

**go-jura BT I:****Eigentums- und Vermögensdelikte:**

**Diebstahl §§ 242 ff./Unterschlagung § 246/Sachbeschädigung § 303/Betrug § 263/Computerbetrug § 263 a /Untreue § 266/Codekartenmißbrauch § 266 b/Hehlerei § 259/Begünstigung § 257**

**A. Allgemeines**

- I. Konkretisierung des Besonderen Teils des StGB**
  - 1. Delikte gegen die Person**
  - 1. Delikte gegen das Vermögen**
  - 1. Delikte gegen die Allgemeinheit**
- I. Unterschied Eigentumsdelikte/Vermögensdelikte**
  - 1. Eigentum (fremd, Zueignung bzw. Zueignungsabsicht)**
  - 1. Vermögen (Bereicherungsabsicht)**

**B. Diebstahl (§ 242), seine Regelbeispiele (§ 243) und seine Qualifikationen (§§ 244, 244 a)**

- I. Diebstahlsdelikte im Überblick**
- I. Geschützte Rechtsgüter**
- I. Tatbestandsmerkmale des einfachen Diebstahls nach § 242**
- I. Objektiver Tatbestand**
  - 1. Tatobjekt: fremde bewegliche Sache**
    - a) Sache, Aggregatzustand ist unmaßgeblich**
      - aa) Elektrische Energie (§ 248 c)**
      - aa) Tiere § 90 a BGB**
        - (1) Zivilrechtlicher Aspekt**
        - (1) Strafrechtlicher Aspekt**
      - aa) Leichen**
      - aa) Computerprogramme**
        - (1) Sachqualität, da auf Träger gespeichert werden muß**
        - (1) Eigenständiger Sachbegriff im Strafrecht**
    - a) Beweglich**
    - a) Fremd**
      - aa) gewilderte Tiere**
        - (1) Herrenlos § 958 II BGB**
        - (1) Eigentum des Jagdausübungsberechtigten**
      - aa) Leichen**
        - Nur über § 168 geschützt**
      - aa) Tanken an SB-Tankstellen**
        - (1) Gesetzlicher Eigentumserwerb**
        - (1) Vertraglicher Eigentumserwerb**
          - (a) Keine Fremdheit**

- (a) Fremdheit
      - (aa) Eigentum erst mit Bezahlung an der Kasse, da  
Übereignung aufgrund Eigentumsvorbehalt nach § 158  
BGB nur bedingt erfolgt
      - (bb) Eigentum erst an der Kasse
      - (bb) Stellungnahme
  - 1. Tathandlung: Wegnahme
    - a) Unterschied des Begriffs in §§ 168, 289
    - b) Gewahrsam
      - aa) Auseinanderfallen von Eigentum und Gewahrsam
      - bb) Abgrenzung: gewahrsamslos/herrenlos
      - bb) Abgrenzung: Gewahrsam/Besitz
      - bb) Gelockerter Gewahrsam
      - bb) Gewahrsamsstufen
      - bb) Gewahrsam an verlorenen Sachen
      - bb) Gewahrsam an vergessenen Sachen
      - bb) Gewahrsam Bewußtloser
      - bb) Gewahrsam am Inhalt von verschlossenen Behältnissen
      - bb) Abgrenzung Diebstahl und Unterschlagung
    - c) Bruch fremden Gewahrsams/Begründung neuen Gewahrsams
      - aa) Gleichzeitigkeit und Auseinanderfallen der Begriffe
      - aa) Bruch fremden Gewahrsams
        - (1) Abgrenzung Wegnahme (§ 242) und Vermögensverfügung (§  
263)  
Hierzu § 263
        - (1) Tatbestandsausschließendes Einverständnis bei den  
Diebesfallenfällen
        - (1) Beobachtete Entwendung
          - (a) Vollendungslösung
          - (a) Versuchslösung
      - aa) Begründung neuen Gewahrsams
        - (1) Apprehensionstheorie
        - (1) Verzehr von Lebensmittel
- V. Subjektiver Tatbestand
  - 1. Vorsatz
  - 2. Rechtswidrige Eigen- oder Drittzeignungsabsicht
    - a) Delikt mit überschießender Innentendenz (kupiertes Erfolgsdelikt)
    - a) Drittzeignungsabsicht durch das 6. StrRG
    - a) Rechtswidrigkeit
      - Geldschuld
      - aa) Gattungsschuld
      - aa) Stückschuld
    - a) Zueignungsabsicht
      - aa) Enteignungsvorsatz
        - (1) Gegenstand der Zueignung

- (a) Sparbuchfall
    - (aa) Sachsubstanztheorie
    - (aa) Sachwerttheorie
    - (aa) Vereinigungsformel
      - (aaa) Restriktiver Sachwertbegriff
      - (bbb) Extensiver Sachwertbegriff
    - (aa) Stellungnahme
  - (b) Codekartenfall
  - (1) Abgrenzung zur Gebrauchsanmaßung
    - Exkurs: § 248 b
  - (1) Rückveräußerung an den Eigentümer unter Leugnung des Eigentums
    - (a) Extensive Sachwerttheorie
    - (a) Restriktive Sachwerttheorie
    - (a) Stellungnahme
  - aa) Aneignungsabsicht
    - (1) Abgrenzung zur Sachbeschädigung
      - (a) Sache als notwendiges Transportmittel
      - (a) Verzehr von Lebensmitteln
    - (2) Abgrenzung zur Sachentziehung insbesondere eigenmächtige Inpfandnahme
- VI. Antragserfordernisse nach §§ 247, 248 a**
- 1. Haus- und Familiendiebstahl nach § 247
  - 1. Diebstahl und Unterschlagung geringwertiger Sachen nach § 248 a
- VII. Regelbeispiele des § 243 (besonders schwere Fälle des Diebstahls)**
- 1. Unterschied: Regelbeispiel/Qualifikation
    - a) Formale Unterschiede und Irrtum über ein Regelbeispiel
    - a) Inhaltliche Unterschiede
    - a) Irrtümer in den Regelbeispielen
      - aa) § 18 analog bei besonderen Tatfolgen
      - bb) Grundsätzlich § 16 analog
  - 1. Versuch eines Regelbeispiels (go-jura, Strafrecht AT, Kapitel III)
    - a) Bestrafung aus dem Grunddelikt
    - a) Bestrafung aus dem Regelbeispiel
  - 1. § 243 I 2 Nr. 1
    - a) Umschlossener Raum unter Berücksichtigung der Wohnung
    - a) Einbrechen
    - a) Einsteigen
    - a) Falscher Schlüssel
    - a) Ein anderes nicht zum ordnungsgemäßen Öffnen bestimmtes Werkzeug
    - a) Zeitpunkt des Diebstahlsvorsatzes
  - 1. § 243 I Nr. 2
    - a) Behältnis
    - a) Verschluss

- a) **Mitnahme des ganzen Behältnisses**
- a) **Andere Schutzvorrichtungen gegen Wegnahme**
- a) **Sicherungsetiketten**
- 1. **§ 243 I Nr. 3**
- 1. **§ 243 II Geringwertigkeitsklausel**
  - a) **Irrtumsfälle**
    - aa) **Täter hält eine objektiv hochwertige Sache für geringwertig**
      - (1) **§ 243 II als negative Anwendungsvoraussetzung**
      - (1) **§ 243 II als Ausschlußklausel**
      - (1) **§ 243 II nach der Vorstellung des Täters**
      - (1) **Stellungnahme nicht erforderlich**
    - aa) **Täter hält eine objektiv geringwertige Sache für hochwertig**
      - (1) **§ 243 II als negative Anwendungsvoraussetzung**
      - (1) **§ 243 II als Ausschlußklausel**
      - (1) **§ 243 II nach der Vorstellung des Täters**
  - a) **Vorsatzwechselfälle**
    - aa) **Wechsel von einer hochwertigen in eine geringwertige Sache unter Fortbestand des Diebstahlsvorsatzes**
    - bb) **Wechsel von einer geringwertigen in eine hochwertige Sache unter Fortbestand des Diebstahlsvorsatzes**
    - cc) **Wechsel von einer hochwertigen in eine geringwertige Sache unter zwischenzeitlicher Aufgabe des Tatplans**
    - dd) **Wechsel von einer geringwertigen in eine hochwertige Sache unter zwischenzeitlicher Aufgabe des Tatplans**
- 1. **Konkurrenzen zu §§ 123, 303**

**VIII. Diebstahl mit Waffen; Bandendiebstahl; Wohnungseinbruchsdiebstahl nach § 244**

- 1. **§ 244 I Nr. 1 a)**
  - a) **Waffe**
    - aa) **Definition**
    - aa) **Berufsmäßige Waffenträger**
      - (1) **Teleologische Reduktion**
      - (1) **Keine teleologische Reduktion**
      - (1) **Stellungnahme**
  - a) **Gefährliches Werkzeug**
    - aa) **Objektive Theorie**
    - bb) **Subjektive Theorie**
      - aa) **Differenzierende Theorie**
      - aa) **Stellungnahme**
- 1. **§ 244 I Nr. 1 b)**
  - a) **Definition**
  - a) **Scheinwaffenproblematik**
    - aa) **Alte Rechtsprechung**
    - aa) **Neue Rechtsprechung**

**aa) Stellungnahme****1. § 244 I Nr. 2****a) Bandenbegriff vor dem Hintergrund des Großen Senats****aa) Zwei Personen****aa) Drei Personen****a) Fortgesetzte Begehung****a) Unter Mitwirkung eines anderen Bandenmitglieds****aa) Mitwirkung von mindestens zwei Bandenmitgliedern vor Ort ohne  
Zurechnungsmöglichkeit****aa) Mitwirkung von mindestens zwei Bandenmitgliedern vor Ort mit  
Zurechnungsmöglichkeit****cc) Mitwirkung von einem oder keinem Bandenmitglied vor Ort und  
Zurechnung, wenn ein ortsabwesendes Bandenmitglied Täter ist  
und ein anders Gehilfe****d) Stehlen****1. § 244 I Nr. 3****VIII. Doppelte Qualifikation des § 244 a****X. Konkurrenzen**

**C. Einfache (§ 246 I) und veruntreuende Unterschlagung (§ 246 II)**

- II. Geschütztes Rechtsgut und Unterschiede zum Diebstahl
- II. Änderungen durch das 6. StrRG
  
- III. Tatbestandsmerkmale des § 246 I
- IV. Objektiver Tatbestand
  - 1. Tatobjekt: fremde bewegliche Sache
  - 2. Tathandlung: rechtswidrige Eigen- oder Drittzueignung
    - a) Zueignung
      - aa) Anforderungen an die Zueignung
        - (1) Weite Manifestationstheorie
        - (1) Enge Manifestationstheorie
        - (1) Stellungnahme
      - aa) Wiederholte Zueignung
        - (1) Tatbestandslösung
        - (1) Konkurrenzlösung
        - (1) Stellungnahme
      - b) Rechtswidrigkeit
- V. Subjektiver Tatbestand
  - Vorsatz
- VI. Subsidiaritätsklausel
  - 1. Beschränkung auf Zueignungs- und Bereicherungsdelikte
  - 1. Keine Beschränkung auf Zueignungs- und Bereicherungsdelikte
  - 1. Stellungnahme
  
- VII. Qualifikation des § 246 II (veruntreuende Unterschlagung)
  - 1. Anvertrautsein (besonderes persönliches Merkmal nach § 28 II)
  - 1. Subsidiaritätsklausel

**D. Sachbeschädigung (§ 303)**

- I. Geschütztes Rechtsgut
- II. Tatbestandsmäßigkeit des § 303
  - 1. Objektiver Tatbestand
    - a) Fremde Sache
    - b) Beschädigen oder Zerstören
      - aa) Beschädigen
        - (1) Substanzverletzung und Funktionsvereitelung
        - (2) Verunstalten einer Sache
          - (a) Beschädigen auch bei Zustandsveränderung
          - (b) Beschädigen grundsätzlich nicht bei Zustandsveränderung, nur wenn die Gebrauchsbestimmung mit einem ästhetischen Zweck zusammenhängt

**bb) Zerstören****2. Subjektiver Tatbestand****III. Strafantrag nach § 303 c****IV. Konkurrenzen****E. Betrug (§ 263) und seine Regelbeispiele (§ 263 III)****I. Geschütztes Rechtsgut des § 263****I. Obersatz: „... gegenüber ....und zum Nachteil...“****I. Eingehungs- und Erfüllungsbetrug****I. Tatbestandsmerkmale des § 263 im Überblick****I. Objektiver Tatbestand des § 263****1. Täuschungshandlung****a) Innere/äußere Tatsachen****a) Abgrenzung zu Werturteilen und Meinungsäußerungen****a) Abgrenzung konkludentes Tun/Täuschung durch Unterlassen****aa) Täuschung durch konkludentes Tun****aa) Täuschung durch Unterlassen****1. Kausale Irrtumserregung****a) Ignorantia facti****a) Sachgedankliches Mitbewußtsein****a) Zweifel****aa) Möglichkeitstheorie****aa) Wahrscheinlichkeitstheorie****aa) Viktimologische Theorie****aa) Stellungnahme****a) Täuschung, auf die nur Lebensfremde hereinfließen****aa) kein Irrtum****aa) Irrtum****aa) Stellungnahme****a) Prozeßbetrug****aa) Kein Irrtum wegen reiner Schlüssigkeitsprüfung****bb) Irrtum im Blick auf § 138 ZPO****cc) Stellungnahme****1. Kausale Vermögensverfügung****a) Vermögensbegriffe****aa) Wirtschaftlicher Vermögensbegriff****aa) Juristisch-ökonomischer Vermögensbegriff****aa) Wirtschaftliche Vermögensbegriff mit normativer Schranke****aa) Stellungnahme****a) Verfügungsbewußtsein****a) Abgrenzung Sachbetrug/Trickdiebstahl****aa) Voraussetzungen****aa) Fälle****(1) Grundfälle**

- (1) Problemfälle des abstrakten, generellen Verfügungsbewußtseins
  - (a) Verfügungsbewußtsein beim Vorbeismuggeln von Waren
  - (b) Kein Verfügungsbewußtsein beim Vorbeismuggeln von Waren
  - (c) Stellungnahme
- a) Diebstahl in mittelbarer Täterschaft/Dreiecksbetrug
  - aa) Faktische Nähetheorie
  - aa) Normative Nähetheorie/Lagertheorie
  - aa) Befugnis- oder Ermächtigungstheorie
  - aa) Stellungnahme
- a) Beschlagnahmefälle
- 1. Kausaler Vermögensschaden
  - a) Vermögensschaden bei Unterschied zwischen dem Wert des Vermögens vor und nach der Verfügung
  - a) Vermögensschaden trotz Gleichwertigkeit von Leistung und Gegenleistung
    - aa) Anstellungsbetrug
      - (1) Beamtenverhältnis
      - (1) Privatrechtlicher Bereich
    - aa) Soziale Zweckverfehlung
    - aa) Persönlicher Schadenseinschlag
    - aa) Gutgläubiger Erwerb vom Nichtberechtigten
      - (1) Makeltheorie
      - (1) Modifizierte Makeltheorie
      - (1) Erfüllungstheorie
      - (1) Stellungnahme
  - a) Vermögensgefährdung
  - a) Eingehungs- und Erfüllungsbetrug
    - aa) Zeitgleich
    - aa) Zeitlich versetzt
      - (1) Das Opfer wird bei der Erfüllung nicht mehr erneut getäuscht
      - (1) Das Opfer wird erst bei der Erfüllung getäuscht
- I. Subjektiver Tatbestand
  - 1. Vorsatz
    - 1. Rechtswidrige Eigen- oder Drittbereicherungsabsicht
      - a) Delikt mit überschießender Innentendenz
      - a) Rechtswidrigkeit
      - a) Eigen- oder Drittbereicherungsabsicht (eigennütziger und fremdnütziger Betrug)
      - a) Stoffgleichheit
- I. Regelbeispiele
- I. Konkurrenzen
  - 1. Sicherungsbetrug
  - 1. Erpressung § 253
    - a) Täuschung ist Mittel der Drohung

- a) Täuschung besteht unabhängig von der Drohung
- 1. Versicherungsmissbrauch § 265

**E. Computerbetrug (§ 263 a)**

- I. Geschütztes Rechtsgut des § 263 a und Einführung durch das 2. WiKG 1986
- II. Tatbestandsmerkmale des § 263 a
- III. Objektiver Tatbestand
  - 1. Unrichtige Gestaltung des Programms
    - 1. Verwendung unrichtiger oder unvollständiger Daten
    - 1. Unbefugte Verwendung von Daten
      - a) Verwenden von ec-Karten ohne Willen des Karteninhabers
        - aa) Programmwidrige Auslegung
        - bb) Betrugsspezifische Auslegung
        - cc) Stellungnahme
      - b) Kontoinhaber überzieht selbst vertragswidrig sein Konto
    - a) Verwenden von ec-Karten mit Willen des Karteninhabers aber in Überschreitung des Abhebungsbetrages
  - 1. Sonst durch unbefugte Einwirkung auf den Ablauf
    - a) Unbefugte Einwirkung auf den Ablauf beim systematischen Leerspielen von Geldspielautomaten
    - b) Keine unbefugte Einwirkung auf den Ablauf beim systematischen Leerspielen von Geldspielautomaten
  - 1. Beeinflussung des Ergebnisses eines Datenverarbeitungsvorganges
    - a) Beeinflussung auch bei Ingangsetzung
    - bb) Keine Beeinflussung bei Ingangsetzung
    - cc) Stellungnahme
  - 1. Vermögensschaden
- IV. Subjektiver Tatbestand
  - 1. Vorsatz
    - 1. Rechtswidrige Eigen- oder Drittbereicherungsabsicht
      - a) Delikt mit überschießender Innentendenz
      - a) Rechtswidrigkeit
      - a) Stoffgleichheit
  - I. Konkurrenzen
    - 1. Diebstahl an Codekarte als mitbestrafte Vortat zum Computerbetrug
    - 2. Diebstahl an Codekarte und Computerbetrug in Tatmehrheit

**G. Untreue (§ 266)**

- I. Geschütztes Rechtsgut und Besonderheiten des § 266
  - 1. Vermögen
  - 2. Keine Bereicherungsabsicht, keine Versuchsstrafbarkeit
  - 3. Eingehungs- und Erfüllungsuntreue
- II. Tatbestandsmerkmale des § 266

- III. **Objektiver Mißbrauchstatbestand nach § 266 I 1. Fall**
  - 1. **Befugnis über fremdes Vermögen zu verfügen oder einen anderen zu verpflichten**
    - a) **Gutglaubensvorschriften**
    - a) **Botenschaft**
  - 1. **Durch Gesetz, behördlichen Auftrag oder Rechtsgeschäft**
  - 1. **Mißbrauchen**
    - a) **Rechtsgeschäftliches oder zivilrechtswirksames Handeln**
    - b) **Risikogeschäfte**
  - 1. **Vermögensbetreuungspflicht**
    - a) **Erfordernis einer Vermögensbetreuungspflicht**
      - aa) **Mißbrauchstatbestand als Spezialfall des Treubruchstatbestandes**
      - bb) **Mißbrauchstatbestand und Treubruchstatbestand stehen selbständig nebeneinander**
    - aa) **Stellungnahme**
    - a) **Inhalt der Vermögensbetreuungspflicht**
  - 1. **Vermögensschaden**
- IV. **Subjektiver Mißbrauchstatbestand nach § 266 I 1. Fall**
- V. **§ 28 I auf die Vermögensbetreuungspflicht**
- VI. **Objektiver Treubruchstatbestand nach § 266 I 2. Fall**
  - 1. **Durch Gesetz, behördlichen Auftrag, Rechtsgeschäft oder ein Treueverhältnis obliegende Pflicht**
  - 1. **Vermögensbetreuungspflicht**
  - 1. **Pflichtverletzung**
    - a) **Sittenwidriges Rechtsgeschäft**
      - aa) **Juristische Treuepflichttheorie**
      - bb) **Faktische Treuepflichttheorie**
      - cc) **Stellungnahme**
    - a) **Durch Tun oder Unterlassen ohne § 13**
  - 1. **Vermögensschaden**
- VII. **Subjektiver Treubruchstatbestand nach § 266 I 2. Fall**
- VII. **§ 28 I**
- VII. **Konkurrenzen § 266 I 1. Fall zum 2. Fall**

## **E. Mißbrauch von Scheck- und Kreditkarten (§ 266 b)**

- E. **Einführung des § 266 b durch das 2. WiKG**
  - 1. **Scheckkartenmißbrauch vor dem 2. WiKG**
  - 2. **Kreditkartenmißbrauch vor dem 2. WiKG**
  - 3. **Scheckkarten- und Kreditkartenmißbrauch nach dem 2. WiKG**
  - 4. **Geschütztes Rechtsgut**
  - 5. **Keine Bereicherungsabsicht, keine Versuchsstrafbarkeit**
- II. **Tatbestandsmerkmale des § 266 b**
- III. **Objektiver Tatbestand**

1. Scheck- oder Kreditkarte
  - a) Scheckkarte
  - b) Kreditkarte
    - aa) Drei-Partner-System
    - bb) Zwei-Partner-System
      - (1) Innerhalb des Schutzbereichs des § 266 b
      - (2) Außerhalb des Schutzbereichs des § 266 b
      - (3) Stellungnahme
1. Die hieraus eingeräumte Möglichkeit, den Aussteller zur Zahlungen zu veranlassen
3. Mißbrauchen
4. Kausaler Vermögensschaden
- IV. Subjektiver Tatbestand
- V. § 28 I
- VI. Konkurrenzverhältnis zu § 263
  1. § 266 b als mitbestrafte Nachtat
  1. § 263 als mitbestrafte Vortat
  1. Tatmehrheit zwischen § 263 und § 266 b
  1. Tateinheit zwischen § 263 und § 266 b

**E. Hehlerei (§ 259) und seine Qualifikationen (§§ 260, 260 a)**

- I. Anschlußdelikte im Überblick (einschließlich ihrer Rechtsgüter)
- I. Perpetuierungstheorie
- I. Tatbestandsmerkmale des § 259
  1. Objektiver Tatbestand
    - a) Tatobjekt
      - aa) Sache
        - (1) Bewegliche und unbewegliche Sachen
        - (1) Fremde, eigene und herrenlose Sachen
      - aa) Vortat: Diebstahl oder eine sonst gegen fremdes Vermögen gerichtete Vortat
        - (1) Tatbestandsmäßige und rechtswidrige Vortat
        - (1) Art der Vortat
          - (a) Nichtvermögensdelikte als taugliche Vortaten
          - (a) Nur Vermögensdelikte als taugliche Vortaten
          - (a) Stellungnahme
        - (3) Stadium der Vortat
          - (a) Versuchstat als keine taugliche Vortat
          - (b) Versuchstat als taugliche Vortat
      - cc) Vortat eines anderen
        - (1) Fremde Vortat auch bei Tatteilnahme
        - (2) Keine fremde Vortat bei Tatteilnehmer
        - (1) Stellungnahme
      - dd) Unmittelbare Erlangung der Sache durch die Vortat

- (1) Ersatzhehlerei (insbesondere bei Geld)
- (1) Abgeschlossene Vortat
  - (a) Sukzessivitätstheorie
  - (a) Gleichzeitigkeitstheorie
  - (c) Stellungnahme
- a) Tathandlung
  - aa) Ankaufen oder sich oder einem Dritten verschaffen
    - (1) Nicht Fremdbesitz
    - (1) Mittelbarer Eigenbesitz
      - (a) Potentiell-rechtliche Verfügungsmacht
      - (a) Aktuell-faktische Verfügungsmacht
      - (a) Stellungnahme
    - (1) Mitverzehr
      - (a) Kein „Sich-Verschaffen“
      - (b) Ein „Sich-Verschaffen“
      - (c) Stellungnahme
    - (1) Mitverfügungsgewalt
    - (1) Rückveräußerung an den Eigentümer
    - (1) Ein durch Willensmängel zustande gekommenes Einverständnis
      - (a) Tatsächliches Einverständnis reicht aus
      - (a) Willensmangelfreies Einverständnis erforderlich
      - (a) Stellungnahme
  - aa) Absatz
    - (1) Rückveräußerung an den Eigentümer
    - (1) Lieferung an den Ermittlungsgehilfen
    - (1) Eintritt des Absatzerfolges
      - (a) Erfolgstendenztheorie
      - (a) Erfolgstheorie
      - (a) Differenzierende Theorie
      - (a) Stellungnahme
  - aa) Absatzhilfe
    - (1) Abgrenzung zur Beihilfe zur Hehlerei
    - (1) Unentgeltliche Perpetuierungsakte
      - (a) Nur entgeltliche Perpetuierungsakte
      - (a) Auch unentgeltliche Perpetuierungskate
    - (1) Ausschuchen der Gegenleistung
    - (1) Lieferung an den Ermittlungsgehilfen
    - (1) Eintritt des Absatzerfolges
- 1. Subjektiver Tatbestand
  - a) Vorsatz
  - a) Absicht, sich oder einen Dritten zu bereichern
    - aa) Drittbereicherungsabsicht bei erstrebter Bereicherung des Vortäters
      - (1) Vortäter als Dritter
      - (1) Vortäter nicht als Dritter
      - (1) Stellungnahme

**aa) Stoffgleichheit nicht erforderlich**

**aa) Rechtswidrigkeit: Fälliger und einredefreier Speziesanspruch gegen  
das Vortatopfer**

- I. Gewerbsmäßige Hehlerei, Bandenhehlerei nach § 260**
- I. Qualifikation und Unterschied zu §§ 243 I 2 Nr. 3, 244 I Nr. 2**
  - 1. Gewerbsmäßigkeit nach § 260 I Nr. 1**
  - 1. Mitglied einer Bande nach § 260 I Nr. 2**
  - 1. Jeweils besondere persönliche Merkmale nach § 28 II**
- VI. Gewerbsmäßige Bandenhehlerei nach § 260 a**

#### **E. Begünstigung (§ 257)**

- I. Sachliche Begünstigung im Gegensatz zur persönlichen Begünstigung**
- I. Geschützte Rechtsgüter**
- I. Gefährungsdelikt**
- I. Tatbestandsmerkmale des § 257**
- I. Objektiver Tatbestand**
  - 1. Einem anderen, der eine rechtswidrige Tat begangen hat**
  - 1. Hilfe leisten**
    - a) Unmittelbarkeit**
    - a) Vollendung (unechtes Unternehmensdelikt)**
- I. Subjektiver Tatbestand**
  - 1. Vorsatz**
  - 1. Vorteilssicherungsabsicht**
- I. § 257 III**

## Strafrecht Besonderer Teil I

### **Insbesondere Eigentums- und Vermögensdelikte als Vergehenstatbestände**

#### **H. Allgemeines**

##### **I. Konkretisierung des Besonderen Teils des StGB**

Gegenstand dieses Skriptes ist der Besondere Teil des Kernstrafrechts<sup>1</sup> (§§ 80 – 358 StGB<sup>2</sup>). Er behandelt im Gegensatz zum Allgemeinen Teil die verschiedenen Straftatbestände im einzelnen. Diese sind in 30 Abschnitte unterteilt. Hierbei ist jedoch kein klares Ordnungssystem erkennbar. Insofern unterscheidet man herkömmlicherweise die Straftaten, die gegen Individualgüter gerichtet sind von solchen Rechtsgütern die die Allgemeinheit betreffen.

Straftaten gegen Individualgüter	Straftaten gegen die Allgemeinheit
----------------------------------	------------------------------------

Üblich ist es, die Individualdelikte wiederum in Delikte gegen die Person und gegen das Vermögen zu unterteilen und bei letzteren Delikten eine weitere Unterscheidung zwischen Straftaten gegen das Eigentum und das Vermögen als Ganzes zu treffen.

##### **1. Delikte gegen die Person**

Zu den Delikten gegen die Person gehören insbesondere die Nötigung (§ 240), die Freiheitsberaubung (§ 239), die Beleidigungsdelikte (§§ 185 ff.) sowie die Körperverletzungs- (§§ 223 ff.) und Tötungsdelikte (§ 211 ff.).

##### **2. Delikte gegen das Vermögen**

Die typischen Eigentumsdelikten sind vor allem der Diebstahl (§ 242), die Unterschlagung (§ 246) und der Raub (§ 249), während zu den Vermögensdelikte als Ganzes vorwiegend der Betrug (§ 263), die Untreue (§ 266) und die Erpressung (§ 253) bzw. die Räuberische Erpressung (§§ 253, 255) zu zählen sind.

##### **2. Delikte gegen die Allgemeinheit**

Zu den Straftaten gegen die Allgemeinheit zählen schließlich insbesondere die Aussage- (§§ 153 ff.), Brandstiftungs- (§§ 306 ff.) und Urkundsdelikte (§§ 267 ff.).

Damit ergibt sich insgesamt folgende geläufige Unterteilung des Besonderen Teils:

<sup>1</sup> Zur Abgrenzung Kernstrafrecht/Nebenstrafrecht go-jura AT, Kapitel I: Das vorsätzlich vollendete Begehungsdelikt, A. II.

<sup>2</sup> Nicht näher angegebene Paragraphen sind solche des StGB

**Zusammenfassung I: Besonderer Teil des StGB im Überblick**

Straftaten gegen Individualgüter		Straftaten gegen die Allgemeinheit
Straftaten gegen die Person	<b>Straftaten gegen das Vermögen</b>	§§ 153 ff., 306 ff. 267 ff.
§§ 240, 239, 185 ff., 223 ff., § 211 ff.	<b>Eigentumsdelikte</b>	
	<b>Vermögensdelikte als Ganzes</b>	
	§§ 242, 246, 249	§§ 263, 266, 253, 255

Die größte Examensrelevanz haben die Straftaten gegen das Vermögen. Ihnen soll deshalb insgesamt auch der meiste Platz sowohl in den BT-Skripten als auch auf den CDs gewidmet werden. Die CD/ das Skript BT I unterscheidet insbesondere zwischen den Eigentums- und Vermögensdelikten, die als Vergehen nach § 12 II ausgestaltet sind. Die CD/ das Skript BT II greift demgegenüber insbesondere die typischen Eigentums- und Vermögensdelikte in Form des Verbrechens auf. Die CD/ das Skript BT III behandelt die Straßenverkehrsdelikte und die Straftaten gegen Individualgüter. Schließlich werden auf der CD/ in dem Skript BT IV die Delikte gegen die staatliche Rechtspflege zusammengefaßt.

CD	Thematik
<b>BT I</b>	Insbesondere Eigentums- und Vermögensdelikte als Vergehenstatbestände
<b>BT II</b>	Insbesondere Eigentums- und Vermögensdelikte als Verbrechenstatbestände
<b>BT III</b>	Straßenverkehrsdelikte und Straftaten gegen Individualgüter
<b>BT IV</b>	Insbesondere Straftaten gegen die staatliche Rechtspflege

**II. Unterschied Eigentumsdelikte/Vermögensdelikte**

Eigentums- und Vermögensdelikte als Ganzes haben in den meisten Fälle denselben Anwendungsbereich. Dies zeigt sich insbesondere bei der Abgrenzung des Sachbetrugs als Vermögensdelikt vom Trickdiebstahl als Eigentumsdelikt.

**Juwelierfall 1:**

A bittet den Juwelier, ihm für einen Tag das Schmuckstück mit nach Hause zu geben. Er wolle es seiner Frau zeigen. In Wahrheit behält er es (Sachbetrug).

**Juwelierfall 2:**

A bittet den Juwelier, das Schmuckstück am Fenster des Geschäftes näher zu besichtigen. In einem unbeobachteten Augenblick verschwindet A mit dem Schmuckstück (Trickdiebstahl).

Die Gemeinsamkeit beider Fälle besteht darin, daß jeweils eine Sache entzogen wird, sei es mit, sei es ohne Verfügungsbewußtsein des Opfers<sup>3</sup>.

Zwischen beiden Deliktsgruppen bestehen aber auch Unterschiede.

**1. Eigentumsdelikte (fremd, Zueignung oder Zueignungsabsicht)**

Eigentumsdelikte sind gekennzeichnet durch das Tatbestandsmerkmal „fremd“. So verlangt der Gesetzgeber im Rahmen der Sachbeschädigung nach § 303 die Zerstörung oder Beschädigung

<sup>3</sup> hierzu noch näher in diesem Skript unter E. V. 3 c)

einer „fremden“ Sache. Für den Diebstahl nach § 242, den Raub nach § 249 und die Unterschlagung nach § 246 wird als Tatobjekt gleichermaßen eine „fremde bewegliche Sache“ gefordert. Auch die einfache Brandstiftung nach § 306 sanktioniert das in Brand setzen oder durch Brandlegung ganz oder teilweise Zerstören einer fremden, in § 306 enumerativ aufgezählten Örtlichkeit. Dabei ist zu berücksichtigen, daß Eigentum nur an Sachen bestehen kann. Nicht geschützt werden über die Eigentumsdelikte z.B. Forderungen und Rechte. In diesem Zusammenhang ist auch zu erklären, warum der Gesetzgeber bei Eigentumsdelikten teilweise eine Zueignung (§ 246) bzw. eine Zueignungsabsicht (§§ 242, 249) an diesen Sachen und nicht wie bei den Vermögensdelikten eine Bereicherungsabsicht fordert.

## 2. Vermögen (Bereicherungsabsicht)

Demgegenüber wird bei Vermögensdelikten das Vermögen als ganzes geschützt. Das ist grundsätzlich das Eigentum einer Person, sofern es eine wirtschaftliche Werteinheit darstellt. Sachen, die nur von rein immateriellem Interesse sind, fallen nicht unter den Schutzzweck der Vermögensdelikte. Insofern gehören beispielsweise vergilbte, wertlose Fotos nicht zum Vermögen einer Person, sehr wohl aber zu deren Eigentum. Deshalb ist die Wegnahme eines vergilbten fremden Fotos über § 242 geschützt, nicht aber das Erschwindeln einer solchen Sache über § 263. Ausschließlich über die Vermögensdelikte werden aber Forderungen und Rechte erfaßt. Deshalb verwendet der Gesetzgeber auch bei diesen Delikten im subjektiven Tatbestand das Tatbestandsmerkmal der insofern weitergehenden Bereicherungsabsicht.

Hinsichtlich der Tatobjekte ergeben sich damit folgende Unterschiede:

### Zusammenfassung II: Unterschiedliche Tatobjekte bei Eigentums- und Vermögensdelikten

Sachen von rein immateriellem Interesse	<b>Eigentum</b>	
	<b>Vermögen</b>	Forderungen, Rechte

Hinsichtlich der Tathandlung oder des subjektiven Tatbestandes im Rahmen der überschießenden Innentendenzen differieren Eigentums- und Vermögensdelikte teilweise wie folgt:

### Zusammenfassung III: Unterschiedliche Tathandlungen bzw. überschießende Innentendenzen

<b>Eigentum</b>	<b>Zueignung oder Zueignungsabsicht</b>
<b>Vermögen</b>	<b>Bereicherung oder Bereicherungsabsicht</b>

**A. Diebstahl (§ 242), seine Regelbeispiele (§ 243) und seine Qualifikationen (§§ 244, 244 a)**

**I. Diebstahlsdelikte im Überblick**

Die Diebstahlstatbestände nach §§ 242 ff. sind im Examen sehr beliebt und sollten von jedem Studenten oder Rechtsreferendar als zwingendes Grundlagenwissen beherrscht werden. Äußerst examensrelevant ist dabei insbesondere die bereits oben dargestellte Abgrenzungsfrage des Sachbetrugs vom Trickdiebstahl<sup>4</sup>.

§ 242 erfasst den einfachen Diebstahl, der als Vergehen ausgestaltet ist und dessen Versuch nach § 242 II mit Strafe bedroht ist. Der sich anschließende § 243 (besonders schwere Fall des Diebstahls) stellt ein Regelbeispiel und damit eine Strafzumessungsnorm dar. Er ist also nach der Schuld zu prüfen. Inhaltlich steht es bei einem Regelbeispiel im Ermessen des Richters, ob er einen besonders schweren Fall annimmt. § 244 ist demgegenüber ein echter Qualifikationstatbestand. Seine Tatbestandsmerkmale sind zwingend. Durch das 6. StrRG hat der Gesetzgeber den ursprünglich als Regelbeispiel in § 243 I 2 Nr. 1 a.F. ausgestalteten Wohnungseinbruch in den Katalog des qualifizierten Diebstahls nach § 244 I Nr. 3 aufgenommen. Der schwere Bandendiebstahl in § 244 a ist eine Qualifikation der Qualifikation des § 244, wobei die Regelbeispiele des § 243 I 2 zu echten Tatbestandsmerkmalen werden. Die Unterschlagung nach § 246 ist ein eigenständiger, subsidiärer Tatbestand, der im Gegensatz zum Diebstahl die Zueignung und nicht die Wegnahme einer fremden beweglichen Sache in Zueignungsabsicht unter Strafe stellt.

§§ 247, 248 a enthalten unselbständige Privilegierungen. Diese sind als Antragserfordernisse bei den Strafverfolgungsvoraussetzungen nach der Schuld zu prüfen. Anders als beim Diebstahl handelt der Täter beim unbefugten Gebrauch eines Fahrzeugs nach § 248 b mit Rückführungswillen. Der Enteignungsvorsatz ist nicht auf Dauer ausgerichtet. § 248 b sanktioniert damit den ansonsten straffreien „furtum usus“. Schließlich ist nach § 248 c die Entziehung elektrischer Energie unter Strafe gestellt. Mit dieser Norm hat sich der Gesetzgeber dagegen entschieden, elektrische Energie unter den Sachbegriff des § 242 zu subsumieren.

**Zusammenfassung IV: Diebstahlsdelikte im Überblick**

Selbständige Tatbestände § 248 b § 248 c	<b>Grundtatbestand</b> <b>§ 242</b>	Regelbeispiel (nach der Schuld) § 243	Antragserfordernisse (nach der Schuld) §§ 247, 248 a
		Qualifikationen §§ 244, 244 a	

**II. Geschützte Rechtsgüter**

Der Diebstahl schützt nach h.M. nicht nur das Eigentum sondern auch den Gewahrsam. Schließlich setzt § 242 neben der Zueignungsabsicht einer „fremden“ beweglichen Sache auch

<sup>4</sup> hierzu in diesem Skript E. V. 3. c)

deren Wegnahme und damit den Bruch fremden und die Begründung neuen nicht notwendigerweise tätereigenen Gewahrsams voraus.

### III. Tatbestandsmerkmale des einfachen Diebstahls nach § 242

Im objektiven Tatbestand verlangt der Diebstahl nach § 242 als Tatobjekt eine fremde bewegliche Sache. Die Tathandlung besteht in der Wegnahme derselben. Der subjektive Tatbestand setzt neben dem Vorsatz die besondere Absicht voraus, sich oder einem Dritten die Sache rechtswidrig zuzueignen.

Objektiver Tatbestand		Subjektiver Tatbestand	
Tatobjekt	Tathandlung	Vorsatz	Besondere Absicht
Fremde bewegliche Sache	Wegnahme		Rechtswidrige Dritt- oder Eigenzueignungsabsicht

### IV. Objektiver Tatbestand

#### 1. Tatobjekt: fremde bewegliche Sache

##### a) Sache; Aggregatzustand ist unmaßgeblich

Unter Sache versteht man jeden körperlichen Gegenstand im Sinne der §§ 90 f. BGB. Dabei spielt es keine Rolle, ob der Gegenstand fest, flüssig oder gasförmig ist. Der Aggregatzustand ist somit für den Sachbegriff unmaßgeblich.

Damit ist sowohl der Kanister, als auch das Benzin in diesem Kanister eine Sache. Dasselbe gilt für die mit Gas gefüllte Flasche.

##### aa) Elektrische Energie (§ 248 c)

Keine Sache ist demgegenüber die elektrische Energie. Die Entziehung derselben unterliegt, wie bereits oben dargestellt<sup>5</sup>, der besonderen Strafdrohung des § 248 c.

##### aa) Tiere § 90 a BGB

Die Frage, ob Tiere Sachen sind, läßt sich sowohl aus zivilrechtlichen als auch aus strafrechtlichen Gesichtspunkten begründen.

#### (1) Zivilrechtlicher Aspekt

Die zivilrechtliche Norm des § 90 a S. 1, 3 BGB bestimmt, daß Tiere trotz ihrer Körperlichkeit keine Sachen sind, daß auf sie aber die für Sachen geltenden Vorschriften entsprechend anzuwenden sind. Falls dieser Regelungskomplex auch für das Strafrecht gilt, läge in der dann gebotenen entsprechenden Anwendung aller „sachbezogenen“ Strafrechtsnormen gleichwohl keine gemäß Art. 103 II GG verbotene strafbegründende Analogie. Denn da das Gesetz selbst die entsprechende Anwendung anordnet, fehlt es an einer Gesetzeslücke; die Strafbarkeit ist vielmehr wie es Art. 103 II GG verlangt, „gesetzlich bestimmt“.

<sup>5</sup> hierzu in diesem Skript B. I.

### **(1) Strafrechtlicher Aspekt**

Fraglich ist aber, ob der Sachbegriff der §§ 90, 90 a BGB auch auf das Strafrecht übertragbar ist. Hiergegen spricht, daß das StGB (1871) wesentlich älter ist als das BGB (1900). Darüber hinaus ergänzt § 90 a BGB den § 90 BGB, und dieser definiert nur „Sachen im Sinne des Gesetzes“, wobei mit „Gesetz“ dieses Gesetz, nämlich das BGB gemeint ist.

Einer Beantwortung dieser Frage bedarf es nicht, wenn auch das Strafrecht Tieren die Sachqualität zuspricht. So sprechen §§ 324 a I Nr. 1, 325 IV Nr. 1 StGB von Tieren, Pflanzen oder anderen Sachen. Ein Rückgriff auf § 90 a BGB ist deshalb nicht erforderlich.

#### **cc) Leichen**

Die Sachqualität menschlicher Leichen bedarf näherer Begründung. Handelt es sich um nicht zur Bestattung bestimmte Leichen, die infolge Zeitablaufs und Erlöschens des Pietätsempfindens zulässigerweise in Museen verwahrt werden (z.B. Mumien) oder die mit Einwilligung des Verfügungsberechtigten der Anatomie überlassen sind, ist Ihnen unproblematisch die Sachqualität zuzusprechen. Bei anderen Leichen könnte es sich alternativ um „Rückstände der Persönlichkeit“ handeln. Jedoch ist auch ihnen nicht die Körperlichkeitsqualität abzusprechen. Die Frage ist vielmehr erst für die Fremdheit von Bedeutung<sup>6</sup>.

#### **dd) Computerprogramme**

Computerprogramme sind Sachen, wenn es sich um einen Datenträger handelt, auf dem die Programme gespeichert sind. Problematisch ist demgegenüber, ob Programme als solches Sachqualität besitzen.

##### **(1) Sachqualität, da auf Träger gespeichert werden muß**

Für die Sachqualität spricht, daß das Programm, um überhaupt existieren zu können, auf einem körperlichen Träger gespeichert werden muß. Diese Speicherung ist erforderlich, damit das Programm eine typische Funktion übernehmen kann. Damit ist die Verkörperung nicht bloßes Transportmittel im Gegensatz zu geistigen Gütern wie das know how.

Der BGH hat in einer zivilrechtlichen Entscheidung erklärt, daß die Sachqualität nicht deshalb entfiere, weil eine Übergabe auch direkt mittels eines Kabels von Computer zu Computer erfolgen könne, da dies lediglich eine besondere Übertragungsmöglichkeit darstelle und die Sacheigenschaft im übrigen nicht hindere.

##### **(2) Eigenständiger Sachbegriff im Strafrecht**

Demgegenüber gilt mit der Gegenstimme, im Strafrecht gegenüber dem Zivilrecht ein eigenständiger Sachbegriff. Während es nämlich bei den zivilrechtlichen Entscheidungen meist

---

<sup>6</sup> hierzu in diesem Skript B. IV. 1. c) bb)

wegen der Anwendbarkeit der §§ 459 ff BGB a.F. (jetzt § 437 BGB n:F.) gerade auf den Sachbegriff ankomme, untersteht strafrechtlich der Schutz von Computerprogrammen anderen Vorschriften. Das Programm hat daher für sich selbst genommen mit dieser überzeugenden Ansicht keine Sachqualität.

### **a) Beweglich**

Die Sache muß beweglich sein. Dazu muß sie tatsächlich fortgeschafft werden können. Es ist dabei unerheblich, ob es sich um einen wesentlichen Bestandteil nach § 93 BGB handelt.

Damit ist auch das fest montierte Waschbecken beweglich, wenn es abgeschraubt wird.

In einer Klausur liegt in diesem Tatbestandsmerkmal grundsätzlich kein Problem.

### **a) Fremd**

Darüber hinaus muß die bewegliche Sache fremd sein. Die Definition der Fremdheit kann einmal positiv bestimmt werden. So ist eine Sache fremd, wenn sie zumindest auch im Eigentum eines anderen steht. Daraus ergibt sich negativ, daß die Sache weder im Alleineigentum des Täters stehen, noch daß sie herrenlos oder aneignungsunfähig sein darf. Nicht zum Anwendungsbereich des Diebstahls zählen somit Sachen, die im ausschließlichen Eigentum des Täters stehen. Dabei ist zur Bestimmung der Fremdheit auf das bürgerliche Recht zurückzugreifen.

### **aa) Gewilderte Tiere**

Jagbare wilde Tiere sind nach § 960 BGB herrenlos, unterliegen aber dem durch die §§ 292 ff geschützten Aneignungsrecht des Jagdausübungsberechtigten.

Erlegt der Jagdausübungsberechtigte also ein Tier, erwirbt er nach § 958 I Eigentum, da er die bewegliche Sache in Eigenbesitz genommen hat und kein Hinderungsgrund nach § 958 II BGB entgegensteht.

Fraglich ist, ob die Herrenlosigkeit eines Tieres auch dann fortbesteht, wenn es von einem Wilderer erlegt wurde.

#### **Wildererfall**

A wildert im Revier des Jagdasübungsberechtigten B. Er erschießt ein Reh und hängt es vor seine Jagthütte. C kommt vorbei und erkennt, daß A das Tier gewildert hat und nimmt es mit zu sich, um es selbst zu verzehren.

### **(1) Herrenlos § 958 II BGB**

Die h.M. sieht das gewilderte Tier weiterhin als herrenlos an, da der Jagdausübungsberechtigte durch die Inbesitznahme eines Wilderers nicht Eigentümer des gewilderten Tieres werde. Begründet wird diese Auffassung mit dem Wortlaut des § 958 II BGB, der gegen einen

Eigentumserwerb spreche, da durch die Besitzergreifung das Aneignungsrecht des Jagdausübungsberechtigten verletzt werde.

Hiernach liegt mangels Fremdheit kein taugliches Diebstahlsubjekt vor, so daß A keinen Diebstahl nach § 242 begangen hat. In Betracht kommt aber auch für A Jagdwilderei nach § 292 I Nr. 2.

### **(1) Eigentum des Jagdausübungsberechtigten**

Die Mindermeinung die in diesem Fall das Eigentum des ausschließlich Aneignungsberechtigten bejahen würde, sobald der Nichtberechtigte eine Sache in Besitz nimmt, ist contra legem (§ 958 II BGB) und deshalb abzulehnen

#### **bb) Leichen**

Menschliche Leichen, denen, wie oben geprüft<sup>7</sup>, Sachqualität zuzusprechen ist, sind keine fremden Sachen. Die Erben sind zwar Totensorgeberechtigte. Der Leichnam bleibt dennoch herrenlos. Insofern sind diese nicht über einen Diebstahl nach § 242 sondern nur über eine Störung der Totenruhe nach § 168 zu schützen. Etwas anders kann aber für Leichen oder Leichenteile gelten, die nicht zur Bestattung bestimmt sind wie z.B. Anatomieleichen.

#### **aa) Tanken an SB-Tankstellen**

Tankt ein Autofahrer mit einem beinahe leeren Tank Benzin an einer Selbstbedienungstankstelle und entfernt sich ohne zu bezahlen, ist fraglich, ob das Benzin fremd ist. Ursprünglich gehörte es dem Tankstellenpächter.

