt es sich bei der Fotokopie um keine Urkunde.⁴⁷

B hat sich nicht wegen Urkundenfälschung gem. § 267 I Var. 1 strafbar gemacht, indem er die Collage fotokopierte.

IV. § 268 I Var. 1⁴⁸ durch Anfertigung der Fotokopie

B könnte sich wegen Fälschung technischer Aufzeichnungen strafbar gemacht haben, indem er die Collage fotokopierte.

Der Begriff der technischen Aufzeichnung ist in § 268 II legaldefiniert. Es ist strittig, ob sich Fotokopien entsprechend subsumieren lassen.⁴⁹ Herrschend ist die verneinende Auffassung.⁵⁰ Die Gegenauffassung⁵¹ verweist darauf, dass auch in Fällen der Vervielfältigung das Gerät darüber entscheidet, wie das Geschehen aufgezeichnet wird. Für die h.M. spricht aber, dass von einer wirklichen Selbsttätigkeit nur dann gesprochen werden kann, wenn das Gerät neue Informationen erzeugt.⁵² Mithin stellt eine bloße Vervielfältigung keine selbsttätige Bewirkung i.S.d. § 268 II dar.⁵³ Selbst wenn man dies anders sehen würde, läge freilich keine unechte technische Aufzeichnung vor: B wirkt auf den Kopiervorgang selbst nicht ein und erweckt mithin insofern nicht einen falschen Eindruck von der Unberührtheit des Aufzeichnungsvorgangs.

B hat sich nicht wegen Fälschung technischer Aufzeichnungen strafbar gemacht, indem er die Collage fotokopierte.

V. § 267 I Var. 3 durch Vorlage der Fotokopie

Die Kopie selbst ist keine Urkunde (s.o.). Zwar kann nach der Rechtsprechung in der Vorlage einer Kopie das Ge-

38 Statt aller *Fischer*, StGB (Fn. 7), § 267 Rn. 2; zur Unterscheidung der Funktionen vgl. *Wessels/Hettinger*, Strafrecht Besonderer Teil 1: Straftaten gegen Persönlichkeits- und Gemeinschaftswerte, 36. Aufl. 2012, Rn. 792, 795; *Kindhäuser*, StGB (Fn. 6), § 267 Rn. 3.

39 Vgl. BayObLG, NStZ 1994, 88.

40 Hierzu zusammenfassend *Eisele*, StrR BT I (Fn. 36), Rn. 808 ff.

41 *Joecks*, StGB (Fn. 5), § 267 Rn. 39.

42 Hierzu BGHSt 24, 140; *Nestler*, Zur Urkundenqualität von Fotokopien und (Computer-)Faxen, ZJS 2010, 608.

43 Vgl. nur *Kindhäuser*, StGB (Fn. 6), § 267 Rn. 27 m.w.N.

44 Vgl. *Eisele*, StrR BT I (Fn. 36), Rn. 811 ff.

45 *Eisele*, StrR BT I (Fn. 36), Rn. 814.

46 Vgl. etwa *Mitsch*, Anmerkung zu BayObLG, NStZ 1994, 88 (89).

47 A.A. vertretbar.

48 Hierzu didaktisch *Kitz*, Übungsblätter Lernbeitrag Strafrecht, Examenrelevante Bereiche „moderner Kriminalität“, JA 2001, 303.

49 Zusammenfassend *Joecks*, StGB (Fn. 5), § 268 Rn. 18.

50 Vgl. etwa *Fischer*, StGB (Fn. 7), § 268 Rn. 10.

51 *Joecks*, StGB (Fn. 5), § 268 Rn. 18.

52 Vgl. *Eisele*, StrR BT I (Fn. 36), Rn. 866.

53 A.A. vertretbar.

brauchen einer unechten oder verfälschten Urkunde (in Gestalt des Originals) liegen,⁵⁴ allerdings ist auch die Collage keine Urkunde (s.o.).

VI. §§ 263 I, II, 22, 23⁵⁵ bzgl. Verschaffens einer Anstellung

B könnte sich wegen versuchten Betrugs gegenüber Z2 strafbar gemacht haben, indem er die Kopie den Bewerbungsunterlagen bei Z2 beigab, um dort eine Anstellung zu erhalten.

1. Vorprüfung

B ist nicht wegen Vollendung strafbar (die Manipulation wurde bemerkt, so dass es an einem Irrtum fehlt). Der Versuch ist nach § 263 II strafbar.

