

Strafrecht – Besonderer Teil II

Strafrecht - Besonderer Teil II

Straftaten gegen das Vermögen

von

Prof. Dr. jur. Rolf Schmidt

**Hochschule für Angewandte Wissenschaften
Hamburg**

und

Dr. jur. Klaus Priebe

Rechtsanwalt in Berlin

10. Auflage 2011

Schmidt, Rolf / Priebe, Klaus: Strafrecht – Besonderer Teil II (Straftaten gegen das Vermögen)
Am Aufbau von Klausuren orientierte Studienliteratur im Strafrecht
10. völlig neu bearbeitete und aktualisierte Auflage – Grasberg bei Bremen 2011
ISBN: 978-3-86651-092-0; Preis: 21,50 EUR

© Copyright 2011: Dieses Buch ist urheberrechtlich geschützt. Die dadurch begründeten Rechte, insbesondere die des Nachdrucks, der Entnahme von Abbildungen und Prüfungsschemata, der Funksendung, der Wiedergabe auf photomechanischem oder ähnlichem Wege und der Speicherung in Datenverarbeitungsanlagen bleiben, auch bei nur partieller Verwertung, dem Verlag Dr. Rolf Schmidt GmbH vorbehalten. Zuwiderhandlungen sind strafbar.

Autoren: Prof. Dr. Rolf Schmidt / Dr. Klaus Priebe c/o Verlag Dr. Rolf Schmidt GmbH
Druck: Pinkvoss GmbH, 30519 Hannover
Verlag: Dr. Rolf Schmidt GmbH, Wörpedorfer Ring 40, 28879 Grasberg bei Bremen
Tel. (04208) 895 299; Fax (04208) 895 308; www.verlag-rolf-schmidt.de
E-Mail: verlagsr@t-online.de

Für Verbraucher erfolgt der deutschlandweite Bezug über den Verlag versandkostenfrei.

Vorwort

Die stetige Nachfrage nach den Lehrbüchern zum Besonderen Teil des Strafrechts ist eine erfreuliche Bestätigung dafür, dass die von den Autoren vorgenommene Kombination von deduktiver und induktiver Lernmethode den Bedürfnissen der Studierenden gerecht wird. Zahlreiche Rückmeldungen aus dem Leserkreis haben dies bestätigt.

Die konzeptionelle Besonderheit der Bücher besteht darin, dass in den jeweiligen Abschnitten der Stoff zunächst abstrakt erläutert und danach anhand von Beispielfällen konkretisiert wird. Dadurch erhält der Leser nicht nur das notwendige materiell-rechtliche Wissen, sondern auch die Befähigung, das Erlernte im Rahmen einer Prüfungsarbeit gutachterlich umzusetzen. Weiteres Merkmal der Bücher ist, dass Schwieriges nicht auf ein unzulässiges Maß reduziert oder gar übergangen wird, nur um eine (nicht gegebene) Einfachheit zu suggerieren, sondern dass der Stoff mit Bezug auf den Aufbau von Klausuren so aufbereitet wird, dass der Leser einen Einblick in die tatsächlichen Erwartungen bei Prüfungsarbeiten erhält.

Dem entspricht der Umfang des dargebotenen Stoffes, der sich aus der Kombination von lehrbuchartiger Darstellung, zahlreichen Beispiels-, Übungs- und Abschlussfällen mit Lösungsgesichtspunkten sowie Zusammenfassungen, Prüfungsschemata, hervorgehobenen Lerndefinitionen und Klausurhinweisen ergibt. Dadurch werden das Lernen und die Prüfungsvorbereitung deutlich erleichtert.

Hinweisen möchten wir an dieser Stelle auch auf unsere beiden Fallsammlungen: Die Fälle zum Strafrecht I beschäftigen sich mit dem Allgemeinen Teil und der Technik der Fallbearbeitung. Die Fälle zum Strafrecht II beinhalten den Besonderen Teil und prozessuale Zusatzaufgaben.

Unser Mitarbeiter, Herr Marc Bieber, hat zuverlässig Korrektur gelesen. Dafür danken wir ihm sehr herzlich.

Kritik und Verbesserungsvorschläge sind weiterhin willkommen und werden unter *rs@jura-institut.de* erbeten

Hamburg/Berlin, im August 2011

*Prof. Dr. jur. Rolf Schmidt
Dr. jur. Klaus Priebe*

Gliederung

Einführung	1
1. Kapitel – Diebstahl und Unterschlagung	3
A. Diebstahl (§ 242)	3
I. Tatbestand.....	6
1. Objektiver Tatbestand.....	6
a. Tatobjekt: Fremde bewegliche Sache	6
aa. Begriff der Sache	6
bb. Beweglichkeit der Sache.....	9
cc. Fremdheit der Sache	10
dd. Unterscheidung zwischen Eigentum, Besitz und Gewahrsam	10
ee. Begriff der Herrenlosigkeit.....	13
b. Tathandlung: Wegnahme.....	15
aa. Begriff des Gewahrsams	15
bb. Sonderfälle des Gewahrsams	18
cc. Bruch fremden Gewahrsams.....	22
dd. Begründung neuen Gewahrsams	28
ee. Vollendung und Beendigung des Diebstahls.....	32
2. Subjektiver Tatbestand.....	33
a. Allgemeiner Tatbestandsvorsatz	33
b. Absicht, die Sache sich oder einem Dritten rechtswidrig zuzueignen	34
aa. Enteignungskomponente	35
bb. Aneignungskomponente	36
cc. Insbesondere: Vereinigungstheorie	40
dd. Sonderfälle	43
ee. Problem der Drittzueignungsabsicht.....	48
c. Rechtswidrigkeit der (erstrebten) Zueignung.....	50
II. Rechtswidrigkeit und III. Schuld.....	54
IV. Mittäterschaft und Beihilfe	54
V. Konkurrenzen	54
B. Besonders schwerer Fall des Diebstahls (§ 243)	55
I. Regelbeispieltechnik des StGB.....	55
II. Rechtsnatur des § 243 als Strafzumessungsregel	57
III. Einzelne Regelbeispiele	59
IV. Teilnehmerstrafbarkeit und § 28.....	66
V. § 243 und „Versuch“	66

1. Diebstahl versucht – Regelbeispiel verwirklicht.....	67
2. Diebstahl verwirklicht - Regelbeispiel gewollt, aber nicht verwirklicht.....	67
3. Diebstahl versucht - Regelbeispiel gewollt, aber ebenfalls nicht verwirklicht .	68
VI. Ausschluss durch § 243 II (Geringwertigkeit der Sache).....	69
VII. Strafverfolgungsvoraussetzungen	72
VIII. Konkurrenzen/Aufbauregeln.....	73

C. Diebstahl mit Waffen, Banden- und Wohnungseinbruchdiebstahl

(§ 244) 75

I. Tatbestand.....	77
1. Objektiver Tatbestand	77
a. Diebstahl mit Waffen/anderen gefährlichen Werkzeugen, § 244 I Nr. 1a.....	77
aa. Begriff der Waffe i.S.v. § 244 I Nr. 1a Var. 1	78
bb. Anderes gefährliches Werkzeug i.S.v. § 244 I Nr. 1a Var. 2	80
cc. Tathandlung: Beisichführen.....	84
dd. Sonderproblem „Teilrücktritt“ von der Qualifikation	86
ee. Sonderproblem „zum Waffentragen verpflichtete Personen“	87
b. Diebstahl mit sonstigen Werkzeugen und Mitteln, § 244 I Nr. 1b.....	89
c. Bandendiebstahl, §§ 244 I Nr. 2, 244a	92
d. Wohnungseinbruchdiebstahl, § 244 I Nr. 3	99
2. Subjektiver Tatbestand.....	101
II. Rechtswidrigkeit und III. Schuld.....	101

D. Unbefugter Gebrauch eines Fahrzeugs (§ 248b) 102

I. Tatbestand.....	102
II. Konkurrenzen	102

E. Unterschlagung (§ 246) 103

I. Tatbestand.....	105
1. Tatobjekt: Fremde bewegliche Sache	105
2. Tathandlung: (Dritt-)Zueignung	106
a. Manifestation des Zueignungswillens.....	106
aa. Zueignungswille	106
bb. Äußerlich erkennbarer Zueignungsakt	106
b. Rechtswidrigkeit der Zueignung.....	109
c. Sonderproblem unverlangt zugesendete Sachen	110
d. Erneute bzw. wiederholte Zueignung/Zueignung nach einer Zueignung	111
e. Gleichzeitige Zueignung und Subsidiaritätsanordnung	113
f. Qualifikation der veruntreuenden Unterschlagung, § 246 II.....	115
3. Vorsatz	116

II. Rechtswidrigkeit und III. Schuld.....	116
IV. Haus- und Familienunterschlagung/Unterschlagung geringwertiger Sachen	116
V. Wahlfeststellung zwischen Diebstahl und Unterschlagung	116
2. Kapitel – Raub und raubähnliche Delikte	118
A. Raub (§ 249)	118
I. Tatbestand.....	120
1. Objektiver Tatbestand	120
a. Tatobjekt: Fremde bewegliche Sache	120
b. Tathandlung: Wegnahme unter Einsatz qualifizierter Nötigungsmittel	120
aa. Wegnahme	120
bb. Qualifizierte Nötigungsmittel	122
a.) Gewalt gegen eine Person	122
b.) Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben	126
cc. Gewalt oder Drohung als Mittel zur Wegnahme (finale Verknüpfung).	127
2. Subjektiver Tatbestand.....	130
II. Rechtswidrigkeit und III. Schuld.....	133
IV. Mittäterschaft und Teilnahme	133
1. Mittäterschaft und (Dritt-)Zueignungsabsicht	133
2. Sukzessive Mittäterschaft	133
3. Sukzessive Beihilfe	135
4. Abstiftung, Aufstiftung, Umstiftung und sonstige Tatplanänderung	137
V. Konkurrenzen	139
B. Schwerer Raub (§ 250)	140
I. Qualifikationstatbestand des § 250 I	141
1. Objektiver Tatbestand	141
a. Raub mit Waffen/anderen gefährlichen Werkzeugen, § 250 I Nr. 1a	141
aa. Begriff der Waffe i.S.v. § 250 I Nr. 1a Var. 1	142
bb. Anderes gefährliches Werkzeug i.S.v. § 250 I Nr. 1a Var. 2.....	144
cc. Tathandlung: Beisichführen.....	145
dd. „Teiltrücktritt von der Qualifikation“.....	146
ee. „Berufswaffenträger“	146
b. Raub mit sonstigen Werkzeugen oder Mitteln, § 250 I Nr. 1b	146
c. Gesundheitsgefährdender Raub, § 250 I Nr. 1c	151
d. Bandenraub, § 250 I Nr. 2	152
2. Subjektiver Tatbestand.....	152
3. Typische Irrtumskonstellationen	152
II. Qualifikationstatbestand des § 250 II.....	153

1. Objektiver Tatbestand	153
a. Raub unter Verwendung einer Waffe oder eines anderen gefährlichen Werkzeugs, § 250 II Nr. 1	153
b. „Bandenraub“ unter Beisichführen von Waffen, § 250 II Nr. 2	157
c. Schwere körperliche Misshandlung, § 250 II Nr. 3a.....	157
d. Bringen des Opfers in die Gefahr des Todes, § 250 II Nr. 3b	158
2. Subjektiver Tatbestand.....	158
III. Minder schwerer Fall des Raubs	158
IV. Konkurrenzen	158
C. Raub mit Todesfolge (§ 251)	159
I. Grundlagen und Struktur	159
II. Eintritt der schweren Folge <i>Tod eines anderen Menschen</i>	161
III. Tatbestandsspezifischer Gefahrzusammenhang zw. Raub und Tod.....	162
IV. Subjektive Beziehung zur schweren Folge: Leichtfertigkeit.....	165
V. Versuch des § 251.....	165
VI. Selbstschädigung des Opfers und Eingreifen Dritter in das Geschehen.....	172
VII. Beteiligung am Raub mit Todesfolge.....	172
VIII. Konkurrenzen.....	173
D. Räuberischer Diebstahl (§ 252).....	174
I. Tatbestand.....	176
1. Objektiver Tatbestand	176
a. Vortat: Diebstahl, aber auch Raub	176
b. Vollendung der Vortat	176
c. Auf frischer Tat betroffen.....	178
d. Verüben von Gewalt oder Anwendung von Drohungen mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben	179
2. Subjektiver Tatbestand.....	179
II. Rechtswidrigkeit und Schuld	180
III. Versuch des § 252	180
IV. Beteiligungsfälle.....	180
V. Konkurrenzen	183
E. Räuberischer Angriff auf Kraftfahrer (§ 316a).....	184
I. Tatbestand.....	186
II. Rechtswidrigkeit und III. Schuld.....	193
IV. Versuch und Rücktritt vom Versuch.....	193
V. Erfolgsqualifikation <i>Tod eines anderen Menschen</i>	194
VI. Minder schwerer Fall	194

VII. Konkurrenzen	194
3. Kapitel – Betrug und Untreue	196
A. Einführung in die Betrugstatbestände	196
I. Betrug (§ 263)	196
II. Computerbetrug (§ 263a)	197
III. Subventionsbetrug (§ 264)	197
IV. Kapitalanlagebetrug (§ 264a)	197
V. Versicherungsmissbrauch (§ 265)	197
VI. Erschleichen von Leistungen (§ 265a)	198
VII. Kreditbetrug (§ 265b)	200
VIII. Gebühren- und Abgabenüberhebung (§ 352 und § 353)	200
B. Betrug (§ 263)	201
I. Tatbestand.....	204
1. Objektiver Tatbestand.....	204
a. Täuschung über Tatsachen	204
aa. Täuschungs- und Tatsachenbegriff	204
bb. Arten der Täuschung	210
a.) Ausdrückliche Täuschung	211
b.) Konkludente Täuschung	211
c.) Täuschung durch Unterlassen.....	218
b. Irrtum	223
c. Vermögensverfügung.....	231
aa. Handeln, Dulden, Unterlassen	231
bb. Verfügungsbewusstsein (beim Sachbetrug)	232
cc. Unmittelbarkeit der Vermögensminderung als Kriterium für die Abgrenzung von Diebstahl und Sachbetrug.....	232
dd. „Dreiecksbetrug“ – Abgrenzung von Diebstahl in mittelbarer Täterschaft und Sachbetrug im Dreipersonenverhältnis.....	237
ee. Sog. Prozessbetrug als Sonderfall des Dreiecksbetrugs	239
ff. Vermögensminderung als „Verfügungserfolg“	241
a.) Vermögensschaden als Begriffselement der Vermögensverfügung	241
b.) Begriff des Vermögens.....	241
d. Vermögensschaden	248
aa. Begriff des Vermögensschadens.....	248
bb. Berechnung des Vermögensschadens/der Kompensation	250
a.) Objektive Komponente	250
aa.) Marktwert der Leistung.....	250

bb.) Konkrete Vermögensgefährdung als Schaden i.S.d. § 263	250
b.) Individuelle Komponente	255
aa.) „Persönlicher Schadenseinschlag“	255
bb.) Bewusste Selbstschädigung (Spenden-, Bettel- und Schenkungsbruch)	258
cc. Sonstige Fallgruppen eines Vermögensschadens.....	259
a.) Erfüllungsbetrug	259
b.) Ausschreibungs- oder Submissionsbruch.....	260
2. Subjektiver Tatbestand.....	261
a. Vorsatz und Absicht.....	261
b. Stoffgleichheit	261
c. Rechtswidrigkeit des erstrebten Vermögensvorteils.....	262
II. Rechtswidrigkeit und III. Schuld.....	263
IV. Besonders schwere Fälle des Betrugs (§ 263 III).....	263
V. Tatbestandsqualifikation (§ 263 V).....	265
VI. Strafverfolgungsvoraussetzungen/-hindernisse	265
VII. Teilnahme und Konkurrenzen	265
C. Computerbruch (§ 263a)	266
I. Tatbestand.....	268
1. Objektiver Tatbestand	268
a. Unrichtige Gestaltung des Programms (§ 263a I Var. 1).....	268
b. Verwendung unrichtiger oder unvollständiger Daten (§ 263a I Var. 2)	269
c. Unbefugte Verwendung von Daten (§ 263a I Var. 3).....	270
d. Sonstige unbefugte Einwirkung auf den Ablauf (§ 263a I Var. 4).....	286
2. Subjektiver Tatbestand.....	289
II. Rechtswidrigkeit und III. Schuld.....	289
IV. Versuch (§ 263 II), Strafzumessungsregel (§ 263 III) und Qualifikation (§ 263 V) gem. § 263a II	289
V. Strafbare Vorbereitung (§ 263a III) und tätige Reue (§ 263a IV)	289
D. Missbrauch von Scheck- und Kreditkarten (§ 266b)	290
E. Übersicht über die Konstellationen des Code- und Kreditkartenmissbrauchs	295
F. Ausspähen und Abfangen von Daten (§§ 202a – 202c)	296

G. Untreue (§ 266)	302
I. Objektiver Tatbestand	303
1. Missbrauchstatbestand (§ 266 I Var. 1).....	303
a. Täter: Der Treuepflichtige.....	303
b. Tatobjekt: Fremdes Vermögen	304
c. Befugnis, über fremdes Vermögen zu verfügen oder einen anderen zu verpflichten	304
d. Tathandlung: Missbrauch der eingeräumten Befugnis	305
e. Erfordernis einer Vermögensbetreuungspflicht?	306
2. Treubruchstatbestand (§ 266 I Var. 2).....	307
a. Vermögensbetreuungspflicht	307
b. Sog. Ganovenuntreue.....	310
c. Untreue durch Unterlassen?	311
3. Vermögensschaden als Taterfolg	312
II. Subjektiver Tatbestand.....	313
III. Rechtswidrigkeit und Schuld	313
IV. Täterschaft und Teilnahme.....	313
V. Strafzumessungsgesichtspunkte/Antragserfordernisse	313
VI. Konkurrenzen	313
 4. Kapitel – Erpressung und räuberische Erpressung	315
I. Tatbestand.....	317
II. Rechtswidrigkeit und III. Schuld.....	328
 5. Kapitel – Geld- und Wertzeichenfälschung, §§ 146-152	329
A. Geldfälschung (§ 146)	329
I. Tatbestand des § 146 I	329
1. Objektiver Tatbestand des § 146 I Nr. 1	329
a. Tatobjekt	329
b. Tathandlungen	330
aa. Nachmachen	330
bb. Verfälschen.....	330
c. Vollendung	330
2. Subjektiver Tatbestand des § 146 I Nr. 1	331
3. Objektiver Tatbestand des § 146 I Nr. 2	332
4. Subjektiver Tatbestand des § 146 I Nr. 2	333
5. Inverkehrbringen nach § 146 I Nr. 3.....	333
II. Rechtswidrigkeit und III. Schuld.....	333
IV. Qualifikationstatbestand des § 146 II	333

V. Minder schwere Fälle, § 146 III	334
VI. Konkurrenzen	334
B. Inverkehrbringen von Falschgeld (§ 147)	334
C. Übungsfall zu §§ 146, 147	335
D. Wertzeichenfälschung (§ 148)	335
E. Schutz des bargeldlosen Zahlungsverkehrs (§ 152a und b)	336
6. Kapitel – Hehlerei	337
I. Tatbestand.....	339
1. Objektiver Tatbestand	339
a. Tatobjekt	339
b. Vortat: Gegen fremdes Vermögen gerichtete rechtswidrige Vortat eines anderen	339
aa. Vortat	339
bb. Vortäter	340
cc. „erlangt“	341
dd. Fortbestehen der rechtswidrigen Vermögenslage.....	341
ee. Zeitliches Verhältnis der Hehlereihandlung zur Vortat	344
ff. Abgrenzung zur straflosen Ersatzhehlerei	345
c. Tathandlungen: Ankaufen, Sichverschaffen, Absetzen, Absetzenthelfen	346
aa. Ankaufen oder sonst einem Dritten oder sich verschaffen	347
bb. Absetzen	347
cc. Absatzhilfe	349
2. Subjektiver Tatbestand.....	350
II. Rechtswidrigkeit und III. Schuld.....	351
IV. Strafantrag.....	351
V. Täterschaft und Teilnahme.....	352
VI. Konkurrenzen	353
VII. Qualifikationen, §§ 260, 260a.....	352
7. Kapitel – Geldwäsche (§ 261).....	354
I. Tatbestand.....	355
1. Objektiver Tatbestand	355
2. Subjektiver Tatbestand.....	357
3. Tatbestandseinschränkungen	357
a. Sozial- und berufsadäquate Verhaltensweisen	358
b. Verdeckte Ermittlungen	359

II. Rechtswidrigkeit und III. Schuld.....	360
IV. Strafzumessungsregelung gem. § 261 IV.....	360
V. Tätige Reue gem. § 261 IX S. 1	360
VI. Konkurrenzverhältnis zur Hehlerei.....	360

8. Kapitel – Sachbeschädigung/Veränderung des Erscheinungsbilds .362

I. Tatbestand.....	363
1. Objektiver Tatbestand	363
a. Tatobjekt <i>Fremde Sache</i>	363
b. Tathandlung des § 303 I.....	364
aa. Zerstören (§ 303 I Var. 2)	364
bb. Beschädigung (§ 303 I Var. 1)	365
c. Verunstalten als Sachbeschädigung i.S.v. § 303 II n.F.....	366
aa. Substanzverletzung.....	366
bb. Verändern des Erscheinungsbilds	367
d. Abgrenzung zur Sach- und Nutzungsentziehung	370
e. Beschädigen einer bereits beschädigten Sache	371
f. Sachbeschädigung durch Unterlassen	372
2. Subjektiver Tatbestand.....	372
II. Rechtswidrigkeit	372
III. Schuld.....	372
IV. Strafantrag, § 303c	372
V. Konkurrenzen	372
VI. Übungsfall zu § 303 I	373

9. Kapitel – Sonstige Straftaten gegen das Vermögen..... 374

A. Pfandkehr (§ 289)..... 374

I. Tatbestand.....	374
II. Rechtswidrigkeit und III. Schuld.....	377
IV. Strafantrag gem. § 289 III.....	377

B. Vollstreckungsverweigerung (§ 288) 378

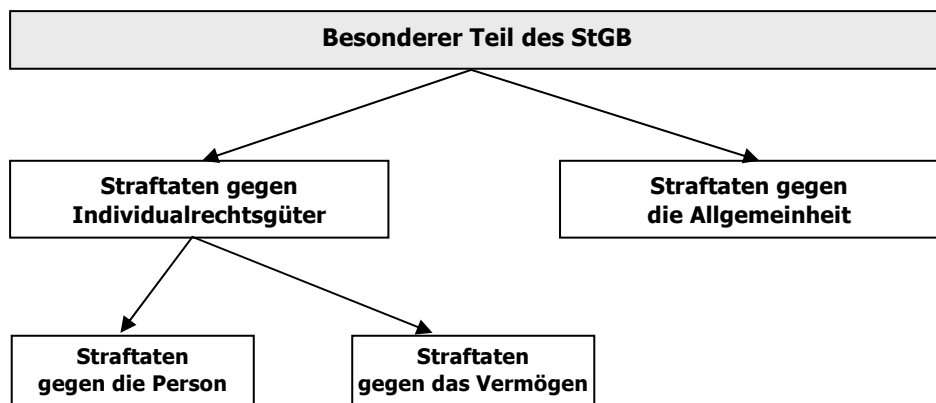
I. Tatbestand.....	379
1. Objektiver Tatbestand	379
a. Tatsituation: Eine dem Täter drohende Zwangsvollstreckung.....	379
b. Tatobjekt: Bestandteile seines Vermögens.....	381
c. Tathandlungen: Veräußern und Beiseiteschaffen	381
aa. Veräußern – die „rechtliche“ Vereitelung	381
bb. Beiseiteschaffen – die „tatsächliche“ Vereitelung.....	382

2. Subjektiver Tatbestand.....	383
II. Rechtswidrigkeit und III. Schuld.....	383
IV. Strafantrag, § 288 II.....	383
V. Konkurrenzen.....	383
C. Jagdwilderei (§ 292).....	384
I. Tatbestand.....	385
1. Objektiver Tatbestand.....	385
a. Dem Wild nachstellen, es fangen, erlegen oder zueignen, § 292 I Nr. 1.....	385
aa. Tatobjekt: Herrenloses lebendes Wild.....	385
bb. Tathandlungen: Nachstellen, Fangen, Erlegen oder Zueignen.....	386
b. Zueignen, Beschädigen oder Zerstören einer Sache, die dem Jagdrecht unterliegt, § 292 I Nr. 2.....	386
c. Verletzung fremden Jagdrechts oder Jagdausübungsrechts.....	387
2. Subjektiver Tatbestand.....	387
II. Rechtswidrigkeit und III. Schuld.....	388
IV. Strafzumessungsgesichtspunkte, § 292 II.....	388
V. Strafantrag gem. § 294.....	389
VI. Konkurrenzen.....	389
D. Fischwilderei (§ 293).....	389

Einführung

Die strafbarkeitsbegründenden Bestimmungen des StGB sind in den 30 Abschnitten der §§ 80 ff. bis 358¹ enthalten und werden als *Besonderer Teil* bezeichnet. Allerdings lässt sich dem gesetzlichen Aufbau kein klares Ordnungsprinzip entnehmen. Daher hat sich allgemein ein Ordnungsprinzip durchgesetzt, das sich an den geschützten Rechtsgütern orientiert. Dementsprechend werden zunächst Straftaten, die gegen Individualrechtsgüter gerichtet sind, von solchen, die Rechtsgüter der Allgemeinheit betreffen, unterschieden. Die Individualdelikte wiederum unterteilen sich in Straftaten gegen die Person und gegen das Vermögen.

1



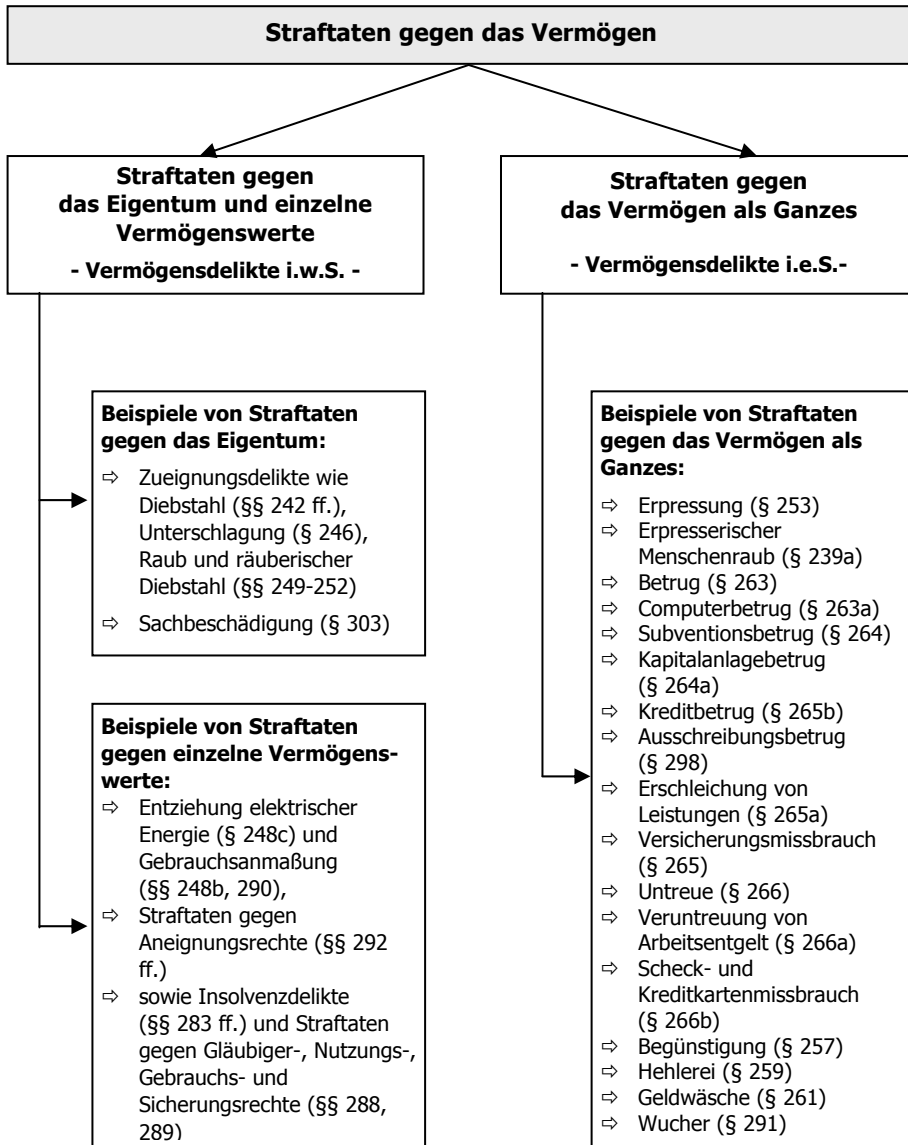
Während die Straftaten gegen die Person und die Allgemeinheit bei *Schmidt/Priebe*, BT I behandelt werden, sind Gegenstand der vorliegenden Bearbeitung die Straftaten gegen das Vermögen (sog. Vermögensdelikte). Diese wiederum lassen sich in Straftaten gegen das Eigentum und einzelne Vermögensgüter auf der einen Seite und Straftaten gegen das Vermögen als Ganzes auf der anderen Seite unterteilen. Man spricht insoweit auch von Vermögensdelikten im weiteren und engeren Sinne.

1a

Die Straftaten gegen das Eigentum und einzelne Vermögenswerte kennzeichnen sich dadurch, dass das Vermögen nicht als Ganzes, sondern nur in seinen einzelnen Erscheinungsformen (als Gebrauchsrecht, Aneignungsrecht oder dergleichen) und unabhängig davon Schutz genießt, ob es zu einem Vermögensschaden kommt. Demgegenüber bezieht das Gesetz bei den typischen Vermögensdelikten im engeren Sinn das Vermögen als Ganzes mit all seinen wirtschaftlich fassbaren Werten (z.B. Forderungen, Besitz, Anwartschaften) in den Schutzbereich ein. Allerdings besteht ein Schutz nur dann, wenn das Vermögen des Opfers per Saldo einen wirtschaftlichen Schaden (Vermögensschaden) erleidet.

1b

¹ Soweit nicht anders gekennzeichnet, beziehen sich alle folgenden Gesetzesangaben auf das StGB.



1c Freilich ist diese Einteilung nicht frei von Einwänden und Überschneidungen. Das gilt insbesondere hinsichtlich solcher Normen, die mehrere Rechtsgüter schützen. So wird bei § 316 a (räuberischer Angriff auf Kraftfahrer) angenommen, er schütze zum einen das Vermögen des Opfers, zum anderen (wegen des systematischen Standorts bei den gemeingefährlichen Straftaten) auch die Sicherheit des Straßenverkehrs. Letztlich kommt es im Rahmen einer Fallbearbeitung auf solche Fragen auch nicht an. Wichtig ist allein, das geschützte Rechtsgut zu kennen, weil sich die Auslegung von Tatbestandsmerkmalen stets an diesem zu orientieren hat.

1. Kapitel – Diebstahl und Unterschlagung

A. Diebstahl (§ 242)

Im Bereich der Vermögensdelikte bildet (neben dem Betrug) der Diebstahl den zentralen Tatbestand. **Geschützte Rechtsgüter** sind – da der Diebstahl eine Eigentumsverletzung *durch Wegnahme* der Sache zwecks Anmaßung einer eigentümerähnlichen Position darstellt (*se ut dominum gerere*²) – nach zutreffender Auffassung³ das **Eigentum und der Gewahrsam**. Diese doppelte Schutzrichtung ist nicht nur akademischer Natur, sondern hat zur Folge, dass auch der (bloße) Gewahrsamsinhaber unabhängig von der Rechtmäßigkeit des Sachgewahrsams (z.B. der Dieb) bestohlen werden kann.⁴ Daneben spielt die Antragsbefugnis (§§ 247, 248a) eine Rolle.

Objektiv setzt der Diebstahlstatbestand die Wegnahme einer fremden beweglichen Sache voraus, wobei regelmäßig das Merkmal „Wegnahme“ problematisch ist. Für die Verwirklichung des subjektiven Tatbestands ist Vorsatz bezüglich aller objektiven Tatbestandsmerkmale erforderlich. Darüber hinaus muss der Täter die *Absicht* haben, sich oder einem Dritten die Sache rechtswidrig zuzueignen (sog. Zueignungsabsicht). Die Zueignung selbst braucht dabei nicht vollzogen zu sein. Es genügt die bloße Intention. Auch die Zueignungsabsicht kann problematisch werden.

Hinweis für die Fallbearbeitung: In der gutachtlichen Prüfung ist der Diebstahl regelmäßig vom Raub, von der Unterschlagung, dem Betrug, der Sachentziehung, der Sachbeschädigung und der Gebrauchsanmaßung abzugrenzen:

- Erfolgt die Wegnahme mit Gewalt, ist i.d.R. der **Raub** (§ 249) einschlägig.
- Scheitert die Verwirklichung des Tatbestands an der Wegnahme, ist **Unterschlagung** (§ 246) zu prüfen.
- Erfolgt der Gewahrsamsübergang nicht durch eine Wegnahme, sondern (täuschungsbedingt) durch eine Weggabe, ist **Betrug** (§ 263) zu prüfen.
- War die weggenommene Sache für den Täter nicht fremd, kommt regelmäßig **Pfandkehr** (§ 289) in Betracht.
- Scheitert der Diebstahl an der Zueignungsabsicht, kommen **Gebrauchsanmaßung** (§ 248b oder § 290) oder **Sachbeschädigung** (§ 303 I) in Betracht.

Im Übrigen sei bereits an dieser Stelle darauf hingewiesen, dass sämtliche im Folgenden dargestellte Probleme des Diebstahls prüfungsrelevant sind. Eine Darstellung, welche die Probleme verschweigt, suggeriert eine nicht gegebene Einfachheit und wird den Prüfungsanforderungen nicht gerecht.

Eine **ausführliche Diebstahlprüfung** findet sich bei *Schmidt/Priebe*, Fälle zum Strafrecht II, Fall 1 Rn 1 ff.

In systematischer Hinsicht normiert **§ 242 den Grundtatbestand des Diebstahls**. Die (in der Fallbearbeitung nach Bejahung des § 242 zu prüfende) *Strafzumessungsvorschrift* des § 243 I nennt einige Regelbeispiele für die Annahme eines besonders schweren Falls des Diebstahls. Darüber hinaus existieren einige unselbstständige und selbstständige Abwandlungen⁵:

² Lateinisch: Sich als Eigentümer gerieren.

³ BGHSt 10, 400, 401; 29, 319, 323; BGH NJW 2001, 1508; SK-*Hoyer*, vor § 242 Rn 12; *Lackner/Kühl*, § 242 Rn 1; LK-*Ruß*, vor § 242 Rn 3; *Rengier*, BT I, § 2 Rn 1. An dieser doppelten Schutzrichtung des § 242 hat auch das 6. StrRG 1998, wonach es bei der Unterschlagung seit dem nicht mehr auf den Gewahrsam ankommt, nichts geändert (a.A. *Fischer*, § 242 Rn 2; *Wessels/Hillenkamp*, BT 2, Rn 57a; *Müko-Schmitz*, § 242 Rn 8; SK-*Hoyer*, § 242 Rn 1; *Sch/Sch-Eser/Bosch*, § 242 Rn 2: kein isolierter Gewahrsamsschutz durch § 242).

⁴ Nach der Gegenmeinung wird in einem solchen Fall das Rechtsgut Eigentum erneut verletzt, wodurch sich an der Strafbarkeit des Täters aber nichts ändert.

⁵ Zu den diesbezüglichen Definitionen vgl. *R. Schmidt*, AT, Rn 75 ff.

Diebstahl (§ 242)

- *Unselbstständige Abwandlungen* sind § 244 (Diebstahl mit Waffen, Bandendiebstahl, Wohnungseinbruchdiebstahl) und § 244a (Schwerer Bandendiebstahl). Diese Tatbestände stellen zugleich Qualifikationen zu § 242 dar. § 247 (Haus- und Familiendiebstahl) und § 248a (Diebstahl und Unterschlagung geringwertiger Sachen) sind Privilegierungen prozessualer Art.
- *Selbstständige Abwandlungen* sind in § 248b (Unbefugter Gebrauch eines Fahrzeugs) und § 248c (Entziehung elektrischer Energie) normiert.

3a Der Tatbestand des Diebstahls enthält mehr als **30 Probleme**, die immer wieder in Klausuren (insbesondere Examensklausuren) anzutreffen sind und daher sicher beherrscht werden müssen. Die wichtigsten sind,

- ob **Leichen** oder Teile des **menschlichen Körpers** oder **Tiere** Sachen sein können (strafrechtlicher oder zivilrechtlicher Sachbegriff? ⇒ Rn 10 ff.),
- ob Sachen eines **Verstorbenen** für den Täter fremd sind (⇒ Rn 17 f.),
- ob **illegale** Sachen eigentumsfähig sind (⇒ Rn 19),
- unter welchen Voraussetzungen eine Sache oder ein Tier **herrenlos** ist (⇒ Rn 20 ff.)
- ob das Merkmal *fremd* erfüllt ist, wenn der Täter ohne zu bezahlen **tankt** (⇒ Rn 65 ff., 270), ohne zu bezahlen Waren aus **Automaten** nimmt (⇒ Rn 62, 510, 680) oder das Opfer bei der Herausgabe von **Wechselgeld** täuscht (⇒ Rn 69, 593),
- ob ein Gewahrsam an einer Sache besteht, wenn das Opfer keinen unmittelbaren Zugriff darauf hat (sog. **faktischer oder sozial-normativer Gewahrsam** (⇒ Rn 28 ff., 61 ff.),
- wie es sich auswirkt, wenn mehrere Personen Gewahrsam haben (**Mitgewahrsam/ mehrstufiger Gewahrsam** ⇒ Rn 41 ff.),
- unter welchen Voraussetzungen **neuer Gewahrsam** begründet wird („Kaufhausfälle“/ Gewahrsamsenklaue ⇒ Rn 70 ff.),
- welche Anforderungen an die Zueignungsabsicht zu stellen sind und wie die Zueignung von der bloßen **Gebrauchsanmaßung/Sachentziehung** abzugrenzen ist (⇒ Rn 86 ff.),
- die Bestimmung der Reichweite der **Drittzueignungsabsicht** (⇒ Rn 109 ff.) und
- wann die (erstrebte) Zueignung **rechtswidrig** ist (⇒ Rn 113 ff.) ist.

4 Es empfiehlt sich folgender Prüfungsaufbau:

Diebstahl (§ 242)
<p>I. Tatbestand</p> <p>1. Objektiver Tatbestand</p> <p>Wegnahme einer fremden beweglichen Sache</p> <ul style="list-style-type: none">▪ Sachen i.S.d. § 242 sind alle körperlichen Gegenstände i.S.d. § 90 BGB, und zwar unabhängig von deren wirtschaftlichem Wert und deren Aggregatzustand, solange sie von der Außenwelt abgrenzbar sind. Bei Zueignung unkörperlicher Objekte greifen Spezialtatbestände wie §§ 248c, 265a StGB, § 106 UrhG.▪ Beweglich sind alle Sachen, die tatsächlich fortbewegt werden können. Unter gewissen Abweichungen vom Zivilrecht (vgl. §§ 94, 95 BGB) gelten auch solche Sachen als beweglich, die zum Zweck der Wegnahme erst beweglich gemacht werden müssen.▪ Fremd sind die Sachen, wenn sie weder im Alleineigentum des Täters stehen noch herrenlos sind. Die Frage nach dem <i>Alleineigentum</i> beantwortet sich ausschließlich nach den Vorschriften des <i>Bürgerlichen Rechts</i> über den Erwerb und den Verlust von Eigentum. Nicht im Alleineigentum stehen daher Sachen bei Mit- oder Gesamthands-

eigentum oder bei Vorbehalts- und Sicherungseigentum. Bei Ansichnahme eigener Sachen greift der untaugliche Versuch, ggf. auch § 289. Bei Leichenteilen oder Implantaten, die Leichen entnommen werden, greift grundsätzlich § 168. *Herrenlos* sind die Sachen, die in niemandes Eigentum stehen oder stehen können (etwa freie Luft, fließendes Wasser, aber auch in Freiheit befindliche oder wieder dort hin gelangte Tiere, vgl. dazu auch §§ 960, 961 BGB); diese können nicht Diebstahlsobjekt, wohl aber Tatobjekt der Jagd- bzw. Fischwilderei nach §§ 292, 293 sein. Etwas anderes gilt freilich für Tiere in Wildgehegen („Tiergärten“) oder für Fische in privaten Gewässern („Fischteiche“). Diese können taugliche Diebstahlsobjekte sein. Auch entlaufene Haustiere werden noch nicht allein durch das Entlaufen herrenlos (wohl aber gewahrsamslos). Darüber hinaus sind Sachen herrenlos, an denen der Eigentümer in der Absicht des Eigentumsverzichts den Besitz aufgegeben hat (sog. *Dereliktion*, vgl. § 959 BGB).

- **Wegnahme** bedeutet Bruch fremden und Begründung neuen, nicht notwendigerweise eigenen Gewahrsams. **Gewahrsam** ist die von einem natürlichen Herrschaftswillen getragene tatsächliche (auch gelockerte) Sachherrschaft eines Menschen über eine Sache bzw. die sozial-normative Zuordnung einer Sache zur Gewahrsamssphäre eines Menschen. Fremder Gewahrsam wird **gebrochen**, wenn er ohne oder gegen den Willen des Gewahrsamsinhabers aufgehoben wird. Bei Mitgewahrsam ist Wegnahme nur gegenüber einem gleichrangigen oder übergeordneten Gewahrsamsinhaber möglich. Anderenfalls ist § 246 zu prüfen. Liegt ein **Einverständnis** vor, ist das Merkmal der Wegnahme nicht erfüllt (Beispiel: Diebesfalle). Hier ist entweder §§ 242, 22 oder § 246 zu prüfen. Gewahrsam wird **begründet**, wenn der Täter die tatsächliche Sachherrschaft derart erlangt hat, dass ihrer Ausübung keine weiteren Hindernisse mehr entgegenstehen. Wird Gewahrsam erschlichen, entfällt § 242. Möglich sind aber §§ 263, 263a, 265a.

2. Subjektiver Tatbestand

- **Vorsatz** bzgl. aller objektiven Tatbestandsmerkmale (*dolus eventualis* genügt) und
- **Absicht**, die Sache sich oder einem Dritten rechtswidrig zuzueignen: *Zueignungsabsicht* liegt vor, wenn der Täter die Sache wegnimmt, um sie unter Anmaßung einer eigentümerähnlichen Stellung zumindest *vorübergehend* der eigenen Vermögenssphäre einzuverleiben (**Aneignungsabsicht**) und um sie der Verfügungsgewalt des Berechtigten dauerhaft zu entziehen (**Enteignungsvorsatz**). Dabei ist bezüglich der auch nur *vorübergehenden* Aneignung *dolus directus* 1. Grades erforderlich, während für die Enteignung (wegen ihrer Dauerhaftigkeit) bereits *dolus eventualis* genügt. Jede der Komponenten kann problematisch werden. So ist die *Enteignung* von der grundsätzlich straflosen Gebrauchsanmaßung abzugrenzen, die *Aneignung* von der bloßen Sachentziehung, der Sachbeschädigung und von der Eigenmacht.

Schließlich muss die beabsichtigte Zueignung **rechtswidrig** sein. Es handelt sich hier (wie bei der Zueignungsabsicht des § 249 und den Bereicherungsabsichten der §§ 253 und 263) um ein objektives Tatbestandsmerkmal, das im Rahmen des subjektiven Tatbestands zu prüfen und von der Rechtswidrigkeit als allgemeines Verbrechenmerkmal zu unterscheiden ist. Rechtswidrig ist die Zueignungsabsicht, wenn der Täter keinen fälligen, einredefreien Anspruch auf gerade die weggenommene Sache hat. Bei *Speziesschuld* (Stückschuld) ist ein solcher Anspruch ohne weiteres denkbar, bei *Gattungsschuld* liegt das Aussonderungsrecht beim Schuldner (§ 243 BGB). Ein Sonderproblem besteht hinsichtlich Geldschulden.

II. Rechtswidrigkeit (als allgemeines Verbrechenmerkmal)

Es gelten die allgemeinen Grundsätze.

III. Schuld

Es gelten die allgemeinen Grundsätze.

I. Tatbestand

1. Objektiver Tatbestand

- 5 Der objektive Tatbestand des Diebstahls besteht in der Wegnahme einer (für den Täter) fremden beweglichen Sache.

a. Tatobjekt: Fremde bewegliche Sache

aa. Begriff der Sache

- 6 **Sachen** i.S.d. § 242 sind alle **körperlichen Gegenstände** i.S.d. § 90 BGB, und zwar unabhängig von deren wirtschaftlichem Wert und deren Aggregatzustand, solange sie von der Außenwelt (räumlich) abgrenzbar sind.⁶
- 7 Fehlt es an der **räumlichen Abgrenzbarkeit** des Objekts (Wasser, Luft etc.), scheidet unabhängig von der Frage, ob bereits die Sacheigenschaft⁷ oder erst die Eigentumsfähigkeit⁸ zu verneinen sind, Diebstahl im Ergebnis unstrittig aus.
- 8 Da sich die Tauglichkeit des Tatobjekts auf *körperliche* Gegenstände beschränkt, fallen konsequenterweise **Daten, Forderungen** und andere **Rechte** aus dem Schutzbereich heraus (insofern ist es juristisch inkorrekt, von „Raubkopie“ oder „Softwarediebstahl“ zu sprechen). Ein körperlicher Gegenstand und damit tauglicher Diebstahlsgegenstand ist aber das **Medium**, auf dem die Daten oder die Rechte gespeichert bzw. verbrieft sind.

Beispiele: Das Papier, auf dem die Forderung oder das sonstige Recht verbrieft ist, die Girocard (früher: ec-Karte), mit deren Hilfe Geld vom Geldautomaten entnommen werden kann, oder die CD bzw. DVD, auf der das Computerprogramm, welches das Ergebnis einer geistigen Leistung darstellt, gespeichert ist, können aufgrund ihrer Körperlichkeit taugliche Diebstahlsobjekte sein.

Jedoch ist in solchen Fällen mit Blick auf den geringen Substanz- bzw. Herstellungswert des Mediums stets die Geringwertigkeitsklausel des § 248a in Betracht zu ziehen, sofern man den Wert der Sache auf das Medium, nicht auf den dokumentierten Wert bezieht. Gerade dies scheint aber unangemessen, da der Materialwert z.B. eines Sparbuchs oder einer Girocard zwar nur wenige Cent beträgt, dem Täter durch die Verwendung aber der Zugang zu Vermögenswerten eröffnet wird, die weit über der Geringwertigkeit liegen können. Daher ist es sachgerecht, die Geringwertigkeitsklausel nicht auf Sparbücher, Wertpapiere oder (andere) Zugangsschlüssel anzuwenden.⁹

Beispiele: Bei einem Handtaschendiebstahl entwendet T die Girocard. Kurze Zeit später hebt er damit von einem Geldautomaten 500,- € ab (die dazu erforderliche PIN hatte er ebenfalls auf einem Zettel notiert in der Handtasche entdeckt).

Bei der Girocard handelt es sich um eine Sache. Da ihr Materialwert aber nur wenige Cent beträgt, wäre daran zu denken, die Geringwertigkeitsklausel des § 248a anzuwenden. Das scheint jedoch in Anbetracht des Umstands, dass der Täter 500,- € abgehoben hat, unangemessen. T hat sich daher eines Diebstahls schuldig gemacht. Darauf, ob ein Strafantrag gestellt wird oder die Strafverfolgungsbehörde ein öffentliches Interesse an der Strafverfolgung bejaht (§ 248a), kommt es daher nicht an. Zur Frage nach der Strafbarkeit in anderen Konstellationen vgl. Rn 94, 107 f. und 681 ff.

⁶ Lackner/Kühl, § 242 Rn 1; Sch/Sch-Eser/Bosch, § 242 Rn 9; Fischer, § 242 Rn 3.

⁷ So LK-Ruß, § 242 Rn 1.

⁸ So Sch/Sch-Eser/Bosch, § 242 Rn 9.

⁹ Zur Erinnerung: Es geht nicht um die Frage, ob geringwertige Sachen aus dem Diebstahlstatbestand herauszuhalten sind, sondern ausschließlich um die Anwendung des § 248a.

Zu verneinen ist die Körperlichkeit des Tatobjekts auch hinsichtlich **elektrischer Energie**. Deren Verlust wird von § 248c geschützt. § 242 ist aber auch hier einschlägig, sofern es um den Gewahrsamsverlust des Speichermediums (etwa der Batterie) geht. 9

Unstreitig ist der lebende **menschliche Körper** *keine* Sache. Denn die verfassungsrechtlich garantierte Menschenwürde (Art. 1 I GG) verbietet es, den lebenden Menschen zu einem bloßen (Diebstahls-)Objekt „herabzustufen“. Das gilt auch hinsichtlich des noch **ungeborenen Menschen** (*nasciturus*)¹⁰ und des außerhalb des Mutterleibs befindlichen **Embryos**. Ein Problem bereitet aber die Frage, ob abgetrennte **Körperteile**, **Leichen** oder **Leichenteile** sowie **Implantate** vom Sachbegriff umfasst sind. Insgesamt ergibt sich folgende Übersicht: 10

Lebender Mensch:

Die Menschenwürde verbietet es, den lebenden Menschen, den noch ungeborenen Menschen und den außerhalb des Mutterleibs befindlichen Embryo wie eine Sache zu behandeln.

Abgetrennte Körperteile lebender Menschen:

Dagegen wird die Sacheigenschaft von Körperteilen, die vom Körper abgetrennt sind, überwiegend bejaht. Abgetrennte Körperteile sind keine Träger von Menschenwürde und können daher ohne weiteres dem Begriff des körperlichen Gegenstands i.S.d. § 242 unterfallen.¹¹

Eine Besonderheit besteht jedoch, wenn das Körperteil (etwa Blut) zu dem Zweck entnommen wurde, es anschließend wieder dem Körper zuzuführen (etwa Eigenblutspende). Für den Bereich des Schadensersatzrechts nimmt der BGH in Zivilsachen in derartigen Fällen an, dass nur *vorübergehend* entnommene Körperbestandteile auch während der Lagerung außerhalb des Körpers mit diesem eine funktionale Einheit bilden. Ihre Beschädigung oder Vernichtung sei daher Körperverletzung i.S.d. § 823 BGB und begründe einen Schadensersatzanspruch.¹² Überträgt man diese Wertung auf das Strafrecht¹³, hat dies zur Folge, dass extrakorporale Körperteile, die – wie etwa zur Eigenblutspende vorgesehene Blutkonserven – dem Körper zum Zweck der Reimplantation entnommen wurden, *keine* Sachen i.S.d. Strafrechts sind. Stirbt aber der Rechtsgutinhaber vor der Reimplantation, müssen die zu Lebzeiten entnommenen Körperbestandteile rechtlich genauso behandelt werden wie verstorbene Menschen.

Leichen und Leichenteile:

- Teilweise wird dem Körper eines Verstorbenen mit Blick auf die Menschenwürde die Sachqualität abgesprochen. Als „Rückstand der Persönlichkeitsrechte des Verstorbenen“ seien Leichen keine Sachen.¹⁴
- Demgegenüber geht die ganz h.M. von einer Sachqualität des menschlichen Leichnams aus. Denn im Falle des Ablebens greife die der Sacheigenschaft entgegenstehende Menschenwürde nicht mehr.¹⁵

Implantate, die sich im lebenden Körper befinden:

- Eine Auffassung¹⁶ steht auf dem Standpunkt, dass sämtliche Implantate mit Einpflanzung in den menschlichen Körper ihre Sachqualität verlieren.

¹⁰ BVerfGE 88, 203, 252; R. Schmidt, Grundrechte, 13. Aufl. 2011, Rn 228 ff.

¹¹ SK-Hoyer, § 242 Rn 4; Sch/Sch-Eser/Bosch, § 242 Rn 10; LK-Ruß, § 242 Rn 4; Wessels/Hillenkamp, BT 2, Rn 65.

¹² Vgl. BGHZ 124, 52, 54.

¹³ So Sch/Sch-Eser/Bosch, § 242 Rn 10; Fischer, § 242 Rn 8.

¹⁴ RGZ 100, 170; OLG München NJW 1976, 1805; Kießling, NJW 1969, 533, 543; vgl. auch Maurach/Schröder/Maiwald, BT 1 (9. Aufl. 2003), § 32 Rn 19 (jedenfalls keine Sachqualität, solange noch Pietätsbindung besteht).

¹⁵ AG Rosenheim NSTZ 2003, 318; LK-Ruß, § 242 Rn 5/10; SK-Hoyer, § 242 Rn 4; Lackner/Kühl, § 242 Rn 2; Joecks, vor § 242 Rn 8; MüKo-Schmitz, § 242 Rn 25; Sch/Sch-Eser/Bosch, § 242 Rn 10.

¹⁶ Lackner/Kühl, § 242 Rn 2; SK-Hoyer, § 242 Rn 5; Hardtung, JuS 2008, 864. Davon zu unterscheiden sind solche Gegenstände, die nicht fest in den Körper implantiert werden wie z.B. Hörgeräte oder übergestülpte Prothesen. Bei diesen bleibt die Sacheigenschaft auch während der Anhaftung am Körper erhalten.

- Die Gegenauffassung¹⁷ unterscheidet zwischen Substitutiv-Implantaten und Supportiv-Implantaten.¹⁸ Das Implantat sei nur dann ein fester Bestandteil des Körpers (und damit sei die Sacheigenschaft zu verneinen), wenn es als *Ersatz* für ein defektes Körperteil fungiere. Sei das Implantat dagegen nur ein *Hilfsmittel*, bleibe die Sacheigenschaft bestehen.

Implantate, die sich im toten Körper befinden:

Unstreitig sind Implantate, die sich im Leichnam befinden (etwa Zahngold), Sachen im Rechtssinne. Fraglich ist jedoch die Fremdheit (dazu sogleich).

Kann demnach in bestimmten Fällen die Sacheigenschaft von Körperteilen, Leichen, Leichenteilen und Implantaten bejaht werden, genügt dies allein noch nicht, um die Diebstahltauglichkeit zu bejahen. Denn die Sache muss auch **fremd** sein. Unabhängig von der bei Rn 13 ff. noch näher zu erläuternden Definition, wonach Sachen fremd sind, wenn sie nicht im *Alleineigentum* des Täters stehen und nicht *herrenlos* sind, muss die Sache auch **eigentumsfähig** sein. Die Eigentumsfähigkeit ist insbesondere bei Leichen zu verneinen, wenn sie zur Bestattung bestimmt sind und damit der Pietätsbindung unterliegen (ein Aneignungsrecht gem. § 958 I BGB ist in diesem Fall wegen § 958 II BGB ausgeschlossen).¹⁹ Zudem fehlt die Fremdheit, weil der Körper Verstorbener gerade wegen der nicht gegebenen Eigentumsfähigkeit nicht im Wege der Universalsukzession (§ 1922 BGB) Bestandteil des Nachlasses sein kann und daher auch nicht die Erben Eigentum am Leichnam erwerben können. Daher sind auch die mit dem verstorbenen Körper nach wie vor in funktionaler Einheit stehenden Implantate eigentumsunfähig und können nicht Diebstahlsobjekt sein.²⁰ In Fällen dieser Art kommt somit nicht die Verwirklichung der §§ 242, 246 oder § 303 I in Betracht, sondern ausschließlich die des **§ 168**. Das gilt auch für Implantate, die aus Leichen entnommen werden.²¹ Ausnahmsweise, wenn eine Leiche zur Organspende vorgesehen oder nicht zur Bestattung, sondern zu Anatomiezwecken bestimmt ist oder eine Mumie oder ein Skelett darstellt, ist das Verhältnis der Strafnormen umgekehrt.²²

Übungsfall: Aus Angst, mit Hepatitis oder Aids angesteckt zu werden, spendet O vor der geplanten Herzoperation sein eigenes Blut, damit ihm dieses (und nicht fremdes) während der Operation zugeführt wird. Doch bevor es zu einer Bluttransfusion kommt, stirbt O während der Operation. Der Assistenzarzt Dr. A sieht sofort eine gute Gelegenheit, die Blutkonserven des O an ein gut zahlendes Privatklinikum zu verkaufen. In der Nacht öffnet er den Kühlschrank, in dem die Blutkonserven aufbewahrt werden, und entnimmt die des O. Darüber hinaus verschafft er sich Zutritt zum Institut für Rechtsmedizin, um aus dem toten Körper des O noch das erst kürzlich implantierte Titan-Hüftgelenk herauszunehmen, da das Privatklinikum auch daran Interesse angemeldet hat. Am nächsten Morgen übergibt er alles an das Privatklinikum. Die Witwe des O stellt Strafanzeige. Strafbarkeit des Dr. A?

¹⁷ Sch/Sch-*Eser/Bosch*, § 242 Rn 10; MüKo-*Schmitz*, § 242 Rn 24; *Wessels/Hillenkamp*, BT 2, Rn 66; anders *Bringewat*, JA 1984, 61, 63 (stets Sachqualität).

¹⁸ Substitutiv-Implantate sind Implantate, die als Ersatz für Körperteile eingepflanzt werden (Beispiele: künstliches Hüftgelenk; künstliche Zähne); Supportiv-Implantate sind Implantate, die defekten Körperteilen als Zusatz bzw. Hilfsmittel beigelegt werden (Beispiele: Herzschrittmacher, Zahnfüllungen, Zahngold).

¹⁹ Vgl. AG Rosenheim NSTz 2003, 318 f.; *Safferling/Menz*, Jura 2008, 382, 384.

²⁰ Vgl. SK-*Hoyer*, § 242 Rn 5; LK-*Ruß*, § 242 Rn 4/9; *Lackner/Kühl*, § 242 Rn 4-7; OLG Bamberg NJW 2008, 1543, 1544; *Jahn*, JuS 2008, 1086, 1087; a.A. *Safferling/Menz*, Jura 2008, 382, 383.

²¹ Zu § 168, wenn der Täter Zahngold aus der Asche im Krematorium verbrannter Leichen nimmt, vgl. OLG Bamberg NJW 2008, 1543, 1544. Vgl. auch *Jahn*, JuS 2008, 1086 ff.; *Rudolph*, JA 2011, 346 ff. Ob neben § 168 auch § 189 vorliegt, ist eine Sachverhaltsfrage. Ebenso eine Sachverhaltsfrage ist es, ob ein versuchter Diebstahl vorliegt, wenn der Täter irrtümlich von der Fremdheit der Implantate ausgeht. Vgl. dazu und zu der Frage, ob ein (versuchter) Betrug vorliegt, wenn der Täter die Implantate an gutgläubige Dritte veräußert, Rn 630a.