### **(1) Gesetzlicher Eigentumserwerb**

Durch die Vermischung mit dem im Tank noch befindlichen Kraftstoff des Kunden entstand gemäß §§ 947, 948 BGB Miteigentum mit der Folge, daß das gesamte im Tank befindliche Benzin eine für A fremde Sache blieb. Da der Tank beinahe leer war, entstand auch nicht Alleineigentum des Kunden nach §§ 947 II, 948 BGB. Ein gesetzlicher Eigentumserwerb scheidet insofern aus.

### **(1) Vertraglicher Eigentumserwerb**

Der Kunde könnte aber durch Einigung und Übergabe nach § 929 S. 1 BGB Eigentum erworben haben, falls in dem Gestatten des Selbstbedienens ein unbedingtes Übereignungsangebot des Tankstelleninhabers liegt.

#### **(a) Keine Fremdheit**

Nach einer Ansicht erwirbt der Kunde beim Tanken an einer Selbstbedienungszapfsäule Besitz und Eigentum an dem getankten Benzin bereits mit dem Einfüllen in den Kraftfahrzeugtank. Mit der Betätigung des Zapfhahns bietet der Tankkunde den Abschluß eines Kaufvertrages und einer Einigung über den Eigentumsübergang an dem zu tankenden Benzin an. Indem der Betreiber der Tankstelle dem Kunden das Selbstbedienungstanken gestattet, nehme er beide Angebote an. Für die Übereignung gelte das insbesondere, weil die von keiner ausdrücklichen

---

<sup>7</sup> hierzu oben B. IV. 1. a) cc)

Vorbehaltserklärung begleitete Übergabe der Sache an den Käufer in der Regel den unbedingten Übereignungswillen des Verkäufers ausdrücke. Hiernach besteht mangels Fremdheit kein taugliches Diebstahlsobjekt.

**(a) Fremdheit**

Nach der überwiegend vertretenen Gegenansicht geht das Eigentum an dem getankten Benzin erst mit der Bezahlung an der Kasse auf den Tankkunden über.

**(aa) Eigentum erst mit Bezahlung an der Kasse, da Übereignung aufgrund Eigentumsvorbehalt nach § 158 BGB nur bedingt erfolgt**

Zur Begründung wird zum Teil darauf verwiesen, daß zwar Kauf und Übereignung bereits mit dem einverständlichen Selbstbedienungstanken zustande kämen. Die dingliche Einigungserklärung des Tankstelleninhabers sei jedoch angesichts des Sicherungsinteresses so auszulegen, daß er sich das Eigentum bis zur Bezahlung vorbehalte (§ 449 BGB n.F. für das schuldrechtliche, § 158 BGB für das dingliche Rechtsgeschäft).

**(bb) Eigentum erst an der Kasse**

Andere gehen davon aus, daß der Abschluß des Kaufvertrages und die dingliche Übereignung des Benzins - ebenso wie beim Kauf von Waren in Selbstbedienungsläden - erst an der Kasse mit Annahme des Geldes zustande kommen, da erst in diesem Zeitpunkt Art und Menge des zu übereignenden Kraftstoffes feststünden.

**(bb) Stellungnahme**

Welcher der beiden Begründungen für die Fremdheit des Eigentums am Benzin zu folgen ist, kann offen bleiben. Es ist jedenfalls kein Schutz des Kunden ersichtlich, der es erforderlich macht, daß der Kunde bereits beim Einfüllen des Benzins an der Zapfsäule Eigentum erwerbe. Damit ist die erste Ansicht abzulehnen und das Benzin fremd. Ein Diebstahl scheidet aber dennoch aus, da der Tankstellenpächter mit dem Gewahrsamswechsel einverstanden ist. In Betracht kommen aber §§ 263 bzw. §§ 263, 22, 23 I und § 246.

**Zusammenfassung V: Fremdheit des Benzins beim Tanken an SB-Tankstellen**

<b>Gesetzlicher Eigentumserwerb §§ 947, 948 BGB</b>		
<b>Rechtsgeschäftlicher Eigentumserwerb § 929 BGB</b>		
<b>Keine Fremdheit</b>	<b>Fremdheit</b>	
Eigentum bereits mit Einfüllen in den Kraftfahrzeugtank	§§ 929, 158 BGB	Dingliche Übereignung erst an der Kasse
Schutz der Verkäufers		

**2. Tathandlung: Wegnahme**

Diese fremde bewegliche Sache müßte der Täter weggenommen haben. Unter Wegnahme versteht man den Bruch fremden und die Begründung neuen, nicht notwendigerweise tätereigenen Gewahrsams. Nicht zu verwechseln ist die objektive Wegnahme mit der subjektiven Zueignungsabsicht.

### **a) Unterschied des Begriffs in §§ 168, 289**

Der Gesetzgeber verwendet den Begriff der Wegnahme auch noch in §§ 168, 289. Für beide Delikte werden aber nach h.M. andere Voraussetzungen verlangt.

So genügt für die Störung der Totenruhe nach § 168 nach dem Sinn der Vorschrift allein die Aufhebung des Gewahrsams (Handeln gegen oder ohne den Willen des Berechtigten). Nicht vorausgesetzt wird demgegenüber die Begründung neuen Gewahrsams. Die Wegnahme in der Pfandkehr nach § 289 setzt die Entziehung der Sache aus dem tatsächlichen Machtbereich voraus. Ansonsten würde der Inhaber besitzloser Pfandrechte nicht geschützt. So könnte beispielsweise der Mieter Sachen, die dem Vermieterpfandrecht nach § 562 BGB n.F. unterfallen, mangels fremden Gewahrsams des Vermieters nicht wegnehmen. Das „Rücken“ des Mieters wäre ansonsten keine Pfandkehr.

### **b) Gewahrsam**

Unter dem Gewahrsam versteht man die tatsächliche Sachherrschaft, die von einem natürlichen Herrschaftswillen getragen ist, deren Reichweite sich nach der Verkehrsauffassung bestimmt. So hat beispielsweise auch derjenige Gewahrsam an einer Sache, der von der Existenz einer konkreten Sache keine Kenntnis hat, aber einen generellen Gewahrsamswillen besitzt.

Wird auf das Grundstück des B ein Ball geworfen, erlangt B Gewahrsam durch seinen generellen Gewahrsamswillen.

#### **aa) Auseinanderfallen von Eigentum und Gewahrsam**

Ein Diebstahl ist auch dann möglich, wenn Eigentum und Gewahrsam nicht zusammenfallen.

Leiht A dem B sein Buch und entwendet C dieses aus dem Hause des B, so ist A als Eigentümer und B als Gewahrsamsinhaber über § 242 geschützt.

Dasselbe gilt für den deliktisch erlangten Gewahrsam.

Stiehlt B das Buch dem A und entwendet C dieses seinerseits aus dem Hause des B, so ist A als Eigentümer und B trotz seines deliktischen Gewahrsams über § 242 geschützt.

#### **bb) Abgrenzung: gewahrsamslos/herrenlos**

Eine Sache ist gewahrsamslos, wenn keiner die tatsächliche Sachherrschaft hierüber ausüben kann. Sie ist herrenlos, wenn sie in niemandes Eigentum steht, an ihr also Eigentum noch nie bestanden hat (z.B. § 960 I 1 BGB), es nach § 959 BGB aufgegeben wurde oder sonst erloschen ist (§§ 960 II, III, 961 BGB).

Damit schließt die Gewahrsamslosigkeit erst die Tathandlung der Wegnahme aus. In Betracht kommt dann eine Unterschlagung nach § 246. Bei herrenlosen Sachen scheidet demgegenüber bereits das Tatobjekt, so daß Eigentumsdelikte insgesamt nicht in Betracht kommen.

**Geldbörsenfall:**

Verliert A seine prall gefüllte Geldbörse im Wald, ist die Sache gewahrsamslos. Sie ist aber nicht herrenlos, da A nicht sein Eigentum nach § 959 BGB aufgegeben hat. Allein die Besitzaufgabe reicht nicht, damit eine Sache herrenlos wird. A müßte darüber hinaus auch die Absicht gehabt haben, auf das Eigentum zu verzichten, woran es hier offensichtlich fehlt.

**Papierkorbfall:**

Wirft A seine alte Geldbörse ohne Geld zu Hause in seinen Papierkorb, ist sie herrenlos aber nicht gewahrsamslos da A die tatsächliche Sachherrschaft über alle in seiner Wohnung befindlichen Gegenstände hat.

**Zusammenfassung VI: Unterschied gewahrsamslos/herrenlos**

Gewahrsamslos	Herrenlos
wenn keiner die tatsächliche Sachherrschaft über die Sache ausüben kann	Wenn die Sache in niemandes Eigentum steht
Problem der Tathandlung „Wegnahme“	Problem des Tatobjekts „fremd“

**cc) Abgrenzung: Gewahrsam/Besitz**

Der Gewahrsam ist nicht mit dem Besitz aus dem BGB zu verwechseln. Deshalb darf der Begriff des Besitzes als tatbestandliche Voraussetzung einer Wegnahme nicht auftauchen. So ist schließlich auch mittelbarer Besitz nach § 868 BGB und fiktiver Erbenbesitz nach § 857 BGB Besitz im Sinne des BGB, begründet aber in der Regel keinen Gewahrsam.

Stirbt der in München lebende Vater V des in Köln lebenden Alleinerben A, wird dieser im Moment des Todes Erbenbesitzer nach § 857 BGB, selbst wenn A vom Tod des V nichts weiß. A hat aber weder die tatsächliche Sachherrschaft über das Erbe noch einen Gewahrsamswillen.

Andererseits kann der Besitzdiener nach § 855 BGB, der zivilrechtlich kein Besitzer ist, Gewahrsam haben. Entscheidend sind dabei die konkreten Umstände des Einzelfalles und die natürliche Auffassung des täglichen Lebens.

Die Hausangestellte ist nur Besitzdienerin nach § 855 BGB und nicht Besitzerin. Dennoch kann sie Mitgewahrsam an den Sachen ihres Arbeitgebers haben.

**dd) Gelockerter Gewahrsam**

Die tatsächliche Sachherrschaft über eine Sache setzt nicht voraus, daß der Gewahrsamsinhaber stets aktuell auf die Sache zugreifen kann. Eine Gewahrsamslockerung schließt also den Gewahrsam nicht aus.

Verreisen die Eheleute E nach Frankreich, besteht dennoch an ihren Sachen in Deutschland Gewahrsam fort. Dieser ist nur gelockert.

**ee) Gewahrsamsstufen**

Sind mehrere Personen Träger der tatsächlichen Verfügungsgewalt, so können sie entsprechend dem Rangverhältnis ihrer Sachherrschaftsbeziehung unbestritten gleichrangigen, nach der Rechtsprechung aber auch über- und untergeordneten Mitgewahrsam haben.

Bei gleichrangigem Mitgewahrsam kann jeder der Mitgewahrsamsinhaber gegen den anderen einen Gewahrsamsbruch begehen. Wer nur untergeordneten Gewahrsam hat kann den

übergeordneten Mitgewahrsam brechen. Keinen Diebstahl begeht hingegen derjenige, der übergeordneten Gewahrsam ausübt. Zu diesem Ergebnis kann man auch ohne Annahme des gestuften Gewahrsams kommen. Dann kann man beim Untergeordneten nach sozial-normativer Übereinkunft Sachherrschaft ganz verneinen. Ob im Einzelfall Mitgewahrsam vorliegt, bestimmt sich wiederum nach der Anschauung des täglichen Lebens.

Alleingewahrsam hat beispielsweise der Kassierer in einem Warenhaus, wenn er die alleinige Verantwortung für die Kasse trägt, was anzunehmen ist, wenn er allein den Kassenschlüssel hat.

Hat der Kassierer keine Eigenverantwortlichkeit, hat er im Verhältnis zum Geschäftsinhaber untergeordneten Mitgewahrsam.

Gleichgeordneten Mitgewahrsam hat demgegenüber der LKW-Fahrer im Nahverkehrsbereich gegenüber dem Geschäftsherrn bei dessen hinreichender Kontroll- und Einwirkungsmöglichkeit.

### Zusammenfassung VII: Gestufter Gewahrsam

Gewahrsam des	Gewahrsamsbruch durch
Gleichgeordneter	gleichgeordneten Gewahrsamsinhaber oder jeden nicht Gewahrsamsinhaber möglich
Übergeordneter	untergeordneten Gewahrsamsinhaber möglich
Untergeordneter	den übergeordneten Gewahrsamsinhaber nicht möglich, es kommt Unterschlagung in Betracht.

#### ff) Gewahrsam an verlorenen Sachen

Weiß der ursprüngliche Gewahrsamsinhaber nicht mehr, wo sich seine Sache befindet, ist diese verloren. Sachen, die außerhalb eines räumlich umgrenzten Herrschaftsbereichs verlorengehen (wie z.B. im Wald oder am Strand) werden gewahrsamslos. An ihnen kommt eine Unterschlagung, nicht aber ein Diebstahl in Betracht. Werden sie aber innerhalb einer fremden Gewahrsamsphäre verloren, wie z.B. in einem Kino, so hat der ursprüngliche Gewahrsamsinhaber keinen Gewahrsam mehr. Der Inhaber dieses Herrschaftsbereichs (Kinoinhaber) erlangt aber die tatsächliche Sachherrschaft, soweit sein genereller Herrschaftswille reicht. Ein Diebstahl an diesen Sachen ist möglich. Gewahrsam und Eigentum fallen in diesem Beispiel auseinander<sup>8</sup>.

#### gg) Gewahrsam an vergessenen Sachen

Bei vergessenen Sachen, von denen man also weiß, wo sie sich befinden, besteht der bisherige Gewahrsam fort. Vergißt man die Sache außerhalb eines räumlich umgrenzten Herrschaftsbereichs, hat der ursprünglich Gewahrsamsinhaber immer noch Alleingewahrsam in Form des gelockerten Gewahrsams. Sind die vergessenen Sachen in einem fremden Gewahrsamsbereich zurückgeblieben (z.B. Schirm in einem Kino), so entsteht an ihnen regelmäßig Mitgewahrsam mit demjenigen, der dort kraft seines generellen Gewahrsamswillens die Sachherrschaft ausübt.

<sup>8</sup> vgl. hierzu bereits oben B. III. 3. b) aa)

**Zusammenfassung VIII: Gewahrsam an verlorenen und vergessenen Sachen**

Gewahrsam	Verlorene Sachen	Vergessene Sachen
Außerhalb eines räumlich umgrenzten Herrschaftsbereichs	Gewahrsamslos	Gewahrsam des ursprünglichen Gewahrsamsinhabers besteht fort
Innerhalb eines fremden Herrschaftsbereichs	Alleiniger Gewahrsam des Inhabers des fremden Machtbereichs	Mitgewahrsam zwischen ursprünglichem Gewahrsamsinhaber und demjenigen, der im neuen Herrschaftsbereich die tatsächliche Sachherrschaft ausübt

**hh) Gewahrsam Bewußtloser**

Der Gewahrsamsinhaber verliert nicht schon dadurch die tatsächliche Sachherrschaft, daß er einschläft oder bewußtlos wird. Auch der für den Gewahrsam erforderliche Herrschaftswille wird durch den Schlaf oder die Bewußtlosigkeit nicht ausgeschlossen.

Etwas anderes könnte allerdings dann gelten, wenn die Bewußtlosigkeit ohne Unterbrechung in den Tod übergeht, da in diesem Fall rückschauend die Behinderung in der Gewahrsamsausübung nicht vorübergehender Natur gewesen ist. Hiergegen ist aber anzuführen, daß die endgültige strafrechtliche Beurteilung nicht von einem ungewissen Ereignis abhängen kann. Damit führt Bewußtlosigkeit insgesamt nicht zum Gewahrsamsverlust.

**ii) Gewahrsam am Inhalt von verschlossenen Behältnissen**

Hat eine Person Gewahrsam an einem verschlossenen Behältnis und eine andere am Schlüssel, ist fraglich, ob der Verwahrer oder der Schlüsselinhaber Gewahrsam am Inhalt des Behältnisses ausübt. Eine undifferenzierte Beantwortung der Frage, daß entweder stets der Schlüsselinhaber oder umgekehrt stets der Inhaber des Behältnisses Gewahrsam am Inhalt des Behältnisses haben, ist abzulehnen. Vielmehr ist mit der Verkehrsauffassung wie folgt zu unterscheiden:

Ist das Behältnis fest mit einem Gebäude verbunden oder nach Gewicht und Größe schwer beweglich, so hat allein der Schlüsselinhaber den Gewahrsam am Inhalt. Mitgewahrsam mehrerer Schlüsselinhaber ist dabei möglich.

Ist das Behältnis dagegen selbständig frei beweglich, so daß sein Verwahrer gleichzeitig mit ihm über den Inhalt durch Wegschaffen oder Veräußern verfügen kann, so hat der Behältnisverwahrer in der Regel den Gewahrsam am Inhalt.

**Zusammenfassung IX: Gewahrsam an Behältnissen**

	Verwahrer	Schlüsselinhaber
<b>Behältnis ist fest mit Gebäude verbunden oder schwer beweglich</b>	-	Gewahrsam
<b>Behältnis ist leicht beweglich</b>	Gewahrsam	-

**jj) Abgrenzung Diebstahl und Unterschlagung**

Wird eine fremde bewegliche Sache nicht weggenommen, weil die Sache gewahrsamslos ist oder der Täter übergeordneter Gewahrsamsinhaber ist, kommt eine Unterschlagung nach § 246 in Betracht.

### **c) Bruch fremden Gewahrsams/Begründung neuen Gewahrsams**

Besteht fremder Gewahrsam, müßte dieser gebrochen und neuer, nicht notwendigerweise tätereigenen Gewahrsam begründet worden sein.

#### **aa) Gleichzeitigkeit und Auseinanderfallen der Begriffe**

Grundsätzlich fallen der Bruch fremden und die Begründung neuen Gewahrsams zeitgleich zusammen.

Entwendet A im Kaufhaus eine Sache, indem er sie in seine Tasche steckt, so wird fremder Gewahrsam im Moment des Einsteckens gebrochen und zeitgleich neuer Gewahrsam begründet. Ein grober Fehler ist es im Einstecken den Bruch fremden Gewahrsams zu sehen und im Verlassen des Kaufhauses die Begründung des neuen Gewahrsams.

Ausnahmsweise können beide Voraussetzungen jedoch auseinanderfallen:

Wirft A aus einem Zugabteil eine Sache des B in den Wald, so bricht er dessen Gewahrsam durch das Hinauswerfen. Begründet aber nicht zeitlich neuen auch nicht täterfremden Gewahrsam. Die Sache wird im Wald vielmehr gewahrsamslos. Steigt A an der nächsten Station aus und kehrt zur ursprünglichen Stelle zurück und steckt die Sache ein, wird erst dadurch neuer Gewahrsam begründet.

Schießt A auf B, um ihm eine Sache zu entwenden aus weiter Ferne und stirbt A hierbei, wird fremder Gewahrsam durch den Schuß gebrochen. Neuer Gewahrsam wird erst dadurch begründet, daß A die Sache an sich nimmt.

#### **bb) Bruch fremden Gewahrsams**

Fremder Gewahrsam wird gebrochen, wenn er ohne oder gegen den Willen des Berechtigten aufgehoben wird. Liegt der Wille des Berechtigten vor, scheidet die Wegnahme an einem tatbestandsausschließenden Einverständnis<sup>9</sup>. Damit ist der Diebstahl im Gegensatz zum Betrug ein Fremdschädigungsdelikt.

#### **(1) Abgrenzung Wegnahme (§ 242) und Vermögensverfügung (§ 263)**

In diesem Zusammenhang ist die Wegnahme nach § 242 von der Vermögensverfügung nach § 263 abzugrenzen. Insbesondere gilt es zwischen dem Trickdiebstahl und dem Sachbetrug zu differenzieren. Die Einzelheiten der Abgrenzung werden später unter Punkt E. V. 3. c) dargestellt.

#### **(1) Tatbestandsausschließendes Einverständnis bei den Diebesfallenfällen**

Das tatbestandsausschließende Einverständnis läßt sich am deutlichsten im Rahmen der Diebesfallenfälle darstellen. Hierzu soll noch einmal der Fall aus dem Skript go-jura Strafrecht AT, C. Kapitel II, Täterschaft und Teilnahme, II. 1. a) bb) (2) aufgegriffen werden und diesmal nicht nach der Strafbarkeit des P als Anstifter sondern nach der Strafbarkeit des T als Täter gefragt werden.

<sup>9</sup> hierzu bereits go-jura Strafrecht AT, B. Kapitel I, Das vorsätzlich vollendete Begehungsdelikt, III. 2. b) cc)

**Diebesfallenfall:**

Im Unternehmen des U kommt es häufiger zu Diebstählen. Deshalb präpariert der ermittelnde Polizeibeamte P einen Geldschein des U mit dessen Einverständnis und legt ihn in eine offene Schreibtischschublade im Dienstzimmer des U. T entnimmt den Schein heimlich der Schublade und wird später durch Spuren an seinen Fingern überführt. Strafbarkeit des T nach § 242?

Der Geldschein stand im Eigentum des U und war damit für T eine fremde bewegliche Sache. Diese müßte T weggenommen haben. Wegnahme ist der Bruch fremden und die Begründung neuen nicht notwendigerweise tätereigenen Gewahrsams. U übte die von seinem Herrschaftswillen getragene tatsächliche Sachherrschaft über den Geldschein, der sich in seiner Schreibtischschublade befand, aus. T brach fremden Gewahrsam, wenn er ohne oder gegen den Willen des Berechtigten handelte. Hier war U jedoch damit einverstanden, daß T den Schein an sich nahm. Daß U dieses Einverständnis nicht ausdrücklich oder konkludent erklärte und daß T hiervon nichts wußte schließt das tatbestandsausschließende Einverständnis, das rein tatsächlichen Charakter hat – anders als die rechtfertigende Einwilligung – nicht aus. Damit scheidet der Diebstahl an der Wegnahme. Da T aber nichts von dem tatbestandsausschließenden Einverständnis wußte, kommt ein untauglicher Diebstahlversuch nach §§ 242, 22, 23 I in Betracht.

**(1) Beobachtete Entwendung**

Wird der Täter während der Tat vom Berechtigten oder einem eingriffsbereiten Dritten, der in der Lage ist, sofort und mit Erfolg einzugreifen, beobachtet, ist fraglich ob eine vollendete oder nur eine versuchte Wegnahme vorliegt.

**(a) Vollendungslösung**

Nach der Vollendungslösung hat der Täter auch dann eine vollendete Wegnahme vorgenommen. Diebstahl sei keine heimliche Tat.

**(b) Versuchslösung**

Demgegenüber nimmt die Versuchslösung lediglich Versuch an, wenn der Täter durch den Berechtigten oder einen Dritten, der zu dessen Gunsten einzuschreiten gewillt ist, beobachtet wurde. Der beobachtete und auf frischer Tat ertappte Dieb sei regelmäßig zur sofortigen Herausgabe der Beute bereit. Zudem bestehe eine Vergleichbarkeit mit den Diebesfallenfällen, die auch nur zur versuchten Tat kommen.

**(c) Stellungnahme**

Nur die Vollendungslösung berücksichtigt den rein faktischen Gewahrsamsbegriff. Beobachtung, Rückgriffsbereitschaft des Täters oder die Möglichkeit der Erzwingung der Rückgabe verhindern nicht die Wegnahme sondern ermöglichen nur dem Bestohlenen die Möglichkeit, den verlorenen Gewahrsam zurückzuerlangen. Zudem besteht keine Vergleichbarkeit zu den Diebesfallenfällen. Es liegt ein qualitativer Unterschied darin, ob der Gewahrsamsinhaber mit der Wegnahme einverstanden ist oder nicht. Die Versuchslösung ist deshalb abzulehnen.

**Zusammenfassung X: Beobachtete Entwendung**

Vollendungslösung	Versuchslösung
- Diebstahl ist keine heimliche Tat - berücksichtigt den rein faktischen Gewahrsamsbegriff	- beobachtete Dieb ist regelmäßig zur sofortigen Herausgabe bereit - Parallele zu den Diebesfallen

**cc) Begründung neuen Gewahrsams**

Wann neuer Gewahrsam begründet wird richtet sich nach der Verkehrsanschauung.

**(1) Apprehensionstheorie**

Die herrschende Apprehensionstheorie differenziert hierfür nach der Größe der Gegenstände. Bei kleinen, leicht beweglichen Gegenständen wie beispielsweise Geld wird neuer Gewahrsam bereits mit dem Ergreifen und Festhalten der Sache begründet. Bei größeren leicht transportablen Sachen wird mit dem Einstecken der Sache die Wegnahme vollendet, da die Sache in die körperliche Tabuzone verbracht wird (sog. Gewahrsamsenklaue). Das gilt auch dann, wenn sich der Täter noch in einem fremden Gewahrsamsbereich aufhält.

**Kaufhausfall:**

A steckt im Kaufhaus eine Lachsdose in seine Manteltasche. Hierdurch bricht er den Gewahrsam des Kaufhausinhabers und begründet gleichzeitig innerhalb des fremden Gewahrsamsbereichs neuen eigenen Gewahrsam.

Bei Gegenständen, die infolge ihrer Beschaffenheit, wie etwa Größe und Gewicht, nur schwer zu transportieren sind wie beispielsweise ein größeres Bild oder ein Fernseher ist über das Ergreifen der Sache hinaus auch die Fortschaffung aus dem Herrschaftsbereich des anderen erforderlich.

**Zusammenfassung XI: Begründung neuen Gewahrsams nach der Apprehensionstheorie**

Kleine, leicht bewegliche Sachen	Größere leicht transportable Sachen	Große schwer transportable Sachen
Ergreifen und Festhalten	Verbringung in die körperliche Tabuzone (Gewahrsamsenklaue)	Fortschaffung aus dem Herrschaftsbereich des anderen

**(2) Verzehr von Lebensmitteln**

**Lachsfall:**

A verzehrt in einem Supermarkt heimlich den teuren Lachs. Strafbarkeit nach § 242?

Die Begründung neuen Gewahrsams ist beim Verzehr von Lebensmittel problematisch, da durch das Einverleiben der Nahrungsmittel die Sachqualität vernichtet wird und insofern die Sachherrschaft zwangsläufig entfallen könnte.

Fraglich ist, ob A neuen Gewahrsam begründet hat, da mit dem Herunterschlucken des Lachses deren Sachqualität verloren geht. Zu berücksichtigen ist allerdings, daß der Lachs erst mit dem Herunterschlucken keine Sachqualität mehr besitzt. Solange er sich im Mund des A befand, war er noch als körperliche Gegenstand i.S.d. § 90 BGB vorhanden. Durch das In-den-Mund-Nehmen des Lachses hat A folglich den

Gewahrsam auf sich verschoben. Hierdurch hat er die Herrschaftsmacht des ursprünglichen Gewahrsamsinhabers aufgehoben und die Sache seiner eigenen Herrschaftssphäre zugeführt. Hieran ändert auch die Tatsache nichts, daß das Stadium der Gewahrsamsbegründung nur Sekunden andauerte.

Zu klären bleibt noch, ob der Täter beim Verzehr von Lebensmittel auch mit Zueignungsabsicht handelt<sup>10</sup>.

## V. Subjektiver Tatbestand

Der subjektive Tatbestand des Diebstahls besteht aus dem Vorsatz und der besonderen rechtswidrigen Eigen- oder Drittzueignungsabsicht.

Vorsatz	Rechtswidrige Eigen- oder Drittzueignungsabsicht
---------	--------------------------------------------------

### 1. Vorsatz

Unter Vorsatz versteht man das Wissen und das Wollen der Tatbestandsverwirklichung<sup>11</sup>. Kennt der Täter hingegen einen Umstand nicht, der zum gesetzlichen Tatbestand gehört, liegt ein relevanter Tatbestandsirrtum nach § 16 vor.

Weiß also der Täter beispielsweise nicht, daß er eine fremde Sache wegnimmt, denkt er es sei seine eigene, so scheidet der Vorsatz des Täters aus.

### 2. Rechtswidrige Eigen- oder Drittzueignungsabsicht

Der Täter muß in der besonderen Absicht handeln, sich oder einem Dritten das Tatobjekt rechtswidrig zuzueignen.

#### a) Delikt mit überschießender Innentendenz (kupiertes Erfolgsdelikt)

Beim Diebstahl handelt es sich wie bei dem meisten Eigentums- und Vermögensdelikten um ein Delikt mit überschießender Innentendenz, d.h. die Zueignungsabsicht geht als subjektives Unrechtselement über den äußeren Tatbestand der Wegnahme hinaus. Nicht erforderlich ist es deshalb, daß es zur Zueignung gekommen ist. Man bezeichnet den Diebstahl deshalb auch als erfolgskupiertes Delikt.

Ein vollendeter Diebstahl liegt auch dann vor, wenn A wertvollen Schmuck in der Wohnung des B in seine Tasche steckt, um ihn zu behalten, jedoch vor Verlassen der Räumlichkeiten erwischt wird und den Schmuck zurückgibt.

#### a) Drittzueignungsabsicht durch das 6. StrRG

Vor dem 6. StrRG mußte der Dieb die fremde Sache in der Absicht wegnehmen, sie *sich* rechtswidrig zuzueignen. Problematisch waren die Fälle in denen der Täter die Absicht hatte, die Sache an einen Dritten weiterzugeben. Mit der Neufassung durch das 6. StrRG wird

<sup>10</sup> hierzu noch B. V. 2. d) bb) (1) (b)

<sup>11</sup> hierzu bereits go-jura, Strafrecht AT, Kapitel I: Das vorsätzlich vollendete Begehungsdelikt, II.

nunmehr klargestellt, daß auch derjenige strafbar ist, der die Sache einem Dritten zueignen will (entsprechendes gilt für §§ 249, 246). Bei den Vermögensdelikten war die Drittbereicherungsabsicht bereits vor dem 6. StrRG unter Strafe gestellt. Durch diese Änderung in den Eigentumsdelikten fand eine Angleichung zwischen beiden Deliktgruppen statt.

### a) Rechtswidrigkeit

Die Zueignungsabsicht muß objektiv rechtswidrig sein und der Vorsatz des Täters muß sich hierauf beziehen. Trotz seines auch objektiven Charakters prüft man das Merkmal im subjektiven Tatbestand erst objektiv und dann subjektiv.

Die Zueignung ist objektiv rechtswidrig, wenn der Täter keinen fälligen und einredefreien Anspruch auf die Übereignung der weggenommenen Sache hat und der Täter dies subjektiv weiß.

Bei Gattungsschulden ist zu bedenken, daß dem Gläubiger nach § 243 II BGB das Recht der Konkretisierung zusteht. Der Schuldner hat keinen Anspruch auf eine bestimmte Sache, sondern nach § 243 I BGB nur auf die Leistung von Sachen mittlerer Art und Güte. Problematisch ist, ob Geldschulden eine Sonderstellung einnehmen. Hierzu folgenden

#### **Darlehensfall:**

A erhält von B ein zinsloses Darlehen über 100,- €. Als A es trotz Fälligkeit und Mahnung nicht zurückzahlt, nimmt B anlässlich eines Besuches bei A eigenmächtig einen 100,- €-Schein, der auf dem Schreibtisch des A liegt, an sich. B glaubt, es handele sich ja schließlich um *sein* Geld. Strafbarkeit des B nach § 242?

### aa) Gattungsschuld

Teilweise wird die Rechtswidrigkeit der Zueignungsabsicht deshalb auch bejaht, da Gattungs- und Geldschulden gleichzusetzen seien.

Folgt man dieser Ansicht, so liegt aber ein den Vorsatz ausschließender Tatbestandsirrtum nach § 16 I nahe. Glaubte der Täter einen Anspruch auf Übereignung speziell der weggenommenen Sache zu haben, so nimmt er irrig einen Umstand an, der die Rechtswidrigkeit der beabsichtigten Zueignung ausschließen würde. Derartige Fehlvorstellungen lassen den Vorsatz wegen Fehlens der erforderlichen Parallelwertung in der Laiensphäre entfallen. Glaubte der Täter als Gläubiger einer Gattungsschuld hingegen, sich einen Gegenstand aus der Gattung nehmen zu dürfen, so liegt ein Verbotsirrtum nach § 17 nahe.

Nach dieser Ansicht ist die Zueignungsabsicht objektiv rechtswidrig. A glaubte aber, die hundert Euro seien *sein* Geld, so daß er sich in einem Tatbestandsirrtum nach § 16 befand. Ein Diebstahl scheidet mithin in der subjektiven Rechtswidrigkeit aus.

### bb) Stückschuld

Die andere Ansicht setzt die Geldschuld mit der Stückschuld als Wertsummenverbindlichkeit gleich. Angesichts der uneingeschränkten Vertretbarkeit von Geldstücken könne kein Interesse des Eigentümers aus § 243 BGB verletzt sein, falls es nicht ausnahmsweise um die Lieferung einer bestimmten Geldsorte oder um individualisierte Münzen und Geldscheine gehe.

Hiernach scheidet Diebstahl schon in der objektiven Rechtswidrigkeit der Zueignungsabsicht aus.

Für den obigen Darlehnsfall spielen die unterschiedlichen Ansichten, die für zum selben Ergebnis kommen, also keine Rolle.

**Zusammenfassung XII: Rechtmäßigkeit der Zueignungsabsicht bei einem fälligen und einredefreien Anspruch auf Zahlung eines Geldbetrages**

<b>Geldschulden als Gattungsschulden</b>		<b>Geldschulden als Stückschulden</b>	
Zueignungsabsicht ist rechtswidrig, da der Schuldner nur ein Aussonderungsrecht hat.		Zueignungsabsicht ist aufgrund der Wertsummenverbindlichkeit objektiv nicht rechtswidrig	
<b>§ 16</b>	<b>§ 17</b>		
Täter stellt sich vor, es ist sein Geld	Täter glaubt sich einen Gegenstand aus der Gattung nehmen zu dürfen		

**d) Zueignungsabsicht**

Die Zueignungsabsicht bedeutet eine Anmaßung einer eigentümerähnlichen Verfügungsgewalt (se ut dominum gerrere) unter endgültiger Ausschließung des Eigentümers (Enteignungsvorsatz), um sich oder einen Dritten wirtschaftlich an dessen Stelle zu setzen (Aneignungsabsicht). Damit teilt sich die Zueignungsabsicht in die Aneignungsabsicht und den Enteignungsvorsatz.

<b>Zueignungsabsicht</b>	
Anmaßung einer eigentümerähnlichen Verfügungsgewalt (se ut dominum gerrere) unter endgültiger Ausschließung des Eigentümers, um sich oder einen Dritten wirtschaftlich an dessen Stelle zu setzen.	
Aneignungsabsicht	Enteignungsvorsatz

**aa) Enteignungsvorsatz**

Für den Enteignungsvorsatz genügt dolus eventualis. Zudem muß er auf Dauer ausgerichtet sein.

**(1) Gegenstand der Zueignung**

Problematisch ist, was Gegenstand der Zueignung sein kann. Damit ist der Enteignungsvorsatz und die Aneignungsabsicht gleichermaßen betroffen.

Examensrelevant sind in diesem Zusammenhang der Sparbuchfall und die ihm gleichgestellten Fälle mit Biermarken, Gutscheinen, Lebensmittelkarten und Benzinmarken und der hiervon differierende Codekartenfall.

**(a) Sparbuchfall**

**Sparbuchfall**

A entwendet ein Sparbuch des B, um es nach Abhebung des Betrages in Höhe von 2000,- € wieder zurückzulegen.

### **(aa) Sachsubstanztheorie**

Nach der Sachsubstanztheorie ist Gegenstand der Zueignung nur die Sache selbst.

Da A aber die Sachsubstanz zurückgeben wollte, fehlt es am Enteignungsvorsatz und der Aneignungsabsicht der Sachsubstanz und damit handelt A ohne Zueignungsabsicht.

Innerhalb der Substanztheorie wird teilweise dennoch eine Zueignungsabsicht bejaht. So werde bei qualifizierten Legitimationspapieren im Sinne des § 808 BGB wie bei Sparbüchern die Identität des Legitimationspapiers mit der Eintragung des Auszahlungsvermerks verändert. Hierin liege ein dauernder Entzug des Funktionsnutzens bezüglich der Beweiskraft über den bis dahin bezeugten Guthabenstand. Über diesen Funktionsnutzen verfüge der Täter wie ein Berechtigter und zwar durch Benutzung der Sachsubstanz. Eine so verstandene Sachsubstanztheorie ist lediglich ergebnisorientiert und dogmatisch unhaltbar.

### **(bb) Sachwerttheorie**

Nach der Sachwerttheorie ist Gegenstand der Zueignung die Betätigung des Willens, den in der Sache verkörperten wirtschaftlichen Wert unter Ausschluß des Berechtigten dem eigenen Vermögen zuzuführen.

Da es sich bei dem Sparguthaben eines Sparbuches um den Wert der Sache handelt, bejaht diese Meinung im vorliegenden Fall die Zueignungsabsicht.

### **(cc) Vereinigungsformel**

Schließlich ist nach der herrschenden Vereinigungsformel Gegenstand der Zueignung die Anmaßung einer eigentümerähnlichen Herrschaftsmacht über die Sache, indem der Täter entweder die Sache selbst oder den in ihr verkörperten Sachwert seinem eigenen Vermögen einverleiben will (Aneignungsabsicht) und sich unter endgültigem Ausschluß des Eigentümers ganz oder teilweise an dessen Stelle setzen will (Enteignungsvorsatz). Die Vereinigungsformel unterteilt sich wiederum in den restriktiven und den extensiven Sachwertbegriff.

#### **(aaa) Restriktiver Sachwertbegriff**

Unter Sachwert versteht der restriktive Sachwertbegriff dabei nur der in der Sache steckende Wert (lucrum ex re = Hülse ohne Kern), nicht aber der unter Verwendung der Sache zu erzielende Gewinn (lucrum ex negotio cum re = Verkaufserlös).

Da ein Sparbuch als qualifiziertes Legitimationspapier (Wertpapier) Sachwert besitzt (hebt man das Geld ab, dann ist das Sparbuch eine Hülse ohne Kern) hat sich A den Sachwert zueignen wollen.

**(bb) Extensiver Sachwertbegriff**

Die extensive Sachwerttheorie geht weiter und versteht unter dem Sachwert nicht nur den in der Sache steckende Wert (lucrum ex re), sondern auch den unter Verwendung der Sache zu erzielende Wert (lucrum ex negotio cum re).

Wenn schon der restriktive Sachwertbegriff die Zueignungsabsicht bejaht muß dies erst Recht für den restriktiven Sachwertbegriff gelten.

**(dd) Stellungnahme**

Gegen die Sachsubstanztheorie spricht, daß sie Schwächen bei eigenmächtigen Verfügungen über fremde Sparbücher, andere Legitimationspapiere, Gutscheine und Marken aufweist. Aber auch die Sachwerttheorie führt zu Strafbarkeitslücken, wenn die entwendete Sache keinen Vermögenswert besitzt oder vom Täter in andere Weise benutzt wird, als es ihrem wirtschaftlichen Wert entspricht. Insofern sind beide Ansätze mit der Vereinigungsformel zu verbinden. An dieser Stelle soll aber noch offen bleiben, ob ihrer restriktiven oder extensiven Form zu folgen ist.

**(b) Codekartenfall**

**Codekartenfall:**

A nimmt vor Weihnachten die codierte Scheckkarte ihres verreisten Bruders B an sich und hebt an verschiedenen Bankautomaten nach Eingabe der ihr bekannten Geheimzahl Geld in Höhe von 2000,- € ab. Zu Weihnachten legt sie – wie von vornherein beabsichtigt, die Scheckkarte an ihren Platz zurück, bevor B zurückkommt.

Da die Scheckkarte in ihrer unversehrten Substanz und – anders als das entleerte Sparbuch in ihrem Sachwert gänzlich unbeeinträchtigt an den Inhaber zurückgelangen sollte, läßt sich Zueignungsabsicht bezüglich der Scheckkarte nur mit einem weiten extensiven Sachwertbegriff bejahen.

Aber auch dies hat der BGH verneint. Anders als beim Sparbuch kann man nämlich über ein Konto auch ohne Codekarten verfügen. Auch lassen sich aus Codekarten keine Angaben über den Guthabenstand des Kontos entnehmen. Insofern handelt es sich bei Codekarten lediglich um Erwerbssaussichten und nicht um den unter Verwendung der Sache zu erzielende Wert derselben.

Der Diebstahl scheidet somit an der Zueignungsabsicht. Zu prüfen ist jedoch § 263 a.

**Zusammenfassung X: Gegenstand der Zueignung**

Sachsubstanztheorie	Sachwerttheorie	Vereinigungsformel	
Nur die Sache selbst	Nur der in der Sache verkörperte wirtschaftliche Wert	<b>Restriktiver Sachwertbegriff</b>	<b>Extensiver Sachwertbegriff</b>
		Lucrum ex re Nur der in der Sache steckende Wert	Lucrum ex negotio cum re Auch der unter Verwendung der Sache zu erzielende Wert

## (2) Abgrenzung zur Gebrauchsanmaßung; Exkurs: § 248 b

Der Enteignungsvorsatz liegt nicht vor, wenn der Täter mit Rückführungswillen handelt.

A entwendet einen Kugelschreiber des B, um ihn am nächsten Tag wieder zurückzulegen.

Das eigenmächtige „Ausleihen“ einer Sache ist grundsätzlich eine straflose Gebrauchsanmaßung (furtum usus). Ein solches Verhalten stellt zivilrechtlich eine verbotene Eigenmacht im Sinne des § 858 BGB dar, strafrechtlich ist es jedoch nur in Ausnahmefällen unter Strafe gestellt:

Unbefugter Gebrauch von Fahrzeugen nach § 248 b  
Unbefugter Gebrauch von Pfandsachen nach § 290

Im Examen lediglich von Relevanz ist der unbefugte Gebrauch von Fahrzeugen. Wer ein Kraftfahrzeug oder ein Fahrrad gegen den Willen des Berechtigten in Gebrauch nimmt, macht sich nach § 248 b strafbar. Damit sind § 242 und § 248 b voneinander abzugrenzen. Ob Zueignungsabsicht oder lediglich Gebrauchsanmaßung vorliegt beurteilt sich nach den Umständen des Einzelfalles. Entscheidend ist, ob aus Sicht des Täters im Zeitpunkt der Entwendung, das Fahrzeug für das Opfer leicht oder nur schwer auffindbar sein soll, ob die Rückführung also dem **Zufall** überlassen bleiben soll oder nicht. In einer Großstadt kann schon – anders als in kleineren Orten - das Abstellen in einer angrenzenden Seitenstraße genügen, um endgültigen Enteignungsvorsatz anzunehmen. Auch in einer Großstadt wird jedoch das Parken vor einer Polizeistelle die Zueignungsabsicht regelmäßig entfallen lassen.

Auf dauernden Enteignungsvorsatz ist zu schließen, wenn der Täter das Fahrzeug dem **Zugriff** Dritter preisgeben will, indem er es nach der Fahrt z.B. unverschlossen am Straßenrand stehen lassen möchte.

Merke damit: liegt ein **Z** (Zufall oder Zugriff) vor, dann handelt der Täter mit Zueignungsabsicht.

<b>Zufall</b>	<b>Zugriff</b>	<b>Zueignungsabsicht</b>
---------------	----------------	--------------------------

## (3) Rückveräußerung an den Eigentümer unter Leugnung des Eigentums

Erfolgt die Rückführung einer Sache durch Rückveräußerung an den Eigentümer unter Leugnung von dessen Eigentum, ist fraglich, ob Zueignungsabsicht gegeben ist.

A entwendet bei B eine wertvolle Münze, um diese unter Leugnung seines Eigentums an B zurückzuveräußern. Strafbarkeit nach § 242?

Zu klären ist, ob ein auf Dauer gerichteter Enteignungswille vorhanden ist.

### **(a) Extensiver Sachwertbegriff**

Nach dem extensiven Sachwertbegriff (*lucrum ex negotio cum re*) wird der Enteignungsvorsatz mit der Begründung bejaht, der in der weggenommenen Sache verkörperte Sachwert solle dem Bestohlenen, der die Sache nur gegen Zahlung zurückerhalten solle, endgültig entzogen werden.

A wollte B endgültig enteignen, da er den Verkaufserlös, also den durch die Rückveräußerung zu erzielenden Wert auf Dauer erstrebte.

### **(b) Restriktiver Sachwertbegriff**

Unter den Vertretern des restriktiven Sachwertbegriffs (*lucrum ex re*) ist die Behandlung dieses Falles umstritten.

Teilweise wird der Enteignungsvorsatz verneint, da dem Eigentümer, an den der Täter die entwendete Sache verkaufen will, weder die Sache selbst, noch der in ihm liegende Sachwert entzogen werden solle.

Da der Verkaufserlös nicht das „*lucrum ex re*“ darstellt, wollte Aden B nicht endgültig enteignen.

Nach einer anderen Ansicht wird auch hier Enteignungsvorsatz angenommen, da die Enteignungskomponente durch die Rückgewähr an den Eigentümer nicht ausgeschlossen werde, wenn sie statt unter Anerkennung von dessen Berechtigung unter Vortäuschung eigener Berechtigung durch Veräußerung geschehe. In einem solchen Fall solle der Berechtigte enteignet werden, da er ja seine eigene Sache nur gegen Entgelt zurückerwerbe.

Auch im entgeltlichen Rückerwerb liegt ein endgültiger Enteignungsvorsatz des in der Sache steckenden Wertes.

### **(c) Stellungnahme**

Die zuerst genannte restriktive Sachwerttheorie ist zwar dogmatisch überzeugend, indem sie als Gegenstand der Zueignung nur den unmittelbar in der Sache verkörperten Sachwert (*das lucrum ex re*) und nicht den Verkaufserlös ansieht. Sie stößt jedoch auf kriminalpolitische Bedenken. So können Strafbarkeitslücken durch die Schutzbehauptung entstehen, daß der Täter vorträgt, er habe die entwendete Sache nur an den Eigentümer zurückveräußern wollen. Hierin liegt nämlich nur eine straflose Vorbereitungshandlung zu § 263. Insofern ist sie abzulehnen. Zwischen der extensiven Sachwerttheorie und der anderen Meinung innerhalb der restriktiven Sachwerttheorie, muß nicht entschieden werden, da sie zum selben Ergebnis kommen.

Da ein auf Dauer gerichteter Enteignungsvorsatz mit den besseren Argumenten gegeben war, und A keinen fälligen und einredefreien Anspruch auf Übereignung der Münze hatte, lag die Absicht rechtswidriger Zueignung vor.

**Zusammenfassung XIII: Rückveräußerung der Sache an den Eigentümer unter  
Leugnung des Eigentums**

Extensiver Sachwertbegriff	Restriktiver Sachwertbegriff	
Enteignungsvorsatz	Kein Enteignungsvorsatz	Enteignungsvorsatz
	Dem Eigentümer, an den der Täter die entwendete Sache verkaufen will, wird weder die Sache selbst, noch der in ihm liegende Sachwert entzogen.	Enteignungskomponente wird durch die Rückgewähr an den Eigentümer nicht ausgeschlossen, wenn sie statt unter Anerkennung von dessen Berechtigung unter Vortäuschung eigener Berechtigung durch Veräußerung geschieht.
	- dogmatisch überzeugend	- keine kriminalpolitischen Bedenken

### **bb) Aneignungsabsicht**

Der Täter muß sich oder einen Dritten wirtschaftlich an die Stelle des Eigentümers setzen wollen. Er muß die Aneignung mit dolus directus 1. Grades erstreben. Anders als beim Enteignungsvorsatz darf die Aneignungsabsicht auch vorübergehend sein.

Keine Aneignungsabsicht liegt vor, wenn sich die Absicht des Täter darauf beschränkt, den Berechtigten seiner tatsächlichen Verfügungsmacht über die Sache zu entkleiden. Damit ist die Aneignungsabsicht von der Sachbeschädigung bzw. Sachentziehung abzugrenzen.