2. Tatbestand

a) Vorstellung von der Verwirklichung des Tatbestands (sog. Tatentschluss, subjektiver Tatbestand)⁵⁶

aa) Bzgl. Täuschung über Tatsachen

B wusste, dass er ausdrücklich seine positiv bewertete Vorbeschäftigung bei einer Klinik ausdrückte, obwohl es diese in Wirklichkeit nicht gab, und wollte dies auch, wies mithin Vorsatz i.S.d. § 15 und insofern entsprechenden Tatentschluss auf.

bb) Bzgl. Irrtums

B wollte auch, dass Z2 an die Richtigkeit des Zeugnisses glaubt und wies so Tatentschluss bzgl. eines Irrtums des Z2 auf.

cc) Bzgl. Vermögensverfügung

B müsste ferner Tatentschluss bzgl. einer Vermögensverfügung des Z2 gehabt haben. B wollte, dass Z2 einen Arbeitsvertrag mit ihm schließt. Bereits der Abschluss des Vertrags hätte dem B Anspruch auf Zahlung des Arbeitsentgelts eingeräumt und mithin das Vermögen des Z2 belastet. Hierin liegt die (erstrebte) Vermögensverfügung (sog. Anstellungsbetrug als Unterfall des sog. Eingehungsbetrugs)⁵⁷.

dd) Bzgl. Vermögensschadens

Fraglich ist, ob Z2 einen Schaden erleiden sollte. Problematisch ist, ob die Arbeitsleistung des B die Gehaltszahlung vollständig kompensieren sollte. Es ist nämlich nicht

ersichtlich, dass die Arbeitsqualität des B in Zukunft zu beanstanden wäre. Es handelt sich auch nicht um die Frage einer Verbeamtung, für die besondere öffentlich-rechtliche Grundsätze gelten.⁵⁸ Es lässt sich auch nicht ohne Weiteres sagen, dass die behauptete Beschäftigung in der anderen Klinik zu einer höheren Qualität der von B gegenüber Z2 zu erbringenden Leistung führen würde, so dass die von Z2 zu zahlende Vergütung wenigstens z.T. auf der falschen Tatsache beruhen würde. Zwar handelte es sich um ein angebliches Zeugnis einer renommierten Klinik, andererseits ist unklar, ob diese gegenüber einer umfangreichen selbstständigen Tätigkeit als gesteigerte Qualifikation anzusehen wäre.

Allerdings verdeckte B ein strafbares Verhalten (s.o.) und mithin eine insofern zu erwartende Vorstrafe wegen Betrugs. Es ist problematisch, ob hieraus eine Reduzierung des von B zu erbringenden Arbeitswerts liegt. Dies könnte wiederum darauf beruhen, dass die Einstellung eine gewisse Zuverlässigkeitskontrolle darstellt und dass der Schaden in der wirtschaftlichen Minderwertigkeit einer Leistung, die von Unzuverlässigen erbracht wird, liegt (s.o.). Die h.M. nimmt dies – zumindest als sog. Gefährdungsschaden bzw. schadensgleiche Vermögensgefährdung⁵⁹ – bzgl. Vorstrafen jedenfalls dann an, wenn die Vorstrafe einen Bezug zur auszuübenden Tätigkeit hat, so dass der Getäuschte die Gefahr eingeht, in seinem Vertrauen durch eine erneute Straftat enttäuscht zu werden.⁶⁰ Das Abstellen auf zu erwartende weitere Straftaten stellt allerdings einen Rückgriff auf ein weiteres (späteres) deliktisches Verhalten ab, welches nicht mehr als unmittelbare Minderung des Vermögens *qua* Anstellung angesehen werden kann. Auch ist keineswegs (kriminologisch) ausgemacht, dass eine erneute Straftatbegehung durch B wahrscheinlicher ist als eine (Erst-)Begehung durch einen anderen. Allerdings wird man jedenfalls bei Berufen, in denen dem Angestellten ein großes Maß an Eigenverantwortung abverlangt und zugebilligt wird, annehmen müssen, dass ein Teil des Arbeitslohns auf die damit korrespondierende Zuverlässigkeit bezogen ist.

Ein Zahnarzt arbeitet nicht nur sehr eigenverantwortlich im hoch sensiblen Bereich der Humanmedizin, sondern kommt auch im Rahmen des Abrechnungswesens mit Vermögensfragen von erheblichem Umfang in Berührung. Der Z2 wird daher nur jemand einstellen wollen, den er in eine solche Vertrauensstellung bedenkenlos einweisen kann, hieran wird sich auch die privat vereinbarte Vergütung z.T. orientieren. Mithin ist ein durch B erstrebter Vermögensschaden gegeben.⁶¹

ee) Absicht rechtswidriger (und stoffgleicher) Bereicherung

B handelte auch in der Absicht rechtswidriger (und stoffgleicher) Bereicherung.