²² Vgl. LK-*Ruß*, § 242 Rn 10; Palandt-*Ellenberger*, Überbl. v. § 90 BGB, 70. Aufl. 2011, Rn 11; MüKo-*Holch*, § 90 BGB, 5. Aufl. 2006, Rn 33; *Jahn*, JuS 2008, 457, 458 und JuS 2008, 1086 ff.; *Kudlich*, JA 2008, 391, 392; *Schramm*, JuS 2008, 678, 680.

Die Lösung des Falls steht auf der Internetseite des Verlags www.verlag-rolf-schmidt.de zum kostenlosen Download zur Verfügung.

Dass Eigentum und Besitz an **Tieren** dem Schutz der Strafrechtsordnung unterstehen, ist im Ergebnis unstrittig. Streitig ist lediglich die rechtsdogmatische Herleitung. **11**

- Ein Teil der Literatur versteht den strafrechtlichen Sachbegriff als einen **selbstständigen**, vom Zivilrecht unabhängigen Begriff, dessen Zweckbestimmung nur dem Strafrecht selbst zu entnehmen sei. Fordere das Strafrecht den Schutz einer Sache, fielen auch Tiere unter den Sachbegriff, da diese den gleichen Schutz verlangten wie leblose Sachen. Zudem gehe der Strafgesetzgeber von einer Gleichstellung von Sachen und Tieren aus, indem er von „Tieren und anderen Sachen“ in §§ 324a I Nr. 1, 325 I IV Nr. 1 spreche.²³
- Die auch hier vertretene Gegenauffassung geht hingegen von einem **einheitlichen** Sachbegriff aus.²⁴ Sind demnach der zivilrechtliche und der strafrechtliche Sachbegriff identisch, gilt zwar die in § 90a S. 1 BGB getroffene Regelung („Tiere sind keine Sachen“) auch für das Strafrecht, was jedoch nicht bedeutet, dass Tiere nicht von § 242 StGB geschützt wären. Denn § 90a S. 3 BGB erklärt die für Sachen geltenden Vorschriften, soweit nichts anderes bestimmt ist, auf Tiere für entsprechend anwendbar. Dem steht auch nicht das strafrechtliche Analogieverbot entgegen, da es sich vorliegend nicht um eine lückenfüllende Analogie durch den Rechtsanwender, sondern um die Anwendung einer gesetzlichen Vorschrift kraft ausdrücklicher gesetzlicher Anordnung handelt.²⁵ Daher sind nach richtiger Auffassung Tiere zwar keine Sachen, die Tauglichkeit eines Tieres als Diebstahlsobjekt ergibt sich aber aus § 90a S. 3 BGB i.V.m. § 242 I StGB.

Hinweis für die Fallbearbeitung: Da sich die beiden Begründungsmodelle im Ergebnis nicht voneinander unterscheiden, kann in der Fallbearbeitung eine Entscheidung zugunsten einer der genannten Ansichten dahinstehen.

bb. Beweglichkeit der Sache

Beweglich sind alle Sachen, die tatsächlich fortbewegt werden können. **12**

Mit Blick auf die Tathandlung (die Wegnahme), gelten – anders als im Zivilrecht (vgl. §§ 94, 95 BGB)²⁶ – auch solche Sachen als beweglich, die zum Zweck der Wegnahme erst beweglich gemacht werden müssen.²⁷ Denn das Schutzbedürfnis des Eigentümers erstreckt sich auch auf Sachen, die (nach gewisser Einwirkung) fortgeschafft werden *können*.

Beispiele von beweglichen Sachen: ausgebrochene Goldzähne; das im Beispiel von Rn 10 genannte künstliche Hüftgelenk; Latten von Lattenzäunen; Feldfrüchte (Rüben, Getreide, Beeren u.ä.), die mit dem Boden fest verbunden sind; Gras, das von fremden Schafen oder Kühen abgefressen wird; Bestandteile von Gebäuden wie Fenster, Türen, auf dem Dach montierte Solarplatten etc. Zu beachten ist, dass durch das Ablösen dieser

²³ *Wessels/Hillenkamp*, BT 2, Rn 15; *MK-Wieck-Noodt*, § 303 Rn 8; *Fischer*, § 242 Rn 3; *Küper*, Jura 1996, 205, 206; *Graul*, JuS 2000, 215, 219; *Fahl*, Jura 2005, 273, 274.

²⁴ *Sch/Sch-Eser/Bosch*, § 242 Rn 9; *Lackner/Kühl*, § 242 Rn 2; *Gropp*, JuS 1999, 1041, 1042.

²⁵ Wie hier *Kreß/Baenisch*, JA 2006, 707, 718.

²⁶ Vgl. dazu *R. Schmidt*, BGB AT, 7. Aufl. 2010, Rn 144 f.

²⁷ Vgl. *LK-Ruß*, § 242 Rn 3; *NK-Kindhäuser*, § 242 Rn 14; *Lackner/Kühl*, § 242 Rn 4; *Sch/Sch-Eser/Bosch*, § 242 Rn 11; *MüKo-Schmitz*, § 242 Rn 39; *Wessels/Hillenkamp*, BT 2, Rn 67. Eine Mindermeinung (*SK-Hoyer*, § 242 Rn 9) will die Beweglichkeit der Sache zivilrechtsakzessorisch verstehen. Danach wären z.B. auf dem Dach eines Gebäudes befestigte Solarplatten – da sie nach den zivilrechtlichen Vorschriften (§ 94 II BGB) wesentliche Bestandteile der Immobilie sind – im Zeitpunkt der Demontage durch den Täter (noch) keine beweglichen Sachen i.S.d. § 242. Da sie jedoch durch die Demontage zu beweglichen Sachen werden, liegt – wenn der Täter sie mitnimmt – auf der Basis der M.M. ein Fall der Unterschlagung (§ 246) vor. Denn zum Zeitpunkt des Abtransports hat sie der Täter bereits in seinem Gewahrsam (das verkennt *Schramm*, JuS 2008, 678, 680).

Sachen regelmäßig auch tateinheitlich der Tatbestand der Sachbeschädigung (§ 303 I) erfüllt ist.

cc. Fremdheit der Sache

- 13 **Fremd** sind die Sachen, wenn sie nicht im *Alleineigentum* des Täters stehen und nicht *herrenlos* sind.²⁸
- 14 Die Frage nach dem **(Allein-)Eigentum** beantwortet sich nicht nach (ungeschriebenen) eigenständigen strafrechtlichen Kriterien, sondern nach den **sachenrechtlichen** Vorschriften des **Bürgerlichen Rechts** über den Erwerb und den Verlust von Eigentum²⁹, insbesondere nach §§ 903 ff., 873, 929 ff., 946 ff., 1370, 1922 BGB (siehe bereits Rn 10). Daraus folgt: Ist nach Bürgerlichem Recht die Eigentumslage unstrittig und befindet sich die Sache nicht im Alleineigentum des Täters, genügt i.d.R. *diese* Feststellung. Ist umgekehrt die zivilrechtliche Eigentumslage unklar, bedarf es auch im Strafrecht einer entsprechenden Prüfung der sachenrechtlichen Zuordnung.

dd. Unterscheidung zwischen Eigentum, Besitz und Gewahrsam

- 15 Eine Legaldefinition des Begriffs *Eigentum* besteht nicht. Aus einer Gesamtschau der §§ 903 ff. und 946 ff. BGB ergibt sich aber, dass das Eigentum das umfassende Besitz-, Verfügungs- und Nutzungsrecht über eine Sache verleiht. Eigentümer ist also derjenige, der mit der Sache nach Belieben verfahren kann, sofern nicht gesetzliche Regelungen oder Rechte Dritter entgegenstehen.³⁰

Hinweis für die Fallbearbeitung: Die eigentumsrechtliche Zuordnung wird im Sachverhalt zumeist dergestalt vorgenommen, dass *von der Sache des X* gesprochen oder gesagt wird, dass *die Sache dem X gehöre*. Damit ist gemeint, dass die Sache im Eigentum des X steht und damit für den Täter fremd ist.

Gibt der bisherige Eigentümer sein Eigentum an der Sache auf (sog. **Dereliktion**, vgl. § 959 BGB), wird die Sache herrenlos und ist für den Täter dementsprechend nicht (mehr) fremd. Vgl. dazu Rn 21.

- 16 Nicht im Alleineigentum des Täters stehen auch die Sachen im **Mit- oder Gesamthandseigentum** oder im **Vorbehalts- und Sicherungseigentum**.

Beispiele:

- (1) **Mit- oder Gesamthandseigentum**³¹ liegt vor, wenn die Sache im Eigentum mehrerer Personen steht. Das Paradebeispiel bildet der Fall, dass der eine Ehepartner das im Eigentum beider Ehepartner stehende Fernsehgerät im Rahmen der bevorstehenden Trennung heimlich mitnimmt. In diesem Fall ist von Diebstahl auszugehen, da nach der Verkehrsauffassung der andere Ehepartner zumindest gelockerten Gewahrsam hat und dieser Gewahrsam durch die Mitnahme gebrochen wird (vgl. dazu auch das Beispiel bei Rn 42).
- (2) **Vorbehalts- oder Sicherungseigentum** bedeutet, dass der Käufer die Sache noch nicht bezahlen (kann), aber bereits nutzen möchte. Daher behält sich der Verkäufer das Eigentum an der Sache vor (vgl. §§ 455, 158 I BGB) und kann sie gem. § 985 BGB herausverlangen, wenn der Käufer seiner Verpflichtung nicht nachkommt. Der Verkäufer bleibt also so lange Eigentümer, wie der gesamte Kaufpreis noch nicht bezahlt ist. Während dieser Zeit ist die Sache für den Käufer (und Besitzer) fremd.

²⁸ BGH NStZ 2006, 170, 171; *Lackner/Kühl*, § 242 Rn 4; *Fischer*, § 242 Rn 5-7; *Sch/Sch-Eser/Bosch*, § 242 Rn 12; *LK-Ruß*, § 242 Rn 6 ff.; *Müko-Schmitz*, § 242 Rn 27.

²⁹ BGH NStZ 2006, 170, 171; NStZ-RR 2000, 234; BGHSt 6, 377, 378; *Wessels/Hillenkamp*, BT 2, Rn 69.

³⁰ Vgl. zu den erwähnten zivilrechtlichen Vorschriften *R. Schmidt*, SachenR II, 5. Aufl. 2011, Rn 1 ff.

³¹ Nicht zu verwechseln mit dem bei Rn 41 ff. dargestellten Mitgewahrsam.

Veräußert der Käufer die Sache an einen gutgläubigen Dritten, verwirklicht er den Tatbestand der Unterschlagung.

Besonders problematisch erscheint die Eigentumslage, wenn das Opfer im Tatzeitpunkt bereits **verstorben** ist.

Beispiel 1: Tante O beauftragt ihren Neffen T, während ihrer Urlaubsreise auf die Wohnung aufzupassen. Doch da T stets Bedarf nach „Flüssigem“ hat, nimmt er eine wertvolle antiquarische Brosche aus der Wohnung an sich, um sie später zu verkaufen. Zu diesem Zeitpunkt ist O jedoch bereits an Herzversagen verstorben, was T aber nicht weiß. Später erfährt T, dass er die fragliche Brosche geerbt hat.

17

Bei der Brosche müsste es sich um eine für T fremde bewegliche Sache gehandelt haben. **Sachen** i.S.d. § 242 sind alle körperlichen Gegenstände i.S.d. § 90 BGB, und zwar unabhängig von deren Aggregatzustand, solange sie von der Außenwelt (räumlich) abgrenzbar sind. Eine Brosche ist ein körperlicher Gegenstand, mithin eine Sache.

Fremd sind die Sachen, wenn sie weder im Alleineigentum des Täters stehen noch herrenlos sind. Die Frage nach dem *Alleineigentum* beantwortet sich ausschließlich nach den Vorschriften des *Bürgerlichen Rechts* über den Erwerb und den Verlust von Eigentum. Nicht im Alleineigentum stehen daher Sachen bei Mit- oder Gesamthandseigentum oder bei Vorbehalts- und Sicherungseigentum.

Vorliegend war O zum Zeitpunkt der Tat schon tot, sodass hinsichtlich der Brosche eine Herrenlosigkeit angenommen werden könnte. Da bei der Frage nach der Fremdheit jedoch auf die Regelungen des Zivilrechts zurückgegriffen werden muss, kommt die Regelung des § 1922 BGB zum Tragen, wonach das Eigentum auf den oder die Erben, vorliegend T, übergeht. Der Eigentumsübergang nach § 1922 BGB gilt unabhängig von der Kenntnis des Erben (die Möglichkeit der Erbausschlagung soll hier nicht weiter erörtert werden). Daher wird selbst derjenige gem. § 1922 BGB Eigentümer, der – wie T im Tatzeitpunkt von der Erbschaft nichts weiß.

Die Brosche war für T also nicht fremd, sodass er „nur“ wegen (untauglichen) Diebstahlsversuchs bestraft werden kann, §§ 242 I, II, 22, 23 I, 12 II (die Reise der O hob deren Gewahrsam nicht auf, dazu später). Wäre T allerdings nicht Alleinerbe der Brosche gewesen, wäre sie für ihn fremd gewesen, weil sie gemäß §§ 1922 I, 2032 I BGB auch den Miterben als Gesamthandseigentümer gehört hätte. Die gleiche Folge gilt erst recht, wenn der Täter (wie im Bsp. 2) überhaupt kein Erbe ist:

Beispiel 2: S hat eine Rolex gekauft, die er seiner Freundin F zum Geburtstag schenken möchte. Damit F sie vor ihrem Geburtstag noch nicht sieht, bewahrt S die Uhr in seinem Schneidergeschäft, in dem er allein arbeitet, auf. Als er eines Abends an seinem Stammtisch von der Uhr und ihrem Versteck erzählt, hört der Kellner K zufällig zu. Da sich K in finanziellen Schwierigkeiten befindet, beschließt er, die Uhr an sich zu bringen. Er begibt sich am nächsten Abend nach Geschäftsschluss mit einem Dietrich zum Geschäft des S. Er öffnet die Tür, betritt das Geschäft, nimmt die Uhr an sich und läuft nach Hause.

18

Am nächsten Tag erfährt K aus der Zeitung, dass kurz bevor er in dem Geschäft des S die Uhr entwendete, dieser auf dem Heimweg vom Geschäft bei einem Verkehrsunfall tödlich verunglückt war. Alleinerbe des S ist sein im Ausland lebender Bruder B, der bislang noch keine Zeit hatte, sich vor Ort um den Nachlass zu kümmern.

Bei der Rolex handelt es sich um einen körperlichen Gegenstand, mithin um eine **bewegliche Sache**. Diese müsste für K auch fremd gewesen sein. **Fremd** ist eine Sache, wenn sie weder im Alleineigentum des Täters steht noch herrenlos ist. Die Frage nach dem *Alleineigentum* beantwortet sich ausschließlich nach den Vorschriften des *Bürgerlichen Rechts* über den Erwerb und den Verlust von Eigentum.

Vorliegend war S zum Zeitpunkt des Diebstahls schon tot, sodass eine Herrenlosigkeit angenommen werden könnte. Da hinsichtlich der Fremdheit jedoch auf die Regelungen des Zivilrechts zurückgegriffen werden muss, kommt die Regelung des § 1922 BGB zum Tragen, wonach das Eigentum auf den Erben, vorliegend B, übergeht. Das gilt selbst ohne dessen Kenntnis. Die Uhr war für K also fremd.

Weiterführender Hinweis: Der Eigentumsübergang nach § 1922 BGB gilt – wie in den Beispielen ausgeführt – unabhängig von der Kenntnis des Erben. Etwas anderes gilt für den sogleich behandelten Gewahrsam: Da dieser eine von einem Herrschaftswillen getragene tatsächliche Sachherrschaft voraussetzt, hatte Erbe B noch keinen Gewahrsam an der Uhr erlangt, da sich die Fiktion des Erbenbesitzes gem. § 857 BGB nach allgemeiner Meinung nicht auf den strafrechtlichen Gewahrsamsbegriff übertragen lässt und B die Uhr noch nicht tatsächlich in Besitz genommen hatte. Die Uhr war zu dem Zeitpunkt, als K sie an sich nahm, folglich gewahrsamslos, sodass mangels Gewahrsamsbruchs keine Wegnahme vorliegt.

K ist wegen versuchten Diebstahls strafbar. Die daneben verwirklichte Unterschlagung (§ 246) tritt nach der hier vertretenen Auffassung wegen der klaren Aussage in § 246 I a.E. zurück.³²

- 19 Die Fremdheit der Sache scheidet auch dann aus, wenn diese **nicht eigentumsfähig** ist. Nicht eigentumsfähig sind Sachen, die in niemandes Eigentum stehen können. Dazu zählen etwa die atmosphärische Luft oder das Wasser im Meer. Ob der menschliche Körper bzw. natürliche oder künstliche Körperteile Tatobjekt eines Diebstahls sein können, wurde bereits bei Rn 10 ff. behandelt.

In jüngerer Zeit wird verstärkt auch die Eigentumsfähigkeit von **illegalen Drogen** wie Heroin diskutiert, weil der Handel damit ohne Erlaubnis des Bundesinstituts für Arzneimittel und Medizinprodukte (vgl. § 3 I BtMG) verboten und auch nach §§ 29 ff. BtMG strafbar ist. In zivilrechtlicher Hinsicht sagt man, illegale Drogen seien nicht verkehrsfähig, sodass ein rechtsgeschäftlicher Eigentumserwerb wegen § 134 BGB (i.V.m. § 29 I S. 1 BtMG) ausgeschlossen sei. Ob das zutrifft bzw. welche Konsequenzen dieser Befund auf das Strafrecht hat, soll im Folgenden geklärt werden. Ausgangspunkt der Überlegung ist, dass sich die Nichtigkeit eines Rechtsgeschäfts grds. nur auf das schuldrechtliche Verpflichtungsgeschäft beschränkt, nicht auch das sachenrechtliche Verfügungsgeschäft (d.h. die Eigentumsübertragung) erfasst.³³ Das sachenrechtliche Verfügungsgeschäft ist also grds. wirksam, auch wenn das schuldrechtliche Verpflichtungsgeschäft wegen Verstoßes gegen ein Verbotsgesetz oder wegen Sittenwidrigkeit nichtig ist. Lediglich bei extrem sozialschädlichen Geschäften erstreckt sich nach h.M. die Nichtigkeit auch auf das sachenrechtliche Verfügungsgeschäft. Die h.M. stellt beim Handel mit illegalen Drogen wie Heroin auf eine nicht zu tolerierende Veränderung der Güterzuordnung ab, gelangt so zu einer extremen Sozialschädlichkeit und verneint die zivilrechtliche Eigentumsfähigkeit oder erklärt jedenfalls das sachenrechtliche Übertragungsgeschäft für nichtig.³⁴

Überträgt man diesen zivilrechtlichen Befund auf das Strafrecht, müsste man folgern, dass illegale Drogen nicht Gegenstand eines Diebstahls sein könnten, weil es an der Eigentumsfähigkeit und damit in der Folge an der Fremdheit fehle. Dennoch hat der 3. Strafsenat des BGH entschieden, dass illegale Betäubungsmittel verkehrsfähig im strafrechtlichen Sinne und damit taugliche Objekte der Delikte nach §§ 242, 249 seien.³⁵ Im Strafrecht sei ausschließlich auf die formale Eigentümerposition abzustellen, nicht auf die Verkehrsfähigkeit nach Bürgerlichem Recht. Daher könne eine Sache Objekt eines Diebstahls sein, obwohl eine zivilrechtliche Eigentumsübertragung nicht möglich sei. Um die Richtigkeit seiner Auffassung zu untermauern, verweist der Senat dann noch auf die allgemeine Rspr. des BGH zur räuberischen Erpressung, die auch dann vorliege, wenn die erpresste Sache nicht eigentumsfähig sei; anderenfalls würde dem Schutzbedürfnis des Opfers nicht hinreichend Rechnung getragen. Schließlich meint der Senat, dass ein Strafbedürfnis für die Verletzung fremden Eigentums auch nicht deswegen entfalle, weil bereits die Strafvorschriften des BtMG eine Bestrafung ermöglichen. Denn der Schuldgehalt und der Strafrahmen eines Betäubungsmitteldelikts

³² Vgl. zur Begründung näher Rn 297a.

³³ Wie hier BGHZ 115, 130; Palandt-Ellenberger, 70. Aufl. 2011, § 134 Rn 13.

³⁴ Zur Nichtigkeit nicht nur des schuldrechtlichen Verpflichtungs-, sondern auch des sachenrechtlichen Verfügungsgeschäfts bei extrem sozialschädlichen Gegenständen vgl. R. Schmidt, BGB AT, 7. Aufl. 2010, Rn 1262.

³⁵ BGH NSTz 2006, 170, 171.

seien nicht vergleichbar mit denen eines Diebstahls- oder Raubdelikts (vgl. § 29 I BtMG: Geldstrafe oder Freiheitsstrafe bis 5 Jahre; vgl. § 250 II StGB: 5-15 Jahre Freiheitsstrafe).

Verständlich wird die Entscheidung, wenn man den ihr zugrunde liegenden Sachverhalt berücksichtigt. Die Täter nahmen dem Opfer nämlich unter Einsatz eines Messers 4-6 g Heroin weg. Hätte der BGH hier die Eigentumsfähigkeit des Heroins verneint, wäre eine Strafbarkeit wegen Raubs (der eine Kombination aus Diebstahl und Nötigung darstellt) nicht möglich gewesen. Allein die Bestrafung wegen Nötigung und Verwirklichung einiger Strafnormen des BtMG war dem BGH offenbar unangemessen.

Stellungnahme: Zunächst ist festzustellen, dass es kein Argument sein kann, als Beleg für die Richtigkeit der eigenen Auffassung eine frühere Entscheidung desselben Gerichts anzuführen. Auch ist es nicht gerade überzeugend, wenn der BGH ansonsten in st. Rspr. konstatiert, dass eine Sache fremd sei, wenn sie nach bürgerlichem Recht im Eigentum einer anderen Person stehe, nun aber, da diese Definition bei illegalen Drogen offenbar nicht passt, eine Modifizierung vornimmt, um zu dem gewünschten Ergebnis zu gelangen. Schließlich kann das Bestehen eines Strafbedürfnisses keine einzelfallbezogene, und damit der Rechtsunsicherheit zugängliche Definition der Fremdheit einer Sache rechtfertigen. Konsequenz wäre es allein, die Fremdheit entweder immer zivilrechtlich oder immer eigenständig strafrechtlich zu definieren.

Im vorliegenden Fall gelangt man also zur Verneinung der Tatbestände der §§ 242 oder 249, wenn man sich nicht der vom BGH angenommenen modifizierten Definition der Fremdheit anschließt. Das mag zwar als unbefriedigend empfunden werden, ist aber konsequent.³⁶ Der Täter wäre dann gem. § 29 BtMG, § 240 StGB (ggf. auch § 241 StGB) strafbar. Abhilfe kann nur der Gesetzgeber schaffen, indem er in das Kernstrafrecht entsprechende Tatbestände aufnimmt.

ee. Begriff der Herrenlosigkeit

Ist eine Sache eigentumsfähig, darf sie weiterhin nicht herrenlos sein.

20

Herrenlos sind die Sachen, die zwar (abstrakt) eigentumsfähig sind, (konkret) aber in niemandes Eigentum stehen.³⁷

Beispiele: Herrenlos können zunächst in Freiheit befindliche oder wieder dorthin gelangte **Tiere** (vgl. dazu auch §§ 960, 961 BGB) sein. Diese können nicht Diebstahlsobjekt, wohl aber Tatobjekt der Jagdwilderei (§ 292) sein. Für **Fische** gilt Fischwilderei (§ 293). Etwas anderes gilt freilich für Tiere in **Wildgehegen** („Tiergärten“) oder für Fische in **privaten Gewässern** („Fischteiche“). Diese können taugliche Diebstahlsobjekte sein.³⁸ Auch entlaufene Haustiere werden noch nicht allein durch das Entlaufen herrenlos (wohl aber gewahrsamslos).

Darüber hinaus sind Sachen herrenlos, an denen der Eigentümer in der Absicht des Eigentumsverzichts den Besitz aufgegeben hat (sog. **Dereliktion**, vgl. § 959 BGB).

21

Beispiele:

(1) A hat kein Interesse mehr an seinem alten Portemonnaie und wirft es in den neben einer Parkbank aufgestellten Müllkorb. Wenig später wird es zufällig von T entdeckt, der es an sich nimmt.

Für T, der das Portemonnaie gutgläubig an sich nimmt, ist es aufgrund der Eigentumsaufgabe durch A herrenlos. T hat daher nicht den objektiven Tatbestand des Diebstahls verwirklicht. Anders wäre es aber gewesen, wenn A das Portemonnaie zuvor B gestohlen hätte. Dann wäre er in Ermangelung der Eigentümerposition rechtlich nicht in der Lage gewesen, das Eigentum daran aufzugeben (B bleibt gem.

³⁶ Vgl. auch MüKo-Schmitz, § 242 Rn 14; a.A. Kudlich, JA 2006, 335, 336, der sich der Auffassung des BGH anschließt.

³⁷ Vgl. §§ 958 ff. BGB und BGH NSTz 2006, 170, 171; Lackner/Kühl, § 242 Rn 7.

³⁸ Zur Abgrenzung Diebstahl/Jagd- und Fischwilderei vgl. Rn 952.

§ 935 I 1 BGB Eigentümer). T hätte dann eine fremde bewegliche Sache weggenommen. Gleichwohl hätte T sich in Ermangelung eines entsprechenden Diebstahlsvorsatzes (er dachte ja, der bisherige Eigentümer des Portemonnaies habe sein Eigentum daran aufgegeben) auch hier nicht wegen Diebstahls strafbar gemacht, vgl. § 16 I 1.

- (2) O hat am Straßenrand Sperrmüll abgestellt. Noch bevor das Entsorgungsunternehmen den Unrat abholen kann, werden einige Gegenstände von Privatleuten, die diese offenbar gebrauchen können, mitgenommen.

Hier liegt ein Fall der Dereliktion vor, wenn O die Dinge einfach nur loswerden möchte und es ihm dabei egal ist, wer letztlich die Sachen mitnimmt.

Etwas anderes gilt für am Straßenrand aufgestelltes Sammelgut, das bspw. für eine **Wohltätigkeitsorganisation** bestimmt ist, die dazu aufgerufen hatte („Altkleidersammlung“). Hier verzichtet der (Alt-)Eigentümer regelmäßig weder i.S.d. § 959 BGB auf sein Eigentum noch ist er mit der Ansichnahme durch beliebige Dritte einverstanden.

Auch bei auf **Friedhöfen** abgelegten Gegenständen wie z.B. Trauerkränze, Engel, Laternen usw. ist kaum davon auszugehen, dass der Eigentümer des Trauerkranzes (oder Engels oder Laterne usw.) nicht i.S.d. § 959 BGB auf sein Eigentum verzichtet und damit auch nicht mit der Ansichnahme durch Dritte einverstanden ist. Daher liegt regelmäßig ein Diebstahl vor (zum Gewahrsamsbruch vgl. Rn 29 ff.).

Wirft ein Bankmitarbeiter die von einem Kunden aufgrund der Kündigung des Girovertrags abgegebene **Girocard** (früher: ec-Karte) in den Papierkorb, statt sie zu entwerten bzw. ordnungsgemäß zu entsorgen, stellt dies mit Blick auf die auf der Karte gespeicherten Daten keine Dereliktion dar. Vielmehr wird die Eigentumsaufgabe erst mit der Annahme durch den zuständigen Abfallentsorger zwecks Vernichtung anzunehmen sein. Wenn daher z.B. der Raumpfleger im Hausmüll eine Girocard entdeckt und sie an sich nimmt, macht er sich wegen Diebstahls strafbar.³⁹

22

Hinweis für die Fallbearbeitung: Insgesamt müssen bei der Beurteilung der Fremdheit zunächst die *Eigentumsfähigkeit* des fraglichen Objekts bejaht und sodann die *Herrenlosigkeit* verneint werden. Die Sache kann überhaupt nur dann fremd sein, wenn sie eigentumsfähig (im strafrechtlichen Sinne) ist. Zur Besonderheit bei menschlichen Körperteilen, Leichen und Leichenteilen wurde bereits im Rahmen der Sacheigenschaft Stellung genommen. Im Übrigen erlangt das Merkmal *fremd* insbesondere beim **Tanken ohne zu bezahlen** (Rn 65 ff., 270), beim **Automatendiebstahl** (Rn 62, 510, 680) und bei der **Wechselgeldfalle** (Rn 69, 593) hervorgehobene (Klausur-)Bedeutung.

- 23 Wird eine Sache nur verloren, liegt mangels Eigentumsverzichts (dieser muss ja gerade willentlich erfolgen, s.o.) keine Dereliktion vor. **Eine verlorene Sache ist also niemals herrenlos.** Allenfalls anzunehmen ist der Verlust des Gewahrsams, sofern der Berechtigte nicht mehr in der Lage ist, seine von seinem Willen geprägte, tatsächliche Herrschaft über die Sache auszuüben (dies ist wichtig für die Wegnahme, dazu sogleich).

- 24 Anders als im Zivilrecht sind im Strafrecht bei der Beurteilung der Eigentumsverhältnisse **Rückwirkungsfiktionen** (vgl. etwa §§ 142 I, 184, 1953 BGB) **irrelevant**. Dies entspricht dem allgemeinen Grundsatz, wonach es für die Beurteilung der Strafbarkeit nur auf den Zeitpunkt der Tatbegehung ankommt.⁴⁰

³⁹ Vgl. OLG Hamm 10.2.2011 – III 3 RVs 103/10 (BeckRS 2011, 07785). Das Gleiche würde gelten, wenn der Inhaber der Girocard die Karte in den (privaten) Hausmüll wirft und die Karte dann von der Raumpflegerin entdeckt und an sich genommen würde. Zum Gewahrsam vgl. Rn 33.

⁴⁰ Vgl. *Wessels/Hillenkamp*, BT 2, Rn 71; *LK-Ruß*, § 246 Rn 4.

Beispiel: A ist bei B zu Besuch und steckt in einem unbeobachteten Moment eine wertvolle kleine Skulptur aus dem 19. Jahrhundert in seine Jackentasche. Später verkauft er diese für 2.500,- € an den Hehler H. Als B später davon erfährt, ist er über die Höhe des Kaufpreises positiv überrascht und verlangt von A das Geld heraus.

Mit dem Herausgabeverlangen hat B die Veräußerung der Skulptur an H konkludent genehmigt (vgl. § 184 I BGB) und damit auch den Diebstahl des A „genehmigt“. Doch diese „Genehmigung“ kann keine Auswirkungen auf die Strafbarkeit des A haben, da es im Strafrecht sonst zu Zufallsergebnissen kommen könnte und die Strafbarkeit des Täters von dem nachträglichen Verhalten des Opfers abhinge (Beispiel: X und Y rauben eine Bank aus. Später stellt sich heraus, dass X der Sohn des Bankdirektors ist. Dieser verzeiht seinem Sohn. ⇒ Ließe man hier eine „Genehmigung“ zu, wäre zwar Y, nicht aber X wegen Raubs bzw. Erpressung strafbar).

Hinweis für die Fallbearbeitung: Zur Bejahung der Fremdheit genügen für die Fallbearbeitung regelmäßig die Verneinung der Sache als im Alleineigentum des Täters stehend und die Feststellung, dass sie nicht herrenlos ist. Bei Bejahung beider Voraussetzungen ist die Sache fremd. Die oftmals schwierige Eigentumsprüfung kann dann dahingestellt bleiben. Nur wenn die Fremdheit fraglich ist, bedarf es einer genauen Prüfung.

25

b. Tathandlung: Wegnahme

Tathandlung ist die **Wegnahme**. Der Begriff der Wegnahme ist gesetzlich nicht definiert. Allgemein hat sich aber folgende Definition durchgesetzt:

26

Wegnahme bedeutet **Bruch fremden und Begründung neuen, nicht notwendigerweise tätereigenen, Gewahrsams**.⁴¹

Hinweis für die Fallbearbeitung: Diese Standarddefinition muss in folgende Prüfungsschritte „zerlegt“ werden:

27

1. Zunächst ist zu prüfen, ob an der Sache im Zeitpunkt der Tathandlung ein **fremder Gewahrsam** bestand.
2. Sodann ist zu prüfen, ob durch die Tathandlung der bisherige Gewahrsam **aufgehoben** und neuer (nicht notwendigerweise tätereigener) Gewahrsam **begründet** worden ist.
3. Schließlich ist die Frage zu beantworten, ob der Gewahrsamsübergang **ohne oder gegen den Willen** des bisherigen Gewahrsamsinhabers erfolgt ist.

aa. Begriff des Gewahrsams

Nach h.M. enthält der Begriff des Gewahrsams eine objektive und eine subjektive Komponente. Daher wird folgende Definition verwendet:

28

Gewahrsam ist die von einem natürlichen **Herrschaftswillen** getragene **tatsächliche Sachherrschaft** eines Menschen über eine Sache.⁴²

Beispiel: Wer sein Portemonnaie hinten in die Hosentasche gesteckt hat, übt tatsächliche Herrschaftsgewalt aus. Wird das Portemonnaie nun von einem Taschendieb herausgezogen, ist der Gewahrsamsbruch eindeutig zu bejahen.

Sicherlich kann die von der h.M. aufgestellte Definition für derartige (unproblematische) Fälle uneingeschränkte Geltung beanspruchen. Sie muss aber zwangsläufig in solchen

29

⁴¹ Vgl. nur BGH NStZ 2008, 624, 625.

⁴² BGHSt 8, 273, 274; 40, 23; BGH NStZ 2008, 624, 625; *Lackner/Kühl*, § 242 Rn 8a; *LK-Ruß*, § 242 Rn 17 ff.

Fällen versagen, in denen der Berechtigte aus faktischen Gründen gerade *nicht* in der Lage ist, eine tatsächliche Sachherrschaft über die Sache auszuüben.

Beispiele:

- (1) Befindet sich ein Wohnungsinhaber auf Reisen, ist fraglich, wie er die tatsächliche Sachherrschaft über die in seiner Wohnung befindlichen Gegenstände ausüben soll.
- (2) Befindet sich ein Autofahrer zu Fuß auf einem Stadtbummel, ist fraglich, wie er die tatsächliche Sachherrschaft über seinen auf dem Parkplatz abgestellten Wagen ausüben soll.
- (3) Auch derjenige, der morgens noch schläft, hat auf die Zeitung, die draußen im Briefkasten steckt, nicht wirklich eine tatsächliche Zugriffsmöglichkeit.
- (4) Dasselbe gilt für den Halter eines Hundes, der diesen frei im Garten herumlaufen lässt und nicht bemerkt, dass ein Fremder das Tier weglockt und mitnimmt, oder für denjenigen, der Trauerkränze etc. auf Friedhofsgräber ablegt und nicht bemerkt, wie später unbekannte Dritte die abgelegten Gegenstände fortschaffen.

- 30 Um in Fällen der vorliegenden Art gleichwohl einen Diebstahl annehmen zu können, bedient sich die h.M. eines (korrigierenden) Kunstgriffes, indem sie in Fällen, in denen der Berechtigte nicht wirklich auf die Sache zugreifen kann, auf die **Verkehrsauffassung** abstellt, um – bei entsprechendem Herrschaftswillen – auch noch bei einer gewissen räumlichen **Lockerung** den Gewahrsam bejahen zu können (sog. „**gelockerter Gewahrsam**“). Eines solchen Kunstgriffes bedarf es jedoch nicht, wenn man nicht von dem Erfordernis einer tatsächlichen Herrschaftsmacht über die Sache ausgeht, sondern eine **sozial-normative** Zuordnung der Sache zur Herrschaftssphäre einer Person vornimmt („**sozial-normativer Gewahrsamsbegriff**“).⁴³

- 31 **Stellungnahme und Hinweis für die Fallbearbeitung:** Im Ergebnis ändert sich dadurch freilich nichts. In allen o.g. **Beispielen** fand ein Gewahrsamsbruch statt. Die h.M. nimmt jeweils einen gelockerten Gewahrsam an und die Gegenauffassung gelangt aufgrund einer sozial-normativen Zuordnung ebenfalls zur Annahme eines Gewahrsams. In der **Fallbearbeitung** ist eine Streitentscheidung daher entbehrlich. Der sozial-normative Gewahrsamsbegriff ist aber aus rechtsdogmatischer Sicht vorzugswürdig, weil er – anders als die Konstruktion eines „gelockerten Gewahrsams“ – den Kerngehalt der Wegnahme nicht zum bloßen Korrektiv entwertet.

- 32 Folgt man dem auch hier vertretenen sozial-normativen Gewahrsamsbegriff, ergibt sich für den Gewahrsam folgende Definition:

- 33 Eine Person übt **Gewahrsam** über eine Sache aus, wenn ihr die Herrschaftsmacht über die Sache **sozial-normativ** zugeordnet wird („**sozial-normativer Gewahrsamsbegriff**“).

Auch im **Girocard-Fall** (Rn 21 a.E.) übte der Bankangestellte bzw. der Filialleiter (dazu Rn 35/43) Gewahrsam aus, weil die Girocard bis zu ihrem bestimmungsgemäßen Abtransport sozial-normativ der Herrschaftsmacht jedenfalls des Filialleiters zugeordnet bleibt.

- 34 Die bisherigen Ausführungen zur Fremdheit und zum Gewahrsam sollten verdeutlicht haben, dass der Gewahrsam streng von den (zivilrechtlichen) **Eigentumsverhältnissen** zu unterscheiden ist. Ausschließlich bei der Frage der Fremdheit kommt es (zumindest im Grundsatz) auf die zivilrechtliche Rechtslage an. Die Beurteilung des **Gewahrsams** richtet sich dagegen

⁴³ So vertreten von *Hillenkamp*, JuS 2003, 157, 158; *Wessels/Hillenkamp*, BT 2, Rn 71; *Kargl*, JuS 1996, 971, 974; *Martin*, JuS 1998, 893; *Rönnau*, JuS 2009, 1088, 1089 f.; *Kretschmer*, Jura 2009, 590; NK-*Kindhäuser*, § 242 Rn 31; *MüKo-Schmitz*, § 242 Rn 55; *SK-Samson*, 4. Aufl., § 242 Rn 20, allesamt zurückgehend auf *Welzel*, GA 1960, 257 und Lb. (11. Aufl. 1969), S. 347, 348.

allein nach der faktischen, willensgetragenen bzw. sozial-normativen Sachherrschaft. Ebenso wenig darf der zivilrechtliche **Besitz** (§§ 854 ff. BGB) mit dem strafrechtlichen Gewahrsamsbegriff gleichgesetzt werden. So kann der Besitzdiener (§ 855 BGB), der zivilrechtlich nicht Besitzer ist, Gewahrsam haben. Umgekehrt sind Verpächter, Vermieter und Verleiher zwar mittelbare Besitzer (§ 868 BGB), haben jedoch keinen Gewahrsam. Auch der Erbe erlangt wegen der Besitzfiktion des § 857 BGB zwar Besitz an der Erbsache, jedoch schließt dies eine Gewahrsamsbegründung nicht notwendigerweise ein. Dies verdeutlicht das obige **Beispiel** bei Rn 17 (Brosche der auf einer Reise befindlichen Tante). Die Fiktion, dass der Besitz auf den Erben übergehe (§ 857 BGB), sagt nichts darüber aus, ob damit Gewahrsam begründet wird. Für den Fall, dass T Alleinerbe ist, ändert sich dadurch freilich nichts. Existiert hingegen ein Miterbe, ist die antiquarische Brosche für T zwar eine fremde bewegliche Sache, sie steht aber nicht in fremdem Gewahrsam, weil O's Gewahrsam mit ihrem Tod untergegangen war und der Miterbe seinen die tatsächliche Sachherrschaft begründenden Herrschaftswillen mangels Kenntnis noch nicht fassen konnte. Das Gleiche würde bei einer sozial-normativen Betrachtungsweise gelten.

Unabhängig von der Definition des Gewahrsams besteht Einigkeit darüber, dass der genannte natürliche Herrschaftswille nur von einer **natürlichen Person** ausgeübt werden kann.⁴⁴ Juristische Personen (AG, GmbH etc., aber auch Behörden) und andere Institutionen können dementsprechend keinen Willen bilden; dies können nur die für sie handelnden Organe und Vertreter. Es wäre also falsch zu sagen „die Sache steht im Gewahrsam der X-GmbH“. Diese Erkenntnis hat Auswirkungen auf das Innenverhältnis zwischen Organ bzw. Vertreter und Institution: Da die Institution als solche keinen Gewahrsam haben kann, kann er ihr gegenüber auch nicht gebrochen werden. Es kommen also kein Diebstahl, sondern Unterschlagung und Untreue in Betracht. Im Außenverhältnis dagegen ist Diebstahl möglich, sofern die Institution zumindest teilrechtsfähig und damit Eigentümer der Sache ist.

Das Abstellen auf den natürlichen Willen hat schließlich zur Konsequenz, dass Gewahrsam auch bei einer gewissen *Bewusstseinslockerung* zu bejahen ist.

Beispiele: Auch *Geisteskranke, Schlafende und Bewusstlose* haben daher im dargelegten Sinne einen Herrschaftswillen und können bestohlen werden (sog. **potentieller Gewahrsamswille**). *Bewusstlosigkeit* hebt selbst dann den Gewahrsam nicht auf, wenn der Betroffene vor seinem Tod nicht mehr aufwacht, da es keinen Unterschied machen kann, ob er sich noch einmal von seinem Zustand erholt oder nicht (str.).⁴⁵ Der Herrschaftswille endet aber mit der **endgültigen Aufgabe** oder mit dem **Tod**.

Hinweis für die Fallbearbeitung: Ein häufig anzutreffendes Klausurthema besteht in dem „**Bestehlen bzw. Berauben von Toten**“. Zwar wurde aufgezeigt, dass verstorbene Menschen keinen Gewahrsam (mehr) haben können, sodass eine Wegnahme grds. (zugunsten einer Unterschlagung) ausscheidet. Hat der Täter aber selbst zuvor den Tod des Gewahrsamsinhabers herbeigeführt und dies nur zu dem Zweck, das Opfer später in Ruhe „ausrauben“ zu können, muss von einem einheitlichen Geschehensablauf ausgegangen werden. Schließt sich die Gewahrsamserlangung dann zeitlich an die Tötungshandlung an, liegt bereits in der Gewaltanwendung der Beginn der Wegnahme, also der Angriff auf den (noch) bestehenden Gewahrsam. Dass die Wegnahme unter diesen Umständen erst nach dem Tod des Opfers vollendet wird, ist bedeutungslos.⁴⁶ Der Täter ist dann regelmäßig wegen schweren Raubs mit Todesfolge (§§ 249 250, 251) in Tateinheit mit Mord (§ 211 I, II Var. 3 - Habgier) strafbar.

⁴⁴ Vgl. nur *Lackner/Kühl*, § 242 Rn 10; *Fischer*, § 242 Rn 13.

⁴⁵ Wie hier BGH NJW 1985, 1911; Sch/Sch-*Eser/Bosch*, § 242 Rn 30; *Rosenau/Zimmermann*, JuS 2009, 541, 543; a.A. BayOblG NJW 1961, 978, 979; *Seelmann/Pfohl*, JuS 1987, 199. Die Gegenauffassung hat also zur Konsequenz, dass Diebstahl ausscheidet und Unterschlagung in Betracht kommt.

⁴⁶ Vgl. BGHSt 9, 135, 136; Sch/Sch-*Eser/Bosch*, § 251 Rn 9.

35

36

bb. Sonderfälle des Gewahrsams

a.) Genereller Gewahrsamswille

37 Um einen Gewahrsam über (diebstahlstaugliche) Gegenstände annehmen zu können, ist es nicht erforderlich, dass sich der Gewahrsamswille auf jeden einzelnen Gegenstand bezieht. Vielmehr genügt es, dass der Berechtigte einen Gewahrsamswillen hinsichtlich **sämtlicher Gegenstände, die sich in seinem Herrschaftsbereich befinden**, begründet.⁴⁷ Würde man etwas anderes annehmen, würden Fälle, in denen jemand einen Gegenstand **verloren** oder **vergessen** hat, selbst auf der Grundlage des sozial-normativen Gewahrsamsbegriffs nicht befriedigend gelöst werden können.⁴⁸

38 **Beispiel:** Auf dem Weg zu einer Party **verliert** O in der U-Bahn sein Portemonnaie. Schaffner S bemerkt dies und steckt das Portemonnaie lieber ein, statt es dem O zu übergeben. Hier könnte ein **Diebstahl** (und nicht etwa eine **Fundunterschlagung!**) vorliegen.

Zunächst müsste es sich bei dem von O verlorenen Portemonnaie um eine für S **fremde Sache** gehandelt haben. Fremd ist eine Sache, wenn sie weder im Alleineigentum des Täters steht noch herrenlos ist.

Vorliegend hat O sein Eigentum an dem Portemonnaie nicht aufgegeben. Insbesondere macht das Verlieren (und auch das Vergessen!) eine Sache noch nicht herrenlos. Für S war das Portemonnaie daher fremd.

S müsste durch das Einstecken des Portemonnaies auch fremden **Gewahrsam gebrochen** haben. Eine Person übt Gewahrsam über eine Sache aus, wenn ihr die Herrschaftsmacht über die Sache sozial-normativ zugeordnet wird („sozial-normativer Gewahrsamsbegriff“, s.o.).

Hinsichtlich einer verlorenen Sache kann eine solche Zuordnung nicht vorgenommen werden. Demzufolge übte O im Zeitpunkt der Tathandlung des S keinen Gewahrsam mehr über sein Portemonnaie aus. Möglicherweise übte aber der Betreiber der Bahn Gewahrsam über das Portemonnaie aus. Zwar endet der Gewahrsam desjenigen, der eine Sache außerhalb seines Herrschaftsbereichs verliert, allerdings übt gem. der Verkehrsauffassung bzw. dem sozial-normativen Gewahrsamsbegriff der Inhaber eines Herrschaftsbereichs (vorliegend also der Betreiber der Bahn) einen generellen Gewahrsamswillen über alle Gegenstände aus, die sich in seinem Herrschaftsbereich befinden.

S hat somit fremden Gewahrsam gebrochen und durch das Einstecken des Portemonnaies den Tatbestand des Diebstahls verwirklicht.

39 **Hinweis für die Fallbearbeitung:** Das Verlieren (aber auch das Vergessen) einer Sache ist ein häufig anzutreffendes Klausurthema. Hier ist zu differenzieren: Wird die Sache innerhalb des eigenen oder eines fremden Herrschaftsbereichs verloren, genügt ein **genereller Gewahrsamswille** des jeweiligen Inhabers des Herrschaftsbereichs, um einen Gewahrsam weiterhin annehmen zu können. Nimmt hier ein anderer die Sache mit, liegt Diebstahl und nicht Unterschlagung vor, sofern der generelle Gewahrsamswille des Inhabers des Herrschaftsbereichs vorliegt. Wird die Sache jedoch außerhalb eines Herrschaftsbereichs verloren (etwa auf dem Bürgersteig), endet in jedem Fall die tatsächliche bzw. sozial-normative Einwirkungsmöglichkeit. Die Sache wird gewahrsamslos. Hier ist der Anwendungsbereich des § 246 eröffnet.

40 Etwas anderes gilt für den Fall, in dem der Gewahrsamsinhaber einen Gegenstand an einem bestimmten Ort **vergessen** hat.

⁴⁷ Sch/Sch-Eser/Bosch, § 242 Rn 30; LK-Ruß, § 242 Rn 23.

⁴⁸ Vgl. zur Problematik auch Sch/Sch-Eser/Bosch, § 242 Rn 28; Fischer, § 242 Rn 13, 15.

Beispiel: Auch nach der Party läuft es für O nicht besser. Als er wieder nach Hause will, **vergisst** er beim Gastgeber seinen Regenschirm. Gast G, der kurz nach O geht, bemerkt dies und steckt den Schirm ein.

Hier kann man nicht ohne weiteres die zum Verlieren eines Gegenstands in einer fremden Gewahrsamssphäre aufgestellten Grundsätze übertragen. Denn nach der Verkehrsauffassung bzw. nach sozial-normativen Gesichtspunkten muss man demjenigen, der eine Sache in einer fremden Gewahrsamssphäre lediglich vergessen hat, weiterhin einen bestimmten Grad an Herrschaftsmacht über die Sache zubilligen, solange er weiß, wo die Sache sich befindet und er sie ohne größere Hindernisse wieder an sich nehmen kann. In einem solchen Fall besteht ein gemeinsamer Gewahrsam zwischen O und dem Gastgeber (sog. Mitgewahrsam, dazu sogleich). Im vorliegenden Beispiel hat G auf jeden Fall einen Gewahrsam gebrochen und mithin den Tatbestand des Diebstahls erfüllt.

Zu den **Kaufhausfällen** (Ladendiebstählen) vgl. Rn 73.

b.) Gewahrsam durch mehrere Personen (Mitgewahrsam)

Besonders problematisch ist es, wenn **mehrere Personen als Gewahrsamsinhaber** in Betracht kommen und der Täter zu ihnen zählt. Dann ist regelmäßig eine Abgrenzung zu § 246 vorzunehmen, weil es dort ja gerade am Gewahrsamsbruch fehlt. In diesen Fällen ist – sofern man mit der wohl h.M. den Gewahrsam als die von einem natürlichen Herrschaftswillen getragene tatsächliche Sachherrschaft eines Menschen über eine Sache versteht – zwischen *gleichrangigem Mitgewahrsam*, *übergeordnetem (Mit-)Gewahrsam* und bloß *untergeordnetem (Mit-)Gewahrsam* zu unterscheiden.⁴⁹

- **Gleichrangiger Mitgewahrsam** zeichnet sich dadurch aus, dass der Gewahrsam zu gleichen Teilen („gleichberechtigt“) ausgeübt wird. Dies ist typischerweise zwischen Eheleuten bezüglich der gemeinsam genutzten Sachen in der gemeinsamen Wohnung der Fall. Für eine Wegnahme reicht stets der Bruch von übergeordnetem Gewahrsam (dazu sogleich) oder auch gleichrangigem Mitgewahrsam aus.

Beispiel: Der mit seiner Ehefrau O in der gemeinsamen Wohnung lebende T nimmt im Hinblick auf die bevorstehende Trennung in Abwesenheit der O das beiden gehörende und gemeinsam genutzte Fernsehgerät und bringt es in „Sicherheit“. Strafbarkeit nach § 242 I?

Der Tatbestand des § 242 I setzt zunächst voraus, dass das Fernsehgerät für T fremd war. Da T nicht Alleineigentümer dieses Geräts ist, war es für ihn fremd. T müsste weiterhin das Merkmal der „Wegnahme“ erfüllt haben. Wegnahme bedeutet Bruch fremden und Begründung neuen, nicht notwendig eigenen Gewahrsams. Gewahrsam ist die von einem entsprechenden Herrschaftswillen getragene tatsächliche Sachherrschaft eines Menschen über eine Sache. Ein anderes Erklärungsmodell gelangt zu demselben Ergebnis, wenn die Sache einem Menschen unter sozial-normativer Betrachtung zuzurechnen ist. Vorliegend wurde die tatsächliche bzw. sozial-normative Sachherrschaft zu je gleichen Teilen von T und O ausgeübt. Es bestand ein sog. gleichrangiger Mitgewahrsam. Für eine Wegnahme reicht stets der Bruch von gleichrangigem Mitgewahrsam aus. T hat somit fremden Gewahrsam gebrochen. Dass O zur Zeit des Fortschaffens nicht anwesend war, ist unschädlich, da sie nach der Verkehrsauffassung bzw. nach sozial-normativer Sicht Gewahrsam ausübte. T hat somit den objektiven Tatbestand des § 242 I erfüllt.

- **Mehrstufiger Gewahrsam** liegt vor, wenn der Gewahrsam nicht gleichrangig, sondern auf verschiedenen Stufen ausgeübt wird (über- und untergeordneter Gewahrsam). Gewahrsamsbruch und damit Diebstahl sind hier nur von der unteren zur oberen Stufe mög-

⁴⁹ Die beiden zuletzt genannten Fälle werden auch als *mehrstufiger Mitgewahrsam* bezeichnet. Auch ist in Mehrpersonenverhältnissen *Alleingewahrsam* möglich.

lich.⁵⁰ Mehrstufiger Gewahrsam ist typischerweise in Über- und Unterordnungsverhältnissen wie Dienst-, Arbeits- u. Auftragsverhältnissen gegeben.

Beispiele: Ladenangestellte erfüllen regelmäßig den Tatbestand des Diebstahls, wenn sie (in Zueignungsabsicht) eigenmächtig Waren mit nach Hause nehmen, da nicht sie, sondern der Geschäftsinhaber (bzw. in größeren Kaufhäusern der Filialleiter oder sogar der Abteilungsleiter) Gewahrsamsinhaber ist. Für die Ladenangestellten kommt allenfalls untergeordneter Gewahrsam in Betracht. In kleineren Ladengeschäften ist sogar von Alleingewahrsam des Geschäftsinhabers auszugehen. In einem solchen Fall werden die Angestellten auch als *Gewahrsamsgehilfen* oder *Gewahrsamshüter* bezeichnet. Entsprechendes gilt für **Hausangestellte** und sonstige **Arbeitnehmer**.⁵¹

Umgekehrt kann aber auch im Einzelfall **Alleingewahrsam** des Angestellten zu bejahen sein. Insbesondere **Kassierer** (z.B. im Supermarkt) und **Schalterangestellte** (z.B. bei der Post oder der Bahn), aber auch **Kellner**⁵², haben nach der Verkehrsauffassung bzw. aus sozial-normativer Sicht Alleingewahrsam an dem in der Kasse bzw. Geldbörse befindlichen Geld. Voraussetzung ist nur, dass der genannte Personenkreis für das Schicksal der Kasse bzw. Geldbörse verantwortlich ist, sei es, dass er Fehlbeträge zu erstatten hat oder sei es, dass er „nur“ Ärger bekommt, wenn Beträge fehlen.⁵³ Entnimmt eine diesem Personenkreis zugehörige Person Geld für eigene Zwecke, begeht sie keinen Diebstahl, da sie keinen Gewahrsam brechen kann. In Betracht kommen aber Untreue (§ 266), veruntreuende Unterschlagung (§ 246 II) oder Betrug (§ 263).

44

Hinweis für die Fallbearbeitung: Die Vollendung der genannten Delikte tritt spätestens dann ein, wenn der Täter bei Dienstschluss den Kasseninhalt unter Vortäuschung einer ordnungsgemäßen Abrechnung dem Geschäftsinhaber oder Berechtigten übergibt. Bleibt die Vollendung der genannten Delikte aus, etwa dadurch, dass der Kassierer beim Beiseiteschaffen des Geldes erwischt wird, kommt eine Versuchsstrafbarkeit in Betracht.⁵⁴

Auch zwischen **Lkw-Fahrern** und deren Geschäftsherren können alle Formen des Gewahrsams in Betracht kommen. Entscheidend ist, ob dem Geschäftsherrn während der Fahrt eine Kontroll- bzw. Überwachungsmöglichkeit eingeräumt bleibt. Bei Fahrten im Nahverkehr wird dies eher anzunehmen sein als bei Fahrten im Fernverkehr, wobei unter Berücksichtigung moderner Kommunikationstechnologien und Satellitennavigation aber auch sehr gut vertreten werden kann, dass sich der Geschäftsherr ständig über die Position seiner Fahrzeuge informieren kann und daher zumindest übergeordneten Mitgewahrsam ausübt.

Üben **mehrere Angestellte** untereinander gleichrangigen Mitgewahrsam, aber ihrem Geschäftsherrn gegenüber übergeordneten oder Alleingewahrsam aus, ist im Verhältnis untereinander Diebstahl, im Verhältnis zum Geschäftsherrn Unterschlagung möglich.

45

- **Alleingewahrsam** kommt insbesondere in Ausbildungsverhältnissen und in Dienstverhältnissen in Betracht, in denen die Sachherrschaft des Untergeordneten im Vergleich zu der des Geschäftsherrn so bedeutungslos ist, dass noch nicht einmal von einem untergeordneten Mitgewahrsam gesprochen werden kann (*Gewahrsamsgehilfen/Gewahrsamshüter*, s.o.).

46

Hinweis für die Fallbearbeitung: Die vorstehenden Beispiele haben die Grundprinzipien verdeutlicht, unter deren Berücksichtigung auch (regelmäßig) unbekannte Klau-

⁵⁰ *Lackner/Kühl*, § 242 Rn 13.

⁵¹ Vgl. dazu BGHSt 8, 273, 275; Sch/Sch-Eser/Bosch, § 242 Rn 33; *Fischer*, § 242 Rn 10, 14, 14a.

⁵² Vgl. auch *Hillenkamp*, JuS 2003, 157, 158 f.

⁵³ Zu dieser Auffassung tendiert auch der BGH (StV 2001, 13).

⁵⁴ Lediglich eine versuchte Untreue kommt nicht in Betracht, da der Gesetzgeber – anders als bei der Unterschlagung (vgl. § 246 III) und dem Betrug (vgl. § 263 II) – eine Versuchsstrafbarkeit nicht angeordnet hat.

surkonstellationen gelöst werden können. Wichtig ist, die Überlegung anzustellen, dass (übergeordneten) Gewahrsam ausübt, wer einerseits die Kontroll- und Einwirkungsmöglichkeit, andererseits aber auch genügend Eigenverantwortlichkeit hat. Die Anerkennung eines Rangverhältnisses einzelner Mitgewahrsamsinhaber untereinander ist aber für das Ergebnis ohne Belang, wenn ein Dritter, der jedenfalls keinen Gewahrsam hat, die Sache an sich nimmt. In der Fallbearbeitung ist der Sonderfall Mitgewahrsam also nur dann zu erörtern, wenn es wirklich darauf ankommt. Da in einem solchen Fall regelmäßig ein Schwerpunkt der Arbeit liegen wird, muss die Lösung der Mitgewahrsamsproblematik argumentativ erarbeitet werden. Folgt man hingegen dem auch hier vertretenen **sozial-normativen** Gewahrsamsbegriff, kommt dem Untergeordneten erst gar keine Sachherrschaft zu. Gestuften Gewahrsam gibt es demnach also gar nicht.⁵⁵

c.) Verwahrung

Eng mit dem gestuften Gewahrsam verwandt ist die Frage, wer in Fällen der Verwahrung Gewahrsam über die verwahrte Sache ausübt. Äußerst prüfungsrelevant sind in diesem Zusammenhang die sog. **Gepäckaufgabe-** und **Garderobenfälle**. Hier ist fraglich, wer den jeweiligen Gewahrsam ausübt. In Betracht kommen der Eigentümer, der Verwahrer und dessen Geschäftsherr.

47

Beispiel: A ist Eigentümer einer Kawasaki ZXR 1100. An einem Samstagabend fährt er mit seiner Maschine zur nahegelegenen Diskothek und gibt seine Lederjacke, in deren Innentasche sich auch der Motorrad Schlüssel befindet, an der Garderobe ab. B, der gerne hin und wieder mit Motorradteilen dealt, beobachtet dies und fasst folgenden Plan: Er möchte zur Garderobenfrau G gehen und dieser glaubhaft machen, er sei Besitzer der Jacke und benötige nur mal schnell den Schlüssel; die Garderobenmarke sei bei seinem Freund, mit dem er gekommen sei und den er gerade nicht finden könne. So geschieht es denn auch. Auf diese Weise zu dem Motorrad gekommen, zerlegt er es später in alle Einzelteile und verkauft diese an den Hehler H. Strafbarkeit des B?