#### **(1) Abgrenzung zur Sachbeschädigung**

An der Aneignungsabsicht fehlt es insbesondere dann, wenn der Täter eine Sache wegnimmt, um sie sofort danach zu zerstören, zu vernichten oder wegzuworfen. Damit maßt sich der Täter zwar eine eigentümerähnliche Herrschaftsposition nach § 903 BGB an, setzt sich aber nicht wirtschaftlich an die Stelle des Eigentümers. In diesen Fällen kommt eine Bestrafung wegen Sachbeschädigung nach § 303 in Betracht.

#### **(a) Sache als notwendiges Transportmittel**

Zueignungsabsicht liegt allerdings dann vor, wenn der Täter eine Sache als notwendiges Transportmittel benutzen will, um sie anschließend zu zerstören.

A bricht in ein Haus des E ein und will dessen wertvolle Sachen entwenden. Da er nicht weiß, wie er die Beute transportieren soll, packt er die Gegenstände in einen Koffer des E, um diesen zu Hause zu vernichten. A handelte mit Zueignungsabsicht am Koffer, da er durch ihn als Transportmittel zumindest einen mittelbaren Nutzen ziehen konnte.

Die anschließende Sachbeschädigung nach § 303 stellt eine mitbestrafte Nachtat dar.

#### **(b) Verzehr von Lebensmitteln**

Nur Diebstahl in Zueignungsabsicht und keine Sachbeschädigung kommt beim Verzehr von Lebensmitteln in Betracht, da der Verbrauch dessen bestimmungsgemäße Verwendung bedeutet. Hierfür spricht auch der frühere Mundraubtatbestand in § 370 Nr. 5 a.F., der ein Entwenden von Lebensmitteln „zum alsbaldigen Verzehr“ unter Strafe stellte. Diese Übertretung, die allgemein als privilegierter Diebstahl angesehen wurde, ließ erkennen, daß beim Untergang der Sache durch Verzehr ebenfalls Zueignungsabsicht im Spiele war. Damit liegt beim Verzehr von Lebensmittel Diebstahl vor.

Als problematische Prüfungspunkte sind damit festzuhalten:

<b>Verzehr von Lebensmitteln</b>	
Begründung neuen Gewahrsams <sup>12</sup>	Aneignungsabsicht

<sup>12</sup> hierzu bereits oben B. IV. 2. c) cc) (2)

**(2) Abgrenzung zur Sachentziehung insbesondere eigenmächtige Inpfandnahme**

Zueignungsabsicht scheidet aus, wenn der Täter eine Sache wegnimmt, um sie dem Berechtigten zu entziehen. So ist die Aneignungsabsicht zu verneinen, wenn die Wegnahme erfolgt, um die Sache als Druckmittel zur Durchsetzung einer Forderung zu benutzen. Damit verleiht sich der Täter seinem Vermögen weder die Sache noch den in ihr verkörperten Sachwert ein.

**Zusammenfassung XIV: Zeignungsabsicht**

<b>Zueignungsabsicht</b>	
Nach der herrschenden Vereinigungsformel ist Gegenstand der Zueignung die Anmaßung einer eigentümerähnlichen Herrschaftsmacht über die Sache, indem der Täter entweder die Sache selbst oder den in ihr verkörperten Sachwert seinem eigenen Vermögen einverleiben will (Aneignungsabsicht) und sich unter endgültigem Ausschluß des Eigentümers ganz oder teilweise an dessen Stelle setzen will (Enteignungsvorsatz)..	
Aneignungsabsicht	Enteignungsvorsatz
Dolus directus 1. Grades	Dolus eventualis
Vorübergehend	Auf Dauer
Abgrenzung zur Sachbeschädigung/Sachentziehung	Abgrenzung zur Gebrauchsanmaßung

**VI. Antragserfordernisse nach §§ 247, 248 a**

§§ 247, 248 a enthalten Antragserfordernisse und keine eigenen Tatbestände. Sie sind als Strafverfolgungsvoraussetzungen nach der Schuld zu prüfen.

**1. Haus- und Familiendiebstahl nach § 247**

Nach § 247 ist ein Antrag dann erforderlich, wenn durch einen Diebstahl oder eine Unterschlagung ein Angehöriger, der Vormund oder der Betreuer verletzt ist oder der Verletzte mit dem Täter in häuslicher Gemeinschaft lebt. Der Anwendungsbereich erfaßt alle Formen des Diebstahls oder der Unterschlagung, also auch das Regelbeispiel nach § 243 und die Qualifikationen nach §§ 244, 244 a. § 247 ist ein absolutes Antragsdelikt. Der Begriff des Angehörigen ist in § 11 I Nr. 1 a) legaldefiniert. Nach § 77 I ist Antragsberechtigte der Verletzte bzw. bei dessen Tod die Personen die in § 77 II genannt sind. Die Antragsfrist beträgt nach § 77 b drei Monate. Nach § 158 II StPO muß der Antrag bei Gericht oder Staatsanwaltschaft oder zu Protokoll einer anderen Behörde schriftlich angebracht werden. Die häusliche Gemeinschaft muß auf freiem Entschluß beruhen und ernstlich auf das Zusammenleben auf gewisser Dauer ausgerichtet sein.

<b>Antragsberechtigter</b>	<b>Antragsfrist</b>	<b>Zuständige Stelle</b>
§ 77 Verletzter oder Personen nach § 77 II	§ 77 b 3 Monate	Gericht Staatsanwaltschaft Andere Behörde

Fraglich ist, ob ein Irrtum innerhalb des § 247 beachtlich ist.

**Armbanduhrfall:**

A entwendet die Armbanduhr seiner Frau E, um sie anschließend zu verkaufen. Tatsächlich handelt es sich aber um ein Leihgut der Nachbarin N.

Die N war als Nachbarin weder Angehörige, noch lebte sie mit A in häuslicher Gemeinschaft. A glaubte aber irrig, die Uhr gehöre E, seiner Ehefrau, einer Angehörigen im Sinne des § 11 I Nr. 1 a). A stellte sich somit irrig Umstände eines Strafantrages und damit einer Strafverfolgungsvoraussetzung vor.

Der Strafantrag ist eine Prozeßvoraussetzung und kein Tatbestandsmerkmal. Bei dieser kommt es allein auf die objektive Sachlage an.

Die irrige Annahme einer Strafverfolgungsvoraussetzung ist im Rahmen des § 247 damit bedeutungslos. Damit ist ein Strafantrag nicht erforderlich.

### **b) Diebstahl und Unterschlagung geringwertiger Sachen nach § 248 a**

Bei § 248 a, handelt es sich – anders als § 247 - um ein relatives Antragsdelikt. Ist die Sache geringwertig, ist nämlich entweder ein Antrag erforderlich oder die Strafverfolgungsbehörde hält wegen des besonderen öffentlichen Interesses an der Strafverfolgung ein Einschreiten von Amts wegen für geboten. Zudem beschränkt sich der Anwendungsbereich des § 248 a auf die Fälle der §§ 242, 246.

Die Geringwertigkeitsgrenze liegt bei ca. 50 €. Ein Irrtum über die Geringwertigkeit ist wie im Rahmen des § 247 unbeachtlich.

## **VII. Regelbeispiele des § 243 (besonders schwere Fälle des Diebstahls)**

§ 243 behandelt den besonders schwerer Fall des Diebstahls. Durch die Formulierung „in der Regel“ stellt § 243 ein Regelbeispiel dar. Vor 1969 war § 243 ein abschließender Qualifikationstatbestand. Danach wurden die Erschwerungsgründe nur noch zu bloßen Regelbeispielen ausgestaltet. Seit dem 6. StrRG ist der Wohnungseinbruchsdiebstahl nunmehr kein Regelbeispiel mehr sondern wiederum eine echte Qualifikation (§ 244 I Nr. 3 ).

### **1. Unterschied: Regelbeispiel/Qualifikation**

Die Regelbeispielsgruppen liegen zwischen den tatbestandlichen Qualifikationen (z.B. §§ 244, 250, 224) und den unbenannten Strafänderungsgründen (z.B. § 212 II, 249 II).

	<b>Qualifikationen</b>	<b>Regelbeispiele</b>	<b>Unbenannte Strafänderungsgründe</b>
Beispiele	§§ 244, 250, 224	§§ 243, 263 III, 267 III	§§ 249 II, 212 II

#### **a) Formale Unterschiede**

*Formal* stimmen Regelbeispiele und unbenannte Strafänderungen insofern überein, als sie nach der Schuld in der Strafzumessung geprüft werden. Regelbeispiele konkretisieren jedoch, anders als unbenannte Strafänderungen, Fallgruppen für besonders schwere Fälle. Nach der Schuld sind somit die Regelbeispiele mit ihren objektiven und subjektiven Voraussetzungen zu prüfen wobei darauf zu achten ist, daß sie nicht als objektive und subjektive *Tatbestandsmerkmale* bezeichnet werden. Bei der subjektiven Komponente spricht man auch von Quasivorsatz oder

vorsatzähnlichem Bewußtsein. Die AT-Bestimmungen werden wegen ihres Regelbeispielscharakters nur analog angewandt.

Bei Qualifikationen handelt es sich demgegenüber um strafschärfende Tatbestandsmerkmale, so daß deren objektiven und subjektiven Voraussetzungen vorliegen müssen.

	<b>Qualifikationen</b>	<b>Regelbeispiele</b>	<b>Unbenannte Strafänderungsgründe</b>
Beispiele	§§ 244, 250, 224	§§ 243, 263 III, 267 III	§§ 249 II, 212 II
Formaler Unterschied	Tatbestandsmerkmale Werden im Tatbestand geprüft	Beispielhaft aufgezählte Strafzumessungsnormen AT-Bestimmungen analog Werden nach der Schuld geprüft	Unbenannte Strafzumessungsnormen Werden nach der Schuld geprüft

### b) Inhaltliche Unterschiede

*Inhaltlich* sind Qualifikationen zwingend. Führt der Täter beispielsweise beim Diebstahl eine Waffe bei sich, *muß* der Richter im Blick auf Art. 103 II GG, aus der Qualifikation des Diebstahls mit Waffen nach § 244 I Nr. 1 a) bestrafen, selbst wenn er den Täter für nicht so kriminell hält. Das Vorliegen von Regelbeispielen hingegen stellt nur ein Indiz für die Annahme eines besonders schweren Falles dar. Diese Indizwirkung kann aber aufgrund einer Gesamtabwägung widerlegt werden.

A hat seine Brieftasche verloren. Er möchte seine schwerkranke Mutter besuchen, weiß aber nicht, wie er das Geld für die Bahnfahrkarte aufbringen soll. In dieser mißlichen Lage erliegt er der Versuchung, die Kasse in seiner Firma mit einem Schraubenzieher aufzubrechen. Er entwendet aus der mehrere 1000,- € enthaltenden Kasse lediglich den benötigten Betrag von 45,- €.

A hat das Regelbeispiel des § 243 I 2 Nr. 2 erfüllt, er hat Geld gestohlen, das in der verschlossenen Kasse gegen Wegnahme gesichert war. Gleichwohl dürfte die besondere Situation, aus der heraus die Tat entstanden ist, das den A bewegende Motiv und nicht zuletzt auch der Umstand sein, daß er sich auf die Wegnahme des dringend benötigten Geldbetrages beschränkte, der Annahme eines besonders schweren Falles des Diebstahl entgegenstehen.

Andererseits kann auch bei Nichtvorliegen eines Regelbeispiels die Annahme eines besonders schweren Fall in Betracht kommen, wenn dieser sich aufgrund einer Gesamtbewertung deutlich vom Normalfall des Grunddeliktes abhebt:

A hält auf einer einsamen Landstraße den Mercedes-Fahrer B an. Scheinbar aufgeregt bittet er ihn um Hilfe und erklärt, im Straßengraben liege ein schwerverletzter Radfahrer. B steigt ohne zu zögern und ohne sein Fahrzeug zu sichern aus und eilt zu der von A bezeichneten Stelle. Währenddessen steigt A in den Pkw und braust davon.

A hat keines der in § 243 I ausdrücklich aufgezählten Regelbeispiele, insbesondere nicht das des § 243 I 2 Nr. 6 verwirklicht. Er hat keinen tatsächlichen, sondern nur einen vorgespiegelten Unglücksfall zum Stehlen des Pkws ausgenutzt. Gleichwohl dürfte seine Tat kaum weniger schwerwiegend, als wenn er bei einem wirklichen Verkehrsunfall der Versuchung nicht hätte widerstehen können, das unbewachte Fahrzeug eines Helfers zu entwenden.

Damit sind Regelbeispiele insgesamt Ermessensvorschriften und geben dem Richter im Gegensatz zu Qualifikationstatbeständen eine erhöhte Flexibilität.

#### Zusammenfassung XV: Besonderheiten von Regelbeispielen:

	Qualifikationen	Regelbeispiele	Unbenannte Strafänderungsgründe
Beispiele	§§ 244, 250, 224	§§ 243, 263 III, 267 III	§§ 249 II, 212 II
Formale Unterschiede	Tatbestandsmerkmale Werden im Tatbestand geprüft	Beispielhaft aufgezählte Strafzumessungsnormen AT-Bestimmungen analog Werden nach der Schuld geprüft	Unbenannte Strafzumessungsnormen Werden nach der Schuld geprüft
Inhaltliche Unterschiede	zwingend	Ermessensentscheidungen	Ermessensentscheidungen

### c) Irrtümer in den Regelbeispielen

Irrt sich der Täter über ein Regelbeispiel, kommen § 16 bzw. § 18 analog in Betracht.

**Der unerkannte Blinde:**

T steckt die Geldbörse des blinden X ein, um sie zu behalten. Er erkennt fahrlässig dabei nicht, daß X blind ist.

Fraglich ist, ob das Regelbeispiel des § 243 I 2 Nr. 6 vorliegt. Schließlich war X als Blinder objektiv auch hilflos. Da T aber nichts von der Blindheit des X wußte, wollte er auch die Hilflosigkeit des X nicht ausnutzen. In Betracht kommt insofern ein Vorsatzausschluß nach § 16 I. Regelbeispiele sind aber keine Merkmale des gesetzlichen Tatbestandes nach § 16, sondern bloße Strafrahmenergänzungen, denn das Vorliegen eines Beispielsfalles bedeutet nicht zwingend die Annahme eines besonders schweren Falles. Andererseits kann das Gericht auch ohne das Vorliegen eines Beispielsfalles einen besonders schweren Fall bejahen.

#### aa) § 18 analog bei besonderen Tatfolgen

Die h.M. wendet § 18 analog an, wenn die Strafschärfung sich nicht auf eine unrechtssteigernde besondere Tatmodalität stützt, sondern auf eine besondere Tatfolge. Geht man davon aus, daß der Diebstahl deshalb besonders verwerflich ist, weil der Täter einen Blinden bestohlen hat, so betrifft die Strafschärfung eine besondere Tatfolge. Nach h.M. kommt es damit analog § 18 StGB auf die Fahrlässigkeit hinsichtlich der Verkennung der Hilfsbedürftigkeit an.

Da T die Blindheit des X hätte erkennen können, ist er über § 18 analog nach § 243 I 2 Nr. 6 zu bestrafen.

#### bb) Grundsätzlich § 16 analog

Mit der Gegenstimme kommt aber beim Irrtum über Regelbeispiele grundsätzlich eine analoge Anwendung des § 16 in Betracht. Gegen die h.M. spricht nämlich, daß unrechtserhöhende Umstände gleich welcher Art, dem Täter nur zur Last gelegt werden, wenn sein Vorsatz sich darauf bezieht.

Das vorsatzähnliche Bewußtsein des T bezieht sich nicht auf die Hilflosigkeit und damit nicht auf den besonders schweren Fall des § 243 I 2 Nr. 6 StGB, so daß nach § 16 I StGB analog der Quasivorsatz ausscheidet und nur eine Strafbarkeit nach § 242 gegeben ist.

### Zusammenfassung XVI: Irrtümer in den Regelbeispielen

Täter irrt sich zu seinen Gunsten über ein Regelbeispielsmerkmal	
§ 16 I StGB analog, es sei denn die Strafschärfung betrifft eine bestimmte schwere Tatfolge, dann gilt § 18 StGB analog. <u>für:</u> § 18 StGB analog wäre anzuwenden, wenn der Gesetzgeber die schwere Folge als Tatbestandsmerkmal ausgestaltet hätte.	Immer § 16 StGB analog  <u>für:</u> Unrechtserhöhende Umstände gleich welcher Art dürfen dem Täter nur zur Last gelegt werden, wenn sein Vorsatz sich darauf bezieht.

### 2. Versuch eines Regelbeispiels (go-jura, Strafrecht AT, D. Kapitel III)

Wie bereits in go-jura, Strafrecht AT, D. Kapitel III, Das Versuchsdelikt §§ 22, 23 I III. 8. dargestellt, ist der Versuch im Rahmen von Regelbeispielen problematisch, wenn das

Grunddelikt versucht oder vollendet und das Regelbeispiel versucht wurde. So könnte es bei Strafzumessungsnormen schon begrifflich den Versuch eines besonders schweren Falles nicht geben. Ist nur das Grunddelikt versucht, das Regelbeispiel allerdings verwirklicht, wird durchweg die Auffassung vertreten, daß der besonders schwere Fall indiziert ist.

Wie bereits im AT ausgeführt, werden in den Problemfällen zwei gegensätzliche Ansichten vertreten, die an dieser Stelle noch einmal wiederholt werden sollen.

#### a) Bestrafung aus dem Grunddelikt

So wird teilweise angenommen, der besonders schwere Fall sei nur dann indiziert, wenn der Erschwerungsgrund des Regelbeispiels voll verwirklicht worden sei.

Zur Begründung wird der Wortlaut herangezogen. So liegt nach § 243 ein besonders schwerer Fall in der Regel dann vor, wenn der Täter zur Ausführung der Tat in einen umschlossenen Raum *einbricht* usw., nicht dagegen schon dann, wenn er dies lediglich versucht. Zudem führt - so wird behauptet - eine andere Beurteilung zu einer unzulässigen Analogie. Sowohl dem Wortlaut als auch dem Sinn der Vorschrift nach erfordert die Indizwirkung der Regelbeispiele für die Annahme eines besonders schweren Falles, daß das Regelbeispiel voll verwirklicht ist.

#### b) Bestrafung aus dem Regelbeispiel

Demgegenüber kommt nach der vorzugswürdigeren Ansicht des BGH der Versuch des § 242 in einem besonders schweren Fall auch dann in Betracht, wenn das in Aussicht genommene Regelbeispiel nicht über das Versuchsstadium hinaus gelangt ist. Der anderen Meinung hält sie zu Recht entgegen, daß auch in Tatbeständen - außer in Unternehmenstatbeständen - immer vom vollendeten Delikt die Rede ist. Zudem spricht für die Strafbarkeit die Ähnlichkeit des Regelbeispiels zum Tatbestand. So entspricht diese Auslegung der Gesetzesentwicklung des § 243, der früher eine selbständige Qualifikation war und heute zum Teil in § 244 I Nr. 3 wieder eine Qualifikation geworden ist. Der Gesetzgeber wollte durch die Umänderung in ein Regelbeispiel nicht den Anwendungsbereich einengen, sondern dem Tatrichter die Möglichkeit geben, sich im Einzelfall von der Bindung an den schärferen Rahmen zu lösen. Ob Erschwerungsgründe als Qualifikationstatbestände oder als Strafzumessungsregeln ausgestaltet sind, ist nur eine formale Frage. So ist beispielsweise die Gewerbsmäßigkeit beim Diebstahl Strafzumessungsgrund (§ 243 I 2 Nr. 3), während sie bei der Hehlerei einen Qualifikationstatbestand darstellt (§ 260 I Nr. 1).

#### **Zusammenfassung XVII: Konstellationen des Versuchs des Regelbeispiels nach § 243**

	Regelbeispiel vollendet	Regelbeispiel versucht
Grunddelikt vollendet	§§ 242, 243	§ 242 oder §§ 242, 243
Grunddelikt versucht	§§ 242, 22, 23 I, 243	§§ 242, 22, 23 I oder §§ 242, 22, 23 I, 243

### 3. § 243 I 2 Nr. 1

Nach § 243 I 2 Nr. 1 müßte der Täter zur Ausführung der Tat in ein Gebäude, einen Dienst- oder Geschäftsraum oder in einen anderen umschlossenen Raum eingebrochen, eingestiegen,

mit einem falschen Schlüssel oder einem anderen nicht zur ordnungsgemäßen Öffnung bestimmten Werkzeug eingedrungen oder sich in dem Raum verborgen gehalten haben.

#### **a) Umschlossener Raum unter Berücksichtigung der Wohnung**

Umschlossener Raum ist der Oberbegriff zu den in § 243 I 2 Nr. 1 angeführten Räumlichkeiten. Hierunter versteht man ein Raumgebilde, das dazu bestimmt ist, von Menschen betreten zu werden, und das mit Vorrichtungen umgeben ist, die das Eindringen von Unbefugten abwehren sollen; mit dem Boden braucht es nicht verbunden zu sein.

Ein umschlossener Raum ist damit auch ein Eisenbahnwagen, Wohnwagen und ein Schiff.

Nicht mehr erwähnt ist die Wohnung als umschlossene Räumlichkeit. Weil die Straftat tief in die Intimsphäre der Opfer eindringt und zu ernststen psychischen Störungen führen kann, wurde das Regelbeispiel durch das 6. StrRG zu einer Qualifikation des Diebstahls mit einer Mindeststrafandrohung von 6 Monaten in § 244 I Nr. 3 ausgestaltet.

Auch wenn § 243 I 2 Nr. 1 die Wohnung nicht mehr nennt, handelt es sich dennoch um ein Gebäude, so daß auch §§ 242, 243 I 2 Nr. 1 bejaht werden können. §§ 242, 243 I 2 Nr. 1 treten dann aber hinter den spezielleren § 244 I Nr. 3 in Gesetzeskonkurrenz zurück. Wegen der Streichung des Begriffs „Wohnung“ wird aber auch die gegenteilige Ansicht vertreten.

#### **b) Einbrechen**

Einbrechen ist das gewaltsame, nicht notwendigerweise substanzverletzende Öffnen einer dem Zutritt entgegenstehenden Umschließung. Ein Betreten des Gebäudes oder umschlossenen Raumes ist nicht erforderlich.

#### **c) Einsteigen**

Einsteigen ist das Betreten eines geschützten Raumes unter Überwindung gewisser Schwierigkeiten durch eine zum ordnungsgemäßen Eintritt nicht bestimmte Öffnung.

Einsteigen ist damit das Hineingelangen durch den Kamin (Nikolaus) oder durch das Fenster.

Dabei muß ein großer Teil des Körpers in das Gebäude eindringen, nicht ausreichend ist das Betreten mit einem Fuß oder das Hineinlangen in einen Wagen. Es genügt aber, wenn sich der Täter innerhalb des umfriedeten Raumes einen festen Stützpunkt verschafft hat.

#### **d) Falscher Schlüssel**

Falsch ist jeder Schlüssel, der zur Tatzeit vom Berechtigten nicht oder nicht mehr zum Öffnen des fraglichen Verschlusses bestimmt ist. Der Berechtigte kann einem gestohlenen, verlorenen oder sonst abhanden gekommenen Schlüssel die Bestimmung zur ordnungsgemäßen Öffnung durch seinen Willen entziehen (Entwidmung). Ein gestohlener Schlüssel, von dessen

Abhandenkommen der Berechtigte nichts weiß oder ein Ersatzschlüssel ist grundsätzlich kein falscher Schlüssel.

#### **e) Ein anderes nicht zum ordnungsgemäßen Öffnen bestimmtes Werkzeug**

Ein anderes nicht zum ordnungsgemäßen Öffnen bestimmtes Werkzeug, ist ein solches, durch die der Mechanismus des Verschlusses ordnungswidrig in Bewegung gesetzt wird. Das Werkzeug braucht nicht in das Schlüsselloch eingeführt zu werden.

Hierzu zählen der Dietrich, ein Haken oder eine Chipkarte.

Hiervon abzugrenzen sind Brechwerkzeuge, die nicht den Mechanismus in Bewegung setzen, sondern eine gewaltsame Öffnung herbeiführen sollen. Bei diesen Werkzeugen ist wiederum § 243 I 2 Nr. 1 zu beachten (Einbrechen).

#### **f) Zeitpunkt des Diebstahlsvorsatzes**

Die Handlungen des § 243 I 2 Nr. 1 müssen „zur Ausführungen der Tat“ begangen worden sein. Damit muß der Vorsatz auf den Diebstahl schon im Zeitpunkt des Einbrechens, Einsteigens etc. vorgelegen haben.

### **4. § 243 I 2 Nr. 2**

Für § 243 I 2 Nr. 2 muß der Täter eine Sache stehlen, die durch ein verschlossenes Behältnis oder eine andere Schutzvorrichtung gegen Wegnahme besonders gesichert ist. Grund für die Strafschärfung ist hier die größere deliktische Energie und die Bedenkenlosigkeit, mit der sich der Täter über besondere Gewahrsamssicherungen hinwegsetzt.

#### **a) Behältnis**

Ein Behältnis ist ein umschlossener Raum, der zur Verwahrung und Sicherung von Sachen dient, jedoch nicht dazu bestimmt ist, von Menschen betreten zu werden. Während also der begehbare Safe zu den umschlossenen Räumen nach § 243 I 2 Nr. 1 zählt, ist der Wandsafe ein Behältnis.

Weitere Behältnisse sind insbesondere Koffer, Kisten und Säcke.

#### **b) Verschlössen**

Verschlössen ist ein Behältnis, das nicht ohne weiteres zugänglich ist.

#### **c) Mitnahme des ganzen Behältnisses**

Gleichgültig ist, wo das Behältnis aufgebrochen wird. Demnach liegt § 243 I 2 Nr. 2 auch dann vor, wenn das Behältnis als Ganzes weggenommen und erst später aufgebrochen wird.

#### **d) Andere Schutzvorrichtungen gegen Wegnahme**

Andere Schutzvorrichtungen sind sonstige Vorkehrungen und technische Mittel, die dazu bestimmt und geeignet sind, Sachen gegen Entwendung zu schützen, den ungehinderten Zugriff auf sie auszuschließen und ihre Wegnahme wenigstens zu erschweren.

Hierzu zählen Lenkradschlösser von Autos und Fahrradschlösser.

#### **e) Sicherungsetiketten**

Sicherungsetiketten an Verkaufswaren, die bei Verlassen des Geschäfts akustischen oder optischen Alarm auslösen, sind keine Schutzvorrichtungen im Sinne des § 243 I 2 Nr. 2. Sie sind nicht dazu geeignet und bestimmt, den Gewahrsamsbruch, der in der Regel mit dem Verbergen des Diebesgutes am Körper oder in einem Behältnis des Täters innerhalb des Warenhauses und nicht erst mit dessen Verlassen vollendet ist, zu verhindern, sondern sie dienen der Wiederbeschaffung des bereits an den Täter verlorenen Gewahrsams. Da die in der Tat zutage getretene erhöhte kriminelle Energie des Täters den Unrechtsgehalt der Tat dem der Regelbeispiele des § 243 I 2 vergleichbar erscheinen läßt, kann jedoch die Annahme eines besonders schweren Falles des Diebstahls außerhalb der Regelbeispiele begründet sein.

#### **5. § 243 I 2 Nr. 3**

Wer gewerbsmäßig stiehlt erfüllt das Regelbeispiel des § 243 I 2 Nr. 3. Gewerbsmäßig handelt, wer den Diebstahl mit der Absicht begeht, sich aus ihrer wiederholten Begehung eine Einnahmequelle von einer gewissen Dauer und Erheblichkeit zu schaffen. Diese Voraussetzungen können bereits mit der ersten Tat vorliegen. Bei der Gewerbsmäßigkeit handelt es sich um ein besonderes persönliches Merkmal, auf das § 28 II analog anzuwenden ist.

#### **6. § 243 II Geringwertigkeitsklausel**

Bezieht sich die Tat auf eine geringwertige Sache, ist ein Regelbeispiel des Diebstahls in einem besonders schweren Fall nach § 243 gemäß Abs. 2 zwingend ausgeschlossen.

Die Grenze liegt derzeit bei ca. 50,- €.

Da A der Hunger übermannt, steigt er in einen Geschäftsraum ein, um eine Wurst (2 €) zu entwenden. Strafbarkeit nach §§ 242, 243?

A hat sich nach § 242 strafbar gemacht. Bei objektiver und subjektiver Geringwertigkeit ist § 243 I entweder aufgrund des § 243 II nicht anwendbar<sup>13</sup> (§ 243 II ist dann vor § 243 I zu prüfen), oder nach § 243 II ausgeschlossen<sup>14</sup> (die Voraussetzungen des § 243 II sind dann im Anschluß an § 243 I zu prüfen).

A ist also nur nach § 242 strafbar unter der Voraussetzung, daß ein Strafantrag nach § 248 a gestellt ist.

<sup>13</sup> zu § 243 II als negative Anwendungsvoraussetzung unten B. VII. 6. a) aa) (1)

<sup>14</sup> zu § 243 II als Ausschlussklausel unten B. VII. 6. a) aa) (2)

### a) Irrtumsfälle

Probleme können bei Irrtumsfällen auftreten. Dabei kann sich der Täter innerhalb des § 243 II auf zweierlei Arten irren. Einmal kann er eine objektiv hochwertige Sache für geringwertig, er kann aber auch umgekehrt eine objektiv geringwertige Sache für hochwertig halten.

#### aa) Täter hält eine objektiv hochwertige Sache für geringwertig

##### **Teurer Kaviar:**

A öffnet mit einem Brecheisen die Türe eines Lebensmittelgeschäftes, um billigen Kaviar zu stehlen (20,- €). Tatsächlich handelt es sich aber, was A nicht weiß, um echten Kaviar im Werte von 100,- €. A verschwindet mit der Dose Fischeiern. Strafbarkeit nach §§ 242, 243?

A hat das Grunddelikt des § 242 verwirklicht. In Betracht kommt ein besonders schweren Fall des Diebstahls nach § 243 I 2 Nr. 1. Bei dem Lebensmittelgeschäft handelt es sich um einen Geschäftsraum. In diesen ist A mit einem Brecheisen und damit gewaltsam eingebrochen. A hatte auch vorsatzähnliches Bewußtsein auf die Merkmale des Regelbeispiels nach § 243 I 2 Nr. 1. Ein besonders schwerer Fall könnte aber nach § 243 II ausgeschlossen sein, wenn sich die Tat auf einen geringwertige Sache bezog. Der Kaviar war 100,- € wert und damit objektiv hochwertig. A glaubte aber irrig, die Sache sei 20,- € wert und damit geringwertig. Fraglich ist, wie sich der Irrtum über die Geringwertigkeit auswirkt.

#### (1) § 243 II als negative Anwendungsvoraussetzung

Nach einer Ansicht ist § 243 II StGB negative Anwendungsvoraussetzung für Abs. 1. Da bezüglich der Voraussetzungen der Regelbeispiele Vorsatz analog § 16 StGB erforderlich sei, müsse der Vorsatz auch die Negativvoraussetzung des § 243 II StGB erfassen. Daher sei bereits das Regelbeispiel des Abs. 1 nicht erfüllt, wenn sich die Tat objektiv *oder* subjektiv auf eine geringwertige Sache beziehe.

Ein Diebstahl in einem besonders schweren Fall kommt hiernach wegen subjektiver Geringwertigkeit nicht in Betracht.

#### (2) § 243 II als Ausschlußklausel

Nach herrschender Meinung ist § 243 II eine Ausschlußklausel, die sowohl objektiven *als auch* subjektiven Geringwertigkeitsbezug erfordere. Zu berücksichtigen sind jedoch die allgemeinen Strafzumessungsvoraussetzungen.

Nach dieser Meinung liegen die Voraussetzungen des § 243 II StGB nicht vor, so daß § 243 I StGB grundsätzlich anwendbar ist. Eine sachgerechte Lösung findet sich über die Berücksichtigung der Tätervorstellung im Rahmen der allgemeinen Strafzumessungsgrundsätze. Der verwirklichte Erfolgsunwert rechtfertigt nicht die zwingende Verneinung eines besonders schweren Falls. Aufgrund der Tätervorstellung über die Geringwertigkeit der Sache könnten jedoch Handlungsunrecht und Schuld derart herabgemindert sein, daß nach allgemeinen Strafzumessungserwägungen ein besonders schwerer Fall abgelehnt werden könne. Die Vorstellung des Täters, eine geringwertige Sache wegzunehmen, sei zu seinen Gunsten zu berücksichtigen. Weitere belastende Umstände, die für einen besonders schweren Fall sprechen, sind nicht ersichtlich, so daß auch hiernach kein besonders schwerer Fall vorliegt, da die indizielle Wirkung des Regelbeispiels durch den verminderten Schuldgehalt beseitigt wird. Es bleibt auch nach dieser Ansicht beim einfachen Diebstahl.

### **(3) § 243 II nach der Vorstellung des Täters**

Schließlich wird die Auffassung vertreten, im Rahmen des § 243 II komme es allein auf die Vorstellung des Täters an. Beziehe sich der Vorsatz auf eine geringwertige Sache, so sei es unerheblich, ob die Mindestgrenze objektiv überschritten werde. Begründet wird diese Ansicht mit dem Wortlaut des § 243 II. Der Gesetzgeber habe die Geringwertigkeitsklausel mit dem Merkmal „bezieht“ auch rein subjektiv formuliert.

Nach dieser Ansicht ist § 243 II einschlägig und damit ein Regelbeispiel nach § 243 I ausgeschlossen.

### **(4) Stellungnahme nicht erforderlich**

Da alle Meinungen zu dem selben Ergebnis kommen, wenn sich der Täter irrig eine geringwertige Sache vorstellt, ist eine Streitentscheidung entbehrlich und ein Diebstahl in einem besonders schweren Fall nach § 243 I 2 Nr. 1 scheidet aus.

A hat sich somit nach § 242 strafbar gemacht. Ein Strafantrag nach § 248 a ist nicht erforderlich, da der Kaviar objektiv nicht geringwertig war. Der Irrtum über die Geringwertigkeit ist im Rahmen einer Strafantragsvoraussetzung irrelevant<sup>15</sup>.

### **bb) Täter hält eine objektiv geringwertige Sache für hochwertig**

#### **Billiger Kaviar:**

A öffnet mit einem Brecheisen die Tür eines Lebensmittelgeschäftes, um teuren Kaviar zu stehlen (100,- €). Tatsächlich handelt es sich aber, was A nicht weiß, um falschen Kaviar im Werte von 20,- €. A verschwindet mit der Dose Fischeiern. Strafbarkeit nach §§ 242, 243?

Der Grundtatbestand des § 242 liegt vor. A könnte darüber hinaus einen besonders schweren Fall des Diebstahls nach § 243 I 2 Nr. 1 verwirklicht haben. Bei dem Lebensmittelgeschäft handelt es sich um einen Geschäftsraum. In diesen ist A mit einem Brecheisen und damit gewaltsam eingebrochen. A hatte auch vorsatzähnliches Bewußtsein bezüglich der Merkmale des Regelbeispiels nach § 243 I 2 Nr. 1. Ein besonders schwerer Fall könnte aber nach § 243 II ausgeschlossen sein, wenn sich die Tat auf einen geringwertige Sache bezog. Der Kaviar war 20,- € wert und damit objektiv geringwertig. A glaubte aber irrig, die Sache sei 100,- € wert und damit hochwertig. Fraglich ist, wie sich der Irrtum über die Geringwertigkeit auswirkt.

### **(1) § 243 II als negative Anwendungsvoraussetzung**

Ist § 243 II negative Anwendungsvoraussetzung für Abs. 1 muß sich die Tat objektiv *oder* subjektiv auf eine geringwertige Sache beziehen.

Ein Diebstahl in einem vollendeten besonders schweren Fall scheidet hier wegen objektiver Geringwertigkeit aus.

### **(2) § 243 II als Ausschlußklausel**

Versteht man § 243 II als Ausschlußklausel, ist sowohl objektiv *als auch* subjektiver Geringwertigkeitsbezug erforderlich.

<sup>15</sup> hierzu bereits oben B. VI. 1.

Nach dieser Meinung liegen die Voraussetzungen des § 243 II nicht vor, so daß § 243 I grundsätzlich anwendbar ist. Eine sachgerechte Lösung findet sich aber über die Berücksichtigung der allgemeinen Strafzumessungsgrundsätze. Wegen des fehlenden Erfolgsunwertes wird i.d.R. ein besonders schwerer Fall abzulehnen sein. Daran ändert auch das höhere Handlungsunrecht nichts. Weitere belastende Umstände, die für einen besonders schweren Fall sprechen, müssen aber geprüft werden. Fehlen diese, so liegt kein Diebstahl in einem vollendeten besonderen schwerer Fall vor, da die indizielle Wirkung des Regelbeispiels durch den fehlenden Erfolgsunwert beseitigt wird. Auch nach dieser Ansicht bleibt es bei einem einfachen Diebstahl.

### **(3) § 243 II nach der Vorstellung des Täters**

Nach einer dritten Meinung kommt es ausschließlich auf die Tätervorstellung an.

Bezieht sich der Vorsatz auf eine hochwertige Sache, so ist es hiernach unerheblich, ob die Mindestgrenze objektiv überschritten wird. Da § 243 II somit nicht einschlägig ist, ist und damit ein Regelbeispiel nach § 243 I gegeben.

### **(4) Stellungnahme erforderlich**

Da die Meinungen zu unterschiedlichen Ergebnissen kommen, ist eine Stellungnahme in dieser Irrtumskonstellation erforderlich. Der verwirklichte Handlungsunwert und damit die Tätervorstellung von der Hochwertigkeit rechtfertigt entgegen der zuletzt genannten Ansicht nicht die Bejahung eines besonders schweren Falles. Eine sachgerechte Lösung findet sich vielmehr mit der zweiten Ansicht im Rahmen der allgemeinen Strafzumessungsgrundsätze.

Insofern kommt wegen des fehlenden Erfolgsunwertes kein Diebstahl in einem vollendeten besonders schweren Fall nach § 243 I 2 Nr. 1 in Betracht. Bejaht man mit den bereits oben dargestellten Gründen den Versuch eines besonders schweren Falles auch dann, wenn das in Aussicht genommene Regelbeispiel nicht über das Versuchsstadium hinaus gelangt ist, hat sich A eines vollendeten Diebstahls in einem versuchten besonders schweren Fall nach §§ 242, 243 I 2 Nr. 1, 22, 23 I schuldig gemacht.

**Zusammenfassung XVIII: Irrtum über die Geringwertigkeit des § 243 II**

§ 243 II als negative Anwendungsvoraussetzung des Abs. 1	§ 243 II StGB als Ausschlußklausel	Vorstellung des Täters
<p>§ 243 II ist negative Anwendungsvoraussetzung für Abs. 1, wobei die Geringwertigkeit objektiven <i>oder</i> subjektiven Geringwertigkeitsbezug voraussetzt. Es kommt ein einfacher Diebstahl in Betracht, wenn der Täter irrig eine geringwertige <i>oder</i> hochwertige Sache wegnehmen wollte und § 243 I bleibt unanwendbar.</p>	<p>§ 243 II ist eine Ausschlußklausel, die sowohl objektiven <i>als auch</i> subjektiven Geringwertigkeitsbezug erfordert.</p> <p>Nach dieser Meinung liegen in Irrtumsfällen die Voraussetzungen des § 243 II nicht vor, so daß § 243 I grundsätzlich anwendbar ist. Eine sachgerechte Lösung ist die Berücksichtigung der Tätervorstellung im Rahmen der allgemeinen Strafzumessungsgrundsätze.</p> <p>Hält der Täter eine hochwertige Sache für geringwertig, fehlt es am Handlungsunwert, so daß nur ein einfacher Diebstahl in Betracht kommt, hält der Täter eine geringwertige Sache für hochwertig, fehlt es am Erfolgsunwert. Der Handlungsunwert ist im Rahmen eines versuchten besonders schweren Falles zu berücksichtigen.</p> <p><u>für:</u></p> <p>Aufgrund der Tätervorstellung über die Geringwertigkeit der Sache können jedoch Handlungsunrecht und Schuld derart herabgemindert sein, daß nach allgemeinen Strafzumessungserwägungen ein besonders schwerer Fall abgelehnt werden kann. Umgekehrt kann der Handlungsunwert im Rahmen eines Versuchs Berücksichtigung finden.</p> <p>§ 243 entfaltet nur indizielle Wirkung.</p>	<p>Es kommt im Rahmen des § 243 II allein auf die Vorstellung des Täters an: Bezieht sich der Vorsatz auf eine geringwertige Sache, so ist es unerheblich, ob die Mindestgrenze objektiv überschritten wurde. § 243 I scheidet aus. Glaubt der Täter die Sache sei hochwertig, bleibt es bei § 243 I.</p> <p><u>für:</u></p> <p>Wortlaut „bezieht“</p>

**b) Vorsatzwechselfälle**

Der Täter kann während des Diebstahls seinen Vorsatz in Bezug auf die Geringwertigkeit der Sache wechseln. So kann er einmal eine hochwertige Sache stehlen, nachdem er zunächst eine geringwertige entwenden wollte und umgekehrt eine geringwertige Sache einstecken, nachdem er zunächst eine hochwertige wegnehmen wollte. Dabei ist in beiden Konstellationen zu berücksichtigen, ob der Diebstahlsvorsatz noch fortbesteht oder nicht.

**aa) Wechsel von einer hochwertigen in eine geringwertige Sache unter Fortbestand des Diebstahlsvorsatzes**

**Schokoriegelfall 1:**

A beschließt einen wertvollen Pelzmantel aus einem Geschäftsraum zu entwenden. Dazu steigt er in den Geschäftsraum ein. Da das Geschäft aber gerade renoviert wird, befindet sich kein Pelzmantel mehr in dem Laden. Frustriert und ohne Aufgabe des Diebstahlsvorsatzes nimmt er einen Schokoriegel mit, den ein Bauarbeiter liegengelassen hat, mit dem er sich dann tröstet.

A hat einen Diebstahl in einem besonders schweren Fall nach §§ 242, 243 I 2 Nr. 1 begangen. Fraglich ist, ob das Regelbeispiel aufgrund der Geringwertigkeitsklausel des § 243 II ausgeschlossen ist.

Begreift man § 243 II mit der herrschenden Meinung als Ausschlußklausel<sup>16</sup>, greift die Geringwertigkeitsklausel erst ein, wenn die Sache objektiv und subjektiv geringwertig ist. Will

<sup>16</sup> hierzu bereits oben B. VII. 6. a) aa) (2)

der Täter eine hochwertige Sache stehlen, entwendet dann aber eine andere geringwertige Sache unter Fortbestand des Diebstahlsvorsatzes, liegt § 243 II wegen subjektiver Hochwertigkeit nicht vor.

Objektiv handelte es sich zwar beim Schokoriegel um eine geringwertige Sache, subjektiv bezog sich der Vorsatz aber auch auf den wertvollen Pelzmantel. Insofern fehlte es am objektiven und subjektiven Geringwertigkeitsbezug. § 243 I ist nicht durch § 243 II ausgeschlossen und A hat sich eines Diebstahls in einem besonders schweren Fall nach §§ 242, 243 I 2 Nr. 1 schuldig gemacht.

Dieses Ergebnis ist auch sachgerecht. Hätte der Täter nämlich gar nichts mitgenommen, so läge Diebstahlversuch in einem besonders schweren Fall vor.

### **bb) Wechsel von einer geringwertigen in eine hochwertige Sache unter Fortbestand des Diebstahlsvorsatzes**

#### **Schokoriegelfall 2:**

A beschließt einen Schokoriegel aus einem Geschäftsraum zu entwenden, indem er in den Raum einsteigt. Der noch am Tag zuvor gesehene Schokoriegel wurde aber bereits von anderen verzehrt. Unter Fortbestand des Diebstahlsvorsatzes sieht er im Laden aber einen wertvollen Pelzmantel und nimmt diesen mit.

A hat einen Diebstahl in einem besonders schweren Fall nach §§ 242, 243 I 2 Nr. 1 begangen. Fraglich ist, ob das Regelbeispiel aufgrund der Geringwertigkeitsklausel des § 243 II ausgeschlossen ist.

Nimmt der Täter eine hochwertige Sache weg, nachdem er zuvor eine geringwertige Sache entwenden wollte unter Fortbestand des Diebstahlsvorsatzes, so ist § 243 I durch § 243 II nicht ausgeschlossen, da sich zwar der Vorsatz bei Erfüllung des Regelbeispiels nur auf die Erlangung einer geringwertigen Beute bezog, objektiv allerdings die entwendete Sache nicht geringwertig war.

Subjektiv bezog sich der Vorsatz des A auf einen Schokoriegel und dann auf einen Pelzmantel. Insofern fehlte es am objektiven und subjektiven Geringwertigkeitsbezug. § 243 I ist nicht durch § 243 II ausgeschlossen und A hat sich eines Diebstahls in einem besonders schweren Fall nach §§ 242, 243 I 2 Nr. 1 schuldig gemacht.

### **cc) Wechsel von einer hochwertigen in eine geringwertige Sache unter zwischenzeitlicher Aufgabe des Tatplans**

#### **Schokoriegelfall 3:**

Wie der Schokoriegelfall 1, nur hat A inzwischen seinen Vorsatz unfreiwillig aufgegeben, etwas zu stehlen. Als er den Schokoriegel sieht, überkommt ihn der Hunger und er nimmt den Riegel mit.

Gibt der Täter seinen ursprünglichen Vorsatz zwischenzeitlich auf, liegt eine Zäsur zwischen zwei Diebstahlhandlungen vor.

Hinsichtlich des Pelzmantels hat A einen versuchten Diebstahl in einem besonders schweren Fall nach §§ 242, 22, 23 I, 243 I 2 Nr. 1 begangen<sup>17</sup>. Am Schokoriegel kommt vollendeter Diebstahl nach § 242 in Betracht. Ein Regelbeispiel scheidet aus, da A nicht zur Ausführung dieser Tat, sondern zur Ausführung des

<sup>17</sup> zum versuchten besonders schweren Fall bereits go-jura, Strafrecht AT, D. Kapitel III, das Versuchsdelikt, §§ 22, 23 I, III. 8. a)

Diebstahls am Pelzmantel eingestiegen ist. Für den Schokoriegel ist ein Strafantrag nach § 248 a erforderlich. Beide Delikte stehen in Tatmehrheit nach §§ 242, 22, 23 I, 243 I 2 Nr. 1; 242, 248 a, 53.

§ 243 II ist damit weder beim versuchten Diebstahl (wegen Hochwertigkeit) noch beim vollendeten Diebstahl (der Täter handelt nicht „zur Ausführung der Tat“) anwendbar.

**dd) Wechsel von einer geringwertigen in eine hochwertige Sache unter  
 zwischenzeitlicher Aufgabe des Tatplans**

**Schokoriegelfall 4:**

Wie Schokoriegelfall 2, nur gibt der Täter seinen Entschluß, etwas zu stehlen endgültig auf. Anschließend sieht er den wertvollen Pelzmantel und beschließt diesen zu entwenden.

Auch hier kommen aufgrund des neuen Tatentschlusses zwei Diebstahlshandlungen in Betracht.

Hinsichtlich des Schokoriegels ist ein versuchter einfacher Diebstahl nach §§ 242, 22, 23 I gegeben. § 243 I 2 Nr. 1 ist nach § 243 II ausgeschlossen, da sich der versuchte Diebstahl auf eine subjektiv und objektiv geringwertige Sache bezog. Nach § 248 a ist ein Strafantrag erforderlich. Nach Aufgabe des Tatentschlusses liegt nur noch ein vollendeter einfacher Diebstahl am Pelzmantel vor. § 243 I 2 Nr. 1 scheidet aus, da der Täter nicht zur Ausführung dieser Tat eingestiegen ist. A hat sich folglich eines versuchten Diebstahls nach §§ 242, 22, 23 I, 248 a in Tatmehrheit (§ 53) mit einem einfachen Diebstahl nach § 242 schuldig gemacht.