54 Vgl. *Fischer*, StGB (Fn. 7), § 267 Rn. 19; BGH, RA 2001, 733.

55 Didaktisch zum Versuch: *Putzke*, Der strafbare Versuch, JuS 2009, 894; 985; 1083.

56 Hierzu didaktisch: *Jung*, Die Vorstellung von der Tat beim strafrechtlichen Versuch, JA 2006, 228.

57 Zum Anstellungsbetrug zusammenfassend *Kindhäuser*, StGB (Fn. 6), § 263 Rn. 197 f.; *Fischer*, StGB (Fn. 7), Rn. 152 ff.; vgl. auch *Duttge*, Wider die Sonderbehandlung der Amterschleichung beim Anstellungsbetrug, JR 2002, 271; *Kargl*, Offenbarungspflicht und Vermögensschaden beim Anstellungsbetrug – Der doppelte Rechtsreferendar, wistra 2008, 121.

58 Zum Anstellungsbetrug bzgl. Beamten etwa *Fischer*, StGB (Fn. 7), § 263 Rn. 153 m.w.N.

59 Allgemein hierzu vgl. nur (krit.) *Fischer*, StGB (Fn. 7), § 263 Rn. 156 ff.; zum Gefährdungsschaden beim Anstellungsbetrug in Bezug auf verschwiegene Vorstrafen BGH, NJW 1978, 2042 (2043).

60 Zusammenfassend *Eisele*, StrR BT II (Fn. 2), Rn. 615 f. m.w.N.

61 A.A. vertretbar.

b) Unmittelbares Ansetzen (objektiver Tatbestand)

B müsste i.S.d. § 22 unmittelbar angesetzt haben. Dies ist – bei im Einzelnen problematischer Bestimmung dieses Begriffs – dann der Fall, wenn der Täter Handlungen vornimmt, die in ungestörtem Fortgang unmittelbar zur Tatbestandserfüllung führen sollen oder die in unmittelbarem räumlichen und zeitlichen Zusammenhang mit ihr stehen, das geschützte Rechtsgut somit unmittelbar gefährden. Das ist der Fall, wenn der Täter subjektiv die Schwelle zum „Jetzt-geht’s-los“ überschreitet und objektiv zur tatbestandsmäßigen Angriffshandlung ansetzt, so dass sein Tun ohne wesentliche Zwischenakte – d.h. ohne weiteren Willensimpuls – in die Erfüllung des Tatbestands übergeht.⁶²

Zwar hat B seine Bewerbung abgeschickt (insofern umfängliche Verwirklichung seiner geplanten Tathandlung)⁶³, problematisch ist allerdings, dass sicher noch ein Einstellungsgespräch gefolgt wäre, bevor Z2 einen Arbeitsvertrag angeboten hätte. Zu beachten ist freilich, dass B, was die Mitteilung seiner vorherigen Beschäftigungen angeht, den Geschehensablauf völlig aus der Hand gegeben hat, zumal unsicher ist, ob in einem Bewerbungsgespräch diese Frage überhaupt erörtert wird. B hat mithin i.S.d. § 22 unmittelbar angesetzt.⁶⁴

⁶² Vgl. zusammenfassend *Fischer*, StGB (Fn. 7), § 22 Rn. 10; *Joecks*, StGB (Fn. 5), § 22 Rn. 27.

⁶³ Vgl. die Faustformel bei *Joecks*, StGB (Fn. 5), § 22 Rn. 18.

⁶⁴ A.A. vertretbar.

3. Rechtswidrigkeit und Schuld

B handelte rechtswidrig und schuldhaft.

4. Strafzumessung

B handelte gewerbsmäßig i.S.d. § 263 III Nr. 1 Var. 1 (s.o.). Die Regelbeispiele finden auch auf das versuchte Grunddelikt Anwendung.⁶⁵

5. Ergebnis

B hat sich wegen versuchten Betrugs gegenüber Z2 strafbar gemacht, indem er die Kopie den Bewerbungsunterlagen bei Z2 beigab, um dort eine Anstellung zu erhalten. Die Strafe richtet sich nach § 263 III.

Endergebnis und Konkurrenzen⁶⁶

Im 1. Teil hat sich B wegen Betrugs gem. §§ 263 I, 25 II strafbar gemacht, im 2. Teil wegen versuchten Betrugs gem. §§ 263 I, II, 22, 23. Beide Teile stehen aufgrund der situativen Zäsuren und eigenständigen Tatentschlüsse in Tatmehrheit, § 53.

⁶⁵ Heute unstrittig, statt aller *Kindhäuser*, StGB (Fn. 6), § 243 Rn. 48; nicht zu verwechseln mit der Kontroverse um das bloß versuchte Regelbeispiel (hierzu *Eisele*, Die Regelbeispielsmethode: Tatbestands- oder Strafzumessungslösung?, JA 2006, 309).

⁶⁶ Je nach vorher Vertretenem; didaktisch zu den Konkurrenzen: *Heinrich*, StrR AT (Fn. 3), Rn. 1378 ff.; *Steinberg/Bergmann*, Über den Umgang mit den „Konkurrenzen“ in der Strafrechtsklausur, Jura 2009, 905.