48

1. §§ 242 I, 25 I Var. 2 am Schlüssel: B könnte sich dadurch, dass er aufgrund der falschen Behauptung über die Eigentumslage bezüglich des Schlüssels G dazu veranlasste, ihm den Schlüssel herauszugeben, gem. §§ 242 I, 25 I Var. 2 wegen **Diebstahls in mittelbarer Täterschaft** strafbar gemacht haben.

a. Bei dem Schlüssel handelt es sich um einen körperlichen Gegenstand, der tatsächlich fortbewegt werden kann, mithin um eine bewegliche Sache. Er stand auch weder im (Allein-)Eigentum des B noch in dem der G und war daher fremd.

b. Als Tathandlung verlangt der Diebstahl in mittelbarer Täterschaft die Wegnahme der Tatobjekte durch einen anderen, das Tatwerkzeug, §§ 242 I, 25 I Var. 2. Die Wegnahme erfordert den Bruch fremden und die Begründung neuen, nicht notwendigerweise täte-reigen Gewahrsams. Als Tatwerkzeug kommt die Garderobenfrau G in Betracht. Diese müsste den Gewahrsam am Schlüssel gebrochen haben. Gewahrsam am Schlüssel brechen konnte sie aber nur dann, wenn jemand anderes Gewahrsam daran hatte. Wäre G selbst Gewahrsamsinhaberin gewesen, hätte sie keinen Gewahrsam brechen können (dann wäre in der Fallbearbeitung ein Betrug zum Nachteil des A und zum Vorteil des B zu prüfen, siehe sogleich).

Die wohl h.M. versteht Gewahrsam als eine von einem natürlichen Herrschaftswillen getragene tatsächliche Sachherrschaft eines Menschen über eine Sache unter Berücksichtigung der Verkehrsauffassung. Die Gegenauffassung bestimmt den Gewahrsam nach sozial-normativen Gesichtspunkten und gelangt regelmäßig zu denselben Ergebnissen.

Als gesichert kann angesehen werden, dass A sich bewusst seiner unmittelbaren Zugriffsmöglichkeit auf seinen Schlüssel begeben hat, als er seine Jacke bei G abgegeben hat. Fraglich kann daher nur sein, ob G oder ihr Geschäftsherr (der Inhaber der Disko-

⁵⁵ Vgl. *Wessels/Hillenkamp*, BT 2, Rn 84; *SK-Hoyer*, § 242 Rn 45; *Lackner/Kühli*, § 242 Rn 13.

thek) Gewahrsam hatten. In Anlehnung an das zu den Kassierern Gesagte muss auch hinsichtlich der G gelten, dass sie – soweit sie für das Schicksal der bei ihr abgegebenen Gegenstände verantwortlich ist, sei es, dass sie Fehlbestände zu erstatten hat, oder sei es, dass sie „nur“ Ärger bekommt, wenn Gegenstände fehlen – nach der Verkehrsauffassung bzw. aus sozial-normativer Sicht trotz der (unterstellten) sozialen Abhängigkeit Alleingewahrsam bezüglich der in der Garderobe befindlichen Gegenstände hat.

Der Schlüssel des A gehörte zu dessen abgegebener Garderobe. Somit hatte G Alleingewahrsam über ihn und konnte keinen fremden Gewahrsam brechen. Folglich konnte sie kein Tatwerkzeug sein.

2. Ein Diebstahl des B in mittelbarer Täterschaft scheidet daher aus. B hat sich aber aufgrund der wahrheitswidrigen Behauptung hinsichtlich der Eigentumslage und der dadurch bedingten Herausgabe des Schlüssels wegen **Betrugs** (d.h. Dreiecksbetrug) strafbar gemacht. Vgl. dazu ausführlich Rn 521, 595.

- 49 Bei **verschlossenen Behältnissen** ist hinsichtlich des **Gewahrsams am Inhalt nach Art und Beschaffenheit des Behältnisses** zu differenzieren: Nach der Verkehrsauffassung bzw. der sozial-normativen Sichtweise wird bei *ortsfesten* und nur sehr schwer fortzuschaffenden Behältnissen (Schließfächer, Tresore, Automaten, etc.) der Schlüsselinhaber (zumindest Mit-)Gewahrsam am Inhalt haben. Bei *beweglichen* bzw. leicht fortzuschaffenden Behältnissen (aufgegebene Reisekoffer, bei Freunden verwahrte Schmuckkassette etc.) wird hingegen derjenige, der Gewahrsam am Behältnis hat, zugleich auch die alleinige tatsächliche Sachherrschaft und somit Alleingewahrsam über den Inhalt ausüben, selbst wenn sich der Schlüssel nicht bei ihm befindet.⁵⁶

cc. Bruch fremden Gewahrsams

- 50 Der fremde Gewahrsam muss durch den Täter (bzw. bei mittelbarer Täterschaft durch den Tatmittler) gebrochen werden.

- 51 Fremder Gewahrsam wird **gebrochen**, wenn er ohne oder gegen den Willen des Gewahrsamsinhabers aufgehoben wird.⁵⁷

Beispiel: Wenn der Täter nachts in eine Villa einsteigt und die dort befindlichen maritimen Antiquitäten fortschafft, bricht er dadurch den Gewahrsam des bisherigen Gewahrsamsinhabers an den Antiquitäten. Doch in der Klausur sind die zu würdigenden Sachverhalte nicht so einfach. Vielmehr wird die Auseinandersetzung mit folgenden Problemkreisen erwartet:

- 52 Dadurch, dass auf den Willen des bisherigen Gewahrsamsinhabers abgestellt wird, ist das Merkmal der Wegnahme nicht erfüllt, wenn ein Einverständnis vorliegt (sog. **tatbestandsausschließendes Einverständnis**). Dieses Einverständnis muss seiner Rechtsnatur nach weder ausdrücklich noch konkludent erklärt werden; vielmehr genügt der im Inneren des Berechtigten verborgene Wille.

- 53 **Hinweis für die Fallbearbeitung:** Entscheidend ist das tatsächliche Vorliegen bei *Begegnung* der Tatausführung. Im Gegensatz zur rechtfertigenden Einwilligung, bei der nach der herrschenden Lehre von den subjektiven Rechtfertigungselementen der Täter mit einem entsprechenden Rechtfertigungswillen gehandelt haben muss, ist es beim tatbestandsausschließenden Einverständnis unerheblich, ob der Täter in Kenntnis des Einverständnisses handelt. Weiß er nichts von einem in Wirklichkeit vorliegenden Einverständnis, kommt ein strafbarer (untauglicher) Versuch in Betracht (vgl. §§ 242 II, 22). Liegt aber ein wirksames Einverständnis vor und weiß der Täter dies, ist dieser nicht notwen-

⁵⁶ BGHSt 22, 180, 182 f.; Sch/Sch-Eser/Bosch, § 242 Rn 34; Wessels/Hillenkamp, BT 2, Rn 95.

⁵⁷ Fischer, § 242 Rn 16; Sch/Sch-Eser/Bosch, § 242 Rn 35; Ludwig/Lange, JuS 2000, 446, 449. Vgl. auch BGH NStZ 2008, 624, 625 und Jahn, JuS 2008, 1119, 1120.

dig straflos. Vielmehr kommt ein **Betrug** (§ 263) in Betracht, wenn der Täter über Tatsachen getäuscht und das Opfer (bzw. den Verfügenden) zu einer Vermögensverfügung veranlasst hat, vgl. Rn 57 ff.

Von einem Einverständnis kann daher nicht gesprochen werden, wenn der Berechtigte die Tat lediglich **duldet** oder **geschehen lässt**. 54

Beispiel: Der Inhaber eines Kaufhauses bzw. der dort angestellte Ladendetektiv beobachtet einen Ladendiebstahl, ohne zunächst einzugreifen. Vielmehr soll abgewartet werden, wie der Dieb sich insgesamt im Kaufhaus verhält und ob er später das Kaufhaus mit der nicht bezahlten Ware verlassen möchte.

Zum einen hindert die Beobachtung nicht den Gewahrsamswechsel (Diebstahl ist kein heimliches Delikt⁵⁸), und zum anderen liegt mit der Beobachtung nicht etwa ein tatbestandsausschließendes Einverständnis vor.

Anders liegt es bei der sog. **Diebesfalle** (Lockspitzelfälle). Damit sind Fälle gemeint, bei denen für den Täter zu dessen Überführung ein lohnendes Diebstahlsobjekt bereitgelegt wird und dieses Objekt so präpariert ist, dass nach Entdecken der Tat mit Hilfe technischer Mittel eine Überführung des Täters möglich ist. 55

Beispiel: O vermutet, dass seine Hausangestellte T stiehlt. Er präpariert einen Geldschein in der Weise, dass jeder, der ihn berührt, durch chemische Rückstände an den Händen identifiziert werden kann. Anschließend legt er ihn an eine unauffällige Stelle, sodass es aussieht, als habe er ihn dort verloren. Der Geldschein wird erwartungsgemäß von T entdeckt und eingesteckt. 56

Damit die gewünschte Überführung gelingt, muss der Berechtigte (vorliegend O) mit dem Gewahrsamswechsel (Ergreifen und Einstecken des Geldscheins) einverstanden sein. Daher kann der Gewahrsam nicht gebrochen werden. Der objektive Tatbestand des § 242 I ist nicht erfüllt. Da T aber entsprechenden Diebstahlsvorsatz hatte, ist sie wegen **versuchten Diebstahls** strafbar (§§ 242 II, 22).

Erstreckt man das Einverständnis auch auf die Zueignung (was immer dann naheliegt, wenn der Berechtigte den Verlust des „Ködners“ in Kauf nimmt), scheidet auch eine *vollendete* rechtswidrige Zueignung i.S.d. Unterschlagung (§ 246) aus. Die an sich gegebene *versuchte* Unterschlagung (§§ 246 III, 22) tritt subsidiär hinter den Diebstahlsversuch zurück (vgl. § 246 I a.E.).⁵⁹

O hat sich dagegen nicht strafbar gemacht. Die in Betracht kommende Anstiftung zum versuchten Diebstahl (§§ 242 I, II, 22, 23 I, 26) ist zwar objektiv erfüllt, sie scheitert aber am fehlenden „doppelten“ Anstiftervorsatz. O wollte lediglich die T überführen, nicht jedoch die Vollendung der Haupttat. Deshalb ist O als **agent provocateur** („Lockspitzel“) straflos.⁶⁰

Da ein tatbestandsausschließendes Einverständnis nur auf den natürlichen (nicht etwa den rechtlichen) Willen abstellt, berührt ein durch **Täuschung** oder **Drohung** erlangtes Einverständnis grundsätzlich dessen Wirksamkeit nicht. Im Ergebnis ist dann zumeist ein Diebstahl zu verneinen. Bei Täuschung kommt aber regelmäßig ein **Betrug** (in Form des Sachbetrugs), und bei Drohung eine **räuberische Erpressung** (§ 255) in Betracht. 57

Hinweis für die Fallbearbeitung: Die Abgrenzung zwischen Diebstahl und (Sach-) Betrug ist äußerst examensrelevant. Insbesondere sind häufig sog. **Kaufhausfälle** zu beobachten, in denen der Täter eine Sache verbirgt (ohne jedoch eine Gewahrsamsenklave zu bilden) und dann den Kassenbereich passiert. Hier stellt sich die Frage, ob 58

⁵⁸ Vgl. dazu aus jüngerer Zeit BGH NStZ 2008, 624, 625; NStZ 2007, 336, 337.

⁵⁹ Vgl. dazu OLG Gera StraFo 2000, 358, 359; Krey/Hellmann, BT II, Rn 35; Wessels/Hillenkamp, BT 2, Rn 106; Fischer, § 242 Rn 23.

⁶⁰ Zum *agent provocateur* vgl. im Übrigen ausführlich SK-Hoyer, vor § 26 Rn 64 ff.

ein Diebstahl oder ein Betrug vorliegt. Vgl. dazu Rn 73, 76, 78, 589. Auch sog. **Beschlagnahmefälle**, in denen sich der Täter z.B. als Kriminalbeamter ausgibt und die im Gewahrsam des Opfers stehende Sache „beschlagnahmt“, werden in diesem Zusammenhang gerne geprüft. Vgl. dazu Rn 69, 587 und 767a.

- 59 Die Grenzen des Einverständnisses zur Gewahrsamsübertragung sind auch dort zu ziehen, wo ein Gegenstand lediglich zur **Ansicht oder zur Anprobe ausgehändigt** wird. Hier ist regelmäßig lediglich von einer **Gewahrsamslockerung** und nicht von einer Gewahrsamsübertragung auszugehen. Wer in einem solchen Fall mit der Sache in Zueignungsabsicht verschwindet, begeht einen **Diebstahl** (sog. täuschungsbedingte Gewahrsamslockerung – **Trickdiebstahl**). Vgl. dazu auch das **Beispiel** bei Rn 592.
- 60
- 61 Ferner sind Grenzen des Einverständnisses dort zu sehen, wo es der Gewahrsamsinhaber an die **Einhaltung bestimmter Voraussetzungen** (bzw. **Bedingungen**) knüpft.
- 62
- So ist nach h.M. etwa der Inhaber eines **Warenautomaten** nur dann mit der Entnahme der Ware einverstanden, wenn das Gerät korrekt funktioniert und es auch ordnungsgemäß bedient wird⁶¹ (das Einverständnis bezieht sich sowohl auf die zivilrechtliche Übergabe und Übergabe als auch auf den strafrechtlichen Gewahrsamsübergang). Wer daher Falschgeld, Münzen mit geringerem Nennwert oder geringwertigere (ausländische) Münzen einwirft bzw. den Automaten mit mechanischen Tricks wie mit Drähten usw. manipuliert, begeht durch die Entgegennahme der auf diese Weise freigegebenen Ware einen Gewahrsamsbruch und damit einen **Diebstahl**, sodass insofern für die subsidiäre Vorschrift des § 265a kein Raum ist. Die Ratio dieser *Lehre vom bedingten Einverständnis* schließt nach Auffassung der h.M. die Lücke, die entsteht, wenn – wie vorliegend – ein Täuschungspartner fehlt und damit ein (gegenüber § 265a im Strafmaß erheblich gesteigerter) Betrug ausscheiden muss. Bricht der Täter hingegen den Automaten mittels eines Brechwerkzeugs auf, um sich den Inhalt zuzueignen, kommt es auf die genannte Problematik erst gar nicht an. Hier ist zweifelsfrei Diebstahl gegeben (die Sachbeschädigung am Automaten tritt als typische Begleittat im Wege der Gesetzeskonkurrenz – Konsumtion – zurück).
- 63
- Einen **Diebstahl** begeht auch derjenige, der einen **Geldwechselautomaten** mittels eines mit Tesafilm beklebten Geldscheins „überlistet“.⁶²
- 64 **Beispiel:** Der nicht gerade arbeitsbegeisterte, aber einfallsreiche P hat wieder einmal Langeweile. Um ohne größere Mühe an Geld zu kommen, „verlängert“ er einen Geldschein mit einem Tesafilmstreifen. Den auf diese Weise präparierten Geldschein führt er sodann in einen Geldwechselautomaten ein, um ihn – sobald der Geldschein die Lichtschranke überschritten und dadurch den Wechselgeldmechanismus ausgelöst hat – mit Hilfe des Tesafilmstreifens wieder herauszuziehen. Das so ausgeworfene Geld nimmt er in Zueignungsabsicht an sich. Das Ganze wiederholt er solange, bis der Automat leer ist.

Strafbarkeit wegen Entgegennahme der Münzen

P könnte sich dadurch, dass er den Geldwechselautomaten mittels eines mit Tesafilm beklebten Geldscheins dazu gebracht hat, die Münzen auszuwerfen, wegen **Computerbetrugs** gem. 263a I Var. 2 (Verwendung unrichtiger oder unvollständiger Daten) strafbar gemacht haben. Doch nach ganz herrschender Auffassung greift diese Vorschrift nur dann, wenn der Täter den Automaten äußerlich vollkommen ordnungsgemäß bedient hat. P hat den Automaten aber gerade nicht äußerlich vollkommen ordnungsgemäß bedient, sondern diesen mit Hilfe des Tesafilmstreifens daran gehindert, den Geldschein zu vereinnahmen. Auch scheidet eine Strafbarkeit wegen **Erschleichens von Leistungen** (§ 265a) aus, sofern man mit der h.M. die Strafnorm des § 265a nur auf Leistungsautomaten anwendet.

⁶¹ Wie hier *Joecks*, § 242 Rn 32.

⁶² OLG Düsseldorf NJW 2000, 158 (mit zust. Bespr. v. *Biletzki*, NStZ 2000, 424; *Martin* JuS 2000, 406; *Kudlich*, JuS 2001, 20, 23; ablehnend *Otto*, JR 2000, 214 ff.).

Möglicherweise hat P aber den Tatbestand des **Diebstahls** (§ 242 I) verwirklicht. Klar dürfte sein, dass ein Geldwechselautomat nur dann ordnungsgemäß bedient wird, wenn der einzuwechselnde Geldschein nach Einführung in den Automaten auf Dauer in diesem verbleibt und der Benutzer ihn nicht wiedererlangt, nachdem er den Auszahlungsmechanismus in Gang gesetzt und er den Gegenwert in Münzen erhalten hat. Wenn P nun den einzuwechselnden Geldschein mit Hilfe des Tesafilmstreifens wieder herauszieht, hat er das Gerät nicht ordnungsgemäß bedient. Geht man zudem davon aus, dass auch der Betreiber eines Geldwechselautomaten nur dann mit der Übergabe und Übereignung der in dem Gerät befindlichen und in seinem Eigentum und Gewahrsam stehenden Geldstücken an den Bediener einverstanden ist, wenn dieser den Automaten ordnungsgemäß betätigt, hat P vorliegend Gewahrsam an den Geldmünzen gebrochen und durch die Entgegennahme eigenen Gewahrsam begründet. Da P auch mit entsprechendem Tatbestandsvorsatz und mit der Absicht gehandelt hat, sich die Münzen zuzueignen, ist er wegen **Diebstahls** gem. § 242 strafbar.

Möglicherweise hat P auch einen **besonders schweren Fall des Diebstahls** verwirklicht. In Betracht kommt § 243 I S. 2 Nr. 2. Dazu müssten die Geldmünzen durch ein verschlossenes Behältnis oder eine andere Schutzvorrichtung gegen Wegnahme gesichert gewesen sein. Das Gehäuse eines Geldwechselautomaten dient zwar neben der Aufnahme des Wechselmechanismus auch der Sicherung des Geldes vor unbefugter Entgegennahme, § 243 schützt gem. seinem Schutzzweck aber nur vor einer Wegnahme durch (mechanische) Überwindung einer bestehenden Sicherung (etwa durch Aufbrechen oder Benutzung von Drähten o.ä.). P hat den Automaten aber nicht aufgebrochen oder mit Drähten manipuliert, sondern lediglich „ausgetrickst“ und das Geld entgegengenommen, nachdem das Gerät es durch die dafür vorgesehene Öffnung ausgeworfen hatte. P hat das Regelbeispiel des § 243 I S. 2 Nr. 2 daher nicht erfüllt. Mit guten Gründen kann man aber aufgrund der Vergleichbarkeit des Unrechts und der Höhe des Schadens einen unbenannten besonders schweren Fall i.S.v. § 243 I S. 1 annehmen.

Strafbarkeit hinsichtlich des präparierten Geldscheins

Da P den Geldschein mit einem Tesafilmstreifen „gesichert“ hat, hat er zu keinem Zeitpunkt sein Eigentum oder seinen Gewahrsam daran aufgegeben. Durch das Herausziehen seines Geldscheins aus dem Automaten konnte er demzufolge auch keinen Gewahrsam brechen (zudem war der Geldschein – wie gesehen – schon nicht fremd). Ein Diebstahl an dem präparierten Geldschein muss demnach ausscheiden.

- Beim **Selbstbedienungstanken** kommen hinsichtlich desjenigen, der Kraftstoff in seinen Tank einfüllt und anschließend das Tankstellengelände ohne zu zahlen verlässt, **65**
Diebstahl, *Unterschlagung* oder *Betrug* in Betracht.

Beispiel⁶³: Ohne auch nur einen Cent in der Tasche zu haben (die Kreditkarte und die Girocard hat man ihm schon vor langer Zeit gesperrt), sucht B mit seinem Lieferwagen eine SB-Tankstelle auf und befüllt dort seinen Tank. Der Vorgang wird vom Tankstellenpersonal nicht weiter wahrgenommen. Sodann verlässt er entsprechend seinem zuvor gefassten Entschluss mit dem Wagen das Tankstellengelände, ohne zu bezahlen. Später, als ein anderer Kunde tanken möchte und dies nicht funktioniert, weil die Zapfsäule noch nicht freigegeben ist, fällt die Sache auf. B kann aufgrund der Auswertung des Videobands gefasst werden. Strafbarkeit des B? **66**

1. Strafbarkeit wegen Diebstahls

Durch das Einfüllen des Kraftstoffs in den Tank könnte B sich gem. § 242 I strafbar gemacht haben. Dazu müsste das Einfüllen des Kraftstoffes in den Tank die Wegnahme einer fremden beweglichen Sache gewesen sein. **Sachen** i.S.d. § 242 sind alle körperlichen Gegenstände i.S.d. § 90 BGB, und zwar unabhängig von deren wirtschaftlichem Wert und deren Aggregatzustand, solange sie von der Außenwelt (räumlich) abgrenzbar sind. Das ist bei dem Kraftstoff, den B in den Tank gefüllt hat, der Fall. Der Kraftstoff war auch

⁶³ Nach OLG Köln NJW 2002, 1059. Vgl. auch BGH NSTZ 2009, 694.

beweglich, wie das Einfüllen in den Tank anschaulich bewiesen hat. Der in den Tank des Wagens eingefüllte Kraftstoff müsste für B aber auch fremd gewesen sein. **Fremd** ist eine Sache, wenn sie weder im Alleineigentum des Täters steht noch herrenlos ist. Zunächst einmal kann festgehalten werden, dass sich an den Tanksäulen einer Selbstbedienungstankstelle regelmäßig der Hinweis befindet, der Kraftstoff verbleibe bis zur vollständigen Bezahlung im Eigentum des Tankstellenbetreibers (vgl. §§ 929 S. 1, 158 I BGB). Mit Blick auf das Kriterium der Fremdheit bedeutet dies, dass der Kunde allenfalls Miteigentum durch Vermischung (vgl. § 948 I i.V.m. § 947 BGB), nicht aber Alleineigentum erwirbt. Im Zeitpunkt des Einfüllens bleibt der Kraftstoff für ihn also fremd i.S. der Eigentumsdelikte.⁶⁴

B müsste den Kraftstoff auch weggenommen haben. **Wegnahme** bedeutet Bruch fremden und Begründung neuen Gewahrsams. Gewahrsam wird allerdings nicht gebrochen, wenn der bisherige Gewahrsamsinhaber mit der Gewahrsamsverschiebung einverstanden ist (tatbestandsausschließendes Einverständnis). Im Fall des SB-Tankens wäre es lebensfremd anzunehmen, der Tankstellenbetreiber behalte (zumindest) Mitgewahrsam, wenn er dem Kunden erlaubt, den Kraftstoff selbstständig in dessen Tank einzufüllen. Vielmehr ist davon auszugehen, dass der SB-Tankstellenbetreiber generell sein Einverständnis zur Gewahrsamsverschiebung erteilt, wenngleich er sich das Eigentum bis zur vollständigen Kaufpreiszahlung vorbehält.⁶⁵ Der einzige Gesichtspunkt, der gegen eine Gewahrsamsübertragung sprechen könnte, wäre eine Heranziehung des von den Automatenfällen her bekannten Gedankens eines *bedingten Einverständnisses*, wonach die Übertragung des Gewahrsams von der vollständigen Bezahlung des Kaufpreises abhängen könnte. Doch nach der Struktur des automatisierten Ablaufs muss der Kraftstoff als freigegeben angesehen werden, solange nur der Tankautomat äußerlich ordnungsgemäß betätigt wird. Dies ist vorliegend geschehen. Insbesondere kann es keine Rolle spielen, ob das Tankstellenpersonal die Kraftstoffentnahme im konkreten Fall wahrnimmt oder nicht.

Insoweit lässt sich feststellen, dass mangels Wegnahme zumindest ein Diebstahl ausscheidet.

2. Strafbarkeit wegen Betrugs

Indem B als Kunde auftrat und damit zum Ausdruck brachte, er wolle wie jeder andere (redliche) Kunde den Kraftstoff nach Erhalt bezahlen, könnte er sich wegen **Betrugs** (§ 263 I) strafbar gemacht haben. Denn durch das Vortäuschen nicht vorhandener Zahlungsbereitschaft könnte er bei dem Tankstelleninhaber oder dessen Personal einen entsprechenden Irrtum erweckt haben mit der Folge, dass ihm – da es sich um eine Selbstbedienungstankstelle handelte – das Einfüllen gestattet wurde. Die für den Betrugstatbestand voraussetzende Verfügung könnte vorliegend also darin bestanden haben, dass das Tankstellenpersonal (auch ohne B beobachtet zu haben) mit dem Tanken einverstanden war.⁶⁶

Ein entsprechender (Verfügungs-)Wille als Folge der Täuschungshandlung des Täters kann aber nur gebildet werden, wenn eben diese Handlung von dem Tankstellenbetreiber oder seinen Mitarbeitern überhaupt wahrgenommen worden ist. Bleibt der Täter dagegen – wie im vorliegenden Fall – bis zur Beendigung des Tankvorgangs unbemerkt, gewinnt seine Handlungsweise keinen Einfluss auf die Willensbildung des Tankstellenpersonals und kann schon deshalb weder zu einem Irrtum noch zu einer Vermögensverfügung in Bezug auf den von ihm getankten Kraftstoff führen.⁶⁷ Eine Strafbarkeit wegen vollendeten Betrugs scheidet damit aus.

⁶⁴ Wie hier OLG Köln NJW 2002, 1059; OLG Hamm NSTZ 1983, 266; OLG Koblenz NSTZ-RR 1998, 364; Sch/Sch-Eser/Bosch, § 246 Rn 7; LK-Ruß, § 246 Rn 8; NK-Kindhäuser, § 242 Rn 16/49 ff.; Wessels/Hillenkamp, BT 2, Rn 184, und nun auch Hoffmann-Holland/Singelstein/Simonis, JA 2009, 513, 516; v. Heintschel-Heinegg, JA 2009, 903; anders OLG Düsseldorf JR 1982, 343; Herzberg, NJW 1984, 896; NSTZ 1983, 251 und JA 1980, 385, 386 f. Vgl. auch Schramm, JuS 2008, 678, 681; Lange/Trost, JuS 2003, 961 ff.; Streng, JuS 2002, 454.

⁶⁵ Vgl. bereits die 1. Aufl. 2002 dieses Buches; wie hier nun auch Radtke/Meyer, JA 2009, 702 f.

⁶⁶ Vgl. Sch/Sch-Cramer/Perron, § 263 Rn 63b.

⁶⁷ Diesen entscheidenden Aspekt verkennt Schramm, JuS 2008, 678, 681.

3. Strafbarkeit wegen versuchten Betrugs

Möglicherweise hat sich B jedoch wegen **versuchten Betrugs** (§§ 263 II, 22) strafbar gemacht. Die in § 263 vorausgesetzte Täuschungshandlung setzt auch in der Modalität des schlüssigen Verhaltens ein zur Irreführung eines Menschen bestimmtes und damit zur Einwirkung auf das intellektuelle Vorstellungsbild dieses Menschen dienendes Gesamtverhalten voraus. An dem Tatentschluss zu einem solchen Verhalten fehlt es, wenn der Täter davon ausgehen darf, dass er sein Vorhaben, ohne Bezahlung zu tanken, unbemerkt verwirklichen kann.

Allerdings sind kaum noch Fälle vorstellbar, in denen der Täter davon ausgehen kann, sein Verhalten werde nicht wahrgenommen. Vielmehr ist bei realitätsnaher Betrachtung unter den heutigen Verhältnissen stets mit der Möglichkeit der unmittelbaren oder durch Überwachungsanlagen vermittelten Wahrnehmung zu rechnen.⁶⁸ Abgesehen von Ausnahmesituationen ist daher davon auszugehen, dass der Täter beim Vorfahren an der Tankstelle billigend in Kauf nimmt, dass er jederzeit bemerkt werden kann und dass er für diesen Fall auf eine Irreführung des Beobachters abzielt, also mit zumindest bedingtem Täuschungsvorsatz handelt. Dann wäre ein vollendeter Betrug anzunehmen. Im vorliegenden Fall hätte B – wenn er beobachtet worden wäre – durch sein Verhalten konkludent und wahrheitswidrig vorgespiegelt, den Kraftstoff nach Erhalt bezahlen zu wollen. Da B auch in der Absicht stoffgleicher Bereicherung handelte, hat er sich somit wegen **versuchten Betrugs** strafbar gemacht.

Die **Unterschlagung**, die aufgrund des äußerlich erkennbaren Zueignungsakts (das Fahren vom Hof ohne zu bezahlen) vorliegt, tritt aufgrund ihrer formellen Subsidiarität auch hinter dem versuchten Betrug zurück.⁶⁹

Zusammenfassung: Wer an einer Selbstbedienungstankstelle mit von vornherein gegebener Zahlungsunwilligkeit tankt und wegfährt, ohne den Kraftstoff zu bezahlen, macht sich i.d.R. **nicht** wegen **Diebstahls** (insoweit fehlt es an der Wegnahme), sondern wegen **Betrugs** strafbar, sofern der Tankvorgang vom Tankstellenpersonal bemerkt wird. Wird das Verhalten des Täters vom Tankstellenpersonal allerdings erst nachträglich bemerkt, fehlt es an einer auf das täuschende Verhalten des Täters zurückzuführenden Vermögensverfügung des Tankstellenpersonals. In derartigen Fällen liegt dann ein **versuchter Betrug** vor.

Anders liegt der Fall, wenn der Kunde sich erst **nach Beendigung des Tankvorgangs** entschließt, ohne zu zahlen davonzufahren. Auch hier ist **Diebstahl** zu **verneinen**, da der eingefüllte Kraftstoff aufgrund des auch hier zu bejahenden Einverständnisses seitens des Tankstellenbetreibers vom Täter nicht weggenommen worden ist. Eine Strafbarkeit kann daher nur in dem anschließenden Wegfahren gesehen werden. Folgt man der genannten Mindermeinung, die mit dem Einfüllen des Kraftstoffes in den Tank zugleich eine Übereignung des Kraftstoffes annimmt, ist zu dem hier nachfolgenden Zeitpunkt des Verlassens des Tankstellengeländes der Kraftstoff für den Täter nicht mehr fremd mit der Folge, dass auch eine **Unterschlagung** ausscheidet. Nicht nur wegen dieses inakzeptablen Ergebnisses, sondern auch aus den o.g. Gründen sollte man einen Eigentumswechsel erst mit der Bezahlung des Kraftstoffes annehmen. Der Täter ist dann wegen des Wegfahrens ohne zu bezahlen aus § 246 I strafbar.⁷⁰

67

⁶⁸ BGH NStZ 2009, 694 f.; OLG Köln NJW 2002, 1059, 1060; Fischer, § 242 Rn 24. Lebensfern die Konstellation von Radtke/Meyer, JA 2009, 702, bei der der Täter fest davon ausgeht, nicht entdeckt zu werden.

⁶⁹ Vgl. bereits die 1. Aufl. 2002; ganz ähnlich ist nunmehr auch die Vorgehensweise von Schramm, JuS 2008, 678, 681, Hoffmann-Holland/Singelstein/Simonis, JA 2009, 513, 516 und Radtke/Meyer, JA 2009, 702, 703. Möglich wäre es auch, bei der Unterschlagung von einer tatbestandslosen Zweitueignung (so der BGH, vgl. NStZ 2009, 694 f.) bzw. einer mitbestraften Nachtat (so die h.L.) auszugehen, sofern man nicht wie hier ein einheitliches tatbestandliches Geschehen, sondern zwei unterschiedliche Handlungen (Betanken/Wegfahren) annimmt.

⁷⁰ Vgl. auch Streng, JuS 2002, 454, 455.

- 68 ■ Gleiches gilt für **Geldautomaten**, wenn der Täter unter unbefugter Benutzung einer **Girocard** (früher: ec-Karte) mit der ihm bekannten Geheimnummer Geld abhebt, und für **Spielautomaten**, wenn der Täter unter Verwendung von speziellen Programmkenntnissen ohne Einsatz spielt. In beiden Fällen liegen keine Zueignungsabsicht bzw. keine Wegnahme und damit **kein Diebstahl** vor. Zur Strafbarkeit vgl. Rn 679 ff., 668 und 696.
- 69 Schließlich sind im Rahmen der Abgrenzung des Diebstahls zum Betrug die Fallgruppen des „**falschen Kriminalbeamten**“ (bzw. der „**vorgetäuschten Beschlagnahme**“) und der **Wechselgeldfälle** zu nennen. Vgl. dazu die zum Betrug dargestellten Beispielfälle bei Rn 587 und 593.

dd. Begründung neuen Gewahrsams

- 70 Ein Gewahrsam endet nicht nur durch Aufgabe, sondern auch dadurch, dass ihn ein anderer bricht und neuen (regelmäßig, aber nicht notwendigerweise eigenen⁷¹) Gewahrsam begründet. Auch die Frage, ob neuer Gewahrsam begründet wird, richtet sich nach den tatsächlichen Umständen unter Berücksichtigung der Verkehrsauffassung bzw. nach sozial-normativen Gesichtspunkten. Allgemein wird die Begründung neuen Gewahrsams mit folgender Formel beschrieben:
- 71 **Neuer Gewahrsam** (der nicht unbedingt der des Täters zu sein braucht) wird **begründet**, wenn der Täter (oder der Dritte) die tatsächliche Sachherrschaft derart erlangt hat, dass ihrer Ausübung keine weiteren Hindernisse mehr entgegenstehen.⁷²
- 72 Zur Präzisierung dieser Formel werden verschiedene Theorien vertreten. Während die **Kontrektationstheorie** ein bloßes Berühren der fremden Sache genügen lässt, verlangt die **Ablationstheorie**⁷³ das Fortschaffen und die **Illationstheorie** das Bergen des Diebstahlsobjekts. Wegen ihrer Starrheit und Undifferenziertheit werden diese Ansätze jedoch weitgehend als überholt angesehen. Die heute h.M.⁷⁴ folgt der **Apprehensionstheorie** und lässt ein zum Gewahrsamswechsel führendes *Ergreifen* (und Festhalten) der fremden Sache genügen. Dem ist jedenfalls dann zuzustimmen, wenn der Täter die tatsächliche Herrschaft über die Sache derart erlangt hat, dass er sie ohne Behinderung durch den bisherigen Gewahrsamsinhaber ausüben und dieser seinerseits nicht mehr über die Sache verfügen kann, ohne wiederum die Verfügungsmacht des Täters zu beseitigen.

Beispiel⁷⁵: T veranlasste O, ihm sein Mobiltelefon zu zeigen. Er nahm ihm dieses sodann aus der Hand in der Absicht, es zu behalten und für eigene Zwecke zu verwenden. Nach Entnahme der SIM-Karte, die er O aushändigte, steckte er es in seine Tasche und entfernte sich.

Hier liegt eine Wegnahme vor, wenn T fremden Gewahrsam gebrochen und eigenen begründet hat. Der Täter bricht fremden und begründet neuen eigenen Gewahrsam, wenn er die tatsächliche Sachherrschaft derart erlangt hat, dass ihrer Ausübung keine weiteren Hindernisse mehr entgegenstehen. Bei handlichen und leicht zu bewegendenden Gegenständen genügt hierfür ein bloßes Ergreifen und Festhalten jedenfalls dann, wenn der Berechtigte seine ungehinderte Verfügungsgewalt nur noch gegen den Willen des Täters und unter Anwendung von körperlicher Gewalt wiederherstellen könnte. Nach diesen Maßstä-

⁷¹ Eine Konstellation für das Vorliegen einer Wegnahme, bei der neuer, nicht tätereigener, Gewahrsam begründet wird, liegt z.B. vor, wenn der Täter seiner (nichts ahnenden) Freundin im Juweliergeschäft in einem unbeobachteten Moment einen wertvollen Ring in die Jackentasche steckt.

⁷² Vgl. LG Zwickau NJW 2006, 166; Sch/Sch-Eser/Bosch, § 242 Rn 38; Lackner/Kühl, § 242 Rn 15. Vgl. auch BGH NSTZ 2008, 624, 625.

⁷³ Die Begriffe entstammen dem Lateinischen und bedeuten: *ablatio* = Abtragung, Ablösung; *illatio* (von *inferre*) = hineinbringen, -tragen und *apprehendere* = ergreifen.

⁷⁴ Vgl. nur Lackner/Kühl, § 242 Rn 15; Fischer, § 242 Rn 17; Sch/Sch-Eser/Bosch, § 242 Rn 37; Wessels/Hillenkamp, BT 2, Rn 110; anders LG Zwickau NJW 2006, 166, das zwar begrifflich auf die Ablationstheorie abstellt, dann aber den Gewahrsamswechsel an den von der h.M. vertretenen Kriterien der Apprehensionstheorie festmacht. In einer Prüfungsarbeit würde diese Vorgehensweise beanstandet.

⁷⁵ In Anlehnung an BGH NSTZ 2011, 36 f.

ben war die Wegnahme bereits vollendet, als T dem O das Mobiltelefon aus der Hand nahm, denn um die ungehinderte eigene Verfügungsgewalt wiederzuerlangen, hätte O es gegen den Widerstand des T wieder an sich nehmen müssen.⁷⁶

Schwierigkeiten bereiten regelmäßig die Fälle, in denen der Täter während des Ergreifens der fremden Sache sich noch im Machtbereich des bisherigen Gewahrsamsinhabers befindet. In erster Linie geht es um Diebstahl in **Kaufhäusern** und **Selbstbedienungsläden**. Aber auch Betriebsgelände und Wohnungen von Gastgebern sind häufig Klausurgegenstand. Für eine adäquate Lösung muss unterschieden werden:

73

- Bei **schwer fortzuschaffenden** Gegenständen genügt das bloße Ergreifen oder Verstecken innerhalb des fremden Herrschaftsbereichs zum Gewahrsamswechsel nicht. Vielmehr bedarf es zur Vollendung der Wegnahme des Herausbringens des Gegenstands aus dem Herrschaftsbereich.⁷⁷

74

Beispiele: Heraustragen des Tresors aus dem Bürokomplex; Herausfahren des Wagens aus dem Betriebsgelände; Herüberwerfen der erbeuteten Orientteppiche über den Absperrzaun des Verkaufsgeländes; Verlassen der Privatwohnung mit dem Fernsehgerät etc.

- Bei unauffälligen, **leicht zu verbergenden** Gegenständen sind sowohl nach der Verkehrsauffassung als auch nach sozial-normativer Zuordnung bereits das Ergreifen und Festhalten sowie das Einstecken in die eigene Kleidung, in die Hand- oder Aktentasche, einen mitgebrachten Beutel oder sonstiges, **leicht zu transportierendes** Behältnis auch innerhalb des fremden Herrschaftsbereichs als Vollendung anzusehen (sog. **Gewahrsamswechsel im „Tabubereich“** oder Schaffung einer **„Gewahrsamsenklaue“**). Dieser Standpunkt findet seine Rechtfertigung darin, dass die Körpersphäre mit einem Tabu umgeben ist (Persönlichkeitsrecht). Wollte der alte Gewahrsamsinhaber die Sache zurückerlangen, müsste er wiederum ggf. mit Gewalt in den fremden Tabubereich eindringen, wobei er erfahrungsgemäß auf heftigen Widerstand stoßen würde. Aus diesem Grund tritt in solchen Fällen der Gewahrsamswechsel mit der Begründung einer Gewahrsamsenklaue ein.⁷⁸

75

Dies hat beispielsweise in den **Kaufhausfällen** die Konsequenz, dass derjenige, der Zigarettenpäckchen, kleinere Spirituosenflaschen, Süßigkeiten u.ä. auf die oben beschriebene Weise an sich bringt, die Wegnahme und damit den **Diebstahl** noch vor Erreichen der Kasse bzw. des Ausgangs vollendet, und zwar unabhängig davon, ob er dabei beobachtet oder erst später am Ausgang durch einen alarmauslösenden (elektromagnetischen) Sicherheitsmechanismus ertappt wird. Wegen der Vollendung ist auch ein strafbefreiender Rücktritt durch freiwillige Rückgabe noch vor der Kasse ausgeschlossen (vgl. § 24). Fraglich ist, ob der Täter noch zusätzlich an der Kasse einen **Sicherungs-betrug** begehen kann. Dies wird teilweise mit der Begründung bejaht, dass der Täter durch sein Verhalten an der Kasse zugleich erkläre, andere Waren als die zur Abrechnung vorgezeigten nicht entnommen zu haben.⁷⁹ Die schädigende Vermögensverfügung bestehe dann in der täuschungsbedingten unterlassenen Geltendmachung des (zivilrechtlichen) Herausgabeanspruchs (vgl. § 985 BGB). Die Gegenauffassung⁸⁰ hält auch in dieser Konstellation an der Exklusivität von Diebstahl und Betrug an ein und derselben Sache

76

⁷⁶ So BGH NStZ 2011, 36, 37. Zu beachten ist aber, dass der BGH gleichwohl nicht Diebstahl, sondern Unterschlagung bejaht hat, denn im zu entscheidenden Fall hatte der Täter zum Zeitpunkt der Wegnahme noch keine Zueignungsabsicht, da er das Telefon gegen Zahlung von 20,- € zurückgeben wollte. Erst als sich das Opfer weigerte, das Geld zu zahlen, fasste der Täter den Entschluss, das Telefon zu behalten. Da der Täter zu diesem Zeitpunkt aber bereits Gewahrsam hatte, machte er sich wegen Unterschlagung strafbar.

⁷⁷ Vgl. auch BGHSt 26, 24, 25 f.; LG Zwickau NJW 2006, 166; OLG Karlsruhe NStZ-RR 2005, 140 f. sowie den Umkehrschluss aus BGHSt 23, 254, 255.

⁷⁸ Vgl. BGH NStZ 2011, 158; BGHSt 41, 198, 205; LG Gera NJW 2000, 159, 160; *Lackner/Kühl*, § 242 Rn 16; *Fischer*, § 242 Rn 20; *Wessels/Hillenkamp*, BT 2, Rn 113. Vgl. auch BGH NStZ 2008, 624, 625.

⁷⁹ *Sch/Sch-Cramer/Perron*, § 263 Rn 58.

⁸⁰ BGHSt 17, 205, 208 f.; *Rengier*, BT I, § 13 Rn 115.

fest. Sie begründet ihren Standpunkt damit, dass bis zur Beendigung des Diebstahls auf das einheitliche Geschehen abzustellen sei.

77 Anders liegt der Fall, in dem *keine* Gewahrsamsenklaue gebildet wird. Hier tritt der Gewahrsamswechsel so lange nicht ein, wie der alte Gewahrsamsinhaber mühelos und ohne Verletzung des tätereigenen Tabubereichs Zugriff auf die Sache erhalten kann.

78 **Beispiel:** Stets auf der Suche nach Abenteuern schlendert T durch die Elektronikabteilung eines Kaufhauses, um nach passendem Diebesgut zu schauen. Bereits nach kurzer Zeit entdeckt er dort eine DVD des Films „Planet der Affen“. Interessiert hält er die DVD in den Händen.

Solange T die DVD noch nicht in seine Jackentasche o.ä. eingesteckt, also noch keine Gewahrsamsenklaue geschaffen hat, ist sein Verhalten mehrdeutig. Im Zweifel wird man in diesem Stadium noch von einer strafrechtlich irrelevanten Tatgeneigtheit ausgehen müssen.⁸¹ Auch wenn T die DVD in seinem **Einkaufswagen** verbirgt, indem er sie etwa mit einem Kleidungsstück, einem Kaufhausprospekt o.ä. bedeckt, erlangt er dadurch noch keinen eigenen Gewahrsam. Denn in einem solchen Fall hat er weder nach den tatsächlichen Gegebenheiten unter Berücksichtigung der Verkehrsauffassung noch nach sozial-normativen Gesichtspunkten eine Gewahrsamssphäre im eigenen Tabubereich begründet; vielmehr befindet sich die DVD nach wie vor in der Gewahrsamssphäre des Kaufhausinhabers (bzw. des Filial- oder Abteilungsleiters). Insoweit kommt lediglich ein Versuch in Betracht (vgl. zu dieser Konstellation Rn 79). Passiert T nun den Kassenbereich, ohne die im Einkaufswagen versteckte DVD zu bezahlen, oder hat die Kassiererin K den Vorgang als abgeschlossen betrachtet, ist fraglich, ob wenigstens in diesem Zusammenhang die Verwirklichung eines Straftatbestands anzunehmen ist. In Betracht kommen ein Diebstahl oder ein Betrug. Um einen Betrug annehmen zu können, müsste K über das Vermögen des Supermarktes verfügt haben. Dies kann angenommen werden, wenn man darauf abstellt, dass K davon ausgeht, alle Waren im Einkaufswagen erfasst zu haben und generell über den gesamten Inhalt verfügen zu wollen.⁸² Dem ist jedoch entgegenzuhalten, dass eine Person nur über etwas verfügen kann, von dessen Existenz sie auch weiß. Wenn K also bestimmte Waren nicht zu Gesicht bekommt, kann sie auch kein Verfügungsbewusstsein haben. Nach dieser Auffassung muss ein Betrug konsequenterweise ausscheiden.⁸³

T könnte sich aber wegen **Diebstahls** strafbar gemacht haben. Dazu müsste der Gewahrsamswechsel gegen oder ohne den Willen des Gewahrsamsinhabers erfolgt sein. Wie bereits festgestellt, wusste K nicht, dass T die DVD versteckt hielt. Sie konnte daher auch keinen Gewahrsam übertragen. Vielmehr hat T die Gewahrsamssphäre täuschungsbedingt und in Zueignungsabsicht aufgehoben. Er ist daher wegen Diebstahls strafbar.

Etwas anderes würde gelten, wenn T an der Kasse beispielsweise eine verpackte Ware bezahlen würde, bei der er zuvor die Packung geöffnet und durch Zubehör o.ä. **ergänzt** bzw. den gesamten **Inhalt** komplett (gegen höherwertigere Waren) **ausgetauscht** hätte. Hier hätte T zunächst (d.h. vor Erreichen der Kasse) mangels Schaffung einer Gewahrsamsenklaue keinen Gewahrsam an den fraglichen Artikeln begründet. Der Gewahrsamswechsel findet erst an der Kasse statt. Fraglich ist allerdings, ob die Artikel dann im Wege der Wegnahme (= § 242) oder der täuschungsbedingten Verfügung (= § 263) erlangt wurden. Richtigerweise wird man sowohl bei der Ergänzung des Packungsinhalts als auch beim kompletten Austausch des Inhalts **Betrug** annehmen müssen. An der Kasse kommt es nämlich zu einem willentlichen Gewahrsamswechsel durch die Kassiererin: Diese verfügt (täuschungsbedingt) in der Weise, wie das Paket in ihr Blickfeld gerät, also als Ganzes mit dem vollständigen Inhalt. Ein partielles Verfügungsbewusstsein dergestalt,

⁸¹ Vgl. aber BGH NSTZ 2008, 624, 625, wo der Täter das Diebesgut (ein Laptop) so fest hielt, dass der bisherige Gewahrsamsinhaber seine Verfügungsgewalt über die Sache nur noch gegen den Willen des Täters und unter Anwendung von körperlicher Gewalt wiederherstellen konnte. In diesem Fall nahm der BGH zu Recht eine Vollendung der Wegnahme an. Das Gleiche gilt für den Fall BGH NSTZ 2011, 36 (oben Rn 72).

⁸² So OLG Düsseldorf NJW 1993, 1407.

dass sie etwa nur über den ordnungsgemäßen Inhalt verfügt, ist abzulehnen. T hat sich also wegen Betrugs strafbar gemacht.⁸⁴

Eine gutachtliche Prüfung zu den behandelten Themen findet sich bei *Schmidt/Priebe*, Fälle zum Strafrecht II, Fall 5 Rn 2 ff.

Verbringt der Täter eine Sache, die er sich aneignen will, innerhalb einer fremden Gewahrsamssphäre in ein **Versteck**, findet allein dadurch noch kein Gewahrsamswechsel statt. Vielmehr liegt i.d.R. nur ein Diebstahlsversuch vor.⁸⁵

79

Beispiel⁸⁶: Kurz vor Ladenschluss um 20 Uhr betritt T die Verkaufsräume eines Baumarkts. Dort verpackt er eine Bohrmaschine sowie einige (sehr teure) Titanbohrer in eine Kiste und bringt sie in den von einem drei Meter hohen Gitterzaun umgebenen Außenbereich, in dem Gartenartikel ausgestellt sind. Dort versteckt er die Kiste in einem leeren Blumenkübel. Er beabsichtigt, in der folgenden Nacht den Zaun zu überwinden und in den Außenbereich einzudringen, um die Kiste herauszuholen. Als T anschließend im Gebäude des Baumarkts die Kassenzone durchquert, wird er vom Ladendetektiv, der ihn bei seiner Aktion beobachtet hat, angehalten.

In dem Verstecken der Bohrmaschine und der Titanbohrer in dem leeren Blumenkübel im Außenbereich des Baumarkts wird man wohl noch keinen Gewahrsamsbruch sehen können; denn nach wie vor befanden sich die Sachen in der Gewahrsamssphäre des Baumarktinhabers. Die Schaffung einer Gewahrsamsenkclave kann nicht angenommen werden. Ein vollendeter Diebstahl scheidet damit aus.

Möglicherweise hat sich T aber wegen versuchten Diebstahls strafbar gemacht. Dazu hätte er nach seiner Vorstellung von der Tat unmittelbar zur Tatbestandsverwirklichung ansetzen müssen (§ 22). T hatte den Vorsatz, sich in der Nacht Bohrmaschine und Titanbohrer rechtswidrig zuzueignen. Fraglich ist allein, ob er durch das Verstecken der Sachen in dem leeren Blumenkübel bereits unmittelbar zur Tatbestandsverwirklichung angesetzt hat. Das wäre jedenfalls dann der Fall, wenn in dem Verstecken bereits der erste Teilakt der Wegnahme zu sehen wäre. Das LG Potsdam verneint dies; vielmehr geht es davon aus, dass der Täter lediglich alles Erforderliche getan hat, um (später) die Wegnahmehandlung durchzuführen. Das Gericht stellt darauf ab, dass der drei Meter hohe Gitterzaun kein wesentliches Hindernis mehr darstellte, zumal die Gitterstäbe des Zauns durch einen Bolzenschneider oder ein ähnliches Schneidegerät unschwer hätten aufgeschnitten oder zumindest verbogen werden können. Gleiches gelte für die Möglichkeit, den Zaun mittels einer Leiter und einer Decke zu übersteigen, was für geübte Kletterer unschwer möglich sei.

Damit geht das Gericht offenbar vom Vorliegen eines beendeten Versuchs aus. Nach der hier vertretenen Auffassung hat T aber bereits einen Teilakt der Wegnahme verwirklicht; immerhin hat er durch seine Handlung eine Gewahrsamslockerung herbeigeführt und den Zugriff des Baumarktpersonals erschwert. Hat der Täter bereits einen Teilakt der Ausführungshandlung verwirklicht, ist er unproblematisch in das Versuchsstadium eingetreten, sodass es auf die Voraussetzungen des beendeten Versuchs nicht mehr ankommt (vgl. dazu ausführlich *R. Schmidt*, AT, Rn 669 ff.). T ist daher wegen versuchten Diebstahls im

⁸³ So BGHSt 41, 198 ff. mit Anm. *Zopfs*, NSTz 1996, 190; OLG Köln NJW 1984, 810.

⁸⁴ Wie hier OLG Düsseldorf NJW 1988, 922; *Fahl*, JuS 2004, 885, 886. Vertretbar wäre es auch gewesen, an der Kasse einen Diebstahl anzunehmen, indem man mit der Lehre vom bedingten Einverständnis operiert hätte. Dann hätte sich das Einverständnis der K zur Gewahrsamsübertragung nur auf den ordnungsgemäßen Inhalt der Verpackung bezogen. Für den zusätzlichen oder ausgetauschten Inhalt hätte so ein Gewahrsamsbruch angenommen werden können. Diese Konstruktion hätte aber eine „Aufspaltung“ des Verfügungsbewusstseins vorausgesetzt, deren Zulässigkeit einer näheren Begründung bedurft hätte. Für Diebstahl im Falle des ergänzten Inhalts *Vitt*, NSTz 1994, 133, 134; *Wessels/Hillenkamp*, BT 2, Rn 635; *Robmüller/Rohrer*, Jura 1994, 471, 473 f. Dagegen soll auch nach diesen Stimmen Betrug anzunehmen sein, wenn der Täter, statt nur den Inhalt zu ergänzen, den Inhalt komplett ausgetauscht hat. Dann sei von einer irrtumsbedingten Vermögensverfügung auszugehen, sodass für § 242 kein Raum sei.

⁸⁵ Vgl. dazu *R. Schmidt*, AT, Rn 679/680 (jeweils Bsp. 6) und nunmehr auch LG Potsdam NSTz 2007, 336, 337.

⁸⁶ In Anlehnung an LG Potsdam NSTz 2007, 336 (mit Bespr. v. *Walter*, NSTz 2008, 156 f.).

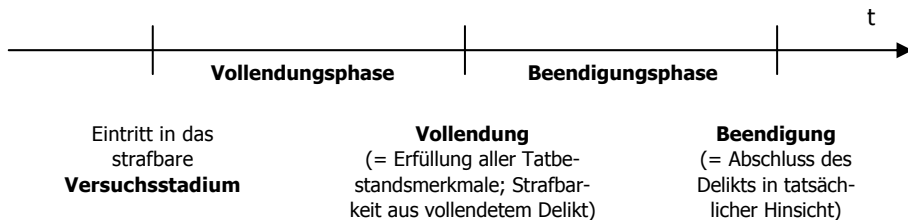
besonders schweren Fall (§§ 242 I, II, 22, 23 I, 12 II i.V.m. § 243 I S. 1, S. 2 Nr. 1) strafbar.⁸⁷

- 79a** Nur in dem Fall, dass der Täter freien und ungehinderten Zugang zu dem Versteck hat, ist von einer so gewichtigen Verdrängung des bisherigen Gewahrsamsinhabers von seiner Position auszugehen, dass der Täter eine mit dem Tabubereich vergleichbare Situation geschaffen hat. Dann liegt ein Gewahrsamswechsel vor.

ee. Vollendung und Beendigung des Diebstahls

a.) Abgrenzung

- 79b** Allein mit der Wegnahme der fremden beweglichen Sache hat der Täter den objektiven Tatbestand des § 242 I verwirklicht. Hat der Täter dann auch noch mit entsprechendem Tatbestandsvorsatz (§ 15) sowie mit der Absicht gehandelt, die Sache sich oder einem Dritten rechtswidrig zuzueignen (dazu Rn 80 ff.; 83 ff.), ist das Diebstahlsdelikt **vollendet**. Das allein reicht aus, um die Strafbarkeit auszulösen. Darauf, ob der Täter die Sache sich oder einem Dritten *tatsächlich* zugeeignet, dem neu begründeten Gewahrsam also eine **gewisse Festigung und Sicherung** verliehen hat, sodass eine direkte Einwirkungsmöglichkeit des Berechtigten nicht mehr besteht (sog. **Beendigung** des Delikts), kommt es für die Strafbarkeit aus § 242 I nicht an.



Beispiel: Der Ladendieb, der ein Päckchen Zigaretten in die Jackentasche steckt, begründet mit dieser Handlung eine Gewahrsamssphäre und vollendet einen Diebstahl. Da er jedoch jederzeit bspw. von einem Ladendetektiv angehalten und vorläufig festgenommen werden kann (vgl. § 127 I StPO), kann von einer Festigung und Sicherung noch nicht gesprochen werden. Das wäre frühestens dann der Fall, wenn der Ladendieb den räumlichen Herrschaftsbereich des Berechtigten, vorliegend also den Laden, verlässt.

- 79c** Der genaue Zeitpunkt der Beendigung hängt von den Umständen des Einzelfalls ab.⁸⁸ Beim Diebstahl gilt als Faustformel, dass die Beendigung frühestens mit dem Verlassen des räumlichen Herrschaftsbereichs des bisherigen Gewahrsamsinhabers angenommen werden kann. Denn befindet sich der Täter noch im räumlichen Herrschaftsbereich, kann von einem gefestigten und gesicherten Gewahrsam und damit von einem tatsächlichen Abschluss des Delikts nicht die Rede sein.⁸⁹ Im Übrigen ist der Zeitpunkt der Beendigung einer normativen Betrachtungsweise unterworfen.

b.) Bedeutung der Abgrenzung

- 79d** Da – wie gesehen – die Strafbarkeit aus § 242 I bereits mit der Vollendung eintritt und auch z.B. ein strafbefreiender Rücktritt i.d.R. nach Vollendung der Tat nicht mehr mög-

⁸⁷ Zwar nicht überzeugend, wohl aber vertretbar wäre es, wenn man sich auf den Standpunkt stellte, eine Gewahrsamslockerung reiche noch nicht aus, um eine Teilverwirklichung der Wegnahme anzunehmen, sondern, dass es erforderlich sei, dass der Täter durch sein Verhalten dem Berechtigten praktisch jeglichen Zugriff auf die Sache verweigert habe (so *Walter*, NSTz 2008, 156 f.). Dann läge eine straflose Vorbereitungshandlung vor. Die Bejahung des Versuchs aber für falsch zu erklären und den Täter derart zu privilegieren (so aber *Walter*, NSTz 2008, 156 f.), ist unnötig und erst recht nicht zwingend.

⁸⁸ BGH NSTz 2001, 88, 89; BGH wistra 2008, 20 f.

⁸⁹ Vgl. dazu BGH NSTz 2008, 624, 625.

lich ist, stellt sich die Frage, warum es so wichtig sein soll, zwischen Vollendung und Beendigung zu unterscheiden. Die Unterscheidung ist zunächst für die Strafverfolgungsverjährung (§§ 78 ff.) wichtig, da die Frist erst bei Beendigung zu laufen beginnt (§ 78a). Sie ist aber auch deshalb wichtig, weil nach h.M. in der Beendigungsphase je nach Täterwillen entweder **sukzessive Beihilfe** bzw. **sukzessive Mittäterschaft** oder bereits **Anschlussstraftaten** (z.B. § 259) möglich sind (nach Beendigung des Diebstahls sind unstreitig weder sukzessive Beihilfe noch sukzessive Mittäterschaft möglich, sondern ausschließlich Anschlussstraftaten⁹⁰). Schließlich ist die Unterscheidung bedeutsam, weil die Rspr. in der Beendigungsphase auch die Realisierung **qualifizierender Umstände** zulässt. Auf diese Problemkreise wird an betreffender Stelle zurückzukommen sein (vgl. Rn 207 ff., 391 f., 437 f. und 460).