§ 243 II ist damit weder beim versuchten Diebstahl (wegen Hochwertigkeit) noch beim vollendeten Diebstahl (der Täter handelt nicht „zur Ausführung der Tat“) anwendbar.

**Zusammenfassung XIX: Vorsatzwechselfälle in § 243 II**

Unter Fortbestand des Diebstahlsvorsatzes		Unter Aufgabe des Diebstahlsvorsatzes	
Von hochwertiger in geringwertige Sache	Von geringwertige in hochwertige Sache	Von hochwertige in geringwertige Sache	Von geringwertige in hochwertige Sache
§§ 242, 243	§§ 242, 243	§§ 242, 22, 23 I, 243 I 2 Nr. 1; 242, 248 a, 53	§§ 242, 22, 23 I, 248 a; 242, 53
§ 243 II liegt nicht vor	§ 243 II liegt nicht vor	§ 243 II ist irrelevant	§ 243 II liegt beim Versuch vor, so daß § 243 ausgeschlossen ist

**7. Konkurrenzen zu §§ 123, 303**

Typischerweise treffen Diebstahl in einem besonders schweren Fall nach §§ 242, 243 I 2 Nr. 1, 2 mit Sachbeschädigung (§ 303) und Hausfriedensbruch (§ 123) zusammen. Insofern könnte man an Gesetzeskonkurrenz in Form der Konsumtion<sup>18</sup> denken. In jüngster Rechtsprechung hat der BGH aber im Tankautomatenfall festgestellt, daß Gesetzeseinheit zwischen Diebstahl in einem besonders schweren Fall und Sachbeschädigung jedenfalls dann ausscheidet, wenn die Sachbeschädigung bei konkreter Betrachtung von dem regelmäßigen Verlauf eines Diebstahls im besonders schweren Fall abweicht, von einem eigenständigen, nicht aufgezehrten Unrechtsgehalt geprägt ist und sich deshalb nicht als typische Begleitatt erweist:

<sup>18</sup> hierzu go-jura Strafrecht AT, H. Kapitel VII, Konkurrenzen IV. 1 b)

**Tankautomatenfall:**

A stemmte den Tankautomaten eines Selbstbedienungstankstelle und die darin befindliche Metallkassette mit einer Eisenstange auf. Die entwendete Beute betrug 4000,- € und der Schaden durch die Beschädigung des Automaten 10.000 €.

Der BGH lehnt Konsumtion aus mehreren Gründen ab. Zunächst bestünden grundsätzliche Bedenken, da ein Regelbeispiel nur die Strafzumessung beeinflusse. Regelbeispiele hätten für die Frage der Konkurrenz außer Betracht zu bleiben. Darüber hinaus überwiege das Interesse an der Klarstellung des gesamten vom Täter verwirklichten Unrechts, wenn durch die Sachbeschädigung wertmäßig das Rechtsgut intensiver beeinträchtigt werde als durch den Diebstahl. Zudem könnten die geschützten Rechtsgüter und Rechtsgutsträger unterschiedlich sein.

Der Schaden am Automaten betrug weit über das Doppelte gegenüber dem Schaden durch die entwendete Beute. Es ist deshalb klarzustellen, daß A neben einem Diebstahl in einem besonders schweren Fall nach §§ 242, 243 I 2 Nr. 2 auch eine Sachbeschädigung nach § 303 begangen hat. Die Strafbarkeit des A ergibt sich somit aus §§ 242, 243 I 2 Nr. 2, 303, in Tateinheit nach § 52.

Ob zukünftig auch die Begleittat des Hausfriedensbruchs nach § 123 neben einem Einbruchsdiebstahl nach § 243 I 2 Nr. 1 durch Tateinheit klarzustellen ist, läßt der BGH ausdrücklich offen und bleibt abzuwarten.

**VIII. Diebstahl mit Waffen; Bandendiebstahl; Wohnungseinbruchsdiebstahl nach § 244**

§ 244 qualifiziert – anders als das Regelbeispiel des § 243 - den einfachen Diebstahl nach § 242. Eine Prüfung der §§ 242, 243, 244 gemeinschaftlich ist wegen der unterschiedlichen Deliktsstruktur verfehlt. Damit sind §§ 242, 243 und anschließend §§ 242, 244 gemeinschaftlich zu prüfen.

**1. § 244 I Nr. 1 a)**

Ein Diebstahl mit Waffen nach § 244 I Nr. 1 a) begeht der Täter, der § 242 begeht, bei dem er oder ein anderer Beteiligter eine Waffe oder ein anderes gefährliches Werkzeug bei sich führt.

**a) Waffe**

Vor dem 6. StrRG mußte der Beteiligte in § 244 I Nr. 1 a.F. eine Schußwaffe bei sich führen. Nunmehr verlangt der Gesetzgeber eine Waffe oder ein anders gefährliches Werkzeug. Dabei bildet die Waffe einen Unterfall zum gefährlichen Werkzeug.

**aa) Definition**

Unter Waffe versteht man jedes technische Instrument, das dazu bestimmt ist, als Angriffs- oder Verteidigungsmittel zu dienen und das dabei erhebliche Verletzungen zufügen kann. Als Orientierung dient § 1 I, VII WaffG.

Waffen sind hiernach Hieb-, Stoß-, Stich- und Schußwaffen.

Für ein Beisichführen genügt, daß sich der Täter zwar nach Vollendung aber noch vor Beendigung der Tat mit dem gefährlichen Werkzeug versieht. Da § 244 I Nr. 1 a) die objektiv gefährlichen Waffen meint, ist erforderlich, daß die Waffe funktionsfähig ist. Die griffsbereite Munition reicht hierzu aus.

### **bb) Berufsmäßige Waffenträger**

Personengruppen, die berufsmäßig Waffen oder gefährliche Werkzeuge tragen, wie beispielsweise Polizeibeamte oder Wachleute, fehlt in der Regel die innere Beziehung zum Diebstahl.

Polizist P steckt gelegentlich einer Hausdurchsuchung bei B dessen Buch ein, um es zu behalten.

#### **(1) Teleologische Reduktion**

Teilweise wird § 244 I Nr. 1 a) bejaht, wenn der Berufswaffenträger ohne Beziehung zur Tat seine Waffe bei sich trägt. Strafgrund des § 244 I Nr. 1 a) sei die erhöhte objektive Gefährlichkeit der Tat. Diese sei auch bei einem berufsmäßigen Waffenträger gegeben. Habe er erst einmal die Schwelle überwunden, die ihn von der Begehung eines Diebstahls abhalten müßte, dann sei nicht ersichtlich, was ihn mehr als einen anderen hindern sollte sich durch plötzlich auftretende Probleme zum Einsatz der Schußwaffe verleiten zu lassen.

Bei P kommt dann nur ein einfacher Diebstahl nach § 242 in Betracht.

#### **(2) Keine teleologische Reduktion**

Andererseits wird im Rahmen einer teleologischen Reduktion § 244 I Nr. 1 a) verneint, da es widersinnig erscheine und einen Wertungswiderspruch darstelle, wenn der berufsmäßige Waffenträger dienstlich zum Tragen der Waffe verpflichtet sei, ihm aber zum anderen dieses pflichtgemäße Verhalten zugleich als unrechtserhöhend angerechnet werde.

Auch wenn P die Waffen ohne innere Beziehung zur Tat trägt, hat er sich eines Diebstahls mit Waffen nach §§ 242, 244 I Nr. 1 a) schuldig gemacht.

#### **(3) Stellungnahme**

Für die zuerst genannte Ansicht spricht die Tatsache, daß die Begehung von Diebstählen nicht zur Dienstpflicht eines berufsmäßigen Waffenträgers gehört. Im Gegenteil stellt es einen Wertungswiderspruch dar, den diebischen Polizisten wegen der dienstlichen Bewaffnung gegenüber sonstigen mit Pistole und Revolver versehenen Dieben zu privilegieren. Eine teleologische Reduktion des Tatbestandes entfällt somit und § 244 I Nr. 1 a) ist zu bejahen.

**Zusammenfassung XX: Der Berufswaffenträger**

<b>Teleologische Reduktion</b>	<b>Keine teleologische Reduktion</b>
Es kommt auf die innere Beziehung zur Tat an.	Es kommt auf die objektive Gefährlichkeit an
Wertungswiderspruch, wenn der berufsmäßige Waffenträger dienstlich zum Tragen der Waffe verpflichtet ist, ihm aber dieses pflichtgemäße Verhalten zugleich als unrechtserhöhend angerechnet wird	Die Begehung des Diebstahls gehört nicht zur Dienstpflicht des Berufswaffenträgers Der Berufswaffenträger kann nicht gegenüber anderen Dieben privilegiert werden.

**b) Gefährliches Werkzeug**

Die Qualifikation des § 244 I Nr. 1 a) liegt auch dann vor, wenn der Täter oder ein anderer Beteiligte ein gefährliches Werkzeug bei sich führt. Versteht man die Gefährlichkeit des Werkzeuges rein objektiv, würde auch die Täterin, die ihr Beauty-Case mit einem Nageletui während der Tat bei sich trägt oder der Raucher, der mit einer glimmende Zigarette einen Diebstahl begeht, einen schweren Diebstahl verüben. Insofern diskutieren die subjektive und die differenzierende Theorie zur Eingrenzung unterschiedliche teleologische Reduktionen des Tatbestandes.

**Kaufhausfall:**

A steckte in einem Kaufhaus eine Herrenhose in seine Tasche. Dabei wurde er von einer Videokamera beobachtet. Bei der anschließenden Durchsuchung durch den Detektiven wurde ein 8 cm langes Messer entdeckt, das A üblicherweise bei sich trug und das er nicht vorhatte zum Einsatz zu bringen.

**aa) Objektive Theorie**

Nach der objektiven Theorie liegt ein gefährliches Werkzeug vor, wenn der Gegenstand nach seiner objektiven Beschaffenheit geeignet ist, erhebliche Verletzungen herbeizuführen.

Im Kaufhausfall hat A damit allein wegen der objektiven Gefährlichkeit des Messers ein gefährliches Werkzeug bei sich geführt.

**bb) Subjektive Theorie**

Die subjektive Theorie reduziert den Tatbestands teleologisch und stellt nach der Intention des Gesetzgebers im 6. StrRG, der auf § 223 a.F. verweist, auf die konkrete Verwendungsabsicht des jeweiligen Täters ab.

Danach kann A nicht nach § 244 I Nr. 1 a) bestraft werden, da er das Messer bei Ausführung der Tat nicht gegen Menschen einsetzen wollte.

**cc) Differenzierende Theorie**

Schließlich ist nach einer weiteren Meinung im Rahmen einer teleologischen Reduktion ein Gegenstand dann gefährlich, wenn er von waffenähnlicher Beschaffenheit ist und in der konkreten Tatsituation einen gefährlichen Einsatz objektiv nahelegt.

Nach dieser Ansicht kann ein Taschenmesser keinesfalls als gefährliches Werkzeug in Betracht kommen.

**dd) Stellungnahme**

Gegen den objektiven Lösungsansatz spricht, daß man bei dieser Auslegung Gefahr läuft, Täter eines einfachen Diebstahls nach einem Qualifikationstatbestandes zu bestrafen, ohne daß die Schuld entsprechend erhöht ist, wenn der Täter einen Gegenstand zum ungefährlichen Gebrauch bei sich führt (s.o.: Nageletui, Zigarette, Taschenmesser). Insofern hat das OLG Braunschweig, in Abweichung zur objektiven Rechtsprechung des BayObLG und des OLG Hamm die Frage gemäß § 121 II GVG dem BGH zur Entscheidung vorgelegt.

Andererseits spricht gegen die subjektive Ansicht, daß beim schweren Raub und bei der sexuellen Nötigung/Vergewaltigung (§§ 250 II Nr. 1, 177 IV Nr. 1) der Gesetzgeber voraussetzt, daß die Werkzeuge in einer bestimmten Verwendungsabsicht gebraucht werden und dadurch ein qualifizierter Tatbestand erfüllt wird. Daher kann es bei dem Beisichführen eines Werkzeuges nicht auf eine solche Verwendungsabsicht ankommen. Der Gesetzgeber kennt insofern den Unterschied zwischen § 250 I Nr. 1 a) (bei sich führen) und § 250 II Nr. 1 (verwenden). Insofern ist eine teleologische Reduktion im Sinne der subjektiven Theorie nicht sachgerecht.

Gegen die Ansicht, die auf die konkreten Umstände abstellt ist zwar anzuführen, daß ohne eine teleologische Reduktion fast jeder Einbruchsdiebstahl zusätzlich zu einer Qualifikation nach § 244 I Nr. 1 a) führt, allerdings kann es nicht auf die konkreten Umstände des Falles ankommen, da das Gesetz selbst nach § 244 I Nr. 1 a) und § 244 I Nr. 1 b) zwischen Beisichführen und Verwenden differenziert. Insgesamt gegen eine teleologische Reduktion spricht auch die Berufswaffenproblematik, bei der zu Recht auf die objektive Gefährlichkeit abgestellt wurde. Damit verdient die objektive Theorie den Vorzug.

Für die objektiven Theorie spricht auch der Opferschutzgedanke. Objektiv gefährliche Gegenstände bergen eine erhöhte Lebens- und Leibesgefahr für das Opfer und müssen zu seinem Schutz pönalisiert werden.

**Zusammenfassung XXI: Gefährliches Werkzeug nach § 244 I Nr. 1 a)**

Objektive Theorie	Teleologische Reduktionen	
	Subjektive Theorie	Differenzierende Theorie
Objektive Gefährlichkeit	Konkrete Verwendungsabsicht	Waffenähnlicher Gegenstand muß in der konkreten Tatsituation einen gefährlichen Einsatz objektiv nahelegen
<p><b>Gegen:</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Verstoß gegen das Schuldprinzip</li> </ul> <p><b>Für:</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Opferschutzgedanke</li> <li>- Gesetz differenziert selbst zwischen Beisichführen und Verwenden</li> <li>- Berufswaffenproblematik</li> </ul>	<p><b>Gegen:</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Gesetzgeber kennt Unterschied zwischen Beisichführen und Verwenden wie sich aus §§ 244 I Nr. 1) b), 250 I Nr. 1 a, 250 II Nr. 1, 177 IV Nr. 1 ergibt</li> <li>- auch beim Berufswaffenträger sollte man keine teleologische Reduktion vornehmen</li> </ul> <p><b>Für:</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Intention des Gesetzgebers im 6. StrRG</li> </ul>	<p><b>Gegen:</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- auch beim Berufswaffenträger sollte man keine teleologische Reduktion vornehmen</li> </ul> <p><b>Für:</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- ansonsten ist fast jeder Einbruchsdiebstahl ein Diebstahl mit Waffen</li> </ul>

**2. § 244 I Nr. 1 b)**

Ein Diebstahl mit Waffen liegt nach § 244 I Nr. 1 b) auch dann vor, wenn der Täter oder ein andere Beteiligter sonst ein Werkzeug oder Mittel bei sich führt, um den Widerstand einer anderen Person durch Gewalt oder Drohung mit Gewalt zu verhindern oder zu überwinden. In dieser auf das 6. StrRG zurückzuführenden Fassung fehlt gegenüber der zuvor geltenden Regelung des § 244 I Nr. 2 lediglich der in Nr. 1 a) nunmehr enthaltene Begriff der Waffe. Im Unterschied zu § 244 I Nr. 1 a) muß bei Nr. 1 b) das Werkzeug oder Mittel nicht objektiv gefährlich sein und eine Verwendungsabsicht ist ausdrücklich erforderlich. Nach dem Willen des Gesetzgebers kommt § 244 I Nr. 1 b) eine Auffangfunktion zu.

**a) Definition**

Werkzeug und Mittel nach § 244 I Nr. 1 b) sind alle Gegenstände, die sich zwar zur Anwendung von Gewalt oder zur Drohung mit Gewalt eignen, die aber schon nach ihrer objektiven Beschaffenheit oder nach der Art ihrer geplanten Verwendung keine erheblichen

Körperverletzungen hervorrufen und in diesem Sinne als ungefährlich bezeichnet werden können.

Hierzu zählen beispielsweise ein Kabelstück und ein Tuch.

### **b) Scheinwaffenproblematik**

Durch die Neufassung des Gesetzes wird von § 244 I Nr. 1 b) nach überwiegender Ansicht auch die Scheinwaffe erfaßt. Die herrschende Lehre, die vor dem 6. StrRG nur Mittel ausreichen lassen wollte, die bei ihrem eventuellen Einsatz objektiv zur Gefährdung von Leib oder Leben geeignet waren, ist überholt. Jedoch ist strittig, ob eine Täuschung allein ausreichend ist, oder ob der objektiven Erscheinung des Gegenstandes Bedeutung zukommt. Unstreitig fallen täuschend echt aussehende Waffenattrappen unter § 244 I Nr. 1 b). Problematisch ist dies aber bei solchen Gegenständen, die lediglich durch die täuschende Erklärung „bin bewaffnet“ die gewollte Wirkung auslösen.

#### **Labellostift- und Plastikrohrfall:**

A führt bei einem Diebstahl einem Labellostift oder einem umgebogene Plastikrohr bei sich, um es dem Opfer im Bedarfsfall in den Rücken zu halten und mit der Erklärung „bin bewaffnet“ zur Herausgabe von Geld zu nötigen.

#### **aa) Alte Rechtsprechung**

Nach der alten Rechtsprechung reicht jeder subjektiv gefährliche Gegenstand aus.

Damit liegt auch dann ein qualifizierter Diebstahl vor, wenn der Täter einen Labellostift oder ein umgebogenes Plastikrohr bei sich führt, um den Widerstand des Opfers mit der Äußerung, er sei bewaffnet, zu überwinden.

#### **bb) Neue Rechtsprechung**

Nach neuer Rechtsprechung begründet nicht jede Scheinwaffe die Qualifikation des § 244 I Nr. 1 b), da objektive Gesichtspunkte nicht völlig außer Betracht bleiben dürfen. Scheinwaffe ist hiernach nur ein Gegenstand, der unter den konkreten Umständen seiner geplanten Anwendung aus der Sicht des Täters ohne weiteres geeignet ist bei dem Opfer den Eindruck hervorzurufen, der Gegenstand könne zur Gewaltanwendung verwendet werden und sei deshalb gefährlich. Es kommt deshalb auf das äußere Erscheinungsbild des Gegenstandes an.

Im Labellostift- und Plastikrohrfall scheidet § 244 I Nr. 1 a) aus.

#### **cc) Stellungnahme**

Für die alte Rechtsprechung spricht die subjektive Tatbestandsformulierung „um zu“, die den Gesichtspunkt der objektiven Gefährlichkeit der Tat und des Täters zurücktreten läßt. Zudem ist unstreitig ein Gegenstand dann nach § 244 I Nr. 1 a) gefährlich, der subjektiv ungefährlich aussieht. Umgekehrt muß dann auch ein subjektiv ungefährliches Werkzeug, wie der Labellostift, das beim Opfer den Eindruck der Gefährlichkeit erweckt, zum qualifizierten

Diebstahl führen. Zudem könnte nur das rein subjektive Verständnis des § 244 I Nr. 1 b) der Auffangfunktion der Qualifikation gerecht werden.

Der subjektive Ansatz der alten Rechtsprechung findet jedoch seine Grenze am Gesetzeswortlaut. Das Gesetz stellt nur das Beisichführen eines zur Drohung mit Gewalt geeigneten Gegenstandes und nicht das schauspielerische Vermögen einen solchen vorzutauschen unter Strafe. Damit muß der rein subjektive Ansatz der alten Rechtsprechung durch objektive Aspekte relativiert werden. Der neuen Rechtsprechung gebührt insofern der Vorzug.

A hat sich nur des einfachen Diebstahls schuldig gemacht.

### Zusammenfassung XXII: Scheinwaffe in § 244 I Nr. 1 b)

Alte Rechtsprechung	Neue Rechtsprechung
Jedes subjektiv gefährliche Werkzeug	Gegenstand, der unter den konkreten Umständen seiner geplanten Anwendung aus der Sicht des Täters ohne weiteres geeignet ist bei dem Opfer den Eindruck hervorzurufen, der Gegenstand könne zur Gewaltanwendung verwendet werden und sei deshalb gefährlich. Es kommt auf das äußere Erscheinungsbild des Gegenstandes an.
<b>Für:</b> - subjektive Formulierung - auch objektiv gefährliche aber subjektiv ungefährliche Werkzeuge fallen unter § 244 I Nr. 1 a) - Auffangfunktion	<b>Für:</b> - Wortlaut

### 3. § 244 I Nr. 2

Ein qualifizierter Diebstahl liegt nach § 244 I Nr. 2 auch dann vor, wenn der Täter als Mitglied einer Bande, die sich zur fortgesetzten Begehung von Raub oder Diebstahl verbunden hat, unter Mitwirkung eines anderen Bandenmitglieds stiehlt.

#### a) Bandenbegriff vor dem Hintergrund des Großen Senats

Eine Bande ist ein Zusammenschluß mehrerer Personen. Dabei kann Mitglied einer Bande auch derjenige sein, dem nach der Bandenabrede nur Aufgaben zufallen, die sich bei wertender Betrachtung als Gehilfentätigkeit darstellen. Umstritten ist, ob bereits zwei oder erst drei Bandenmitglieder eine Bande bilden.

#### aa) Zwei Personen

Insbesondere die herrschende Lehre lassen für eine Bande bereits die Verbindung von zwei Personen genügen.

#### bb) Drei Personen

Da es um die Erfassung organisierter Kriminalität geht und sich die bandentypische wechselseitige enge Willensbildung als gruppenspezifischer Prozeß erst aus einer Verbindung

von mehr als zwei Personen entwickeln kann, hält eine Gegenstimme drei Bandenmitglieder für erforderlich. Dieser Ansicht hat sich der Große Senat, nach divergierender höchstrichterlicher Rechtsprechung angeschlossen.

### cc) Stellungnahme

Für die Zweierkonstellation spricht, daß eine Bande nicht durch die Zahl ihrer Mitglieder, sondern durch deren enge Bindung für die Zukunft, die einen ständigen Anreiz zur Fortsetzung bilden, begründet wird. Eine derartige gegenseitige Bindung kann aber auch, so könnte man argumentieren, zwischen zwei Personen bestehen. Zudem spricht für die Zweiergruppe die unterschiedlichen Begriffe „Vereinigung“ in § 129 und „Bande“ in § 244 I Nr. 2. Bei einer Vereinigung werden 3 Personen vorausgesetzt, während der Gesetzgeber in § 244 I Nr. 2 bewußt den Begriff „Bande“ bemüht, so daß bereits ein Zusammenschluß von 2 Personen ausreichen könnte. Unberücksichtigt bleibt bei dieser Argumentation, daß erst in einer Dreierbindung die Gruppe einen Anführer hervorbringen und ein krimineller „Corpsgeist“ entwickelt werden kann um es dem einzelnen zu erschweren, sich zu lösen. Zudem stammt der Begriff der Band aus dem Französischen und bedeutet Haufen. Ein Haufen sind aber mindestens drei Personen. Nur im Rahmen einer Dreierkonstellation kann auch die Mittäterschaft von der Bande abgegrenzt werden. Der Ansicht des Großen Senates ist damit zu folgen.

#### Zusammenfassung XXIII: Zahl der Bandenmitglieder

Zweierkonstellation	Dreierkonstellation
- auch bei zwei Mitglieder ständiger Anreiz zur Fortsetzung	- erst bei drei ein krimineller Corpsgeist
- Differenzierung Vereinigung/Bande	- französisch: Haufen
	- Abgrenzung zur Mittäterschaft

Die Bandenmitgliedschaft ist ein besonderes persönliches Merkmal im Sinne des § 28 II<sup>19</sup>.

### b) Fortgesetzter Begehung

Ein gefestigter Bandenwille oder ein Tätigwerden in einem übergeordneten Bandeninteresse ist nach Ansicht des Großen Senates nicht mehr erforderlich ist. Es ist allerdings mit der früheren Rechtsprechung davon auszugehen, daß ein bandenmäßiger Zusammenschluß mehrerer Personen lediglich voraussetzt, daß diese sich mit dem Willen verbunden haben, künftig für eine gewisse Dauer mehrere selbstständige im Einzelnen noch ungewisse Straftaten der im Gesetz beschriebenen Art zu begehen. Die Bande unterscheidet sich danach von der Mittäterschaft durch das Element der auf gewisser Dauer angelegten Verbindung mehrerer Personen zu künftiger gemeinsamer Deliktsbegehung.

<sup>19</sup> hierzu go-jura, Strafrecht AT, C. Kapitel II. Täterschaft und Teilnahme §§ 25 ff., II. 1. c) bb) (1)

**c) Unter Mitwirkung eines anderen Bandenmitglieds**

Notwendig ist ferner, daß mehrere Bandenmitglieder mitgewirkt haben. Fraglich ist, ob ein zeitliches und örtliches Zusammenwirken von zwei Bandenmitgliedern vor Ort erforderlich ist und ob den Mitgliedern, die nicht vor Ort sind, das Verhalten zugerechnet werden kann.

**aa) Mitwirkung von mindestens zwei Bandenmitgliedern vor Ort ohne Zurechnungsmöglichkeit**

Nach der restriktivsten Ansicht können Täter nach § 244 I Nr. 2 nur solche Bandenmitglieder sein, die selbst mit zumindest einem anderen Bandenmitglied am Tatort unmittelbar mitwirken. Eine Zurechnung des Bandenmitglieds, das nicht vor Ort ist, erfolgt nicht.

	Vor Ort	Nicht vor Ort
<u>Merke:</u>	zwei Bandenmitglieder vor Ort	Bandenmitglied, das nicht vor Ort ist kann nicht Bandendiebstahl begehen

Damit würde der nicht ortsanwesende Bandenchef wegen Mittäterschaft zu § 242 in Tateinheit mit Beihilfe zu § 244 I Nr. 2 bestraft. Es ist aber widersprüchlich und stellt eine gespaltene Täterschaft dar, für die täterschaftliche Begehung des Grunddeliktes kein Handeln bei der Ausführung zu fordern, dies aber für § 244 I Nr. 2 zu verlangen. Die strengste Lösung ist damit abzulehnen.

**bb) Mitwirkung von mindestens zwei Bandenmitgliedern vor Ort mit Zurechnungsmöglichkeit**

Eine weitergehende Ansicht fordert ebenfalls, daß wenigstens zwei Bandenmitglieder den Diebstahl vor Ort ausführen. Jedoch könne die erhöhte Gefährlichkeit der Tatausführung aber dem ortsabwesenden Bandenmitgliedern nach § 25 II zugerechnet werden, wenn er nach allgemeinen Grundsätzen Mittäter sei.

	Vor Ort	Nicht vor Ort
<u>Merke:</u>	Mindestens zwei Bandenmitglieder	Übrigen Bandenmitgliedern kann es zugerechnet werden, wenn sie Mittäter sind.

Unberücksichtigt bleibt nach dieser Ansicht, daß die Mitglieder sich vor Ort einer Hilfsperson bedienen könnten, weil diese beispielsweise über spezielle Kenntnisse und Fähigkeiten verfügt.

**cc) Mitwirkung von einem oder keinem Bandenmitglied vor Ort und Zurechnung, wenn ein ortsabwesendes Bandenmitglied Täter ist und ein anders Gehilfe**

Schließlich genügt nach der weitesten und vorzugswürdigen Ansicht des Großen Senats jedes arbeitsteilige Zusammenwirken von Bandenmitgliedern von der Planung der Tat bis zur Verwertung der Beute, das die Effizienz der Wegnahme erhöht. Infolge dessen ist § 244 I Nr. 2 auch dann anzuwenden, wenn entsprechend der vereinbarten Arbeitsteilung nur ein Bandenmitglied oder sogar kein Bandenmitglied vor Ort ist und die fremde Sache wegnimmt.

Eine Zurechnung erfolgt dann, wenn zwei Mitglieder (diese sind allerdings Voraussetzung) der aus zumindest drei Personen bestehenden Bande am Diebstahl anderenorts mitwirken und wenigstens einem von ihnen die unmittelbare Tatausführung des Nichtmitglieds als Täter zuzurechnen ist. Die Bedeutung des Tatbestandsmerkmals „unter Mitwirkung eines anderen Bandenmitglieds“ erschöpft sich bei der vom Großen Senat befürworteten Auslegung somit darin, diejenigen Fälle auszuschneiden, in denen ein Bandenmitglied entweder ganz allein begeht oder er ausschließlich mit Bandenfremden zusammenwirkt. Damit ebnet der Große Senat die vom Gesetzgeber getroffene Unterscheidung zwischen Bandendelikten mit ausdrücklichem Mitwirkungserfordernis (§ 244 I Nr. 2, 244 a, 250 I Nr. 2) und solchen ohne Mitwirkungserfordernis (§§ 260 I Nr. 2, 260 a I StGB, 30 I Nr. 1, 30 a I BtMG) fast vollständig ein.

	<b>Vor Ort</b>	<b>Nicht vor Ort</b>
<b>Merke:</b>	Kein Bandenmitglied erforderlich	Mindestens ein Mittäter und ein Gehilfe müssen Bandenmitglied sein.

#### d) Stehlen

Für das Merkmal „stehlen“ genügt jede Form des täterschaftlichen Handelns.

#### 4. § 244 I Nr. 3

Eine weitere Qualifikation bildet der Wohnungseinbruchsdiebstahl nach § 244 I Nr. 3. Wie bereits oben erläutert<sup>20</sup>, wurde das ehemalige Regelbeispiel aus § 243 I 2 Nr. 1 durch das 6. StrRG zur Qualifikation umgestaltet, um den Eingriff in die Intimsphäre Rechnung zu tragen.

### II. Doppelte Qualifikation des § 244 a

Der schwere Bandendiebstahl nach § 244 a ist eine weitere Qualifikation gegenüber § 244, der aus der Kombination der bandenmäßigen Begehung mit einem der Erschwerungsgründe besteht, deren Voraussetzungen in § 243 I 2 Nrn. 1 - 7 oder in den Nrn. 1 oder 3 des § 244 umschrieben sind. Innerhalb des § 244 a haben die dort aufgezählten Regelbeispiele nach § 243 I 2 nicht lediglich exemplifizierende Bedeutung. Sie sind echte Tatbestandsmerkmale, so daß bei ihnen für Vorsatz und Irrtum die allgemeinen Regeln gelten.

### VIII. Konkurrenzen

§ 244 a geht grundsätzlich als echte Qualifikation den §§ 242 – 244 vor. Der schwere Bandendiebstahl ist damit gegenüber den anderen Diebstahlstatbeständen spezieller.

<sup>20</sup> B. VII. 3. a)

**C. Einfache (§ 246 I) und veruntreuende Unterschlagung (§ 246 II)**

**I. Geschütztes Rechtsgut und Unterschiede zum Diebstahl**

Auch die Unterschlagung nach § 246 ist ein Eigentumsdelikt. Sie unterscheidet sich jedoch vom Diebstahl in dreifacher Hinsicht. Einmal ist Tathandlung keine Wegnahme sondern eine Zueignung. Insofern ist geschütztes Rechtsgut auch nicht der Gewahrsam. Zudem ist § 246 anders als § 242 kein Delikt mit überschießender Innentendenz. Darüber hinaus enthält § 246 eine Subsidiaritätsklausel.

	§ 242	§ 246
I. Geschützte Rechtsgüter	Eigentum, Gewahrsam	Eigentum
II. Objektiver Tatbestand	Wegnahme einer fremden bewegliche Sache	Zueignung einer fremden beweglichen Sache
1. Tatobjekt	Fremde, bewegliche Sache	Fremde bewegliche Sache
2. Tathandlung	Wegnahme	Zueignung
III. Subjektiver Tatbestand	Vorsatz Zueignungsabsicht	Vorsatz -----
IV. Konkurrenzen	-----	Gesetzliche Subsidiarität

**II. Änderungen durch das 6. StrRG**

Seit dem 6. StrRG ist nicht mehr erforderlich, daß der Täter die Sache in Besitz oder Gewahrsam hat. Zudem ergänzt der Gesetzgeber den Tatbestand um Fälle der Drittzueignung. Schließlich wird durch die Subsidiaritätsklausel in Absatz 1 sichergestellt, daß die Unterschlagung nunmehr ein Auffangtatbestand darstellt, der alle Formen rechtswidriger Zueignung fremder beweglicher Sache umfaßt, die nicht einen mit schwerer Strafe bedrohten eigenständigen Straftatbestand verwirklichen.

§ 246 a.F.	§ 246 n.F.
Wer eine fremde bewegliche Sache, die er in Besitz oder Gewahrsam hat, sich rechtswidrig zueignet,.....	Wer eine fremde bewegliche Sache sich oder einem Dritten rechtswidrig zueignet, .., wenn die Tat nicht in andere Vorschriften mit schwererer Strafe bedroht ist.

### III. Tatbestandsmerkmale des § 246 I

Der Täter muß sich oder einem Dritten eine fremde bewegliche Sache rechtswidrig zugeeignet haben.

Objektiver Tatbestand		Subjektiver Tatbestand
Tatobjekt	Tathandlung	Vorsatz
Fremde bewegliche Sache	Rechtswidrige Eigen- oder Drittzueignung	

### IV. Objektiver Tatbestand

#### 1. Tatobjekt: fremde bewegliche Sache

Das Tatobjekt der Unterschlagung ist wie beim Diebstahl eine fremde bewegliche Sache. Hier kann auf die obigen Ausführung verwiesen werden<sup>21</sup>.

#### 2. Tathandlung: rechtswidrige Eigen- oder Drittzueignung

Als Tathandlung kommt die rechtswidrige Eigen- oder Drittzueignung in Betracht.

##### a) Zueignung

Gegenstand der Zueignung ist die Sache selbst oder der in ihr verkörperte Sachwert. Insofern gilt hinsichtlich des Zueignungsgegenstandes wie auch der eigentümergeverdrängenden Eigentumsanmaßung das Gleiche wie beim Diebstahl<sup>22</sup>. Der Täter muß sich selbst oder einen Dritten an die Stelle des Berechtigten setzen wollen, so daß die Enteignung auf Opferseite mit der Aneignung auf Täterseite korrespondiert. Damit besteht die Zueignung aus einem objektiven und einem subjektiven Element. Eine Absicht – wie in § 242 - wird jedoch nicht vorausgesetzt. Die Zueignung muß durch eine nach außen erkennbare Handlung manifestiert werden.

##### aa) Anforderungen an die Zueignung

Strittig ist, welche Anforderungen an die Manifestation gestellt werden.

##### **Die gefundene Geldbörse:**

A erblickt bei einem Waldspaziergang im Gras neben dem Weg eine verlorene Geldbörse. Er hebt sie in der Absicht auf, sie für sich zu behalten und setzt seinen Weg fort. Sein Heimweg führt ihn später am Bürgermeisteramt vorbei, in dem sich das noch geöffnete Fundbüro befindet.

<sup>21</sup> B. IV. 1.

<sup>22</sup> B. V. 2. d)

### (1) Weite Manifestationstheorie

Nach der weiten Manifestationstheorie reicht für die Zueignung jede beliebige, vom Zueignungsvorsatz getragene Handlung aus, wenn sie bei Würdigung aller Umstände als sich äußerlich manifestierende Betätigung des Zueignungsvorsatzes in Betracht kommt.

Das Aufheben der Geldbörse in Zueignungsabsicht stellt für die weite Manifestationstheorie bereits eine vollendete Unterschlagung dar.

### (2) Enge Manifestationstheorie

Nach der engen Manifestationstheorie setzt die Unterschlagung ein vom Zueignungsvorsatz getragenes Verfahren mit der Sache voraus, aus dem ein alle Umstände des Falles kennender objektiver Beobachter auch ohne Berücksichtigung des Zueignungswillens eindeutig auf den Zueignungsvorsatz schließen kann.

Für die enge Manifestationstheorie reicht die Inbesitznahme der Sache nicht aus, da sie zivilrechtlich erlaubt ist und in nichts von dem Verhalten zu unterscheiden ist, das auch der ehrliche Finder an den Tag legen würde. Erst das Vorbeischreiten am geöffneten Fundbüro läßt den eindeutigen Rückschluß auf den Zueignungsvorsatz zu.

### (3) Stellungnahme

Für die weite Manifestationstheorie spricht, daß die Gegenstimme den Vollendungszeitpunkt auf einen sehr späten Moment verlagert. Jedoch ist diese Verlagerung in Anbetracht der Zueignung als objektives Moment angemessen. Zueignung muß ein nach außen erkennendes Verhalten des Täters mit der Sache voraussetzen, indem sich der Zueignungsvorsatz nicht nur manifestiert, sondern das gerade Ausdruck der Zueignung ist und deshalb den Rückschluß auf den Zueignungsvorsatz zwingend macht. Handlungen, die bei Würdigung aller Umstände mehrdeutig oder auch bei fehlendem Zueignungswillen zu erwarten oder kein Verfahren mit der Sache sind, scheiden daher aus. Der engen Manifestationstheorie ist damit der Vorzug zu geben.

A hat sich also erst durch das Vorbeischreiten am geöffneten Fundbüro einer Unterschlagung nach § 246 schuldig gemacht.

### **Zusammenfassung XXIV: Anforderungen an die Manifestation der Zueignung**

<b>Weite Manifestationstheorie</b>	<b>Enge Manifestationstheorie</b>
Jede beliebige, vom Zueignungsvorsatz getragene Handlung reicht aus, wenn sie bei Würdigung aller Umstände als sich äußerlich manifestierende Betätigung des Zueignungsvorsatzes darstellt	Ein vom Zueignungsvorsatz getragenes Verfahren mit der Sache, aus dem ein alle Umstände des Falles kennender objektiver Beobachter auch ohne Berücksichtigung des Zueignungswillens eindeutig auf den Zueignungsvorsatz schließen kann.
Die enge Manifestationstheorie verlagert den Vollendungszeitpunkt auf einen sehr späten Moment.	Es ist ein zwingender Rückschluß auf den Zueignungsvorsatz erforderlich.

### **bb) Wiederholte Zueignung**

Fraglich ist, ob derjenige, der sich eine Sache durch ein in Zueignungs- bzw. Bereicherungsabsicht begangenes Eigentums- oder Vermögensdelikt verschafft hat, durch nochmalige Betätigung seines Zueignungswillens eine Unterschlagung begehen kann. Damit ist das Problem der wiederholten Zueignung angesprochen.

Nachdem A einen Brillantring im Kaufhaus des K gestohlen hat, bietet er seine Beute dem bösgläubigen B an. Strafbarkeit des A wegen des Verkaufs?

Durch das 6. StrRG hat sich die Problematik der wiederholten Zueignung nicht erledigt. Schließlich ist § 246 nur dann subsidiär, wenn *die Tat* nicht in einer anderen Vorschrift mit schwererer Strafe bedroht ist. Die Tat kann aber nur nach § 8 bestimmt werden. Entscheidend ist damit der Zeitpunkt der materiellen Tat. Die wiederholte Zueignung ist aber durch keine andere Strafvorschrift sanktioniert.

#### **(1) Tatbestandslösung**

Die Rechtsprechung verneint mit der Tatbestandslösung schon tatbestandlich § 246, wenn der Täter an der Sache bereits auf schuldhafte und strafbare Weise Eigenbesitz bzw. Fremdbesitz begründet hat.

Nach der Tatbestandslösung hat A sich durch die Veräußerung die Sache nicht erneut zueignet.

#### **(2) Konkurrenzlösung**

Demgegenüber ist nach der Konkurrenzlösung in der wiederholten Betätigung des Herrschaftswillens über eine bereits deliktisch erlangte Sache tatbestandlich noch eine erneute Zueignung zu erblicken, die lediglich als straflose Nachtat hinter dem ersten deliktischen Zueignungsakt zurücktritt, sofern dadurch keine weitere Vertiefung des Schadens bewirkt wird.

A hat durch den Verkauf eine Unterschlagung nach § 246 begangen. Sie stellt eine mitbestrafte Nachtat dar.

#### **(3) Stellungnahme**

Für die Konkurrenzlösung spricht, daß deliktisch entzogene Sachen auch gegen weitere Eigentumsverletzungen zu schützen sind. Zudem besteht nur so die Möglichkeit, eine Person wegen Teilnahme an der Unterschlagung zu bestrafen.

Hätte beispielsweise C die Verkaufsverhandlungen des A unterstützt, kommt nur mit der Konkurrenzlösung eine Teilnahme des C zur Unterschlagung des A in Betracht.

Andererseits ist aber schon dem Wortsinn nach Zueignung die erstmalige Herstellung der eigentümerähnlichen Herrschaft über die Sache bzw. die erstmalige Verfügung über sie. Zudem führt die Konkurrenzlösung zu einer praktisch unbegrenzten Verlängerung der

Verjährungsfrist. §§ 259, 260, 257 stellen damit eine abschließende Regelung für den Tatbeteiligten dar. Deshalb ist der Tatbestandslösung zu folgen. Eine wiederholte Zueignung ist insofern nicht möglich.

A hat sich somit durch die Veräußerung nicht einer Unterschlagung nach § 246 schuldig gemacht.

### Zusammenfassung XXV: Wiederholte Zueignung

<b>Tatbestandslösung</b>	<b>Konkurrenzlösung</b>
Eine wiederholte Zueignung ist tatbestandlich nicht möglich.	Bei einer wiederholten Zueignung liegt tatbestandlich § 246 vor, jedoch tritt sie als mitbestrafte Nachtat hinter dem ersten deliktischen Zueignungsakt zurück.
<ul style="list-style-type: none"> <li>- Wortsinn</li> <li>- die Konkurrenzlösung führt zu einer praktisch unbegrenzten Verlängerung der Verjährungsfrist</li> <li>- §§ 259, 260, 257 stellen eine abschließende Regelung für den Tatbeteiligten dar</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- deliktisch entzogene Sachen müssen auch gegen weitere Eigentumsverletzungen geschützt werden</li> <li>- Möglichkeit, eine Person wegen Teilnahme an der Unterschlagung zu bestrafen</li> <li>- Verlängerung der Verjährungsfristen</li> </ul>

## **b) Rechtswidrigkeit**

Die Zueignung muß rechtswidrig gewesen sein. Die Rechtswidrigkeit ist objektives Tatbestandsmerkmal. Es dürfen wie im Rahmen des § 242 keine fälligen und einredefreien Ansprüche auf die Sache bestehen.

## **V. Subjektiver Tatbestand**

Im subjektiven Tatbestand setzt die Unterschlagung nur den Vorsatz voraus.

## **II. Subsidiaritätsklausel**

Durch das 6. StrRG wurde in § 246 eine gesetzliche Subsidiarität angeordnet. Die Tat darf nicht in anderen Vorschriften mit schwerere Strafe bedroht sein. Fraglich ist, ob § 246 nur hinter Eigentums- oder Vermögensdelikten zurücktreten soll, oder ob die Subsidiaritätsklausel vom Rechtsgut unabhängig ist.

### **1. Beschränkung auf Zueignungs- und Bereicherungsdelikte**

Zum Teil wird die Subsidiaritätsklausel nur bei Eigentums- oder Vermögensdelikte bejaht.

A begeht eine Strafvereitelung, indem er das bei ihm untergestellte Unfallfahrzeug eines Unfallflüchtigen kurz vor der drohenden Entdeckung einem Dritten zueignet.

A ist wegen Strafvereitelung (Delikt gegen die staatliche Rechtspflege) strafbar (bis zu 5 Jahren) und gleichzeitig wegen Unterschlagung (bis zu 3 Jahren). Ansonsten bliebe die Eigentumsverletzung ungesühnt.

### **2. Keine Beschränkung auf Zueignungs- und Bereicherungsdelikte**

Nach Ansicht des BGH gestattet der Wortsinn der Subsidiaritätsklausel jedoch keine einschränkende Auslegung. Die Unterschlagung ist nach dieser Ansicht nicht nur gegenüber Zueignungsdelikten subsidiär.

A ist einer Strafvereitelung schuldig (bis zu 5 Jahren). Die Unterschlagung tritt hinter die Strafvereitelung zurück, obwohl sie das Eigentum, während die Strafvereitelung die Rechtspflege schützt.

### **3. Stellungnahme**

Eine Beschränkung der Subsidiaritätsklausel auf Eigentums- und Vermögensdelikte ist im Wortsinn des Gesetzes nicht zum Ausdruck gekommen. Insofern kann sie nicht Grundlage einer mit dem Wortsinn des Gesetzes unvereinbaren Auslegung zum Nachteil des Angeklagten sein. Ein anderes Verständnis verstößt gegen Art. 103 II GG.

A ist nur wegen Strafvereitelung schuldig. § 246 ist gesetzlich subsidiär.

### Zusammenfassung XXVI: Subsidiaritätsklausel

Beschränkung auf Zueignungs- und Bereicherungsdelikte	Keine Beschränkung auf Zueignungs- und Bereicherungsdelikte
	- Wortsinn, ansonsten Verstoß gegen Art. 103 II GG

### III. Qualifikation des § 246 II (veruntreuende Unterschlagung)

Eine Qualifikation der einfachen Unterschlagung nach § 246 I stellt die veruntreuende Unterschlagung nach § 246 II dar, wenn der Täter die Sache sich oder einem Dritten rechtswidrig zueignet, die ihm anvertraut wurde.

#### 1. Anvertrautsein (besonderes persönliches Merkmal nach § 28 II)

Anvertraut sind solche Sachen, die der Täter vom Eigentümer oder einem Dritten mit der Verpflichtung erlangt hat, sie zu einem bestimmten Zweck zu verwenden, aufzubewahren oder auch nur zurückzugeben.

Anvertraut sind z.B. gemietete, geliehene, in Verwahrung gegebene, unter Eigentumsvorbehalt gelieferte Sachen bis zur vollständigen Bezahlung des Kaufpreises.

Nach herrschender Meinung liegt ein Anvertrauen auch vor, wenn die Sache zu verbotenen oder sittenwidrigen Zwecken übergeben wird.

Unterschlagung von Geld, das der Auftraggeber zum Ankauf einer gestohlenen Sache übergeben hat.

Allerdings scheidet ein Anvertrauen aus, wenn der Anvertrauende gegen die Interessen des Eigentümers handelt.

Der Dieb gibt die gestohlene Sache einem anderen in Verwahrung, der sie unterschlägt.

Das Merkmal „anvertraut“ stellt ein besonderes persönliches Merkmal nach § 28 II dar<sup>23</sup>. Ein Teilnehmer, dem die Sache nicht anvertraut wurde, wird nur aus dem Grunddelikt des § 246 I bestraft.

#### 2. Subsidiaritätsklausel

Fraglich ist, ob die Subsidiaritätsklausel des Abs. 1 auch für die veruntreuende Unterschlagung nach § 246 II gilt. Hierfür spricht, daß ein „Fall des Absatzes 1“ im Sinne des § 246 II nur dann vorliegt, wenn § 246 I nicht zurücktritt und daher eigenständige Bedeutung hat.

<sup>23</sup> hierzu go-jura, Strafrecht AT, C. Kapitel II. Täterschaft und Teilnahme §§ 25 ff., II. 1. c) bb) (1)

## D. Sachbeschädigung (§ 303)

### I. Geschütztes Rechtsgut

Auch die Sachbeschädigung ist ein Eigentumsdelikt.

### II. Tatbestandsmäßigkeit des § 303

Wer eine fremde Sache beschädigt oder zerstört, begeht eine Sachbeschädigung nach § 303. Das Merkmal „rechtswidrig“ ist dabei nur ein Hinweis auf die allgemeine Rechtswidrigkeit und kein Tatbestandsmerkmal.

Objektiver Tatbestand		Subjektiver Tatbestand
Tatobjekt	Tathandlung	Vorsatz
Fremde Sache	Beschädigen oder Zerstören	

#### 1. Objektiver Tatbestand

Der Täter muß eine fremde Sache beschädigt oder zerstört haben.

##### a) Fremde Sache

Das Tatobjekt ist ein fremde Sache. Hier sei auf die Ausführungen zum Diebstahl verwiesen<sup>24</sup>. Zu beachten ist jedoch, daß die Beweglichkeit der Sache nicht vorausgesetzt wird.

##### b) Beschädigen oder Zerstören

Als Tathandlung kommt ein Beschädigen oder Zerstören in Betracht.

##### aa) Beschädigen

Der Täter *beschädigt* eine Sache, wenn er ihre Substanz nicht unerheblich verletzt oder auf sie körperlich derart einwirkt, daß dadurch die bestimmungsgemäße Brauchbarkeit der Sache mehr als nur geringfügig beeinträchtigt oder der Zustand der Sache mehr als nur belanglos verändert wird.

#### (1) Substanzverletzung und Funktionsvereitelung

Damit ist bei einer Substanzverletzung stets eine Sachbeschädigung anzunehmen (so die Substanzverletzungstheorie). Eine bloße Funktionsvereitelung ohne Einwirkung auf diese Sachsubstanz ist nicht tatbestandsmäßig (so aber die alte Funktionsvereitelungstheorie).

<sup>24</sup> B. IV. 1. a) c)

In der Beschattung eines Gartens durch bepflanzte Bäume liegt kein körperlicher Eingriff, mag auch die Funktion als Sonnenplatz aufgehoben sein.

## (2) Verunstalten einer Sache

Fraglich ist, ob auch das bloße Verunstalten einer Sache, mit in den Beschädigungsbegriff des § 303 einbezogen werden kann.

Kunststudent A hält eine von der Stadtverwaltung im Stadtgarten aufgestellte Marmorbüste für unästhetisch. Daher überschüttet er sie eines nachts mit einem Topf roter Farbe, die nur in mühevoller Arbeit restlos wieder entfernt werden kann.

### (a) Beschädigen auch bei Zustandsveränderung

Ein Teil der Literatur vertritt die Auffassung, daß ein Beschädigen auch dann anzunehmen sei, wenn der Gestaltungswille des Eigentümers oder das vernünftige Interesse des Sachherrn am jeweiligen Zustand der Sache beeinträchtigt wird und einen nicht unerheblichen Instandsetzungsaufwand verursacht. Danach fällt unter § 303 jede dem Sacheigentümerinteresse zuwiderlaufende Zustandsveränderung.

Die Veränderung der Marmorbüste widerspricht dem Interesse des Eigentümers. Da das Entfernen der Farbe nur mühevoll möglich war, lag eine Sachbeschädigung vor.

### (b) Beschädigen grundsätzlich nicht bei Zustandsveränderung, nur wenn die Gebrauchsbestimmung mit einem ästhetischen Zweck zusammenhängt

Demgegenüber hat der BGH einen restriktiven Standpunkt eingenommen. Die bloße Veränderung des äußeren Erscheinungsbildes einer Sache soll vom Tatbestand des § 303 grundsätzlich nicht erfaßt werden. Die Einbeziehung des Verunstaltens in den Beschädigungsbegriff soll vielmehr auf eng zu begrenzende Ausnahmefälle zu beschränken sein. Das Kriterium der Brauchbarkeitsminderung würde entleert, wenn man die vom Eigentümer beabsichtigte äußere Erscheinung der Sache stets als deren bestimmungsgemäße Brauchbarkeit verstehe und damit eine Zustandsveränderung ausreichen ließe. Die Auslegung des § 303 würde sich damit in unzulässiger Weise vom Wortsinn des Merkmals „beschädigen“ entfernen und daran vorbeigehen, daß das Gesetz zwischen der Verunstaltung (§ 134) und der Beschädigung von Sachen (§ 303) unterschiede. Eine Ausnahme kommt lediglich für solche Fälle in Betracht, in denen die Gebrauchsbestimmung des Gegenstandes offensichtlich mit seinem ästhetischen Zweck zusammenhängt.

Hier kommt also der BGH bei der Zustandsveränderung des Kunstwerkes ausnahmsweise zur Bejahung einer Sachbeschädigung.

Da die Meinungen zum gleichen Ergebnis kommen, bedarf es keiner Stellungnahme.

## **bb) Zerstören**

*Zerstört* ist die Sache, wenn sie so wesentlich beschädigt wurde, daß sie für ihren Zweck völlig unbrauchbar wird. Wie bereits oben geprüft<sup>25</sup> liegt beim Verzehr von Lebensmitteln keine Zerstörung einer Sache vor, da es sich um ihre bestimmungsgemäße Verwendung handelt.

## **2. Subjektiver Tatbestand**

Im subjektiven Tatbestand ist lediglich Vorsatz Voraussetzung.

## **III. Strafantrag nach § 303 c**

Die Sachbeschädigung ist ein *relatives* Antragsdelikt. Die Tat wird nur auf Antrag verfolgt, es sei denn, daß die Strafverfolgungsbehörde wegen des besonderen öffentlichen Interesses an der Strafverfolgung ein Einschreiten von Amts wegen für geboten hält.

## **IV. Konkurrenzen**

§ 303 tritt regelmäßig in Gesetzeskonkurrenz hinter der Urkundenunterdrückung nach § 274 zurück. Dasselbe gilt für die einfache Brandstiftung nach § 306, sofern es um die Zerstörung des Bauwerkes geht. Dasselbe gilt für die Zerstörung von Bauwerken nach § 305. Beschädigt der Dieb später die weggenommene Sache, so ist die Sachbeschädigung mitbestrafte Nachtat zum Diebstahl.

## **E. Betrug (§ 263) und seine Regelbeispiele (§ 263 III)**

Betrug nach § 263 ist die durch Täuschung verursachte Vermögensschädigung eines anderen in Bereicherungsabsicht. Durch das 6. StrRG wurden durch den Gesetzgeber in § 263 III Regelbeispiele eingeführt.

### **I. Geschütztes Rechtsgut des § 263**

Geschütztes Rechtsgut ist ausschließlich das Vermögen als Ganzes.

### **II. Obersatz: „... gegenüber ...und zum Nachteil...“**

Getäuschter und Verfügender müssen identisch sein. Hiervon abweichen kann aber der Geschädigte. Bereits durch den Obersatz soll verdeutlicht werden, wer der Getäuschte und wer der Geschädigte ist. Handelt es sich hierbei um dieselbe Person, so lautet der Obersatz z.B.

Indem A dem B wahrheitswidrig erzählte, bei dem Bild handele es sich um einen echten Rembrandt, könnte er sich eines Betruges nach § 263 gegenüber und zum Nachteil des B schuldig gemacht haben.

<sup>25</sup> hierzu B. V. 2. d) bb) (1) (b)

Divergieren Getäuschter und Geschädigter heißt es im Obersatz:

Indem A dem B wahrheitswidrig erzählte, bei dem Bild handele es sich um einen echten Rembrandt, könnte er sich eines Betruges nach § 263 gegenüber B und zum Nachteil des C schuldig gemacht haben.

Fallen Getäuschter und Geschädigter auseinander, spricht man von einem Dreiecksbetrug. Im Rahmen der Vermögensverfügung muß zwischen Getäuschtem und Geschädigten, wie noch auszuführen sein wird<sup>26</sup>, ein Näheverhältnis bestehen.

---

<sup>26</sup> unten E. V. 3. d)

### III. Eingehungs- und Erfüllungsbetrug

Ebenfalls erwähnt werden sollte im Obersatz, ob der Schaden in der Eingehung einer schuldrechtlichen Verpflichtung oder in der Erfüllung liegt. Im ersten Fall ist der Eingehungsbetrug, im letzten Fall der Erfüllungsbetrug zu erwähnen. Damit wird im Obersatz z.B. präzisiert:

Indem A dem B wahrheitswidrig erzählte, bei dem Bild handle es sich um einen echten Rembrandt, könnte er sich eines Eingehungsbetruges gegenüber und zum Nachteil des B schuldig gemacht haben.

### IV. Tatbestandsmerkmale des § 263 im Überblick

Im objektiven Tatbestand muß durch eine Täuschungshandlung ein Irrtum hervorgerufen worden sein, der zu einer Vermögensverfügung geführt hat, wodurch ein Vermögensschaden entstanden ist. Im subjektiven Tatbestand ist neben dem Vorsatz die rechtswidrige Eigen- oder Drittbereicherungsabsicht erforderlich.

Objektiver Tatbestand	Subjektiver Tatbestand
1. Täuschungshandlung 2. Kausale Irrtumserregung 3. Kausale Vermögensverfügung 4. Kausaler Vermögensschaden	1. Vorsatz 2. Rechtswidrige Eigen- oder Drittbereicherungsabsicht

### V. Objektiver Tatbestand des § 263

#### 1. Täuschungshandlung

Das Gesetz spricht von Vorspiegelung falscher oder Entstellung oder Unterdrückung wahrer Tatsachen. Diese Beschreibung der Tathandlung ist unbefriedigend, weil sich die drei Konkretisierungen überschneiden und damit inhaltlich nicht scharf abgrenzbar sind. Aus den drei Tatbestandsmerkmalen ist damit der Oberbegriff der Täuschungshandlung zu bilden.

Unter Täuschungshandlung versteht man jede intellektuelle Beeinträchtigung des Vorstellungsbildes eines anderen, das zu einer Fehlvorstellung über Tatsachen führen soll. Tatsachen sind dabei alle konkreten vergangenen oder gegenwärtigen Geschehnisse oder Zustände der Außenwelt und des menschlichen Innenlebens. Entscheidend ist damit, daß sie dem Beweise zugänglich sind.

Verkehrsfähigkeit, Herkunft einer Sache, Alter, finanzielle Verhältnisse einer Person

Zukünftiges ist dagegen noch keine Tatsache, da es an der Beweisfähigkeit fehlt.

A veranlaßt den B zum Abschluß einer Versicherung mit der Erklärung, es werde in einem bestimmten Gebiet zu Hagelschläge kommen, ohne daß er dies wissenschaftlich belegt.

Dagegen sind wissenschaftliche Erkenntnisse, die auf künftige Ereignisse sichere Schlüsse zulassen als gegenwärtige Tatsachen anzusehen. Entscheidend ist die Voraussehbarkeit des zukünftigen Ereignisses.

A verkauft B Gläser mit der wahrheitswidrigen Behauptung, eine Sonnenfinsternis stehe bevor.

**a) Innere/äußere Tatsachen**

Für eine Tatsache ist es unerheblich, ob das Geschehene oder Bestehende zu den Erscheinungen der Außenwelt oder zum Bereich des Innenlebens gehört. Damit erfaßt § 263 neben äußeren Tatsachen wie die Zahlungsfähigkeit auch innere Tatsache wie die Zahlungsbereitschaft.

**b) Abgrenzung zu Werturteilen und Meinungsäußerungen**

Keine Tatsachen sind Meinungsäußerungen und bloße Werturteile. So fehlt allgemeinen Redewendungen, übertreibenden Anpreisungen und marktschreierischen Reklamen ein greifbarer Tatsachenkern. Damit liegt keine Täuschung vor, wenn man ein Waschmittel anpreist, das so weiß wäscht, wie es weißer nicht geht.

**c) Abgrenzung konkludentes Tun/Täuschung durch Unterlassen**

Täuschung durch aktives Tun ist von der Täuschung durch Unterlassen abzugrenzen. Dabei unterscheidet man innerhalb des Tuns ein ausdrückliches oder ein konkludentes Verhalten. Wie bereits in go-jura, AT, Das unechte Unterlassungsdelikt<sup>27</sup> dargestellt, wird das Tun vom Unterlassen mit der herrschenden Meinung nach dem Schwerpunkt der strafrechtlichen Vorwerfbarkeit abgegrenzt. In Konkretisierung dieser Abgrenzung liegt Täuschung durch konkludentes Tun vor, wenn dem Verhalten nach der Verkehrsanschauung ein Erklärungswert zukommt.

Abgrenzung nach der Verkehrsauffassung, ob dem Verhalten ein Erklärungswert zukommt.	
Tun	Unterlassen
Ausdrücklich	konkludent

**aa) Täuschung durch konkludentes Tun**

Ein solcher Erklärungswert ist etwa anzunehmen:

- In einem Angebot einer Sache zum Verkauf, da in dieser Erklärung schlüssig zum Ausdruck kommt, zu ihrer Veräußerung befugt und zu ihrer Eigentumsverschaffung imstande zu sein.
- Im erstmaligen Inanspruchnehmen einer Leistung liegt die konkludente Erklärung, zahlungsfähig zu sein.
- Im Hinausschauen aus dem Zug, nachdem der Schaffner gefragt hat „Ist noch jemand zugestiegen?“, obwohl der Fahrgast die Frage wahrgenommen hat, liegt die Erklärung sein Fahrausweis sei bereits kontrolliert worden, da es verkehrüblich ist, die Fahrausweise auf Aufforderung vorzuzeigen.

<sup>27</sup> E. Kapitel IV, IV. 1. d)

### bb) Täuschung durch Unterlassen

Keinen Erklärungswert haben demgegenüber folgende Verhaltensweisen:

- Die weitere Inanspruchnahme einer Leistung, wie z.B. das Weiternutzen einer Mietwohnung.
- Das Entgegennehmen zuviel bezahlten Wechselgeldes.
- Das Abheben einer Fehlüberweisung und nach neuerer Rechtsprechung auch das Abheben einer Fehlbuchung.

In diesen Fällen kommt allenfalls ein Betrug durch Unterlassen in Betracht. Voraussetzung für eine Täuschung durch Unterlassen ist dabei das Unterlassen der Aufklärung eines anderen und eine Garantenstellung. Eine solche kann sich ergeben aus Gesetz, Vertrag, Ingerenz und Treu und Glauben. Gesetzliche Aufklärungspflichten folgen beispielsweise aus §§ 666 BGB 16 VVG, 138 I ZPO. Vertragliche Aufklärungspflichten können sich ergeben durch ausdrückliche Vereinbarung, wenn die Pflicht gerade den Schutz des Vermögens bezweckt. Hiervon unabhängig kann auch dann eine Garantenstellung bestehen, wenn der Vertrag ein besonderes Vertrauensverhältnis zwischen den Parteien begründet hat. Dasselbe gilt für vorvertragliche Aufklärungspflichten. Eine Garantenstellung aus Ingerenz ergibt sich bei einem sorgfaltswidrigen, gefährlichen vorangegangenen Tun, das durch die Zumutbarkeit begrenzt wird. Schließlich folgt eine Garantenstellung aus Treu und Glauben, wenn ein besonderes Vertrauensverhältnis im zwischenmenschlichen Bereich besteht.

#### Zusammenfassung XXVII: Garantenstellungen beim Betrug durch Unterlassen

1. Gesetz	2. Vertrag	3. Ingerenz	4. Treu und Glauben § 242 BGB
z.B. §§ 666 BGB (Aufklärungspflicht des Beauftragten), 16 VVG (Anzeigepflicht des Versicherungsnehmers), 138 I ZPO (Wahrheitspflicht der Parteien im Zivilprozeß)	a) ausdrücklicher Vereinbarung b) durch Vertragsauslegung bei Verträgen mit Vertrauensverhältnissen c) vorvertragliche Aufklärungspflicht	z.B. der Täter erweckt in dem anderen zunächst unvorsätzlich einen pflichtwidrig einen Irrtum und nutzt diesen dann zu seinem Vorteil vorsätzlich aus.	Vorausgesetzt wird ein besonderes Vertrauensverhältnis im zwischenmenschlichen Bereich.

### 2. Kausale Irrtumserregung

Durch die Täuschungshandlung muß kausal ein Irrtum erregt oder unterhalten worden sein. Irrtum ist jede unrichtige, der Wirklichkeit nicht entsprechende Vorstellung über Tatsachen. Er wird erregt, wenn er ihn durch Einwirkung auf die Vorstellung des Getäuschten hervorruft. Er wird unterhalten dadurch, daß der Täter eine bereits vorhandene Fehlvorstellung bestärkt oder deren Aufklärung verhindert oder erschwert.

#### a) Ignorantia facti

Reines Nichtwissen (ignorantia facti) reicht im Rahmen des § 263 nicht aus. Wer sich überhaupt keine Vorstellung von der maßgeblichen Tatsache macht, irrt sich nicht und kann auch nicht Opfer eines Betruges sein.

Der Schaffner S, der fragt, ob noch jemand zugestiegen ist denkt ausschließlich ans Wochenende. Als Fahrgast F, der noch nicht kontrolliert wurde aus dem Fenster schaut, macht sich S hierüber gar keine Gedanken.

F kann dann höchstens einen versuchten Betrug begangen haben.

### **b) Sachgedankliches Mitbewußtsein**

Für einen Irrtum ausreichend ist jedoch die Vorstellung, alles sei in Ordnung. Das sachgedankliche Mitbewußtsein bzw. das ständige Begleitwissen reicht aus.

Die Kassiererin hat das allgemeine Bewußtsein beim Eintippen der Waren, daß hiermit alles in Ordnung ist und sich der ausgewiesene Preis auf diese Ware bezieht.

### c) Zweifel

Strittig ist, wie ein Zweifel des Getäuschten über die Richtigkeit oder Falschheit von vorgetäuschten Tatsachen zu würdigen ist.

A frisiert seine Bilanzen und bittet einen langjährigen Geschäftsfreund B um ein Darlehen. A steht jedoch kurz vor der Insolvenz. B ahnt bereits, daß die Geschäfte schlecht gehen. Er hält deshalb die Richtigkeit der Bilanzen für nicht sehr wahrscheinlich, hält es jedoch für möglich, daß die Bilanzen stimmen und zahlt ihm das Darlehen aus.

#### aa) Möglichkeitstheorie

Nach der Möglichkeitstheorie liegt ein für den Betrug ausreichender Irrtum vor, wenn der Getäuschte die vorgespiegelte Tatsache nur für möglicherweise wahr hält, wenn er sich nur von dieser Vorstellung zur Verfügung motivieren läßt.

B hielt die Bilanzen möglicherweise für richtig und zahlte ihm deshalb das Darlehen, so daß hiernach ein Irrtum des B vorliegt.

#### bb) Wahrscheinlichkeitstheorie

Nach der Wahrscheinlichkeitstheorie ist erst dann ein Irrtum gegeben, wenn der Getäuschte die behauptete Tatsache für wahrscheinlich wahr hält.

Der Wahrscheinlichkeitstheorie reicht damit B's Vorstellung für einen Irrtum nicht aus.

#### cc) Viktimologische Theorie

Zweifel schließen nach der Viktimologischen Theorie nur dann den Irrtum aus, wenn sie auf konkrete Anhaltspunkte beruhen.

Ein konkreter Anhaltspunkt für die Zweifel bestand nicht, so daß ein Irrtum ausscheidet. Etwas anderes wäre es jedoch, wenn beispielsweise B aufgrund eines Gespräches mit dem Aufsichtsratsmitglied von der Überschuldung des A erfahren hätte. Dann läge ein Irrtum vor.

#### dd) Stellungnahme

Gegen die Möglichkeitstheorie wird angeführt, daß der Schutzbereich des Betruges überdehnt und nicht mehr von der Wortsinngrenze des Begriffs „Irrtum“ erfaßt werde. Die Grenze zur verbotenen Analogie werde tangiert. So verliere das Opfer an Schutzbedürfnis, wo es auch den wahren Sachverhalt für möglicherweise gegeben hält und damit bewußt ein Risiko eingehe, das häufig durch die Chance auf Vorteilerlangung ausgeglichen werde. § 263 ist jedoch im Sinne eines umfassenden Opferschutzes zu verstehen. Daß das Opfer verfügt zeigt doch gerade, daß sich der Getäuschte auf die für möglich gehaltene Wahrheit letztlich verläßt und deshalb überlistet wird.

Mit der Möglichkeitstheorie ist damit ein Irrtum zu bejahen.

**Zusammenfassung XXVIII: Irrtum und Zweifel**

Möglichkeitstheorie	Wahrscheinlichkeitstheorie	Viktimologische Theorie
Getäuschter hält die vorgespiegelte Tatsache nur für möglicherweise wahr und läßt sich von dieser Vorstellung zur Verfügung motivieren.	Getäuschte hält die behauptete Tatsache für wahrscheinlich wahr.	Zweifel schließen nach der Viktimologischen Theorie nur dann den Irrtum aus, wenn sie auf konkrete Anhaltspunkte beruhen.
Für: - Opferschutzgedanke Gegen: - Analogieverbot		

**d) Täuschung, auf die nur Lebensfremde hereinfliegen**

Problematisch ist auch ob Täuschungen, auf die nur Lebensfremde hereinfliegen, zu einem Irrtum führen.

A erzählt dem naiven B, eine für jeden Dritten offensichtliche Schwarz-weiß Fotokopie sei ein Originalölgemälde von Rembrandt und veräußert es dem B für 100.000 €

**aa) Kein Irrtum**

Ein Teil der Lehre vertritt die Ansicht, daß Täuschungen, auf die nur Lebensfremde hereinfliegen, außerhalb des Tatbestandes stehen. Durch den Entzug des strafrechtlichen Schutzes soll das unvernünftig leichtfertig handelnde Opfer sozialpädagogisch erzogen werden.

Hiernach scheidet ein Irrtum des leichtgläubigen B aus.

**bb) Irrtum**

In der Rechtsprechung und herrschenden Lehre wird demgegenüber keine Einschränkung des Täuschungsmerkmals zugelassen. Besonders schutzwürdige Personen dürfen der strafrechtliche Schutz nicht entzogen werden. Ansonsten würden einfältige und intellektuell Ungeübte zum Freiwild für Schwindler.

Der naive B unterlag einem Irrtum.

**cc) Stellungnahme**

Der zuletzt genannten Meinung ist mit dem bereits oben erwähnte Gedanke des umfassenden Vermögensschutzes zu folgen.

**Zusammenfassung XXXIX: Irrtum bei Täuschungen, auf die nur Lebensfremde hereinfliegen**

Irrtum	Kein Irrtum
- Opferschutzgedanke	- das unvernünftig leichtfertig handelnde Opfer soll sozialpädagogisch erzogen werden.

### e) Prozeßbetrug im Mahn- und Versäumnisverfahren

Im Zivilprozeß ist der Irrtum im Versäumnis- und im Mahnverfahren umstritten. So prüft der Richter hier nur summarisch, ob ein Anspruch bestehen könnte. Eine Fehlvorstellung im Falle einer solchen Schlüssigkeitsprüfung könnte entfallen.

A verklagt B auf Zahlung eines Kaufpreises, ohne daß zuvor ein solcher Vertrag geschlossen wurde. In der Hauptverhandlung erscheint B nicht. Daraufhin beantragt A ein Versäumnisurteil, das der Richter R nach § 331 ZPO erläßt.

#### aa) Kein Irrtum wegen reiner Schlüssigkeitsprüfung

Eine verbreitete Lehrmeinung lehnt den Prozeßbetrug im Mahn- und Versäumnisverfahren ab, da es am Irrtum des Richters fehle, der beim Erlaß des Versäumnisurteils bzw. des Mahnbescheides nicht von der Wahrheit des Sachvortrages des Klägers nach § 331 I S. 1, 688, 690 ZPO überzeugt sein müsse.

Mangels einer Fehlvorstellung des R im Rahmen der Schlüssigkeitsprüfung kommt ein Betrug nach § 263 nicht in Betracht.

#### bb) Irrtum im Blick auf § 138 ZPO

Eine Gegenstimme bejaht den Irrtum. Dieser müsse unter Zugrundelegung der prozessualen Wahrheitspflicht aus § 138 I ZPO hergeleitet werden. Deswegen halte es der Richter für unwahrscheinlich, daß er belogen werde.

R hatte im Blick auf § 138 ZPO die allgemeine Vorstellung, es sei alles in Ordnung und jede Partei halte sich an seine Wahrheitspflicht, so daß er einem Irrtum unterlag.

#### cc) Stellungnahme

Problematisch ist die Reichweite der prozessualen Wahrheitspflicht aus § 138 ZPO. Versäumnisurteil und Vollstreckungsbescheid beruhen nach wie vor auf einem bestimmten Parteiverhalten (Säumnis §§ 330, 331 ZPO; Nicherheben eines Widerspruchs, § 699 ZPO) und nicht auf der richterlichen Überzeugung von der Wahrheit des vorgetragenen Sachverhalts. Daher wird es in diesen Fällen schon am Irrtum fehlen.

Ein Betrug kommt damit nicht in Betracht.

### Zusammenfassung XL: Prozeßbetrug im Mahn- und Versäumnisverfahren

Kein Irrtum wegen reiner Schlüssigkeitsprüfung	Irrtum im Blick auf § 138 ZPO
Versäumnisurteil und Vollstreckungsbescheid beruhen auf Parteiverhalten und nicht auf der richterlichen Überzeugung von der Wahrheit des vorgetragenen Sachverhalts	Allgemeine Wahrheitspflicht führt zum sachgedanklichen Mitbewußtsein des Richters, daß die Parteien die Wahrheit vortragen

### **3. Kausale Vermögensverfügung**

Der Irrtum muß zu einer Vermögensverfügung führen. Unter einer Vermögensverfügung versteht man jedes Handeln, Dulden oder Unterlassen, das sich unmittelbar vermögensmindernd auswirkt. Es handelt sich hierbei um ein ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal, das eine Andeutung in dem Begriff „dadurch“ findet.

#### **a) Vermögensbegriffe**

Bereits in der Vermögensverfügung wird durch die vermögensmindernde Wirkung des Verhaltens des Opfers der Vermögensbegriff angesprochen. Eine Auseinandersetzung mit der Frage, ob auch der deliktische Besitz bzw. gesetzwidrige Forderungen unter den Schutz der Rechtsordnung fallen, kann aber auch erst im Vermögensschaden erfolgen.

**Der betrogene Dieb:**

A schwindelt dem B ein von diesem gestohlenen Auto ab (Sachbetrug).

**Der betrogene Drogenhändler:**

A prellt den B um eine Forderung aus einem einmaligen Drogengeschäft (Forderungsbetrug).

#### **aa) Wirtschaftlicher Vermögensbegriff**

Nach dem wirtschaftlichen Vermögensbegriff versteht man unter Vermögen die Gesamtheit der einer Person zustehenden Güter ohne Rücksicht auf ihre rechtliche Konkretisierung oder Anerkennung. Damit verkörpert bereits deliktisch erlangter Besitz als bloßes Faktum wirtschaftlichen Wert. Auch bei gesetz- oder sittenwidrigen Forderungen, die im Gegensatz zum Besitz ein „nichts“ bedeuten, geht es nicht um ihren rechtlichen Bestand nach §§ 134, 138 BGB, sondern um die faktische Realisierungsmöglichkeit. Letztere ist bei geschäftlichen, verwandtschaftlichen oder anderen Beziehungen möglich.

Beim betrogenen Dieb fällt der unrechtmäßig erlangte Besitz in das Vermögen des B.

Das Unterlassen der Geltendmachung der nichtigen Forderung des betrogenen Drogenhändlers B stellt nur dann eine vermögensmindernde Vermögensverfügung dar, wenn er die Forderung realisieren kann. An der faktischen Realisierungsmöglichkeit wird es aber bei dem einmaligen Drogengeschäft fehlen.

#### **bb) Juristisch-ökonomischer Vermögensbegriff**

Vermögen ist nach dem juristisch-ökonomischen Vermögensbegriff die Gesamtheit aller wirtschaftlichen Güter einer Person, die ihrer rechtlich gebilligten und geschützten Verfügungsgewalt unterliegen.

Die juristisch-ökonomische Vermögenstheorie erkennt zwar den Besitz als Vermögensbestandteil an, meint aber, den unredlichen Besitzer aus dem Schutzbereich des § 263 ausschließen zu müssen, weil die Rechtsordnung seinen Besitz mißbilligt. Damit ist der unrechtmäßige Besitz des betrogenen Diebes B nicht geschützt.

Dasselbe gilt für den betrogenen Drogenhändler B, weil er wegen der Verbotswidrigkeit des Drogenverkaufes nach §§ 134 BGB i.V.m. dem BtmG keinen Rechtsanspruch gegen A hat.

### **cc) Wirtschaftlicher Vermögensbegriff mit normativer Schranke**

Von der Rechtsprechung erhielt der wirtschaftliche Vermögensbegriff normative Schranken. Damit wird der wirtschaftliche Vermögensbegriff in teilweiser Übereinstimmung mit der juristisch-ökonomischen Vermittlungslehre korrigiert. Bestandteile des strafrechtlich geschützten Vermögens sind demgemäß Güter und Positionen, denen ein wirtschaftlicher Wert beizumessen ist und die mangels ausdrücklicher rechtlicher Mißbilligung unter dem Schutz der Rechtsordnung stehen.

Hierher gehören z.B.

- dingliche und obligatorische Rechte, auch klagloser, nicht aber nichtiger Forderungen
- Anwartschaften
- tatsächliche Erwerbsaussichten, soweit sie hinreichend konkretisiert sind und auf einer rechtlich legitimen Grundlage basieren
- die Arbeitskraft soweit sie nicht zu verbotenen oder sittenwidrigen Zwecken eingesetzt wird
- sowie der redlich oder widerrechtlich erlangte Besitz an Sachen.

Das Vermögen des betrogenen Diebes wäre geschützt, nicht aber das des betrogenen Drogenhändlers.

Hier kommt also die wirtschaftliche Vermögenstheorie mit normativer Schranke zum selben Ergebnis wie die wirtschaftliche Vermögenstheorie.

Etwas anderes galt jedoch nach Ansicht des BGH im Dirnenlohnfall, in dem die Prostituierte um ihren Lohn geprellt wurde. Nur nach dem rein wirtschaftlichen Vermögensbegriff kommt ein Betrug in Betracht. Verstoße die Prostituierte gegen die guten Sitten, gehöre die Aussicht, durch sexuelle Leistungen den versprochenen oder üblichen Lohn zu erhalten, nicht zum strafrechtlich geschützten Vermögen. Geschützt bleibe demgegenüber aber was die Prostituierte als Entgelt erlangt habe. Seit dem Inkrafttreten des Gesetzes zur Regelung der Rechtsverhältnisse der Prostituierten am 1.1.2002 sind hingegen Ansprüche Prostituirter auf Zahlung des vereinbarten Entgeltes für sexuelle Leistungen rechtsgültig. Damit müßte sich auch der Freier, der die Dirne heutzutage um ihren Lohn prellt, eines Betrages nach allen Vermögensbegriffen strafbar machen.

### **dd) Stellungnahme**

Auch wenn für den juristisch-ökonomischen Vermögensbegriff zu sprechen scheint, daß eine unterschiedliche Wertung des Vermögens im Strafrecht und im Zivilrecht mit einer Einheit der Gesamtrechtsordnung nicht vereinbar ist, kann aber nur die Einheit der Strafrechtsordnung entscheidend sein. So begeht auch unstreitig derjenige einen Diebstahl, der dem Dieb die Beute entwendet, da § 242 auch den aufgrund unsittlicher oder verbotener Handlung erlangten Gewahrsam schützt<sup>28</sup>. Es kann damit unter dem Gesichtspunkt der Einheit der Strafrechtsordnung keinen Unterschied machen, ob dem Dieb die Sache weggenommen oder sie ihm erschwindelt worden ist. Zudem darf sich aus kriminalpolitischen Gründen auch im Ganovenbereich kein strafrechtsfreier Raum bilden. Das gilt nicht nur für den deliktisch erlangten Besitz sondern entgegen dem wirtschaftlichen Vermögensbegriff mit normativer Schranke auch für unsittliche Forderungen. Wollte man anders entscheiden, würde man der

<sup>28</sup> hierzu bereits B. IV. 2. b) aa)..

Dirne, die damals noch eine sittenwidrige Forderung gegen den Freier hatte, der Schutz der Vermögensdelikte nehmen, was dem Rechtsfrieden nicht dienlich wäre. Zu folgen ist deshalb dem wirtschaftlichen Vermögensbegriff.

**Zusammenfassung XLI: Vermögensbegriffe**

Wirtschaftlicher Vermögensbegriff	Juristisch-ökonomischer Vermögensbegriff	Wirtschaftlicher Vermögensbegriff mit normativer Schranke
Die Gesamtheit der einer Person zustehenden Güter ohne Rücksicht auf ihre rechtliche Konkretisierung oder Anerkennung.  - Deliktisch erlangter Besitz - gesetz- oder sittenwidrige Forderungen nur, wenn man sie faktisch realisierbar, weil geschäftliche, verwandtschaftliche oder anderen Beziehungen bestehen.	Die Gesamtheit aller wirtschaftlichen Güter einer Person, die ihrer rechtlich gebilligten und geschützten Verfügungsgewalt unterliegen.  - nicht deliktisch erlangter Besitz - nicht gesetz- oder sittenwidrige Forderungen	Güter und Positionen, denen ein wirtschaftlicher Wert beizumessen ist und die mangels ausdrücklicher rechtlicher Mißbilligung unter dem Schutz der Rechtsordnung stehen.  <b>Wohl:</b> - deliktisch erlangter Besitz - dingliche und obligatorische Rechte, auch klaglose Forderungen - Anwartschaften - tatsächliche Erwerbsaussichten, soweit sie hinreichend konkretisiert sind und auf einer rechtlich legitimen Grundlage basieren <b>Nicht:</b> - nichtige Forderungen - die Arbeitskraft soweit sie zu verbotenen oder sittenwidrigen Zwecken eingesetzt wird.
- Einheit der Strafrechtsordnung - Kein ganovenfreier Raum	Einheit zwischen Straf- und Zivilrechtsordnung	

**b) Verfügungsbewußtsein**

Im Rahmen des *Forderungsbetruges* ist es unerheblich, ob der Getäuschte bewußt oder unbewußt verfügt. Damit liegt auch dann eine Vermögensverfügung vor, wenn ein Anspruch nicht geltend gemacht wird, dessen Existenz dem Betroffenen infolge der Täuschung verborgen bleibt.

A bitte den B ihm ein Buch zu kaufen. Da er nicht weiß was es kostet, übergibt er ihm 100 €. Als B zurückkehrt erklärt er A wahrheitswidrig, es habe 50,- € gekostet und händigt ihm nur 50,- € aus. In Wahrheit kostete es 20,- €. Forderungsbetrag an 30,- €?

A fehlt hinsichtlich der nicht geltend gemachten 30,- € das Verfügungsbewußtsein, da er nicht wußte, daß das Buch billiger war. Da es sich aber um eine Forderung handelt, ist ein solches Bewußtsein nicht erforderlich.

Anders verhält es sich beim Sachbetrug. Um den Charakter des Betruges als Selbstschädigungsdelikt zu wahren und ihn vom fremdschädigenden Trickdiebstahl abzugrenzen, ist hier ein Verfügungsbewußtsein erforderlich. Eine solche Abgrenzung ist beim Forderungsbetrag nicht angezeigt, da Forderungen keine Sachen darstellen.

**c) Abgrenzung Sachbetrug/Trickdiebstahl**

Nach ganz herrschender Exklusivitätstheorie schließen sich Vermögensverfügung und Wegnahme aus. Eine durch Täuschung herbeigeführte Vermögensverschiebung kann damit nur entweder ein Sachbetrug oder ein Trickdiebstahl sein. Für die Abgrenzung kommt es auf die innere Willensrichtung des Getäuschten an.

## aa) Voraussetzungen

Dabei muß für den Betrug eine bewußte, willentliche Vermögensverfügung vorliegen, während der Diebstahl mit dessen Tathandlung Wegnahme ein unbewußtes Gewährenlassen voraussetzt. Entscheidend ist damit das *Verfügungsbewußtsein* des Opfers. Fehlt das Verfügungsbewußtsein, liegt gleichzeitig auch das *Unmittelbarkeitskriterium* der Vermögensverfügung nicht vor. Gegeben ist dann lediglich eine Gewahrsamslockerung.

## bb) Fälle

### (1) Grundfälle

#### **Brillantringfall 1:**

A erklärt dem Juwelier J, er könne den Brillantring im Dunklen des Geschäftes nicht erkennen. Er bittet ihn kurz ans Fenster halten zu dürfen. Dies erlaubt J. In einem unbeobachteten Augenblick verschwindet A mit dem Brillantring. Strafbarkeit nach §§ 242, 263?

#### **Brillantringfall 2:**

Diesmal bittet A den Ring im besseren Licht vor der Türe des Geschäftes anschauen zu dürfen. Dies erlaubt J. A verschwindet in einem unbeobachteten Augenblick. Strafbarkeit nach §§ 242, 263?

#### **Brillantringfall 3:**

A erklärt, er müsse den Brillantring erst seiner Freundin zeigen und bittet den J, diesen deshalb zu sich mitnehmen zu dürfen, was J erlaubt. Strafbarkeit nach §§ 242, 263?

Einen geschickten Aufbau wählt derjenige, der bei der Abgrenzung des Sachbetrugs vom Trickdiebstahl mit dem Delikt beginnt, das er ablehnt.

Ein Verfügungsbewußtsein liegt unproblematisch im Fall 3 vor, da J keinerlei Einflußmöglichkeiten mehr auf seinen Ring hat, wenn er dem A erlaubt, diesen mitzunehmen. J will seinen Gewahrsam nicht nur lockern, sondern A übertragen. Ein Diebstahl scheitert am tatbestandsausschließenden Einverständnis, so daß kein Bruch fremden Gewahrsams vorliegt. J hat aber Verfügungsbewußtsein. Zudem wirkt sich seine Erlaubnis unmittelbar vermögensmindernd aus, so daß A einen Betrug gegenüber und zum Nachteil des J begangen hat.

Das Verfügungsbewußtsein fehlt hingegen in Fall 1. So soll sich A nicht aus dem Geschäft entfernen. Ein Betrug gegenüber und zum Nachteil des J scheitert damit an der Vermögensverfügung und der Unmittelbarkeit der Vermögensminderung. Hiermit korrespondiert ein Gewahrsamsbruch des A am Ring, da J nur seinen Gewahrsam lockern, nicht aber übertragen will.

Einen Grenzfall bildet Fall 2. So erlaubt J einerseits, den Ring außerhalb der Räumlichkeiten zu besichtigen, andererseits soll dies noch in unmittelbarer Nähe des Geschäftes, nämlich vor der Eingangstüre geschehen. Berücksichtigt man, daß J nach der Verkehrsanschauung der Gewahrsam an den Sachen zugewiesen wird, die sich noch unmittelbar vor der Tür seines Geschäfts befinden, wie z.B. eine morgens abgelegte Zeitung, liegt ein Trickdiebstahl näher als ein Sachbetrug, so daß auch hier kein Verfügungsbewußtsein gegeben sein wird.

### (2) Problemfälle des abstrakten, generellen Verfügungsbewußtseins

Fraglich ist, ob das Verfügungsbewußtsein konkret sein muß, oder ob ein abstraktes bzw. generelles Bewußtsein ausreicht.

#### **Der ausgetauschte Karton:**

A vertauscht im Kaufhaus des D den Inhalt eines Kartons mit teurem Wein mit dem einer billigen Sorte und bezahlt an der Kasse der Kassiererin K den von ihm verbilligten Karton.

Die Rechtsprechung läßt abstraktes bzw. generelles Verfügungsbewußtsein ausreichen. Legt der Täter die Ware in falschen Verpackungen oder mit manipulierten Preisauszeichnungen vor, überträgt der Irrende selbst unmittelbar Gewahrsam, auch wenn er nicht weiß, was sich konkret in der Verpackung befindet. Das Verfügungsbewußtsein wird auf die Ware konkretisiert.

K hat ein abstraktes, generelles Verfügungsbewußtsein über die ihr vorliegende Ware zu verfügen, so daß eine Vermögensverfügung und damit ein Betrug gegenüber der K und zum Nachteil des D vorliegt.

Fraglich ist, ob diese Grundsätze auch auf Fälle zu übertragen sind, in denen die Waren an der Kasse eines Selbstbedienungsgeschäfts vorbeigeschmuggelt wurden.

**CD-Fall:**

A steckt eine CD in seinen Einkaufswagen zwischen eine Kiste Cola, so daß die Kassiererin K diese nicht sieht. K rechnet nur die Kiste Cola ab, indem sie diese in die Kasse eintippt. Damit verläßt A das Kaufhaus.

**(a) Verfügungsbewußtsein beim Vorbeischmuggeln von Waren**

Das OLG Düsseldorf sah eine Parallele zwischen dem Vorbeischmuggeln und dem Austausch von Waren. Insofern bejahte es auch in diesen Fällen ein generelles Verfügungsbewußtsein.

K ist im CD-Fall davon ausgegangen, alle Waren im Korb seien von ihr erfaßt worden. Dies begründet die Annahme, K treffe in einem solchen Fall auch hinsichtlich der unbemerkt vorbeigeschleusten Ware eine bewußte Verfügung. Ein genereller bzw. abstrakter Verfügungswillen der K in Bezug auf den gesamten Inhalt des Einkaufswagens reicht aus.

**(b) Kein Verfügungsbewußtsein beim Vorbeischmuggeln von Waren**

Demgegenüber verneint der Große Senat nach einem Vorlagebeschluß den Verfügungswillen beim Vorbeischmuggeln von Waren. Eine Vergleichbarkeit mit den Fällen, in denen Waren ausgetauscht würden, bestehe nicht. In den Austauschfällen konkretisiert sich das Verfügungsbewußtsein auf die von der Kassiererin wahrgenommene Verpackung einschließlich ihres Inhalts. In den Schmuggelfällen hat die Kassiererin ein konkretes Bewußtsein, nur über die von ihr erblickten und registrierten Gegenstände zu verfügen. Davon werden aber nicht die ihr verborgen gebliebenen vorbeigeschmuggelten Waren erfaßt.

Da sich K's Verfügungsbewußtsein nur auf den Kasten Cola bezog, nicht aber auf die CD scheidet ein Betrug nach Ansicht des Großen Senats aus und A hat gegen den Willen des Kaufhausinhabers dessen Gewahrsam gebrochen und gleichzeitig neuen, eigenen begründet und damit die CD weggenommen.

**(c) Stellungnahme**

Für die Annahme einer Wegnahme spricht, daß das Verfügungsbewußtsein der Kassiererin sich grundsätzlich dadurch konkretisiert, daß sie die Preise der vorgelegten Waren in die Kasse eintippt und sie dem Kunden berechnet. Nur auf diese Waren bezieht sich der Abschluß des Kaufvertrages, nur diese Waren will die Kassiererin deshalb übereignen. Austauschfälle und Schmuggelfälle sind damit nicht vergleichbar. Die Annahme von Betrug hätte zudem zur Folge,

daß der Täter der nach dem Verlassen des Kassensbereichs gegen den ihn verfolgenden Detektiv tätlich wird, um sich im Besitz der nicht bezahlten Ware zu halten nur wegen Betruges und Nötigung (ggf. wegen Körperverletzung) bestraft werden könnte, während derselbe Täter, der die Ware bereits vor dem Kassieren der Kasse einsteckt, durch die anschließende Gewaltanwendung wegen räuberischem Diebstahl nach § 252 bestraft werden könnte. Eine solche unterschiedliche Behandlung an sich gleicher Sachverhalte ist willkürlich und wird dem Schutzzweck des § 252 nicht gerecht. Bei den Schmuggelfällen muß man somit zur Wegnahme kommen

**Zusammenfassung XLII: Verfügungsbewußtsein beim Vorbeischmuggeln von Waren**

<b>Wegnahme</b>	<b>Vermögensverfügung</b>
keine Parallele zu den Austauschfällen  <b>für:</b> - Konkretisierung der Ware durch das Eintippen - Wertungswiderspruch im Blick auf § 252 zum Täter, der Gewalt anwendet, nachdem er die Ware bereits eingesteckt hat.	Parallele zu den Austauschfällen

**d) Diebstahl in mittelbarer Täterschaft/Dreiecksbetrug**

Wie bereits oben angedeutet<sup>29</sup> müssen Getäuschter und Geschädigter nicht identisch sein. Fallen diese auseinander, so spricht man vom Dreiecksbetrug. Er ist von einem Diebstahl in mittelbarer Täterschaft abzugrenzen. Entscheidend für die Abgrenzung ist, daß der Dieb von außen in die Sphäre des Opfers einbricht (er nimmt eine Fremdschädigung vor), während der Betrüger sich von innen innerhalb der Opfersphäre etwas herausgeben läßt (das Opfer schädigt sich selbst). Um dem Charakter des Betruges als Selbstschädigungsdelikt gerecht zu werden, muß damit zwischen dem Getäuschten und dem Geschädigten ein Näheverhältnis bestehen. Umstritten ist seine rechtliche Ausgestaltung.

**Kofferträgerfall.**

A ist Kofferträger auf einem Bahnhof. B bittet A den angeblich ihm gehörenden Koffer für ihn an sein Auto zu bringen. In Wahrheit handelt es sich um den Koffer des C. Der gutgläubige A folgt den Anweisungen des B.

Einmal könnte B durch das unvorsätzlich handelnde Werkzeug A die fremde bewegliche Sache des C in Wissensherrschaft weggenommen haben, so daß ein Diebstahl in mittelbarer Täterschaft nach §§ 242, 25 I 2 in Betracht kommt. Es ist jedoch auch ein Dreiecksbetrug gegenüber A und zum Nachteil des C zu überlegen. Auch bei dieser Abgrenzung sollte mit dem Delikt begonnen werden, was letztendlich abgelehnt wird.

**aa) Faktische Nähetheorie**

Nach der faktischen Nähetheorie ist eine Verfügung eines Dritten über eine Sache des Geschädigten dem Geschädigten als eigene Verfügung zuzurechnen, wenn der Dritte faktisch über die Sache verfügen konnte.

<sup>29</sup> E. II.

Im Kofferträgerfall hat A als Getäuschter die tatsächliche Möglichkeit über das Vermögen des C zu verfügen, selbst wenn er ihn nicht kennt. Es kommt damit kein Diebstahl in mittelbarer Täterschaft sondern ein Dreiecksbetrug in Betracht.

### **bb) Normative Nähetheorie/Lagertheorie**

Nach der normativen Nähetheorie oder Lagertheorie ist eine Vermögensverfügung dem Geschädigten als eigene zuzurechnen, wenn der getäuschte Dritte im Lager des Geschädigten steht und aufgrund seines schon vor der Verfügung bestehenden Näheverhältnisses zum Vermögen des Geschädigten zu der Verfügung imstande ist. Der Getäuschte handelt faktisch als Repräsentant des Sachherrn.

Da sich A und C nicht kennen ist A auch nicht als Sachwalter des C zu betrachten. Mangels Näheverhältnisses scheidet ein Dreiecksbetrug aus.

### **cc) Befugnis- oder Ermächtigungstheorie**

Schließlich ist nach der Befugnis- oder Ermächtigungstheorie eine Vermögensverfügung dem Geschädigten nur dann als eigene zuzurechnen, wenn der getäuschte Dritte zu der Verfügung rechtlich befugt oder ermächtigt war.

Besteht schon keine normative Nähe, ist erst Recht nicht von einer Befugnis oder Ermächtigung des A auszugehen, über das Vermögen des C zu verfügen.

### **dd) Stellungnahme**

Gegen die faktische Nähetheorie, spricht, daß ihr eine Abgrenzung zum Diebstahl in mittelbarer Täterschaft nicht möglich ist. Sie bejaht nämlich grundsätzlich Diebstahl in mittelbarer Täterschaft. Sie kann zudem nicht erklären, warum die Verfügung eines ohne Willen des Berechtigten Besitzenden dem Vermögensinhaber als Selbstschädigung zuzurechnen sein soll. Die nur faktische Möglichkeit zur Verfügung stellt kein Zurechnungskriterium dar, so daß diese Meinung abzulehnen ist.

Die Lagertheorie scheitert am Bestimmtheitsgebot des Art. 103 II GG, weil sie den Begriff „Lager“ nicht präzise einzugrenzen vermag. Zudem wird nur die Befugnistheorie dem selbstschädigenden Charakter des § 263 gerecht. Von einer Selbstschädigung des Vermögensinhabers läßt sich nämlich bei einer Drittverfügung nur sprechen, wenn sich der Geschädigte die Verfügung als eigene zurechnen lassen muß. Das ist aber nur dann möglich, wenn der Dritte zu der Verfügung dem Geschädigten gegenüber befugt war und sich subjektiv in dem Rahmen bewegt hat, der ihm objektiv vom Berechtigten eingeräumt worden ist. Die Befugnistheorie ist deshalb vorzugswürdig.