Beispiel: T steigt nachts in ein Geschäftshaus ein, um dort kleinere Wertgegenstände zu stehlen (§§ 242 I, 243 I S. 2 Nr. 1). Nachdem er die Gegenstände, auf die er es abgesehen hatte, eingesteckt hat, entdeckt er zufällig eine Schusswaffe, die er sodann ebenfalls einsteckt und mitnimmt.

Hier könnte neben §§ 242 I, 243 I S. 2 Nr. 1 auch § 244 I Nr. 1a verwirklicht sein. Da T die Schusswaffe jedoch erst nach Vollendung des eigentlichen Diebstahls an sich genommen hat, stellt sich die Frage, ob er den Qualifikationstatbestand des § 244 I Nr. 1a überhaupt verwirklichen konnte. Das wäre der Fall, wenn man die Beendigungsphase als qualifikationsgeeignete Phase ansähe. Vgl. dazu Rn 210.

2. Subjektiver Tatbestand

a. Allgemeiner Tatbestandsvorsatz

Zur Erfüllung des subjektiven Tatbestands ist zunächst allgemeiner **Tatbestandsvorsatz** (§ 15) erforderlich, wobei *dolus eventualis* genügt. Der Vorsatz muss sich auf alle objektiven Tatbestandsmerkmale beziehen. Dazu zählt insbesondere die Eigenschaft des Objekts als „fremde bewegliche Sache“. Hinsichtlich der Fremdheit der Sache muss der Täter aufgrund einer „**Parallelwertung in der Laiensphäre**“ den wesentlichen **rechtlich-sozialen Bedeutungsgehalt des Tatumstands** (laienhaft) erfassen. Der Grund dafür ist, dass der Täter i.d.R. überhaupt nicht in der Lage ist, rechtlich exakte Wertungen über die zivilrechtliche Eigentumslage vorzunehmen. Deshalb genügt für das Merkmal „fremd“ die laienhafte Vorstellung, dass die Sache einem anderen gehört (sog. normatives Tatbestandsmerkmal).⁹¹ Folgende **Irrtümer** sind in Prüfungsarbeiten regelmäßig anzutreffen:

- Glaubt der Täter bspw., die Sache sei herrenlos oder gehöre ihm ausschließlich, oder geht er irrig von dem Vorliegen eines tatbestandsausschließenden Einverständnisses seitens des Gewahrsamsinhabers aus, fehlt der Vorsatz mit der Folge des **Tatbestandsausschlusses** nach § 16 I S. 1. 81
- Kennt der Täter umgekehrt sein Alleineigentum an der weggenommenen Sache oder das Einverständnis des Gewahrsamsinhabers nicht, liegt ein **untauglicher** (und strafbarer!) **Versuch** vor (§§ 242 I, II, 22, 23 I, 12 II).⁹² 82
- Nimmt der Täter ein (verschlossenes) Behältnis weg, weil er in ihm einen bestimmten Inhalt vermutet und stellt sich später heraus, dass der vorgefundene Inhalt nicht dem erwarteten entspricht (Beispiel: Zeitungen statt Geldscheine), liegt bzgl. des Inhalts zwar ein **error in objecto** vor, dieser ist im konkreten Fall aber unbeachtlich, weil die Tatobjekte tatbestandlich gleichwertig sind. Denn bei beiden Objekten handelt es sich um 82a

⁹⁰ Insoweit klarstellend BGH NSTz 2008, 624, 625.

⁹¹ Vgl. dazu näher R. Schmidt, AT, Rn 207 ff.

⁹² Vgl. dazu auch Kudlich, JuS 2003, 243 ff.

fremde bewegliche Sachen, die vom Tatbestand des § 242 erfasst sind.⁹³ Zur Frage, ob im Rahmen der Zueignungsabsicht etwas anderes gilt, vgl. Rn 90a.

b. Absicht, die Sache sich oder einem Dritten rechtswidrig zuzueignen

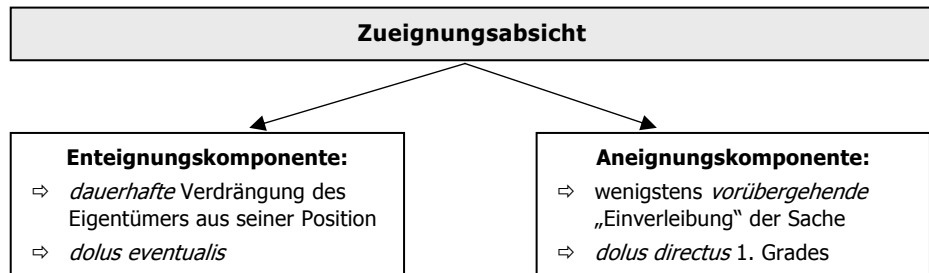
83 Über den allgemeinen Tatbestandsvorsatz hinaus muss der Täter in der **Absicht** handeln, die Sache *sich oder einem Dritten* rechtswidrig zuzueignen. Mit „Absicht“ ist nicht die Vorsatzform i.S.d. *dolus directus* 1. Grades bzgl. der Verwirklichung des objektiven Tatbestands gemeint, sondern die bloße **Intention** der rechtswidrigen Zueignung. Ob die Zueignung *tatsächlich* erfolgt, ist für § 242 also irrelevant (vgl. oben Rn 79a-d); anders verhält es sich bei § 246: dort ist die Zueignung objektives Tatbestandsmerkmal (vgl. Rn 271). Die **Absicht** muss aber im **Zeitpunkt der Tathandlung** (d.h. der Wegnahme) vorliegen.⁹⁴ Daraus folgt:

- Wird die Zueignungsabsicht erst später gefasst, kommt jedenfalls eine Strafbarkeit gem. § 242 nicht mehr in Betracht (stattdessen aber insb. gem. § 246, vgl. Rn 87).
- Überlegt sich der Täter nach vollendeter und in Zueignungsabsicht durchgeführter Wegnahme, die Sache wieder zurückzugeben, ist diese Einsicht zu spät: Er ist wegen Diebstahls strafbar, weil er im Zeitpunkt der Wegnahme noch vorhatte, das Opfer dauerhaft zu enteignen.

Da bezüglich der Zueignungsabsicht keine Entsprechung im objektiven Tatbestand existiert, handelt es sich bei dem Diebstahl um ein Delikt mit „**überschießender Innentendenz**“ bzw. um ein „**kupiertes Erfolgsdelikt**“.

84 **Hinweis für die Fallbearbeitung:** In systematischer Hinsicht hat die Zueignung bei § 242 die gleiche Bedeutung wie bei den §§ 246 und 249. Dadurch, dass die Zueignung bei § 242 (und § 249) aber nur beabsichtigt, bei § 246 dagegen vollzogen sein muss, ist sie bei § 242 (und § 249) im *subjektiven* Tatbestand, bei § 246 dagegen im *objektiven* Tatbestand zu prüfen.

85 Die Zueignungsabsicht liegt vor, wenn der Täter die Sache wegnimmt, um sie unter Anmaßung einer eigentümerähnlichen Stellung (*se ut dominum gerere*) zumindest *vorübergehend* der eigenen Vermögenssphäre (oder der eines Dritten) einzuverleiben (**Aneignungskomponente**) und um sie der Verfügungsgewalt des Berechtigten *dauerhaft* zu entziehen (**Enteignungskomponente**). Dabei ist bezüglich der auch nur *vorübergehenden* Aneignung *dolus directus* 1. Grades erforderlich, während für die Enteignung (weil sie dauerhaft sein muss) bereits *dolus eventualis* genügt.⁹⁵ Beide Komponenten können problematisch sein.



⁹³ Vgl. BGH NStZ 2006, 686, 687; *Streng*, JuS 2007, 422, 423. Zur näheren Begründung vgl. *R. Schmidt*, AT, Rn 286.

⁹⁴ Vgl. bereits die 1. Auflage 2002; wie hier nun auch *Noltenius*, JuS 2006, 988, 989.

⁹⁵ Vgl. BGH NStZ 2006, 686, 687; *Streng*, JuS 2007, 422, 423; *Fischer*, § 242 Rn 41; *Lackner/Kühl*, § 242 Rn 25; *Wessels/Hillenkamp*, BT 2, Rn 150.

aa. Enteignungskomponente

Die Komponente der **Enteignung** spielt als Abgrenzungskriterium zwischen der Zueignung und der Gebrauchsanmaßung, die nur ausnahmsweise strafbar ist (vgl. §§ 248 b, 290), eine wichtige Rolle. Abgrenzungskriterium ist die Dauerhaftigkeit des Herauslösens aus der Eigentümerstellung. Während die **Enteignung** auf **Dauer angelegt** sein muss, hat die **Gebrauchsanmaßung** nur eine **vorübergehende Nutzung** der fremden Sache zum Ziel. Wesentlich für die Annahme einer **Gebrauchsanmaßung** ist der **Rückführungswille** des Täters. Diesen zu bestimmen kann sich mitunter als äußerst schwierig erweisen und ist stets eine Frage des Einzelfalls.

86

- Wo es um die **Ingebrauchnahme von Fahrzeugen** geht, hat die Rspr.⁹⁶ als Beweiszichen dafür u.a. den Umstand verwertet, an welchem Ort der Täter das Fahrzeug hat stehen lassen (vor der Polizeiwache, an einem dem Tatort nahegelegenen Platz, weit entfernt in einer Nebenstraße usw.), ob das Fahrzeug leicht zu identifizieren ist (Farbe, Fabrikat, Kennzeichen usw.) und ob der Täter es ggf. durch Verschließen der Wagentür gegen weiteren unbefugten Gebrauch durch Dritte gesichert hatte.

87

Allgemein lässt sich sagen: je größer die Chance ist, dass das Fahrzeug wiedergefunden wird, desto eher ist anzunehmen, dass der Täter mit Rückführungswillen handelte (und ggf. aus § 248b strafbar ist). Dagegen ist Diebstahl statt Gebrauchsanmaßung i.S.d. § 248b (gilt auch für Fahrräder!) anzunehmen, wenn die Wegnahme erwiesenermaßen von dem Willen (*dolus eventualis!*) getragen war, das Fahrzeug nach dem Gebrauch wahllos preiszugeben und es dem Zufall zu überlassen, ob, wann und in welchem Zustand der Eigentümer es zurückbekommen wird. Wird § 242 bejaht, ist wegen der ausdrücklich angeordneten Subsidiarität des § 248b für dessen Prüfung kein Raum. In einer Klausur sollte aber ein kurzer Hinweis nicht fehlen. Wird dagegen § 248b statt § 242 für einschlägig befunden, darf die Wertung des § 248b keinesfalls dadurch unterlaufen werden, dass bezüglich des zwangsläufig mitverbrauchten Kraftstoffes aus § 242 bestraft wird. Dies ist im Unrecht des § 248b enthalten und tritt im Wege der Konsumtion (mitbestrafte Begleitatt) zurück.

Hat der Täter den Willen zur Preisgabe des Fahrzeugs erst *während des noch andauernden Gebrauchs* gefasst, schließt das zwar (wegen des fehlenden zeitlichen Zusammenstreffens mit der Wegnahmehandlung) die Anwendbarkeit des § 242 aus, es kommt dann aber eine Unterschlagung (§ 246) in Betracht. Dagegen ist nur für § 248b Raum, wenn der zunächst vorhandene Rückführungswille *erst nach dem Ende des unbefugten Gebrauchs* aufgegeben und durch den Entschluss zur Preisgabe des Fahrzeugs ersetzt wird, etwa deshalb, weil es wegen technischer Mängel liegen geblieben oder der Kraftstoffvorrat verbraucht ist.

- Schwierigkeiten bei der Abgrenzung zur Gebrauchsanmaßung können sich auch in dem Fall ergeben, dass infolge des Gebrauchs eine **Wertminderung der Sache** eintritt. Da dieser Aspekt aber bei den Sachwerterwägungen eine Rolle spielt, sei auf die dortigen Ausführungen (Rn 92 ff.), insbesondere das Beispiel 2 bei Rn 96 verwiesen.

88

- Auf der Ebene der Enteignungskomponente zu diskutieren ist auch der Fall, in dem der Gläubiger einer Forderung bei seinem Schuldner eine Sache **eigenmächtig pfändet**, um ein Druckmittel für den Ausgleich seiner (nicht gleichartigen) Forderung zu erhalten. Unterstellt, dass ein Pfandrecht nicht besteht, ist die Pfändung widerrechtlich. Strafrechtlich kommen bzgl. der eigenmächtigen „Inpfandnahme“ Diebstahl oder Raub in Betracht, wobei die Wegnahme einer fremden beweglichen Sache unproblematisch vorliegt. Hinsichtlich der im subjektiven Tatbestand zu prüfenden Zueignungsabsicht sind beide Komponenten problematisch: Die *Enteignungskomponente* liegt nur vor, wenn der Täter wenigstens mit bedingtem Vorsatz in Kauf nimmt, dass das Opfer dauerhaft aus seiner Eigentümerstellung verdrängt wird. Dies wiederum kann nur dann bejaht werden, wenn der Täter trotz der „Inpfandnahme“, die bereits begrifflich auf eine spätere Rückgabe

88a

⁹⁶ Vgl. BGHSt 22, 46; BGH NSTZ 1996, 38; Fischer, § 242 Rn 39; Wessels/Hillenkamp, BT 2, Rn 144.

angelegt ist, eine dauerhafte Enteignung für den Fall in Kauf nimmt, dass das Opfer nicht zahlt. Zur Aneignungskomponente dieses Falls vgl. Rn 90.

- 89 ■ Schließlich sind die Fälle zu nennen, in denen sich der Eigentümer **vernünftigerweise Ersatz beschaffen** wird. Hier wird auch ohne Wertminderung eine Enteignung zu bejahen sein. Wenn also beispielsweise kurz vor Saisonbeginn eine Surfausrüstung weggenommen wird in der Absicht, diese erst im Herbst wieder zurückzubringen, liegt ein **unangemessen langer Gebrauch** vor, der rechtlich wie eine dauerhafte Enteignung zu behandeln ist, wenn davon auszugehen ist, dass der Eigentümer sich vernünftigerweise Ersatz beschaffen wird.⁹⁷

89a

Hinweis für die Fallbearbeitung: Ist der Täter im Zeitpunkt der Wegnahmehandlung fest entschlossen, die Sache später wieder zurückzugeben, liegt ein sog. Rückführungswille vor, der (bis auf die genannten Ausnahmen) zur Verneinung der Enteignungskomponente und damit des Diebstahls führt. Das heißt für die Fallbearbeitung jedoch nicht, dass nunmehr eine Unterschlagung (§ 246) zu prüfen wäre. Denn mit der Verneinung des Enteignungsvorsatzes im Rahmen der Diebstahlsprüfung stellt der Klausurbearbeiter gleichzeitig fest, dass der Täter auch kein Zueignungsunrecht i.S.d. § 246 verwirklichen wollte. Ein kurzer, feststellender Hinweis, dass eine Strafbarkeit nach § 246 (aus den o.g. Gründen) nicht vorliege, sollte dennoch erfolgen. Anders liegt aber der Fall, wenn sich der Täter nachträglich (d.h. zu einem beliebigen Zeitpunkt nach Vollendung der Wegnahme) entschließt, die Sache zu behalten und dies auch tut. In diesem Fall liegen eine Zueignung und damit eine Unterschlagung vor, weil der Täter im Zeitpunkt der Manifestation des Zueignungswillens bereits im Besitz der Sache war und die Subsidiaritätsklausel des § 246 a.E. wegen des zuvor verneinten Diebstahls nicht greift.

bb. Aneignungskomponente

- 90 Die Komponente der (beabsichtigten) **Aneignung** ist erforderlich, um den Diebstahl (d.h. generell die Zueignungsdelikte) von der reinen *Sachentziehung*, der *Sachbeschädigung* und von der bloßen *Eigenmacht* abzugrenzen. An einer Aneignung und damit an einer Zueignung **fehlt** es, wenn jemand fremde Sachen wegnimmt, um sie **ohne vorherigen Eigengebrauch** sogleich zu zerstören oder wegzuwerfen.⁹⁸ Zwar führt sich der Täter in diesem Fall wie ein Eigentümer auf, er eignet sich die Sache aber nicht zu. Je nach den Umständen liegt eine Sachbeschädigung (§ 303 I), ein Verwahrungsbruch (§ 133) oder eine Urkundenunterdrückung (§ 274 I Nr. 1) vor.⁹⁹ Bei der reinen *Sachentziehung* wird die Sache ihrem Eigentümer ohne Einverleibung in das Vermögen des Täters oder des Dritten zeitweilig oder dauernd entzogen (ohne dass es auf die sofortige Zerstörung oder das sofortige Wegwerfen ankäme). Das Schulbeispiel für eine reine Sachentziehung stellt der Fall dar, in dem der Täter das Opfer nur ärgern oder sich an ihm rächen will.

Beispiel: Wer als Fotograf einem Konkurrenten dessen einzige Kamera wegnimmt, um sie diesem nach dem Ereignis unversehrt wieder zurückzugeben, begeht keinen Diebstahl, weil es schon an der Anmaßung einer eigentümerähnlichen Stellung fehlt. Mithin fehlt der Aneignungswille. Dem Opfer stehen aber zivilrechtliche Schadensersatzansprüche zu.

Aber auch im Fall von Rn 88a könnte es an der *Aneignungskomponente* fehlen, weil es hierbei dem Täter darauf ankommen muss, die Sache sich oder einem Dritten zumindest vorübergehend in das Vermögen einzuverleiben. Will der Täter eine Sache lediglich

⁹⁷ Vgl. NK-Kindhäuser, § 242 Rn 118; Wessels/Hillenkamp, BT 2, Rn 148.

⁹⁸ Wessels/Hillenkamp, BT 2, Rn 138. Vgl. auch BGH NSTz 2006, 686, 687; Streng, JuS 2007, 422, 423.

⁹⁹ Wie hier Lackner/Kühl, § 242 Rn 21; anders Wallau, JA 2000, 248, 255, der auch die Beschädigung als Zueignung versteht.

„pfänden“, obwohl kein Pfandrecht besteht, verschafft er sich zwar durchaus eine starke Position, allerdings ist zweifelhaft, ob durch sein Verhalten der Sachwert eigentumsgleich in das Vermögen einverleibt wird. Denn nach der Intention des Täters soll die „gepfändete“ Sache lediglich die Funktion eines Druckmittels erfüllen. Eine Anmaßung von Eigentümerbefugnissen kann damit nicht ohne weiteres begründet werden.¹⁰⁰ Selbstverständlich wäre es ebenso vertretbar, den Gedanken des „se ut dominum gerere“ stärker zu betonen und sich auf den Standpunkt zu stellen, dass es eben Sache des Eigentümers sei, zu bestimmen, wo und unter welchen Voraussetzungen eine Sache verbleibt. Dann wären die Aneignungskomponente und damit die Zueignungsabsicht zu bejahen. Allerdings würden dadurch die Grenzen zu einer im Rahmen von § 242 nicht erfassten Sachentziehung verwischt und der (zivilrechtliche) Unterschied zwischen Eigentum und Pfandrecht vernachlässigt.

Nimmt man dennoch eine Zueignungsabsicht an, ist regelmäßig auch die Rechtswidrigkeit der beabsichtigten Zueignung zu bejahen. Denn der eigenmächtig handelnde Gläubiger hat – sofern nicht etwa ein gesetzliches oder vertragliches Pfandrecht an der Sache besteht – keinen fälligen und einredefreien Anspruch auf die Sache (der die Rechtswidrigkeit der Zueignung entfallen ließe). Zur möglichen Strafbarkeit wegen räuberischer Erpressung vgl. Rn 764.

In jedem Fall aber liegt die Zueignungsabsicht und damit ein Diebstahl vor, wenn der Täter beabsichtigt, das „Pfandgut“ weiterzuverkaufen. Zwar ist ein gutgläubiger Erwerb von gestohlenen Sachen grds. nicht möglich (vgl. § 935 I BGB), jedoch kommt es auf die Sicht des Täters an. Und dieser will durch die Veräußerung den wirtschaftlichen Wert der Sache realisieren.

Ein ebenfalls nicht seltener Fall besteht darin, dass der Täter ein Behältnis, in dem er einen bestimmten Inhalt vermutet, wegnimmt, sich später aber herausstellt, dass das Behältnis entgegen der Erwartung des Täters **leer** ist. Hier fehlt es hinsichtlich des Behältnisses an der Aneignungsabsicht¹⁰¹ zum Zeitpunkt der Wegnahme; bezüglich des erwarteten Inhalts liegt ein Diebstahlsversuch vor.

90a

Beispiel¹⁰²: T betritt einen Kindergarten. Vor einem Gruppenraum steht ein Kinderwagen, an dem die Handtasche der O hängt. T entnimmt der Handtasche eine Geldbörse und verlässt mit dieser das Gelände. Dabei geht er davon aus, dass sich in der Geldbörse Geld befindet. Später, als er die Geldbörse öffnet, stellt er jedoch enttäuscht fest, dass die Börse leer ist. Er wirft sie ins Gebüsch.

Hinsichtlich der **Geldbörse** selbst hat T den objektiven Tatbestand des Diebstahls verwirklicht. Jedoch scheidet der subjektive Diebstahlstatbestand am Fehlen der Absicht der wenigstens vorübergehenden Aneignung, wenn man davon ausgeht, dass es T ausschließlich auf das Geld abgesehen hat und er die Geldbörse ohne zwischenzeitlichen Eigengebrauch sogleich wegwerfen wollte. Das Wegwerfen selbst ist lediglich als Sachbeschädigung (§ 303 I) zu bewerten.¹⁰³

Hinsichtlich des erwarteten **Inhalts** der Geldbörse hat T bereits den objektiven Tatbestand des § 242 I nicht erfüllt. Da er aber die Absicht hatte, sich den erwarteten Inhalt zuzueignen, liegt diesbezüglich ein versuchter Diebstahl vor (§§ 242 I, II, 22, 23 I).

An einer Aneignungsabsicht kann es auch fehlen, wenn der Täter ein Behältnis, in dem er einen bestimmten Inhalt vermutet, wegnimmt, sich später aber herausstellt, dass sich **etwas anderes** in dem Behältnis befindet.¹⁰⁴

90b

¹⁰⁰ Vgl. auch *Kudlich/Roy/Tsyzkiewicz*, JA 2006, 779, 781, die die Aneignung verneinen.

¹⁰¹ Abzulehnen *Jahn*, JuS 2010, 362, der von einem „Zueignungswillen“ spricht. Einen solchen fordert das Gesetz nicht.

¹⁰² In Anlehnung an BGH StV 2010, 22.

¹⁰³ Vgl. bereits sämtliche Voraufgaben; wie hier nun auch BGH StV 2010, 22.

¹⁰⁴ Vgl. BGH NSTz 2006, 686, 687; *Streng*, JuS 2007, 422, 423.

Beispiel¹⁰⁵: T vermutet in einer Aktentasche, die sich im Kofferraum des Wagens des O befindet, eine größere Menge Bargeld. Er bricht daher den Kofferraum auf und entnimmt die Aktentasche. Aufgrund der Eile unterlässt er es aber, sich vom Inhalt der Aktentasche zu überzeugen. Zuhause stellt er zu seiner Überraschung fest, dass sich in ihr lediglich wertlose Zeitungen befinden, die er daraufhin enttäuscht wegwirft. Auch die Aktentasche wirft er – wie von Anfang an geplant – weg.

T hat sowohl hinsichtlich der Aktentasche als auch des Inhalts den objektiven Tatbestand des Diebstahls in einem besonders schweren Fall gem. §§ 242 I, 243 I S. 2 Nr. 2 verwirklicht. Fraglich ist allein die subjektive Seite. Es ist zu differenzieren:

Hinsichtlich der **Aktentasche** hat T zwar den Tatbestand des Diebstahls vorsätzlich verwirklicht, eine Strafbarkeit wegen Diebstahls scheitert aber am Fehlen der Absicht rechtswidriger Zueignung. Zwar lässt sich der Vorsatz einer *Enteignung* damit begründen, dass T von vornherein vorhatte, die Aktentasche nach der Tat wegzuworfen und O damit dauerhaft zu enteignen. Es fehlte bei T aber an der Absicht der wenigstens vorübergehenden *Aneignung*. Denn T wollte die Aktentasche von Anfang an ohne zwischenzeitlichen Eigengebrauch sogleich wegwerfen. Eine Aneignungsabsicht ließe sich nur dann annehmen, wenn T im Zeitpunkt der Tatausführung geplant hatte, die Aktentasche weiter (als Transportmittel) zu nutzen oder gar zu behalten¹⁰⁶. Doch das war ausweislich des Sachverhalts nicht der Fall. Das Wegwerfen selbst ist lediglich als Sachbeschädigung (§ 303 I) zu bewerten.

Auch hinsichtlich des **Inhalts der Aktentasche** hat T den objektiven Tatbestand des § 242 I erfüllt. Jedoch ist diesbezüglich bereits der allgemeine Tatbestandsvorsatz fraglich, da T einen anderen Inhalt erwartet hat und von den Zeitungen nichts wusste. Insoweit ist T einem *error in obiecto* unterlegen. Dieser ist im vorliegenden Fall aber unbeachtlich, weil die Tatobjekte tatbestandlich gleichwertig sind. Denn bei beiden Objekten handelt es sich um fremde bewegliche Sachen, die vom Tatbestand des § 242 erfasst sind.¹⁰⁷

Handelte T somit vorsätzlich, ist des Weiteren danach zu fragen, ob er auch in der Absicht gehandelt hat, sich die Sache rechtswidrig zuzueignen. Überträgt man den soeben zum allgemeinen Tatbestandsvorsatz aufgestellten Befund und die dort festgestellte Unbeachtlichkeit des *error in obiecto*, müsste man die Zueignungsabsicht ebenfalls bejahen. Der BGH vertritt jedoch eine unterschiedliche Betrachtungsweise. Er verneint die Vollendungsstrafbarkeit, soweit der Täter diejenige Sache, die er weggenommen hat, sich nicht zueignen wollte, diejenige aber, die er sich zueignen wollte, sich tatsächlich nicht in der Verpackung (hier: Aktentasche) befand.¹⁰⁸ Demzufolge hat T nicht mit Zueignungsabsicht gehandelt, da er nie die Absicht hatte, sich die Zeitungen zuzueignen.

Bewertung: Warum der BGH im Vergleich zum allgemeinen Tatbestandsvorsatz bei der Zueignungsabsicht eine andere Sichtweise zugrunde legt, ist unklar. Denn es ließe sich auch hinsichtlich der Zueignungsabsicht in Übereinstimmung mit dem zum allgemeinen Tatbestandsvorsatz Gesagten argumentieren, dass sie sich auf *die* Sache beziehe, die der Täter wegnehmen wolle. Und da sich der Vorsatz wegen der Unbeachtlichkeit des Irrtums gerade auf die weggenommene Beute bezieht, ist die Zueignungsabsicht nach der hier vertretenen Auffassung ebenfalls zu bejahen.¹⁰⁹ Insoweit besteht eine Konnexität zwischen Vorsatz und Zueignung (a.A. freilich der BGH).

Ergebnis: Nach der hier vertretenen Auffassung ist T eines Diebstahls in einem besonders schweren Fall schuldig. Auf der Basis der Rspr. des BGH liegt dagegen ein versuchter Diebstahl in einem besonders schweren Fall vor (vgl. dazu Rn 158 f.).

¹⁰⁵ In Anlehnung an BGH NSTz 2006, 686 ff.; vgl. auch LG Düsseldorf NSTz 2008, 155 f.

¹⁰⁶ So der Fall LG Düsseldorf NSTz 2008, 155 f.

¹⁰⁷ Vgl. BGH NSTz 2006, 686, 687; *Streng*, JuS 2007, 422, 423.

¹⁰⁸ So ausdrücklich BGH NSTz 2006, 686, 687.

¹⁰⁹ Vgl. bereits die 5. Aufl. 2006; wie hier nun auch *Streng*, JuS 2007, 422, 423; zweifelnd auch LG Düsseldorf NSTz 2008, 155 f.

Möglicherweise hätte auch nach Auffassung des BGH der Fall anders gelegen, wenn sich der Täter **keine konkrete Vorstellung über den Inhalt** gemacht hätte. Denn dann wäre die Abweichung weniger deutlich gewesen.

90c

Beispiel: T des obigen Beispiels nimmt die Aktentasche an sich, wobei er deren Inhalt nicht kennt und auch keine Vermutung hat, welche Gegenstände sich in ihr befinden könnten. Zuhause öffnet er die Aktentasche und entdeckt neben den wertlosen Zeitungen einen 100-€-Schein, den er einsteckt. Die Aktentasche und die Zeitungen wirft er weg.

Hatte T von vornherein vor, die Aktentasche nach der Tat ohne zwischenzeitlichen Eigengebrauch wegzuworfen, hatte er zwar den Vorsatz, O diesbezüglich dauerhaft zu enteignen, es fehlte aber an der Absicht der wenigstens vorübergehenden Aneignung.

Hinsichtlich der Zeitungen und des Geldes ist es problematisch, ob und ggf. wie es sich auf die Zueignungsabsicht auswirkt, dass sich T über den Inhalt der Aktentasche im Unklaren war und sie später nach „brauchbaren“ und „unbrauchbaren“ Sachen sortierte.

Die Unklarheit im Zeitpunkt der Wegnahme könnte man – ähnlich wie bei der Prüfung des Versuchs, was wiederum damit zusammenhängt, dass die Zueignungsabsicht keine Entsprechung im objektiven Tatbestand hat – als **Vorbehalt subjektiver Unentschlossenheit** werten.¹¹⁰ Dann läge keine Aneignungsabsicht vor. Es wäre aber auch denkbar, den Tatentschluss des T als **festen Entschluss auf bewusst unsicherer Tatsachengrundlage** anzusehen.¹¹¹ Dann läge sehr wohl eine Aneignungsabsicht vor.

Für die Annahme eines festen Entschlusses auf bewusst unsicherer Tatsachengrundlage spricht, dass die Einordnung der vorgefundenen Gegenstände als „brauchbar“ oder „unbrauchbar“ zwar eine vom Täter abzugebende Beurteilung erfordert, es sich bei dieser aber gleichwohl um eine von diesem nicht beeinflussbare objektive Bedingung handelt und nicht um einen inneren Entscheidungsvorbehalt der Zueignung.¹¹² Letzterer läge nur dann vor, wenn der Täter sich auch für den Fall der Beurteilung der weggenommenen Sachen als „brauchbar“ die endgültige Entscheidung über die Aneignung vorbehalten hätte.¹¹³

Ob bei T ein fester Entschluss auf unsicherer Tatsachengrundlage oder zu seinen Gunsten ein Aneignungsvorbehalt angenommen werden muss, ist eine Tatfrage. Nur wenn man einen festen Entschluss auf unsicherer Tatsachengrundlage annähme, käme man zur Bejahung der Aneignungsabsicht und damit zur Strafbarkeit wegen Diebstahls.

Wieder anders ist es, wenn die fremde Sache erst **nach einem vorherigen Eigengebrauch** für die Zwecke des Täters ihrem Schicksal überlassen wird oder wenn die Sachvernichtung im eigennützigen **Verbrauch der Sache** durch den Täter besteht.¹¹⁴

91

Beispiel: Wegen Diebstahls macht sich daher strafbar, wer fremde Nahrungs- oder Genussmittel oder Getränke an sich nimmt und verzehrt oder wer aus dem Schuppen des Nachbarn ohne dessen Kenntnis bzw. Erlaubnis Kaminholz holt und im eigenen Ofen verheizt.

¹¹⁰ So *Streng*, JuS 2007, 422, 425.

¹¹¹ So *Graul*, JR 1999, 338, 340; *Gropp*, JR 1985, 517, 520 f.

¹¹² *Graul*, JR 1999, 338, 340.

¹¹³ *Graul*, JR 1999, 338, 340.

¹¹⁴ OLG Köln NJW 1986, 392; *Wessels/Hillenkamp*, BT 2, Rn 139; NK-*Kindhäuser*, § 242 Rn 87.

cc. Insbesondere: Vereinigungstheorie

- 92 Gegenstand der Zueignung können nach der heute ganz herrschenden **Vereinigungstheorie**¹¹⁵
- die Sache selbst sein (Aussage der älteren, vor allem vom RG vertretenen **Substanztheorie**: Der Täter will die Sache ihrer Substanz nach dem Berechtigten dauerhaft entziehen und sie sich zumindest vorübergehend in die eigene Vermögenssphäre einverleiben)
 - oder ein in der Sache verkörperter oder ihr innewohnender Sachwert (Aussage der **Sachwerttheorie**: Der Täter will sich nicht die Substanz, sondern vielmehr den der Sache innewohnenden wirtschaftlichen Wert zueignen).
- 93 Will sich der Täter eine Sache zueignen, um sie zu besitzen, zu gebrauchen, zu verzehren, zu verkaufen usw., kommt es nur auf die Sache selbst, nicht auf den verkörperten Wert an, da geschütztes Rechtsgut des § 242 das Eigentum und nach h.M. (siehe Rn 2) auch der Gewahrsam ist. Ein Eingehen auf die Theorien erübrigt sich. Schwieriger ist jedoch der Fall, in dem es dem Täter **nur auf den in der Sache unmittelbar verkörperten Wert** ankommt bzw. er eine **wesentliche Wertminderung** herbeiführt.
- 94 **Beispiel 1:** Die Hausangestellte H nimmt aus einer Schublade das ihrem Geschäftsherrn G gehörende **Sparbuch**¹¹⁶ und hebt davon einen größeren Teilbetrag ab. Anschließend legt sie das Sparbuch - wie von Anfang an geplant - wieder an seinen Platz zurück.

I. Geschehen im Haus des H

H hat den objektiven Tatbestand des § 242 I erfüllt. Sie hat den (gelockerten) Gewahrsam des G an dem Sparbuch gebrochen und eigenen begründet. Sie handelte auch vorsätzlich.

Sie müsste aber auch in der Absicht gehandelt haben, sich das Sparbuch rechtswidrig zuzueignen. Zueignungsabsicht besteht aus dem Enteignungsvorsatz und der Aneignungsabsicht. Fraglich ist, ob H Enteignungsvorsatz hatte. Dazu müsste sie mindestens mit *dolus eventualis* hinsichtlich einer dauerhaften Enteignung des G gehandelt haben. H hatte jedoch von Anfang an geplant, das Sparbuch wieder an seinen Platz zurückzubringen. Von einer billigend in Kauf genommenen dauerhaften Enteignung, zumindest im Hinblick auf das Sparbuch selbst, kann daher nicht gesprochen werden. Von diesem Standpunkt aus hat lediglich eine Gebrauchsanmaßung (*furtum usus*) vorgelegen, die bis auf die vorliegend nicht einschlägigen §§ 248b und 290 straflos ist.

Gegenstand der Zueignung kann nach allgemeiner Auffassung aber auch der Sachwert sein, sofern er in der Sache selbst unmittelbar verkörpert ist. Bei einem Sparbuch handelt es sich um ein Legitimationspapier i.S.v. § 808 BGB. Das bedeutet, dass an den Inhaber mit befreiender Wirkung geleistet werden kann. Mit „Inhaber“ ist aber nicht nur der im Sparbuch als Gläubiger Eingetragene gemeint, sondern – da eine formlose Abtretung des im Sparbuch verbrieften Anspruchs auf Auszahlung der Spareinlage möglich ist – **jeder, der das Sparbuch vorlegt**. Voraussetzung für eine Auszahlung ohne zusätzliche Legitimation (Vollmacht des Inhabers i.V.m. dem Personalausweis des Vorlegenden) ist lediglich, dass kein Sperrvermerk eingetragen ist, bzw., dass das Kreditinstitut von der Ord-

¹¹⁵ Vgl. BGHSt 4, 263, 238 f.; 16, 190, 192; 24, 115, 119; 35, 152, 156; Sch/Sch-Eser/Bosch, § 242 Rn 47-49; Fischer, § 242 Rn 35; Lackner/Kühl, § 242 Rn 22; NK-Kindhäuser, § 242 Rn 85; SK-Hoyer, § 242 Rn 81; Wessels/Hillenkamp, BT 2, Rn 134 f.

¹¹⁶ Zu beachten ist, dass mittlerweile viele Kreditinstitute das „klassische“ Sparbuch abgeschafft und durch eine Chipkarte ersetzt haben. Die Inhaber von Sparkonten bei den betreffenden Kreditinstituten können seitdem ausschließlich mit Hilfe der Chipkarte und einer PIN Geld am Automaten abheben und auch einzahlen. Die genannte Problematik wurde somit weitgehend „entschärft“. Allerdings eröffnet dies wiederum den Anwendungsbereich des § 263a bzw. des § 266b. Dass vorliegend dennoch der klassische Sparbuch-Fall erläutert wird, hängt damit zusammen, dass er zum Standard-Repertoire der Sachwerttheorie gehört und nach wie vor zum Gegenstand von Klausuren gemacht wird.

nungsgemäßheit der Abhebung ausgeht.¹¹⁷ Ein Sparbuch verkörpert also nicht nur das in ihm eingetragene Guthaben, sondern auch die Möglichkeit des Vorlegenden, über das Guthaben zu verfügen.

Durch das (spätere) Abheben des Teilbetrags hat H der Sache (dem Sparbuch) daher auch dauerhaft einen Wert entzogen und somit mehr oder weniger eine „leere Sachhülse“ zurückgegeben. Darauf bezog sich der Vorsatz der H bereits im Zeitpunkt der Wegnahme. Diesen Sachwert hat sie sich auch absichtlich angeeignet. Damit hat sie im Zeitpunkt der Wegnahme auch den subjektiven Tatbestand des § 242 I erfüllt.

II. Geschehen in der Bank

Das Abheben selbst erfüllt dagegen nicht den Tatbestand des § 242. In Betracht kommt aber § 263 gegenüber dem Bankschalterpersonal zugunsten der H und zu Lasten des G. Das setzt jedoch voraus, dass sich das Bankschalterpersonal trotz der Legitimationswirkung des Sparbuchs (s.o.) Gedanken macht und dadurch überhaupt erst getäuscht werden kann. Für die Strafbarkeit der H hat dies jedoch keine Relevanz, da § 263 als mitbestrafte Nachtat im Wege der Gesetzeskonkurrenz (Konsumtion) ohnehin zurücktreten würde.¹¹⁸

Hinweis für die Fallbearbeitung: Das vorstehende Beispiel hat gezeigt, dass in Fällen, in denen die Substanztheorie versagt, zunächst auf diese einzugehen und dann die Kombination von Substanz- und Sachwerttheorie (Vereinigungstheorie) zu erörtern ist. Zu beachten ist aber, dass der Wert der Sache in dieser unmittelbar verkörpert sein muss und der Täter insoweit die Sache wertloser macht (*lucrum ex re* = ein Gewinn/ein Wert aus der Sache selbst). Bei Sparbüchern ist dies der Fall, da sie Legitimationspapiere i.S.d. § 808 BGB darstellen, bei denen an den Inhaber (besser: den Vorlegenden) grds. mit befreiender Wirkung geleistet werden kann. Gleiches gilt auch für andere Legitimationspapiere wie Theaterkarten, Fahrkarten, Gutscheine, Getränke- oder Garderobenmarken.

95

Beispiel 2: T ist von den Studienbüchern eines bestimmten Autors begeistert. Die Semesterabschlussklausur im Bürgerlichen Recht hat er bereits mit ihrer Hilfe äußerst erfolgreich bestanden. Nunmehr möchte er sich für die am kommenden Montag zu schreibende Klausur im Strafrecht vorbereiten. Da er jedoch zu geizig ist, sich das Buch des Autors zum Strafrecht Allgemeiner Teil zu kaufen, begibt er sich am Freitagnachmittag in die Universitätsbuchhandlung, in der auf einem Tisch ca. 20 Exemplare des genannten Buchs präsentiert sind. Die Bücher sind nicht in Schutzfolie eingepackt. T beschließt, ein Exemplar mitzunehmen, um es am Wochenende in Teilen zu lesen und nach der Klausur am Montagnachmittag wieder in die Buchhandlung zurückzubringen. Er schaut sich kurz um, steckt unbemerkt ein Buch in die Innenseite seiner Jacke und verlässt zügig das Gebäude. Wie geplant, bringt er das Buch dann am Montagnachmittag wieder zurück. Da keinerlei Gebrauchsspuren feststellbar sind, wird das Buch kurze Zeit später an einen Kunden verkauft. Hat T sich strafbar gemacht?

96

Indem T das Buch aus der Buchhandlung mit nach Hause genommen hat, um es in Teilen zu lesen, könnte er sich wegen **Diebstahls** gem. § 242 strafbar gemacht haben.

Der **objektive Tatbestand** des Diebstahls setzt die Wegnahme einer fremden beweglichen Sache voraus. Ein Buch ist eine **bewegliche Sache**. Es war für T auch **fremd**, da es jedenfalls nicht in seinem Eigentum stand.¹¹⁹

¹¹⁷ Vgl. Palandt-Sprau, 70. Aufl. 2011, § 808 Rn 4-6. Anders Rengier, BT I, § 2 Rn 52, der zur Legitimation des Vorlegenden den Personalausweis des Eingetragenen ins Spiel bringt. Das widerspricht jedoch gerade der zivilrechtlichen Legitimationswirkung (wie hier nunmehr auch Valerius, JA 2007, 778, 779).

¹¹⁸ Vgl. dazu R. Schmidt, AT, Rn 1204 sowie BGH wistra 2007, 458, 459 f. (versuchter Betrug am Bankschalter); BGHSt 35, 152, 157; Fischer, § 242 Rn 37/59; LK-Ruß, § 242 Rn 60; Wessels/Beulke, AT, Rn 795; Wessels/Hillenkamp, BT 2, Rn 161.

¹¹⁹ Ob das Buch im Eigentum des Inhabers der Buchhandlung, des Großhändlers oder des Verlags stand, ist irrelevant, da es jedenfalls nicht im (Allein-)Eigentum des T stand und dieser Umstand für die Bejahung der Fremdheit genügt.

T müsste das Buch auch weggenommen haben. **Wegnahme** setzt den Bruch fremden und die Begründung neuen, nicht notwendigerweise tätereigenen Gewahrsams voraus. Fremder Gewahrsam wird **gebrochen**, wenn er ohne oder gegen den Willen des Gewahrsamsinhabers aufgehoben wird. **Begründet** wird neuer Gewahrsam (der nicht unbedingt der des Täters zu sein braucht), wenn der Täter (oder der Dritte) die tatsächliche Sachherrschaft derart erlangt hat, dass ihrer Ausübung keine weiteren Hindernisse mehr entgegenstehen.

Dadurch, dass T jedoch mit dem Buch in der Jacke das Gebäude und damit definitiv den Herrschaftsbereich des Geschäftsinhabers verließ, hat er spätestens in diesem Zeitpunkt die Wegnahme vollendet, sodass es auf die Beantwortung der Frage nach der Gewahrsamsenklaue letztlich nicht ankommt.

Mithin hat T den objektiven Tatbestand des Diebstahls vollendet.

Subjektiv verlangt § 242 zunächst den allgemeinen **Tatbestandsvorsatz** (§ 15), wobei *dolus eventualis* genügt. Der Vorsatz muss sich auf alle objektiven Tatbestandsmerkmale beziehen. Dazu zählen die Eigenschaft des Objekts als „fremde bewegliche Sache“ und das Verhalten hinsichtlich der „Wegnahme“. Dass T einen dieser Umstände nicht gekannt haben könnte, ist nicht anzunehmen.

§ 242 verlangt jedoch auch die **Absicht** des Täters, die Sache sich oder einem Dritten rechtswidrig zuzueignen. Die Zueignungsabsicht liegt vor, wenn der Täter die Sache wegnimmt, um sie unter Anmaßung einer eigentümerähnlichen Stellung (*se ut dominum gerere*) zumindest *vorübergehend* der eigenen Vermögenssphäre (oder der des Dritten) einzuverleiben (**Aneignungskomponente**) und um sie der Verfügungsgewalt des Berechtigten *dauerhaft* zu entziehen (**Enteignungskomponente**). Dabei ist bezüglich der auch nur *vorübergehenden* Aneignung *dolus directus* 1. Grades erforderlich, während für die Enteignung (wegen ihrer Dauerhaftigkeit) bereits *dolus eventualis* genügt.¹²⁰

An der Absicht des T, sich das Buch vorübergehend anzueignen, bestehen keine Zweifel; immerhin hat er das Buch – wie von Anfang an geplant – in die Buchhandlung zurückgebracht und es sich daher nur vorübergehend angeeignet.

Jedoch scheint auf den ersten Blick die andere Komponente – die dauerhafte Entziehung – fraglich, da T das Buch – wie von Anfang an geplant – in die Buchhandlung zurückgebracht und daher lediglich eine straflose Gebrauchsanmaßung verwirklicht haben könnte. Jedoch ist anerkannt, dass eine bloße Gebrauchsanmaßung nicht mehr vorliegt, wenn infolge des (vorübergehenden) Gebrauchs eine **wesentliche Wertminderung der Sache** eintritt.

Ob im vorliegenden Fall eine wesentliche Wertminderung des Buchs eingetreten ist, scheint zweifelhaft, da keinerlei Gebrauchsspuren ersichtlich sind und T auch keine Schutzhülle entfernt hat. Insbesondere entwertet das bloße Lesen das Buch nicht, solange keine Gebrauchsspuren entstehen. Wenn man jedoch bedenkt, dass die Preise für neue Bücher nicht vom Buchhändler nach den Kriterien von Angebot und Nachfrage bestimmt werden, sondern vom Verlag oder Importeur nach § 5 I Buchpreisbindungsgesetz (BuchPrG) festgelegt werden (müssen), ist es nicht ausgeschlossen, dass das Gebrauchen durch Lesen zu einer Entwertung führt, denn für gebrauchte und antiquarische Bücher ist eine Preisbindung nach § 3 S. 2 BuchPrG nicht vorgeschrieben und aus Gründen des Wettbewerbsschutzes auch nicht zulässig.

Ist demnach ein gebrauchtes Buch nach den Regeln des freien Marktes unter Berücksichtigung von Angebot und Nachfrage i.d.R. günstiger als ein neues Buch, das der strengen Buchpreisbindung unterliegt, könnte durchaus von einer wesentlichen Wertminderung gesprochen werden, wenn ein Buch gelesen wurde.

Vorliegend wies das Buch aber keinerlei Gebrauchsspuren auf. Daher muss davon ausgegangen werden, dass das Buch ebenso für den Verkauf als „neu“ geeignet war wie jedes

¹²⁰ Vgl. *Samson*, JuS 2003, 263, 264; *Fischer*, § 242 Rn 41; *Lackner/Kühl*, § 242 Rn 25; *Wessels/Hillenkamp*, BT 2, Rn 150.

andere Buch, das in der Buchhandlung von interessierten Kunden in die Hand genommen, durchgeblättert und danach wieder zurückgelegt wird.

Daher ist trotz der Argumente hinsichtlich der Buchpreisbindung eine Wertminderung des Buchs, die zu einer Bejahung der Enteignungskomponente und damit des Diebstahls führte, abzulehnen. Die gegenteilige Annahme würde zudem dazu führen, dass § 242 gegen das verfassungsrechtliche Bestimmtheitsgebot gem. Art. 103 II GG verstieße, da die Zueignungsabsicht des § 242 wegen der Unbestimmtheit der „wesentlichen Wertminderung trotz nicht vorhandener Gebrauchsspuren“ zu unbestimmt würde.

Da auch sonst eine Vermögensschädigung auf Seiten des Geschäftsinhabers weder von T geplant war noch objektiv eintrat, hat T sich im Ergebnis nicht wegen Diebstahls strafbar gemacht. Es liegt lediglich eine straflose Gebrauchsanmaßung vor.

dd. Sonderfälle

Nach dem herrschenden engen Verständnis der Sachwerttheorie ist aber nicht jeder wirtschaftliche Vorteil erfasst, der mit Hilfe der Sache erlangt werden kann. Anderenfalls würden die Grenzen zwischen dem Diebstahl als Eigentumsdelikt und Vermögensdelikten im engeren Sinne unscharf.¹²¹ So ist der **Gewinn aus der bloßen Verwendung** der Sache (*lucrum ex negotio cum re*) **nicht** von § 242 erfasst.

97

- Daher begeht **keinen Diebstahl**, wer ein entlaufenes, beim Finder befindliches Haustier diesem wegnimmt, um beim Eigentümer den öffentlich ausgelobten **Finderlohn** (vgl. §§ 657, 971 BGB) entgegenzunehmen. Hier fehlt es an der Zueignungsabsicht, da niemals eine Eigentümerstellung angemaßt wurde.

98

In Betracht kommt **aber ein Betrug** (§ 263) zum Nachteil des Finders, dessen Finderlohnanspruch nicht schon mit der Wegnahme des Haustieres, sondern erst dadurch erloschen ist, dass der gutgläubige Eigentümer die falsche Person für den Finder gehalten und den Finderlohn an diese gezahlt hat. Damit ist der Eigentümer auch dem wirklichen Finder gegenüber frei geworden (§ 851 BGB analog). Der Eigentümer selbst hat keinen Schaden erlitten, da die Hingabe des Finderlohns durch das Freiwerden von seiner Verbindlichkeit dem Finder gegenüber ausgeglichen wird (Problem der Schadenskompensation). Da der Getäuschte nicht zugleich der Geschädigte sein muss (bei § 263 müssen nur *Getäuschter* und *Verfügender* personenidentisch sein), ist es unerheblich, wen der Täter für den Benachteiligten gehalten hat (den Eigentümer oder den Finder). Für seinen Betrugsvorsatz genügt die Vorstellung, dass ein anderer unmittelbar durch die Verfügung des Eigentümers geschädigt wurde, auf dessen Kosten ihm die erstrebte Bereicherung in Gestalt des Finderlohns zufließt.

- Eine ähnliche Konstellation besteht bei den sog. „**Dienstkleidungsfällen**“. Zur Lösung dieser Fälle ist es entscheidend zu wissen, dass Ausrüstungsgegenstände stets im Eigentum des Dienstherrn verbleiben und nur für die Dauer des jeweiligen Dienstverhältnisses den Soldaten, Polizisten usw. zur Verfügung gestellt werden. Wenn nun beispielsweise ein Bundeswehrsoldat einem Kameraden einen (mit seinem verlorenen vergleichbaren) Ausrüstungsgegenstand zur Vermeidung von Regressansprüchen aus dessen Besitz nimmt, um diesen anschließend an die Ausgabestelle, die „Kleiderkammer“, zurückzugeben, entfällt bereits die Zueignungsabsicht. Der Wegnehmende wollte sich niemals - auch nicht vorübergehend - eine eigentümerähnliche Stellung anmaßen. Es kommt aber auch hier eine Bestrafung wegen **Betrugs** in Betracht.¹²²

99

- Wer dem **Eigentümer** eine bestimmte **Sache wegnimmt** (bspw. ein Kfz), um sie diesem später zu einem „günstigen“ Preis **zum „Rückkauf“ anzubieten**, macht sich (sofern die Sache im Zeitpunkt der Rückgabe nicht wesentlich weniger wert ist als sie es vorher war, s.o.) nicht wegen Diebstahls strafbar, weil es insoweit an der *dauernden Ent-*

100

¹²¹ Wie hier (seit der 1. Aufl. 2002) nun auch *Rönnau/Golombek*, JuS 2007, 348, 350.

¹²² Vgl. zu dieser Fallgruppe BGHSt 19, 387 ff.; kritisch *Gropp*, JuS 1999, 1041, 1043.

eignung fehlt. Denn zur Bejahung der Zueignungsabsicht müsste der Täter beabsichtigen, die Sache oder den in ihr verkörperten Sachwert mit Ausschlusswirkung gegenüber dem Eigentümer dem eigenen Vermögen einzuverleiben. Dadurch, dass der Täter dem Eigentümer aber das Kfz später wieder – unter **Anerkennung von dessen Eigentümerstellung** – zurückgibt und dafür den „Kaufpreis“ erhält, hat er das Kfz nicht (auch nicht vorübergehend) in das eigene Eigentum einverleibt. Der Eigentümer muss zwar den „Kaufpreis“ zahlen, erhält aber unter Anerkennung der eigenen Eigentümerstellung das Kfz unversehrt zurück. In Ermangelung eines Enteignungsvorsatzes scheidet Diebstahl somit aus. In Betracht kommt aber eine Strafbarkeit nach §§ 253, 248b und 240, wenn man davon ausgeht, das Opfer sei nicht darüber getäuscht worden, dass es die eigene Sache „zurückkauft“.¹²³

- 100a** ■ Anders verhält es sich aber, wenn der Täter dem Opfer die zuvor von ihm entwendete Sache als **fremde** (also als dem Täter gehörende) Sache zum Kauf anbietet.

Beispiel: T entwendet vom Hinterhof eines Kfz-Verwertungsbetriebs einige elektronische Bauteile aus Unfallfahrzeugen neueren Baujahres. Am nächsten Tag tritt er an den Betriebsinhaber O heran und bietet diesem die Bauteile zum Kauf an. O kauft die Bauteile an in dem Glauben, es handele sich um für ihn fremde Sachen.

In diesem Fall soll O die Bauteile nicht in Anerkennung seines Eigentums „zurückkaufen“, sondern im Glauben erwerben, es handele sich für ihn fremde Sachen (also unter **Leugnung seiner Eigentümerstellung**). Der Täter geriert sich also als Eigentümer bzw. als Verfügungsbefugter. Dies setzt aber eine vorherige Anmaßung einer Eigentümerstellung und eine Einverleibung in das eigene Vermögen voraus. Daher ist das Geschehen am Vortag als Diebstahl anzusehen. Dieser Diebstahl ist auch im Zeitpunkt der Wegnahme vollendet. Das Geschehen am nächsten Tag ist in der Fallbearbeitung im Rahmen der Zueignungsabsicht zu prüfen. Dort ist dann auch auf die Frage einzugehen, ob der Täter zusätzlich den Tatbestand des Betrugs verwirklicht hat und – wenn ja – ob dieser (etwa weil der Täter dem Opfer dadurch keinen weiteren Nachteil zufügt) als mitbestrafte Nachtat hinter den Diebstahl zurücktritt.

- 101** ■ Schließlich gehört die (äußerst examensrelevante) Wegnahme von **Leergut** (Pfandflaschen) in diese Kategorie. Hinsichtlich der möglichen Strafbarkeit kommt es auf die zivilrechtlichen Beziehungen zwischen dem Hersteller bzw. Abfüller der Getränke und dem Händler an. Hierbei ist zwischen *individualisiertem Spezial-Leergut* und *Standard-Leergut* (= *Einheitsleergut*) zu unterscheiden:

- 102** **Individualisiertes Spezial-Leergut:** Nach der zivilrechtlichen Verkehrsauffassung behält der Hersteller von Pfandflaschen, die nur von einem bestimmten Getränkehersteller verwendet werden (Beispiel: Flaschen der Marke „Coca-Cola“), das Eigentum an diesen Flaschen (und an der Kiste). Der Getränkehändler erwirbt also lediglich das Eigentum am Inhalt, nicht an den Flaschen und der Kiste. Diesbezüglich wird er nur Nutzungsberechtigter aufgrund eines lei- oder darlehensähnlichen Vertrags (das Pfand, das er beim Kauf mit entrichtet, dient also lediglich der Sicherung der Rückgabe (Kautions) bzw. als Darlehenszins). Die Rückgabe des Leerguts gegen Erstattung des Pfands bedeutet somit nicht Rückübereignung, sondern lediglich Rückkehr der Sache in die Gewahrsamssphäre des Eigentümers ohne Substanzeinbuße/Wertverlust und ohne Leugnung dieser Eigentümerstellung.¹²⁴ Daraus folgt: Entwendet jemand derartiges Leergut vom Hof eines Getränkehändlers, um es anschließend (bei diesem oder einem anderen Getränkehändler) gegen Entgegennahme des Pfands einzulösen, liegt hierin keine Absicht rechtswidriger Zueignung, da der Täter, selbst wenn er das Leergut zurückzugeben beabsichtigt, das Eigentumsrecht des Herstellers gerade nicht leugnet und sich somit auch nicht die Sachsubstanz zueignen will. Ebensowenig liegt die Absicht vor, sich den Sachwert des Leer-

¹²³ Vgl. dazu den Fall von *Samson*, JuS 2003, 263 ff.

¹²⁴ Vgl. bereits die Voraufagen; wie hier nun auch BGH NJW 2007, 2912 f., OLG Hamm NSTZ 2008, 154 f. und *Wolf*, JA 2007, 737, 738.

gutes zuzueignen, weil der Täter dem Eigentümer nicht den in der Sache selbst unmittelbar verkörperten Wert entzieht.

Daher ist die Zueignungsabsicht i.S.d. § 242 I und damit Diebstahl zu verneinen, wenn jemand derartiges Leergut in der Absicht entwendet, das Pfand zu erhalten. Regelmäßig liegt aber **Pfandkehr** nach § 289 I Var. 2 vor, falls die Wegnahme erfolgt, um das Leergut dem Eigentümer (d.h. dem Getränkehersteller) zurückzugeben.¹²⁵ Auch wird wegen der Geltendmachung des tatsächlich nicht bestehenden Anspruchs auf Auszahlung des Pfandgeldes bei der Abgabe des Leerguts an einer Leergutkasse ein **Betrug** (§ 263) gegeben sein, weil der Täter schlüssig vortäuscht, zum Empfang des Pfandgeldes berechtigt zu sein. Bei den heute üblichen Leergutautomaten ist zwar an **Computerbetrug** (§ 263a) zu denken, jedoch scheitert die Verwirklichung dieses Tatbestands daran, dass der Täter durch das Einführen des Leerguts in den Automaten weder „Daten“ verwendet noch unbefugt auf den Programmablauf einwirkt. Auch scheidet in diesem Fall eine Strafbarkeit wegen **Erschleichens von Leistungen** (§ 265a) aus, weil – unabhängig davon, ob es sich bei einem Leergutautomaten um einen Leistungs- oder Warenautomaten handelt – das eingegebene Leergut nicht als „Entgelt“ für den ausgezahlten „Pfandbetrag“ oder den ausgegebenen Bon anzusehen ist.