Nur die faktische Nähetheorie würde im Kofferträgerfall zum Dreiecksbetrug kommen. Diese Ansicht ist aber aus den oben genannten Gründen nicht abgrenzungstauglich. Eine Entscheidung zwischen der normativen Nähetheorie und der Befugnis- oder Ermächtigungstheorie ist nicht erforderlich. B hat sich eines Diebstahls in mittelbarer Täterschaft nach §§ 242, 25 I 2 schuldig gemacht. Mit der Prüfung des Dreiecksbetruges war daher zu beginnen.

**Zusammenfassung XLIII: Abgrenzung Diebstahl in mittelbarer Täterschaft/Dreiecksbetrug**

Faktische Nähetheorie	Normative Nähetheorie Lagertheorie	Befugnis- oder Ermächtigungstheorie
Der Dritte muß faktisch über die Sache verfügen können.	Der getäuschte Dritte muß bereits vor der Verfügung im Lager des Geschädigten stehen	Der getäuschte Dritte muß zu der Verfügung rechtlich befugt oder ermächtigt war.
<p><b>Gegen:</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- keine Abgrenzungsmöglichkeit zum Diebstahl in mittelbarer Täterschaft.</li> <li>- Sie kann nicht erklären, warum die Verfügung eines ohne Willen des Berechtigten Besitzenden dem Vermögensinhaber als Selbstschädigung zuzurechnen sein soll.</li> </ul>	<p><b>Gegen:</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Bestimmtheitsgrundsatz Art. 103 II GG</li> </ul>	<p><b>Für:</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- nur die Befugnistheorie wird dem selbstschädigenden Charakter des § 263 gerecht.</li> </ul>

### e) Beschlagnahmefälle

Bei der Beantwortung der Frage, ob eine Vermögensverfügung vorliegt ist nicht auf das äußere Erscheinungsbild (Übergabe), sondern auf die freie innere Willensrichtung abzustellen. Von einem innerlich freien Willensentschluß kann keine Rede sein, wenn jemand unter dem Eindruck einer vorgetäuschten Beschlagnahme (§ 94 II StPO) die Wegnahme der Sache duldet oder die Sache übergibt.

Der als Polizist verkleidete Schwindler P erklärt B wahrheitswidrig, er beschlagnahme in seiner Funktion als Polizeibeamte die Diamanten des B, die angeblich Beweismittel in einem Raub seien. B ist der Überzeugung, jeder Widerstand sei zwecklos und händigt P die Diamanten aus.

Auch hier empfiehlt es sich bei der Abgrenzung von Diebstahl und Betrug das Delikt zunächst zu prüfen, das abgelehnt wird.

Obwohl B nach dem äußeren Erscheinungsbild die Sachen übergibt, liegt nach seiner Überzeugung keine Wahlmöglichkeit mehr vor, so daß die Übergabe unfreiwillig erfolgt. Damit ist ein Betrug abzulehnen und ein Diebstahl zu bejahen.

## 4. Kausaler Vermögensschaden

Durch die Vermögensverfügung muß es zu einem Vermögensschaden gekommen sein.

### a) Vermögensschaden bei Unterschied zwischen dem Wert des Vermögens vor und nach der Verfügung

Bei einer Vermögensschädigung wird i.d.R. der Gesamtwert verringert. Damit ist der Vermögensschaden der Unterschied zwischen dem Wert des Gesamtvermögens vor und nach der Verfügung. Damit liegt ein Vermögensschaden vor, wenn die aufgrund der Vermögensverfügung eingetretene Minderung des Vermögens nicht durch einen unmittelbar mit ihr verbundene Vermögenszuwachs vollständig ausgeglichen wird. Unmaßgeblich sind alle Ausgleichsansprüche, die dem Opfer gerade aufgrund des Betruges zustehen, ansonsten würde der Schaden regelmäßig entfallen.

Veräußert A dem B ein Auto für 30.000 €, das tatsächlich aufgrund erheblicher Mängel nur 10.000 € wert ist, so liegt der Schaden in der Differenz von 20.000 €. Zivilrechtliche Schadensersatzansprüche wegen Sachmängel bleiben außer Betracht.

### b) Vermögensschaden trotz Gleichwertigkeit von Leistung und Gegenleistung

Selbst wenn sich Leistung und Gegenleistung rein rechnerisch entsprechen, kann dennoch in 4 Fällen ein Schaden vorliegen. Hierzu zählt der Anstellungsbetrug, die soziale Zweckverfehlung, der persönliche Schadeneinschlag und der gutgläubige Erwerb vom Nichtberechtigten.

Anstellungsbetrug	Soziale Zweckverfehlung	Persönlicher Schadeneinschlag	Gutgläubiger Erwerb vom Nichtberechtigten
-------------------	-------------------------	-------------------------------	-------------------------------------------

### **aa) Anstellungsbetrug**

Ein Anstellungsbetrug ist ein Eingehungsbetrug<sup>30</sup>, da die Vermögensverfügung des Getäuschten bereits im Abschluß des Anstellungsvertrages und nicht erst in der Auszahlung der Vergütung liegt. Zur Bestimmung des Schadens müssen die vertraglich begründeten gegenseitigen Ansprüchen verglichen werden. Problematisch ist hier der Vermögensschaden, wenn die tatsächliche Arbeitsleistung aufgrund ihrer Ordnungsgemäßheit einen gleichwertigen Gegenwert für die Gegenleistung unter dem Gesichtspunkt der Schadenskompensation darstellen könnte. Zu unterscheiden ist die Erschleichung einer Anstellung im Beamtenverhältnis und im privatrechtlichen Bereich.

#### **(1) Beamtenverhältnis**

Unproblematisch liegt im Beamtenverhältnis ein Vermögensschaden vor, wenn der Beamte wegen Fehlens fachlicher Voraussetzungen schlechthin nicht angestellt werden durfte, selbst wenn die Qualität seiner Arbeit zur Beanstandung keinen Anlaß bietet.

A arbeitet qualitativ hochwertig, er täuscht aber bei der Beamtenernennung die laufbahnrechtlichen Voraussetzungen für seine Beschäftigung mit gefälschten Dokumenten vor.

Da A keine gleichwertige Gegenleistung für die ihm gewährten Bezüge erbringt, ist ein Vermögensschaden gegeben.

Fraglich ist nur, ob dies auch dann gilt, wenn der Stellenbewerber über seine charakterlichen Eigenschaften und sein Vorleben täuscht.

A beantwortet nach dem Mauerfall die Frage, ob er für das frühere Ministerium für Staatssicherheit der ehemaligen DDR tätig gewesen ist unzutreffend mit „nein“. Daraufhin wird er als Polizeiwachmeister in das Beamtenverhältnis auf Probe berufen.

Teilweise wird eine materielle Wertminderung des Vermögens abgelehnt. Der BGH tritt dieser Ansicht entgegen. Auch wenn die Leistung ausreichend ist, liegt ein Schaden vor, wenn der Täter aufgrund von Persönlichkeitsmängeln für eine derartige Stelle unwürdig erscheint. So bliebe bei einem persönlich unzuverlässigen Bewerber der Wert der versprochenen Leistung hinter dem objektiven Wert der Vertragspflicht zurück. Dürfe nämlich die Behörde den Bewerber aufgrund einer Ermessensreduzierung auf Null nicht einstellen, dann entstehe ihr auch stets ein wirtschaftlicher Schaden. Seine Leistung würde auch nicht dadurch äquivalent, daß er sonst fachlich geeignet erscheint.

#### **(1) Im privatrechtlichen Bereich**

Im privatrechtlichen Bereich wird ein Schaden in der Regel bei ausreichender Leistung abgelehnt. Ausnahmsweise kann aber auch bei Vorliegen der nötigen fachlichen Befähigung Anstellungsbetrug zu bejahen sein, wenn der Täter mit Rücksicht auf eine besondere

<sup>30</sup> hierzu noch E. V. 4. d)

Vertrauensposition eingestellt wird oder wenn die Arbeitsleistung nach der Verkehrsanschauung nicht nur nach ihrem Effekt, sondern auch im Hinblick auf eine bestimmte Ausbildung bewertet wird.

1. A wurde aus seiner früheren Stellung wegen Unzuverlässigkeit entlassen. Er erschleicht nun bei B die Anstellung als Prokurist.
2. A ist durch das 2. Staatsexamen in Jura gefallen und bewirbt sich in einer Anwaltskanzlei als Volljurist.

### **bb) Soziale Zweckverfehlung**

Fraglich ist, ob § 263 auch die Fälle der bewußten Selbstschädigung erfaßt.

#### **Bettelbetrugsfall:**

A schwindelt dem Passanten P wahrheitswidrig als Bettler vor, an einem Gebrechen zu leiden. B, eine ältere Dame, gibt A deshalb Almosen.

Nach der Rechtsprechung unterfällt auch die bewußte Selbstschädigung dem Tatbestand des § 263, denn nur so können Strafbarkeitslücken wirksam geschlossen werden. Dagegen spricht aber, daß die Lösung dem Charakter des § 263 nicht gerecht wird, da das Schutzgut dann die Vermögensdisposition und nicht mehr das Vermögen wäre. Deshalb vertritt die herrschende Lehre die Meinung, daß der Betrug eine unbewußte Selbstschädigung erfordert. Dem Opfer muß verborgen bleiben, daß es sich selbst schädigt. Eine Korrektur von Strafbarkeitslücken kann aber über die Lehre von der sozialen Zweckverfehlung erfolgen. Ein Schaden liegt dann vor, wenn das Opfer um den sozialen Zweck seiner Leistung betrogen wird.

Im Bettelbetrugsfall wußte P, daß er mangels Kompensation eine Vermögenseinbuße erlitt. Läßt man eine bewußte Selbstschädigung ausreichen, bestehen keine Bedenken am Vermögensschaden. Dasselbe gilt aber auch dann, wenn man mit der Gegenansicht eine unbewußte Selbstschädigung fordert, da hier die Ausnahme eingreift. P verfehlte den soziale Zweck, einem Hilfsbedürftigen zu unterstützen.

Keine betrugsrelevante Vermögensminderung liegt aber vor, wenn bloß ein Motivirrtum gegeben ist, weil nur die Dispositionsfreiheit oder das bloße Affektionsinteresse betroffen sind.

#### **Sammlerfall:**

A erklärt B wahrheitsgemäß, er sammle für die Caritas. Um von B jedoch eine hohe Spende zu erhalten, erklärt er wahrheitswidrig, C, der Nachbar des B habe bereits 10,- € bezahlt. Um sich nicht zu blamieren zahlt B ebenfalls 10,- €.

### **cc) Persönlicher Schadenseinschlag**

Bei dem Vergleich der beiderseitigen Verpflichtungen oder Verfügungen ist zu berücksichtigen, daß ein Vermögensgegenstand nicht für jeden den gleichen Wert haben muß.

Die objektive Gleichwertigkeit von Leistung und Gegenleistung kann deshalb nicht immer einen Vermögensschaden ausschließen. Nach dem Grundsatz der Individualisierung müssen der Wert der Leistung und der Gegenleistung im Hinblick auf die persönlichen Bedürfnisse, Verhältnisse und Zielsetzungen des Betroffenen beurteilt werden.

Der BGH hat zum personalen Schadensbegriff eine Kasuistik aufgestellt, indem er in drei Fällen trotz Gleichwertigkeit von Leistung und Gegenleistung einen Schaden angenommen hat.

1. Kann der Erwerber die angebotene Leistung nicht oder nicht in vollem Umfang zu dem vertraglich vorausgesetzten Zweck oder in anderer zumutbarer Weise verwenden, liegt aus persönlichen Gründen ein Schaden vor.

**Zeitschriftenabonnentenfall:**

A verkauft dem B eine angeblich allgemeinverständliche Zeitschrift. In Wahrheit handelt es sich um eine medizinische Fachzeitschrift.

2. Dasselbe gilt, wenn der Erwerber durch die eingegangene Verpflichtung zu einer vermögensschädigenden Maßnahme genötigt wird.

3. Zudem ist ein Schaden zu bejahen, wenn der Erwerber infolge seiner Verpflichtung nicht mehr über die Mittel verfügen kann, die zur ordnungsgemäßen Erfüllung seiner Verbindlichkeiten oder sonst für eine seinen persönlichen Verhältnissen angemessene Wirtschafts- oder Lebensführung unerlässlich sind.

**Melkmaschinenfall:**

A verkauft dem Landwirt W eine Melkmaschinen. Er setzt diesen dadurch unter Druck, daß er ihm vorspiegelt, die Maschine sei nur derzeit besonders günstig zu haben. Tatsächlich entspricht der Kaufpreis dem Listen- und Marktpreis. W verkauft er eine Maschine, obwohl dieser dadurch ein hochverzinsliches Darlehen aufnehmen muß (Kasuistik 2) bzw. zu einer ordnungsgemäßen Erfüllung bestehender Verbindlichkeiten nicht mehr in der Lage ist (Kasuistik 3).

**Zusammenfassung XLIV: Personaler Schadenseinschlag bzw. Schadenskasuistik**

Der Erwerber kann die angebotene Leistung nicht oder nicht in vollem Umfang zu dem vertraglich vorausgesetzten Zweck oder in anderer zumutbarer Weise verwenden.	Der Erwerber wird durch die eingegangene Verpflichtung zu einer vermögensschädigenden Maßnahme genötigt.	Der Erwerber kann infolge seiner Verpflichtung nicht mehr über die Mittel verfügen kann, die zur ordnungsgemäßen Erfüllung seiner Verbindlichkeiten oder sonst für eine seinen persönlichen Verhältnissen angemessene Wirtschafts- oder Lebensführung unerlässlich sind.
------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	----------------------------------------------------------------------------------------------------------	--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

**dd) Gutgläubiger Erwerb vom Nichtberechtigten**

Umstritten ist, ob der gutgläubig Erwerbende gegenüber demjenigen, der die Sache vom Berechtigten erlangt hat, eine wirtschaftlich minderwertige Position innehat.

A leiht dem B seinen Pkw. Diesen veräußert B an den gutgläubigen C, der mit dem Pkw unbekannt entschwindet. Betrug nach § 263 gegenüber und zum Nachteil des C?

**(1) Makeltheorie**

Das Reichsgericht bejahte einen Vermögensschaden, da dem gutgläubig erworbenen Gegenstand ein sittlicher Makel anhafte.

Zwar erwirbt C nach § 932 BGB gutgläubig Eigentum, da die Sache dem A auch nicht nach § 935 BGB abhanden gekommen ist. Jedoch ist sein Eigentum mit einem sittlichen Makel behaftet, so daß C einen Vermögensschaden erleidet.

## (2) Modifizierte Makeltheorie

Der BGH läßt es dahinstehen, ob ein solcher sittlicher Makel anzunehmen ist und stellt statt dessen auf die dem gutgläubigen Erwerber drohenden Gefahren ab. So könne für ihn die Gefahr bestehen, daß der frühere Eigentümer dem neuen Erwerber das Eigentum streitig mache (Prozeßrisiko), er sei darüber hinaus der Gefahr ausgesetzt, der Hehlerei bezichtigt zu werden. Schließlich habe die Ware einen merkantilen Minderwert, den die vom Veräußerer durch eine Straftat erlangte Ware regelmäßig habe und der ihre gewinnbringende Verwertung durch den gutgläubigen Erwerber hindere. Allerdings pocht der BGH stets darauf, daß auch die Umstände des Einzelfalles ausschlaggebend seien und stets eine streng wirtschaftliche Betrachtungsweise anzulegen sei.

Der Sachverhalt läßt hier keine Anhaltspunkte erkennen, daß A dem C das Eigentum streitig machen könnte. Schließlich ist C ein Unbekannter. Es ist deshalb davon auszugehen, daß A den C nicht ausfindig machen kann, ihn mit einem Prozeß überziehen und sein Ansehen schädigen kann. Dann kann der Pkw bei einem etwaigen Weiterverkauf auch nicht minderwertig sein. Bei Zugrundelegung der Judikatur muß man einen Schaden verneinen.

## (3) Erfüllungstheorie

Die Literatur nimmt schließlich an, daß das gutgläubig erworbene Eigentum stets rechtlich unangreifbar sei.

Da C vollwertiges Eigentum erlangt hat, erleidet er auch keinen Vermögensschaden. Ein Betrug gegenüber und zum Nachteil des C liegt nicht vor.

## (4) Stellungnahme

Gegen die Makeltheorie spricht, daß das Kriterium des sittlichen Makels im Hinblick auf den Charakter des Betrages als Straftat gegen das Vermögen nicht geeignet ist, einen Schaden zu begründen. Auch die modifizierte Makeltheorie des BGH berücksichtigt nicht, daß die Beweislast für die Gutgläubigkeit nach § 932 II BGB nicht der Erwerber trägt. Das Prozeßrisiko ist für den gutgläubig Erwerbenden deshalb nicht größer als das eines jeden Eigentümers, dessen Erwerbsberechtigung bestritten wird. Die Erfüllungstheorie verdient damit den Vorzug.

Die Makeltheorie ist im Blick auf das Rechtsgut abzulehnen. Da die modifizierte Makeltheorie und die Erfüllungstheorie zum selben Ergebnis kommen, hat sich B keines Betrages nach § 263 gegenüber und zum Nachteil des C schuldig gemacht.

### Zusammenfassung XLV: Gutgläubiger Erwerb vom Nichtberechtigten

Makeltheorie	Modifizierte Makeltheorie	Erfüllungstheorie
Stets Vermögensschaden, da dem gutgläubig erworbenen Gegenstand ein sittlicher Makel anhaftet	Es kommt auf die Umstände des Einzelfalles an. Entscheidend sind die dem gutgläubigen Erwerber drohenden Gefahren: Prozeßrisiko, Bezichtigung der Hehlerei, merkantilen Minderwert der Ware.	Gutgläubig erworbenes Eigentum ist rechtlich unangreifbar und führt nicht zum Vermögensschaden
<b>Gegen:</b> Rechtsgut ist Vermögen	<b>Gegen:</b> Beweislast für die Gutgläubigkeit trägt nach § 932 II BGB nicht der Erwerber.	

### **c) Vermögensgefährdung**

Ist das Vermögen nur mit Risiken behaftet, liegt nach herrschender Meinung eine schadensgleiche Vermögensgefährdung vor, die zum vollendeten Betrug führt. Niemand wird z.B. einem Gläubiger einen Anspruch zum Nominalwert abkaufen, wenn der Schuldner mit Zahlungsschwierigkeiten zu kämpfen hat. Problematisch ist hier die Abgrenzung zum versuchten Betrug. Schadensgleich kann nur eine solche Gefährdung sein, bei der mit dem Eintritt des Schadens ernstlich zu rechnen ist. Demnach liegt ein vollendeter Betrug vor, wenn zwar noch keine Auszahlung der ersten erschwindelten Rente erfolgt, eine Rente aber schon bewilligt wurde.

### **d) Eingehungs- und Erfüllungsbetrug**

Während für den *Eingehungsbetrug* kennzeichnend ist, daß das Opfer einen nachteiligen Vertrag aufgrund einer Täuschung eingeht, erhält das Opfer beim *Erfüllungsbetrug* weniger als sein Anspruch wert ist.

#### **aa) Zeitgleich**

Erfolgen Eingehungs- und Erfüllungsbetrug zeitgleich, so prüft man nur den Erfüllungsbetrug und stellt anschließend fest, daß der darin enthaltene Eingehungsbetrug hinter dem Erfüllungsbetrug zurücktritt.

A erhält im obigen Zeitschriftenabonnentenfall nach Abschluß des Vertrages für die Zeitschrift direkt das Geld.

Der Vermögensschaden des B liegt in der Erfüllung der vertraglichen Verpflichtung durch die Zahlung des Kaufpreises. Die zeitgleich vorliegende Eingehung der vertraglichen Verpflichtung tritt hinter dem Erfüllungsbetrug in Gesetzeskonkurrenz zurück.

#### **bb) Zeitlich versetzt**

Fallen schuldrechtliches und dingliches Rechtsgeschäft jedoch auseinander, dann wird sowohl der Eingehungs- als auch der Erfüllungsbetrug geprüft.

#### **(1) Das Opfer wird bei der Erfüllung nicht mehr erneut getäuscht**

Wird das Opfer bei der Erfüllung nicht mehr erneut getäuscht, so bedeutet eine dem Vertragsschluß nachfolgende Erfüllung des Vertrages (Erbringen der tatsächlichen Leistung) nach herrschender Meinung lediglich die Vertiefung des bereits mit Vertragsabschluß eingetretenen Vermögensschadens. Deshalb wird auch der Erfüllungsbetrug gegenüber dem Eingehungsbetrug als mitbestrafte Nachtat angesehen.

A verkauft dem B ein angeblich fabrikneues Auto im Januar. Tatsächlich ist der Pkw 1 Jahr alt. Im Mai erfolgt die Auslieferung und die Kaufpreiszahlung.

Im Januar liegt ein Eingehungsbetrag gegenüber und zum Nachteil des B vor. Die Täuschung des A, der Pkw sei fabrikneu, wirkt bei der Übereignung fort. So bringt der Verkäufer mit der Lieferung konkludent zum Ausdruck, daß das Auto, so wie es übereignet wird, der kaufvertraglichen Vereinbarung entspricht. Der Erfüllungsbetrag tritt jedoch als mitbestrafte Nachtat hinter dem Eingehungsbetrag zurück.

## **(2) Das Opfer wird erst bei der Erfüllung getäuscht**

Täuscht der Täter sein Opfer erst nach Vertragsschluß, so liegt lediglich ein Erfüllungsbetrag vor.

A und B schließen einen Kaufvertrag über ein fabrikneues Auto. Vor der Auslieferung des Fahrzeuges entschließt sich A, B ein Fahrzeug zu übergeben, das schon mehr als ein Jahr auf seinem Betriebsgelände steht. B, der dies nicht bemerkt, zahlt nach Lieferung den vereinbarten Kaufpreis.

Indem A dem B das falsche Fahrzeug lieferte erklärte er konkludent, es handele sich um das geschuldete Fahrzeug. Damit erhält B weniger, als sein Anspruch wert ist und erleidet einen Schaden. Ein Erfüllungsbetrag liegt vor.

## **VI. Subjektiver Tatbestand**

Der subjektive Tatbestand erfordert den Vorsatz und die Absicht, sich oder einem anderen einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen.

### **1. Vorsatz**

Der Vorsatz des Täters muß sich auf alle objektiven Tatbestandsmerkmal beziehen.

### **2. Rechtswidrige Eigen- oder Drittbereicherungsabsicht**

Darüber hinaus muß die Absicht vorliegen, sich oder einen Dritten rechtswidrig zu bereichern.

#### **a) Delikt mit überschießender Innentendenz**

Wie bereits der Diebstahl ist der Betrug ein Delikt mit überschießender Innentendenz, ein Vermögensvorteil muß objektiv daher nicht eingetreten sein.

A erklärt bei dem Kauf eines Motorrades dem B wahrheitswidrig, es sei fabrikneu. Er übergibt es B und bittet per Post den Kaufpreis zu schicken. Unterwegs geht das Bargeld jedoch verloren. Auch wenn es nicht zur beabsichtigten Bereicherung des A gekommen ist, liegt ein vollendeter Erfüllungsbetrag vor.

#### **b) Rechtswidrigkeit**

Widerspricht die Vermögenverschiebung der materiellen Rechtslage, ist die Bereicherungsabsicht objektiv rechtswidrig. Der Täter darf damit keinen fälligen und einreddefreien Anspruch auf die Sache haben. Zudem muß sich sein Vorsatz auf die Rechtswidrigkeit beziehen, wobei dolus eventualis ausreicht. Auch hier wird – wie beim

Diebstahl<sup>31</sup> - innerhalb der subjektiven Bereicherungsabsicht die Rechtswidrigkeit objektiv und subjektiv geprüft.

**c) Eigen- oder Drittbereicherungsabsicht  
(eigennütziger und fremdnütziger Betrug)**

Absicht heißt den auf Erlangung des Vorteils gerichteten Willen. Dabei muß der Vorteil nicht die Triebfeder des Täters sein. Die Vorteilserlangung braucht weder das einzige noch der in erster Linie verfolgte Zweck gewesen zu sein. Ausreichend ist es, wenn der Vorteil vom Täter als notwendiges Mittel für einen dahinter liegenden weiteren Zweck erstrebt wird. Begeht der Täter den Vorteil für sich, spricht man vom eigennützigem Betrug, erstrebt er ihn für einen Dritten, liegt ein fremdnütziger Betrug vor.

**d) Stoffgleichheit**

Der beabsichtigte Vermögensvorteil muß stoffgleich zum Vermögensschaden sein. Er muß unmittelbar auf Kosten des Geschädigten erlangt werden, d.h. der Vorteil muß die Kehrseite des Schadens sein. Ausreichend ist es, wenn Vorteil und Schaden auf derselben Verfügung beruhen und wenn der Vorteil zu Lasten des geschädigten Vermögens geht.

An der Stoffgleichheit fehlt es beispielsweise wenn:

ein Versicherungsnehmer, der einen Unfall verschuldet hat, seiner Versicherung eine unrichtige Unfallschilderung in der Absicht mitteilt, sich den Anspruch auf Schadensfreiheitsrabatt zu erhalten und dabei in Kauf nimmt, daß der Unfallgegner dadurch geschädigt wird.

Unproblematisch ist hingegen folgender Fall:

A hat dem B ein 100.000 € wertiges Bild für 1000 € abschwindelt, indem er wahrheitswidrig erklärt, es sei eine Fälschung.

Schließlich bildet der Provisionsvertreter, dem es ausschließlich auf eine Provision ankommt, den Problemfall. Hier kommt kein eigennütziger Betrug sondern ein fremdnütziger Betrug in Betracht.

Wie im oben dargestellten Zeitschriftenabbonnentenfall, nur verkauft A die Zeitschrift an B, damit er von F eine Provision erhält.

Stoffgleichheit zwischen dem vom Täter für sich angestrebten Vorteil (Provision) und dem Schaden der Bestellerin liegt nicht vor, da die Provision nicht aufgrund der Bestellung aus dem Vermögen der B, sondern aufgrund einer weiteren Verfügung aus dem Vermögen der F gezahlt werden sollte. Ein eigennütziger Betrug zum Nachteil der Bestellerin entfällt. A hat aber die Tat begangen, um einem Dritten (F) einen Vermögensvorteil zu verschaffen. Schließlich war der erschlüssliche Vertragsschluß mit der Bestellerin B, durch den die Verlagsfirma einen Anspruch gegen B erhielt, für A notwendiges Zwischenziel zur Erreichung des Endziels Provision. Es liegt deshalb ein fremdnütziger Betrug vor.

<sup>31</sup> oben B. V. 2. d)

## **VII. Regelbeispiele**

Seit dem 6. StrRG hat auch der Betrug benannte Regelbeispiele in Abs. 3 erhalten. Zuvor war die Strafe für unbenannte besonders schwere Fälle verschärft. Die aufgezählten Fälle des besonders schweren Betruges knüpfen inhaltlich an die Umstände an, die nach Rechtsprechung und Literatur bereits auf der Grundlage des alten Rechts als besonders schwere Fälle zu werten oder in anderen Strafzumessungsnormen zu finden waren. Besondere Examensrelevanz hat § 263 III Nr. 5, wenn der Täter einen Versicherungsfall vortäuscht, nachdem er oder ein anderer zu diesem Zweck eine Sache von bedeutendem Wert in Brand gesetzt oder durch Brandlegung ganz oder teilweise zerstört oder ein Schiff zum Sinken oder Stranden gebracht hat. Dieses Regelbeispiel soll aber aus systematischen Gesichtspunkten bei den Brandstiftungsdelikten (go-jura, BT IV) behandelt werden.

## **VIII. Konkurrenzen**

### **1. Sicherungsbetrug**

Führt der Betrug nicht zu einer neuen selbständigen Vermögensschädigung und soll die Vorspiegelung nur der Verdeckung einer zuvor begangenen Tat dienen, liegt lediglich ein Sicherungsbetrug vor, der als mitbestrafte Nachtat hinter der Vortat zurücktritt.

A steckt in einem Kaufhaus eine Hose in seine Tasche. An der Kasse erklärt er, er habe nichts gekauft und verläßt das Geschäft. A hat sich eines Diebstahls nach § 242 schuldig gemacht. Der Betrug nach § 263 an der Kasse gegenüber der Kassiererin und zum Nachteil des Kaufhausinhabers ist als Sicherungsbetrug mitbestrafte Nachtat zum Diebstahl und tritt deshalb in Gesetzeskonkurrenz hierhinter zurück. A ist somit nur wegen Diebstahls nach § 242 zu bestrafen.

### **2. Erpressung § 253**

Treffen Erpressung und Betrug zusammen müssen zwei Konstellationen unterschieden werden:

#### **b) Die Täuschung ist Mittel der Drohung**

Ist die Täuschung Mittel der Drohung, liegt einhellig nur Erpressung vor. Der Betrug ist entweder bereits tatbestandlich ausgeschlossen oder tritt im Wege der Gesetzeskonkurrenz hinter der Erpressung zurück.

A fordert den B auf, ihm Geld zu übertragen, ansonsten zeige er ihm an, da er am Vortage eine Straftat begangen habe. A hat aber nie vor, den B anzuzeigen.

Entweder liegt bereits keine Täuschungshandlung des A vor, da sein Verhalten auch Elemente der Drohung beinhaltet oder es fehlt an der Kausalität zwischen Irrtum und Vermögensverfügung, da B aufgrund der Drohung und nicht der Täuschung zahlt. Schließlich könnte man den Vermögensschaden ablehnen, da sich B bewußt selbst schädigt und § 263 ein unbewußtes Selbstschädigungsdelikt ist<sup>32</sup>. Nach einer letzten Ansicht tritt § 263 im Konkurrenzwege hinter der Erpressung zurück. Welcher Ansicht der Vorzug gebührt kann dahinstehen, da einhellig nur eine Strafbarkeit wegen Erpressung nach § 253 in Betracht kommt.

<sup>32</sup> hierzu bereits oben E. V. 4. b) bb)

### c) Die Täuschung besteht unabhängig von der Drohung

Besteht die Täuschung unabhängig von der Drohung, stehen Erpressung und Betrug zueinander in Tateinheit nach § 52.

A fordert den B erfolgreich auf, ihm ein Darlehen zu gewähren, ansonsten zeige er ihn an, da er am Vortage eine Straftat begangen habe. A hat aber nie vor, das Darlehen zurückzuzahlen.

Da B aufgrund der Drohung mit einer Strafanzeige zahlt, und nicht weil A das Geld als Darlehen fordert, besteht Tateinheit zwischen Erpressung und Betrug, so daß sich A nach §§ 253, 263, 52 schuldig gemacht hat.

#### Zusammenfassung XLVI: Konkurrenzen zwischen § 253 und § 263

Täuschung ist Mittel der Drohung	Täuschung besteht unabhängig von der Drohung
§ 263 ist entweder schon tatbestandlich nicht erfüllt oder tritt auf Konkurrenzebene hinter § 253 zurück.	§§ 253, 263, 52

### 3. Versicherungsmißbrauch § 265

Nach § 265 ist wegen Versicherungsmißbrauch strafbar, wer eine gegen Untergang, Beschädigung, Beeinträchtigung der Brauchbarkeit, Verlust oder Diebstahl versicherte Sache beschädigt, zerstört, in ihrer Brauchbarkeit beeinträchtigt, beiseite schafft oder einem anderen überläßt, um sich oder einem Dritten Leistungen aus der Versicherung zu verschaffe, wenn die Tat nicht in § 263 mit Strafe bedroht ist. Damit ordnet der Gesetzgeber gesetzliche Subsidiarität an. Dabei meint „die Tat“ nicht nur die des § 265, sondern auch die des zeitlich später stattfindenden Betruges. In diesem Fall ist der Versicherungsmißbrauch mitbestrafte Vortat zu § 263.

#### F. Computerbetrug (§ 263 a)

Computerbetrug nach § 263 a begeht derjenige, der in der Absicht, sich oder einem Dritten einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen, das Vermögen eines anderen dadurch beschädigt, daß er das Ergebnis eines Datenverarbeitungsvorgangs durch unrichtige Gestaltung des Programms, durch Verwendung unrichtiger oder unvollständiger Daten, durch unbefugte Verwendung von Daten oder sonst durch unbefugte Einwirkung auf den Ablauf beeinflußt.

#### I. Geschütztes Rechtsgut des § 263 a und Einführung durch das 2. WiKG 1986

§ 263 a ist ein Vermögensdelikt und wurde durch das 2. WiKG 1986 eingeführt. § 263 a soll Strafbarkeitslücken ausfüllen, die dadurch aufgetreten sind, daß vermögensschädigende Computermanipulationen vom Betrugstatbestand regelmäßig nicht erfaßt werden. Wegen der Betrugsähnlichkeit wird überwiegend, und wie noch zu zeigen sein wird zu Recht, eine betrugsnahe Auslegung der Vorschrift gefordert.

## II. Tatbestandsmerkmale des § 263 a

An die Stelle der Täuschungshandlung des § 263 treten im Rahmen des § 263 a vier Tatbestandsvarianten. Der Datenverarbeitungsvorgang und dessen Beeinflussung korrespondieren mit dem Irrtum und der Vermögensverfügung beim Betrug.

Objektiver Tatbestand	Subjektiver Tatbestand
<ul style="list-style-type: none"> <li>- durch unrichtige Gestaltung des Programms</li> <li>- durch Verwendung unrichtiger oder unvollständiger Daten</li> <li>- durch unbefugt Verwendung von Daten</li> <li>- oder sonst durch unbefugt Einwirkung auf den Ablauf</li> <li>- das Ergebnis des Datenverarbeitungsvorgangs muß dadurch beeinflußt werden</li> <li>- Kausaler Vermögensschaden</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>Vorsatz</li> <li>Rechtswidrige Eigen- oder Drittbereicherungsabsicht</li> </ul>

## III. Objektiver Tatbestand

Die Tathandlungen sollen alle Arten einer Manipulationen erfassen, durch die auf das Ergebnis des Datenverarbeitungsvorganges eingewirkt werden kann.

### 1. Unrichtige Gestaltung des Programms

Als erste Tathandlung kommt die unrichtige Gestaltung des Programms in Betracht. Entspricht die Programmgestaltung dem Willen und den Gestaltungsvorstellungen des hierüber Verfügungsberechtigten nicht, so ist sie unrichtig. Als Programm bezeichnet man jede in Form von Daten fixierte Anweisung an den Computer. Für den Begriff „Daten“ ist nicht § 202 a maßgeblich, wonach Daten solche Informationen sind, die elektrisch, magnetisch oder sonst nicht unmittelbar wahrnehmbar gespeichert sind oder übermittelt werden, vielmehr ist der Begriff aus dem Zweck des § 263 a auf alle Informationen zu erstrecken, die Gegenstand eines Datenverarbeitungsvorganges sein können. Unrichtig ist eine Programmgestaltung, wenn sie zu Ergebnissen führt, die nach der zugrunde liegenden Aufgabenstellung und den Beziehungen zwischen den Beteiligten so nicht bewirkt werden dürfen, der materiellen Rechtslage also widersprechen.

Ein Lohnbuchhalter läßt sich von seinem Arbeitgeber regelmäßig Vorschüsse auf sein Gehalt zahlen. Er programmiert den Computer so, daß dieser allmonatlich die Tilgung der betreffenden Vorschüsse aufweist.

### 2. Verwendung unrichtiger oder unvollständiger Daten

Der Täter kann den Datenverarbeitungsvorgang auch dadurch beeinflussen, daß er unrichtige oder unvollständige Daten verwendet. Unrichtig sind Daten, wenn sie den darzustellenden Lebenssachverhalt unzutreffend wiedergeben; unvollständig sind sie, wenn sie ihn nicht ausreichend erkennen lassen.

Fälle von Input-Manipulationen.

### **3. Durch unbefugte Verwendung von Daten**

Examensrelevant ist die 3. Modalität, wenn der Täter unbefugt Daten verwendet. Hierbei ist umstritten, was unter dem Merkmal „unbefugt“ zu verstehen ist.

#### **a) Verwenden von ec-Karten ohne Willen des Karteninhabers**

##### **Codekartenfall:**

A entwendet gegen den Willen des B dessen EC-Karte, um nach Abheben von Bargeld diese wieder zurückzulegen. Am Automaten hebt er 500,- € ab.

##### **bb) Programmwidrige Auslegung**

Teilweise wird angenommen, nur eine manipulierte und somit programmwidrige Benutzung falle unter § 263 a

Da A die Karte wie jeder andere Karteninhaber in den Automaten schiebt und das Bargeld nach Auszahlung entnimmt, liegt keine programmwidrige Nutzung vor. A hätte nicht unbefugt gehandelt.

##### **bb) Betrugsspezifische Auslegung**

Nach herrschende Meinung hingegen, kommt es entscheidend darauf an, ob der Benutzer zur Vornahme der Nutzung befugt war. Damit ist das Tatbestandsmerkmal „unbefugt“ betrugsspezifisch und damit täuschungsäquivalent auszulegen. Es liegt vor, wenn die Verwendung der Daten gegenüber einer Person Täuschungscharakter hätte. Es muß daher in Anlehnung an § 263 hypothetisch die Frage gestellt werden, ob dann, wenn der Automat ein Mensch wäre, eine Täuschungshandlung vorläge, die zu einem Vermögensschaden geführt hätte.

A würde einem Bankangestellten seine Berechtigung konkludent vortäuschen, so daß nach der betrugsspezifischen Auslegung eine unbefugte Verwendung von Daten in Betracht kommt.

##### **cc) Stellungnahme**

§ 263 a und insbesondere die Tatmodalität „unbefugtes Verwenden von Daten“ ist gerade für den vorliegenden Fall vom Gesetzgeber eingeführt worden, um Strafbarkeitslücken zu vermeiden. Erforderlich ist danach eine Auslegung, die eine Reduktion auf betrugsspezifische Fälle bedeutet.

Damit hat A unbefugt gehandelt.

#### **b) Kontoinhaber überzieht selbst vertragswidrig sein Konto**

A überschreitet den ihm vom Kreditinstitut K eingeräumten Kreditrahmen und hebt vom Bankautomaten mehr Geld ab.

Unter den Anhängern der vorzugswürdigen betrugsspezifischen Auslegung ist die Lösung umstritten, wenn der Kontoinhaber selbst vertragswidrig sein Konto überzieht. Zum Teil wird

der Codekartenmißbrauch durch den rechtmäßigen Karteninhaber ausschließlich über § 266 b als Scheckkartenmißbrauch bestraft, so sei das vertragswidrige Überschreiten der Kreditgrenze gegenüber einem Bankangestellten ohne dessen Täuschung möglich. Hiergegen ist aber anzuführen, daß ein Bankangestellter dann nicht auszahlen darf, wenn der Überziehungsrahmen erschöpft ist, so daß eine konkludente Täuschung vorliegt, daß der in Anspruch genommene Betrag noch gedeckt ist. Eine Strafbarkeit nach dem milderen Straftatbestand des § 266 b ließe die Beeinträchtigung der Sicherheit und Funktionsfähigkeit des automatisierten Zahlungsverkehrs außer acht. Insofern liegt eine täuschungsähnliche Handlung vor.

A verwendet deshalb auch dann, wenn er seinen Kreditrahmen ausgeschöpft hat unbefugt Daten.

**d) Verwenden von ec-Karten mit Willen des Karteninhabers aber in  
Überschreitung des Abhebungsbetrages**

A bittet B, vom Geldautomaten 100,- € abzuheben und ihm zu überbringen. B hebt aber 500 € ab und überbringt dem A nur 100,- € um den Rest für sich zu behalten..

Hat der Berechtigte dem Täter erlaubt, einen bestimmten Betrag abzuheben und überschreitet der Täter dieses Limit ist ebenfalls vor dem Hintergrund der betrugsspezifischen Auslegung umstritten, ob der Täter dadurch unbefugt gehandelt hat, daß er abredewidrig zuviel abgehoben hat. Nach einer Literaturansicht stellt die Überschreitung des Auftrags durch den Beauftragten eine unbefugte Einwirkung dar, weil damit gegen die Anweisungen im Innenverhältnis verstoßen wird. Wenn der Auftrag des Karteninhabers die Verwendungsbefugnis begründe, müßten Verhaltensanweisungen befugnisbeschränkend wirken. Die Betrugsähnlichkeit liege darin, daß die Verwendung der Karte die konkludente Behauptung enthalte, zu dem konkreten Geldabhebungsvorgang befugt zu sein. Dagegen läßt sich allerdings einwenden, daß der Betriebsvorgang am Bankautomaten als solcher vom Willen des Inhabers der Karte getragen ist, im Außenverhältnis die Vollmacht auch bei auftragswidrigem Handeln wirksam ist und – bei Erteilung einer Bankvollmacht – dem Auftreten des Bevollmächtigten keine konkludente Erklärung über die Befugnis im Innenverhältnis zu entnehmen ist.

Das Verhalten des B ist somit nach der hier vertretenen vorzugswürdigen betrugsspezifischen Auffassung nicht unbefugt.

**Zusammenfassung XLVII: Verwenden von EC-Karten nach § 263 a 3. Modalität unter Berücksichtigung der betrugspezifischen Auslegung**

Durch einen Dritten gegen den Willen des Karteninhabers	Durch den Karteninhaber	Durch einen Dritten mit Willen des Karteninhabers
Karteninhaber täuscht konkludent seine Berechtigung vor, § 263 a (+)	1. Ausschließlich § 266 b, da das vertragswidrige Überschreiten der Kreditgrenze gegenüber einem Bankangestellten ohne dessen Täuschung möglich sei. 2. Täuschung über den Überziehungsrahmen führt zu § 263 a.  <b>für 2.:</b> Eine Strafbarkeit nach dem milderen Straftatbestand des § 266 b ließe die Beeinträchtigung der Sicherheit und Funktionsfähigkeit des automatisierten Zahlungsverkehrs außer acht.	1. § 263 a, weil damit gegen die Anweisungen im Innenverhältnis verstoßen wird. Die Verwendung der Karte enthält die konkludente Behauptung, zu dem konkreten Geldabhebungsvorgang befugt zu sein. 2. Der Betriebsvorgang am Bankautomaten als solcher ist jedoch vom Willen des Inhabers der Karte getragen  <b>für 2:</b> im Außenverhältnis ist die Vollmacht auch bei auftragswidrigem Handeln wirksam und dem Auftreten des Bevollmächtigten ist keine konkludente Erklärung über die Befugnis im Innenverhältnis zu entnehmen ist.

**4. Sonst durch unbefugte Einwirkung auf den Ablauf**

Schließlich erfaßt die 4. Tatvariante die sonst unbefugte Einwirkung auf den Ablauf. Sie hat Auffangfunktion und soll vor allem derzeit noch unbekannte Manipulationstechniken erfassen. Hierunter fällt auch das Leerspielen von Geldautomaten durch Verwendung von rechtswidrig erlangten Kenntnissen über den Programmablauf. So werden durch die Betätigung der Risikotaste nur das Sonderwissen über die Daten verwandt, die rechtswidrig erlangten Daten aber nicht selbst in das Verarbeitungssystem eingegeben.

A spielt Geldspielautomaten leer, indem er sich unter Heranziehung einer das Programm des Automaten enthaltenen Diskette und unter Benutzung eines Computers die Kenntnis des Programmverlaufs des Geldspielautomaten zunutze macht und weiß, wann er die Risikotaste zu bedienen hat.

**a) Unbefugte Einwirkung auf den Ablauf beim systematischen Leerspielen von Geldspielautomaten**

Legt man das Merkmal „unbefugt“ seinem Wortsinn entsprechend weit aus, so fällt hierunter jedes Handeln gegen den erkennbaren Willen des Verfügungsberechtigten. Die rechtswidrige Erlangung der Programmkenntnis löst eine ingrenzbedingte Aufklärungspflicht gegenüber dem Spielbetreiber aus.

Insofern liegt beim Leerspielen von Geldspielautomaten § 263 a in Tateinheit mit unbefugter Verwertung eines Betriebsgeheimnisses nach § 17 II Nr. 2 i.V.m. I Nr. 1 a UWG vor.

**b) Keine unbefugte Einwirkung auf den Ablauf beim systematischen Leerspielen von Geldspielautomaten**

Um eine im Hinblick auf Art. 103 II GG bedenkliche Ausweitung des Tatbestandes zu verhindern und um die betrugsähnliche Struktur des § 263 a zu wahren, wird man jedoch

einschränkend verlangen, daß der Täter bei dem Computer täuschungsähnlich einen programmwidrigen Arbeitsvorgang hervorgerufen hat, indem er ihn mit einer der Wirklichkeit widersprechenden Erklärung beschickt oder auf computerspezifische Weise ordnungswidrig auf das Datenverarbeitungssystem eingewirkt hat.

§ 263 a scheidet hiernach aus. Es liegt dann nur eine Strafbarkeit wegen unbefugter Verwertung von Betriebsgeheimnissen nach § 17 II Nr. 2 i.V.m. I Nr. 1 a UWG vor.

## **5. Beeinflussung des Ergebnis eines Datenverarbeitungsvorganges**

Die Tathandlung muß aber das Ergebnis eines Datenverarbeitungsvorganges beeinflussen. Beeinflußt im Sinne des § 263 a wird das Ergebnis eines Datenverarbeitungsvorganges, wenn eine der im Gesetz genannten Tathandlungen in den Verarbeitungsvorgang des Computers Eingang findet, seinen Ablauf irgendwie mitbestimmt und eine Vermögensdisposition auslöst. Fraglich ist, ob im obigen Codekartenfall, indem der Täter nach Entwendung der Karte gegen den Willen des Karteninhabers, einen Datenverarbeitungsvorgang erst in Gang setzt, eine Beeinflussung vornimmt.

### **a) Beeinflussung auch bei Ingangsetzung**

Nach der herrschenden Meinung in Rechtsprechung und Lehre werden von § 263 a auch Fälle des Mißbrauchs von Geldausgabeautomaten erfaßt. Schließlich sei das Ingangsetzen eines Datenverarbeitungsvorganges die stärkste Form der Beeinflussung.

Hiernach hat A im obigen Codekartenfall durch das Einschieben der Karte und die Eingabe der Codenummer den Datenverarbeitungsvorgang beeinflusst.

### **bb) Keine Beeinflussung bei Ingangsetzung**

Demgegenüber verneint eine andere Ansicht die Anwendbarkeit des § 263 a. Ein Ingangsetzen sei kein Beeinflussen eines Datenverarbeitungsvorganges.

Nach dieser Ansicht kommt keine Strafbarkeit nach § 263 a in Betracht.

### **cc) Stellungnahme**

Die letzte Ansicht trägt vor, Anliegen des Gesetzgebers sei es, die Vorschrift des § 263 a eng auszulegen. Eine Bejahung des § 263 a bereits bei Ingangsetzen der Datenverarbeitungsvorganges verstoße gegen die Garantiefunktion des Gesetzeswortlauts, das Analogieverbot und das strafrechtliche Bestimmtheitsgebot nach Art. 103 II GG. Ein manipulierter Eingriff im Sinne des § 263 a könne deshalb nur ein solcher in bezug auf den Vorgang des Geldabhebens darstellen. Die vorliegende Manipulation liegt jedoch im Vorfeld, nämlich in der Erlangung der Code-Karte und stelle deshalb keine Beeinflussung eines Datenverarbeitungsvorganges dar. Hiergegen muß angeführt werden, daß die Tatbestandsvariante der unbefugten Verwendung von Daten gerade zu dem Zweck in § 263 a eingefügt wurde, um solche Fälle des Codekartenmißbrauchs zu erfassen. Zudem erlaubt der

mögliche Wortsinn des Gesetzes die Anwendung jener Tatbestandsmodalität auf Fälle des Ingangsetzens. Zudem ist der betriebsbereite Bank-Geldauszahlungsautomat bereits durch die Bank in Gang gesetzt worden, bevor er durch das Einführen der Karte zu einem Datenverarbeitungsvorgang veranlaßt wird. Zumindest aber liegt in der Eingabe der Codenummer die vom Tatbestand verlangte Beeinflussung des Ergebnisses eines Datenverarbeitungsvorganges. Auch durch das Ingangsetzen beeinflußt man damit den Datenverarbeitungsvorgang.

A hat damit durch unbefugte Verwendung von Daten das Ergebnis eines Datenverarbeitungsvorganges nach § 263 I 3. Fall beeinflußt.

### **Zusammenfassung XLVIII: Beeinflussung auch bei Ingangsetzung eines Datenverarbeitungsvorganges**

<b>Beeinflussung auch bei Ingangsetzung</b>	<b>Keine Beeinflussung bei Ingangsetzung</b>
<ul style="list-style-type: none"> <li>- Ingangsetzung als intensivste Form der Beeinflussung</li> <li>- Entstehungsgeschichte</li> <li>- Wortsinn</li> <li>- der betriebsbereite Bank-Geldauszahlungsautomat ist bereits durch die Bank in Gang gesetzt worden</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- enge Auslegung, ansonsten Verstoß gegen den Gesetzeswortlaut, das Analogieverbot und das strafrechtliche Bestimmtheitsgebot nach Art. 103 II GG.</li> </ul>

## **6. Vermögensschaden**

Durch die Beeinflussung des Ergebnisses eines Datenverarbeitungsvorganges muß das Vermögen eines anderen unmittelbar geschädigt werden.

Unter dem Vermögensschaden versteht man wie bei § 263 jede Vermögenminderung, die durch die Beeinflussung des Verarbeitungsvorganges bewirkt worden ist.

Im obigen Codekartenfall ist dem Karteninhaber, zu dessen Lasten die Abbuchung erfolgt, ein Schaden entstanden. Die vereinzelt gebliebene BGH-Entscheidung, die behauptete, der Systembetreiber habe einen Schaden, da das durch den Geldautomaten ausgezahlte Bargeld aus dem Vermögen des Geldinstituts gezahlt werde und der Kunde nur einen Anspruch auf Rückbuchung habe verkennt, daß die Abbuchung zunächst vom Konto des Karteninhabers erfolgt.

## **IV. Subjektiver Tatbestand**

Die Konstruktion des Computerbetruges stimmt hinsichtlich des subjektiven Tatbestandes mit § 263 überein. Insofern ist Vorsatz und die Absicht erforderlich, sich oder einem anderen einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen. Es kann hier auf die Ausführungen zu § 263 verwiesen werden<sup>33</sup>.

## **V. Konkurrenzen**

Problematisch ist das Konkurrenzproblem, wenn der Täter ohne Rückführungswillen einen Diebstahl an der Karte begeht und anschließend das Geld vom Geldautomaten abhebt.

<sup>33</sup> oben E. VI.

### **1. Diebstahl an Codekarte als mitbestrafte Vortat zum Computerbetrug**

Im Hinblick darauf, daß das Vermögen des Karteninhabers mit dem Diebstahl der Scheckkarte wegen der Möglichkeit ihrer unbefugten Nutzung bereits gefährdet war und sich diese Gefahr durch den Gebrauch der gestohlenen Karte am Geldautomaten zum Schadenseintritt vertiefte, kann man erwägen, den Diebstahl der Scheckkarte nach § 242 als mitbestrafte Vortat hinter den anschließend begangenen Computerbetrug nach § 263 a zurücktreten zu lassen

## **2. Diebstahl an Codekarte und Computerbetrug in Tatmehrheit**

Der BGH betont dagegen, daß sich beide Delikte gegen verschiedene Rechtsgüter und Rechtsgutsträger (Gewahrsam des B, Vermögen der Sparkasse) richten und deshalb eigengeartetes Unrecht begründen, das im Schuldspruch Ausdruck finden muß, so daß Tatmehrheit vorliegt und eine Strafbarkeit nach §§ 242, 263 a, 53 gegeben ist.

### **G. Untreue (§ 266)**

Untreue nach § 266 begeht derjenige, der die ihm durch Gesetz, behördlichen Auftrag oder Rechtsgeschäft eingeräumte Befugnis, über fremdes Vermögen zu verfügen oder einen anderen zu verpflichten, mißbraucht oder die ihm kraft Gesetzes, behördlichen Auftrags, Rechtsgeschäfts oder eines Treueverhältnisses obliegende Pflicht, fremde Vermögensinteressen wahrzunehmen, verletzt und dadurch dem, dessen Vermögensinteressen er zu betreuen hat, Nachteil zufügt.

#### **I. Geschütztes Rechtsgut und Besonderheiten des § 266**

##### **1. Geschütztes Rechtsgut**

Geschütztes Rechtsgut ist wie beim Betrug das Vermögen.

##### **2. Keine Bereicherungsabsicht, keine Versuchsstrafbarkeit**

Die Untreue und der Mißbrauch von Scheck- und Kreditkarten sind die einzigen Vermögensdelikte, die keine Bereicherungsabsicht voraussetzen. Fügt der Vermögensbetreuungspflichtige dem Geschäftsherrn durch Mißbrauch oder Treubruch einen Schaden zu ohne selbst einen Vorteil zu erstreben, macht er sich einer Untreue strafbar. Damit wird eine ins Zivilrecht gehörende Pflichtverletzung unter Strafe gestellt. Vor diesem Hintergrund ist auch verständlich, daß der Versuch der Untreue nicht sanktioniert ist und daß im übrigen eine restriktive Auslegung der Tatbestandsmerkmale geboten erscheint.

##### **3. Eingehungs- und Erfüllungsuntreue**

Im Obersatz der Untreue empfiehlt sich, wie beim Betrug klarzustellen, ob der Schaden in der Eingehung einer schuldrechtlichen Verpflichtung oder in dessen Erfüllung liegt. Im ersten Fall ist die Eingehungsuntreue, im letzten Fall die Erfüllungsuntreue zu erwähnen:

Indem der Prokurist mit X einen Vertrag schloß, könnte er sich einer Eingehungsuntreue nach § 266 I 1. Fall schuldig gemacht haben.

Indem der Prokurist die falschen Gegenstände übereignete, könnte er sich einer Erfüllungsuntreue nach § 266 I 1. Fall schuldig gemacht haben.

## II. Tatbestandsmerkmale des § 266

§ 266 enthält zwei Alternativen, den Mißbrauchstatbestand nach § 266 I 1. Fall und den Treubruchstatbestand nach § 266 I 2. Fall. Der Mißbrauchstatbestand beruht stets auf einer rechtlich begründeten Position und schützt das Vermögen vor den Gefahren, aus der Einräumung einer Dispositionsbefugnis im Außenverhältnis, der Treubruchstatbestand läßt hingegen auch ein tatsächliches Treueverhältnis ausreichen und erfaßt Risiken, die aus der Gewährung von Dispositionsbefugnissen im Innenverhältnis resultieren.

Objektiver Tatbestand		Subjektiver Tatbestand
<b>Mißbrauchstatbestand § 266 I 1. Fall</b>	<b>Treubruchstatbestand § 266 I 2. Fall</b>	Vorsatz
1. Befugnis über fremdes Vermögen zu verfügen oder einen anderen zu verpflichten 2. durch Gesetz, behördlichen Auftrag oder Rechtsgeschäft 3. Mißbrauchen 4. Vermögensbetreuungspflicht (str.) 5. Kausaler Vermögensschaden	1. Kraft Gesetzes behördlichen Auftrag, Rechtsgeschäft oder ein Treueverhältnis obliegende Pflicht 2. Vermögensbetreuungspflicht 3. Pflichtverletzung 4. Kausaler Vermögensschaden	

## III. Objektiver Mißbrauchstatbestand nach § 266 I 1. Fall

Erste Voraussetzung des Mißbrauchstatbestandes ist, daß der Täter eine ihm durch Gesetz, behördlichen Auftrag oder Rechtsgeschäft eingeräumte Befugnis besitzt, über fremdes Vermögen zu verfügen oder einen anderen zu verpflichten.

### 1. Befugnis über fremdes Vermögen zu verfügen oder einen anderen zu verpflichten

Der Täter hat eine Befugnis über fremdes Vermögen zu verfügen oder einen anderen zu verpflichten, wenn er Vermögensrechte eines anderen wirksam ändern, übertragen, aufheben oder ihn mit Verbindlichkeiten belasten kann. Die Fähigkeit des Täters, über das Vermögen zu verfügen, muß durch das jeweilige Grundverhältnis legitimiert sein. Damit kann Täter des Mißbrauchstatbestandes nur derjenige sein, der in der erforderlichen Sonderbeziehung zum Geschädigten steht. Damit ist die Untreue ein Sonderdelikt.

#### a) Gutgläubensvorschriften

Keine Befugnis liegt vor, wenn jemand weisungswidrig fremde Sachen veräußert und der gutgläubige Erwerber nach §§ 932 ff. BGB an ihnen Eigentum erlangt. Durch die Gutgläubensvorschrift des bürgerlichen Rechts wird nämlich dem weisungswidrig Handelnden auch nach außen hin keine Befugnis gewährt. Er nutzt vielmehr nur die Schutzwirkung der §§ 932 ff. BGB, die allein in Bezug auf gutgläubige Dritte bestehen, zu seinem Vorgehen aus. Zu denken ist dann aber an den Treubruchstatbestand.

## **b) Botenschaft**

Auch die Stellung als Bote begründet keine Befugnis:

A bittet B, von seiner Codekarte 100,- € abzuheben. B hebt aber 500,-€ ab.

## **2. Durch Gesetz, behördlichen Auftrag oder Rechtsgeschäft**

Die Befugnis kann auf Gesetz, behördlichen Auftrag oder Rechtsgeschäft beruhen.

Eine gesetzliche Befugnis ergibt sich beispielsweise aus §§ 1626 I 2, 1357, 1793, 1896, 1909, 2205 BGB, 25, 56, 80 InsO. Eine durch behördlichen Auftrag eingeräumte Befugnis hat der Liquidator oder der Amtsträger, rechtsgeschäftliche Befugnisse folgen schließlich aus §§ 164 ff, 185 BGB, 48 ff. HGB; § 35 GmbHG.

## **3. Mißbrauchen**

Ein Mißbrauch der Verpflichtungs- oder Verfügungsbefugnis liegt vor, wenn der Täter im Rahmen seines rechtlichen Könnens die Grenzen des im Innenverhältnis einzuhaltenden rechtlichen Dürfens überschreitet.

### **a) Rechtsgeschäftliches oder zivilrechtswirksames Handeln**

Damit kann ein Mißbrauch nur in Form des rechtsgeschäftlichen oder zumindest zivilrechtswirksamen Handelns stattfinden.

Prokurist P hat die Anweisung seines Prinzipals erhalten, nur Rechtsgeschäfte in einer Höhe bis zu 100.000 € abzuschließen. P handelt der Anweisung zuwider und der Firma entsteht daraus ein Schaden.

Der abgeschlossene Vertrag bleibt zwar gegenüber dem Dritten wirksam (§§ 49 I, 50 I HGB), P hat jedoch die Grenzen seines internen Dürfens überschritten. Insofern hat er sich bei Vorliegen der weiteren Voraussetzungen, wegen Untreue in Form des Mißbrauchstatbestandes strafbar gemacht.

Ähnliche Regelungen wie §§ 49, 50 HGB enthalten §§ 126 HGB, 37 GmbHG, 82 AktG.

### **b) Risikogeschäfte**

Risikogeschäfte können zu einer Erweiterung der im Innenverhältnis maßgebenden Grenzen des rechtlichen Dürfens führen. Deshalb fehlt es an einer Pflichtverletzung und damit an einer Verwirklichung des Mißbrauchstatbestandes, wenn und soweit der Abschluß des riskanten Geschäfts durch eine wirksame Einwilligung des Vermögensinhabers gedeckt war. Die Einwilligung ist deshalb ein tatbestandsausschließendes Einverständnis. Die Wirksamkeit der Einwilligung hängt aber im Prinzip von den Voraussetzungen der rechtfertigenden Einwilligung ab. Der BGH verneint deshalb auch ein tatbestandsausschließendes Einverständnis und geht von einer rechtfertigenden Einwilligung aus.

#### **4. Vermögensbetreuungspflicht**

Fraglich ist, ob auch der Mißbrauchstatbestand eine Vermögensbetreuungspflicht voraussetzt und wenn ja, wie diese Pflicht ausgestaltet sein muß.

##### **a) Erfordernis einer Vermögensbetreuungspflicht**

Jurastudent A will sein Buch verkaufen und macht einen Anschlag im Seminar, indem er seinen Kommilitonen K beauftragt, das Buch zu verkaufen. K erklärt er, das Buch, das antiquarisch zwischen 10,- und 15,- € gehandelt wird (Neuwert 25 €) nicht unter 10,- € zu verkaufen. K veräußert es jedoch für 6,- €.

##### **aa) Mißbrauchstatbestand als Spezialfall des Treubruchstatbestandes**

Rechtsprechung und herrschende Meinung fordern auch beim Mißbrauchstatbestand eine Vermögensbetreuungspflicht, weil der Mißbrauchstatbestand nur ein spezieller Anwendungsfall des allgemeinen Treubruchstatbestandes sei.

K war aufgrund der nach außen unbeschränkten Vollmacht befugt, das Buch für 6,- € zu verkaufen und zu übereignen, durfte dies im Innenverhältnis aber nicht. Ein Vermögensbetreuungspflicht liegt nicht vor, da K jeder Raum für eigenverantwortliche Entscheidungen bei diesem im Grunde weitgehend bedeutungslosen und ungewichtigem Alltagsgeschäft fehlt. Ein Mißbrauchstatbestand ist zu verneinen. Mangels Vermögensbetreuungspflicht scheidet auch ein Treubruchstatbestand aus.

##### **bb) Mißbrauchstatbestand und Treubruchstatbestand stehen selbständig nebeneinander**

Nach anderer Ansicht ist eine Vermögensbetreuungspflicht nicht erforderlich. Mißbrauchs- und Treubruchstatbestand stehen sich als selbständige Tatbestände gegenüber.

Da der Mißbrauchstatbestand keine Vermögensbetreuungspflicht verlangt, hat sich K eines Mißbrauchstatbestandes nach § 266 I 1. Fall schuldig gemacht.

##### **cc) Stellungnahme**

Für die Ansicht, die den Mißbrauchstatbestand als Spezialfall des Treubruchstatbestandes versteht spricht der Wortlaut. Die Gesetzesformulierung „...und dadurch dem, dessen Vermögensinteressen er zu betreuen hat...“ bezieht sich auf beide Tatbestandsalternativen des § 266 und setzt daher für beide eine Vermögensbetreuungspflicht voraus. Zudem wird durch das den Tatbestand einengende Merkmal der Vermögensbetreuungspflicht, dem Erfordernis Rechnung getragen, eine Ausuferung des § 266 zu vermeiden und den Anwendungsbereich dieser Vorschrift durch restriktive Auslegung sachgerecht zu begrenzen. Zu folgen ist deshalb der zuerst genannten Ansicht.

Diese Ansicht hat auch Konsequenzen für den Aufbau: Der Mißbrauchstatbestand ist als *lex specialis* vor dem Treubruchstatbestand zu prüfen.

**Zusammenfassung XLIX: Verhältnis von Mißbrauchs- und Treubruchstatbestand**

Mißbrauchstatbestand als Spezialfall des Treubruchstatbestandes	Mißbrauchstatbestand und Treubruchstatbestand stehen selbständig nebeneinander
- Gesetzeswortlaut - restriktive Auslegung der Untreue	

**b) Inhalt der Vermögensbetreuungspflicht**

Inhaltlich muß es sich bei der Vermögensbetreuungspflicht um eine Haupt- und nicht nur um eine Nebenpflicht handeln. Indizien sind zudem, ob der Verfügende Spielraum für die Eigenverantwortlichkeit hat, die Höhe des anvertrauten Wertes und die Dauer, Art und Umfang der Tätigkeit.

Verpflichtungen aus Austauschverträgen wie Werk-, Miet-, Arbeits- und Kaufverträgen, bei denen primär zur Verwirklichung eigener Interessen an einen anderen geleistet wird, begründen keine Pflicht zur Betreuung fremder Vermögensinteressen.

Als Beispiele für Vermögensbetreuungspflichten seien genannt:

Geschäftsbesorgungs-, Auftrags- und Speditions-, Notariats-, Anwalts-, Bauträger-, Filialleiter- und Dienstverträge bei leitenden Angestellten.

Vom BGH wurde eine Vermögensbetreuungspflicht beim Wohnungsverwalter, der es vertraglich übernommen hat, die Vermieterpflicht aus § 551 III n.F. BGB zu erfüllen, bejaht. Zwar liege ein relativ enger Entscheidungsspielraum vor. Allerdings gelte dasselbe beim Notar, Rechtsanwalt oder Steuerberater, der seinem Mandanten zustehendes Geld empfängt.

**5. Kausaler Vermögensschaden**

Durch den Mißbrauch muß ein Vermögensschaden entstanden sein. Ein Vermögensnachteil ist dann anzunehmen, wenn der eingetretene Verlust nicht durch gleichzeitig erlangte Vorteile wirtschaftlich ausgeglichen wird. Hier gilt das im Rahmen des Betrugs Gesagte entsprechend<sup>34</sup>. Zu beachten ist aber, daß ein Schaden dann nicht vorliegt, wenn der Täter ständig eigene Mittel bereithält, um den Nachteil sofort ausgleichen zu können.

**IV. Subjektiver Mißbrauchstatbestand nach § 266 I 1. Fall**

Im subjektiven Tatbestand ist, wie bereits oben erörtert, lediglich Vorsatz, nicht aber wie bei den anderen Vermögensdelikten die rechtswidrige Bereicherungsabsicht erforderlich.

**III. § 28 I auf die Vermögensbetreuungspflicht**

Die Vermögensbetreuungspflicht ist ein besonderes persönliches Merkmal. Fehlt dem Teilnehmer (Anstifter oder Gehilfen) dieses Merkmal, so ist dessen Strafe nach § 28 I zu mildern.

<sup>34</sup> oben E. V. 4.

#### **IV. Objektiver Treubruchstatbestand nach § 266 I 2. Fall**

Beim Treubruchstatbestand muß der Täter eine ihm kraft Gesetzes, behördlichen Auftrags, Rechtsgeschäfts oder eines sonstigen Treueverhältnisses obliegende Pflicht haben, fremde Vermögensinteressen wahrzunehmen.

##### **1. Durch Gesetz, behördlichen Auftrag, Rechtsgeschäft oder ein Treueverhältnis obliegende Pflicht**

Anders als die Mißbrauchsvariante läßt die Treubruchsvariante auch ein sonstiges Treueverhältnis genügen.

##### **2. Vermögensbetreuungspflicht**

Mit der Treupflicht sind auch hier inhaltlich besonders qualifizierte Pflichten gemeint.

##### **3. Pflichtverletzung**

Die Verletzung der Treupflicht kann sowohl durch rechtsgeschäftliches Handeln - soweit dieses nicht schon ein wirksames Verpflichtungs- oder Verfügungsgeschäft i.S.d. 1. Alternative ist - als auch durch ein tatsächliches Verhalten erfolgen.

Der Prokurist greift in die Ladenkasse und steckt sich das Geld ein.

### **b) Sittenwidriges Rechtsgeschäft**

Umstritten ist, ob eine Betreuungspflicht aus einem tatsächlichen Treueverhältnis auch dann entstehen kann, wenn das Innenverhältnis deshalb nichtig ist, weil es zu gesetzes- oder sittenwidrigen Zwecken begründet wurde.

A erhält von B 10.000 € mit dem Auftrag hiervon Falschgeld zu besorgen. A entschließt sich jedoch das Geld zu behalten.

#### **aa) Juristische Treuepflichttheorie**

Nach der juristischen Treuepflichttheorie findet § 266 im Rahmen von gesetzes- oder sittenwidrigen Verhältnissen keine Anwendung. Es würde sonst dem Prinzip der Einheit der Rechtsordnung widersprechen eine solche das Vermögen schützende Sonderbeziehung auch dort anzunehmen, wo eine Abmachung rechtlich mißbilligt wird, weil sie auf rechts- oder sittenwidrige Ziele gerichtet ist.

Die Vereinbarung zwischen A und B ist wegen Verstoßes gegen §§ 146 ff gesetzes- und sittenwidrig und daher nichtig nach §§ 134, 138 BGB. Da ein zivilrechtlich unzulässiges Verhalten keine Treuepflicht nach § 266 I 2. Alt. begründet, hat sich A keiner Untreue schuldig gemacht, wenn er sich abredewidrig an diesen Geldern bereichert.

#### **bb) Faktische Treuepflichttheorie**

Nach der faktischen Treuepflichttheorie begeht auch derjenige Untreue, der im Rahmen sitten- oder gesetzwidriger Verhältnisse handelt.

Trotz der Gesetzes- oder Sittenwidrigkeit der Vereinbarung kommt ein Treubruchstatbestand in Betracht.

#### **cc) Stellungnahme**

Wie bereits im Rahmen des wirtschaftlichen Vermögensbegriffs ausgeführt<sup>35</sup> verhindert die faktische Treuepflichttheorie einen lückenlosen Vermögensschutz. Es darf auch im Ganovenbereich keinen straffreien Raum geben.

#### **Zusammenfassung L: Verletzung einer gesetzes- oder sittenwidrigen Treuepflicht**

<b>Juristische Treuepflichttheorie</b>	<b>Faktische Treuepflichttheorie</b>
Gesetzes- oder sittenwidrige Treuepflichten werden nicht geschützt	Gesetzes- oder sittenwidrige Treuepflichten werden geschützt
Einheit der Rechtsordnung	Umfassender Vermögensschutz

### **b) Durch Tun oder Unterlassen**

Die Pflichtverletzung kann sowohl in einem positivem Tun als auch in einem Unterlassen bestehen. § 13 ist im letzteren Fall von vornherein unanwendbar, weil schon der Tatbestand

<sup>35</sup> Oben E. V. 3. a) aa)

der 2. Alternative („Verletzung der Pflicht fremde Vermögensinteressen wahrzunehmen“) Tun und Unterlassen gleichermaßen umfaßt.

#### **4. Kausaler Vermögensschaden**

Auch beim Vermögensschaden im Treubruchstatbestand soll auf die obigen Ausführungen zum Schaden verwiesen werden.<sup>36</sup>

#### **VII. Subjektiver Tatbestand nach § 266 I 2. Fall/ VIII. § 28 I**

Auch im subjektiven Tatbestand soll auf die Ausführungen zum Mißbrauchstatbestand Bezug genommen werden<sup>37</sup>.

#### **IX. Konkurrenzen § 266 I 1. Fall zum 2. Fall**

Ist der Mißbrauchstatbestand mit der herrschenden Meinung *lex specialis* zum Treubruchstatbestand, tritt § 266 I 2. Fall hinter § 266 I 1. Fall in Gesetzeskonkurrenz zurück.

#### **F. Mißbrauch von Scheck- und Kreditkarten (§ 266 b)**

Mißbrauch von Scheck- und Kreditkarten nach § 266 b begeht, wer die ihm durch die Überlassung einer Scheckkarte oder einer Kreditkarte eingeräumte Möglichkeit, den Aussteller zu einer Zahlung zu veranlassen, mißbraucht und diesen dadurch schädigt.

#### **G. Einführung des § 266 b durch das 2. WiKG**

§ 266 b wurde durch das 2. WiKG 1986 eingeführt.

#### **1. Scheckkartenmißbrauch vor dem 2. WiKG**

Vorher war strittig, ob bei einem *Scheckkartenmißbrauch* durch den Karteninhaber ein Betrug nach § 263 oder eine Untreue nach § 266 oder keines der beiden Delikte in Betracht kam. Die Rechtsprechung und herrschende Lehre verneinten § 266, da bei einem gewöhnlichen Girovertrag allein das Kreditinstitut Vermögensinteressen des Kunden wahrnehmen und nicht umgekehrt der Kunde Vermögensinteressen der Bank. Insofern fehlte es an einer Vermögensbetreuungspflicht. Nach Ansicht des BGH lag aber Betrug vor, da der Täter dem Schecknehmer konkludent vorspiegeln, der Scheck sei gedeckt, dadurch errege er bei diesem einen entsprechenden Irrtum. Durch Annahme des Schecks komme der Garantievertrag Schecknehmer/Bank zustande, so daß der Schecknehmer durch die Annahme eine die Bank schädigende Vermögensverfügung treffe. In der Lehre stieß diese Ansicht allerdings auf Kritik, da wegen der Einlösungsgarantie die Annahme einer irrtumsbedingten Vermögensverfügung des Schecknehmers eine unzulässige Unterstellung sei.

<sup>36</sup> hierzu E. V. 4.

<sup>37</sup> G. IV.

## 2. Kreditkartenmißbrauch vor dem 2. WiKG

Beim Mißbrauch von *Kreditkarten* lehnten der BGH und die Literatur gleichermaßen sowohl Untreue als auch Betrug ab.

## 3. Scheckkarten- und Kreditkartenmißbrauch nach dem 2. WiKG

§ 266 b schließt die Lücke zwischen § 263 und § 266. Der Gesetzgeber hat den Mißbrauch von Scheck- und Kreditkarten seinem Standort und seinem Inhalte nach der Untreue angenähert.

## 4. Geschütztes Rechtsgut

Geschütztes Rechtsgut ist neben dem Vermögen auch der bargeldlose Zahlungsverkehr.

## 5. Keine Bereicherungsabsicht, keine Versuchsstrafbarkeit

Wie die Untreue ist auch beim Mißbrauch von Scheck- oder Kreditkarten keine Bereicherungsabsicht erforderlich. Auch hier ist der Versuch nicht strafbar.

## II. Tatbestandsmerkmale des § 266 b

Objektiver Tatbestand	Subjektiver Tatbestand
1. Scheck- oder Kreditkarte 2. die hieraus eingeräumte Möglichkeit, den Aussteller zu einer Zahlung zu veranlassen 3. Mißbrauchen 4. Kausaler Vermögensschaden	Vorsatz

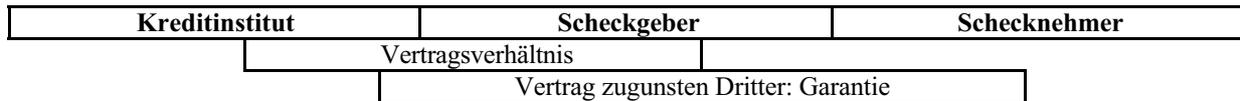
## III. Objektiver Tatbestand

### 2. Scheck- oder Kreditkarte

Voraussetzung ist zunächst, daß eine Scheck- oder Kreditkarte vorliegt.

#### a) Scheckkarte

Bei einer Scheckkarte garantiert das ausstellende Kreditinstitut dem Schecknehmer die Einlösung von Schecks auf speziellen zur Scheckkarte ausgegebenen Scheckformularen. Die Garantiepflcht der Bank wird durch einen Vertrag zugunsten Dritter begründet, wenn Unterschrift und Kontonummer auf Scheck und Scheckkarte übereinstimmen, die Scheckkartennummer auf der Rückseite vermerkt ist, der Scheck innerhalb der Gültigkeitsdauer der Scheckkarte unter vollständigem Datum des Ausstellungsdatums ausgestellt und binnen 8 Tagen ab Ausstellungsdatum vorgelegt wird. Bei einer Scheckkarte sind also 3 Personen eingeschaltet: das Kreditinstitut, der Schecknehmer und der Scheckgeber.



Zu den Scheckkarten zählt die euocheque-Karte.

## b) Kreditkarte

Bei Kreditkarten unterscheidet man die Drei- oder Zwei-Partnersysteme.

### aa) Drei-Partner-System

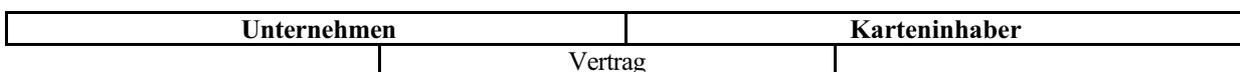
Unbestritten liegt eine Kreditkarte im Sinne des § 266 b vor, wenn sich der Aussteller gegenüber den Vertragsunternehmen verpflichtet deren Forderung gegen den Karteninhaber zu bezahlen und diese Beträge dann vom Karteninhaber abzieht. Man spricht dann von Kreditkarten im sog. Drei-Partner-System.



Hierzu zählen folgende Karten: American Express, Diners-Club, VISA

### bb) Zwei-Partner-System

Umstritten ist aber, ob auch die Kreditkarten im Zwei-Partner-System den Tatbestand des § 266 b StGB erfüllen. Mit diesen Kundenkarten wird dem Karteninhaber ein Kundenkonto mit bestimmtem Kreditrahmen eröffnet. Der Karteninhaber kann Leistungen auf Kredit von den Filialen des ausstellenden Unternehmens in Anspruch nehmen, ohne daß es bei jedem einzelnen Abschluß einer neuen Kreditprüfung bedarf.



#### Lufthansafall:

A war Inhaber einer von der Lufthansa AG ausgegebenen „AIR-Plus-Kreditkarte“ zum Erwerb von Flugscheinen der Lufthansa. Diese benutzte A mehrmals, obwohl sie weder willens, noch imstande war, das für sie von der Lufthansa geführte Kundenkonto auszugleichen.

### (1) Innerhalb des Schutzbereichs des § 266 b

Teile der Literatur beziehen auch Karten im Zwei-Partner-System in den Schutzbereich des § 266 b StGB ein. So werden im Wirtschaftsleben auch diese Karten als „Kreditkarten“ bezeichnet.

Die Karte der Lufthansa unterfällt auch als Kundenkarte dem Schutzbereich des § 266 b.

**(2) Außerhalb des Schutzbereichs des § 266 b**

Die mißbräuchliche Benutzung einer „Kreditkarte“ im sog. Zwei-Partner-System (Kundenkarte) erfüllt insbesondere nach der Rechtsprechung nicht die Voraussetzungen des Kreditkartenmißbrauchs nach § 266.

Die Karte der Lufthansa stellt keine Kreditkarte im Sinn des § 266 b dar.

**(3) Stellungnahme**

Daß § 266 b StGB auf den Mißbrauch von Kreditkarten im „Zwei-Partner-System“ nicht anwendbar ist, ergibt sich bereits aus dem Wortlaut der Vorschrift. Danach muß die Überlassung der Karte dazu mißbraucht werden, „den Aussteller zu einer Zahlung zu veranlassen“. Hier aber wird die Karte nur dazu benutzt, eine Leistung vom Aussteller selbst zu erlangen, zu einer Zahlung (an Dritte) wird er hingegen nicht veranlaßt: es handelt sich um eine Rechtsbeziehung allein zwischen dem Kartenaussteller und dem Kunden.

Auch der Gesetzeszweck spricht gegen die Einbeziehung. Durch das 2. WiKG sollte der Kreditkartenmißbrauch, weil und soweit er der Scheckkarten-Konstruktion gleicht, einbezogen werden. Die Stundungsfunktion einer Kundenkarte ist damit nicht gleichzusetzen. Auch von einer „Garantiefunktion“ kann bei einer Kundenkarte nicht gesprochen werden. Im Gegensatz zum Drei-Partner-System garantiert hier nicht der Aussteller einem anderen Bezahlung. Die Kundenkarte sagt nur, daß dem Inhaber vom Aussteller Kredit eingeräumt wird. Eine Ausweitung der Vorschrift auf Fälle der Kreditgewährung im Zwei-Partner-System ist weder vom Schutzzweck der Vorschrift veranlaßt, noch wäre sie vom Wortlaut gedeckt. In diesen Fällen ist der Täter daher weiterhin nur dann strafbar, wenn die Voraussetzungen des § 263 erfüllt sind.

A hat sich damit keines Mißbrauchs von Kreditkarten schuldig gemacht.

**Zusammenfassung LI: § 266 b im Zwei-Partner-System**

Innerhalb des Schutzbereichs	Außerhalb des Schutzbereichs
- im Wirtschaftsleben sind auch diese Karten Kreditkarten	- Wortlaut - keine Vergleichbarkeit mit der Garantiefunktion einer Scheckkarte

**3. Die hieraus eingeräumte Möglichkeit, den Aussteller zur Zahlungen zu veranlassen**

Der Täter muß durch die Überlassung der Scheck- oder Kreditkarte die Befugnis haben, den Aussteller zu einer Zahlung zu veranlassen. Damit kann der Täter nur der berechtigte Karteninhaber selbst sein. Bei § 266 b handelt es sich insofern um ein Sonderdelikt.

**3. Mißbrauchen**

Ebenso wie bei § 266 besteht auch hier der Mißbrauch in der Ausnutzung des rechtlichen Könnens nach außen unter Überschreitung des rechtlichen Dürfens im Innenverhältnis.

#### **4. Kausaler Vermögensschaden**

Entsprechend den §§ 263, 266 muß durch den Mißbrauch ein Vermögensschaden herbeigeführt worden sein. Da bei Kreditkarten eine Überziehung des Kontos Sinn und Zweck ist, fehlt es an einem Schaden, wenn der Karteninhaber anderweitig in der Lage ist, die Überziehung wieder auszugleichen oder wenn die Bank vollwertige Sicherheiten in der Hand hat, auf die sie ohne weiteres zurückgreifen kann.

#### **IV. Subjektiver Tatbestand/V. § 28 I**

Hinsichtlich des subjektiven Tatbestandes und § 28 I sei auf oben verwiesen<sup>38</sup>.

#### **VI. Konkurrenzverhältnis zu § 263**

Das Konkurrenzverhältnis zu § 266 b ist fraglich, wenn sich der vermögenslose Täter zuvor die Eröffnung eines Kontos erschleicht.

Unter Vorlage eines gefälschten Personalausweises eröffnet der vermögenslose A ein Girokonto bei der Postbank. In der vorgefaßten Absicht, das Konto zu überziehen ohne das Saldo auszugleichen hob sie an 3 Geldautomaten anderer Banken (ansonsten liegt nur ein Zwei-Partner-System vor) Bargeld ab, um es für sich zu gebrauchen.

Die Urkundenfälschung nach § 267 I 1./3. Fall und der Betrug nach § 263 stehen in Tateinheit nach § 52. Fraglich ist nur das Konkurrenzverhältnis zwischen dem Mißbrauch von Scheck- und Kreditkarten nach § 266 b in 3 Fällen und dem Betrug nach § 263.

##### **1. § 266 b als mitbestrafte Nachtat**

Für ein Zurücktreten des § 266 b als mitbestrafte Nachtat des Betrages bei Erlangung der Scheckkarte spricht ein Vergleich der Strafraumen sowie der Umstand, daß die Gefahr des mißbräuchlichen Einsatzes der Scheckkarte bereits zur Begründung des Betrugsschadens herangezogen wurde.

A hat sich somit nur einer Urkundenfälschung in Tateinheit mit Betrug nach §§ 267, 263, 52 schuldig gemacht.

Unberücksichtigt bliebe damit aber, daß A auch den bargeldlosen Zahlungsverkehr verletzt.

##### **2. § 263 als mitbestrafte Vortat**

Umgekehrt könnte man den Betrug als mitbestrafte Vortat des § 266 b ansehen, da die durch die betrügerische Erlangung der Scheckkarte begründete Vermögensgefährdung durch den späteren schädigenden Mißbrauch der Scheckkarte aktualisiert wird.

§ 267 steht dann in Tatmehrheit zu § 266 b.

<sup>38</sup> G. IV./V.

Dann würde aber der mit schwererer Strafe bedrohte Betrug hinter dem mildern Tatbestand nach § 266 b zurücktreten.

### **3. Tatmehrheit zwischen § 263 und § 266 b**

Betont man, daß das betrügerische Erschleichen der Scheckkarte und ihr mißbräuchlicher Einsatz mehrere selbständige Handlungen darstellen, so treffen beide Delikte in Tatmehrheit nach § 53 zusammen.

A hat sich somit nach §§ 267, 264, 52; 266 b, 53 schuldig gemacht.

Diese Ansicht vernachlässigt aber den Umstand, daß sich die Vermögensgefährdung durch das Erschleichen der Karte in dem Vermögensschaden des § 266 b realisiert.

### **4. Tateinheit zwischen § 263 und § 266 b**

Die vorzugswürdige letzten Ansicht nimmt Tateinheit an, wenn man die unterschiedlichen Strafzwecke der Vorschriften sowie den Umstand klarstellen will, daß der Betrug zwar mit der Erlangung der Scheckkarte vollendet, aber erst mit ihrem von vornherein beabsichtigten Mißbrauch beendet ist.

Eine Strafbarkeit des A ergibt sich damit nach §§ 267, 264, 266 b, 52.

**J. Hehlerei (§ 259) und seine Qualifikationen (§§ 260, 260 a)**

**I. Anschlußdelikte im Überblick (einschließlich ihrer Rechtsgüter)**

Die Examensrelevanz der §§ 263, 263 a, 266 und 266 b ist hoch. Demgegenüber werden selten Klausuren und Hausarbeiten gestellt, in denen die Hehlerei oder die Begünstigung eine Rolle spielt. Dennoch sind auch diese Delikte nicht zu vernachlässigen.

Der einundzwanzigste Abschnitt ist mit Begünstigung und Hehlerei überschrieben. Während die Begünstigung nach § 257 Individual- und Allgemeininteressen schützt, wird vom Schutzzweck der Strafvereitelung nach §§ 258 f. ausschließlich die staatliche Rechtspflege erfaßt. Schließlich ist geschütztes Rechtsgut der Hehlerei nach § 259 das Vermögen. Trotz der Unterschiedlichkeit der Schutzrichtungen ist diesen Delikten gemeinsam, daß sie jeweils eine rechtswidrige Tat eines anderen voraussetzen und ein Anschlußverhalten unter Strafe stellen. Insofern bezeichnet man sie auch als Anschlußdelikte.

**Zusammenfassung LII: Anschlußdelikte im Überblick**

Begünstigung § 257	Strafvereitelung §§ 258, 258 a	Hehlerei § 259
Individual- und Allgemeininteressen	Staatliche Rechtspflege	Vermögen
„... einem anderen, der eine rechtswidrige Tat begangen hat...“	„... daß ein anderer...wegen einer rechtswidrigen Tat...“	„...die ein anderer gestohlen oder durch eine gegen fremdes Vermögen gerichtete rechtswidrige Tat ...“

**II. Perpetuierungstheorie**

Nach herrschender Perpetuierungstheorie besteht das Wesen der Hehlerei in der Aufrechterhaltung und Vertiefung der durch die Vortat geschaffenen rechtswidrigen Vermögenslage durch einverständliches Zusammenwirken mit dem Vortäter oder dessen Besitznachfolger.

Opfer	Vortäter	Hehler
	Einverständliches Zusammenwirken	

Im Rahmen der Hehlerei sind viele Einzelprobleme zu lösen. Die Perpetuierungstheorie, die den Sinn und Zweck der Norm konkretisiert, unterstützt die teleologische Auslegung bei der Problembewältigung.

**III. Tatbestandsmerkmale des § 259**

Hehlerei nach § 259 begeht, wer eine Sache, die ein anderer gestohlen oder sonst durch eine gegen fremdes Vermögen gerichtete rechtswidrige Tat erlangt hat, ankauft oder sonst sich oder einem Dritten verschafft, sie absetzt oder absetzen hilft.

Objektiver Tatbestand		Subjektiver Tatbestand
Tatobjekt	Tathandlung	Vorsatz
1. Sache 2. die ein anderer 3. gestohlen oder sonst durch eine gegen fremdes Vermögen gerichtete rechtswidrige Tat 4. erlangt hat	1. ankaufen 2. sonst sich oder einem Dritten verschafft 3. absetzt 4. absetzen hilft	

## 1. Objektiver Tatbestand

### a) Tatobjekt

Tatobjekt ist eine Sache, die ein anderer gestohlen oder sonst durch eine gegen fremdes Vermögen gerichtete rechtswidrige Tat erlangt hat.

#### aa) Sache

Sachen sind, wie bereits im Rahmen des Diebstahls geprüft, körperliche Gegenstände im Sinne der §§ 90 f. BGB. Hehlerei scheidet damit an Forderungen und Rechten aus. Allerdings können beispielsweise Sparbücher, die Rechte verkörpern, Sachen sein.

#### (1) Bewegliche und unbewegliche Sachen

Gehehlt werden können bewegliche Sachen wie Autos oder Schmuck. Eine Hehlerei ist jedoch auch bei unbeweglichen Sachen wie Grundstücken möglich, wenn sie durch Betrug oder Erpressung entzogen worden sind.

#### (2) Fremde, eigene und herrenlose Sachen

Das Tatobjekt kann eine fremde Sache sein, so wenn sie beispielsweise durch einen Diebstahl oder eine Unterschlagung erlangt wurden. Hehlerei ist aber auch an herrenlosen Sachen wie an gewilderten Tieren im Rahmen der Jagdwilderei nach § 292 und an eigenen Sachen im Falle der Pfandkehr nach § 289 möglich.

### bb) Vortat: Diebstahl oder eine sonst gegen fremdes Vermögen gerichtete Vortat

Die Vortat muß entweder ein Diebstahl oder eine gegen fremdes Vermögen gerichtete rechtswidrige Tat sein.

#### (1) Tatbestandsmäßige und rechtswidrige Vortat

Voraussetzung ist, daß die Vortat zumindest tatbestandsmäßig und rechtswidrig verwirklicht wurde (vgl. Legaldef. § 11 Nr. 5). Ob der Vortäter schuldhaft im Sinne der §§ 17, 19, 20, 35 gehandelt hat und ob die Tat verfolgbar ist (Verjährung, Strafantrag), ist unerheblich.

## **(2) Art der Vortat**

Zu den sonstigen Vortaten gehören zunächst einhellig die Vermögensdelikte im weiteren Sinne wie §§ 246, 249, 263, 266, 289, 292, 253, 289, 259.

Problematisch ist, ob auch Nichtvermögensdelikte in denen es zu einer Sachentziehung gekommen ist, von § 259 erfaßt werden.

D geht irrig davon aus, gegen E einen fälligen und einredfreien Anspruch auf Übereignung einer Uhr zu haben. Da sich E weigert dem Begehren von D nachzukommen, droht D ihm mit einem empfindlichen Übel. Die darauf von E herausgegebene Uhr schenkt er seiner Freundin H, die den Sachverhalt kennt. Strafbarkeit der H nach § 259?

Als geeignete Vortaten scheiden die Erpressung und die Unterschlagung aus, da hinsichtlich der Rechtswidrigkeit der Bereicherung (§ 253) bzw. der Zueignung (§ 246) ein Tatbestandsirrtum (§ 16) vorliegt. D hat damit lediglich eine Nötigung nach § 240 begangen.

### **(a) Nichtvermögensdelikte als taugliche Vortaten**

Nach herrschender Meinung sollen auch Begünstigung, Urkundenfälschung, Meineid oder Nötigung geeignete Vortaten sein können, sofern durch sie eine rechtswidrige, fremden Vermögensinteressen zuwiderlaufende Besitzlage begründet worden ist.

Auch wenn § 240 die Willensentschließungs- und Willensbetätigungsfreiheit und nicht das Vermögen schützt, hält H, die sich diese Uhr im Einvernehmen mit D verschafft hat, die durch die Nötigung herbeigeführte rechtswidrige Besitzlage aufrecht und begeht eine Hehlerei.

### **(b) Nur Vermögensdelikte als taugliche Vortaten**

Die anderer Ansicht läßt als Vortat nur Vermögensdelikte ausreichen, deren Unrecht zumindest auch in der Verletzung fremder Vermögensinteressen an Sachen zu erblicken ist. Schließlich spreche der Gesetzgeber von einer „gegen fremdes Vermögen gerichteten Tat“. Hierzu zählen eben nicht die §§ 257, 267, 154, 240.

§ 240 ist kein Vermögensdelikt. Insofern kann auch keine rechtswidrige Vermögenslage aufrechterhalten werden. Die Vortat des D war somit nicht tauglich. Eine Hehlerei der H scheidet mithin aus.

### **(c) Stellungnahme**

Für die zuletzt genannte Auffassung spricht, daß es einen Wertungswiderspruch darstellt, die Vortaten, die nicht das Vermögen betreffen, durch die Aufrechterhaltung dieser Besitzlage vermögensrechtlich über § 259 zu schützen.

H ist nicht wegen Hehlerei zu bestrafen.

## **(3) Stadium der Vortat**

Problematisch ist, ob ein versuchtes Delikt taugliche Vortat sein kann.

A entwendet seine eigene Sache, in der Vorstellung sie gehöre B. C kauft diese Sache an. Strafbarkeit des C nach § 259?

**(a) Versuchstat als keine taugliche Vortat**

Teilweise wird eine vollendete Vortat vorausgesetzt. Tatobjekte der Hehlerei seien Sachen, die ein anderer gestohlen oder durch ein sonstiges rechtswidriges Vermögensdelikt erlangt habe. Der Wortlaut „gestohlen“ setze ein vollendetes Delikt voraus.

Da A nur einen untauglichen Diebstahlversuch begangen hat, scheidet eine vollendete Hehlerei nach § 259 an der tauglichen Vortat.

**(b) Versuchstat als taugliche Vortat**

Die Gegenstimme verdient den Vorzug, da auch ein Versuch eine rechtswidrige Tat im Sinne des § 11 Nr. 5 darstellt. Allerdings muß der Versuch zu einer vollendeten Sacherlangung durch den Vortäter geführt haben, wie dies im Rahmen des untauglichen Versuchs anzunehmen ist, denn nur so kann die rechtswidrige Besitzlage aufrechterhalten werden (teleologisches Argument).

C hat sich einer vollendeten Hehlerei nach § 259 schuldig gemacht.

**cc) Vortat eines anderen**

Die Vortat muß die eines anderen sein. Umstritten ist, ob sich der Teilnehmer an der Vortat wegen Hehlerei strafbar machen kann, d.h., ob die Vortat für ihn die Tat eines anderen darstellt.

A ruft bei B den Tatentschluß hervor, einen Diebstahl zu begehen. Wie von Anfang an geplant, kauft er das Diebesgut später zu einem günstigeren Preis von B ab. Strafbarkeit des A?

**(1) Fremde Vortat auch bei Tatteilnahme**

Die herrschende Meinung nimmt eine fremde Vortat auch bei Tatteilnahme an. Die kurzfristig vertretene Auffassung, der Anstifter, der es von vornherein auf einen Beuteteil abgesehen habe, sei nur wegen Anstiftung zur Vortat zu bestrafen ist aufgegeben worden. Zwischen Vortatteilnahme und der Hehlerei läge Realkonkurrenz vor.

Auch als Anstifter ist der Diebstahl für A ein fremder, so daß er durch den Ankauf des Diebesgutes eine Hehlerei begeht. A ist strafbar nach §§ 242, 26, 259, 53.

**(2) Keine fremde Vortat bei Tatteilnehmer**

Die Gegenstimme verneint § 259 beim Beteiligten an der Vortat. Schließlich bestehe der Unrechtsgehalt der Beteiligung in der Teilnahme am Unrecht der Haupttat. Zu diesem Unrecht gehöre aber bereits die Aufrechterhaltung der rechtswidrigen Besitzlage.

A ist nur Anstifter zum Diebstahl nach §§ 242, 26 und kein Hehler nach § 259.

### (3) Stellungnahme

Für die herrschende Meinung spricht zunächst der Wortlaut. Fremde Tat ist die Vortat auch für den Anstifter. Zudem ist zu berücksichtigen, daß der Vortatteilnehmer die Herstellung der rechtswidrigen Besitzlage nicht selbst in vollem Umfang durchgeführt hat. Wesen der Hehlerei ist aber die Aufrechterhaltung und Vertiefung der rechtswidrigen Vermögenslage, die durch Weiterschieben der durch die Vortat erlangten Sache im Einverständnis mit dem Vorbesitzer erreicht wird. Auch das Verhalten des Tatteilnehmers hält zudem das Vertrauen potentieller Vermögensstrafäter in die Absatzmöglichkeit der Deliktsbeute aufrecht und weist somit die besondere abstrakte Gefährlichkeit einer Hehlereihandlung auf (teleologisches Argument). Nur durch die Ahndung über § 259 wird der volle Unwertgehalt des Vortatteilnehmers damit erfaßt. Eine bloße straflose Nachtat einer Teilnahme wäre somit nicht sachgerecht. Die besseren Gründe sprechen mithin für die Bejahung der Vortat eines anderen auch bei Vortatteilnahme.