Standard-Leergut: Etwas anderes gilt, wenn es sich nicht um Spezial-Leergut, sondern um *Standard-Pfandflaschen* handelt, etwa um Pfandflaschen, die von der Genossenschaft Deutscher Brunnen ausgegeben und von einer Vielzahl von Getränkeherstellern benutzt werden. Hier verliert der Hersteller bzw. Abfüller sein Eigentum schon im Wege der Vermengung mit den Flaschen und Kisten anderer Hersteller gem. §§ 948 I, 947 I BGB. Daher geht das Eigentum auf den verschiedenen Vertriebsstufen jeweils auf den Erwerber (etwa auf den Getränkemarkt) gem. § 929 S. 1 BGB über. Daraus folgt: Der Erwerber der Getränke erwirbt *auch* das Eigentum an den Flaschen und Kisten, sodass bei der Rückgabe des Leerguts ein Verkauf und eine Rücküberweisung an die entgegennehmende Stelle stattfinden.¹²⁶ Entwendet nun jemand derartiges Leergut vom Hof des Getränkeladens, liegt eine Zueignung des Sachwertes vor, selbst wenn die Entwendung in der Absicht erfolgt, das Leergut gegen Erstattung des „Pfandgeldes“ bei diesem oder einem anderen Getränkeladen zurückgeben zu wollen. Denn mit der Tathandlung maßt sich der Täter eine eigentümerähnliche Stellung an und leugnet damit das Eigentum des Händlers. Der Täter ist dann wegen **Diebstahls** strafbar. Zu **Betrug**, **Computerbetrug** und **Erschleichen von Leistungen** gelten die obigen Ausführungen. Sofern im Zeitpunkt der Rückgabe Betrug gegeben ist, tritt dieser – sofern man nicht schon eine tatbestandliche Exklusivität zu § 242 I annimmt (dazu Rn 76) – im Wege der Gesetzeskonkurrenz unter dem Aspekt der mitbestraften Nachtat (Konsumtion) hinter den Diebstahl zurück.

103

Fazit: Die vorstehend behandelten Fallgruppen haben gezeigt, wie sehr es bei der Frage nach der Strafbarkeit wegen Diebstahls auf eine differenzierte Betrachtungsweise ankommt. Das sei am Beispiel der Leergut-Fälle veranschaulicht: Entnimmt jemand Leergut aus dem Gewahrsam des Getränkemarktes mit der Absicht, dieses an der Leergutannahme einzulösen, um das Pfandgeld zu erhalten, hängt die Strafbarkeit wegen Diebstahls in erster Linie davon ab, ob es sich um individualisiertes Spezial-Leergut (dann i.d.R. Pfandkehr) oder um standardisiertes Einheitsleergut (dann Diebstahl) handelt. Gibt der Täter anschließend das Leergut beim Personal des Marktes ab, ist ein Betrug gegeben, der jedoch als mitbestrafte Nachtat zurücktritt. Im Übrigen können die genannten Argumente auch für andere Verpackungssysteme (etwa Paletten) nutzbar gemacht werden.

¹²⁵ Wie hier OLG Hamm NSTz 2008, 154 f.; vgl. auch *Hoeren/Neurauter*, JuS 2010, 412, 413 f.; a.A. *Rönnau/Golombek*, JuS 2007, 348, 349, die eine straflose Gebrauchsanmaßung annehmen.

¹²⁶ Den Unterschied zwischen Spezial-Leergut und Standard-Leergut übersieht AG Flensburg NSTz 2006, 101, 102, das daher zu dem zweifelhaften Ergebnis gelangt, der Täter mache sich weder aus § 242 noch aus § 289 strafbar. Selbst wenn man diese Auffassung teile, wäre in jedem Fall eine Strafbarkeit aus § 263 bzw. § 263a gegeben, die sich durch die Rückgabe der Flaschen und des damit verbundenen Herausgabeverlangens in Bezug auf das Pfand ergibt. Das AG Flensburg erwähnt den Betrug bzw. den Computerbetrug aber mit keiner Silbe und gelangt so zu dem zweifelhaften Ergebnis der Straflosigkeit. Überzeugend OLG Hamm NSTz 2008, 154 f.

- 104 Auch scheitert die Sachwerttheorie beim **Kopieren und Verwerten von Daten auf Computerspeichermedien (Diskette, USB-Stick, CD, DVD etc.)**, wenn die dort gespeicherten Daten anschließend unverändert zurückgegeben werden sollen. Es fehlt die der Wegnahme entsprechende Zueignungsabsicht (Enteignungskomponente).
- 105 Wesentliche Unterschiede zu den Sparbuchfällen (Rn 94) weisen auch die sog. **Codecard-Fälle** auf. Insbesondere hinsichtlich des **Girocard-Missbrauchs** (die früher von den Kreditinstituten ausgegebene ec-Karte ist nunmehr ausschließlich in Form der **Girocard** erhältlich¹²⁷), sind zur rechtlichen Erfassung technische Kenntnisse unabdingbar: So haben seit langem alle Kreditinstitute **Geldautomaten** installiert, um Schalterpersonal einzusparen und das Abheben von Bargeld auch außerhalb der Schalterstunden zu ermöglichen. Zu diesem Zweck erhält der Kunde eine Codekarte (Girocard), deren Magnetstreifen die Daten des Kunden aufweist, die der Automat lesen kann. Daneben wird dem Kunden eine nur ihm bekannte Geheimzahl (die sog. PIN – persönliche Identifikationsnummer) zugeteilt, die er nach den (zivil-)rechtlichen Rahmenbedingungen über das Girocard-Geldautomatensystem Dritten nicht mitteilen darf. Die Codekarte stellt also einen „**Zugangsschlüssel**“ zum eigenen Girokonto dar. Nach dem Einführen der Codekarte in den Geldautomaten gibt dieser seine Bedienbarkeit für den Benutzer frei, dem über Bildschirm Schritt für Schritt mitgeteilt wird, was er jeweils zu tun hat. Wird neben dem gewünschten Betrag, für den pro Tag eine bestimmte Höchstgrenze besteht, die richtige PIN eingegeben, vergleicht das Gerät diese Eingaben mit den Daten der Codekarte, prüft den Tag der letzten Verfügung und gibt, wenn sich keine Sperre ergibt, den gewünschten Geldbetrag aus. Soweit der Geldautomat nicht im sog. „Onlinebetrieb“ mit dem Zentralrechner des gerade angesprochenen Kreditinstituts in direkter Verbindung steht (was kaum noch vorkommt), wird der Vorgang digital erfasst und später auf dem Girokonto verbucht. Um einem Missbrauch entgegenzuwirken, zieht das Gerät die eingelegte Codekarte automatisch ein, wenn nicht spätestens bei der dritten Aufforderung die richtige PIN eingegeben wird.
- 106 Nach den bereits erwähnten (zivil-)rechtlichen Rahmenbedingungen über das Girocard-Geldautomatensystem verbleibt die Codekarte im **Eigentum des ausstellenden Geldinstituts**. Sie dient dem Karteninhaber lediglich als Zugangsschlüssel zu seinem Konto. Der Karteninhaber weiß und muss gegen sich gelten lassen, dass jeder, der im Besitz seiner Codekarte ist und die PIN kennt, über sein Konto verfügen kann. Abhebungen durch **Unbefugte** gehen i.d.R. zu seinen Lasten.¹²⁸
- 107 Hinsichtlich der **Strafbarkeit** ist ein **Diebstahl**¹²⁹ der Codekarte gegeben, wenn diese mit dem Willen weggenommen wird, sie nicht wieder an den Berechtigten zurückzugeben, sondern sie nach erfolgtem Gebrauch zu behalten oder zu vernichten. Aneignungsabsicht und Enteignungsvorsatz sind dann ohne weiteres zu bejahen. § 248a findet keine Anwendung.¹³⁰ Ein solcher Diebstahl tritt auch nicht als mitbestrafte Vortat hinter einen durch Geldabhebung begangenen Computerbetrug zurück.¹³¹ Ein Diebstahl scheidet i.d.R. aber aus, wenn die Codekarte nach ihrer missbräuchlichen Verwendung alsbald wieder in den Besitz des Berechtigten zurückgelangt, weil sie – anders als ein Sparbuch – nicht als entwertete Sachhülle an den Berechtigten zurückgegeben wird.

¹²⁷ Die Kreditinstitute geben nunmehr ausschließlich Girocards aus, die sich in ihrer Funktion allerdings nicht von den bisherigen ec-Karten unterscheiden. Gleichwohl sollte der Begriff „ec-Karte“ nur noch für Altkarten verwendet werden, auch wenn selbst der Reformgesetzgeber in § 152b IV nach wie vor von „Euroscheckkarten“ spricht.

¹²⁸ Vgl. auch *Wessels/Hillenkamp*, BT 2, Rn 163 f.

¹²⁹ Da nach h.M. auch der bloße Gewahrsam geschütztes Rechtsgut des § 242 ist, kommt es für die Strafbarkeit des Täters letztlich nicht darauf an, ob die Karte im Eigentum der Bank oder des Karteninhabers steht. Sie ist für ihn fremd.

¹³⁰ Vgl. bereits Rn 8 sowie *Wessels/Hillenkamp*, BT 2, Rn 164.

¹³¹ Vgl. *R. Schmidt*, AT, Rn 1205 sowie BGH wistra 2007, 458, 459 f. und BGH NJW 2001, 1508.

Beispiel¹³²: In Abwandlung zum Sparbuchfall von Rn 94 findet H in der Schublade des G eine Girocard. Die dazugehörige Geheimnummer („PIN“) hatte sie zufällig während eines vor kurzer Zeit stattfindenden Gespräches des G mit dessen Frau mitbekommen. Sie nimmt die Karte, hebt am nächsten Bankautomaten 200,- € ab und legt die Karte anschließend - wie geplant - wieder zurück.

Auch hier ist der objektive Tatbestand des § 242 bezüglich der Karte selbst erfüllt (und zwar unabhängig davon, ob die Karte dem G oder der Bank gehört). Es fehlte aber an der Zueignungsabsicht. Zwar handelte H mit Aneignungsabsicht, da sie von der Karte Gebrauch machen und sie diese somit wenigstens vorübergehend eigentümerähnlich dem eigenen Vermögen einverleiben wollte. Es fehlte jedoch am Enteignungselement, da sie die Karte nicht dauerhaft aus der Gewahrsamssphäre des G und aus der Eigentümerposition der Bank herauslösen wollte. Nach der Substanztheorie lag somit kein Diebstahl vor. Fraglich ist, ob sich unter Zugrundelegung der Sachwerttheorie etwas anderes ergeben kann. Im Gegensatz zum Sparbuch gelangt die Girocard nicht als „leere Sachhülle“ zurück, da sie lediglich als „Schlüssel“ zum ständigen Zugriff auf das Konto dient und sich dadurch nicht verbraucht. Die Karte sollte also ohne Verminderung des in ihr verkörperten Wertes zurückgelangen. Auch nach der Sachwerttheorie lag daher **kein Diebstahl**, sondern nur eine straflose Gebrauchsanmaßung vor.¹³³

H könnte sich aber wegen **Urkundenunterdrückung** aus § 274 I Nr. 1 und 2 strafbar gemacht haben. Eine Girocard enthält eine verkörperte Gedankenerklärung, die zum Beweis im Rechtsverkehr geeignet und bestimmt ist und die ihren Aussteller erkennen lässt (§ 274 I Nr. 1). Sie ist mithin als Urkunde zu qualifizieren. Die Verfügungsberechtigung über die Karte lag bei G. Die Karte enthält beweis erhebliche Daten i.S.v. § 202a II (§ 274 I Nr. 2). H hat diese Urkunde mit den auf ihr vorhandenen Daten unterdrückt, indem sie sie dem Gebrauch des verfügungsberechtigten G entzogen hat. Auch ein nur kurzfristiger Entzug genügt. H handelte in der Absicht, G einen Vermögensschaden, mithin einen Nachteil i.S.d. § 274 zuzufügen. Dieser Nachteil sollte aber *nicht* aus der Vereitelung der Beweisfunktion der Karte entstehen, wie es § 274 I Nr. 1 und 2 verlangen, sondern erst aus einer weiteren (missbräuchlichen) Nutzung der Karte. Daher ist H nicht wegen Urkundenunterdrückung aus § 274 I Nr. 1 oder 2 strafbar.

Dagegen kann eine Bestrafung wegen **Datenveränderung** (§ 303a I Var. 2) bejaht werden. H hat Daten unterdrückt, die ihr nicht zustanden.

Ausspähen von Daten (§ 202a) scheidet dagegen aus, da H keine besondere Sicherung überwunden hat. Insbesondere stellt die PIN vorliegend keine besondere Sicherung dar, da H diese bekannt war und es somit nichts zu überwinden gab.¹³⁴

Ein **Diebstahl** kommt nicht nur bezüglich der Wegnahme der Girocard, sondern auch bezüglich der **Entnahme des Geldes** in Betracht. Da das Geld aber unter der Bedingung einer ordnungsgemäßen Bedienung des Bankautomaten übereignet wurde (§§ 929 S. 1, 158 I BGB) und H den Automaten funktionsgerecht bedient hat, war das Geld bei der Entnahme nicht mehr fremd (a.A. vertretbar).¹³⁵

Aus demselben Grund liegt auch eine **Unterschlagung** (§ 246) **nicht** vor.

Durch die Entnahme des Geldes kommt auch eine Bestrafung wegen **Betrugs** (§ 263) **nicht** in Betracht, da ein Bankautomat nicht getäuscht werden kann.

¹³² Nach BGHSt 35, 152 ff. Vgl. auch BGH NJW 2001, 1508 f.

¹³³ Wie hier BGHSt 35, 152, 156 f.; *Eisele/Fad*, Jura 2002, 305, 306. Vgl. auch *Kudlich*, JuS 2003, 537, 539.

¹³⁴ Zu § 202a vgl. ausführlich Rn 717a ff.

¹³⁵ Wie hier *Eisele/Fad*, Jura 2002, 305, 306; *Löhnig*, JR 1999, 362, 364; *Spahn*, Jura 1989, 513, 517; *Ennuschat*, StV 1990, 498; *Wessels/Hillenkamp*, BT 2, Rn 164-176; *Schramm*, JuS 2008, 773, 774; anders BGHSt 35, 152, 161, nach dessen Auffassung das aus dem Automaten entnommene Geld für den Täter fremd bleibt, weil eine interessengerechte Auslegung der einschlägigen Geschäftsbedingungen ergebe, dass ein konkludentes Übereignungsangebot der Bank nur dann vorliege, wenn der Automat von einem Berechtigten bedient werde. Zu beachten ist jedoch, dass die Entscheidung des BGH zu einer Zeit erging, als es § 263a noch nicht gab, und der BGH

Der Tatbestand des § 265a (**Erschleichen von Leistungen**) ist ebenfalls nicht erfüllt. Zum einen handelt es sich bei einem Bankautomaten um einen Warenautomaten, nicht aber – wie die h.M. bei § 265a voraussetzt – um einen Leistungsautomaten.¹³⁶ Zum anderen setzt § 265a eine ordnungswidrige Benutzung des Automaten voraus. H hat den Bankautomaten aber funktionsgerecht bedient. Ihr fehlte lediglich die Befugnis, über das Konto zu verfügen.

H könnte sich aber wegen **Computerbetrugs** (§ 263a) strafbar gemacht haben. Als Tatvariante kommt § 263a I Var. 3 (die unbefugte Datenverwendung) in Betracht. Unbefugt ist eine Datenverwendung, wenn diese täuschungsgleich erfolgt (betrugsspezifische Auslegung). Dies kann hier ohne weiteres angenommen werden. Auch sind ein Vermögensschaden seitens des G sowie die Bereicherungsabsicht seitens der H gegeben. Durch die Verwendung der Girocard hat H sich deshalb nach § 263a I Var. 3 strafbar gemacht.¹³⁷ Hätte H hinsichtlich der Girocard mit Zueignungsabsicht gehandelt, wäre mit dem späteren Computerbetrug Tatmehrheit anzunehmen gewesen.¹³⁸ Da dies vorliegend jedoch nicht der Fall ist, hat sich H also nach § 263a I Var. 3 in Tateinheit mit § 303a I Var. 2 strafbar gemacht.¹³⁹

ee. Problem der Drittzueignungsabsicht

109 Vor dem 6. StrRG 1998 musste der Täter *sich* die Sache zueignen wollen (*animus rem sibi habendi*). Der fremdnützige Diebstahl war demnach – anders als der fremdnützige Betrug und die fremdnützliche Erpressung – straflos (zumindest in Bezug auf Täterschaft). Häufig kommt es jedoch vor, dass der Täter eine fremde Sache zwar zunächst für sich, sie aber insgesamt mit dem Willen wegnimmt, sie einem Dritten zu verschaffen, sie also letztlich einem Dritten zuzueignen. Dies ist insbesondere in den Fällen anzunehmen, in denen der Täter eine Sache wegnimmt, um sie einem Dritten zu schenken oder einem gutgläubigen Dritten zum Kauf anzubieten. Problematisch waren auch die Fälle, in denen der Täter sich *nicht* zwischenzeitlich als Eigentümer geriert, sondern von *vornherein* die Sache mit der Absicht der Drittzueignung wegnimmt und dabei unter maßgeblichem Einfluss des Dritten steht. Wie derartige Sachverhalte heute zu lösen sind, soll im Rahmen eines Beispielfalls erörtert werden.

110 **Beispiel:** A lebt von seiner Frau O getrennt und hat bei ihr Hausverbot. Dennoch möchte er an ein der O gehörendes antikes Schmuckstück herankommen. Er bittet daher die bei O beschäftigte Haushälterin G, das betreffende Stück wegzunehmen und es ihm zu geben. So geschieht es. Dabei handelt G ausschließlich mit dem Motiv, sich an O wegen einer anderen Angelegenheit zu rächen; die „Bitte“ des A ist ihr dabei egal.

Vorüberlegung: Bevor mit dem 6. StrRG 1998 die Drittzueignungsabsicht in den Tatbestand des § 242 I aufgenommen wurde, musste, um die Lösung dieser sehr prüfungsrelevanten Konstellation anhand der aktuellen Rechtslage leichter nachvollziehen zu können, von folgenden Überlegungen ausgegangen werden: G hatte dem Sachverhalt zufolge keine Zueignungsabsicht, da sie das Schmuckstück weder für sich noch für einen Dritten unter Berücksichtigung auch nur eines mittelbaren wirtschaftlichen Vorteils wegnehmen wollte. Ein bloß immaterieller Vorteil genügte nach der bisherigen Rechtslage nicht. Sie konnte daher nicht aus § 242 bestraft werden. Bezüglich des A lag eine typische Anstifterkonstellation vor, wegen der er aber mangels tauglicher Haupttat (§ 242 bei G lag ja gerade nicht vor) nicht bestraft werden konnte. Konsequenz wäre gewesen, dass beide nicht wegen Diebstahls bzw. Anstiftung zum Diebstahl bestraft werden konnten. Um dieses Ergebnis zu vermeiden, bediente sich die h.M. eines Kunstgriffes, in dem sie von ei-

ersichtlich bemüht war, die vorhandene Strafbarkeitslücke zu schließen. Nach Einführung des § 263a am 1.8.1986 ist die (zweifelhafte) Annahme des § 242 nicht mehr erforderlich.

¹³⁶ Vgl. dazu Rn 510.

¹³⁷ Insoweit lediglich klarstellend BGHSt 38, 120, 124 f.

¹³⁸ Vgl. R. Schmidt, AT, Rn 1205; BGH wistra 2007, 458, 459 f.; BGH NJW 2001, 1508 f.

¹³⁹ So auch Eisele/Fad, Jura 2002, 305, 307. Vgl. auch Krey/Hellmann, BT II, Rn 513 d.

ner *normativen* Tatherrschaft ausging. Danach war A wegen Diebstahls in **mittelbarer Täterschaft** (mit G als absichtslos-dolosem Tatwerkzeug) und G wegen Beihilfe dazu strafbar. Nach der Gegenauffassung war diese Vorgehensweise mit der Tatherrschaftslehre und letztlich mit dem Analogieverbot unvereinbar. Vielmehr lag nach ihr (da Zueignung und Gewahrsamerlangung zeitlich zusammenfallen) unter Zuhilfenahme der sog. „kleinen berichtigen Auslegung“ eine **Unterschlagung** vor. Hiernach wäre A wegen Unterschlagung strafbar gewesen und G wegen Beihilfe dazu.

Mit der 1998 erfolgten Aufnahme der **Drittzueignungsabsicht** in den Tatbestand des § 242 I könnten sich diese Probleme erledigt haben. Denn mit der Formulierung „sich oder einem Dritten“ muss der Täter einen wie auch immer gearteten Vorteil für sich nicht mehr anstreben. Die Strafbarkeitslücke, die sich beim Fehlen eines solchen Vorteilsstrebens ergab, hat das 6. StrRG bewusst geschlossen.¹⁴⁰ Dennoch ändert die neue Formulierung nichts an dem Erfordernis, dass der Täter in entsprechender (Dritt-)Zueignungsabsicht gehandelt haben muss. Findet sich der Vordermann also mit der Aneignung des Hintermanns nur ab (verfolgt er also nicht zielgerichtet die Drittaneignung), ist er mangels Drittzueignungsabsicht (Drittzueignungsvorsatz i.S.v. *dolus directus* 2. Grades reicht nicht) nicht Täter, sondern – der bisherigen h.M. zufolge – nur Gehilfe eines vom Hintermann getragenen Diebstahls in mittelbarer Täterschaft (bzw. nach der bisherigen Gegenauffassung Gehilfe einer Unterschlagung). Hier lebt der alte Streit also fort. Für das vorliegende Beispiel ergibt sich somit Folgendes:

1. Strafbarkeit der G wegen Diebstahls

G könnte sich durch das Mitnehmen des antiken Schmuckstücks gemäß § 242 I strafbar gemacht haben. Bei dem Schmuckstück handelte es sich für sie um eine fremde bewegliche Sache. Diese hat sie auch weggenommen. Sie handelte diesbezüglich auch vorsätzlich. Fraglich ist aber, ob sie mit der Absicht handelte, sich oder einem Dritten das Schmuckstück rechtswidrig zuzueignen. Zweifelhaft ist allein die Aneignungsabsicht. Zwar genügt es nach der neuen Rechtslage, wenn der Täter die Sache (von vornherein) einem Dritten beschaffen will, jedoch muss er sich nach wie vor gegenüber dem Bestohlenen wie ein Eigentümer gerieren und hinsichtlich der Aneignung mit *dolus directus* 1. Grades handeln. Vorliegend wollte sich G niemals in eine eigentümerähnliche Stellung versetzen. Auch kam es ihr nicht darauf an, jemandem die Sache zuzueignen. Vielmehr hat sie sich nur mit der Aneignungsabsicht des A abgefunden. Daher kann von (Dritt-)Zueignungsabsicht i.S.d. § 242 I nicht gesprochen werden. G ist daher nicht wegen Diebstahls strafbar.

2. Strafbarkeit des A wegen Diebstahls in mittelbarer Täterschaft

A könnte sich dadurch, dass er G veranlasste, das Schmuckstück aus der Wohnung der O mitzunehmen, wegen Diebstahls in mittelbarer Täterschaft strafbar gemacht haben, §§ 242 I, 25 I Var. 2. Dazu müsste er nach der h.L. funktionale Tatherrschaft gehabt haben. Funktionale Tatherrschaft ist das „In-den-Händen-Halten“ des tatbestandsmäßigen Geschehensablaufs. G handelte objektiv tatbestandsmäßig und uneingeschränkt vorsätzlich. Ihr fehlte lediglich die erforderliche Absicht, sich bzw. dem A das Schmuckstück zuzueignen. Das Fehlen der Zueignungsabsicht schließt insoweit die Tatherrschaft nicht aus. Bei wertender Betrachtung hielt G den Geschehensablauf aber nur vordergründig in den Händen. Die Tatausführung war allein vom Willen des A abhängig. G handelte ausschließlich, um diesem Willen nachzukommen. A hatte daher übergeordnete Willensherrschaft. Er benutzte G als sein absichtslos-doloses Werkzeug. Er hat somit die Tat durch G begangen (so die h.M.; a.A. sehr gut vertretbar). A handelte auch vorsätzlich bezüglich der Tatausführung durch G und seiner übergeordneten Willensherrschaft. Darüber hinaus hatte er die Absicht, sich das Schmuckstück rechtswidrig zuzueignen. A hat sich somit wegen Diebstahls in mittelbarer Täterschaft (§§ 242 I, 25 I Var. 2) strafbar gemacht (a.A. wie gesagt vertretbar). Im Hinblick auf § 247 i.V.m. § 11 I Nr. 1 wird die Tat jedoch nur auf Antrag verfolgt.

¹⁴⁰ Vgl. BT-Drs. 13/8587, S. 43; Sch/Sch-Eser/Bosch, § 242 Rn 57; Lackner/Kühl, § 242 Rn 26a; Wessels/Hillenkamp, BT 2, Rn 153; Jäger, JuS 2000, 651, 652.

3. Strafbarkeit der G wegen Beihilfe zum Diebstahl in mittelbarer Täterschaft

Eine vorsätzlich und rechtswidrig begangene Haupttat - hier der Diebstahl des A in mittelbarer Täterschaft - liegt vor. Indem G das Schmuckstück aus der Wohnung der O mitgenommen hat, hat sie auch Hilfe geleistet. Darüber hinaus handelte sie sowohl vorsätzlich bezüglich der Vollendung der Haupttat als auch bezüglich ihrer Gehilfenleistung. Insbesondere ist hier keine (Zueignungs-)Absicht erforderlich. G ist daher nach §§ 242 I, 25 I Var. 2, 27 I strafbar.

Fazit: Der umstrittenen Rechtsfigur des „absichtslos-dolosen“ Werkzeugs bedarf es nicht mehr, sofern der Wegnehmende die Absicht der Drittzueignung hat. Fehlt es bei dieser, ist die besagte Rechtsfigur nach wie vor bedeutsam.

- 111** Jedenfalls sind durch die Neufassung des § 242 I diejenigen Fälle unproblematisch erfasst, in denen der Täter eine fremde Sache zwar zunächst für sich, sie aber insgesamt mit dem Willen wegnimmt, sie einem Dritten zu verschaffen, sie also etwa wegnimmt, um sie (später) einem Dritten zu **schenken** oder einem gutgläubigen Dritten **zum Kauf anzubieten**. Denn sowohl die unentgeltliche Zuwendung als auch die (entgeltliche) Veräußerung erfolgen dadurch, dass der Täter Aufwendungen aus seinem eigenen Vermögen spart, im Eigeninteresse und unter **Anmaßung einer eigentümerähnlichen Stellung**.¹⁴¹ Etwas anderes gilt nur, wenn – wie aufgezeigt – der Täter sich der Aneignungsabsicht des Dritten fügt oder wenn er in anderer Weise die Zueignung durch Dritte ermöglicht.¹⁴²

112 Weitere **Beispiele fehlender (Dritt-)Zueignungsabsicht:**

- (1) G ist Angestellte in einer Boutique und sieht tatenlos zu, wie sich ihr Freund „selbst bedient“ und anschließend den Laden verlässt, ohne die Ware zu bezahlen. G ist aber wegen Beihilfe (durch Unterlassen) strafbar
- (2) S steht bei einem Einbruchdiebstahl draußen vor der Villa lediglich „Schmiere“, weil er seinem Kumpel noch einen Gefallen schuldet. Von einer Teilung der Beute war nie die Rede, weshalb eine Mittäterschaft ausscheidet. S ist aber wegen Beihilfe strafbar.

c. Rechtswidrigkeit der (erstrebten) Zueignung

- 113** Die (erstrebte) Zueignung muss nach dem Wortlaut des § 242 I (objektiv) **rechtswidrig** sein. Es handelt sich hier (wie bei der Zueignungsabsicht des § 249 und den Bereicherungsabsichten der §§ 253 und 263) nach ganz h.M. um ein objektives Tatbestandsmerkmal, das im Rahmen des subjektiven Tatbestands zu prüfen und von der Rechtswidrigkeit als allgemeines Verbrechensmerkmal zu unterscheiden ist.

- 114** **Rechtswidrig** ist die (erstrebte) Zueignung, wenn sie im Widerspruch zur (zivil-)rechtlichen Eigentumsordnung steht.¹⁴³

- 115** An der Rechtswidrigkeit der (erstrebten) Zueignung fehlt es, wenn der Täter einen **fälschlichen, einredefreien Anspruch** auf Übereignung der weggenommenen Sache hat. Im Falle der Drittzueignung genügt ein entsprechender Anspruch auf Seiten des Dritten.

- 116** ■ Bei einem **Speziesanspruch** (Anspruch auf Übereignung einer bestimmten individualisierten Sache ⇒ **Stückschuld**) ist dies ohne weiteres stets denkbar. Eine Sache ist individualisiert, wenn es sich um ein neues Einzelstück oder um eine gebrauchte Sache handelt.

¹⁴¹ Vgl. auch NK-Kindhäuser, § 242 Rn 129 f.; Lackner/Kühl, § 242 Rn 26a; Sch/Sch-Eser/Bosch, § 242 Rn 57; Wessels/Hillenkamp, BT 2, Rn 154; Mitsch, BT II/1, § 1 Rn 133; Jäger, JuS 2000, 651.

¹⁴² Vgl. Rönnau, GA 2000, 410, 418; Sch/Sch-Eser/Bosch, § 242 Rn 58.

¹⁴³ Vgl. Lackner/Kühl, § 242 Rn 27; Fischer, § 242 Rn 49; LK-Ruß, § 242 Rn 68. Vgl. auch die Ausführungen zu §§ 263 und 253 (sog. „Bereicherungsabsichten“).

Beispiel: T hat von O einen gebrauchten Laptop gekauft und den Kaufpreis bereits bezahlt. Die Übereignung und Übergabe des Laptops soll am folgenden Tag erfolgen, da O noch seine persönlichen Daten sichern und sie anschließend vom Laptop entfernen möchte. Doch noch am späten Abend entschließt sich O, das Gerät doch lieber behalten zu wollen. Er verweigert daher am nächsten Tag die Herausgabe des Geräts. T ist darüber wenig erfreut; er bricht in der darauffolgenden Nacht in das Haus des O ein und holt sich den Laptop heraus.

Hier hat T den Laptop, eine fremde bewegliche Sache, weggenommen. Der Laptop war für T deshalb fremd, weil er noch im Eigentum des O stand. Allein ein Kaufvertrag führt noch keine Änderung der Eigentumslage herbei. Hierzu bedarf es eines sachenrechtlichen Verfügungsgeschäfts, das vorliegend jedoch ausblieb. T handelte auch vorsätzlich und in der Absicht, sich den Laptop zuzueignen. Fraglich ist allenfalls die Rechtswidrigkeit der (beabsichtigten) Zueignung. Daran fehlt es, wenn der Täter einen fälligen, einredefreien Anspruch auf Übereignung der weggenommenen Sache hat. T hatte aufgrund des Kaufvertrags mit O einen Übereignungsanspruch. Dieser Anspruch war auch fällig und einredefrei.

Mithin hat T nicht den subjektiven Tatbestand des Diebstahls (§ 242 I) verwirklicht. Daher ist er auch nicht aus § 244 I Nr. 3 (Wohnungseinbruchdiebstahl) strafbar. Selbstverständlich bleibt eine Strafbarkeit wegen Hausfriedensbruchs und ggf. wegen Sachbeschädigung (wenn T z.B. das Kellerfenster aufgebrochen hat, um in das Haus einzusteigen) unberührt.

Sollte der Täter im Zeitpunkt der Tathandlung bereits Eigentümer der Sache sein und einen Herausgabeanspruch aus § 985 BGB haben (Beispiel: T des obigen Beispiels hatte bereits den Laptop von O übereignet bekommen, brachte ihn aber zwecks Reparatur zwischenzeitlich zu O zurück, der sich sodann weigerte, den Laptop an T herauszugeben, woraufhin T eigenmächtig den Laptop nachts aus der Wohnung des O holt), fehlt es schon an der Fremdheit der Sache und damit am objektiven Diebstahlstatbestand. In diesen Fällen macht sich der Täter bzgl. seiner Tathandlung allenfalls nach §§ 123, 303 I und/oder § 289 strafbar.

Bei Irrtum gilt: Besteht kein fälliger, einredefreier Anspruch auf die weggenommene Sache, glaubt der Täter aber irrig, einen solchen zu haben, fehlt gem. § 16 I S. 1 der Vorsatz bzgl. der Rechtswidrigkeit der (beabsichtigten) Zueignung. Denn ist die Rechtswidrigkeit der (beabsichtigten) Zueignung ein objektives Tatbestandsmerkmal (das lediglich im subjektiven Tatbestand geprüft wird), führt die Vorstellung des Täters, einen fälligen, einredefreien Anspruch auf die weggenommene Sache zu haben, zu einem vorsatzausschließenden Tatbestandsirrtum. Dem steht im Fall der Drittziegnungsabsicht der Irrtum gleich, der Dritte habe diesen Anspruch.

- Anders ist die Rechtslage bei **Gattungsschulden**. Eine Gattungsschuld liegt vor, wenn die geschuldete Leistung nur nach generellen, also allgemeinen Merkmalen (Typ, Sorte, Gewicht, Farbe, Herkunft, Jahrgang etc.) bestimmt ist. Da nicht der Gläubiger, sondern der *Schuldner* ein Auswahl- und Konkretisierungsrecht hat (vgl. § 243 BGB), widerspricht die eigenmächtige Auswahl durch den Gläubiger der Rechtsordnung, ist also rechtswidrig im Sinne der Zueignungsabsicht des § 242.

117

Beispiel: A will beim Obst- und Gemüsehändler H fünf Äpfel zu einem Preis von je 0,50 € kaufen. Dazu gibt er diesem schon einmal das Geld. Als H sich nun weigert, dem A die Äpfel zu übergeben, nimmt sich dieser eigenmächtig fünf Äpfel aus der Apfelkiste und verlässt den Laden.

Hier ist A wegen Diebstahls strafbar, da das Auswahl- und Konkretisierungsrecht ausschließlich dem H zustand.

Bei Irrtum gilt: Irrt sich der Täter hinsichtlich des Auswahl- bzw. Konkretisierungsrechts (glaubt er also, selbst auswählen zu dürfen), liegt auch hier ein beachtlicher Tatbestandsirrtum i.S.d. § 16 I S. 1 vor. Dem Täter, dem bewusst ist, das Auswahl- bzw. Konkretisie-

rungsrecht zu verletzen, der aber glaubt, ein (tatsächlich nicht bestehendes) Selbsthilferecht zu haben, kommt immerhin § 17 zugute.

- 118** ■ Da es im Rahmen des Diebstahls aber nicht selten um **Geldschulden** geht, ist fraglich, ob dort etwas anderes gilt.

119 **Beispiel:** O schuldet T 100,- €, die dieser ihm vor geraumer Zeit „geliehen“ hatte (vgl. § 488 BGB). Trotz mehrfacher Aufforderung, seiner Verpflichtung zur Rückzahlung des Geldes nachzukommen, denkt O nicht im Ansatz daran. Eines Nachts bricht T in die Wohnung des O ein und nimmt dort eigenmächtig zwei 50,-€-Scheine aus dem Portemonnaie des O, in dem sich insgesamt vier solcher Scheine befanden. Strafbarkeit des T?

Indem T in die Wohnung des O einbrach und dort aus dessen Portemonnaie zwei 50,-€-Scheine entnahm, könnte er sich wegen eines Wohnungseinbruchdiebstahls gem. §§ 242 I, 244 I Nr. 3 Var. 1 strafbar gemacht haben.

Die beiden Geldscheine waren für T fremde bewegliche Sachen. Diese hat er spätestens mit Verlassen der Wohnung dem O auch weggenommen. T handelte auch vorsätzlich und mit der Absicht, sich die beiden Geldscheine zuzueignen. Die (erstrebte) Zueignung i.S.d. § 242 I müsste aber auch rechtswidrig gewesen sein. Rechtswidrig ist die (erstrebte) Zueignung, wenn sie im Widerspruch zur (zivil-)rechtlichen Eigentumsordnung steht. Das ist nicht der Fall, wenn der Täter einen fälligen, einredefreien Anspruch auf Übereignung der weggenommenen Sache hat. Dies ist bei einem Speziesanspruch ohne weiteres denkbar. Ist die Forderung dagegen auf eine Gattungsschuld gerichtet, bleibt die eigenmächtige Zueignung rechtswidrig, da (sofern zwischen den Parteien nicht anders vereinbart) ausschließlich der Schuldner das Recht hat, ein Stück aus der Gattung auszuwählen und dem Gläubiger zu übergeben (§ 243 BGB). Da es sich vorliegend jedoch um eine Geldforderung handelt, ist fraglich, ob hier etwas anderes gilt.

⇒ Insbesondere die Rspr.¹⁴⁴ setzt Geldschulden mit **Gattungsschulden** gleich und billigt daher nur dem Schuldner das Auswahlrecht an den Geldscheinen zu. Nach dieser Ansicht ist also die eigenmächtige Auswahl der Geldscheine unter Verletzung des Auswahlrechts des Schuldners objektiv rechtswidrig und damit grds. subjektiv tatbestandsmäßig i.S.d. § 242.

⇒ Die Annahme eines vollendeten Diebstahls wird bei der Wegnahme von Geld aber dann vermieden, wenn man sich unter Zugrundelegung der von der h.L. vertretenen **Wertsummentheorie** auf den Standpunkt stellt, bei Geldschulden mache das Auswahlrecht des Gattungsschuldners keinen Sinn. Geld sei nämlich ein Wertsummenträger, bei dem man nicht zwischen guten und schlechten Stücken auswählen könne, wie das gerade der Hintergrund des § 243 I BGB („mittlerer Art und Güte“) sei. Entscheidend sei dann das Bestehen eines fälligen und einredefreien Anspruchs auf die *Geldsumme*.¹⁴⁵ Schließt man sich dieser Ansicht an, handelt subjektiv *nicht* tatbestandsmäßig i.S.d. § 242, wer (wie T) eigenmächtig Geld entnimmt, das der Wertsumme des fälligen, einredefrei geschuldeten Geldes entspricht.

- 120** ⇒ Aber auch die Rspr. kommt (im Hinblick auf § 242) im Ergebnis oftmals zur Strafflosigkeit, da sie in Zweifelsfällen dazu tendiert, entweder großzügig einen **Tatbestandsirrtum** gem. § 16 I S. 1 (vgl. oben Rn 116 f.) oder eine **mutmaßliche Einwilligung** des Schuldners, die die Rechtswidrigkeit der (erstrebten) Zueignung entfallen lässt, anzunehmen. Bejaht man bei T einen Tatbestandsirrtum, handelte er subjektiv *nicht* tatbestandsmäßig i.S.d. § 242. War ihm aber bewusst, das Auswahl- bzw. Konkretisierungsrecht zu verletzen, glaubte er jedoch, ein (tatsächlich nicht bestehendes) Selbsthilferecht zu haben, kommt ihm immerhin § 17 zugute (s.o.).

¹⁴⁴ BGHSt 17, 87, 91; BGH GA 1968, 121; OLG Hamm NJW 1969, 619; BGH NSTz 1998, 216; BGH StV 1988, 526, 529; 2000, 78. Zustimmung *Fischer*, § 242 Rn 50.

¹⁴⁵ Die Wertsummentheorie ist entwickelt worden von *Roxin*, in: FS für Mayer, 1966, S. 467 ff. Ihm folgend *SK-Hoyer*, § 242 Rn 99; *Lackner/Kühl*, § 242 Rn 27; *LK-Ruß*, § 242 Rn 69; *Sch/Sch-Eser/Bosch*, § 242 Rn 59; *Wesels/Hillenkamp*, BT 2, Rn 189.

Weiteres Beispiel: T ist Gast in einem Hotel. Von der Zigarettensucht geplagt, begibt er sich nachts in die (bereits geschlossene) Hotelbar und nimmt sich ein Päckchen Zigaretten. Auf die Innenseite des Tresens legt er das entsprechende Geld.

121

In diesem Fall hat T überhaupt keinen Anspruch auf Lieferung aus der Gattung. Es kann sich bei dem Verhalten des T also nur um die Abgabe eines Angebots zum Kauf eines Zigarettenpäckchens handeln. Da der Verkauf von Zigaretten aber im Interesse des Hoteliers liegt und dieser im vorliegenden Fall ja auch das Geld bekommen hat, wird man in diesem Fall eine mutmaßliche Einwilligung annehmen können, die die Rechtswidrigkeit der Zueignung ausschließt.

Hat die vom Täter angenommene Forderung **zivilrechtlich keinen Bestand**, nimmt der BGH nur dann einen Tatbestandsirrtum i.S.d. § 16 I S. 1 an, wenn sich der Täter vorstellt, dass der (vermeintliche) Anspruch auch von der Rechtsordnung anerkannt wird und er seine Forderung demgemäß mit gerichtlicher Hilfe in einem Zivilprozess durchsetzen könnte.¹⁴⁶

121a

Beispiel: A übergibt dem Kurier B Kokain, damit dieser es dem Käufer C übergibt. Das von C erhaltene Geld soll B dann dem A herausgeben. Doch dieser behält das Geld. Daraufhin sucht A ihn auf und nimmt ihm Geld in entsprechender Höhe weg.

Hier hat A den objektiven Tatbestand des § 242 I verwirklicht. Auch hat er vorsätzlich gehandelt. Fraglich ist allein, ob die Zueignung rechtswidrig war. Unabhängig davon, ob man bei Geldschulden von Gattungsschulden ausgeht oder den Gedanken der Wertsummentheorie zugrunde legt, muss dem Gläubiger die Forderung letztlich zustehen. Das ist bei Geld aus illegalen Drogengeschäften nicht der Fall. Denn ist der Kaufvertrag bzgl. illegaler Drogen wegen § 134 BGB nichtig (das gesetzliche Verbot ergibt sich aus § 29 BtMG), kann kein Kaufpreisanspruch bestehen. Auch bereicherungsrechtliche Ansprüche (§§ 812, 818 II) bestehen wegen § 817 S. 2 BGB nicht. Ob A einem Tatbestandsirrtum i.S.d. § 16 I S. 1 unterlegen ist, hängt davon ab, ob er sich vorstellte, dass der (vermeintliche) Anspruch auch von der Rechtsordnung anerkannt wird und er seine Forderung demgemäß mit gerichtlicher Hilfe in einem Zivilprozess durchsetzen könnte. Es wird jedoch kaum anzunehmen sein, dass A glaubte, Ansprüche aus illegalen Drogengeschäften gerichtlich durchsetzen zu können. A handelte daher in der notwendigen Absicht rechtswidriger Zueignung. Da sein Irrtum im Übrigen vermeidbar war (§ 17 S. 2), ist er ist wegen Diebstahls strafbar.

Hinweis für die Fallbearbeitung: Ist nach der Sachverhaltsangabe davon auszugehen, dass der Täter glaubte, ein (zivilrechtliches) Auswahlrecht bezüglich der weggenommenen Sache zu haben, bzw., dass diese ihm zustehe, ist sein Irrtum gegenstandsbezogen und somit als im subjektiven Tatbestand zu prüfender Tatbestandsirrtum zu qualifizieren. Glaubte er jedoch, es existiere ein in Wirklichkeit nicht gegebenes Selbsthilferecht, unterliegt er einem begriffsbezogenen Irrtum, vorliegend einem Erlaubnisirrtum und damit einem Verbotsirrtum, der nach § 17 und damit innerhalb der Schuldprüfung zu würdigen ist.

122

Die gleiche Problematik kann auch im Rahmen des § 249 vorliegen, insbesondere, wenn der Täter mit Gewalt oder Drohung von seinem vermeintlichen Zueignungsrecht Gebrauch macht. Da Raub ein aus Diebstahl und Nötigung zusammengesetztes Delikt darstellt, entfällt je nach Fallkonstellation wegen des zu § 242 Gesagten die Diebstahlskomponente. Unbeschadet dessen bleibt natürlich Raum für eine Nötigung und ggf. für eine Körperverletzung.

Die Frage nach der Rechtswidrigkeit der (beabsichtigten) Zueignung hat auch einen **zeitlichen Bezugspunkt**. So besteht ein Widerspruch zur Eigentumsordnung grds.

123

¹⁴⁶ Diese in BGHSt 48, 322, 328 f. auf die Bereicherungsabsicht beim Erpressungstatbestand bezogene Rspr. hat der BGH nunmehr auf die Zueignungsabsicht beim Diebstahlstatbestand übertragen (BGH NSTZ 2008, 626).

nicht, wenn jemand eine Sache zunächst einsteckt, dabei jedoch die Absicht hat, sie später noch bezahlen zu wollen.

Beispiel: T kauft im Supermarkt ein. Da sein Einkaufskorb bereits überfüllt ist, er aber noch ein Fläschchen Magenbitter mitnehmen möchte, steckt er es kurzerhand in die Jackentasche, freilich in der Absicht, dieses später an der Kasse auf das Transportband zu legen und zu bezahlen. Aufgrund seiner Schusseligkeit vergisst er dies aber. Erst zuhause bemerkt er das Fläschchen und trinkt es auf den Schreck aus.

Der objektive Tatbestand des § 242 I ist erfüllt; T hat durch das Einstecken des Fläschchens in die Jackentasche eine Gewahrsamsenkave begründet und damit den Magenbitter weggenommen. T handelte auch mit Vorsatz bzgl. der Wegnahme und der Absicht, sich den Magenbitter (später) zuzueignen.¹⁴⁷ Fraglich ist allein die Rechtswidrigkeit der beabsichtigten Zueignung. Zwar hat sich T den Magenbitter später durch das Trinken im Widerspruch zur (zivil-)rechtlichen Eigentumsordnung zugeeignet, maßgeblich für die Bejahung der Rechtswidrigkeit der Zueignungsabsicht ist jedoch der Zeitpunkt des Gewahrsamswechsels. Beim Einstecken des Fläschchens in die Jackentasche hatte T noch die Absicht, es an der Kasse zu bezahlen. Diebstahl ist daher zu verneinen.¹⁴⁸

- 123a Schließlich ist zu beachten, dass aufgrund der Eigenschaft der Rechtswidrigkeit der Zueignung als objektives Tatbestandsmerkmal der Täter auch diesbezüglich mit **Vorsatz** (§ 15) handeln muss, wobei *dolus eventualis* genügt. Zur Frage, inwieweit die **Ingebrauchnahme von unbestellt zugeschickten Waren** eine rechtswidrige Zueignung darstellt, wird im Rahmen der Unterschlagung Stellung genommen (vgl. Rn 283a).

II. Rechtswidrigkeit und III. Schuld

- 124 Bezüglich der Rechtswidrigkeit als allgemeines Verbrechensmerkmal und der Schuld ergeben sich keine Besonderheiten.

IV. Mittäterschaft und Beihilfe

- 125 Bei der (Dritt-)Zueignungsabsicht (§§ 242, 249) handelt es sich um ein besonderes subjektives Tatbestandsmerkmal. Da gem. § 25 II aber nur objektive Tatbeiträge bzw. Tatbestandsmerkmale zugerechnet werden können, kann Mittäter eines Diebstahls oder Raubs nur sein, wer *selbst* die erforderliche (Dritt-)Zueignungsabsicht hat. Das gilt auch für die anderen Absichten wie die Bereicherungsabsichten der §§ 253, 263.

- 126 **Hinweis für die Fallbearbeitung:** Für die Fallbearbeitung bedeutet das insgesamt: Eine gemeinsame Prüfung ist nur für den Fall zulässig, dass sämtliche objektiven und subjektiven Tatbestandsmerkmale unproblematisch und gleichermaßen bei allen Mittätern vorliegen. Meistens ist das aber nicht der Fall, sodass stets eine getrennte Prüfung vorzunehmen ist. Zum Prüfungsaufbau mittäterschaftlich begangener Taten vgl. *R. Schmidt*, AT, Rn 1035.

Im Übrigen sind sukzessive Mittäterschaft und Beihilfe nur bis zum Zeitpunkt der Beendigung möglich¹⁴⁹ (vgl. dazu Rn 79b ff.). Nach diesem Zeitpunkt kommen ausschließlich Anschlussstraftaten in Betracht.

V. Konkurrenzen

- 127 Zu den Konkurrenzen vgl. die zusammengefasste Darstellung bei § 243.

¹⁴⁷ In dem Einstecken des Fläschchens in die Jackentasche kann noch keine Zueignung gesehen werden, da in diesem Zeitpunkt noch keine dauerhafte Enteignung stattfindet; T wollte den Magenbitter zwecks Bezahlung auf das Transportband legen und damit in die Gewahrsamssphäre des Berechtigten zurückführen.

¹⁴⁸ Freilich würde die Aussage, man habe die Sache noch bezahlen wollen, im Ermittlungsverfahren als Schutzbehauptung angesehen. Da es bei einem materiellen Strafrechtsgutachten i.d.R. aber auf Beweisfragen nicht ankommt, sind derartige Fragen nicht zu erörtern. Auf die Frage, ob an der Kasse ein Betrug möglich ist (vgl. dazu Rn 66 und 588), kommt es nicht an, da bei T jedenfalls der Vorsatz fehlt. T hat sich aber durch das Austrinken des Fläschchens wegen Unterschlagung (§ 246) strafbar gemacht.

¹⁴⁹ Insoweit klarstellend BGH wistra 2008, 20 f.

B. Besonders schwerer Fall des Diebstahls (§ 243)

I. Regelbeispielstechnik des StGB

Mit § 243 und anderen Bestimmungen über besonders schwere Fälle (vgl. etwa § 263 III¹⁵⁰, § 267 III, § 176 III, § 177 II, § 179 III usw.) hat der Gesetzgeber Regularien geschaffen, die dem erhöhten Unrechts- und Schuldgehalt der Tat gerecht werden und dem Tatrichter eine flexible Möglichkeit schaffen sollen, das begangene Unrecht adäquat zu sanktionieren. Um andererseits dem verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsgebot (Art. 103 II GG) gerecht zu werden, hat der Gesetzgeber in den meisten Vorschriften über besonders schwere Fälle **Regelbeispiele** genannt, deren Verwirklichung eine **widerlegbare Vermutung** für das Vorliegen eines besonders schweren Falls zur Folge hat. Widerlegbare Vermutung bedeutet, dass die Verwirklichung eines Regelbeispiels zwar nicht zwingend, aber regelmäßig zum Vorliegen eines besonders schweren Falls führt. Man kann sagen, dass die Verwirklichung eines Regelbeispiels eine **Indizwirkung** für die Annahme eines besonders schweren Falls entfaltet.

Beispiel: Öffnet der Täter mit einem Dietrich die Hintertür eines Warenlagers, um aus diesem DVD-Rekorder zu stehlen, verwirklicht er das Regelbeispiel des Einbruchdiebstahls gem. § 243 I S. 2 Nr. 1, das eine Indizwirkung für die Annahme eines besonders schweren Fall des Diebstahls i.S.v. § 243 I S. 1 entfaltet. Indizwirkung bedeutet: bei Vorliegen eines Regelbeispiels besteht eine widerlegbare Vermutung dafür, dass die Tat insgesamt als besonders schwer einzustufen ist und damit der in der Vorschrift genannte strengere Strafraum Anwendung findet. Bestehen also – wie im vorliegenden Fall – keine Anhaltspunkte, die den gesetzlich vermuteten erhöhten Unrechts- und Schuldgehalt kompensieren, ist der Täter aus dem im Vergleich zu § 242 höheren Strafraum des § 243 I S. 1 zu bestrafen.

128

Wie das vorstehende Beispiel gezeigt hat, ist es gerade aufgrund der Regelbeispielstechnik nicht ausgeschlossen, dass trotz Verwirklichung eines Regelbeispiels ein besonders schwerer Fall des Diebstahls zu verneinen ist, wenn der mit der Verwirklichung eines Regelbeispiels indizierte Unrechts- und Schuldgehalt durch mildernde Umstände kompensiert und damit die Indizwirkung widerlegt wird (**Gegenschlusswirkung** – auch „umgekehrte Indizwirkung“ genannt). Ist das der Fall, findet nur der Strafraum des Grunddelikts Anwendung.¹⁵¹

128a

Beispiel: Öffnet der Täter des obigen Beispiels die Hintertür des Warenlagers nur deshalb mit einem Dietrich, weil er den Schlüssel, den er in seiner Funktion als Hausmeister ohnehin besitzt, zu Hause vergessen hat, wird man trotz Vorliegens des Regelbeispiels gem. § 243 I S. 2 Nr. 1 einen besonders schweren Fall des Diebstahls i.S.v. § 243 I S. 1 verneinen können. Denn in diesem Fall greift die Ratio des § 243, dem erhöhten Unrechts- und Schuldgehalt der Tat Rechnung zu tragen, nicht. Der Täter wäre dann „nur“ aus dem Strafraum des § 242 zu bestrafen.

Die genannte Regelbeispielstechnik lässt es aber auch zu, einen besonders schweren Fall anzunehmen, wenn zwar keines der vom Gesetzgeber genannten Regelbeispiele vorliegt, der zu beurteilende Fall im Unrechts- und Schuldgehalt aber ebenso schwer wiegt und damit mit den geschriebenen Regelbeispielen vergleichbar ist (sog. **Analogiewirkung**). Verfassungsrechtliche Bedenken in Bezug auf das im Strafrecht geltende Analogieverbot¹⁵² bestehen hier nicht, weil es sich bei den Regelbeispielen – wie noch zu sehen sein wird – gerade *nicht* um Tatbestände handelt. Zudem wirken sie

128b

¹⁵⁰ Zu beachten ist, dass diese Strafzumessungsvorschrift auch auf den Computerbetrug und die Untreue Anwendung findet (vgl. § 263a II, § 266 II).

¹⁵¹ Strafverfahrensrechtlich ist die Verurteilung aus dem Grundstrafrahmen trotz Verwirklichung eines Regelbeispiels im Urteil als Ausnahme gem. § 267 III S. 3 Halbs. 1 StPO näher zu begründen.

¹⁵² Vgl. dazu im Einzelnen *R. Schmidt*, AT, Rn 31 ff.

auch nicht strafbarkeitsbegründend (das tun allenfalls die Generalklauseln wie z.B. § 243 I S. 1 oder § 263 III S. 1), sondern sie formulieren nur Beispiele, die in der Regel zur Annahme eines besonders schweren Falls führen.

Beispiel¹⁵³: T steckt im Kaufhaus ein mit einem Sicherungsetikett versehenes Kleidungsstück in seine mitgebrachte Tasche. Als er das Kaufhaus verlassen möchte, löst das Sicherungsetikett den Alarm aus. T wird vom Kaufhausdetektiv festgehalten, bis die Polizei eintrifft.

Hier sind trotz der elektronischen Sicherung die Wegnahme der Sache und damit der Tatbestand des Diebstahls (§ 242) bereits mit dem Einstecken in die Tasche (= Begründung einer Gewahrsamsenklaue) vollendet. Denn nach h.M. soll mit Hilfe des Sicherungsetiketts nicht die Begründung einer Gewahrsamsenklaue verhindert, sondern lediglich der bereits verlorene Gewahrsam wiedererlangt werden, wenn der Täter die Sicherheitseinrichtungen an der Kasse oder am Ausgang passiert. Man kann also sagen, das Sicherungsetikett habe nicht die Aufgabe, die Vollendung des Diebstahls zu verhindern, sondern die Beendigung.

Auf der Grundlage dieser Überlegung ist das Regelbeispiel des § 243 I S. 2 Nr. 2 folgerichtig zu verneinen, da das Kleidungsstück nicht durch eine Schutzvorrichtung besonders gegen Wegnahme gesichert ist. Das Sicherungsetikett steht der Wegnahme i.S.d. § 242 gerade nicht entgegen. Da das Sicherungsetikett dennoch eine Schutzvorrichtung – wenn auch nur zur Verhinderung der Beendigung der Tat – darstellt, kann ein im Unrechts- und Schuldgehalt gleichgelagerter sonstiger besonders schwerer Fall angenommen werden.

128c Ist also im konkreten Fall ein Regelbeispiel nicht verwirklicht, kann dennoch ein unbenannter besonders schwerer Fall gem. § 243 I S. 1 gegeben sein. Es tritt halt nur keine Indizwirkung ein, wie das bei Verwirklichung eines Regelbeispiels der Fall wäre. Möchte der Tatrichter in diesem Fall einen besonders schweren Fall annehmen, kann er dies nur, wenn er aufgrund einer Gesamtwürdigung der Tat und des Täterverhaltens unter Berücksichtigung der Gesamtheit der genannten Regelbeispiele zu der Überzeugung gelangt, dass eine Vergleichbarkeit mit einem Regelbeispiel und damit ein besonders schwerer Fall vorliegt. Im Urteilstenor muss er dies aber separat begründen.¹⁵⁴ Insofern bietet sich eine Übertragung der Kriterien an, die für die echte Wahlfeststellung entwickelt wurden. Danach kann ein unbenannter besonders schwerer Fall angenommen werden, wenn er mit einem benannten Regelbeispiel rechtsethisch und psychologisch vergleichbar ist.

- Unter **rechtsethischer Vergleichbarkeit** ist eine annähernd gleiche Schwere der Schuldvorwürfe und eine nach allgemeinem Rechtsempfinden sittlich und rechtlich vergleichbare Bewertung zu verstehen.¹⁵⁵
- Eine **psychologische Vergleichbarkeit** liegt vor, wenn eine einigermaßen gleich gearbete seelische Beziehung des Täters zu den mehreren in Frage stehenden Verhaltensweisen besteht.¹⁵⁶

128d **Fazit:** Wie die vorstehenden Ausführungen gezeigt haben, besteht bei Verwirklichung eines Regelbeispiels eine widerlegbare Vermutung (ein Indiz) für das Bestehen eines besonders schweren Falls. Die Indizwirkung kann aber durch mildernde Umstände kompensiert und damit widerlegt werden. Umgekehrt ist ein besonders schwerer Fall auch dann

¹⁵³ Vgl. auch *Eisele*, JA 2006, 309, 311.

¹⁵⁴ Strafverfahrensrechtlich folgt auch dies aus § 267 III S. 3 Halbs. 2 i.V.m. § 267 III S. 2 StPO, wonach die Urteilsgründe ergeben müssen, weshalb der besonders schwere Fall trotz Nichtverwirklichung eines Regelbeispiels zur Anwendung gelangt (vgl. *Eisele*, JA 2006, 309, 310).

¹⁵⁵ *Wessels/Beulke*, AT, Rn 806; *Stuckenberg*, JA 2001, 221, 223.

¹⁵⁶ BGHSt GS 9, 390, 394; *Wessels/Beulke*, AT, Rn 806.

möglich, wenn ein benanntes Regelbeispiel nicht verwirklicht wurde. Ausschlaggebend für die Beurteilung, ob ein besonders schwerer Fall vorliegt, ist stets die **Gesamtwürdigung der Tat**.¹⁵⁷

II. Rechtsnatur des § 243 als Strafzumessungsregel

Nach wie vor umstritten ist die **Rechtsnatur** der Vorschriften über die besonders schweren Fälle. Im Wesentlichen werden zwei Auffassungen vertreten.

128e

- Nach der h.M. sind die (mit Regelbeispielen versehenen) Vorschriften über besonders schwere Fälle als **Strafzumessungsregeln** einzustufen. Das ergebe sich aus dem vom Gesetzgeber gewollten nicht abschließenden Charakter der Regelbeispiele. Denn enthalte sich der Gesetzgeber einer abschließenden Wertung und lege das Schwergewicht auf eine Einzelfallbewertung im Wege einer Gesamtwürdigung aller Strafzumessungstatsachen, folge daraus, dass es sich um keine Tatbestände handeln könne.¹⁵⁸
- Den Gegenpol bilden die Vertreter der Ansicht, dass jedenfalls die Vorschriften über besonders schwere Fälle, die Regelbeispiele enthalten (wie z.B. § 243), dem **Tatbestand** zugeordnet seien.¹⁵⁹
- **Stellungnahme:** Auf den ersten Blick scheint die zuletzt genannte Auffassung nachvollziehbar. Denn die Regelbeispiele sind ebenso präzise umrissen wie echte Qualifikationstatbestandsmerkmale. Auch verwendet der Gesetzgeber dieselben strafscharfenden Merkmale bei manchen Delikten als qualifizierende Merkmale, bei anderen als Regelbeispiele für besonders schwere Fälle. So ist z.B. die Gewerbsmäßigkeit einerseits in §§ 243 I S. 2 Nr. 3, 253 IV S. 2 Var. 1, 263 III S. 2 Nr. 1 als Regelbeispiel, andererseits in §§ 260 I Nr. 1, 275 II als Qualifikationstatbestand ausgestaltet. Auch die Regelbeispiele des § 243 I S. 2, die von § 244a I in Bezug genommen werden, stellen dort abschließende Tatbestandsqualifikationen dar. Schließlich ist nicht zu leugnen, dass im Rahmen der tatrichterlichen Rechtsfindung eine gewisse Wesensverwandtschaft zu den echten Qualifikationstatbeständen besteht. Hier wie dort stellt der Richter das Vorliegen von gesetzlich formulierten Merkmalen durch Subsumtion fest. Ist das Regelbeispiel verwirklicht, verfestigt sich die vom Gesetzgeber getroffene Wertung, falls keine Umstände vorliegen, die die Indizwirkung widerlegen. Die Anwendung des Strafrahmens für besonders schwere Fälle beruht dann allein auf dem Regelbeispiel. Diese Vorgehensweise ist materielle Voraussetzung für die Anwendung des Sonderstrafrahmens und spricht für die Zuordnung der Regelbeispiele zur Tatbestandsseite.
Die Vertreter dieser Einstufung verkennen jedoch, dass der entscheidende Unterschied zu Qualifikationstatbeständen darin liegt, dass das Vorliegen eines Regelbeispiels nicht zwingend zur Anwendung des schärferen Strafrahmens führt, sondern eben nur ein widerlegbares Indiz darstellt. Bei echten Qualifikationstatbeständen ist das anders. Daraus folgt, dass es sich bei den Regelbeispielen schon rechtsdogmatisch nicht um Tatbestandsmerkmale, sondern nur um Strafzumessungsgesichtspunkte handeln kann.
Unbegründet ist schließlich auch das Argument, die Strafzumessungslösung müsse sich einen gewissen Widerspruch entgegenhalten lassen, weil häufig zwar eine Einstufung als Strafzumessungsregel befürwortet werde, dann aber zur Begründung der Anwendbarkeit der Vorschriften des Allgemeinen Teils auf die Tatbestandsähnlichkeit der Regelbeispiele verwiesen werde. So ist z.B. die Anwendung des § 15 auf Strafzumessungsregeln geradezu geboten, jedenfalls aber nicht schädlich, weil dadurch ein tätergünstiges Kriterium gefordert wird.¹⁶⁰

¹⁵⁷ Vgl. BGHSt 29, 319, 322; OLG Düsseldorf NJW 2000, 158 f. Zu § 263 III S. 2 vgl. BGH NSTz 2004, 265, 266.

¹⁵⁸ BGHSt 23, 254, 256; 26, 104, 105; 33, 370, 373; BGH NSTz 2008, 514, 515 (mit Bespr. v. *Heintschel-Heinegg*, JA 2008, 742); Sch/Sch-*Stree/Kinzig*, Vorbem §§ 38 ff. Rn 44; SK-*Hoyer*, § 243 Rn 1; *Lackner/Kühl*, § 46 Rn 11; *Fischer*, § 243 Rn 2 (Strafrahmenverschiebung); *Wessels/Hillenkamp*, BT 2, Rn 196.

¹⁵⁹ *Callies*, NJW 1998, 929, 933 ff.; *Jacobs*, AT, § 6 Rn 99; *Kindhäuser*, BT II, § 3 Rn 4; *Eisele*, JA 2006, 309, 312; *Müko-Schmitz*, § 243 Rn 3.

¹⁶⁰ Nicht überzeugend daher *Eisele*, JA 2006, 309, 311 und *Kindhäuser*, BT II, § 3 Rn 4.

Letztlich muss die Einstufung als Strafzumessungsregel auch für die Vorschriften über besonders schwere Fälle gelten, die nur eine Generalklausel, nicht jedoch auch Regelbeispiele enthalten (also z.B. für § 176 III oder § 179 III). Denn aus rechtsdogmatischer Sicht besteht kein Unterschied zu den besonders schweren Fällen mit Regelbeispielen.

Hinweis für die Fallbearbeitung: Die unterschiedlichen Auffassungen über auch Einfluss auf den Prüfungsaufbau aus: Stuft man die Regelbeispiele als Tatbestandsmerkmale ein, ist es gut vertretbar, sie bereits beim Tatbestand des Grunddelikts zu prüfen (möglicher Obersatz: Strafbarkeit gem. §§ 242, 243 I S. 1, S. 2 Nr. ...). Stuft man sie demgegenüber als Strafzumessungsgesichtspunkte ein, sind sie im Prüfungsaufbau erst nach der Schuldprüfung des Grundtatbestands (beim Versuch erst nach einer etwaigen Rücktrittsprüfung) zu behandeln (möglicher Obersatz: Strafbarkeit gem. § 242 i.V.m. § 243 I S. 1, S. 2 Nr. ...).¹⁶¹

128f Faktisch kommen die Regelbeispiele jedoch Tatbestandsmerkmalen nahe. Das zeigt sich insbesondere im Bereich des Vorsatzes, des Versuchs und bei der Teilnahme.

- 129** ■ **Vorsatz:** Da im StGB die Regelbeispiele lediglich bei Vorsatzdelikten genannt sind, ist es folgerichtig allgemein anerkannt, dass der Tätervorsatz analog § 15 auch die Merkmale des objektiv verwirklichten Regelbeispiels umfassen muss. Bei einem Irrtum ist § 16 I S. 1 anzuwenden, und zwar ebenfalls analog, weil es sich gerade nicht um Tatbestandsmerkmale handelt. Hierin liegt ein Verstoß gegen das aus Art. 103 II GG zu schließende Analogieverbot schon deshalb nicht vor, weil sowohl § 15 als auch § 16 I S. 1 jedenfalls *zugunsten* des Täters angewendet werden.
- 130** ■ **Versuch:** Ein Versuch des § 243 scheidet in Ermangelung des Tatbestandscharakters schon begrifflich aus. Doch kann der Versuch des § 242 nach den Strafsätzen des § 243 zu bestrafen sein. Freilich ist dann ein Konflikt mit dem Analogieverbot möglich, da die Versuchsvorschriften (anders als die soeben erwähnten §§ 15, 16) zu Lasten des Täters bemüht werden (dazu Rn 156 ff.).
- 131** ■ **Beteiligung/Teilnahme:** Sofern man sich auf den Standpunkt stellt, bei den Regelbeispielen handele es sich um echte Tatbestandsmerkmale, gelten die §§ 25 ff. unmittelbar. Da dies mit der zutreffenden h.M. jedoch abgelehnt wird, kommt lediglich eine „quasiakzessorische“ Haftung für *tatbezogene* Regelbeispiele, die vom Haupttäter verwirklicht werden, in Betracht. Das bedeutet: Soweit der notwendige Teilnehmersatz bezüglich der Verwirklichung des Regelbeispiels gegeben ist, tritt die Indizwirkung auch beim Teilnehmer ein. Um also Beteiligten an einem Diebstahl in einem besonders schweren Fall zu sein, ist die eigenhändige Verwirklichung eines Regelbeispiels grds. nicht erforderlich; vielmehr ist die Regelwirkung schon dann ausgelöst, wenn der Beteiligte (i.d.R. der Teilnehmer) die Verwirklichung durch den (Haupt-) Täter kennt (§ 16 I S. 1 analog). Lediglich bei dem personenbezogenen (*täterbezogenen*) Merkmal der *Gewerbsmäßigkeit* (§ 243 I S. 2 Nr. 3) muss der Beteiligte das Merkmal unter analoger Anwendung des § 28 II selbst erfüllen, da dieses Merkmal ausschließlich eine subjektive Komponente enthält (dazu Rn 149 ff.). Für *mittelbare Täter und Mittäter* gelten ebenso die allgemeinen Zurechnungsregeln der § 25 I Var. 2, § 25 II analog, sodass etwa bei einem Exzess eines Beteiligten das Regelbeispiel den anderen Beteiligten nicht zugerechnet werden kann.

132

Zusammenfassung und Hinweise für die Fallbearbeitung:

(1) Die zur Strafschärfung führenden Merkmale des § 243 sind unselbstständige Bestandteile des Diebstahls und gemäß ihrer Rechtsnatur als Strafzumessungsregeln im **Anschluss an die Schuldfeststellung des § 242 zu prüfen**. Keinesfalls sind, da es lediglich um Strafzumessungsfragen geht, Rechtswidrigkeit und Schuld (erneut) zu prüfen. Fehler bei der Prüfung des § 243 wiegen schwer. Wenn die Merk-

¹⁶¹ Vgl. bereits sämtliche Voraufagen; wie hier nun auch *Heintschel-Heinegg*, JA 2008, 742, 743 Fußn. 1.

male des § 243 etwa im Tatbestand des § 242 oder die gesamte Vorschrift des § 243 als Tatbestands- bzw. Erfolgsqualifikation des § 242 geprüft werden, zeigt der Klausurbearbeiter, dass er die Natur des § 243 als Strafzumessungsregel für besonders schwere Fälle des Diebstahls nicht erkannt hat.

- (2) Weiterhin muss beachtet werden, dass die in § 243 aufgeführten Regelbeispiele - wie bereits erwähnt - bei der Frage nach einem besonders schweren Fall des Diebstahls weder **abschließend** noch **zwingend** sind. In einer Klausur kann aber in Ermangelung entgegenstehender Anhaltspunkte ein besonders schwerer Fall von der objektiven und subjektiven Verwirklichung eines Regelbeispiels abhängig gemacht werden.
- (3) Kommen hinsichtlich ein und derselben Handlung **mehrere** Regelbeispiele in Betracht, sind grds. *alle* zu prüfen (wobei auch bei Verwirklichung mehrerer Regelbeispiele insgesamt nur *ein* besonders schwerer Fall des Diebstahls vorliegt). Einzige Ausnahme ist Nr. 1 im Verhältnis zum verschlossenen Behältnis i.S.v. Nr. 2. Liegt Nr. 1 vor, kann im Einzelfall die Annahme des verschlossenen Behältnisses i.S.v. Nr. 2 ausgeschlossen sein, weil als Behältnisse i.S.v. Nr. 2 nur Einrichtungen in Betracht kommen, die – im Gegensatz zum umschlossenen Raum i.S.v. Nr. 1 – *nicht* dazu bestimmt sind, von Menschen betreten zu werden (**Exklusivität von umschlossenem Raum und verschlossenem Behältnis**).¹⁶²
- (4) Schließlich ist zu beachten, dass § 243 auch nicht *wie* ein Tatbestand geprüft wird. So wäre es **verfehlt, von einem objektiven oder subjektiven Tatbestand zu sprechen**. Vielmehr sollten Formulierungen wie „In objektiver Hinsicht“ oder „In subjektiver Hinsicht“ verwendet werden. Eine Besonderheit gilt schließlich für § 243 I S. 2 Nr. 3 (gewerbsmäßiges Stehlen). Dort sind ausschließlich subjektive Elemente zu prüfen (vgl. dort).

III. Einzelne Regelbeispiele

1. Regelbeispiel des § 243 I S. 2 Nr. 1

Die größte (Klausur-)Relevanz von den in § 243 I S. 2 genannten Regelbeispielen besitzt die Nr. 1. Grund für die Erhöhung des Strafrahmens im Vergleich zum einfachen Diebstahl ist, dass sich der Täter zur Ausführung des Diebstahls über die durch ein **Gebäude**, einen **Dienst- oder Geschäftsraum** oder einen **anderen umschlossenen Raum** geschaffene Schutzsphäre hinweggesetzt hat.

133

Hinweis für die Fallbearbeitung: Durch die Formulierung „*anderer* umschlossener Raum“ wird klargestellt, dass *alle* Tatobjekte umschlossene Räume darstellen müssen und dass der umschlossene Raum daher lediglich den Oberbegriff der geschützten Räumlichkeiten bilden kann. Kommen aber als Tatobjekt ein Gebäude oder ein Dienst- bzw. Geschäftsraum in Betracht, ist dieses als spezieller Fall des umschlossenen Raums selbstverständlich vorrangig zu prüfen. Nur wenn das konkrete Tatobjekt nicht unter den Begriff Gebäude bzw. Dienst- oder Geschäftsraum subsumiert werden kann, ist Raum für die Prüfung des „*anderen umschlossenen Raums*“.

134

- Ein **Gebäude** ist ein durch Wände und Dach begrenztes, mit dem Grund und Boden fest – wenn auch nur durch eigene Schwere – verbundenes Bauwerk, das den Eintritt von Menschen ermöglicht und geeignet und bestimmt ist, dem Schutz von Menschen zu die-

135

¹⁶² Teilweise wird vertreten, Nr. 1 und 2 stünden in ihrer *Gesamtheit* in einem Exklusivitätsverhältnis zueinander (so etwa *Rengier*, BT I, § 3 Rn 12). Dem kann so nicht zugestimmt werden. Denn würde man dies annehmen, dürfte man nicht die Fahrgastzelle eines Pkw als umschlossenen Raum i.S.v. Nr. 1 und (zusätzlich) das Aufbrechen des Lenkradschlosses oder das gewaltsame Herausziehen des Autoradios aus der Halterung als Überwindung einer bes. Sicherung i.S.v. Nr. 2 ansehen (so aber *Rengier*, BT I, § 3 Rn 4, 12, 14 und 16a). Vgl. dazu auch unten Rn 145 a.E.

nen, und Unbefugte abhalten soll.¹⁶³ Auch eine **Wohnung** ist regelmäßig ein Gebäude im dargelegten Sinne, wird seit dem 1.4.1998 aber von dem Qualifikationstatbestand des § 244 I Nr. 3 (Wohnungseinbruchdiebstahl) erfasst.

Hinweis für die Fallbearbeitung: Da nach zutreffender Ansicht § 244 I Nr. 3 als *lex specialis* auf Konkurrenzebene den Grundtatbestand des § 242 verdrängt und § 243 auf § 242 aufbaut, verdrängt § 244 I Nr. 3 folgerichtig auch § 242 i.V.m. § 243 I S. 2 Nr. 1.¹⁶⁴ Das führt zu der Frage, ob in einer Klausur § 243 I S. 2 Nr. 1 überhaupt noch geprüft werden muss, wenn zuvor § 244 I Nr. 3 bejaht wurde. Nach der hier vertretenen Auffassung genügt der Hinweis, dass „der ebenfalls verwirklichte Diebstahl im besonders schweren Fall gem. § 242 I i.V.m. § 243 I S. 2 Nr. 1 hinter den speziellen Tatbestand des § 244 I Nr. 3 zurücktritt“.

- 136 ■ Ein **Geschäftsraum** ist eine Räumlichkeit, die hauptsächlich für eine gewisse Zeit oder dauernd zur Verrichtung von Geschäften beliebiger, nicht notwendigerweise wirtschaftlicher Art, bestimmt ist.¹⁶⁵

Beispiele: Ladenlokale, Filiale einer Handelsgesellschaft, Bürowagen (etwa eines Bauunternehmens), mit Mauern oder Zäunen umgebene Fabrikhöfe oder Lagerplätze¹⁶⁶

- 137 ■ Unter einem **umschlossenen Raum** ist jedes Raumgebilde (mit oder ohne Dach) zu verstehen, das (mindestens auch) *dazu bestimmt ist, von Menschen betreten zu werden*, und das mit (mindestens teilweise künstlichen) Vorrichtungen umgeben ist, die das Eindringen von Unbefugten abwehren sollen. Umschlossen bedeutet nicht notwendigerweise fest verschlossen, sodass auch zeitweilig unverschlossene Räume erfasst werden. Erforderlich ist aber eine Umschließung oder Umfriedung, sodass ein tatsächliches Hindernis besteht. Das Eindringen des Täters muss erheblich erschwert sein.

Beispiele: So werden eingezäunte Grundstücke wie Gärten, Lagerplätze, Friedhöfe und Kasernengelände einbezogen, es sei denn, dass Lücken in der Umfriedung vorhanden sind oder ein Zaun so niedrig ist, dass er mühelos überstiegen werden kann.¹⁶⁷ Erfasst werden auch Schiffe, die Fahrgastzelle eines Autos und zum Betreten bestimmte Ladeflächen von Liefer- und Lastwagen. *Nicht* zum Betreten bestimmt ist der Kofferraum eines Pkw (auch wenn der im Einzelfall tatsächlich betreten werden könnte); dieser stellt aber ein (vom umschlossenen Raum i.S.d. § 243 I S. 2 Nr. 1 streng zu unterscheidendes!) *verschlossenes Behältnis* dar und fällt daher unter § 243 I S. 2 Nr. 2.

Gegenbeispiele: Nicht erfasst werden zunächst Räume, die jederzeit von jedermann betreten werden können, weil sie keine Hindernisse bieten (etwa Telefonzellen).¹⁶⁸ Aber auch Grundstücke, die mit einem Zaun umgeben sind, werden nicht erfasst, wenn der Zaun nicht das Betreten durch Unbefugte verhindern will, sondern lediglich die Funktion hat, ein Entlaufen von Tieren (etwa von Schafen oder Kühen) zu verhindern.

- 138 Als Tathandlungsmodalitäten werden das **Einbrechen**, das **Einsteigen** und das **Eindringen** mit einem *falschen Schlüssel* oder einem anderen, nicht zur ordnungsgemäßen Öffnung bestimmten *Werkzeug* genannt.

- 139 ■ **Einbrechen** bedeutet das *gewaltsame* Öffnen von Umschließungen, die ein tatsächliches Hindernis bilden und insoweit dem Eintritt in den umschlossenen Raum entgegenstehen. Die Gewalt setzt die Anwendung nicht unerheblicher körperlicher Kraft voraus; eine Sub-

¹⁶³ Vgl. nur *Großer Senat* BGHSt 1, 158, 164; Sch/Sch-Eser/Bosch, § 243 Rn 7.

¹⁶⁴ Für Spezialität des § 244 I Nr. 3 gegenüber § 242 i.V.m. § 243 I S. 2 Nr. 1 auch *Achenbach*, JuS 1999, L 41, 43, *Fahl*, NJW 2001, 1699, 1700 und *Heintschel-Heinegg*, JA 2008, 742, 753 FuBn. 1. Für Subsidiarität des § 243 I S. 2 Nr. 1 *SK-Hoyer*, § 243 Rn 15; *Wessels/Hillenkamp*, BT 2, Rn 214; *Mitsch*, ZStW 111 (1999), 65, 72.

¹⁶⁵ *Lackner/Kühl*, § 243 Rn 9 i.V.m. § 123 Rn 3; BGH wistra 2008, 20 f.; NSTz 2008, 514.

¹⁶⁶ BGH NSTz 2000, 143. Zu den gemischt genutzten Gebäuden vgl. Rn 247 ff.

¹⁶⁷ BGH NJW 1993, 2252, 2253; BGH NSTz 2000, 143.

¹⁶⁸ *Fischer*, § 243 Rn 4.

stanzverletzung an dem Tatobjekt ist aber nicht erforderlich.¹⁶⁹ Da der erschwerende Umstand allein in der Überwindung des Hindernisses durch gewaltsame Aufhebung der äußeren Umschließung besteht, ist auch ein *Betret*en des Raums nicht erforderlich. Auch ein Hineinlangen mit der Hand oder mit Werkzeugen, um sich Sachen „herauszuangeln“, genügt daher.

Beispiele: T bricht nachts das Schloss eines Geschäftshauses auf oder drückt die Scheibe eines kleinen Kellerfensters ein, um dann von draußen Sachen „herauszuangeln“.

- **Einsteigen** bedeutet das Eindringen in den geschützten Raum auf einem dafür regelmäßig nicht bestimmten Weg unter Entfaltung von Kraft oder Geschicklichkeit. Es wird also mehr verlangt als bei § 123, der allein das Gelangen in die geschützten Räume gegen (oder ohne) den Willen des Berechtigten genügen lässt. Insbesondere genügt es für ein Eindringen i.S.v. § 243 I S. 2 Nr. 1 nicht, wenn der Täter einen offen, wenngleich verbotenen Eingang benutzt. Der Täter muss zudem in dem Raum Fuß gefasst, d.h. einen Stützpunkt gewonnen haben, der ihm die Wegnahme ermöglicht. Das bloße Hineinbeugen, um Sachen herauszuangeln, genügt (anders als beim Einbrechen) nicht.¹⁷⁰

140

Beispiele: Sich mit einem Seil hinablassen in den umschlossenen Raum; Überklettern oder Überspringen einer Mauer oder eines Zaunes mit einer nicht unerheblichen Höhe; Benutzung eines offenen Fensters, das 1 m über dem Boden liegt; Hindurchkriechen durch eine enge Öffnung im Zaun (nach Auffassung des BGH soll die Nr. 1 aber nicht erfüllt sein, wenn der Täter durch einfaches Hochhalten des – lockeren – Zaunes mühelos unter diesem hindurchkriechen kann¹⁷¹). Dagegen ist das Merkmal „Einsteigen“ zu verneinen, wenn sich der Täter etwa durch eine nicht verriegelte Terrassentür Zutritt verschafft. Hier kann zwar § 123, aber noch nicht ohne weiteres auch § 243 verwirklicht sein; für § 243 muss hinzukommen, dass der Täter Kraft oder Geschicklichkeit anwendet, um den Raum zu betreten.

- **Eindringen mit einem falschen Schlüssel.** Für das Merkmal „Eindringen“ genügt es, wenn der Täter unbefugt einen Körperteil in den Raum einbringt. Zu den Schlüsseln gehören nicht nur klassische Metallschlüssel, sondern auch elektronische Kartenschlüssel (Key-Card), wie sie bspw. in Hotels verwendet werden. **Falsch** ist ein Schlüssel, wenn der Berechtigte (im Zeitpunkt der Tathandlung) dem Schlüssel die Bestimmung zum ordnungsgemäßen Öffnen von Räumen entzogen, ihn also **entwidmet** hat.¹⁷² Der bloße bestimmungswidrige Gebrauch eines gefundenen oder gestohlenen Schlüssels macht diesen (noch) nicht zwingend zu einem falschen.¹⁷³ Insoweit ist aber folgendermaßen zu differenzieren:

141

- ⇒ Bei **verloren gegangenen** Schlüsseln ist eine Entwidmung erst dann anzunehmen, wenn der Berechtigte nach Kenntnis des Verlustes einen anderen Schlüssel in Gebrauch nimmt oder die Anfertigung eines anderen Schlüssels in Auftrag gibt.
- ⇒ Wurde der Schlüssel dagegen zuvor **gestohlen**, ist wiederum zu differenzieren: Glaubt der Berechtigte, der Schlüssel sei nur verlegt, ist eine Entwidmung noch nicht anzunehmen. Hat der Berechtigte jedoch den Diebstahl bemerkt oder geht er zumindest von einem Diebstahl aus, ist nach der allgemeinen Lebenserfahrung (allein durch die Kenntnis des Diebstahls) eine Entwidmung anzunehmen, ohne dass es eines ausdrücklichen Entwidmungsakts bedarf.¹⁷⁴

¹⁶⁹ BGH NSTZ 2000, 143; Sch/Sch-Eser/Bosch, § 243 Rn 11; Lackner/Kühl, § 243 Rn 10.

¹⁷⁰ Vgl. BGHSt 10, 132, 133; BGH NJW 1993, 2252 f.; Sch/Sch-Eser/Bosch, § 243 Rn 12; LK-Ruß, § 243 Rn 12; Fischer, § 243 Rn 6; Lackner/Kühl, § 243 Rn 11.

¹⁷¹ Vgl. BGH NSTZ 2000, 143, 144 f.; OLG Karlsruhe NSTZ-RR 2005, 140, 142.

¹⁷² BGHSt 13, 15; 14, 291; 21, 189; Wessels/Hillenkamp, BT 2, Rn 217.

¹⁷³ Vgl. bereits die 1. Aufl. 2002; wie hier nun auch Noltenius, JuS 2006, 988, 989.

¹⁷⁴ Vgl. BGHSt 21, 189; BGH StV 1993, 422; OLG Hamm NSTZ-RR 2001, 300, 301.

Beispiele: Falsch sind jedenfalls unbefugt nachgemachte Schlüssel. Entwidmet und damit falsch ist auch der Schlüssel des Mieters, den dieser nach Mietende und Auszug nicht zurückgibt.

Zu den dem falschen Schlüssel gleichgestellten **anderen, nicht zur ordnungsgemäßen Öffnung bestimmten Werkzeugen** zählen alle Geräte und Hilfsmittel, die geeignet sind, auf den Verschlussmechanismus des geschützten Raums einzuwirken.

Beispiele: Dietriche, Drähte, Haken, Schraubenzieher, Zangen und zwischen Schlossfalle und Türzarge geschobene Plastikkarten. Dagegen werden Brechwerkzeuge, die eine gewaltsame Öffnung herbeiführen sollen, bereits im Rahmen des Einbrechens erfasst.¹⁷⁵

141a

Hinweis für die Fallbearbeitung: Ein gelegentlich anzutreffendes Klausurthema bietet der Fall, in dem der Täter einen von innen im Schloss einer Tür steckenden Schlüssel durch den Postschlitz der Tür greift und diese dann von außen ordnungsgemäß öffnet. In der Fallvariante drückt der Täter mit einem Draht o.ä. den von innen steckenden Schlüssel aus dem Schloss, sodass dieser auf ein von ihm zuvor unter die Tür geschobenes Papierblatt fällt. Zu denken wäre hier zunächst daran, den Schlüssel als falsch anzusehen, weil er deliktisch erlangt sein könnte. Da aber der Berechtigte von dem Vorgang noch nichts wusste, konnte er den Schlüssel folglich noch nicht entwidmen. Nach zutreffender Überlegung findet durch die bloße Benutzung des Schlüssels noch keine Enteignung i.S. einer rechtswidrigen Zueignung statt. Das Problem des deliktisch erlangten Schlüssels stellt sich also erst gar nicht. Die Besitzstörung am Schlüssel macht diesen noch nicht zum falschen Schlüssel, solange er noch nicht entwidmet ist. Wenn also aus keinem anderen Grund § 243 (oder § 244 I Nr. 3, wenn es sich um eine Wohnungstür handelt) zu bejahen ist, kommt nur ein „einfacher“ Fall des Diebstahls in Betracht. Zu denken wäre aber dann an das Vorliegen eines unbenannten besonders schweren Falls des Diebstahls i.S.d. § 243 I S. 1, wofür vorliegend sehr viel spricht.

- 142 ■ Als letzte Tathandlungsmodalität nennt § 243 I S. 2 Nr. 1 das **Sichverborgenhalten** in dem geschützten Raum. Bei dieser Tathandlungsmodalität versteckt sich der Täter zunächst in dem geschützten Raum, um anschließend von dort aus (ungestört) einen Diebstahl zu begehen. Ob er legal oder illegal in den Raum gelangt ist oder ob er den Raum zu anderer Zeit berechtigt betreten darf, ist unerheblich.¹⁷⁶

Beispiel: Der Kunde eines kleinen „Tante-Emma-Ladens“ versteckt sich kurz vor Geschäftsschluss hinter einem Regal und lässt sich einsperren, um den Laden in aller Ruhe ausräumen zu können.

- 143 Alle Tathandlungsmodalitäten setzen voraus, dass der Täter **zur Ausführung der Tat** handelt. Der Täter muss also bereits beim Einbrechen, Einsteigen, Eindringen oder Sichverborgenhalten mit Diebstahlsvorsatz gehandelt haben. Wer daher bspw. zunächst nur einbricht, um Verwüstungen o.ä. anzurichten, dann aber doch stiehlt, verwirklicht nicht § 243 I S. 2 Nr. 1. Problematisch ist dagegen der Fall, wenn der Täter bspw. einbricht, um eine bestimmte Sache zu stehlen, diese dann aber nicht findet und sich sodann entschließt, etwas anderes zu stehlen. Ob in einem solchen Fall § 243 angenommen werden kann, bestimmt sich nach den allgemeinen Grundsätzen der Abweichung des tatsächlichen vom vorgestellten Kausalverlauf. Siehe dazu auch die (Parallel-)Ausführungen zu § 243 II bei Rn 165 ff.

¹⁷⁵ Sch/Sch-Eser/Bosch, § 243 Rn 15.

¹⁷⁶ Vgl. BGHSt 22, 127; Fischer, § 243 Rn 10.

2. Regelbeispiel des § 243 I S. 2 Nr. 2

Die (bis auf die Variante der „anderen Schutzvorrichtung“) grundsätzlich in einem Exklusivverhältnis zur Nr. 1 stehende Nr. 2 betrifft den Diebstahl einer durch ein **verschlossenes Behältnis** oder eine **andere Schutzvorrichtung** besonders gesicherten Sache.

144

- Durch die Formulierung „andere Schutzvorrichtung“ wird klar, dass das verschlossene Behältnis lediglich den Spezialfall einer Schutzvorrichtung darstellt. Unter **Behältnis** versteht man ein zur Aufnahme von Sachen dienendes und diese umschließendes Raumgebilde, das (im Gegensatz zur Nr. 1) *nicht* dazu bestimmt ist, von Menschen betreten zu werden.¹⁷⁷ Das Behältnis kann unbeweglich oder beweglich sein. **Verschlossen** ist das Behältnis, wenn sein Inhalt durch ein Schloss, eine sonstige technische oder elektronische Schließvorrichtung oder auf andere Weise gegen einen ordnungswidrigen Zugriff gesichert ist.¹⁷⁸

145

Beispiele: Nr. 2 ist daher gegeben, wenn der Täter Sachen aus einer verschlossenen Kiste, Geldkassette, Aktentasche bzw. aus einem verschlossenen Wandschrank, Briefkasten, Warenautomaten, Geldautomaten, Schaukasten, Koffer, Container oder Tresor stiehlt. Gleiches gilt hinsichtlich eines verschlossenen Koffer- bzw. Laderaums eines Kfz, der nicht zum Betreten bestimmt ist.

Problematisch ist es, wenn der Täter **das Behältnis als Ganzes** fortschafft, um es an einem sicheren Ort aufzubrechen und sich des Inhalts anzunehmen. Hinsichtlich Behältnissen, die mühelos entwendbar bzw. abtransportierbar sind, wird teilweise die Annahme der Nr. 2 abgelehnt, da der Täter keine größere deliktische Energie aufwende und in diesen Fällen der Verschluss gar nicht die Funktion habe, die Gesamtsache gegen Wegnahme besonders zu sichern.¹⁷⁹ Danach wäre der Täter nur nach § 242 zu bestrafen, sofern nicht ein anderer Erschwerungsgrund greift. Nach der Gegenauffassung kann es aber keinen Unterschied machen, ob der Täter das Behältnis an Ort und Stelle aufricht oder es zu diesem Zweck zunächst nur fortschafft. Im Gegenteil zeige die Verbringung des Behältnisses an einen anderen Ort eher eine noch größere kriminelle Energie.¹⁸⁰ Nach dieser Ansicht ist Nr. 2 also bereits dann erfüllt, wenn der Täter das Behältnis entwendet, um später an einem sicheren Ort die Schutzvorrichtung tatsächlich zu überwinden. Aber auch nach der zuerst genannten Auffassung ist Nr. 2 erfüllt, wenn das Behältnis *nicht* mühelos entwendbar bzw. abtransportierbar ist. Denn in Fällen dieser Art kommt dem Verschluss unter Berücksichtigung der Eigenschaften des Behältnisses gerade eine besondere Sicherungsfunktion zu.

Beispiele: Das trifft insbesondere auf einen fest montierten Wandautomaten oder einen Geldautomaten zu. Werden derartige Behältnisse entwendet, ist Nr. 2 erfüllt.¹⁸¹ Befindet sich das betreffende Behältnis noch dazu in einem umschlossenen Raum (Beispiel: Geldautomat in einer Postfiliale), liegt ein Fall vor, in dem ausnahmsweise Nr. 2 neben Nr. 1 erfüllt ist (vgl. dazu Rn 132).

- Auch **andere Schutzvorrichtungen** kommen in Betracht, soweit sie nicht schon unter Nr. 1 fallen. Unter einer solchen „anderen Schutzvorrichtung“ ist jede durch Menschenhand geschaffene Einrichtung zu verstehen, die ihrer Art nach geeignet und dazu bestimmt ist, die Wegnahme einer Sache erheblich zu erschweren.¹⁸²

146

Beispiele: Autoschlösser (Tür-, Kofferraum- und Lenkradschloss), Wegfahrsperrern, Fahrradschlösser, Schutzvorrichtungen an Museumsstücken, Alarmanlagen, durch Ketten be-

¹⁷⁷ GS BGHSt 1, 158, 163.

¹⁷⁸ *Lackner/Kühl*, § 243 Rn 15. Vgl. auch BGH NSTZ 2011, 36.

¹⁷⁹ *Sch/Sch-Eser/Bosch*, § 243 Rn 25.

¹⁸⁰ BGHSt 24, 248, 250 f.; *Wessels/Hillenkamp*, BT 2, Rn 224.

¹⁸¹ Vgl. BGH wistra 2008, 20 f.

¹⁸² Vgl. *Fischer*, § 243 Rn 15; *Wessels/Hillenkamp*, BT 2, Rn 266.

festigte Gegenstände usw.; zu den elektromagnetischen Sicherungsetiketten vgl. Rn 147 Bsp. 5.

147 Das verschlossene Behältnis bzw. die andere Schutzvorrichtung muss die Sache **gegen Wegnahme besonders sichern**.

Beispiele:

- (1) Bei einem *verschlossenen Behältnis* (Kofferraum, Tresor o.ä.) wird die besondere Sicherung, wenn nicht gerade der Schlüssel steckt, stets anzunehmen sein.¹⁸³ Bei Verpackungen, Umhüllungen und Befestigungen muss durch entsprechende Einzelfallprüfung festgestellt werden, ob sie nur dem Transport dienen bzw. lediglich vor Erschütterungen, Beschädigungen oder dem Abhandenkommen schützen sollen oder ob sie auch vor Wegnahme besonders sichern.
- (2) Beim Diebstahl von Geld aus *Geldspiel-, Waren- oder Vergnügungsautomaten* ist Nr. 2 nur dann verwirklicht, wenn der Täter unter *mechanischer* Überwindung von Sicherungseinrichtungen an sein Ziel gelangt, wie dies z.B. bei Manipulationen mit Drähten der Fall ist. Erfolgte der Diebstahl des Geldes hingegen lediglich mit Hilfe von *List* (etwa durch Einwurf falscher oder ausländischer Münzen oder unter Zuhilfenahme eines mit einem Tesafilmstreifen manipulierten Geldscheines), ist Nr. 2 nicht erfüllt. Je nach Schwere der Schuld liegt dann nur ein „einfacher“ Diebstahl oder ein unbenannter Fall eines besonders schweren Diebstahls vor (vgl. bereits Rn 128c).
- (3) Ein abgeschlossenes Fahrrad ist auch dann als „besonders“ gesichert anzusehen, wenn es bspw. nicht mit einer ortsfesten Vorrichtung verbunden ist, weil bereits das Schloss den Abtransport in nennenswerter Weise erschwert.
- (4) *Keinem* besonderen Sicherungszweck dienen die normalen Befestigungen eines Autoradios (wie gesagt, steht die Qualifikation der Fahrgastzelle als umschlossener Raum i.S.v. Nr. 1 nur der Anwendbarkeit des „verschlossenen Behältnisses“, nicht aber der „anderen Schutzvorrichtung“ i.S.v. Nr. 2 entgegen).
- (5) Schwierigkeiten bereiten dagegen die Fälle, in denen ein Kaufhauskunde in Diebstahlsabsicht ein Kleidungsstück, das mit einem **elektromagnetischen Sicherungsetikett** versehen ist, anzieht und sich dann, ohne es bezahlt zu haben, zum Ausgang begibt. Während dieses Vorgangs wird er von einem Hausdetektiv beobachtet und gestellt. Nach dem zu § 242 Gesagten hat der Täter durch den sog. *Gewahrsamswechsel im „Tabubereich“* (Schaffung einer „*Gewahrsamsenklave*“) die Wegnahme und wegen vorliegender Zueignungsabsicht unabhängig von einer eventuellen Beobachtung durch den Hausdetektiv einen Diebstahl vollendet. Bei der Frage nach einem besonders schweren Fall des Diebstahls stellt sich das Problem des Sicherungsetiketts. Dieses Sicherungsetikett stellt keine besondere Schutzvorrichtung dar, weil es gerade nicht die Wegnahme verhindern soll. Vielmehr soll das Sicherungsetikett den Alarm erst am Ausgang auslösen. Daher entfaltet es seine Sicherungsleistung erst zeitlich *nach* der Vollendung der Wegnahme. Insoweit dient es lediglich der Wiedererlangung des Gewahrsams durch das Kaufhauspersonal, nicht aber der Verhinderung des Diebstahls.¹⁸⁴ Ein besonders schwerer Fall i.S.v. § 243 I S. 2 Nr. 2 muss daher ausscheiden. Zu denken wäre aber an einen unbenannten besonders schweren Fall i.S.v. § 243 I S. 1. Zur Strafbarkeit nach § 123 vgl. *Schmidt/Priebe*, BT I, Rn 997 ff.

148 Wegen seiner Relevanz soll zusammenfassend noch einmal auf den Diebstahl **von und aus Autos** eingegangen werden. Werden Sachen aus dem verschlossenen Kfz gestohlen oder Teile (z.B. Radio) abmontiert und mitgenommen, ist Nr. 1 erfüllt, wenn sie sich in der Fahrgastzelle oder im betretbaren Laderaum befanden. Für den nur von außen

¹⁸³ Vgl. auch BGH NStZ 2011, 36 (§ 243 I Nr. 2 liegt auch vor, wenn der Täter den Tresorschlüssel entwendet und damit später den Tresor öffnet) mit Bespr. v. *Kudlich*, JA 2011, 153 ff.

¹⁸⁴ Vgl. OLG Düsseldorf NJW 1998, 1002.

zugänglichen Koffer- oder nicht betretbaren Laderaum gilt Nr. 2, da es sich hier um (verschlossene) Behältnisse i.S.v. Nr. 2 handelt.¹⁸⁵ Stiehlt der Täter den Wagen als Ganzes, ist je nach Konstellation Nr. 1 oder Nr. 2 erfüllt. Für Nr. 1 ist erforderlich, dass der Einbruch in das verschlossene Kfz das „Mittel zur Ausführung der Tat“ ist, unabhängig davon, ob nur der Inhalt des Kfz oder dieses selbst gestohlen werden soll.¹⁸⁶ Wohl Nr. 2 (nicht Nr. 1) ist einschlägig, wenn der Täter die Wegfahrsperrung überwindet.

3. Regelbeispiel des § 243 I S. 2 Nr. 3

Gewerbsmäßig handelt, wem es darauf ankommt, sich aus wiederholter Begehung eine Haupt- oder wenigstens eine Nebeneinnahmequelle von einiger Dauer und einigem Umfang zu schaffen.¹⁸⁷ Liegt ein derartiges Gewinnstreben vor, ist schon die erste der ins Auge gefassten Tathandlungen als gewerbsmäßig anzusehen.¹⁸⁸

149

Hinweis für die Fallbearbeitung: Aus dem Sachverhalt muss hervorgehen, dass der Täter sich *im zu prüfenden Fall* eine nicht nur vorübergehende Einnahmequelle verschaffen möchte. Liegen nur Erkenntnisse vor, dass er sich in der Vergangenheit eine Einnahmequelle verschaffte, reicht das allein zur Annahme von Nr. 3 noch nicht aus. Der Täter muss vielmehr die Absicht haben, auch *demnächst* wieder zu stehlen. So wird ein besonders schwerer Fall nach Nr. 3 zu verneinen sein, wenn der Täter erstmalig stiehlt, es sich um keine *größeren* Werte handelt und keine Anhaltspunkte darauf schließen lassen, dass der Täter demnächst *wieder* stehlen will.¹⁸⁹ Darüber hinaus ist zu beachten, dass Nr. 3 ausschließlich subjektiv geprüft wird, d.h. die alleinige Absicht des Täters maßgebend ist. Im Übrigen genügt für die Fälle der Nrn. 1-2 und 4-7 *dolus eventualis*.

150

In analoger Erweiterung der Regelbeispiele kann auch ein (unbenannter) besonders schwerer Fall des Diebstahls anzunehmen sein, wenn zwar im konkreten Fall die Gewerbsmäßigkeit ausscheidet, dennoch ein vergleichbarer Fall vorliegt (vgl. Rn 128 ff.). Das ist etwa bei *gewohnheitsmäßigem* Stehlen der Fall. Ist der Täter Bandendieb, tritt § 242 i.V.m. § 243 I S. 2 Nr. 3 hinter § 244 I Nr. 2 subsidiär zurück.

151

4. Regelbeispiele des § 243 I S. 2 Nr. 4-7

Auf die Fälle der Nrn. 4-7 wird wegen der geringen Examensrelevanz nicht weiter eingegangen. Sollten sie dennoch einmal zu prüfen sein, sind sie mit Hilfe der Gesetzeslexiküre ohne Schwierigkeiten in den Griff zu bekommen. So ist bspw. Nr. 6 erfüllt, wenn der Täter einen Unglücksfall ausnutzt, um das hilflose Opfer zu bestehlen (sog. „Schmarotzerdiebstahl“).

152

Hinweis für die Fallbearbeitung: Verwirklicht der Täter durch ein und dieselbe Tat mehrere Regelbeispiele, sind zwar alle verwirklichten Erschwerungsgründe zu benennen, gleichwohl liegt im Ergebnis nur *ein* Diebstahl in einem besonderen schweren Fall vor. Wichtig für die rechtsfehlerfreie Prüfung des § 243 ist des Weiteren die analoge und ausschließlich begünstigende Anwendung der für *Vorsatztatbestände* geltenden Regeln des AT: So tritt die Indizwirkung der Regelbeispiele nur im Fall ihrer vorsätzlichen Verwirklichung (§ 15 analog) ein. Darüber hinaus gelten die §§ 16 I S. 1, 25-27 (analog). Für § 28 (analog) gilt folgende Besonderheit:

153

¹⁸⁵ Fischer, § 243 Rn 12; anders Sch/Sch-Eser/Bosch, § 243 Rn 28, der den Laderaum generell zu Nr. 2 zählt.

¹⁸⁶ Sch/Sch-Eser/Bosch, § 243 Rn 27.

¹⁸⁷ BGHSt 1, 383; Lackner/Kühl, vor § 52 Rn 20; Fischer, § 243 Rn 18.

¹⁸⁸ BGH NSTZ 2004, 265, 266 (zu § 263 III S. 2 Nr. 1).

¹⁸⁹ Vgl. Sch/Sch-Eser/Bosch, § 243 Rn 31; Wessels/Hillenkamp, BT 2, Rn 230.

IV. Teilnehmerstrafbarkeit und § 28

- 154 Die Strafe für Anstifter und Gehilfen richtet sich grds. (unter Berücksichtigung der obli-
gatorischen Strafmilderung für Gehilfen, § 27 II i.V.m. § 49 I) nach der für den Täter
geltenden Strafandrohung (Akzessorietät der Teilnahme). Nach den Regeln des AT folgt
allerdings aus dem Grundsatz, dass jeder Beteiligte ohne Rücksicht auf die Schuld des
anderen nach seiner Schuld bestraft wird (§ 29), eine Limitierung der Teilnahmeakzes-
sorientät auf den Tatbestand und die Rechtswidrigkeit des Haupttäters. Für § 243 bedeu-
tet das, dass der Teilnehmer grds. aus §§ 242, 243, 26 (bzw. 27 I) zu bestrafen ist,
wenn er die erschwerenden Umstände in seinen Vorsatz mit aufgenommen hat.
Allerdings besteht eine zusätzliche Akzessorietätslockerung bei *Tatbeständen*, die straf-
begründende und strafmodifizierende besondere persönliche Merkmale enthalten, vgl.
§ 28 I und II. Zweck dieser Vorschrift ist es, die jeweiligen persönlichen Merkmale von
Mittätern und Teilnehmern besonders zu berücksichtigen und strafrechtlich noch unab-
hängiger von den anderen Beteiligten zu würdigen. Für § 243 kommt lediglich § 28 II in
Betracht, da es hier um eine Strafmodifizierung (Strafschärfung) geht. Zu beachten ist
aber, dass § 28 II nur *analog* angewandt werden kann, da es sich bei § 243 *nicht* um
einen Tatbestand handelt. Aus diesem Grund bestehen auch keine Bedenken gegen
eine analoge Anwendung *zu Lasten* des Teilnehmers.
Steht fest, dass § 28 II anwendbar ist, ist zu beachten, dass diese Vorschrift das Vorlie-
gen eines besonderen persönlichen Merkmals voraussetzt. Dies nimmt die ganz h.M. nur
bei dem sog. *täterbezogenen* Regelbeispiel des § 243 I S. 2 Nr. 3 (gewerbsmäßiges
Stehlen) an.

- 155 **Hinweis für die Fallbearbeitung:** Für die Prüfung der Teilnehmerstrafbarkeit bedeu-
tet das Folgende: Ist der Teilnehmer – im Gegensatz zum Haupttäter – nicht ge-
werbsmäßig motiviert, ist er analog § 28 II nur wegen Teilnahme am (einfachen) Dieb-
stahl zu bestrafen. Handelt umgekehrt nur der Teilnehmer gewerbsmäßig, ist wegen
§ 28 II analog auch nur er wegen eines besonders schweren Falls des Diebstahls gem.
Nr. 3 zu bestrafen. Verwirklicht der Haupttäter dagegen eines der anderen (jetzt *tatbe-*
zogenen) Regelbeispiele, ist auch der Teilnehmer nach §§ 242, 243 zu bestrafen. Vor-
aussetzung dafür ist nur (nach den allgemeinen Regeln), dass der Teilnehmer entspre-
chenden Teilnehmersvorsatz bezüglich der Haupttat und des Regelbeispiels hatte.

V. § 243 und „Versuch“

- 156 Problematisch im Zusammenhang mit den besonders schweren Fällen ist die rechtliche
Behandlung des Versuchs. In Fallkonstellationen dieser Art ist zunächst festzustellen,
dass es einen Versuch eines besonders schweren Falls schon begrifflich nicht geben
kann, da die Strafbarkeit des Versuchs gemäß der Formulierung in § 22 an *Tatbestands-*
merkmale anknüpft. Regelbeispiele dagegen sind nach zutreffender h.M. weder Tatbestands-
noch Qualifikationsmerkmale, sondern Strafzumessungsregeln und stehen au-
ßerhalb von Tatbestand und Schuld (sie können also nicht versucht werden).¹⁹⁰ Gleich-
wohl bringt der Täter durch sein Verhalten einen gesteigerten Unwert zum Ausdruck,
der strafrechtlich gewürdigt werden muss. Es lassen sich hinsichtlich des Versuchs in
Bezug auf § 243 drei Konstellationen unterscheiden:
- (1) Grundtatbestand versucht – Regelbeispiel verwirklicht
 - (2) Grundtatbestand erfüllt – Regelbeispiel gewollt, aber nicht verwirklicht
 - (3) Grundtatbestand versucht – Regelbeispiel gewollt, aber nicht verwirklicht

- 157 **Hinweis für die Fallbearbeitung:** Auch beim Versuch darf auf das Regelbeispiel
erst nach der Schuldfeststellung des § 242 – zweckmäßigerweise auch erst nach Ver-

¹⁹⁰ Unzutreffend ist daher die Überschrift von *Schramm*, JuS 2008, 773, 777 („Versuchtes Regelbeispiel“).

neinung des Rücktritts – eingegangen werden. Ausführungen zum Tatentschluss oder zum unmittelbaren Ansetzen wären verfehlt, da es gerade nicht um die Prüfung eines versuchten Tatbestands geht.

1. Diebstahl versucht – Regelbeispiel verwirklicht

In dieser Konstellation wurde der Diebstahl nur versucht, das Regelbeispiel hingegen verwirklicht. Die in der Fallbearbeitung zu bildende Überschrift lautet: Strafbarkeit des T gem. §§ 242 I, II, 22, 23 I, 12 II i.V.m. § 243 I S. 2 Nr. (1-7).

158

Beispiel: T will nachts aus einem Lager Fahrzeugteile stehlen. Dazu bricht er die Hintertür auf. Auf diese Weise in das Lager gelangt, muss er feststellen, dass seine Mühe vergebens war. Die Fahrzeugteile sind nicht da. Unverrichteter Dinge muss er den Tatort verlassen.

159

T hat sich wegen versuchten Diebstahls (§ 242 I, II) strafbar gemacht. Fraglich ist jedoch, ob – da T die Hintertür aufgebrochen hat – ein besonders schwerer Fall nach § 243 I S. 2 Nr. 1 vorliegt.

Die ganz herrschende Meinung sieht in einem solchen Fall kein Problem, einen besonders schweren Fall anzunehmen. Allerdings müsse die Strafmilderungsmöglichkeit gem. §§ 23 II, 49 I angewendet werden, da die Tat insgesamt nur einen Versuch darstelle.¹⁹¹ Schließt man sich dem an, hat T sich somit wegen versuchten Diebstahls in einem besonders schweren Fall gem. §§ 242 I, II, 22, 23 I, 12 II i.V.m. § 243 I S. 2 Nr. 1 strafbar gemacht, wobei die Strafmilderungsmöglichkeit gem. §§ 23 II, 49 I anzuwenden ist.

2. Diebstahl verwirklicht - Regelbeispiel gewollt, aber nicht verwirklicht

Erfüllt der Täter zwar den Grundtatbestand, nicht aber das Regelbeispiel, obwohl er auch dieses erfüllen wollte, ist umstritten, ob diese Intention strafrechtlich sanktioniert werden kann. Die in der Fallbearbeitung zu bildende Überschrift lautet: Strafbarkeit des T gem. §§ 242 I, II, 22, 23 I, 12 II i.V.m. § 243 I S. 2 Nr. (1-7).¹⁹²

160

Beispiel: T will nachts aus einem Lager Fahrzeugteile stehlen. Als er die Hintertür aufbrechen will, stellt er völlig überrascht fest, dass diese gar nicht verschlossen ist. Über diese Stümperei hoch erfreut tritt er ein und schafft die Fahrzeugteile weg.

161

In diesem Fall hat sich T wegen Diebstahls (§ 242 I) strafbar gemacht. Fraglich ist jedoch, ob es sich strafrechtlich in irgendeiner Weise auswirkt, dass T nicht nur einen einfachen Diebstahl begehen, sondern dazu noch in ein Gebäude einsteigen wollte.

⇒ Die überwiegende Auffassung¹⁹³ macht die straf erhöhende Wirkung des Regelbeispiels von dessen vollständiger Verwirklichung abhängig. Die Versuchsregeln der §§ 22, 23 könnten auf die Regelbeispiele (Strafzumessungsregeln) nicht übertragen werden, da diese gerade keine Tatbestände darstellten. Nach dieser Ansicht kann ein „versuchtes“ Regelbeispiel nur im Rahmen einer Gesamtwürdigung der Tat zu einem unbenannten besonders schweren Fall führen oder bei der Strafzumessung des Grunddelikts berücksichtigt werden. Folgt man dieser Auffassung, hat T sich grundsätzlich nur wegen Diebstahls (§ 242 I) strafbar gemacht. Sollten die Fahrzeugteile einen gewissen Wert haben, kann man bei einer Gesamtbewertung der Tat jedoch einen unbenannten besonders schweren Fall (§ 243 I S. 1) annehmen.

¹⁹¹ Vgl. BGHSt 33, 370, 375 f.; Joecks, § 243 Rn 44; Sch/Sch-Eser/Bosch, § 243 Rn 44; Krey/Hellmann, BT II, Rn 109; Wessels/Hillenkamp, BT 2, Rn 204; anders in jüngerer Zeit an sich nur Graul, 1999, 852, 854.

¹⁹² Verfehlt wäre es, die Versuchsvorschriften (§§ 22, 23 I) hinter § 243 zu platzieren, da nur eine Tat i.S.e. Tatbestands versucht werden kann, nicht aber eine Strafzumessungsregel!

¹⁹³ Wessels/Hillenkamp, BT 2, Rn 205; Jescheck/Weigend, AT, § 49 III 2; Sch/Sch-Eser/Bosch, § 243 Rn 44; MüKo-Schmitz, § 243 Rn 84; Zieschang, Jura 1999, 561, 566; Zopfs, Jura 2007, 421, 423.

⇒ Die Gegenauffassung¹⁹⁴ hält es demgegenüber für naheliegend, die Regelbeispiele wie Tatbestandsmerkmale bzw. wie Qualifikationen zu behandeln, weil sie einen erhöhten Unrechts- und Schuldgehalt typisierten. Außerdem habe der Gesetzgeber bei der Umwandlung der Qualifikationstatbestände in Regelbeispiele (die meisten heutigen Regelbeispiele waren früher Qualifikationstatbestände) nichts an der Versuchstrafbarkeit ändern wollen. Nach dieser Gegenauffassung liegt hinsichtlich des T auf jeden Fall eine Strafbarkeit wegen versuchten Diebstahls in einem besonders schweren Fall vor (§§ 242 I, II, 22, 23 I, 12 II i.V.m. § 243 I S. 2 Nr. 1).

Stellungnahme: Da der Gesetzgeber mit der klaren Formulierung in § 22 den Versuch nur bei Tatbeständen zulässt, ist die Gegenauffassung kaum mit dem Analogieverbot (Art. 103 II GG) vereinbar. Außerdem ist die Annahme, der Gesetzgeber habe bei der Umwandlung der Qualifikationstatbestände in Regelbeispiele an der Strafbarkeit des Versuchs nichts ändern wollen, eine reine Unterstellung und nicht belegbar. Diese Bedenken hat offenbar nun auch der BGH aufgegriffen, indem er ohne weitere Begründung feststellt, dass es einen Versuch eines besonders schweren Falls im System des StGB nicht geben könne, weil die Vorschriften über besonders schwere Fälle, insbesondere die gesetzlichen Regelbeispiele, keine Tatbestände, sondern lediglich Strafzumessungsgesichtspunkte darstellten. Ein Versuch im Zusammenhang mit Regelbeispielen könne nur bei Hinzukommen weiterer Umstände und als Ergebnis einer umfassenden Gesamtwürdigung als unbenannter besonders schwerer Fall aufgefasst werden.¹⁹⁵ Dieser Auffassung ist zu folgen. Daher kann die Indizwirkung, die der Gesetzgeber den Regelbeispielen für das Vorliegen eines besonders schweren Falls beigegeben hat, nur dann bejaht werden, wenn der Täter das betreffende Regelbeispiel objektiv erfüllt hat. Rein subjektive Aspekte (Wille zur Verwirklichung) genügen nicht.

Folgt man der hier vertretenen Auffassung, hat T sich nur wegen Diebstahls (§ 242 I) strafbar gemacht. Allerdings ist es auch gut vertretbar, bei Vorliegen eines gewissen Wertes der Fahrzeugteile zumindest einen unbenannten besonders schweren Fall anzunehmen (Strafbarkeit dann aus § 242 I i.V.m. § 243 I S. 1).

3. Diebstahl versucht - Regelbeispiel gewollt, aber ebenfalls nicht verwirklicht

162 In dieser Konstellation bleibt der Täter im Versuchsstadium des § 242 stecken, und sein Bestreben, einen besonders schweren Fall zu begehen, kann er ebenfalls nicht verwirklichen. Die in der Fallbearbeitung zu bildende Überschrift lautet ebenfalls: Strafbarkeit des T gem. §§ 242 I, II, 22, 23 I, 12 II i.V.m. § 243 I S. 2 Nr. (1-7).¹⁹⁶

163 **Beispiel:** T will nachts aus einem Lager Fahrzeugteile stehlen. Als er die Hintertür aufbrechen will, stellt er völlig überrascht fest, dass diese gar nicht verschlossen ist. Über diese Stümperei hoch erfreut, tritt er ein. Doch er kann die begehrten Fahrzeugteile nicht finden. Unverrichteter Dinge muss er den Tatort verlassen.

Da sich hier die gleiche Frage stellt wie in Konstellation (2), ob das gewollte, aber nicht verwirklichte Regelbeispiel zur Annahme eines Versuchs in einem besonders schweren Fall führen kann, ist auch der Meinungsstand übertragbar. Folgt man der hier vertretenen Meinung, ist T nicht aus §§ 242 I, II, 22, 23 I, 12 II i.V.m. § 243 I S. 2 Nr. 1, sondern (lediglich) aus §§ 242 I, II, 22, 23 I, 12 II strafbar. Sofern es sich aber um besonders wertvolle Fahrzeugteile handeln sollte, ist aufgrund einer Gesamtbewertung der Tat ein unbenannter besonders schwerer Fall (§§ 242 I, II, 22, 23 I, 12 II i.V.m. § 243 I S. 1) denkbar.

¹⁹⁴ BGHSt 33, 370 ff. – 3. Senat für den Fall, dass sowohl das Grunddelikt als auch das Regelbeispiel versucht wurden. Vgl. auch *Schultze*, JA 2002, 777, 780.

¹⁹⁵ Vgl. BGH NSTZ-RR 1997, 293 – 5. Senat (zu § 176 III S. 2 Nr. 1 a.F., der nunmehr als Tatbestandsqualifikation gefasst ist - § 176a I Nr. 1 n.F.); dies verkennt *Schultze*, JA 2002, 777, 780.

¹⁹⁶ Verfehlt wäre es auch hier, die Versuchsvorschriften (§§ 22, 23 I) hinter § 243 zu platzieren (s.o.).

Fastet man die bisherigen Ausführungen zusammen, ergibt sich folgender Überblick:

164

	§ 243 erfüllt	§ 243 „versucht“
§ 242 verwirklicht	Strafbarkeit gem. §§ 242 I, 243	Nach strittiger, aber vorzugswürdiger Auffassung Strafbarkeit gem. § 242 I; bei entsprechender Gesamtbewertung aber §§ 242 I i.V.m. 243 möglich
§ 242 versucht	Strafbarkeit gem. §§ 242 I, II, 22, 23 I, 12 II i.V.m. § 243 I S. 1 oder S. 2	Strafbarkeit nach dem 3. Strafsenat des BGH gem. §§ 242 I, II, 22, 23 I, 12 II i.V.m. § 243 I S. 2; nach dem 5. Senat und der h.L. Strafbarkeit gem. §§ 242 I, II, 22, 23 I, 12 II (bei entsprechender Gesamtbewertung aber auch hier §§ 242 I, II, 22, 23 I, 12 II i.V.m. § 243 I S. 1 möglich)

VI. Ausschluss durch § 243 II (Geringwertigkeit der Sache)

§ 243 II enthält eine **zwingende Ausschlussklausel** mit einer unwiderleglichen Gegenschlusswirkung für den Fall, dass sich die Tat auf **eine geringwertige Sache bezieht**.