#### **Zusammenfassung LIII: Vortatteilnehmer als Hehler**

Fremde Vortat bei Tatteilnahme	Keine fremde Vortat bei Tatteilnahme
<ul style="list-style-type: none"> <li>- Wortlaut</li> <li>- Teilnehmer führt die Herstellung der rechtswidrigen Vermögenslage nicht selbst in vollem Umfang durch, die rechtswidrige Vermögenslage wird auch vom Teilnehmer perpetuiert (teleologisches Argument)</li> <li>- Abstrakte Gefährlichkeit der Hehlereihandlung</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- der Unrechtsgehalt der Beteiligung besteht in der Teilnahme am Unrecht der Haupttat</li> </ul>

#### **dd) Unmittelbare Erlangung der Sache durch die Vortat**

Die Sache muß unmittelbar durch die Vortat erlangt worden sein. Nur insofern besteht die rechtswidrige Besitzposition, deren Aufrechterhaltung das entscheidende Moment für den Wesensgehalt der Hehlerei darstellt.

A begeht einen Diebstahl gegenüber B, indem er dessen Uhr entwendet. Beim gutgläubigen Juwelier J tauscht er die Uhr gegen eine Kette ein. Diese schenkt er seiner Freundin F, die in die Geschehnisse eingeweiht ist. Strafbarkeit der F?

F begeht eine Hehlerei, indem sie sich die Kette, die durch einen Betrug gegenüber und zum Nachteil des Juweliers erlangt wurde, verschafft hat. Der Diebstahl an der Uhr ist hingegen nicht die taugliche Vortat, da die Kette nicht unmittelbar aus den Diebstahl herrührt.

#### **(1) Ersatzhehlerei (insbesondere bei Geld)**

Aus dem Merkmal der Unmittelbarkeit ist abzuleiten, daß die Ersatzhehlerei nicht unter § 259 fällt.

A begeht einen Diebstahl gegenüber B, indem er dessen Geld entwendet. Beim gutgläubigen Juwelier J kauft er von dem Geld eine Kette. Diese schenkt er seiner Freundin F, die in die Geschehnisse eingeweiht ist. Strafbarkeit der F?

F begeht keine Hehlerei, da die Kette nicht aus einem Betrug stammt. So hat J gutgläubig Eigentum an den gestohlenen Geldscheinen erlangt (beachte aber die Makeltheorie)<sup>39</sup>. Eine Hehlerei an der Kette durch den Diebstahl als Vortat ist abzulehnen, da die Kette nicht unmittelbar hieraus herrührt.

Fraglich ist, ob bei Geld eine Ausnahme von der Straflosigkeit der Ersatzhehlerei zu machen ist.

Das aus einem Diebstahl des A stammende Geld zahlt dieser auf eines seiner Konten auf der Bank ein. B verschafft sich dieses Geld, indem er es im Einvernehmen mit A abhebt.

Das von B abgehobene Geld ist durch die Transaktion mit der Bank nicht genau das Geld, das A zuvor gestohlen hat. Insofern könnte es an der Unmittelbarkeit der Sacherlangung fehlen.

Nach der Wertsummentheorie ist Identität auch zwischen gestohlenem und eingewechseltem Geld gegeben, da es bei Geld nicht um den konkreten Schein, sondern nur den dahinterstehenden Wert geht. Hiergegen ist aber das strafrechtliche Analogieverbot nach Art. 103 II GG anzuführen. Für die Verneinung des § 259 auch in Form der Werthehlerei bei Geld spricht zudem § 261. Durch die Einführung der Strafbarkeit der Geldwäsche durch das OrgKG vom 15.7.1992 wollte der Gesetzgeber die Strafbarkeitslücken für jede Art der Ersatzhehlerei schließen.

Eine Hehlerei des B scheidet mithin aus. Zu prüfen ist eine Geldwäsche nach § 261 II Nr. 1, I Nr. 4 a).

## **(2) Abgeschlossene Vortat**

Das zeitliche Verhältnis zwischen Vortat und Hehlerei ist umstritten, wenn Vortat und Hehlerei zusammenfallen.

A ist Verkaufsfahrer einer Mineralölfirma. Von den 10.000 l Öl, die sich in seinem Tankfahrzeug befinden, verkauft er eigenmächtig 2000 l an den mit ihm befreundeten Tankstellenpächter T zu einem stark reduzierten Preis und füllt die Menge in den Tank von T. Strafbarkeit des T?

Da für die Zueignungshandlung im Sinne des § 246 der Kaufvertrag über eine noch nicht ausgesonderte Teilmenge einer Gattung nicht ausreicht, vollzog sich die Sacherlangung (§ 246 durch A) und die Verschaffungshandlung (§ 259 durch T) gleichzeitig.

### **(a) Sukzessivitätstheorie**

Nach der Sukzessivitätstheorie setzt die Hehlerei in Bezug auf die Sacherlangung eine tatsächlich und rechtlich abgeschlossene und damit regelmäßig vollendete Vortat voraus, an der die Hehlereihandlung zeitlich nachfolgend anknüpfen kann. Falls demgegenüber die Vortat und die Hehlereihandlung zeitlich zusammen, komme nur Beteiligung an der Vortat in Betracht.

Nach dieser Meinung hat sich T nur wegen Teilnahme zu § 246 strafbar gemacht.

<sup>39</sup> hierzu oben E. V. 4. b) dd) (1)

**(b) Gleichzeitigkeitstheorie**

Nach der Gleichzeitigkeitstheorie genügt es, wenn die Übertragung der Sache auf den Hehler gleichzeitig die in § 259 vorausgesetzte Vortat darstelle.

Damit kommt nach der Gleichzeitigkeitstheorie, sollte man mit der herrschenden Meinung den Tatteilnehmer als einen anderen ansehen<sup>40</sup>, eine Hehlerei nach § 259 in Betracht. Die Teilnahme zur Unterschlagung tritt in gesetzlicher Subsidiarität hinter der Hehlerei zurück.

---

<sup>40</sup> hierzu bereits oben I. III. 1. a) cc)

### (c) Stellungnahme

Für die Sukzessivitätstheorie spricht der Wortlaut. So heißt es schließlich „gestohlen hat“. Es muß also eine vollendete Vortat vorliegen. Zudem kann von der Aufrechterhaltung oder Vertiefung der rechtswidrigen Vermögenslage nur dort die Rede sein, wo dieser Zustand bereits besteht (teleologisches Argument). Schließlich bildet diese Meinung eine klare Grenzziehung zwischen Beihilfe und Hehlerei.

Zu folgen ist deshalb der Sukzessivitätstheorie.

T ist damit nur nach §§ 246, 27 strafbar. Eine Bestrafung aus § 259 wegen Hehlerei scheidet mithin aus.

#### Zusammenfassung LIV: Zeitliches Verhältnis der Hehlerei zur Vortat

Sukzessivitätstheorie	Gleichzeitigkeitstheorie
Die Vortat muß vollendet sein und die Hehlereihandlung muß zeitlich nachfolgen.	Die Übertragung der Sache auf den Hehler kann gleichzeitig mit der Vortat zusammenfallen
<ul style="list-style-type: none"> <li>- Wortlaut</li> <li>- nur so kann von der Vertiefung oder Aufrechterhaltung die Rede sein (teleologisches Argument)</li> <li>- Klare Grenzziehung zwischen Beihilfe und Hehlerei</li> </ul>	

### b) Tathandlung

Die Tathandlung besteht darin, daß der Täter die Sache ankauft, sich oder einem Dritten verschafft, sie absetzt oder absetzen hilft.

#### aa) Ankaufen oder sich oder einem Dritten verschaffen

Der Täter verschafft sich oder einem Dritten den Hehlereigegegenstand, wenn er oder der Dritte über diesen Gegenstand die tatsächliche Verfügungsgewalt im Wege des abgeleiteten Erwerbes und des einverständlichen Zusammenwirkens mit dem Vortäter erlangt hat.

Ankaufen ist ein Unterfall des Sich-Verschaffens und setzt die Übergabe der Sache an den Käufer voraus. Der Abschluß des Kaufvertrages genügt nicht, weil der Erwerber dadurch noch keine tatsächliche Verfügungsgewalt erlangt.

#### (1) Nicht Fremdbesitz

Für das Tatbestandsmerkmal des Sich-Verschaffens genügt die Erlangung bloßen Fremdbesitzes nicht. Wer deliktisch entzogene Sachen lediglich entleiht, anmietet oder aufbewahrt, begeht keine Hehlerei.

#### (2) Mittelbarer Eigenbesitz

Problematisch ist es, ob ein „Sich-Verschaffen“ auch dann vorliegt, wenn der Täter nur mittelbaren Eigenbesitz erlangt.

A hat einen Fernseher gestohlen und zur Sicherung eines ihm gewährten Darlehens dem gutgläubigen Pfandleiher B verpfändet. Seine Ansprüche gegen B veräußert A unter Übergabe des Pfandscheines zu einem Freundschaftspreis an C, der den Sachverhalt kennt. Strafbarkeit des C?

**(a) Potentiell-rechtliche Verfügungsmacht**

Nach der herrschenden Lehre von der potentiell-rechtlichen Verfügungsmacht ist der mittelbare Eigenbesitz ausreichend. Derjenige verschafft sich bereits das Pfand, der seinen Pfandschein erwirbt.

Hiernach reicht für die Heherleihandlung die von C erworbene Möglichkeit, das Pfand (den Fernseher) einzulösen und abzuholen aus.

**(b) Aktuell-faktische Verfügungsmacht**

Die Lehre von der aktuell-faktischen Verfügungsmacht hält dagegen die Erlangung des mittelbaren Besitzes nicht für ausreichend.

C hat sich hiernach den Fernseher noch nicht verschafft und auch solange keinen Versuch hierzu unternommen, als er zum Einlösen und Abholen noch nicht unmittelbar angesetzt hat. Da aber durch die Verpfändung gestohlener Sachen regelmäßig ein Betrug begangen wird, kommt der Pfandschein selbst als Hehlereigenstand in Betracht.

**(c) Stellungnahme**

Für die zuletzt genannte Meinung spricht, daß das Sich-Verschaffen (Ankaufen) die Erlangung einer tatsächlichen Sachherrschaftsgewalt voraussetzt. Es muß also eine Position entstehen, die dem Gewahrsam vergleichbar ist, den sich der Dieb eigenmächtig verschafft. Die Einigung über die Übernahme, ohne die Sache zu haben, so könnte man behaupten, begründe aber keine derartige Position. Die Lehre von der aktuell-faktischen Verfügungsmacht berücksichtigt aber nicht, daß mit dem Erwerb des Pfandscheines in aller Regel die Abtretung des durch den Verpfändungsvertrag begründeten Anspruches auf Herausgabe der verpfändeten Sache verbunden ist. Durch diese Zession erlangt der Erwerber mittelbaren Besitz und alle aus diesem Besitz resultierenden rechtlichen und tatsächlichen Einwirkungsmöglichkeiten, insbesondere das Recht auf Auflösung und Abholung. Damit aber hat er vom Vortäter die alleinige rechtlich tatsächliche, lediglich durch die Bedingung der Auslösung beschränkte Verfügungsgewalt über das Pfand. Deshalb ist mit der h.L. die potentiell rechtliche Verfügungsmacht und damit der mittelbare Eigenbesitz ausreichend für die Verwirklichung der Tatmodalität des „Sich-Verschaffens“ bzw. des „Ankaufens“.

**Zusammenfassung LV: Mittelbarer Eigenbesitz**

<b>Potentiell rechtliche Verfügungsmacht</b>	<b>Aktuell faktische Verfügungsmacht</b>
Mittelbarer Eigenbesitz reicht für ein „Sich-Verschaffen“ aus.	Mittelbarer Eigenbesitz reicht für ein „Sich-Verschaffen“ nicht aus.
- durch den mittelbaren Besitz werden alle rechtlichen und tatsächlichen Einwirkungsmöglichkeiten erlangt.	- nur so entsteht eine tatsächliche Verfügungsgewalt

**(3) Mitverzehr**

Streitig ist, ob im Mitverzehr von Genuß- und Nahrungsmittel ein Sichverschaffen vorliegt.

A, der aus einem Feinkostgeschäft Delikatessen gestohlen hat, lädt seinen in alles eingeweihten Freund F zu einem Festschmaus ein. F verzehrt die Lebensmittel. Strafbarkeit des F nach § 259?

**(a) Kein „Sich-Verschaffen“**

Beim Mitverzehr gestohlener Nahrungsmittel verneint die herrschende Meinung ein „Sich-Verschaffen“, da der zum Mitverzehr Eingeladene in der Regel keine vom Gastgeber unabhängige Verfügungs- oder Mitverfügungsgewalt an den zum Verzehr bereitgestellten Speisen erhalte.

Eine Hehlerei des F scheidet durch den Genuß der Delikatessen aus.

**(b) Ein „Sich-Verschaffen“**

Da der Verzehrende mit dem Beginn der Nahrungsaufnahme eine den Vortäter gänzlich ausschließende Herrschaftsmacht über die Sache erlange, bejaht die Mindermeinung demgegenüber ein „Sich-Verschaffen“. Der Täter übernehme die Gegenstände nicht nur ihrem wirtschaftlichen Wert, sondern sogar der Substanz nach und erlange damit spätestens eine eigentümerähnliche Stellung.

F hat sich durch den Verzehr der Lebensmittel diese verschafft, so daß eine Hehlerei nach § 259 vorliegt.

**(c) Stellungnahme**

Unter dem Blickwinkel des nach der Perpetuierungstheorie von § 259 bezweckten Vermögensschutzes (teleologisches Argument) ist die Einbeziehung des bloßen Mitverzehrs von Sachen in den Schutzbereich des Hehlereitattbestandes mit der Mindermeinung sachgerecht.

F hat sich deshalb einer Hehlerei schuldig gemacht.

**Zusammenfassung LV: Mitverzehr von Lebensmittel**

Kein „Sich-Verschaffen“	Ein „Sich-Verschaffen“
- keine vom Gastgeber unabhängige Verfügungs- oder Mitverfügungsgewalt an den zum Verzehr bereitgestellten Speisen	- berücksichtigt den Perpetuierungsgedanken (teleologisches Argument)

**(4) Mitverfügungsgewalt**

Problematisch ist, ob ein „Sich-Verschaffen“ beim Erwerb bloßer Mitverfügungsgewalt vorliegt.

Ein Mitgesellschafter M bringt als Vortäter seine Beute aus einem Raub in die Gesellschaft ein. Von der Vortat weiß der andere Gesellschafter G. Hehlerei des G?

Im Rahmen der Mitverfügungsgewalt wird wie folgt zu differenzieren sein:

Besteht die gemeinsame Berechtigung darin, daß beide nur gemeinschaftlich über die Sache verfügen können, scheidet Hehlerei in der Form des „Sich-Verschaffens“ aus, da sich der

Vortäter der Sache infolge des ihm verbleibenden Mitspracherechts nicht im eigentlichen Sinne entäußert hat.

Im Rahmen einer BGB-Gesellschaft ergibt sich die gesamthänderische Bindung aus §§ 718, 719 BGB. Ein Gesellschafter kann nicht über seinen Anteil an dem Gesellschaftsvermögen verfügen. Besteht zwischen M und G eine BGB-Gesellschaft, scheidet Hehlerei aus.

Ist jeder Gesellschafter für sich unter Ausschluß des anderen Teils Verfügungsberechtigt, so kann Hehlerei gegeben sein.

Besteht im Rahmen einer OHG nach § 125 I HGB keine Gesamtvertretungsmacht, kommt eine Hehlerei des G in Betracht.

### **(5) Rückführung an den Eigentümer**

Will der Täter die Sache dem durch die Vortat verletzten Eigentümer (auch entgeltlich) zurückführen, liegt kein Sich-Verschaffen vor. Der Täter will damit nicht die rechtswidrige Vermögenslage aufrechterhalten. Aus Gründen teleologischer Normreduktion entfällt unbestritten § 259.

### **(6) Ein durch Willensmängel zustande gekommenes Einverständnis**

Problematisch ist, ob auch ein durch Willensmängel zustande gekommenes Einverständnis für ein „Sich-Verschaffen“ ausreicht.

F, ein Gläubiger des A, der erfahren hat, daß A bei einem Diebstahl in das Antiquitätengeschäft 1000,- € aus der Kasse gestohlen hat, fordert A auf, sein wiederholt angemahntes Darlehen in gleicher Höhe zurückzuzahlen, ansonsten zeige er den A wegen des Diebstahls an. Aufgrund dieser Drohung zahlt A die von ihm geschuldeten 1000,- € mit dem zuvor gestohlenen Geld.

Da A durch die Rückzahlung des Darlehens von einem fälligen und einredefreien Anspruch des F frei wurde, fehlt es für eine Erpressung entweder am Vermögensschaden oder an der rechtswidrigen Bereicherungsabsicht. A hat jedoch eine Nötigung nach § 240 begangen. Die Verwerflichkeit nach § 240 II ergibt sich darauf, daß der Anspruch einem anderen Lebenssachverhalt entstammte und nicht mit der anzuzeigenden Straftat zusammenhing.

#### **(a) Tatsächliches Einverständnis reicht aus**

Nach herrschender Meinung reicht das rein tatsächliche Einverständnis für die Hehlerei aus. Unter dem Aspekt der Aufrechterhaltung der rechtswidrigen Besitzlage und der damit korrespondierenden Vermögensbeeinträchtigung ist es gleichgültig, ob der Übergang der Sache auf den Hehler durch den Einsatz von Täuschungs- oder Nötigungsmitteln bewirkt wird (teleologisches Argument). Die Preisgabe der Sache durch den dazu getäuschten oder genötigten Vortäter hört schließlich trotz des auf ihn ausgeübten Willenszwanges bzw. trotz der Täuschung nicht auf, eine Gewollte zu sein (vgl. auch § 123 BGB).

Obwohl F den Vortäter A durch Drohung zwingt ihm die Verfügungsmacht zu überlassen, hat sich F das Geld verschafft.

**(b) Willensmangelfreies Einverständnis erforderlich**

Nach der Mindermeinung in der Literatur und der Rechtsprechung reicht ein durch Täuschung oder Drohung bewirktes Einverständnis nicht aus.

Da das Einverständnis durch eine Drohung abgenötigt wurde, hat sich F das Geld nicht im Einverständnis mit A verschafft.

**(c) Stellungnahme**

Die letzte Ansicht verdient den Vorzug. So reizt ein durch Täuschung oder Drohung bewirktes Einverständnis den Vortäter schwerlich zur Tat. Darüber hinaus stellt es einen Wertungswiderspruch dar, wenn die räuberische Erpressung einer deliktisch erworbenen Sache gleichzeitig eine Hehlerei darstellt, der Raub derselben Sache dagegen nicht. So fehlt es im letzten Fall an jedem Einvernehmen mit dem Vortäter. Schließlich wird in den Fällen der Täuschung oder Drohung der Unrechtsgehalt durch eine Bestrafung aus § 263 bzw. §§ 253, 255, 240 hinreichend erfaßt, so daß § 259 in solchen Fällen abzulehnen ist.

F hat sich die Geldscheine damit nicht verschafft, da es durch die Drohung des F an einem willensmangelfreien Einverständnis zwischen A und F fehlt. Eine Hehlerei nach § 259 scheidet mithin aus.

**Zusammenfassung LVI: „Sich-Verschaffen“ bei einem durch Willensmangel zustande gekommenen Einverständnis**

<b>Tatsächliches Einverständnis reicht aus</b>	<b>Willensmangelfreies Einverständnis erforderlich</b>
- teleologisches Argument	- Vortäter wird nicht durch Täuschung oder Drohung zur Tat angereizt - Wertungswiderspruch zwischen räuberischem Diebstahl und Raub - §§ 263, 253, 255, 240 reichen als Straftatbestände aus

**bb) Absatz**

Als weitere Tathandlung kommt der Absatz in Betracht. Absetzen ist das Unterstützen eines anderen beim Weiterschicken der bemakelten Sache durch selbständiges Handeln (Tätigwerden für fremde Rechnung aber in eigener Regie).

**(1) Rückveräußerung an den Eigentümer**

Problematisch ist, ob ein Absetzen (dasselbe gilt für die noch unten darzustellende Absatzhilfe) auch dann vorliegt, wenn die Sache an den Eigentümer rückveräußert wird. Anders als beim Merkmal des „Sich-Verschaffens“, wo dies einhellig verneint wird<sup>41</sup>, ist es hier umstritten. Während die herrschende Ansicht dies verneint, betont die Gegenansicht demgegenüber, daß der wirtschaftliche Wert der Sache gerade beim Täter verbliebe und der Eigentümer die Sache gewissermaßen neu erwerbe, so daß ein Absatz oder eine Absatzhilfe vorliege.

<sup>41</sup> I. III. 1. b) aa) (5)

## (2) Lieferung an den Ermittlungsgehilfen

Wird eine bemakelte Sache an einen Ermittlungsgehilfen der Polizei geliefert scheidet vollendete Hehlerei aus.

A hatte verschiedene Gegenstände bei einem Einbruch gestohlen. Er bat B, Abnehmern für diese Gegenstände zu suchen. Der ahnungslose B geriet durch einen V-Mann an einen verdeckten Ermittler (VE) der Polizei, dem er das Diebesgut in zwei Lieferungen übergab. Bei der zweiten Lieferung wurde er verhaftet. Strafbarkeit des B?

Eine vollendete Hehlerei in Form des Absatzes bzw. der Absatzhilfe scheidet aus, da die Weitergabe der bemakelten Sache geeignet sein muß, die rechtswidrige Vermögenssituation aufrechtzuerhalten oder zu vertiefen. Bei Lieferung an einen verdeckten Ermittler der Polizei ist das nicht der Fall, da sie im Gegenteil dazu führt, daß der rechtmäßige Zustand wiederhergestellt wird. Da B aber nicht wußte, daß es sich um einen verdeckten Ermittler handelte, kommt eine versuchte Hehlerei in Betracht.

## (3) Eintritt des Absatzerfolges

Die Frage, ob es beim Absatz oder der Absatzhilfe zum Absatzerfolg gekommen ist, ist die im Rahmen der Hehlerei am häufigsten vorkommende Examensproblematik.

A hat eine große antike Vase gestohlen. Er bittet B, der in das Geschehen eingeweiht ist und sehr geschickt ist im Verhandeln, diese gegen eine Provision von 30 % in eigener Regie meistbringend zu verkaufen. Er bietet sie dem gutgläubigen D an. D zeigt jedoch trotz mehrfacher Überredungsversuche kein Interesse. Strafbarkeit des B?

Fraglich ist, ob eine vollendete oder nur eine versuchte Hehlerei in Form des Absatzes vorliegt, da D ablehnte.

Zu klären ist, ob es beim Absatz oder der Absatzhilfe zu einem Absatzerfolg gekommen sein muß.

### (a) Erfolgstendenztheorie

Nach der Erfolgstendenztheorie, die insbesondere in der Rechtsprechung vertreten wird ist für das Absetzen und die Absatzhilfe kein Erfolgseintritt erforderlich, vielmehr reicht jede auf den Absatzerfolg zielende Handlung zur Deliktvollendung. Damit begreift diese Ansicht § 259 als ein unechtes Unternehmensdelikt.

Hiernach ist die Hehlerei vollendet.

### (b) Erfolgstheorie

Die herrschende Lehre folgt demgegenüber der Erfolgstheorie. Die Tatmodalitäten des Absetzens und der Absatzhilfe sind erst dann vollendet, wenn der Absatzerfolg eintritt.

Mangels Absatzerfolges kommt nur eine versuchte Hehlerei in Betracht.

### **(c) Differenzierende Theorie**

Nach einer differenzierenden Theorie ist für die Vollendung beim Absatz, anders als bei der Absatzhilfe ein Absatzerfolg erforderlich.

Wie bei der Erfolgstheorie scheidet eine vollendete Hehlerei aus.

### **(d) Stellungnahme**

Die Erfolgstendenztheorie begründet ihr Ergebnis zunächst mit dem Wortsinn. So umfassen die Verben „absetzen“ oder „absetzen helfen“ beide sprachlich nicht die Herbeiführung des Absatzerfolges, sondern jede auf den Absatz zielende Handlung. Auch ist für ihr Ergebnis das historische Argument heranzuziehen. Schließlich ließ § 259 a.F. - „Mitwirken zum Absatz“- jede Tätigkeit genügen, die geeignet war, die wirtschaftliche Verwertung ohne Rücksicht auf den Erfolg zu unterstützen. Der Gesetzgeber, so führt diese Meinung an, wollte durch die Neuregelung des § 259 diesen bisherigen Rechtszustand nicht verändern. Auch durch eine auf den Absatz zielende Handlung werde die rechtswidrige Vermögenslage aufrechterhalten, so daß auch teleologische Erwägungen für die Strafbarkeit von Handlungen, die auf den Absatzerfolg zielen, sprechen (teleologisches Argument). Schließlich ist die Vorverlagerung der Vollendungsstrafbarkeit aus kriminalpolitischen Gründen gerechtfertigt, weil es zahlreiche Handlungen gibt, die ihrem Schuldgehalt und ihrer Gefährlichkeit nach die erfolgreiche Hehlereihandlung erheblich überschreiten können.

Die Erfolgstendenztheorie überzeugt allerdings nicht. So verlangen die Verben „absetzen“ und „absetzen helfen“ gleichermaßen, also auch entgegen der differenzierenden Theorie nach dem Wortsinn, daß der Absetzende den Besitz über den Gegenstand aufgegeben hat. Anderenfalls liegt eine unzulässige Analogie, und damit ein Verstoß gegen Art. 103 II GG vor. Der von der Gegenansicht geltend gemachte gesetzgeberische Wille muß unberücksichtigt bleiben, da er keinen Niederschlag in der sprachlichen Ausgestaltung des Hehlereitstatbestandes gefunden hat. Auch die teleologische Auslegung spricht für die Erfolgstheorie. So liegt das Wesen der Hehlerei in der Aufrechterhaltung der durch die Vortat geschaffenen rechtswidrigen Vermögenslage. Dazu muß aber die Vortatbeute weitergeschoben werden können.

Für die Erfolgstheorie spricht ferner eine systematische Überlegung. So verlangt auch die Verschaffensalternative eine erfolgreiche Sachverschiebung. Zudem ist bei der Erfolgstendenztheorie eine Abgrenzung Versuch/Vollendung nicht mehr möglich. Die besseren Gründe sprechen folglich für die Erfolgstheorie.

B hat keine vollendete Hehlerei begangen.

**Zusammenfassung LVII: Eintritt des Absatz- oder des Absatzhilfeeerfolges**

<b>Erfolgstendenztheorie</b>	<b>Erfolgstheorie</b>	<b>Differenzierende Theorie</b>
Bei Absatzhilfe und Absatz ist kein Erfolgseintritt erforderlich. § 259 ist ein unechtes Unternehmensdelikt.	Bei Absatzhilfe und Absatz wird ein Erfolg vorausgesetzt.	Beim Absatz ist, anders als bei der Absatzhilfe ein Absatzerfolg erforderlich.
- Wortsinn - historisches Argument - teleologisches Argument - kriminalpolitisches Argument	- Wortsinn - historisches Argument - teleologisches Argument - systematisches Argument zum Verschaffen - Abgrenzung Versuch/Vollendung ist nur so möglich	

**cc) Absatzhilfe**

Absatzhilfe ist jede unselbständige, weisungsabhängige Hilfeleistung bei den Bemühungen des Vortäters um Absatz (Tätigwerden in fremder Regie).

**(1) Abgrenzung zur Beihilfe zur Hehlerei**

Der Absatz ist für den Vortäter selbst keine Hehlerei. Wer dem Vortäter Hilfe leistet ist mangels vorsätzlich rechtswidriger Haupttat straflos. Nur durch die Einführung der Tatmodalität der Absatzhilfe konnte klargestellt werden, daß eine solche Unterstützungshandlung strafbar ist.

Wird also der Vortäter unterstützt, kommt eine täterschaftliche Hehlerei in Form der Absatzhilfe in Betracht, wird einem vom Vortäter unabhängigen Hehler geholfen, liegt Beihilfe zur Hehlerei vor.

<b>Absatzhilfe § 259</b>	<b>Beihilfe zur Hehlerei §§ 259, 27</b>
<b>Unterstützung des Vortäters</b>	<b>Unterstützung des Hehlers</b>

**(2) Unentgeltliche Perpetuierungsakte**

Umstritten ist, ob unter Absatz bzw. Absatzhilfe auch unentgeltliche Perpetuierungsakte fallen.

Der stark verschuldete A hat mehrere Fernseher gestohlen. Da sich sein Sohn S schon lange einen Fernseher wünscht, A aber befürchtet, daß S angesichts der drückenden finanziellen Verhältnisse Verdacht schöpfen werde, beauftragt er seinen in alles eingeweihten Freund F, dem S das Gerät als Gewinner eines Preisausschreibens zu überbringen. F erklärt sich dazu bereit und übergibt dem S den Fernseher. Strafbarkeit des F?

Ein „Sich-Verschaffen des F kommt nicht in Betracht, da die Verfügungsgewalt des F nicht darauf angelegt ist, mit der Sache zu eigenen Zwecken zu verfahren. F könnte jedoch geholfen haben, das Gerät abzusetzen.

**(a) Nur entgeltliche Perpetuierungsakte**

Nach einer verbreiteten Ansicht kann vom Absetzen oder Absatzhilfe nur die Rede sein bei wirtschaftlicher Verwertung.

F hat aber das Fernsehgerät unentgeltlich weitergeschoben, so daß hiernach eine Hehlerei ausscheidet.

### **(b) Auch unentgeltliche Perpetuierungsakte**

Nach der vorzugswürdigen Gegenstimme ist für die Perpetuierung die Entgeltlichkeit der Besitzverschiebung irrelevant. Dies folgt aus systematischen Überlegungen. So begründet nach allgemeiner Auffassung auch die unentgeltliche Erlangung umfassender Verfügungsgewalt ein „Sich-Verschaffen“. Es besteht deshalb kein sachlicher Grund dafür, beim Verschenken nur den Erwerbsvorgang unter Hehlereigesichtspunkten (Verschaffen) zu erfassen, nicht jedoch den Übertragungsakt selbst, obwohl er ebenso zur Verschiebung der Deliktsbeute beiträgt (teleologisches Argument).

F hat eine vollendete Hehlerei nach § 259 begangen.

### **Zusammenfassung LVIII: Entgeltlichkeit bei Absatz und bei Absatzhilfe**

<b>Nur entgeltliche Perpetuierungsakte</b>	<b>Auch unentgeltliche Perpetuierungsakte</b>
	- systematische Überlegungen (Sich-Verschaffen) - teleologisches Argument

### **(3) Aussuchen der Gegenleistung**

Problematisch ist, ob eine Absatzhilfe auch beim bloßen Aussuchen der Gegenleistung vorliegt.

A hat aus einem Raubüberfall 1000,- Euro erlangt. Er kauft seiner Freundin F, die von der Herkunft des Geldes weiß, von den 1000,- Euro beim Juwelier eine von F ausgesuchte Perlenkette. Strafbarkeit der F?

An der Perlenkette scheidet Hehlerei aus, da diese nicht unmittelbar durch die Vortat erlangt wurde. Auch der Erwerb der Kette stellt nach h.M. kein Vermögensdelikt dar, da der Juwelier gemäß §§ 932, 935 II BGB gutgläubig Eigentum an dem Geld erlangt hat. Ob F Absatzhilfe am Geld geleistet hat, ist fraglich, da F nur die Gegenleistung aussuchte.

Teilweise wird die Absatzhilfe bejaht, da der Täter eine über die bloße Empfangnahme der Gegenleistung hinausgehende Tätigkeit - Aussuchen - entwickle. Nach der herrschenden Meinung scheidet aber zu Recht alle Fälle aus der Hehlerei aus, die nicht die Förderung der Übertragung der tatsächlichen Verfügungsgewalt auf einen Dritten, sondern die Gegenleistung des Erwerbers betreffen.

F hat damit keine Hehlerei begangen.

### **(4) Lieferung an den Ermittlungsgehilfen/(5) Eintritt des Absatzerfolges**

Hinsichtlich der Absatzhilfe bei Lieferung an den Ermittlungsgehilfen und bei fehlendem Absatzhilfeeerfolg soll auf die obigen Ausführungen verwiesen werden<sup>42</sup>.

<sup>42</sup> I. III. 1. B) bb) (2)/(3)

## **2. Subjektiver Tatbestand**

Im subjektiven Tatbestand wird vorausgesetzt, daß der Hehler vorsätzlich handelt und in der Absicht, sich oder einen Dritten zu bereichern.

### **a) Vorsatz**

Der Täter muß Vorsatz auf alle objektiven Tatbestandsmerkmale gehabt haben.

### **b) Absicht sich oder einen Dritten zu bereichern**

Der Hehler muß das Ziel verfolgen, sich oder einen Dritten zu bereichern. Dabei braucht die Bereicherung nicht Triebfeder oder Endzweck seines Tuns zu sein. Erforderlich ist nur zielgerichtetes Handeln. Es genügt damit nicht, daß der Täter die Bereicherung als notwendige Folge seines Handelns hinnimmt. Als Delikt mit überschießender Innentendenz muß es nicht zur Erlangung der Bereicherung gekommen sein.

### **bb) Drittbereicherungsabsicht bei erstrebter Bereicherung des Vortäters**

Problematisch ist, ob der Hehler, der allein die Absicht hat, den Vortäter zu bereichern mit Drittbereicherungsabsicht handelt.

A hat eine antike Uhr gestohlen. E, ein Freund des A, der in die Geschehnisse eingeweiht ist, erweist dem A einen Freundschaftsdienst, indem er die gestohlene Uhr an den bösgläubigen X provisionsfrei verkauft. Strafbarkeit des E?

E hat nicht die Absicht sich zu bereichern, weil er die Uhr provisionsfrei verkauft. Er will also dem Vortäter A nur einen Freundschaftsdienst erweisen und nur diesen bereichern.

Ob die Absicht, allein den Vortäter zu bereichern, ausreicht ist umstritten.

### **(1) Vortäter als Dritter**

Die ältere Rechtsprechung und die Mindermeinung in der Literatur bejahen die Drittbereicherungsabsicht, auch wenn der Täter nur handelt, um den Vortäter zu bereichern.

E hat die gestohlene Uhr abgesetzt, um A, einen Dritten, zu bereichern. Er ist wegen Hehlerei zu bestrafen.

### **(2) Vortäter nicht als Dritter**

Die neue Rechtsprechung und die herrschende Meinung in der Literatur verneinen hingegen in solchen Fällen die Drittbereicherungsabsicht und damit die Hehlerei. Vielmehr sanktionieren sie das Verhalten lediglich als Begünstigung nach § 257.

Da der Vortäter nicht Dritter ist, scheidet eine Drittbereicherungsabsicht und damit eine Hehlerei aus. Es kommt jedoch Begünstigung nach § 257 in Betracht.

### **(3) Stellungnahme**

Für die zuerst genannte Ansicht werden insbesondere folgende Argumente angeführt: Während der objektive Tatbestand vom „anderen“ spricht, heißt es im subjektiven Tatbestand „Dritter“. Trotzdem sind die Begriffe unterschiedlich auszulegen. Der Vortäter, der zwar ein „anderer“ sei, könne damit auch Dritter sein. Zudem spricht die teleologische Auslegung für dieses Ergebnis: Wer dem Vortäter hilft, die Beute vorteilhaft abzusetzen, trägt ebenso zur Aufrechterhaltung der rechtswidrigen Besitzlage durch Weiterschlebung der Beute bei, wie der normale Hehler. Die teleologische Auslegung spricht damit für die Bejahung des § 259.

Darüber hinaus wird das Unrecht von § 257 nicht erfaßt. § 259 soll dem Vortäter nämlich einen zusätzlichen Vorteil verschaffen, nicht aber wie bei § 257 das Erlangte gegen Entziehung sichern.

Trotz dieser umfassenden Argumente ist jedoch der neuen Rechtsprechung und herrschenden Lehre der Vorzug zu geben.

Das Gesetz differenziert zwischen dem Täter, dem anderen und dem Dritten. Der Sinnzusammenhang liegt nahe, den Vortäter, der ein anderer ist, damit nicht als Dritten anzusehen. Für dieses Ergebnis spricht auch die Entstehungsgeschichte. Vor 1974 mußte der Hehler seines Vorteils wegen handeln. Mit der Ergänzung der Drittbereicherungsabsicht sollte lediglich die Strafbarkeit von „Gewerbegehilfen“, die Hehlerei zum Vorteil ihres Geschäftsherren vornehmen, sichergestellt werden, nicht aber die Absicht, ausschließlich den Vortäter zu bereichern, sanktioniert werden. Zudem macht neben dem Perpetuierungsgedanken erst die eigennützige Motivation die kriminalpolitische Stoßrichtung des Hehlereitattbestandes aus. Auch kann nur so der Tatbestand der Begünstigung von der Hehlerei abgegrenzt werden. Festzuhalten ist, daß die Drittbereicherungsabsicht bei der ausschließlichen Absicht, den Vortäter zu bereichern, abzulehnen ist.

**Zusammenfassung LIX: Drittbereicherungsabsicht bei erstrebter Bereicherung des Vortäters**

Vortäter als Dritter	Vortäter nicht als Dritter
<ul style="list-style-type: none"> <li>- Wortlaut: „anderer“ objektiver Tatbestand „Dritter“ subjektiver Tatbestand</li> <li>- teleologisches Argument</li> <li>- Unrecht wird nicht von § 257 erfaßt</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Wortlaut „anderer“ und „Dritter“ sind nicht identisch</li> <li>- historisch: Drittbereicherungsabsicht soll die Strafbarkeit von Gewerbegehilfen erfassen</li> <li>- teleologisch</li> <li>- Abgrenzung der Begünstigung von der Hehlerei möglich</li> </ul>

**bb) Stoffgleichheit nicht erforderlich**

Stoffgleichheit zwischen Hehlereigegegenstand und Vortat ist – anders als im Rahmen des Betruges<sup>43</sup> - nicht notwendig. Deshalb begeht z.B. Hehlerei, wer Waren, für die er keine Verwendung hat, dem Vortäter abnimmt, um mit ihm ins Geschäft zu kommen und um später günstigere Angebote zu erhalten.

**cc) Rechtswidrigkeit: Fälliger und einredfreier Speziesanspruch gegen das Vortatopfer**

Problematisch ist, ob derjenige Hehlerei begeht, der einen fälligen und einredfreien Speziesanspruch gegen das Vortatopfer hat, der also keinen rechtswidrigen Vermögensvorteil erstrebt.

H hatte einen titulierten Anspruch gegen E auf Herausgabe und Übereignung eines dem E gehörenden Gemäldes. Vollsteckungsversuche blieben erfolglos. Per Zufall erfuhr H, daß sein Freund D aus einem Versteck des E mehrere Kunstgegenstände, darunter auch das Bild, entwendet hatte. H bat D unter Schilderung des Sachverhaltes, ihm das Gemälde zu überlassen. D kam der Bitte nach. Strafbarkeit des H?

Bei den Zueignungstatbeständen (z.B. § 242) nimmt der Speziesanspruch der mit der beabsichtigten Zueignung einhergehenden Sachverschiebung die Rechtswidrigkeit.

Bei § 259 hat der Gesetzgeber aber auf das Merkmal der Rechtswidrigkeit der Bereicherungsabsicht bewußt verzichtet, weil auch trotz fälligem und einredfreiem Anspruchs die rechtswidrige Vermögenslage aufrechterhalten werde. Deshalb bejaht die herrschende Meinung auch dann Hehlerei, wenn der vom Täter erstrebte Vorteil nicht rechtswidrig ist.

Obwohl die Bereicherungsabsicht nicht rechtswidrig war, perpetuierte H die von D durch den Diebstahl geschaffene rechtswidrig Vermögenslage, so daß er eine Hehlerei beging.

**IV. Gewerbsmäßige Hehlerei, Bandenhehlerei nach § 260**

Gewerbsmäßige Hehlerei oder Bandenhehlerei nach § 260 begeht derjenige, der gewerbsmäßig oder als Mitglied einer Bande, die sich zur fortgesetzten Begehung von Raub oder Diebstahl oder Hehlerei verbunden hat hehlt.

<sup>43</sup> vgl. oben E. VI. 2. d)

## **II. Qualifikation und Unterschied zu §§ 243 I 2 Nr. 3, 244 I Nr. 2**

Anders als der gewerbsmäßige Diebstahl ist die gewerbsmäßige Hehlerei eine Qualifikation, d.h. der Richter hat kein Ermessen. Bandenhehlerei und Bandendiebstahl nach § 244 I Nr. 2 sind demgegenüber gleichermaßen Qualifikationen.

### **1. Gewerbsmäßigkeit nach § 260 I Nr. 1**

Wie im Rahmen des § 243 I 2 Nr. 3 dargestellt, handelt gewerbsmäßig nach § 260 I Nr. 1, wer die Hehlerei mit der Absicht begeht, sich aus ihrer wiederholten Begehung eine Einnahmequelle von einer gewissen Dauer und Erheblichkeit zu verschaffen. Diese Voraussetzungen können bereits mit der ersten Tat vorliegen.

### **2. Mitglied einer Bande nach § 260 I Nr. 2**

Bei der Bandenhehlerei nach § 260 I Nr. 2 soll auf die Ausführungen zum Bandendiebstahl verwiesen werden. Die Bandenhehlerei setzt, wie bereits oben dargestellt<sup>44</sup>, keine Mitwirkung eines anderen Bandenmitglieds voraus.

### **3. Jeweils besondere persönliche Merkmale nach § 28 II**

Die Gewerbsmäßigkeit und die Eigenschaft als Mitglied einer Bande sind besondere persönliche Merkmale im Sinne des § 28 II.

## **VII. Gewerbsmäßige Bandenhehlerei nach § 260 a**

Begeht der Täter die Hehlerei als Mitglied einer Bande, die sich zur fortgesetzten Begehung von Raub, Diebstahl oder Hehlerei verbunden hat, gewerbsmäßig, liegt eine gewerbsmäßige Bandenhehlerei vor. In § 260 a treffen die qualifizierten Fälle des § 260 zusammen. Der Hehler ist sowohl gewerbsmäßig als auch bandenmäßig tätig.

---

<sup>44</sup> hierzu bereits oben B. VIII. 3.

## K. Begünstigung (§ 257)

Wer einem anderen, der eine rechtswidrige Tat begangen hat, in der Absicht Hilfe leistet, ihm die Vorteile der Tat zu sichern, begeht eine Begünstigung nach § 257.

### I. Sachliche Begünstigung im Gegensatz zur persönlichen Begünstigung

§ 257 erfaßt die *sachliche Begünstigung*.

A hat dem B eine Vase geraubt. C stellt die Raubbeute in seinem Keller unter, damit A diese Beute nicht entzogen wird.

§ 258 sanktioniert hingegen die *persönliche Begünstigung*.

A hat dem B eine Vase geraubt. C bietet dem von der Polizei verfolgten A Unterschlupf in seinem Keller.

### II. Geschützte Rechtsgüter

Schutzgut des § 257 ist das Interesse an der Wiederherstellung des gesetzmäßigen Zustandes als Allgemein- und Individualinteresse (Restitutionsvereitelung).

### III. Gefährdungsdelikt

Da die Vorteilssicherung nicht gelingen muß, handelt es sich bei der Begünstigung um ein Gefährdungsdelikt.

### IV. Tatbestandsmerkmale des § 257

Die Begünstigung setzt voraus, daß der Täter einem anderen in der Absicht Hilfe leistet, ihm die aus einer rechtswidrigen Tat erlangten Vorteile zu sichern.

Objektiver Tatbestand	Subjektiver Tatbestand	
1. Einem anderen, der eine rechtswidrige Tat begangen hat 3. Hilfe leisten	Vorsatz	Vorteilssicherungsabsicht

### V. Objektiver Tatbestand

#### 1. Einem anderen, der eine rechtswidrige Tat begangen hat

Ein anderer muß eine rechtswidrige Tat begangen haben, die sich nicht unbedingt gegen fremdes Vermögen richten muß. Die Selbstbegünstigung ist damit nicht tatbestandsmäßig. Die rechtswidrige Tat ist in § 11 I Nr. 5 legaldefiniert und setzt ein tatbestandsmäßiges und rechtswidriges, nicht aber ein schuldhaftes bzw. verfolgbares Verhalten voraus. Ist die Vortat

beendet, ist unproblematisch Begünstigung anzunehmen. Ist sie allerdings nur vollendet ist sie von der sukzessiven Beihilfe durch die Willensrichtung abzugrenzen.<sup>45</sup>

---

<sup>45</sup> hierzu bereits go-jura Strafrecht AT, C. Kapitel II, Täterschaft und Teilnahme, §§ 25 ff. II. 2a) bb) (2)

## **2. Hilfe leisten**

Unter Hilfeleistung versteht man jede Handlung, die objektiv geeignet ist, den Vortäter bezüglich der Vorteilssicherung unmittelbar auf Kosten des Verletzten besser zu stellen.

Typische Hilfehandlungen sind: Aufbewahren des Diebesgutes, Unkenntlichmachen gestohlener Sachen, wie Umlackieren einer Kfz, Verarbeiten gestohlener Stoffe, falsche Angaben über den Aufenthaltsort erbeuteter Sachen. Mitwirken beim Absatz der Beute.

Nicht über § 257 geschützt wird jedoch die Hilfeleistung, die lediglich der Sacherhaltung dient wie z.B. Füttern gestohlener Tiere.

### **a) Unmittelbarkeit**

Der Tatvorteil, um dessen Sicherung es geht, muß unmittelbar aus der Vortat stammen. Dabei ist die Unmittelbarkeit aber weitergehend als bei § 259. So sollen Geldbeträge, die aus strafbaren Handlungen stammen auch dann noch unmittelbar aus der Vortat erlangt gelten, wenn sie über Bankkonten geleistet werden. Strittig ist, ob § 257 darüber hinaus noch alle unmittelbaren Ersatzvorteile (z.B. Verkaufserlös für strafbar erworbene Sachen) erfassen soll.

### **b) Vollendung (unechtes Unternehmensdelikt)**

Vollendet ist die Tat bereits mit dem Hilfeleisten in Begünstigungsabsicht. Auf den Eintritt des angestrebten Erfolges kommt es nicht an. Die herrschende Meinung läßt zur Tatvollendung schon das unmittelbare Ansetzen zu einer Unterstützungshandlung ausreichen, die objektiv geeignet ist, dem Vortäter die Vorteile der Tat gegen ein Entziehen zugunsten des Verletzten zu sichern. Damit ist die Begünstigung ein unechtes Unternehmensdelikt.

## **VI. Subjektiver Tatbestand**

Neben dem Vorsatz muß der Täter in der Absicht handeln, dem Begünstigten die Vorteile der Tat zu sichern.

### **1. Vorsatz**

Vorsatz erfaßt dolus eventualis auf alle Tatbestandsmerkmale.

### **2. Vorteilssicherungsabsicht**

Zudem muß der Täter in der Absicht handeln, dem Begünstigten die Vorteile der rechtswidrigen Tat zu sichern. Absicht ist dabei nach herrschender Meinung dolus directus 1. Grades, d.h., der Täter muß zwar die Begünstigung des Vortäters nicht um seiner selbst willen erreichen wollen, es muß ihm jedoch jedenfalls auf diese Begünstigung als Mittel zur Erreichung eines weiteren Zwecks ankommen (Zwischenziel).

### **III. § 257 III**

Wegen Begünstigung wird nach § 257 III nicht bestraft, wer wegen Beteiligung an der Vortat strafbar ist. Dies gilt nicht für denjenigen, der einen an der Vortat Unbeteiligten zur Begünstigung anstiftet. § 257 III ist ein Strafausschließungsgrund. Er beruht auf dem Gedanken der mitbestraften Nachtat. Der Strafausschluß erstreckt sich nicht auf die Anstiftung eines an der Vortat Unbeteiligten zur Begünstigung, da der Anstifter einen bisher Unbeteiligten in die Strafbarkeit hineinzieht.