165

Was den **Anwendungsbereich** des § 243 II anbelangt, spricht § 243 II von den Fällen des § 243 I S. 2 Nr. 1-6. Damit ist schon einmal klar, dass sich der zwingende Ausschluss jedenfalls nicht auf die Nr. 7 bezieht. Nach der Ratio der Vorschrift ist die Ausschlusswirkung (trotz der missglückten Formulierung) aber auch auf die unbenannten Fälle i.S.v. § 243 I S. 1 zu erstrecken.¹⁹⁷

Durch die Ausschlussklausel hat der Gesetzgeber dem betreffenden Diebstahl trotz der erschwerenden Begleitumstände einen Bagatelldarakter beigemessen. Damit wird der Diebstahl in den Regelungsbereich der §§ 248a StGB, 153, 153a StPO einbezogen. Zur Beantwortung der Frage, ob es für die Anwendbarkeit des § 243 II genügt, dass die Sache objektiv geringwertig ist, oder ob sich auch der Tätersvorsatz auf die Geringwertigkeit der Sache beziehen muss, dient folgende Überlegung: § 248a setzt lediglich voraus, dass der Diebstahl (bzw. die Unterschlagung!) **objektiv** eine geringwertige Sache zum Gegenstand hat. Ob der Täter die Geringwertigkeit kannte oder infolge eines Irrtums nicht kannte, spielt keine Rolle, weil § 248a nicht den sachlichen Charakter der Tat, sondern nur die Zulässigkeit der Strafverfolgung betrifft und bei Verfahrensvoraussetzungen allein die **objektive Sachlage** entscheidet. Dadurch wird deutlich, dass sich ein Irrtum über den Wert der Sache bei § 248a nicht auswirken kann. Anders liegt es bei § 243 II. Dort geht es um die qualitative Bewertung der Tat, die davon abhängig ist, ob sie sich auf eine geringwertige Sache **bezogen** hat. Insoweit gelangt man folgerichtig zu der Annahme, dass die Vorschrift des § 243 II nur dann zur Anwendung gelangt, wenn sich die Tat **objektiv und subjektiv** auf eine geringwertige Sache bezieht.¹⁹⁸

166

Beispiel: T ist süchtig nach Gummibärchen. Als er nachts um 2.00 Uhr einen unerträglichen Heißhunger verspürt, entschließt er sich kurzerhand, in einen nahegelegenen Kiosk einzubrechen, um sich zwei Tüten herauszuholen. So geschieht es.

¹⁹⁷ Wie hier *Lackner/Kühl*, § 243 Rn 4; *Wessels/Hillenkamp*, BT 2, Rn 239; *Krey/Hellmann*, BT II, Rn 127a; anders *Mitsch ZStW* 111 (1999), 65, 73 ff.; ihm sich anschließend *Jesse*, JuS 2011, 313 ff.

¹⁹⁸ Vgl. *Wessels/Hillenkamp*, BT 2, Rn 240; *Kudlich*, JuS 1999, L 89, L 92.

Die Strafbarkeit des T aus § 242 I ist unproblematisch. Bei der Frage nach der Verwirklichung des § 243 I S. 2 Nr. 1 ist die Geringwertigkeitsklausel des § 243 II zu beachten, wonach die Annahme eines besonders schweren Falls des Diebstahls (jedenfalls in Bezug auf § 243 I S. 2 Nr. 1) zwingend ausgeschlossen ist, wenn der Gegenstand der Tat objektiv und subjektiv eine geringwertige Sache ist, die Geringwertigkeit also beim vollendeten Diebstahl wirklich und vom Vorsatz umfasst vorliegt. Vorliegend sind die beiden Tüten Gummibärchen unabhängig von der Frage, ob die Geringwertigkeitsklausel bei 25,- €, 30,- € oder 50,- € anzusetzen ist (vgl. Rn 167), objektiv eine geringwertige Sache. Auf diese Geringwertigkeit bezog sich auch der Vorsatz des T. Er ist daher „nur“ aus § 242 I strafbar (auf § 303 I wegen des Einbrechens soll nicht eingegangen werden).

167 Gering ist der Wert einer Sache, wenn nach der allgemeinen Verkehrsauffassung weder ihr Gewinn noch ihr Verlust als bedeutend anzusehen ist. Entscheidend für die Annahme der Geringwertigkeit der Sache ist in erster Linie ihr **objektiver Verkehrswert**, d.h. der Verkaufswert der Sache zur Tatzeit. Daher ist auch bspw. der gestohlene Firmenstempel im Wert von 5,- €, mit dessen Hilfe ein Millionenbetrug ermöglicht wird, geringwertig i.S.v. § 243 II.¹⁹⁹ Auf Sachen, die **keinen messbaren** Verkehrswert haben, auch wenn deren Verlust mittelbar erhebliche Vermögenswerte beeinträchtigen kann (z.B. Strafakten, Scheckformulare zur Fälschung, Girocards zum Zweck des unbefugten Gebrauchs, Personalausweis), passt die Vorschrift des § 243 II nicht (vgl. auch Rn 8). In diesen Fällen bleibt es bei der Regelung des § 243 I.²⁰⁰ Das ist kein Wertungswiderspruch zum o.g. Firmenstempel, weil es gerade auf den Verkehrswert des Diebstahlsobjekts ankommt.

Hinsichtlich der **Wertgrenze**, bei der noch von einer Geringwertigkeit der Sache gesprochen werden kann, hat der BGH den Tatrichtern bisher keine starren Regeln vorgegeben, sondern (mit Blick auf die allgemeine Verkehrsauffassung) dem tatrichterlichen Ermessen Raum gelassen. Im Hinblick auf die seit der Euro-Einführung festzustellende deutliche Teuerungsrate gerade der kleinpreisigen Artikel dürfte aktuell eine Wertgrenze von **50,- €** angemessen sein.²⁰¹ Bei mehreren Tatbeteiligten sowie im Rahmen einer natürlichen Handlungseinheit kommt es auf die **Gesamtmenge** und den **Gesamtwert** der Diebesbeute an.²⁰²

Ob darüber hinaus auch **persönliche** (vor allem wirtschaftliche) **Verhältnisse des Geschädigten** wie Armut, besonderer Affektionswert (persönlicher Wert; Liebhaberwert) berücksichtigt werden können oder müssen, ist umstritten. Der BGH macht den Tatrichtern auch hier keine zwingenden Vorgaben.²⁰³ Sachgerecht dürfte es sein, in Fällen, in denen der Geschädigte auch durch den Verlust einer objektiv geringwertigen Sache **fühlbar geschädigt** wurde und der Täter dies im Tatzeitpunkt billigend in Kauf genommen hat, ein Bagatellunrecht und damit § 243 II auszuschließen.²⁰⁴

¹⁹⁹ Vgl. dazu BGH NSTZ 1981, 62.

²⁰⁰ H.M., vgl. nur Sch/Sch-Eser/Bosch, § 248a Rn 7; Lackner/Kühl, § 248a Rn 3; Wessels/Hillenkamp, BT 2, Rn 243; OLG Hamm 10.2.1011 – III 3 RVs 103/10 (BeckRS 2011, 07785) zu § 248a.

²⁰¹ Wie hier OLG Frankfurt/M NSTZ-RR 2008, 311; OLG Hamm NJW 2003, 3145; OLG Hamm wistra 2004, 34; OLG Zweibrücken NSTZ 2000, 536; Lackner/Kühl, § 248a Rn 3; MK-Hohmann, § 248a Rn 6; Mitsch, BT 2/1, § 1 Rn 214; Wessels/Hillenkamp, BT 2, Rn 242; Henseler, StV 2007, 323, 326; dem sich anschließend Jahn, JuS 2008, 1024 f. und Kudlich/Noltensmeier/Schuh, JA 2010, 342, 343. Die sonst in Rspr. und Lit. seit ca. 20 Jahren unverändert genannte Größe von umgerechnet 25,- bis 30,- € (BGH 9.7.2004 - 2 StR 176/04; Fischer, § 248a Rn 3; OLG Oldenburg NSTZ-RR 2005, 111) dürfte angesichts der erwähnten Teuerungsrate überholt sein; sie ist daher abzulehnen.

²⁰² Lackner/Kühl, § 248a Rn 3; Wessels/Hillenkamp, BT 2, Rn 242.

²⁰³ Vgl. BGH GA 1957, 17, 19.

²⁰⁴ Wie hier Fischer, § 248a Rn 3; Lackner/Kühl, § 248a Rn 3; Wessels/Hillenkamp, BT 2, Rn 242; anders MK-Schmitz, § 243 Rn 64; Sch/Sch-Eser/Bosch, § 248a Rn 7; Krey/Hellmann, BT II, Rn 127.

Dadurch, dass sich auch der Tätervorsatz auf die Geringwertigkeit der Sache beziehen muss, sind zwei **Irrtumskonstellationen** denkbar: 168

- Der Täter hält eine in Wirklichkeit hochwertige Sache für geringwertig. 169

Beispiel 1: T bricht in das maritime Privatmuseum des O ein und stiehlt einen alten Schiffskompass, den er für geringwertig hält. Tatsächlich hat dieser aber einen messbaren Verkehrswert von 300,- €.

- Der Täter hält eine in Wirklichkeit geringwertige Sache für hochwertig. 170

Beispiel 2: Wieder bricht T in das maritime Privatmuseum des O ein. Diesmal stiehlt er aber einen alten Chronographen, den er für wertvoll hält. Tatsächlich hat dieser aber nur einen messbaren Verkehrswert von 40,- €.

Zur Lösung dieser Irrtumskonstellationen ist der bereits erläuterte Umstand heranzuziehen, dass § 243 II nur dann greift, wenn die Sache objektiv geringwertig ist **und** sich der (Quasi-)Vorsatz des Täters *bei Erfüllung des Regelbeispiels* auch lediglich auf die Erlangung einer geringwertigen Sache bezog. **Fehlt eine der beiden Komponenten, liegt ein besonders schwerer Fall des Diebstahls vor.** 171

In **Beispiel 1** kann § 243 II also nicht greifen, sodass aufgrund der Indizwirkung der in § 243 I S. 2 genannten Regelbeispiele grds. von einem besonders schweren Fall (hier § 243 I S. 1 Nr. 1) auszugehen ist. Lediglich wenn man bei einer (letztlich entscheidenden) wertenden Gesamtbetrachtung zu dem Ergebnis kommt, dass die Bestrafung des T aus dem erhöhten Strafraum des § 243 unverhältnismäßig wäre, greift die Indizwirkung nicht.

Auch in **Beispiel 2** scheitert die Anwendbarkeit des § 243 II, und zwar diesmal am subjektiven Bezug. Dennoch wird auch hier letztlich eine wertende Gesamtbetrachtung darüber entscheiden, ob T wegen eines besonders schweren Falls des Diebstahls zu bestrafen ist.

Hinweis für die Fallbearbeitung: Dadurch, dass in der Regelung des § 243 II eine Geringwertigkeitsklausel mit Gegenschlusswirkung gesehen werden kann, empfiehlt es sich in der Fallbearbeitung, zunächst auf das Vorliegen eines oder mehrerer Regelbeispiele einzugehen und erst danach § 243 II zu prüfen.²⁰⁵ Dabei ist zu beachten, dass § 243 II nur dann greift, wenn die gestohlene Sache *objektiv geringwertig* ist und der (Quasi-)Vorsatz des Täters *bei Erfüllung des Regelbeispiels* auch lediglich auf die Erlangung einer geringwertigen Sache gerichtet war. Diese Grundregel, mit der sich nahezu jeder Fall lösen lässt, gilt ebenso für den Vorsatzwechsel.²⁰⁶

172

Schwierigkeiten bereiten auch die Fälle, in denen der Täter *während* der Tat (d.h. zwischen Versuch und Vollendung!) einen **Vorsatzwechsel** hat. Es kommen drei Konstellationen in Betracht. 173

- Ursprünglich Vorsatz bezüglich einer geringwertigen Sache, Wegnahme einer hochwertigen Sache 174

Beispiel: T bricht nachts in das maritime Privatmuseum des O ein, um einen bestimmten Schiffskompass (Wert 40,- €) zu stehlen. Als er diesen nicht findet, entschließt er sich, einen anderen Kompass im Wert von 400,- € mitzunehmen. So geschieht es.

Zwar ist T lediglich zur Begehung eines Diebstahls bezüglich einer geringwertigen Sache eingebrochen, nach h.M. ist es für die **Gesamtbeurteilung der Tat** jedoch unwesent-

²⁰⁵ Gleichermaßen gangbar *Wessels/Hillenkamp*, BT 2, Rn 244 (zustimmend *Zopfs*, Jura 2007, 421, 422), der mit dem Argument der weichenstellenden Funktion der Geringwertigkeitsklausel diese *vor* den Regelbeispielen erörtert.

²⁰⁶ Vgl. dazu sogleich Rn 173 ff.

lich, ob der Diebstahlsvorsatz zunächst auf die Wegnahme einer geringwertigen Sache beschränkt war oder ob er dahin ging, alles Stehlenswerte mitzunehmen. Deshalb ist T bei aufrechterhaltenem Diebstahlsvorsatz (hier: **Vorsatzerweiterung**) wegen Diebstahls in einem besonders schweren Fall strafbar (str.).²⁰⁷

- 175 ■ Ursprünglich Vorsatz bezüglich einer hochwertigen Sache, Wegnahme einer geringwertigen Sache

Beispiel: Wieder bricht T in das maritime Museum des O ein, um einen bestimmten Schiffskompass (Wert 400,- €) zu stehlen. Als er diesen nicht findet, entschließt er sich, einen anderen Kompass im Wert von 40,- € mitzunehmen. So geschieht es.

Hier liegt zwar eine **Vorsatzverengung** vor. Nach dem zu der ersten Konstellation Gesagten kann aber hier nichts anderes gelten. Im Zeitpunkt der Verwirklichung des Regelbeispiels Nr. 1 bezog sich der Vorsatz des T auf den Diebstahl einer hochwertigen Sache. Der einheitliche Geschehensablauf, auf den abzustellen ist, muss auch die Vorsatzverengung unberücksichtigt lassen. Somit liegen die für § 243 II kumulativ zu erfüllenden Voraussetzungen nicht vor. Bei einer Gesamtbewertung der Tat hat sich T auch hier wegen Diebstahls in einem besonders schweren Fall strafbar gemacht (a.A. vertretbar).

- 176 ■ Endgültige Aufgabe des ursprünglichen Diebstahlsvorsatzes und Fassen eines neuen Vorsatzes, der vom ursprünglichen unabhängig ist

Beispiel: Nachdem es die vorigen Male so gut geklappt hat, bricht T noch einmal in das Schiffsmuseum des O ein. Diesmal möchte er einen bestimmten Sextanten (Wert 600,- €) stehlen. Als er diesen erblickt, überkommt ihn plötzlich ein Gefühl der Reue, sodass er von seinem geplanten Vorhaben Abstand nimmt. Auf dem Weg nach draußen entdeckt er zufällig eine Schachtel Pralinen, deren Wert er zutreffend mit 10,- € einschätzt. Er entschließt sich, diese einzustecken und dann das Museum zu verlassen. So geschieht es.

Hier ist T von dem durch *Einsteigen* begangenen Versuch, eine bestimmte Sache im Wert von 600,- € zu stehlen, gemäß § 24 I S. 1 wirksam zurückgetreten. Dies konnte er, weil der Rücktritt freiwillig erfolgte, die Tat noch nicht vollendet war und er seinen diesbezüglichen Tatentschluss **endgültig aufgegeben** hatte. Erst **danach** fasste er einen **neuen Tatentschluss** bezüglich der Pralinen. Bei einer Gesamtbewertung des Geschehens kann daher nicht mehr von einem einheitlichen Tatgeschehen gesprochen werden. Vielmehr lag eine Zäsur vor, die dazu führt, dass zwei Taten angenommen werden müssen, die jeweils unabhängig voneinander zu würdigen sind. Bezüglich der ersten Tat konnte T – wie gesehen – mit Blick auf den Diebstahl strafbefreiend zurücktreten. Er ist aber wegen Hausfriedensbruchs (§ 123) und ggf. wegen Sachbeschädigung (§ 303) strafbar. Die zweite Tat führt zu einer Strafbarkeit wegen (einfachen) Diebstahls in Tatmehrheit mit Hausfriedensbruch. Der Hausfriedensbruch wird hier deshalb nicht konsumiert, weil der vorhergehende Erschwerungsgrund des Einsteigens, der zur Konsumtion führen würde, den nachfolgenden Diebstahl nicht erfasst, da T nicht „zur Ausführung dieser Tat“ eingestiegen ist. Aus demselben Grund kommt es auch auf § 243 II (Wert der Pralinen!) nicht mehr an.

VII. Prozessvoraussetzungen (Strafverfolgungsvoraussetzungen)

- 177 Gemäß § 248a werden der einfache Diebstahl (§ 242) und die Unterschlagung (§ 246) geringwertiger Sachen (vgl. dazu Rn 167) 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 (sog. **bedingtes Antragsdelikt**).²⁰⁸

²⁰⁷ Vgl. BGHSt 22, 350, 351; Sch/Sch-Eser/Bosch, § 243 Rn 55; Lackner/Kühl, § 243 Rn 6; LK-Ruß, § 243 Rn 41; Wessels/Hillenkamp, BT 2, Rn 249; anders SK-Hoyer, § 243 Rn 53; Kindhäuser, BT II, § 3 Rn 50.

²⁰⁸ Vgl. dazu näher Hartmann/Schmidt, StrafProzR, Rn 73 ff.

Das zwingende Antragserfordernis des **§ 247 (unbedingtes Antragsdelikt)** gilt dagegen für *alle* Taten nach den §§ 242 bis 246 (also auch für die qualifizierenden Fälle der §§ 243 bis 244a). Ferner ist die entsprechende Anwendung des § 247 in den §§ 259 II, 263 IV, 263a II, 265a III, 266 II vorgesehen. Ratio des § 247 ist es, das Strafrecht aus dem familiären und häuslichen Bereich weitestgehend herauszuhalten. Konflikte sollen innerhalb dieser Gemeinschaft bewältigt werden. Zum Begriff des „Angehörigen“ vgl. § 11 I Nr. 1, zum „Vormund“ §§ 1773 ff. BGB und zum „Betreuer“ §§ 1896 ff. BGB. Eine häusliche Gemeinschaft setzt den freien und ernstlichen Willen der Mitglieder zum Zusammenleben auf eine gewisse Dauer voraus. Dies ist bei Familien- und Hofgemeinschaften, Wohn- und Lebensgemeinschaften, Internaten, Klöstern und Altersheimen der Fall, nicht aber in Pflichtgemeinschaftsunterkünften wie Bundeswehr-, Bundes- oder Landespolizeikasernen oder gar in Haftanstalten u.ä.

178

VIII. Konkurrenzen/Aufbauregeln

Da § 243 lediglich eine Strafzumessungsregel (und nicht etwa eine Tatbestandsqualifikation) darstellt, kann es ein Konkurrenzverhältnis zu anderen Vorschriften (auch zu § 242) nicht geben. Ein solches kann aber stets zwischen §§ 242 i.V.m. § 243 und anderen *Tatbeständen* anzunehmen sein.

179

- In Betracht kommt zunächst **Konsumtion**. Nach h.M.²⁰⁹ liegt ein Fall der Konsumtion vor, wenn der Täter einen Straftatbestand verwirklicht, der weder im Wege der Spezialität noch im Wege der Subsidiarität verdrängt wird, der aber - trotz anderer Schutzrichtung - neben einem anderen Straftatbestand **regelmäßig und typischerweise** - nicht notwendigerweise - mit verwirklicht und mit der Bestrafung aus dem vorrangigen Tatbestand mit abgegolten wird. Es handelt sich hierbei regelmäßig um die sog. **mitbestrafte Begleittat**.

180

Beispiel: T bricht nachts in die Werkstatt des O ein. Zu diesem Zweck musste er ein Kellerfenster einschlagen. Aus der Werkstatt entwendet er einige Werkzeuge.

Hier hat T neben dem Diebstahl in einem besonders schweren Fall (§§ 242 I, 243 I S. 2 Nr. 1) auch eine Sachbeschädigung (§ 303 I) und einen Hausfriedensbruch (§ 123) begangen. Nach der h.L. stellen diese Taten typische Begleittaten des Einbruchdiebstahls dar; sie würden daher von §§ 242, 243 I S. Nr. 1 im Wege der Gesetzeskonkurrenz (hier: Konsumtion) verdrängt.²¹⁰ Das Gleiche gilt nach h.L. für §§ 303 I, 123 in Bezug auf den Wohnungseinbruchdiebstahl gem. § 244 I Nr. 3. Auch diese würden von § 244 I Nr. 3 verdrängt.

Eine **Einschränkung** erfährt der Grundsatz der Konsumtion nach der Rechtsprechung des BGH²¹¹ aber dann, wenn der Hausfriedensbruch (zusätzlich) dazu dient, die Begehung **weiterer Straftaten** zu ermöglichen. § 123 erlangt dann eigenständige Bedeutung. Das Gleiche gilt hinsichtlich der **Sachbeschädigung**, wenn diese **vom regelmäßigen Tatbild des Einbruchdiebstahls abweicht**, also gerade *nicht* typische Begleittat zu diesem ist. In derartigen Fällen stehen – bei Befolgung der BGH-Rechtsprechung – die §§ 123, 303 I in **Tateinheit** (Idealkonkurrenz) zu §§ 242, 243.

Beispiel²¹²: T bricht nachts in einen Laden für Mobiltelefone ein, um sich dort zu bedienen. Dabei verwüstet er auch noch nebenbei den Laden und verursacht einen Sachschaden.

Hier ist die Sachbeschädigung gerade nicht typische Begleiterscheinung des Einbruchdiebstahls, sondern steht je nach innerer Tatseite in Tateinheit oder Tateinheit zu die-

²⁰⁹ BGH NJW 2002, 150 f.; BGHSt 46, 24, 25; *Wessels/Beulke*, AT, Rn 791; *Lackner/Kühl*, Vor § 52 Rn 27.

²¹⁰ Vgl. *LK-Rissing-van Saan*, vor § 52 Rn 146; *SK-Hoyer*, § 243 Rn 58; *Sch/Sch-Eser/Bosch*, § 243 Rn 59; *Wessels/Beulke*, AT, Rn 791. Skeptisch BGH NJW 2002, 150, 151 (der Tateinheit favorisiert).

²¹¹ BGH NJW 2002, 150.

²¹² Vgl. BGH NJW 2002, 150.

sem. Generell steht der BGH der Annahme einer Konsumtion skeptisch gegenüber und favorisiert vielmehr eine Tateinheit. Denn beim Einbruchdiebstahl werde keineswegs typischerweise auch eine Sache beschädigt. Beim Einsteige- und Nachschlüsseldiebstahl liege dies auf der Hand. Überdies habe die fortgeschrittene technische Entwicklung dazu geführt, dass zum Verschließen oder Sichern von Sachen zunehmend auch elektronische Sicherungssysteme verwendet werden, die sich mit Magnetstreifen und Codekarten – also intelligent und nicht mit Gewalt – bedienen lassen. Daher sei das Aufbrechen von Türen **keineswegs mehr typischerweise Begleittat** eines Einbruchdiebstahls, sondern stehe in **Tateinheit** mit diesem.

- 181 ■ Liegt dagegen einer der Tatbestände der §§ 244, 249 oder 250 vollendet vor, erlangen die §§ 123, 303 I (abgesehen von dem Konsumtionsfall des § 244 I Nr. 3) naturgemäß wieder eigenständige Bedeutung und konkurrieren mit § 244, § 249 bzw. § 250 **ideal**.²¹³ Dem liegt folgende Überlegung zugrunde: Typischerweise verwirklicht der Täter im Falle des Einbruchdiebstahls (§ 242 I i.V.m. § 243 I S. 2 Nr. 1) auch die Tatbestände des Hausfriedensbruchs (§ 123) und der Sachbeschädigung (§ 303 I). Unterstellt, dies trifft auch auf den in der Klausur zu untersuchenden Fall zu, werden die §§ 123 und 303 I von § 242 I i.V.m. § 243 I S. 2 Nr. 1 im Wege der Gesetzeskonkurrenz (hier: Konsumtion) verdrängt. Wird § 242 I i.V.m. § 243 jedoch seinerseits verdrängt, etwa weil der Täter durch den Einbruchdiebstahl den Tatbestand des § 244 oder des § 249 verwirklicht, leben die §§ 123, 303 I wieder auf, weil der sie verdrängende § 242 I i.V.m. § 243 seinerseits (von §§ 244 oder 249) verdrängt wird. In diesem Fall ist der Täter tateinheitlich aus §§ 249 (oder 244), 123, 303 I zu bestrafen. Nach der BGH-Rechtsprechung gilt dies erst recht, wenn die §§ 123 und 303 I **keine typischerweise verwirklichten Begleittaten** eines Einbruchdiebstahls sind.

Hinweis für die Fallbearbeitung: Soweit Konsumtion angenommen werden kann, wird die Verwirklichung der konsumierten Delikte (ohne diese separat zu prüfen) grds. lediglich am Ende der Diebstahlsprüfung festgestellt. Wird das Gutachten dagegen nicht nach dem Prinzip, dass zunächst die schwerwiegenderen Delikte geprüft werden („Dickschiffe vorne“), aufgebaut, sondern historisch, ist eine separate Prüfung dieser Delikte allerdings zwingend, auch wenn sie (später) zurücktreten.

Zum Verhältnis zwischen **Wohnungseinbruchdiebstahl** gem. § 244 I Nr. 3 und „einfachem“ Einbruchdiebstahl gem. § 242 I i.V.m. § 243 I S. 2 Nr. 1 vgl. bereits Rn 135.

- 182 ■ In Betracht kommt auch die **Subsidiarität**. So ist die Unterschlagung (§ 246) aufgrund ihrer formellen Subsidiarität (vgl. § 246 a.E.) nur dann anwendbar, wenn Diebstahl (auch der versuchte!) nicht vorliegt.
- 183 ■ Verfährt der Dieb nach der Wegnahme mit der Sache so, wie er es als Eigentümer könnte, liegt keine neue Straftat, sondern allenfalls eine mitbestrafte Nachtat (**Konsumtion**) vor, soweit das Rechtsgut des § 242 erneut verletzt wird (beispielsweise bei Verwertung oder Beschädigung der Sache). Wird dagegen ein anderes Rechtsgut verletzt, kommt **Realkonkurrenz** in Betracht. Beispiel: Die gestohlene Sache wird an einen gutgläubigen Dritten verkauft. Da hier der Dritte wegen § 935 I BGB nicht Eigentümer werden kann (beachte aber § 935 II BGB), steht der damit verwirklichte Betrug in Realkonkurrenz zum vorherigen Diebstahl.

²¹³ Vgl. auch den Umkehrschluss zu *Fischer*, § 243 Rn 30.

C. Computerbetrug (§ 263a)

Die Strafnorm des § 263a wurde nachträglich (d.h. 1986) in das StGB aufgenommen, um bestehende Strafbarkeitslücken zu schließen, die darin bestanden, dass bei einer missbräuchlichen Benutzung von Datenverarbeitungsanlagen mangels Täuschungspartner (generell: mangels personenbezogener Merkmale) ein Betrug ausscheidet. Denn der Betrugstatbestand setzt eine Täuschung, also eine Einwirkung auf das intellektuelle Vorstellungsbild eines anderen Menschen mit dem Ziel der Irreführung voraus. Bei dem Ingangsetzen bspw. des Geldausgabemechanismus eines Geldautomaten oder bei der Eingabe eines gefälschten Überweisungsträgers in ein Bankterminal, das vollautomatisch die Echtheit der Überweisungsträger prüft und die Überweisung vornimmt, ist das nicht der Fall, weil hier nicht auf das intellektuelle Vorstellungsbild eines Menschen eingewirkt, sondern nur ein vollautomatisierter Datenverarbeitungsprozess in Gang gesetzt wird.

- 663 Mit der am 1.4.2004 in Kraft getretenen Änderung des StGB durch das 35. StrÄndG vom 22.12.2003 wurden die Absätze III und IV angefügt. § 263a III stellt die Vorbereitungshandlungen unter Strafe; § 263a IV sieht die Möglichkeit der tätigen Reue vor.

Aufgrund der zunehmenden Computerkriminalität hat der Computerbetrug erhebliche **Examensrelevanz** bekommen.

Hinweis für die Fallbearbeitung: Aufgrund des Umstands, dass § 263a Strafbarkeitslücken in Bezug auf § 263 schließen soll, empfiehlt es sich in der Fallbearbeitung, mit der Prüfung des § 263 zu beginnen, die Verwirklichung dieses Tatbestands am Merkmal der Täuschung scheitern zu lassen, um sodann auf § 263a einzugehen und diesen Tatbestand durchzuprüfen.

664

Computerbetrug (§ 263a I, II)

I. Tatbestand

1. Objektiver Tatbestand

Alle in § 263a I Var. 1-4 genannten Tathandlungen setzen voraus, dass der Täter das Vermögen eines anderen dadurch beschädigt, dass er **das Ergebnis eines Datenverarbeitungsvorgangs beeinflusst**. Dieses Erfordernis tritt bei § 263a an die Stelle von Irrtum u. Vermögensverfügung. Der Begriff des Vermögensschadens ist mit dem des § 263 identisch.

- Unter **Daten** sind alle codierten und codierbaren Informationen unabhängig vom Verarbeitungsgrad zu verstehen. Dazu zählen auch der Verarbeitung dienende Programme, weil sie als fixierte Arbeitsanweisungen an den Computer aus Daten zusammengefügt sind.
- Unter **Datenverarbeitung** sind die technischen Vorgänge zu verstehen, bei denen durch Aufnahme von Daten und ihre Verknüpfung Arbeitsergebnisse erzielt werden.
- Der Täter muss durch seine Tathandlung **das Ergebnis beeinflussen**, d.h. für das Verarbeitungsergebnis zumindest mitursächlich geworden sein.

a. Unrichtige Gestaltung des Programms (Var. 1)

Die 1. Variante erfasst sog. **Programmmanipulationen**. Ein Programm ist eine durch Daten fixierte Arbeitsanweisung an den Computer. „Unrichtig“ ist die Programmgestaltung, wenn die Arbeitsanweisung auf betrugsrelevante Tatsachen bezogen ist und wenn sie bewirkt, dass die Daten zu einem Ergebnis verarbeitet werden, das inhaltlich objektiv unrichtig ist.

b. Verwendung unrichtiger oder unvollständiger Daten (Var. 2)

Hier werden Fälle erfasst, in denen eingegebene Daten in einen anderen Zusammenhang gebracht oder unterdrückt werden, sog. **Input- oder Eingabemanipulationen**.

- **Unrichtig** sind die Daten, wenn die mit ihnen dargestellten Informationen falsch sind, also die Wirklichkeit bzw. den Lebenssachverhalt unzutreffend wiedergeben.

- Daten sind **unvollständig**, wenn Informationen über „wahre“ Tatsachen pflichtwidrig vor-enthalten werden.
- **Verwendet** werden Daten, wenn sie in den Datenverarbeitungsprozess eingeführt werden (dazu näher in Var. 3).

c. Unbefugte Verwendung von Daten (Var. 3)

- **Verwendung** von Daten: Während eine weite Auslegung jede Nutzung von Daten genügen lässt, verlangt die (zutreffende) enge Auslegung eine Eingabe von Daten gerade in den Datenverarbeitungsprozess. Das Befolgen der engen Auslegung führt dazu, dass der Anwendungsbereich des Auffangtatbestands des § 263a I Var. 4 ausgedehnt wird (vgl. dort).
- **Unbefugte** Verwendung von Daten: Auch die Auslegung des Merkmals „unbefugt“ ist äußerst umstritten und sehr **prüfungs-** bzw. **examensrelevant**. Folgende Ansichten müssen bekannt sein:
 - ⇒ Nach der am weitesten gehenden sog. **subjektivierenden** Auslegung ist jede Datenverarbeitung „unbefugt“, die dem wirklichen oder mutmaßlichen *Willen des Rechtsgut-inhabers* (des Berechtigten) widerspricht.
 - ⇒ Vertreter der engen, sog. **computerspezifischen** Auslegung stellen darauf ab, ob der einer Datenverwendung entgegenstehende *Wille des Betreibers* im Computerprogramm berücksichtigt ist. Entscheidend ist danach, ob die Befugnis des Verwenders der Daten im Programmablauf Niederschlag gefunden hat, also vom Programm selbst überprüft wird. Diese Überprüfung findet regelmäßig durch eine entsprechende Nachfrage, etwa durch Anforderung und Überprüfung der persönlichen Geheimnummer, der PIN, statt.
 - ⇒ Eine vermittelnde Ansicht, die § 263a I Var. 3 **betrugsspezifisch** auslegt, orientiert sich an § 263 und verlangt ein täuschungsäquivalentes Verhalten des Täters. Entscheidend ist danach, ob die Verwendung der Daten gegenüber einem Menschen als zumindest schlüssige Vorspiegelung der Befugnis zu deuten wäre. Durch ihre Anlehnung an § 263 entspricht sie dem Zweck des § 263a, lediglich bestehende Strafbarkeitslücken zu schließen, die darin bestanden, dass bei einer missbräuchlichen Benutzung von Datenverarbeitungsanlagen ein Betrug ausscheidet. Ihr ist daher zu folgen.

d. Sonst unbefugte Einwirkung auf den Ablauf (Var. 4)

Die letzte Tatvariante des § 263a I soll nach Auffassung des Gesetzgebers als **Auffangtatbestand** fungieren und die noch verbleibenden, von den anderen Tatvarianten nicht gedeckten Manipulationen erfassen. Die Reichweite der 4. Variante hängt also maßgeblich davon ab, wie viele der denkbaren Computerdelikte man bereits unter die ersten drei Varianten (insbesondere unter die 3. Variante) subsumieren konnte. Dies wiederum hängt davon ab, ob man für die „Verwendung von Daten“ i.S. der 2. und 3. Variante mit der zutreffenden h.M. eine Eingabe in den Datenverarbeitungsprozess voraussetzt oder jede Nutzung von Daten genügen lässt.

2. Subjektiver Tatbestand

Vorsatz (mindestens *dolus eventualis*) und **Absicht** (*dolus directus* 1. Grades) der rechtswidrigen und stoffgleichen eigen- oder fremdnützigen Bereicherung.

II. Rechtswidrigkeit und III. Schuld: Es gelten die allgemeinen Grundsätze.

IV. Strafzumessungsregel (§ 263 III) und Qualifikation (§ 263 V)

Nach § 263a II gilt § 263 II bis VII entsprechend (insbesondere: Strafbarkeit des Versuchs, besonders schwere Fälle und §§ 247, 248a).

I. Tatbestand

1. Objektiver Tatbestand

- 665 § 263a I formuliert zwar einen eigenständigen Tatbestand, entspricht aber in seiner Struktur dem des § 263 I. Alle in § 263a I Var. 1-4 genannten Tathandlungen setzen voraus, dass der Täter das Vermögen eines anderen dadurch beschädigt, dass er **das Ergebnis eines Datenverarbeitungsvorgangs beeinflusst**. Dieses Erfordernis tritt bei § 263a an die Stelle von Irrtum und Vermögensverfügung. Der Datenverarbeitungsvorgang muss also **vermögenserheblich** sein.⁸²⁷ Der Begriff des Vermögensschadens ist mit dem des § 263 identisch.
- 666 ■ Der Begriff der **Daten** ist gesetzlich nicht näher bestimmt. Mit Blick auf den Zweck der Vorschrift ist er aber weit zu verstehen. Nach h.M. umfasst er alle codierten und codierbaren Informationen unabhängig vom Verarbeitungsgrad (z.B. Eingabe-, Stamm- und Ausgabedaten usw.) und erfasst daher auch der Verarbeitung dienende Programme, weil sie als fixierte Arbeitsanweisungen an den Computer aus Daten zusammengefügt sind.⁸²⁸ Der Begriff der „Daten“ i.S.v. § 263a ist damit weiter als der i.S.v. § 202a II.
- 667 ■ Unter **Datenverarbeitung** sind die technischen Vorgänge zu verstehen, bei denen durch Aufnahme von Daten und ihre Verknüpfung Arbeitsergebnisse erzielt werden. Soweit das Gesetz von **Datenverarbeitungsvorgängen** spricht, sind nur die konkreten, dem jeweiligen Ergebnis einer EDV vorhergehenden Vorgänge gemeint.⁸²⁹

Hinweis für die Fallbearbeitung: Obwohl Daten auch in rein mechanisch wirkenden Geräten verarbeitet werden können, dürfen Datenverarbeitungen, die zur Verwirklichung des § 263a führen können, nur in **EDV-Anlagen** vorkommen; anderenfalls würde die Vorschrift des § 265a (Automatenmissbrauch) funktionslos.⁸³⁰ Da andererseits aber in nahezu allen Waren- und Leistungsautomaten elektronische Geldprüfvorrichtungen enthalten sind, die das eingeworfene Geld erst aufgrund des Ergebnisses einer Datenverarbeitung akzeptieren, fällt der Missbrauch solcher Automaten im Allgemeinen unter § 263a.

- 668 ■ Die Tathandlung des Täters muss **das Ergebnis beeinflusst** haben, d.h. für das Verarbeitungsergebnis zumindest mitursächlich geworden sein; eine Beeinflussung setzt keinen bereits in Gang befindlichen Datenverarbeitungsvorgang voraus. Vgl. dazu insbesondere das bei Rn 696 dargestellte Beispiel zum **Leerspielen von Geldspielautomaten**.
- 669 Die **Tathandlungen**, die im Verhältnis zu § 263 an die Stelle der Täuschung treten, sind in § 263a I Var. 1-4 **abschließend aufgezählt** und (wegen Art. 103 II GG) nicht durch Analogie erweiterungsfähig.⁸³¹

a. Unrichtige Gestaltung des Programms (§ 263a I Var. 1)

- 670 Die 1. Variante erfasst sog. **Programmmanipulationen**. Ein Programm ist eine durch Daten fixierte Arbeitsanweisung an den Computer.
- 671 **„Unrichtig“** ist die Programmgestaltung, wenn die Arbeitsanweisung auf betrugsrelevante Tatsachen bezogen ist und wenn sie bewirkt, dass die Daten zu einem Ergebnis verarbeitet werden, das inhaltlich objektiv unrichtig ist.⁸³²

⁸²⁷ Vgl. LK-*Tiedemann*, § 263a Rn 65; *Laue*, JuS 2002, 359, 363; *Eisele/Fad*, Jura 2002, 305, 306.

⁸²⁸ *Lackner/Kühl*, § 263a Rn 3; *Hilgendorf*, JuS 1996, 509, 511; *Eisele/Fad*, Jura 2002, 305, 306; *Laue*, JuS 2002, 359, 362. Zum Begriff der Daten i.S.v. § 202a vgl. Rn 717c.

⁸²⁹ *Lackner/Kühl*, § 263a Rn 4.

⁸³⁰ LK-*Tiedemann*, § 263a Rn 1 u. 22.

⁸³¹ Vgl. *Hellmann*, JuS 2001, 353, 356.

⁸³² *Fischer*, § 263a Rn 6; *Lackner/Kühl*, § 263a Rn 7; *SK-Hoyer*, § 263a Rn 22 ff.; LK-*Tiedemann*, § 263a Rn 30.

Da sich auch Programme aus Daten zusammensetzen und die Verwendung unrichtiger oder unvollständiger Daten von der 2. Variante erfasst wird, kann es sich bei der 1. Variante nur um einen Spezialfall der 2. Variante handeln. Der Gesetzgeber wollte die Variante wegen der spezifischen Gefährlichkeit einer Programmmanipulation besonders hervorheben.

Beispiel: Der Systemadministrator einer Firma gestaltet im Einvernehmen mit dem Firmeninhaber das Lohnabrechnungsprogramm so, dass die Löhne und Gehälter der Arbeitnehmer niedriger berechnet werden als gesetzlich vorgegeben. Als „Gegenleistung“ erhält er von seinem Chef 2.000,- € in bar.

Hier ist das Programm objektiv unrichtig gestaltet, da es den rechtlichen Anforderungen nicht entspricht. Der Systemadministrator ist daher nach § 263a I Var. 1 strafbar, der Chef nach §§ 263a I Var. 1, 26.

Wie sich aus der obigen Definition ergibt, ist nicht die Abweichung von der Verwendungsabsicht des Programms maßgeblich, sondern ein Abweichen vom **Ergebnis**, wie es nach der Aufgabenstellung des Datenverarbeitungsprozesses erstrebt war.

672

Beispiel: Installiert jemand heimlich (über das Internet) Verknüpfungs- oder sonstige Programmdateien auf fremde Rechner, damit diese – entgegen dem Willen des Berechtigten – eine DFÜ-Verbindung zu einem teuren Dienstanbieter aufbauen (sog. **Dialer-Programme**), verwirklicht der Täter den Tatbestand des § 263a I Var. 1.⁸³³

b. Verwendung unrichtiger oder unvollständiger Daten (§ 263a I Var. 2)

Mit dieser Tatvariante werden Fälle erfasst, in denen eingegebene Daten in einen anderen Zusammenhang gebracht oder unterdrückt werden, sog. **Input- oder Eingabemanipulationen**.

673

- **Unrichtig** sind die Daten, wenn die mit ihnen dargestellten Informationen falsch sind, also die Wirklichkeit bzw. den Lebenssachverhalt unzutreffend wiedergeben.⁸³⁴
- Daten sind **unvollständig**, wenn Informationen über „wahre“ Tatsachen pflichtwidrig vorenthalten werden.⁸³⁵
- **Verwendet** werden Daten, wenn sie in den Datenverarbeitungsprozess eingeführt werden (dazu näher in Var. 3).

Beispiele/Gegenbeispiele:

674

- (1) Hebt der Täter mit einer **Girocard** (früher: ec-Karte⁸³⁶), deren Kontendaten manipuliert sind, Geld von einem Automaten ab, verwendet er unrichtige Daten.
- (2) Ein Sonderproblem stellen **Kreditkarten** dar: Mit Kreditkarten (zum Begriff der Kreditkarte vgl. die Ausführungen zu § 266b bei Rn 709) kann (bspw. im Internet) bezahlt werden, indem die 16-stellige Nummer und das dazugehörige Gültigkeitsdatum an- bzw. eingegeben wird. Die Eingabe einer PIN wie bei der Benutzung einer Girocard ist insoweit nicht erforderlich. Verwendet nun der Täter Kreditkartendaten eines anderen ohne dessen Erlaubnis, stellt sich die Frage, ob er sich wegen Computerbetrugs gem. § 263a Var. 2 strafbar macht. Da ebenfalls eine Strafbarkeit nach § 263a

⁸³³ Vgl. dazu *Buggisch*, NSTZ 2002, 178, 181. Zu den rechtlichen Möglichkeiten im Kampf gegen Viren, Spams etc. vgl. *Hoeren*, NJW 2004, 3513 ff.; zur Strafbarkeit des sog. Phishing (Ausspähen von Passwörtern) vgl. Rn 694a.

⁸³⁴ *Fischer*, § 263a Rn 7; *SK-Hoyer*, § 263a Rn 26; *Laue*, JuS 2002, 359, 360.

⁸³⁵ *Sch/Sch-Cramer/Perron*, § 263a Rn 7; *Lackner/Kühl*, § 263a Rn 10; *Fischer*, § 263a Rn 7.

⁸³⁶ Die Kreditinstitute geben nunmehr ausschließlich Girocards aus, die sich in ihrer Funktion allerdings nicht von den bisherigen ec-Karten unterscheiden, da bereits die Bezeichnung „ec“ nicht etwa für „eurocheque“, sondern für „electronic cash“ stand. Daher sollte der Begriff „ec-Karte“ nur noch für „Altfälle“ verwendet werden, auch wenn selbst der Reformgesetzgeber in § 152b von „Euroscheckkarten“ spricht.

Var. 3 in Betracht kommt, sei insoweit auf die zusammenhängende Darstellung zu dieser Variante verwiesen (Rn 675 ff.).

- (3) Fraglich ist auch, ob § 263a I Var. 2 verwirklicht ist, wenn der Täter bewusst wahrheitswidrig die Durchsetzung eines (nicht bestehenden) zivilrechtlichen Anspruchs im Wege des **automatisierten Mahnverfahrens** (vgl. § 689 I S. 2 ZPO) beantragt. Da vom Gericht im Mahnverfahren der Wahrheitsgehalt der Angaben des Antragstellers zur Schlüssigkeit des Anspruchs nicht (mehr) geprüft wird, scheidet jedenfalls ein Betrug nach § 263 aus. Aber auch ein Computerbetrug nach § 263a I Var. 3 scheidet im Ergebnis aus. Zwar wurde der Computer des Amtsgerichts mit unzutreffenden Angaben „beschiedt“, infolge der fehlenden Prüfungspflicht des Gerichts würde aber auch eine Strafbarkeit nach § 263 nicht in Betracht kommen (s.o.). Bei einer betrugspezifischen Auslegung des § 263a kann daher nichts anderes gelten.⁸³⁷
- (4) Anders verhält es sich wiederum bei der Eingabe eines gefälschten **Überweisungsträgers** in ein Bankterminal, das vollautomatisch die Echtheit der Überweisungsträger prüft und die Überweisung vornimmt. Hier liegt ein Fall des § 263a vor.⁸³⁸

c. Unbefugte Verwendung von Daten (§ 263a I Var. 3)

- 675 Die Formulierung „**unbefugt**“ stellt klar, dass die Daten jedenfalls „richtig“ sein müssen, damit eine Strafbarkeit nach § 263a I Var. 3 in Betracht kommt. Im Übrigen ist die Auslegung dieser Variante äußerst schwierig und entsprechend umstritten.⁸³⁹ Eine dem Wortsinn durchaus entsprechende Erstreckung des Tatbestands auf jegliche unbefugte Datenverwendung würde den Tatbestand uferlos machen und möglicherweise dem Verdikt der **Verfassungswidrigkeit** (Verstoß gegen den Bestimmtheitsgrundsatz und gegen das Schuldprinzip) unterstellen. Nach der hier vertretenen Auffassung ist daher bei beiden Tatbestandsmerkmalen eine **restriktive Auslegung** geboten.
- 676 ■ **Verwendung** von Daten: Während eine weite Auslegung jede Nutzung von Daten genügen lässt⁸⁴⁰, verlangt die (zutreffende) enge Auslegung eine Eingabe von Daten gerade in den Datenverarbeitungsprozess⁸⁴¹. Das Befolgen der engen Auslegung führt dazu, dass der Anwendungsbereich des Auffangtatbestands des § 263a I Var. 4 ausgedehnt wird (vgl. dort). Im Falle des missbräuchlichen Einsatzes von Codekarten (Kreditkarte, Girocard etc.) ist die Verwendung jedoch unproblematisch, weil durch das Einschieben der Karte in ein Gerät (Geldautomat, automatische Kasse etc.) und das Eingeben der persönlichen Identifikationsnummer (PIN) oder eines sonstigen Codes eine bestimmte Transaktion durchgeführt und damit in jedem Fall ein Datenverarbeitungsprozess in Gang gesetzt wird. Das Gleiche gilt für das Einschieben gefälschter Überweisungsträger in ein Terminal der Bank, das automatisch den Überweisungsvorgang vornimmt.
- 677 ■ **Unbefugte** Verwendung von Daten: Auch die Auslegung des Merkmals „unbefugt“ ist äußerst umstritten und sehr **prüfungs-** bzw. **examensrelevant** (Wann ist die Verwendung von Daten „unbefugt“? Kann auch der berechtigte Karteninhaber selbst seine Kartendaten unbefugt verwenden?). Insgesamt müssen im Bereich des § 263a I Var. 3 folgende Konstellationen sicher beherrscht werden (wobei das Merkmal „unbefugt“ im Rahmen der Falllösungen der bei Rn 678 und 686 genannten Beispiele erörtert wird):
- ⇒ Verwendung einer **fremden Kreditkarte** bzw. von deren Daten zwecks **Erlangung von Leistungen aus dem Internet** (dazu sogleich)

⁸³⁷ Lackner/Kühl, § 263a Rn 20; Fischer, § 263a Rn 7a; Rengier, BT I, § 14 Rn 6; a.A. LK-Tiedemann, § 263a Rn 39 u. 68; Otto, BT, § 52 Rn 37.

⁸³⁸ BGH NSTZ 2008, 281.

⁸³⁹ Vgl. dazu auch Mühlbauer, wistra 2003, 244, 245 f.; ders., NSTZ 2003, 650.

⁸⁴⁰ So vertreten von BayObLG JR 1994, 289, 290 f.; Ranft, JuS 1997, 19, 20; Hilgendorf, JuS 1997, 130, 131; Otto, BT § 52 Rn 35; offengelassen von BGHSt 40, 331, 334.

⁸⁴¹ So vertreten von LK-Tiedemann, § 263a Rn 4 u. 42-46; Lackner/Kühl, § 263a Rn 12; Rengier, BT I, § 14 Rn 7; Fischer, § 263a Rn 8; Laue, JuS 2002, 359, 362; Jerouschek/Kölbel, JuS 2001, 780, 782. Vgl. auch Kudlich, JuS 2003, 537, 538.

- ⇒ Verwendung einer **fremden Girocard** zwecks **Geldabhebung von Geldautomaten** (Rn 681 ff.)
- ⇒ Verwendung der **eigenen Girocard**, um in **vertragswidriger** Weise **Geld von Geldautomaten** abzuheben (Rn 685 ff.)
- ⇒ Verwendung einer **eigenen** oder **fremden Girocard** im **Electronic-cash-Verfahren (Point-of-sale-Verfahren)** ⇒ 1. Variante des bargeldlosen Einkaufens mit Girocard (Rn 687 ff.)
- ⇒ Verwendung einer **eigenen** oder **fremden Girocard** im **elektronischen Lastschriftverfahren** ⇒ 2. Variante des bargeldlosen Einkaufens mit Girocard (Rn 691)
- ⇒ Verwendung einer fremden Girocard als **Geldkarte** ⇒ 3. Variante des bargeldlosen Einkaufens mit Girocard (Rn 694 ff.)
- ⇒ Verschicken von E-Mails an eine unbestimmte Zahl von Adressaten, um aus deren Computern Passwörter auszuspiionieren (sog. **Phishing** – Rn 694a ff.)

aa. Verwendung einer fremden Kreditkarte bzw. von deren Daten zwecks Erlangung von Leistungen aus dem Internet.

Beispiel⁸⁴²: Tankwart T hat sich in einem unbemerkten Moment von der **Kreditkarte** des Kunden O, der die Tankrechnung mit der Kreditkarte bezahlte, die 16-stellige Kreditkartennummer sowie das Ablaufdatum notiert. Am Abend zu Hause surfte er im Internet und rief die von Provider P betriebene Seite *www.girlsfun.com* auf. Von dieser Seite kann man gegen Bezahlung pornographische Bilder herunterladen. Die Bezahlung erfolgt durch das „beleglose Kreditkartenverfahren“. Hierzu muss der *user* die 16-stellige Nummer seiner Kreditkarte sowie das Ablaufdatum eingeben. Die Eingabe einer PIN ist nicht erforderlich. Nach Inanspruchnahme der Leistung wird das Entgelt vom Girokonto des Karteninhabers abgebucht. Auch T nahm diese Leistung in Anspruch. Zur Bezahlung verwendete er aber nicht seine eigenen, sondern die Kreditkartendaten des O. Als von dessen Girokonto ein Betrag i.H.v. 420,- € abgebucht wurde, meldete O den Schaden sofort dem Kreditkartenaussteller A und ließ die Karte sperren. A buchte den Betrag, den T verbraucht hatte, gem. der rechtlichen Verpflichtung auf das Konto des O zurück. Gleichzeitig wendete A sich an den Anbieter der fraglichen Internetseite P und ließ sich gem. der vertraglichen Ausgestaltung des Kreditkartenvertrags den an diesen zuvor geleisteten Betrag erstatten. P stellt nunmehr Strafanzeige. Strafbarkeit des T?

678

1. Handlungsabschnitt: Notieren der Kreditkartendaten in der Tankstelle

a. Ein Ausspähen von Daten (§ 202a) kommt nicht in Betracht, da Kreditkartendaten nicht gegen unberechtigten Zugang besonders gesichert sind.⁸⁴³

b. Auch liegt im Ergebnis kein **Diebstahl** (§ 242) vor, da T dem O zum einen die Karte nicht weggenommen und zum anderen die Karte – wie von Anfang an geplant – dem O ohne Vermögensverlust wieder zurückgegeben und somit ohne Zueignungsabsicht gehandelt hat.

c. Ein Betrug (§ 263) kommt ebenfalls nicht in Betracht, weil es zumindest an der Vermögensverfügung durch O fehlte. Denn eine Vermögensverfügung muss unmittelbar zu einer Vermögensschädigung oder zumindest zu einer konkreten Vermögensgefährdung führen. Allein das Notieren der Kreditkartendaten führt noch nicht zu einer konkreten Vermögensgefährdung.

d. Hinsichtlich einer möglichen **Unterschlagung** (§ 246) ist zu beachten, dass T sich weder die Kreditkarte noch deren Sachwert zugeeignet hat.

⁸⁴² Vgl. *Laue*, JuS 2002, 359 ff.

⁸⁴³ Zu § 202a vgl. ausführlich Rn 717a ff.

e. Schließlich ist eine **Untreue** (§ 266) in Betracht zu ziehen. Doch auch dieser Tatbestand ist im Ergebnis nicht verwirklicht, weil T dem O gegenüber keine Vermögensbetreuungspflicht besaß.

2. Handlungsabschnitt: Verwendung der Kreditkartendaten im Internet

a. Eine Strafbarkeit des T wegen **Kreditkartenmissbrauchs gem. § 266b** kommt nicht in Betracht, da dieser Tatbestand die missbräuchliche Verwendung durch den *Karteninhaber* voraussetzt. T war nicht Inhaber der Kreditkarte, deren Daten er verwendet hat.

b. Möglicherweise liegt aber eine Strafbarkeit wegen **Computerbetrugs gem. § 263a I Var. 2** vor. Dazu müsste T unrichtige oder unvollständige Daten **verwendet** haben. Fraglich ist, ob allein die fehlende Berechtigung die verwendeten Daten unrichtig macht. Die Richtigkeit der Daten kann abstrakt oder konkret, d.h. im Hinblick auf den Verwender, beurteilt werden.

- ⇒ Bei einer *abstrakten* Betrachtungsweise können Daten einer Originalkarte im Regelfall (also dann, wenn keine zusätzlichen Daten gefordert werden) auch dann nicht unrichtig sein, wenn sie ein Unberechtigter verwendet hat. Denn abstrakt gesehen werden genau die Daten verwendet, die auf der Originalkarte vorhanden sind.
- ⇒ Stellt man hingegen auf den *konkreten* Fall ab, bilden die Daten nur in der Hand des Karteninhabers die Wirklichkeit ab. Verwendet sie ein Unberechtigter, sind sie damit unrichtig, weil sie eine nicht mit der Wirklichkeit übereinstimmende Information über Identität und Berechtigung des Verwenders liefern.⁸⁴⁴

Der Wortlaut der Norm lässt beide Auslegungen gleichermaßen zu. Berücksichtigt man aber, dass bei der Verwendung der Kreditkarte im beleglosen Zahlungsverkehr (also insbesondere bei Internetbestellungen oder -dienstleistungen) gerade auf die Eingabe einer PIN verzichtet wird, sodass allein die Karte als Identifikations- und Legitimationsmittel dient, scheint die *konkrete* Betrachtungsweise kriminalpolitisch sachgerecht. Allerdings hatte bereits der Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages bei der Verabschiedung des Gesetzes Zweifel, ob die unberechtigte Verwendung ansonsten korrekter Kreditkartendaten unter § 263a I Var. 2 subsumiert werden kann, und daher die Aufnahme einer 3. Variante, die „unbefugte Verwendung von Daten“ vorgeschlagen.⁸⁴⁵ Nachdem der Gesetzgeber diesem Vorschlag gefolgt ist, liegt die abstrakte Auslegung des Merkmals „Verwendung unrichtiger Daten“ näher, sodass die Verwendung von Kreditkartendaten durch einen Unberechtigten die Daten nicht „unrichtig“ macht.

c. T könnte sich aber wegen Computerbetrugs gem. **§ 263a I Var. 3** strafbar gemacht haben. Dazu müsste er Daten unbefugt verwendet haben. Die Kreditkartennummer und das Ablaufdatum stellen Daten dar. Diese Daten hat T auch verwendet, da er sie gerade in den Datenverarbeitungsprozess eingegeben hat. Die Verwendung müsste aber auch **unbefugt** erfolgt sein.

- ⇒ Nach der am weitesten gehenden sog. **subjektivierenden** Auslegung ist jede Datenverarbeitung „unbefugt“, die dem wirklichen oder mutmaßlichen *Willen des Rechtsgutinhabers* (des Berechtigten) widerspricht.⁸⁴⁶ Demzufolge hat T sich nach § 263a I Var. 3 strafbar gemacht, da die Verwendung der Kreditkartendaten nicht dem Willen des O entsprach.
- ⇒ Vertreter der engen sog. **computerspezifischen** Auslegung stellen darauf ab, ob der einer Datenverwendung entgegenstehende *Wille des Betreibers* im Computer-

⁸⁴⁴ Laue, JuS 2002, 359, 362.

⁸⁴⁵ Vgl. BT-Drs. 10/5058, S. 30.

⁸⁴⁶ So vertreten von BGHSt 40, 331, 334 f.; BayObLG JR 1994, 289, 291; Hilgendorf, JuS 1997, 130, 131; Otto, BT, § 52 Rn 40; Kindhäuser, BT II, § 28 Rn 8; Scheffler/Dressel, NJW 2000, 2645; Mitsch, BT 2/2, § 3 Rn 21 ff.; ders., JZ 1994, 877, 883.

programm berücksichtigt ist.⁸⁴⁷ Entscheidend ist danach, ob die Befugnis des Verwenders der Daten im Programmablauf Niederschlag gefunden hat, also vom Programm selbst überprüft wird. Diese Überprüfung findet regelmäßig durch eine entsprechende Nachfrage, etwa durch Anforderung und Überprüfung der persönlichen Geheimnummer, der PIN, statt. Da beim beleglosen Zahlungsverkehr allein die Eingabe der Kreditkartendaten genügt, um die Identität des Datenverwenders zu überprüfen, und auch im vorliegenden Fall das Computerprogramm des Providers nicht darauf angelegt ist, die Identität des Datenverwenders etwa durch Anforderung der PIN zu überprüfen, hat T sich nach dieser Auslegung *nicht* nach § 263a I Var. 3 strafbar gemacht.

- ⇒ Eine vermittelnde Ansicht, die § 263a **betrugsspezifisch** auslegt, orientiert sich an § 263 und verlangt ein täuschungsäquivalentes Verhalten des Täters. Entscheidend ist danach, ob die Verwendung der Daten gegenüber einem Menschen als zumindest schlüssige Vorspiegelung der Befugnis zu deuten wäre.⁸⁴⁸ Hätte T die Kreditkarte des O behalten und einem anderen als Zahlungsmittel vorgelegt, hätte er damit konkludent behauptet, berechtigter Karteninhaber zu sein. Dann hätte T sich wegen vollendeten oder versuchten Betrugs strafbar gemacht. Folgt man dieser Auffassung, hätte T somit die Kreditkartendaten des O unbefugt verwendet und damit den Tatbestand des § 263a I Var. 3 verwirklicht.

Stellungnahme: Fraglich ist, welcher Auffassung zu folgen ist. Der subjektivierenden Auslegung ist entgegenzuhalten, dass sie praktisch jeden vertragswidrigen Gebrauch von elektronisch gesteuerten Geräten unter § 263a subsumiert. Sie geht damit zu weit und verkennt im Übrigen den Sinn und Zweck des § 263a, nämlich lediglich Strafbarkeitslücken zu schließen, die mit § 263 verbunden sind. Aber auch die computerspezifische Auslegung ist nicht frei von Einwänden. Zwar schränkt sie die Weite des Tatbestands ein, allerdings wiederum zu sehr, sodass kriminologisch nicht hinnehmbare Strafbarkeitslücken entstehen. Die vermittelnde Auffassung, die sog. betrugsspezifische Auslegung, teilt die jeweiligen Schwächen gerade nicht. Durch ihre Anlehnung an § 263 entspricht sie zudem dem Zweck des § 263a, lediglich bestehende Strafbarkeitslücken zu schließen, die darin bestehen, dass bei einer missbräuchlichen Benutzung von Datenverarbeitungsanlagen ein Betrug ausscheidet. Im Ergebnis ist daher der **betrugsspezifischen Auslegung** zu folgen.

d. Da T auch das **Ergebnis eines Datenverarbeitungsvorgangs beeinflusst** und das **Vermögen** des P in entsprechender Bereicherungsabsicht **beschädigt** hat, hat er sich nach § 263a I Var. 3 strafbar gemacht.

bb. Erhebliche Relevanz erlangt die 3. Variante auch beim sog. **Geldautomatenmissbrauch mit Codekarten**, insbesondere von **Girocards** (früher: **ec-Karten**, s.o.). Folgende examensrelevante Konstellationen sind zu unterscheiden:

679

- **Abheben von Geld** am Geldautomaten durch einen **unberechtigten Dritten** (Rn 680 ff.)
- **Überschreiten** der im Innenverhältnis eingeräumten Macht **eines Dritten**, der zur Abhebung eines bestimmten **Maximalbetrags** beauftragt ist (Rn 683 f.)
- **missbräuchliches Abheben** von Geld am Geldautomaten durch den (berechtigten) **Karteninhaber** (Rn 685 ff.)

⁸⁴⁷ So vertreten von OLG Celle NStZ 1989, 367, 368; Arloth, Jura 1996, 354, 358; Achenbach, Jura 1991, 227 und JR 1994, 293, 295.

⁸⁴⁸ So vertreten von BGHSt 47, 160, 163 ff.; 38, 120, 121; OLG Köln NJW 1992, 125, 126; OLG Düsseldorf StV 1998, 266 f.; LG Bonn NJW 1999, 3726; LK-Tiedemann, § 263a Rn 44; SK-Hoyer, § 263a Rn 31 f.; Fischer, § 263a Rn 11; SK-Günther, § 263a Rn 18; Rengier, BT I, § 14 Rn 8; Wessels/Hillenkamp, BT 2, Rn 609; Laue, JuS 2002, 359, 363; Tiedemann/Waßmer, Jura 2000, 533, 536; Kudlich, JuS 2001, 20, 21; ders., JuS 2003, 537, 538; Jerouschek/Kölbel, JuS 2001, 780 f.

a.) Abheben von Geld am Automaten durch einen unberechtigten Dritten

680 In dieser Konstellation hebt der Täter als **nichtberechtigter** Kartenbesitzer unter Verwendung der **richtigen PIN** und der dazu gehörigen Kontendaten (sog. Quellcode) entweder mit Hilfe einer im Wege **verbotener Eigenmacht** erlangten Codekarte oder mit einer **kopierten** bzw. **gefälschten Codekarte** Geld von einem Geldautomaten ab.

681 **Beispiel 1⁸⁴⁹ (Abheben von Geld durch einen unberechtigten Dritten, der die Codekarte im Wege verbotener Eigenmacht erlangt hat):**

Die Haushälterin H entdeckt in der Schublade ihres Geschäftsherrn G eine Girocard (früher: ec-Karte). Die dazugehörige PIN hatte sie zufällig während eines vor kurzer Zeit stattfindenden Gesprächs des G mit dessen Frau mitbekommen. Sie nimmt die Karte, hebt am nächsten Bankautomaten 200,- € ab und legt die Karte anschließend – wie von Anfang an geplant – wieder zurück.

a. Der objektive Tatbestand des § 242 bezüglich der Karte selbst ist erfüllt (und zwar unabhängig davon, ob die Karte dem G oder der Bank gehört). Es fehlte aber an der Zueignungsabsicht. Zwar handelte H mit Aneignungsabsicht, da sie von der Karte Gebrauch machen und sie diese somit wenigstens vorübergehend eigentümerähnlich dem eigenen Vermögen einverleiben wollte. Es fehlte jedoch am Enteignungselement, da sie die Karte nicht dauerhaft aus der Gewahrsamssphäre des G und aus der Eigentümerposition der Bank herauslösen wollte. Nach der Substanztheorie lag somit kein Diebstahl vor. Fraglich ist, ob sich unter Zugrundelegung der Sachwerttheorie etwas anderes ergeben kann. Im Gegensatz zum Sparbuch (vgl. Rn 94, 578) gelangt sie nicht als „leere Sachhülle“ zurück, da sie lediglich als „Schlüssel“ zum ständigen Zugriff auf das Konto dient und sich dadurch nicht verbraucht. Die Karte sollte also ohne Verminderung des in ihr verkörperten Wertes zurückgelangen. Auch nach der Sachwerttheorie lag daher **kein Diebstahl**, sondern nur eine straflose Gebrauchsanmaßung vor.⁸⁵⁰

b. H könnte sich aber wegen **Urkundenunterdrückung** aus § 274 I Nr. 1 und 2 strafbar gemacht haben. Eine Girocard enthält in ihrer Funktion als Scheckkarte eine verkörperte Gedankenerklärung, die zum Beweis im Rechtsverkehr geeignet und bestimmt ist und die ihren Aussteller erkennen lässt (§ 274 I Nr. 1). Sie ist mithin als Urkunde zu qualifizieren. Die Verfügungsberechtigung über die Karte lag bei G. Die Karte enthält beweiserhebliche Daten i.S.v. § 202a II (§ 274 I Nr. 2). H hat diese Urkunde mit den auf ihr vorhandenen Daten unterdrückt, indem sie sie dem Gebrauch des verfassungsberechtigten G entzogen hat. Auch ein nur kurzfristiger Entzug genügt. H handelte in der Absicht, G einen Vermögensschaden, mithin einen Nachteil i.S.d. § 274 zuzufügen. Dieser Nachteil sollte aber *nicht* aus der Vereitelung der Beweisfunktion der Karte entstehen, wie es § 274 I Nr. 1 und 2 verlangen, sondern erst aus einer weiteren (missbräuchlichen) Nutzung der Karte. Daher ist H nicht wegen Urkundenunterdrückung aus § 274 I Nr. 1 oder 2 strafbar.

c. Dagegen kann eine Bestrafung wegen **Datenveränderung** (§ 303a I Var. 2) bejaht werden. H hat Daten unterdrückt, die ihr nicht zustanden.

d. Ausspähen von Daten (§ 202a) scheidet dagegen aus, da H keine besondere Sicherung überwunden hat. Insbesondere stellt die PIN vorliegend keine besondere Sicherung dar, da diese der H bekannt war und es somit nichts zu überwinden gab.⁸⁵¹

e. Ein **Diebstahl** kommt nicht nur bezüglich der Wegnahme der Girocard, sondern auch bezüglich der **Entnahme des Geldes** in Betracht. Da das Geld aber unter der Bedingung einer ordnungsgemäßen Bedienung des Bankautomaten übereignet wurde

⁸⁴⁹ Nach BGHSt 35, 152 ff. Vgl. auch BGHSt 47, 160, 162 und bereits oben Rn 94, 578.

⁸⁵⁰ Wie hier *Eisele/Fad*, Jura 2002, 305, 306.

⁸⁵¹ Zu § 202a vgl. ausführlich Rn 717a ff.

(§§ 929 S. 1, 158 I BGB) und H den Automaten funktionsgerecht bedient hat, war das Geld bei der Entnahme nicht mehr fremd (a.A. vertretbar).⁸⁵²

f. Aus demselben Grund liegt auch eine **Unterschlagung** (§ 246) **nicht** vor.

g. Durch die Entnahme des Geldes kommt auch eine Bestrafung wegen **Betrugs** (§ 263) **nicht** in Betracht, da ein Geldautomat nicht getäuscht werden kann.

h. Der Tatbestand des § 265a (**Erschleichen von Leistungen**) ist ebenfalls nicht erfüllt. Zum einen handelt es sich bei einem Bankautomaten um einen Warenautomaten, nicht aber – wie die h.M. bei § 265a voraussetzt – um einen Leistungsautomaten.⁸⁵³ Zum anderen setzt § 265a eine ordnungswidrige Benutzung des Automaten voraus. H hat den Bankautomaten aber funktionsgerecht bedient. Ihr fehlte lediglich die Befugnis, über das Konto zu verfügen.

i. H könnte sich aber wegen **Computerbetrugs** (§ 263a) strafbar gemacht haben. Als Tatvariante kommt § 263a I Var. 3 (unbefugte Datenverwendung) in Betracht. Dazu hätte sie die Daten unbefugt verwendet haben müssen. Eine Verwendung von Daten liegt vor (vgl. Rn 676). Die Daten müssten auch **unbefugt** verwendet worden sein. Nach der *betrugsspezifischen* Auslegung⁸⁵⁴, die sich an § 263 orientiert und ein täuschungsäquivalentes Verhalten des Täters verlangt, ist entscheidend, ob die Verwendung der Daten gegenüber einem Menschen als zumindest schlüssige Vorspiegelung der Befugnis zu deuten wäre. Dies kann vorliegend ohne weiteres angenommen werden. Denn H müsste einem Bankangestellten vorspiegeln, Vollmacht über das Konto des G zu haben. Auch sind ein Vermögensschaden auf Seiten des G sowie die Bereicherungsabsicht auf Seiten der H gegeben. Durch die Verwendung der Girocard hat H sich deshalb nach § 263a I Var. 3 strafbar gemacht. Sofern entgegen dieser Lösung der Tatbestand des § 246 bejaht wurde, tritt dieses Delikt subsidiär hinter § 263a zurück. Hätte H hinsichtlich der Girocard mit Zueignungsabsicht gehandelt, wäre mit dem späteren Computerbetrug Tatmehrheit anzunehmen gewesen.⁸⁵⁵ Da dies vorliegend jedoch nicht der Fall ist, hat sich H also nach § 263a I Var. 3 in Tateinheit mit § 303a I Var. 2 strafbar gemacht.⁸⁵⁶

Beispiel 2⁸⁵⁷ (Abheben von Geld durch einen unberechtigten Dritten, der die Codekarte kopiert bzw. gefälscht hat):

682

T besorgt sich Kartenblankette und macht täuschend echt aussehende Girocards der B-Bank nach. Die zur Abhebung von Geld aus Geldautomaten erforderlichen Daten wie die PIN, die Kontendaten und den Quellcode erlangt er dadurch, dass er im Rahmen seines Einzelhandelsgeschäfts ein Kartenlesegerät zum bargeldlosen Zahlungsverkehr einsetzt und etliche Kunden bei ihm mit Girocards bezahlen. Durch Eingabe der PIN, die seinem Kunden O zugeordnet ist, hebt er am Geldautomaten 200,- € ab, die dem Girokonto des O belastet werden.

a. T hat sich wegen **Computerbetrugs** gem. § 263a I Var. 3 zum Nachteil der B strafbar gemacht.

⁸⁵² Wie hier *Eisele/Fad*, Jura 2002, 305, 306; *Löhnig*, JR 1999, 362, 364; *Spahn*, Jura 1989, 513, 517; *Ennuschat*, StV 1990, 498; *Wessels/Hillenkamp*, BT 2, Rn 164-176; anders BGHSt 35, 152, 161, nach dessen Auffassung das aus dem Automaten entnommene Geld für den Täter fremd bleibt, weil eine interessengerechte Auslegung der einschlägigen Geschäftsbedingungen ergebe, dass ein konkludentes Übereignungsangebot der Bank nur dann vorliege, wenn der Automat von einem Berechtigten bedient werde. Zu beachten ist jedoch, dass die Entscheidung des BGH zu einer Zeit erging, als es den § 263a noch nicht gab, und der BGH ersichtlich bemüht war, die vorhandene Strafbarkeitslücke zu schließen. Nach Einführung des § 263a am 1.8.1986 ist die (zweifelhafte) Annahme des § 242 nicht mehr erforderlich.

⁸⁵³ Vgl. dazu Rn 510.

⁸⁵⁴ In der Klausur müsste an dieser Stelle der komplette (bei Rn 678 erörterte) Streitstand dargestellt werden. Um Wiederholungen zu vermeiden, wurde vorliegend lediglich die herrschende betrugsspezifische Auslegung wiedergegeben.

⁸⁵⁵ Vgl. *R. Schmidt*, AT, Rn 1205 sowie BGH NJW 2001, 1508 f.

⁸⁵⁶ So auch *Eisele/Fad*, Jura 2002, 305, 307.

⁸⁵⁷ Nach BGHSt 38, 120 ff. und *Eisele/Fad*, Jura 2002, 305, 309.

b. Bezüglich des Herstellens der Girocard hat T den objektiven Tatbestand des § 152b I i.V.m. § 152a I Nr. 1 (**Fälschung von Zahlungskarten**) verwirklicht. Insbesondere ist eine Girocard eine Zahlungskarte i.S.d. § 152b, wie § 152b IV klarstellt (zumindest eine „sonstige Karte“). Subjektiv müsste T vorsätzlich und zur Täuschung im Rechtsverkehr gehandelt haben. Nach § 270 steht die fälschliche Beeinflussung einer Datenverarbeitung im Rechtsverkehr der Täuschung im Rechtsverkehr gleich, sodass auch das Einsetzen gefälschter Girocards am Geldautomaten erfasst wird.

c. Da die gefälschte Girocard eine verkörperte Gedankenerklärung (die von B eingeräumte Girocard-Funktion), die zum Beweis im Rechtsverkehr geeignet und bestimmt war, sowie die Garantiefunktion (B war als Ausstellerin der Karte benannt) enthielt, hat T sich auch wegen **Urkundenfälschung** (§ 267 I Var. 1) strafbar gemacht. Die „Unechtheit“ ergibt sich daraus, dass Aussteller in Wirklichkeit nicht B, sondern T war.

d. Schließlich liegt eine Strafbarkeit des T wegen **Fälschung beweisereheblicher Daten** (§ 269 I) vor, weil die auf der gefälschten Karte gespeicherten Daten (insbesondere die PIN, die Kontendaten und der Quell-Code) im Falle ihrer Wahrnehmbarkeit eine unechte Urkunde i.S.d. § 267 darstellen würden.

b.) Überschreiten der im Innenverhältnis eingeräumten Macht eines Dritten, der zur Abhebung eines Maximalbetrags beauftragt ist

683 Diese Konstellation betrifft den Fall, dass der berechtigte Karteninhaber einem nichtberechtigten Dritten Karte und Geheimnummer (PIN) anvertraut und diesen mit der Abhebung eines bestimmten Betrags beauftragt, der **Beauftragte** jedoch einen **höheren Betrag abhebt** und den Mehrbetrag für sich behält.

684 **Beispiel**⁸⁵⁸: O verbüßt wegen wiederholten Scheckkartenmissbrauchs eine Freiheitsstrafe. Um sich in der JVA bestimmte Privilegien zu verschaffen, benötigt er Bargeld. Daher beauftragt er seinen Freund F, der ihn öfter besuchen kommt, mit der Girocard, die sich zu Hause im Schreibtisch befindet, 200,- € von einem Geldautomaten der kartenausstellenden B-Bank abzuholen. Die PIN teilt er ihm auch mit. F hebt jedoch 500,- € ab und behält den Rest für sich.

Unstreitig wäre der beauftragte nichtberechtigte Karteninhaber F straflos, wenn er sich im Rahmen des Auftrags bewegt hätte. Entgegenstehende Vereinbarungen zwischen dem berechtigten Karteninhaber und der kartenausstellenden Bank haben lediglich zivilrechtliche Bedeutung. Vorliegend hat F aber den Rahmen seines Auftrags überschritten.

a. In Betracht kommt zunächst eine Strafbarkeit des F wegen **Untreue** (§ 266). Unabhängig davon, ob man einen Missbrauchs- oder einen Treubruchstatbestand annähme, verlangt die zutreffende h.M. für beide Alternativen eine Vermögensbetreuungspflicht desselben Inhalts. Eine solche ist anzunehmen, wenn die Pflicht zur Wahrnehmung fremder Vermögensinteressen den typischen und wesentlichen Inhalt des rechtlich eingeräumten oder faktisch begründeten Treuverhältnisses bildet, diese Pflicht also den Hauptgegenstand des Verhältnisses bildet und eine gewisse Eigenverantwortlichkeit des Täters gegeben ist. Vorliegend sollte F strikt nach den Vorgaben des O handeln. Eine gewisse Eigenverantwortlichkeit wurde ihm nicht eingeräumt.

b. Möglicherweise liegt aber eine Strafbarkeit des F wegen **Computerbetrugs** nach § 263a I Var. 3 vor. Das OLG Köln geht auf der Grundlage der betrugsspezifischen Auslegung davon aus, dass F nicht unbefugt gehandelt habe. Da F zur Benutzung der Daten – Geheimzahl und auf dem Magnetstreifen gespeicherte Informationen – beauftragt gewesen sei, sei seinem Handeln kein Täuschungswert zugekommen. Die bloße Eingabe eines überhöhten Betrags sei keine Verwendung von Daten, da es sich nicht um auf dem Mag-

⁸⁵⁸ Nach OLG Köln NJW 1992, 125 f.; OLG Düsseldorf, NSTZ-RR 1998, 137; *Eisele/Fad*, Jura 2002, 305, 310; *Jerouschek/Kölbl*, JuS 2001, 780 ff.; *Hilgendorf*, JuS 1999, 542 ff. Vgl. auch BGH wistra 2004, 299, 300; BGH JP 2003, 259, mit Bespr. v. *Mühlbauer*; NSTZ 2003, 650.

netstreifen der Karte gespeicherte Informationen handle.⁸⁵⁹ Dieser Auffassung wird in der Literatur mit dem Argument widersprochen, dass in der Überlassung der Karte noch nicht die Ermächtigung zur Abhebung von Geld in beliebiger Höhe gesehen werden könne. O hätte nämlich auch für den Fall des Abhebens des Geldes am Bankschalter dem F eine auf einen bestimmten Geldbetrag beschränkte Vollmacht erteilen können. Grundsätzlich könnten bei der Bestimmung des Umfangs einer Innenvollmacht Inhalt und Zweck des Grundgeschäfts mitberücksichtigt werden. F würde dann den Bankangestellten über das Bestehen einer (unbeschränkten) Vollmacht täuschen. Auf der Grundlage der betrugsspezifischen Auslegung sei daher eine unbefugte Verwendung von Daten und damit eine Strafbarkeit nach § 263a I Var. 3 anzunehmen. Dasselbe gelte, wenn F die Karte absprachewidrig mehrfach verwendet, um einen höheren Betrag zu erlangen und die Differenz für sich zu verbrauchen.⁸⁶⁰

Schließt man sich dieser Auffassung an, hat F sich nach § 263a I Var. 3 strafbar gemacht.

c. Schließlich ist eine Strafbarkeit nach § 269 wegen **Fälschung beweiserheblicher Daten** in Erwägung zu ziehen. Durch die Eingabe der PIN und des überhöhten Betrags speichert F Daten, die zum Beweis geeignet und bestimmt sind. Dabei muss es sich – die optische Wahrnehmbarkeit unterstellt – um eine unechte Urkunde handeln. Vorliegend hat es den Anschein, als habe Karteninhaber O die Abhebung vorgenommen. Fraglich ist aber, ob O auch tatsächlicher Aussteller im Sinne der Geistigkeitstheorie ist. Dies wäre der Fall, wenn dem O die Erklärung des F im Wege der Stellvertretung zuzurechnen wäre. Doch eine Stellvertretung müsste nicht nur bestanden haben, sondern auch rechtlich zulässig gewesen sein. Die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Kreditinstitute schreiben jedoch vor, dass die PIN niemandem gegenüber bekannt gegeben werden darf, sodass eine wirksame Stellvertretung ausgeschlossen ist. Kann damit das Handeln des F dem O nicht zugerechnet werden, erscheint F als Aussteller der Urkunde. Aufgrund der damit vorliegenden Täuschung über die Identität ist die Urkunde – würde man diese wahrnehmen können – unecht, sodass F sich auch nach § 269 strafbar gemacht hat.

c.) Missbräuchliches Abheben von Geld am Geldautomaten durch den berechtigten Karteninhaber

Von den unter a.) und b.) behandelten missbräuchlichen Abhebungen durch einen (nichtberechtigten) Dritten ist der **Missbrauch** durch den **berechtigten Karteninhaber** zu unterscheiden. Für die Lösung derartiger Fälle ist entscheidend zu wissen, dass trotz der am 1.1.2002 weggefallenen Scheckgarantie, wonach bis zu einer Höhe von 400,- DM die Einlösung eines Euroschecks auch bei nicht vorhandener Kontodeckung garantiert wurde, die ec-Karte ihre Bedeutung *nicht* verloren hat. Denn die ec-Karte gilt nunmehr als „**Girocard**“ in ihrer Funktion als **Codekarte** fort: Die auf ihr gespeicherten Daten gelten zusammen mit der PIN als **Zugangsschlüssel zum eigenen Girokonto**. Strafbarkeitsfragen entstehen also immer dann, wenn der berechtigte Karteninhaber Geld am Geldautomaten abhebt, obwohl er die ihm eingeräumte Kreditlinie (Dispositionskredit) bereits erschöpft hat. Es ist zwischen Barabhebungen bei kreditinstitutseigenen und kreditinstitutsfremden Geldautomaten zu unterscheiden:

Abheben von Bargeld bei einem **kreditinstitutseigenen Geldautomaten**: Keine Strafbarkeit liegt jedenfalls dann vor, wenn jemand bei einem kreditinstitutseigenen Geldautomaten Geld abhebt und sich dabei an den Verfügungsrahmen hält. Fraglich ist lediglich, ob etwas anderes gilt, wenn der Karteninhaber über den gewährten Verfügungsrahmen hinaus (die technische Möglichkeit sei an dieser Stelle unterstellt) verfügt.

- Teilweise wird eine Strafbarkeit aus § 263a I Var. 3 bejaht. Zwar habe es die kartenausstellende Bank in der Hand, durch eine Auszahlungssperre Überschreitungen des Kredit-

⁸⁵⁹ OLG Köln NJW 1992, 125 f.; OLG Düsseldorf, NSTZ-RR 1998, 137; LK- *Tiedemann*, § 263a Rn 50.

⁸⁶⁰ *Eisele/Fad*, Jura 2002, 305, 310; *Lackner/Kühl*, § 263a Rn 14; *Hilgendorf*, JuS 1999, 542, 544.

rahmens zu verhindern, jedoch könne man das Unterlassen einer Sperrung nicht als stillschweigende Duldung einer weiteren Überziehung deuten. Außerdem sei zu berücksichtigen, dass bei einer Barabhebung am Schalter das Bankpersonal prüfen würde, ob eine Kontoüberziehung über den gewährten Dispositionskredit hinaus in Betracht komme. Der Täter müsste also, um weitere Zahlungen zu erreichen, das Personal über die Bonität und den Rückführungswillen täuschen. Daher mache er sich aus § 263 strafbar. Nichts anderes könne gelten, wenn der Täter statt das Schalterpersonal zu täuschen, unbefugt Geld vom kreditinstitutseigenen Geldautomaten abhebt. In diesem Fall verhalte sich der Täter betrugsnah und mache sich aus § 263a I Var. 3 strafbar.⁸⁶¹

- Nach der hier vertretenen Auffassung fehlt es jedoch an der Betrugsähnlichkeit, weil gegenüber einem an die Stelle des Automaten tretenden Bankangestellten nur das Vorliegen der Auszahlungserfordernisse, nicht aber die materielle Berechtigung der Forderung erklärt wird und dieser daher auch keinem entsprechenden Irrtum unterliegt.⁸⁶² Auch der BGH ist zu Recht der Auffassung, dass § 263a nur die Verwendung gefälschter, manipulierter oder mittels verbotener Eigenmacht erlangter Karten durch einen Nichtberechtigten erfasse. Nicht tatbestandsmäßig sei hingegen die missbräuchliche Verwendung durch den Karteninhaber selbst; denn § 263a sei betrugspezifisch auszulegen, sodass nur täuschungsgleiches Verhalten unbefugt i.S.d. § 263a sei.⁸⁶³

Fazit: Sofern es technisch überhaupt möglich ist, dass der Karteninhaber über den gewährten Verfügungsrahmen hinaus Bargeld von einem kreditinstitutseigenen Geldautomaten abhebt, ist nach zutreffender Auffassung in Ermangelung einer Betrugsähnlichkeit einer Strafbarkeit aus § 263a nicht gegeben. Zwar könnte dann noch an eine Strafbarkeit aus § 266b I Var. 1 gedacht werden, jedoch ist unabhängig von der Frage, ob eine Girocard überhaupt eine „Scheckkarte“ ist, der Tatbestand des § 266b schon von vornherein nicht anwendbar, weil er nach zutreffender h.M.⁸⁶⁴ nur das sog. „Drei-Personen-Verhältnis“ (also die Benutzung einer Kreditkarte wie Visacard, Eurocard, Barclaycard, American-Express, Diners usw.) erfasst. Vorliegend geht es aber um eine Barabhebung bei einem kreditinstitutseigenen Geldautomaten. Der Missbrauch ist insoweit **straflos**.⁸⁶⁵

685b Abheben von Bargeld bei einem **kreditinstitutsfremden Geldautomaten:** Sehr viel prüfungsrelevanter ist nicht nur die Frage, ob es technisch möglich ist, dass jemand bei einem kreditinstitutsfremden Geldautomaten unter Überschreitung des Verfügungsrahmens Geld abheben kann, sondern ob er sich – bei unterstellter technischer Möglichkeit – dann auch strafbar macht. Die Beantwortung dieser Fragen wird erleichtert, wenn man die rechtlichen Rahmenbedingungen über das Giro-Geldautomatensystem kennt: Nach den Vereinbarungen der Kreditinstitute über das deutsche Girocard-Geldautomatensystem zieht das automatenbetreibende Kreditinstitut den von seinem Geldautomaten ausgezahlten Betrag bei institutsübergreifenden Verfügungen beleglos per Lastschrift bei dem kartenausgebenden Kreditinstitut ein; eine Rückgabe der Lastschrift wegen fehlender Deckung oder wegen Widerspruchs des Kontoinhabers ist unter den beteiligten Kreditinstituten abbedungen. Würde also ein Girocard-Inhaber, bei dessen Konto die Kreditlinie bereits erreicht bzw. überschritten ist, mit seiner Girocard unter Eingabe der PIN Geld am Automaten eines fremden Kreditinstituts abheben, läge der Scha-

⁸⁶¹ So NK-*Kindhäuser*, § 263a Rn 44; LK-*Tiedemann*, § 263a Rn 51; *Lackner/Kühl*, § 263a Rn 14; *Wessels/Hillenkamp*, BT 2 Rn 610a; *Rengier*, BT I, § 14 Rn 12; *Eisele/Fad*, Jura 2002, 305, 311.

⁸⁶² Wie hier Sch/Sch-*Cramer/Perron*, § 263a Rn 11; SK-*Hoyer*, § 263a Rn 34 f.; *Fischer*, § 263a Rn 14a; *Krey/Hellmann*, BT II, Rn 513c; *Kudlich*, JuS 2003, 537, 540.

⁸⁶³ BGHSt 47, 160, 162 f.; BGH NSTz 2005, 213 (zwar zur Telefonkarte, jedoch auf die Girocard übertragbar).

⁸⁶⁴ BGHSt 47, 160, 163; BGHSt 38, 281, 282; Sch/Sch-*Perron*, § 266b Rn 5; SK-*Samson/Günther*, § 266b Rn 4; LK-*Gribbohm*, § 266b Rn 18 f.; *Lackner/Kühl*, § 266b Rn 4; *Fischer*, § 266b Rn 10; *Zielinski*, CR 1992, 223, 227; *Eisele/Fad*, Jura 2002, 305, 311; *Wessels/Hillenkamp*, BT 2, Rn 795. Anders *Hilgendorf*, JuS 1997, 131, 134 f.; *Otto*, JZ 1992, 1139; *Ranft*, NSTZ 1993, 185 f. (Erstreckung des § 266b auch auf Karten im Zwei-Partner-System). Vgl. dazu näher Rn 712 ff.

⁸⁶⁵ Ebenso BGHSt 47, 160, 166 f.; Sch/Sch-*Perron*, § 266b Rn 8; SK-*Hoyer*, § 263a Rn 34 f.; *Fischer*, § 266b Rn 7; *Mühlbauer*, wistra 2003, 244, 252 f.

den stets beim kartenausgebenden Kreditinstitut. Jedoch ist zu beachten, dass die Kreditinstitute in einem Online-Verbund stehen und daher eine Auszahlung an einem fremden Geldautomaten i.d.R. nicht mehr möglich ist, wenn die Kreditlinie des eigenen Kontos überschritten ist. Denn Aufgabe des Online-Verbundsystems ist es gerade sicherzustellen, dass das den Geldautomaten betreibende Kreditinstitut über eine direkte Verbindung mit dem kartenausstellenden Kreditinstitut über den aktuellen Kontostand des Verfügenden informiert ist. Hat also das kartenausstellende Kreditinstitut ein Limit gesetzt und an das Verbundsystem gemeldet, ist es dem Verfügenden schon technisch unmöglich, über das Limit hinaus Geld bei einem Geldautomaten abzuheben. Die Verwirklichung des kriminellen Unrechts scheitert an dieser elektronischen Sicherung. Die bislang vereinzelt denkbare Möglichkeit, dass der Geldautomat gerade *offline* ist und daher keine Kontostandsabfrage durchführen kann, dürfte mittlerweile ebenfalls ausgeschlossen sein, weil die Geldautomaten bei zusammengebrochener Verbindung keine Auszahlungen mehr vornehmen. Zwar kommt bei gescheitertem Abhebungsversuch immer noch eine Versuchsstrafbarkeit in Betracht (vgl. § 263a II i.V.m. § 263 II), allerdings ist zum einen überhaupt das kriminelle Unrecht fraglich (dazu sogleich), und zum anderen werden der Tatbestandsvorsatz und die Bereicherungsabsicht kaum nachzuweisen sein. Daraus folgt: Ist das kartenausgebende Kreditinstitut dem Online-Verbundsystem angeschlossen und hat ein Verfügungslimit in das System eingegeben, wird eine Strafbarkeit weder aus § 263a noch aus § 266b zu bejahen sein.⁸⁶⁶ Dennoch sind in der universitären Ausbildung und in Examensklausuren Sachverhalte anzutreffen, in denen jemand jenseits des Verfügungslimits Geld am kreditinstitutsfremden Automaten abhebt. Diesbezüglich bietet sich folgende Lösung an:

Beispiel⁸⁶⁷: T verfügt über ein nur sehr bescheidenes Einkommen. Dennoch hat ihm die O-Bank, bei der T ein Girokonto unterhält, eine Kreditlinie i.H.v. 5.000,- € eingeräumt. Mittlerweile weist das Girokonto ein Saldo i.H.v. - 4.800,- € auf. Wie T es jemals schaffen soll, das Konto auszugleichen, ist ihm schleierhaft. Da er aber nach wie vor Geld benötigt, hebt er mit seiner (noch nicht gesperrten) Girocard 200,- € am Automaten der D-Bank ab. Variante: T hebt nochmals Geld ab, diesmal 400,- €. Hat T sich dadurch strafbar gemacht?

686

Die Frage nach der Strafbarkeit im Ausgangsfall ist schnell beantwortet: T ist schon deshalb nicht strafbar, weil er sich innerhalb des Verfügungsrahmens bewegte. Auf den Umstand, dass er das Geld bei einem Automaten einer Drittbank abgehoben hat, kommt es nicht an. Anders sieht es in der Variante aus:

1. Strafbarkeit des T nach § 263a I Var. 3

Durch das Abheben der 400,- € bei einem Automaten der D-Bank könnte T sich wegen **Computerbetrugs** gem. § 263a I Var. 3 strafbar gemacht haben. Dazu müsste er Daten unbefugt verwendet haben.

T hat die auf dem Magnetstreifen der Girocard gespeicherten Informationen (Kontonummer, Bankleitzahl, Quellcode usw.) und die PIN durch Eingabe in den Geldautomaten „verwendet“. Fraglich ist aber, ob er dabei „**unbefugt**“ gehandelt hat.

⇒ Nach der am weitesten gehenden sog. **subjektivierenden** Auslegung ist jede Datenverarbeitung „unbefugt“, die dem wirklichen oder mutmaßlichen *Willen des Rechtsgutinhabers* (des Berechtigten) widerspricht.⁸⁶⁸ Demzufolge hat sich T nach § 263a I Var. 3 strafbar gemacht, da die weitere Verwendung der Girocarddaten über

⁸⁶⁶ So auch im Ergebnis BGHSt 47, 160, 162 ff. (allerdings unter Nichtberücksichtigung des Online-Verbundsystems).

⁸⁶⁷ Nach BGHSt 47, 160 ff.

⁸⁶⁸ So vertreten von BGHSt 40, 331, 334 f.; BayObLG JR 1994, 289, 291; *Hilgendorf*, JuS 1997, 130, 131; *Otto*, BT, § 52 Rn 40; *Kindhäuser*, BT II, § 28 Rn 8; *Scheffler/Dressel*, NJW 2000, 2645; *Mitsch*, BT 2/2, § 3 Rn 21 ff.; *ders.*, JZ 1994, 877, 883.

das eingeräumte Limit hinaus nicht dem Willen des Automatenbetreibers (D-Bank) entsprach.

- ⇒ Vertreter der engen sog. **computerspezifischen** Auslegung stellen darauf ab, ob der einer Datenverwendung entgegenstehende *Wille des Betreibers* im Computerprogramm berücksichtigt ist.⁸⁶⁹ Entscheidend ist danach, ob die Befugnis des Verwenders der Daten im Programmablauf Niederschlag gefunden hat, also vom Programm selbst überprüft wird. Diese Überprüfung findet regelmäßig durch eine entsprechende Anfrage beim Verfügenden, etwa durch Anforderung und Überprüfung der persönlichen Geheimnummer, der PIN, statt. Da T diese ordnungsgemäß eingegeben hat, ist er nach dieser Auslegung nicht wegen unbefugter Verwendung von Daten strafbar.
- ⇒ Die herrschende Auffassung, die § 263a **betrugsspezifisch** auslegt, orientiert sich an § 263 und verlangt ein täuschungsäquivalentes Verhalten des Täters.⁸⁷⁰ Entscheidend ist danach, ob die Verwendung der Daten gegenüber einem Menschen als zumindest schlüssige Vorspiegelung der Befugnis zu deuten wäre. Hätte T am Bank-schalter (der O-Bank!) eine Barauszahlung trotz bereits überschrittener Kreditlinie erbeten, wäre dies allenfalls möglich gewesen, wenn er das Schalterpersonal über seine Bonität und Zahlungsbereitschaft getäuscht hätte. Jedoch ist zu bedenken, dass eine Vergleichbarkeit nur mit einem Schalterangestellten angenommen werden kann, der sich mit den Fragen befasst, die auch der Computer prüft.⁸⁷¹ Der Computer prüft aber nicht die Bonität und die Rückzahlungsbereitschaft des berechtigten Karteninhabers, sondern lediglich, ob sich dieser im Rahmen des Verfügungsrahmens bewegt (vgl. dazu die Angaben bei Rn 685a). Daher scheidet eine Strafbarkeit des T aus § 263a auch nach der betrugsspezifischen Auslegung.

Folgt man dieser Auffassung⁸⁷², war T trotz seiner zu missbilligenden Absicht berechtigter Karteninhaber und zum Einsatz der Girocard an Geldautomaten befugt. Er hat seine Befugnis somit nicht täuschungsähnlich vorgespiegelt und daher nicht „unbefugt“ i.S.v. § 263a I Var. 3 gehandelt.

Ergebnis: Ein Computerbetrug scheidet aus.⁸⁷³

2. Strafbarkeit des T nach § 266b I Var. 1

Möglicherweise hat T sich aber durch den Einsatz der Girocard zur Bargeldbeschaffung am Bankautomaten wegen **Missbrauchs von Scheckkarten** nach § 266b I Var. 1 strafbar gemacht.

T war tauglicher Täter, da ihm durch die Überlassung der Girocard die Möglichkeit eingeräumt worden war, die ausstellende O-Bank zu einer Zahlung zu veranlassen. Auch hat er die ihm überlassene Girocard i.S.v. § 266b I Var. 1 „missbraucht“, da er die O-Bank im

⁸⁶⁹ So vertreten von OLG Celle NStZ 1989, 367, 368; Arloth, Jura 1996, 354, 358; Achenbach, Jura 1991, 227 f. und JR 1994, 293, 295.

⁸⁷⁰ So vertreten von BGHSt 47, 160, 163 ff.; 38, 120, 121; OLG Köln NJW 1992, 125, 126; OLG Düsseldorf StV 1998, 266 f.; LG Bonn NJW 1999, 3726; LK-Tiedemann, § 263a Rn 44; SK-Hoyer, § 263a Rn 31 f.; Fischer, § 263a Rn 11; Rengier, BT I, § 14 Rn 8; Wessels/Hillenkamp, BT 2, Rn 609; Laue, JuS 2002, 359, 363; Tiedemann/Walßner, Jura 2000, 533, 536; Kudlich, JuS 2001, 20, 21; ders., JuS 2003, 537, 538; Jerouschek/Kölbel, JuS 2001, 780 f.

⁸⁷¹ BGHSt 47, 160, 163 unter Bezugnahme auf Altenhain, JZ 1997, 752, 758.

⁸⁷² Da die subjektivierende Auslegung zu einem anderen Ergebnis gelangt als die computerspezifische und die betrugsspezifische, müsste in einer Prüfungsarbeit nunmehr der Streit entschieden werden. Da dies aber bereits bei Rn 678 vorgenommen wurde, sei insoweit darauf verwiesen.

⁸⁷³ Nicht überzeugend Rengier (BT I, § 14 Rn 12a), der in dieser Konstellation im Ergebnis zwar auch eine Strafbarkeit aus § 263a I Var. 3 verneint, allerdings mit der Begründung, dass die Drittbank einen garantieähnlichen Ausgleichsanspruch gegen die kartenausstellende Bank habe. Unabhängig davon, dass dies kein Argument sein kann, leidet diese Auffassung schon daran, dass sie in dem Fall, dass der Verfügende das Geld bei einem kreditinstitutseigenen Geldautomaten abhebt, eine Strafbarkeit aus § 263a I Var. 3 annimmt. Ein solcher Wertungswiderspruch kann nicht hingenommen werden und ist im Übrigen auch in der Sache nicht gerechtfertigt. Bezeichnend ist schließlich, dass Rengier (BT I, § 14 Rn 12) im Rahmen seiner Bejahung des § 263a einen Wertungswiderspruch zu § 266b einräumt, obwohl er dessen Anwendbarkeit ausschließt.

Außenverhältnis zu Dritten (hier der D-Bank) wirksam, im Innenverhältnis jedoch pflichtwidrig zu einer Zahlung veranlasst hat.

Fraglich ist allerdings, wie es sich auswirkt, dass T seine Girocard nicht als Scheckkarte, sondern als Codekarte zur Bedienung von Geldautomaten eingesetzt hat, § 266b I Var. 1 jedoch von „Scheckkarte“ und nicht von „Codekarte“ spricht.

Zur Lösung dieser Problematik ist entscheidend zu wissen, dass Scheckkarten (konkret die Euroscheckkarte) seit der Beendigung des Euroschecksystems am 31.12.2001 nicht mehr gebräuchlich sind. In ihrer früheren Verwendungsform garantierte das ausstellende Kreditinstitut dem Schecknehmer (dem Gläubiger des Scheckausstellers) die Einlösung des Schecks von auf speziellen zur Scheckkarte ausgegebenen Scheckformularen („Eurochecks“) bis zu einem bestimmten Betrag (bei Eurochecks bis 400,- DM) und nahm damit dem Schecknehmer das Risiko eines ungedeckten Schecks. Ein Missbrauch (Ausstellen von Eurochecks bei nicht vorhandener Kontodeckung bzw. Bonität) wurde durch § 266b I Var. 1 („Scheckkartenmissbrauch“) sanktioniert. Wenn jedoch mit Wirkung zum 1.1.2002 die Zahlungsgarantie entfallen ist, die bis dahin die Banken bei der Bezahlung mittels Eurochecks und Scheckkarte übernommen hatten, hat damit auch die „Scheckkarte“ ihre Funktion verloren. Somit kann es auch den „Scheckkartenmissbrauch“ nicht mehr geben.⁸⁷⁴ Dem steht auch nicht BGHSt 47, 160 ff. entgegen, da dieses Urteil einen Sachverhalt betrifft, der vor dem 1.1.2002 stattfand.⁸⁷⁵

Ergebnis: T hat sich nicht wegen Scheckkartenmissbrauchs strafbar gemacht.

3. Strafbarkeit des T nach § 266b I Var. 2

Somit bleibt nur noch die Möglichkeit einer Bestrafung wegen **Missbrauchs von Kreditkarten** nach § 266b I Var. 2. Doch ob eine Girocard eine Kreditkarte darstellt, ist zweifelhaft. Richtigerweise wird man dies verneinen müssen, weil eine Girocard ihre Garantiefunktion nicht – wie bei der „klassischen“ Kreditkarte (American Express, Visa, Eurocard/Mastercard, Barclaycard, Diners Club etc.) – durch Kartenvorlage und Unterschrift, sondern ausschließlich durch Verwendung der auf ihr gespeicherten Daten und der korrespondierenden PIN auslöst. Außerdem werden nicht wie bei den „klassischen“ Kreditkarten die Belege vom Geschäftspartner gesammelt und in bestimmten Zeitabständen bei den kartenausstellenden Kreditinstituten zwecks Einlösung eingereicht, sondern vielmehr erfolgt die Abbuchung vom Girokonto bereits am nächsten Werktag. Von einem „Kredit“, der durch den Einsatz einer „Kreditkarte“ gewährt wird, kann daher nicht gesprochen werden. Schließlich sieht auch der allgemeine Rechtsverkehr die Girocard nicht als Kreditkarte an.⁸⁷⁶

Ergebnis: T hat sich schließlich auch nicht wegen Kreditkartenmissbrauchs strafbar gemacht.

Fazit: Da das Scheckkartensystem mit Wirkung zum 1.1.2002 weggefallen ist, hat auch die „Scheckkarte“ ihre Bedeutung verloren und wird von den Kreditinstituten auch nicht mehr ausgegeben. Somit kann es auch den „Scheckkartenmissbrauch“ i.S.v. § 266b I Var. 1 nicht mehr geben. Insbesondere ist die Girocard in ihrer einzigen Funktion als Codekarte keine Scheckkarte. Die Girocard ist aber auch keine Kreditkarte i.S.v. § 266b I Var. 2, weil sie weder die Eigenschaften einer „klassischen“ Kreditkarte besitzt noch vom Rechtsverkehr als solche angesehen wird. Daraus folgt: Auch wenn der Karteninhaber bei einem kreditinstitutsfremden Geldautomaten Geld abhebt und dabei das Kreditlimit überschreitet, macht er sich auch dann nicht strafbar, wenn er weiß bzw. davon ausgeht, den Betrag nicht rückführen zu können. Zur Frage, ob eine Strafbarkeit aus § 266b I Var. 2 in

⁸⁷⁴ So die mittlerweile wohl einhellige Auffassung, vgl. Sch/Sch-Perron, § 266b Rn 4; SK-Samson/Günther, § 266b Rn 4; Fischer, § 266b Rn 9; Mühlbauer, wistra 2003, 244, 252; Krey/Hellmann, BT II, Rn 513c; Wessels/Hillenkamp, BT 2, Rn 611 und 794; Rengier, BT I, § 19 Rn 1.

⁸⁷⁵ Wenn also teilweise (so Fischer, § 266b Rn 9) gesagt wird, der BGH sei anderer Meinung und bestrafe aus § 266b, wird dieser Umstand verkannt.

⁸⁷⁶ Im Ergebnis wie hier Sch/Sch-Perron, § 266b Rn 5; Wessels/Hillenkamp, BT 2, Rn 794; Rengier, BT I, § 19 Rn 8; Baier, ZRP 2001, 456.

der Konstellation zu bejahen ist, dass die Codekarte im bargeldlosen Zahlungsverkehr („electronic cash“) eingesetzt wird, vgl. sogleich Rn 687 ff.

Weiterführender Hinweis: Lediglich zur Verfestigung der Materie sei nochmals darauf hingewiesen, dass der vorige Fall auch nicht anders zu entscheiden gewesen wäre, wenn T ausschließlich Geld an einem Automaten der *kartenausstellenden* O-Bank abgehoben hätte. Denn nach zutreffender h.M. ist § 266b nur auf Karten im sog. *Drei-Partner-System* (Visacard, Eurocard, Barclaycard, American-Express, Diners usw. – vgl. dazu Rn 709), nicht auf Karten im *Zwei-Partner-System* (sog. Kundenkarten wie IKEA-Family-Card, Lufthansa Air-Plus-Karte usw.) anwendbar (vgl. dazu Rn 712 ff.). Aber auch wenn man von dem Erfordernis des Drei-Personen-Verhältnisses absieht, ergibt sich nichts anderes. Denn der berechnete Girocard-Inhaber, der Geld von einem Geldautomaten abhebt, verwendet die Karte lediglich als Schlüssel, um auf sein Girokonto zuzugreifen, nicht aber als Kreditkarte. Daraus folgt: **Unabhängig davon, ob der Inhaber einer Girocard bei einem kreditinstituteigenen oder -fremden Geldautomaten Geld abhebt und dabei das Kreditlimit überschreitet, macht er sich nicht strafbar.**

cc. Verwendung einer eigenen oder fremden Girocard im Electronic-cash-Verfahren (Point-of-sale-Verfahren, sog. POS) ⇒ 1. Variante des bargeldlosen Einkaufens mit Girocard

- 687** Das Electronic-cash-Verfahren oder Point-of-sale-Verfahren (POS) ermöglicht eine bargeldlose Bezahlung unter Verwendung einer Codekarte. Der Kunde steckt seine Karte in das Kartenlesegerät am Terminal der Kasse des Händlers und gibt seine PIN ein. Wie bei dem Bezahlen mit Kreditkarten des Drei-Partner-Systems erhält der Händler aufgrund eines Händlervertrags zwischen ihm und dem Kreditinstitut einen direkten Anspruch gegen das kartenausstellende Kreditinstitut. Die am Terminal eingelesenen Daten und die PIN werden online an eine Autorisierungszentrale bzw. an das jeweilige Kreditinstitut weitergeleitet. Dort werden die PIN und der Verfügungsrahmen des Kunden sowie eine eventuelle Sperrung der Karte überprüft. Ist das Ergebnis der Prüfung positiv, wird die Zustimmung des kartenausgebenden Kreditinstituts zu der Transaktion (sog. Autorisierung) dem Vertragsunternehmen online innerhalb weniger Sekunden mitgeteilt. Zwischen dem Kreditinstitut und dem Karteninhaber besteht – neben dem Girovertrag – ein Geschäftsbesorgungsvertrag (§§ 675, 631 BGB), der die Teilnahme des Karteninhabers am Electronic-cash-Verfahren regelt.⁸⁷⁷
- 688** Auch beim POS sind Straftaten denkbar. Hier sind zwei Konstellationen zu unterscheiden: In der ersten setzt der berechnete Inhaber einer Girocard diese trotz überschrittener Kreditlinie im Electronic-cash-Verfahren zur Bezahlung von Waren ein, in der zweiten geschieht dies durch einen nichtberechtigten Dritten.
- 689** **Beispiel 1 (Einsatz der Girocard durch den berechtigten Karteninhaber):**
K kauft bei V Waren im Electronic-cash-Verfahren, obwohl der Kreditrahmen, den er von seiner kartenausstellenden O-Bank eingeräumt bekommen hat, bereits ausgeschöpft ist. An der Kasse schlägt die Zahlung mit seiner Girocard fehl.
Eine Strafbarkeit wegen (versuchten) Betrugs (**§ 263**) kommt bei der Bezahlung im Electronic-cash-Verfahren regelmäßig nicht in Betracht, weil sich der Händler aufgrund der mit der Online-Autorisierung verbundenen Garantiefunktion keine Gedanken über die Zahlungsfähigkeit machen muss und daher keinem Irrtum unterliegen kann.
Richtigerweise scheidet auch eine Strafbarkeit aus **§ 266b I Var. 2** aus, weil K nicht die Möglichkeit besaß, die O-Bank zu einer Auszahlung zu veranlassen. Das „Veranlassen“ ist bei § 266b nämlich im Sinne von „Verpflichten“ zu verstehen. Beim Einsatz im Electronic-cash-Verfahren verpflichtet aber nicht der Karteninhaber das Kreditinstitut im Wege der

⁸⁷⁷ Eisele/Fad, Jura 2002, 305. Vgl. auch Lackner/Kühl, § 266b Rn 3; LK-Gribbohm, § 266 Rn 15.

Stellvertretung, sondern das Kreditinstitut verpflichtet sich letztlich durch die elektronische Autorisation selbst.⁸⁷⁸ Außerdem handelt es sich bei einer Girocard nicht um eine Kreditkarte i.S.v. § 266b I Var. 2 (dazu Rn 686).

In Betracht kommt dann nur noch eine (Versuchs-)Strafbarkeit nach **§ 263a I Var. 3**. Möchte der berechtigte Inhaber einer Girocard trotz überschrittener Kreditlinie mit seiner Girocard bargeldlos bezahlen und hat sein Kreditinstitut der Autorisierungszentrale mitgeteilt, es wünsche keine weitere Belastung des Girokontos, wird das Ergebnis der Online-Anfrage negativ sein. Die Bezahlung ist fehlgeschlagen. Möglich ist dann eine Strafbarkeit wegen Versuchs. Wie schon beim Abheben am Bankautomaten kommt es hier darauf an, ob K die Karte unbefugt verwendete (bzw. verwenden wollte), was jedoch beim bloßen Überschreiten der eingeräumten Kreditlinie verneint wurde. Zudem war das Verhalten des K gerade infolge der Garantiefunktion im POS-Verfahren ungeeignet, einen Irrtum beim Verkaufspersonal zu erregen. Demzufolge ist K auch nicht wegen versuchten Computerbetrugs gem. §§ 263a I Var. 3, 22 strafbar.⁸⁷⁹ K ist **straflos**.

Beispiel 2 (Einsatz der Girocard durch einen nichtberechtigten Dritten):

690

Die Haushälterin H entdeckt in der Schublade ihrer Geschäftsherrin G deren Girocard. Die dazugehörige PIN hat sie vor einiger Zeit bei einem Gespräch zwischen der G und deren Mann mitbekommen. Sie nimmt die Karte, setzt diese im Electronic-cash-Verfahren zur Bezahlung von Waren in einer Boutique ein und legt die Karte anschließend – wie von Anfang an geplant – wieder an ihren Platz zurück.

Ein Diebstahl (§ 242) scheidet an der Enteignungskomponente des Zueignungsvorsatzes.

Auch ein Betrug (§ 263) zum Nachteil der kartenausstellenden Bank liegt im Ergebnis nicht vor. Zwar hat H durch Vorlage der Karte darüber getäuscht, dass sie zur Teilnahme am Electronic-cash-Verfahren berechtigt sei, da sich der Händler aufgrund der mit der Online-Autorisierung verbundenen Garantiefunktion jedoch keine Gedanken über die Berechtigung des Girocard-Benutzers zu machen braucht, kann er auch keinem Irrtum unterliegen.

H könnte sich aber wegen Computerbetrugs nach **§ 263a I Var. 3** zum Nachteil der Bank strafbar gemacht haben. Indem sie die Girocard nebst PIN in das Händlerterminal eingab, beeinflusste sie das Ergebnis der Datenverarbeitung des Computers der Autorisierungszentrale, wodurch die Bank einen Schaden erlitt. Dass Geschädigter (die Bank⁸⁸⁰) und der Verfügende (das Kassenpersonal der Boutique) nicht personenidentisch sind, ist belanglos, da zwischen den Beteiligten eine vertraglich begründete Nähebeziehung besteht. Insoweit gelten nach h.M. die zu § 263 entwickelten Grundsätze. Daher handelte H insgesamt unbefugt. Hinsichtlich der subjektiv neben dem Tatbestandsvorsatz erforderlichen Bereicherungsabsicht muss – ebenso wie beim Betrug – Stoffgleichheit zwischen dem erstrebten Vermögensvorteil und dem Vermögensschaden bestehen. Voraussetzung für die Stoffgleichheit ist, dass Vermögensschaden und Vermögensvorteil auf derselben Vermögensverfügung beruhen und dass der Vorteil aus dem geschädigten Vermögen stammt. Dies ist hier der Fall: Der erstrebte Vermögensvorteil liegt in der Übereignung der Waren bzw. der Befreiung von der Pflicht zur Barzahlung, der Vermögensschaden in der Belastung der kartenausgebenden Bank mit einem entsprechenden Zahlungsanspruch des Händlers.⁸⁸¹ **H ist gem. § 263a I Var. 3 strafbar.**

⁸⁷⁸ Wie hier Sch/Sch-Perron, § 266b Rn 4; Fischer, § 266b Rn 6; Lackner/Kühl, § 266b Rn 3; a.A. LK-Gribbohm, § 266b Rn 15; NK-Kindhäuser, § 266b Rn 17.

⁸⁷⁹ Wie hier Sch/Sch-Cramer/Perron, § 263a Rn 13; Fischer, § 263a Rn 15; Krey/Hellmann, BT II, Rn 518e; Rengier, BT I, § 14 Rn 12; a.A. LK-Tiedemann, § 263a Rn 52; Lackner/Kühl, § 263a Rn 14; NK-Kindhäuser, § 263a Rn 53.

⁸⁸⁰ Zwar ist es richtig, dass die Bank die G ggf. (aufgrund grober Fahrlässigkeit) in Regress nehmen kann, jedoch liegt die Zahlungsverpflichtung gegenüber dem Inhaber der Boutique erst einmal bei der Bank.

⁸⁸¹ Eisele/Fad, Jura 2002, 305, 308.

dd. Verwendung einer eigenen oder fremden Codecard im elektronischen Lastschriftverfahren (ELV) ⇒ 2. Variante des bargeldlosen Einkaufens mit Girocard)

691 Auch beim elektronischen Lastschriftverfahren führt der Kunde seine Karte in das Händlerterminal ein. Im Gegensatz zu dem eben dargestellten POS-System gibt der Kunde aber nicht zusätzlich seine PIN ein, sondern unterschreibt (lediglich) eine Ermächtigung zum Lastschrifteinzug. Dadurch kann auch keine Online-Anfrage stattfinden, was wiederum zur Folge hat, dass in Ermangelung eines Garantievertrags ein eigener Anspruch des Händlers gegen das Kreditinstitut nicht besteht. Freilich führt dies zu einem Verlust an Sicherheit. Gleichwohl ist das elektronische Lastschriftverfahren in der Praxis nicht unüblich, da *die Händler* die Kosten für die Online-Abfrage des Electronic-cash-Verfahrens zu tragen haben und diese Kosten beim elektronischen Lastschriftverfahren naturgemäß nicht auftreten. Wegen dieser Kostenersparnis verzichten viele Händler auf die Sicherheiten, die das Electronic-cash-Verfahren bietet.⁸⁸² Hinsichtlich möglicher Straftaten ist auch hier zu unterscheiden:

692 Beispiel 1 (Einsatz der Girocard durch den berechtigten Karteninhaber):

K bezahlt bei V Waren im elektronischen Lastschriftverfahren, obwohl er den Kreditrahmen, den er von seiner kartenausstellenden O-Bank eingeräumt bekommen hat, bereits ausgeschöpft hat.

Wird die Girocard vom berechtigten Karteninhaber im elektronischen Lastschriftverfahren verwendet, macht er sich nicht wegen Computerbetrugs gem. § 263a I Var. 3 strafbar, weil in diesem Fall von der kartenausstellenden Bank – anders als beim POS-Verfahren – keine Einlösegarantie übernommen wird, die durch das Einschieben der Karte in das Lesegerät und der Eingabe der PIN zustande käme. Das Einschieben der Karte in das Lesegerät dient allein der vereinfachten Herstellung einer persönlich zu unterzeichnenden Einzugsermächtigung.

Genau aus diesem Grund ist aber eine Strafbarkeit wegen Betrugs (§ 263) zum Nachteil des Händlers gegeben, da der Täter diesen über die Deckung seines Kontos täuscht. Im Gegensatz zum Electronic-cash-Verfahren unterliegt der Händler auch einem Irrtum, da die kartenausstellende Bank keine Zahlung garantiert. Mit der Übereignung der Waren trifft dieser schließlich auch eine Vermögensverfügung. Einen Vermögensschaden erleidet er dann, wenn (wie üblich) sich die Bank mangels Garantieübernahme weigert, die Zahlung vorzunehmen.

K ist daher wegen Betrugs strafbar.

693 Beispiel 2 (Einsatz der Girocard durch einen nichtberechtigten Dritten):

Haushälterin H geht wie beim letzten Mal vor. Doch da die Boutique nicht am POS-Verfahren, sondern lediglich am elektronischen Lastschriftverfahren teilnimmt, kommt sie nur dadurch zu der Ware, dass sie auf dem Abrechnungsbeleg mit dem Namen der G unterzeichnet.

Durch das Unterschreiben des Abrechnungsbelegs mit dem Namen der G hat H sich zunächst wegen Urkundenfälschung (§ 267 I Var. 1 und Var. 3) strafbar gemacht.

Darüber hinaus hat H den Tatbestand des Betrugs (§ 263) zum Nachteil des Boutiqueinhabers verwirklicht. Sie hat diesen bzw. dessen Kassenspersonal über das wirksame Zustandekommen einer Abbuchungsermächtigung zu Lasten der G getäuscht. Diese besteht in Wirklichkeit nicht, da H die G nicht rechtlich bindend verpflichten kann. Auch hat sie beim Kassenspersonal einen Irrtum erregt, da sich dieses aufgrund des Nichtbestehens einer Garantieerklärung sehr wohl Gedanken über die Berechtigung bzw. Zahlungsfähigkeit macht. Hinsichtlich der Vermögensverfügung (die Übergabe und Übereignung der Waren) schadet es wegen der Regelung des § 56 HGB nicht, falls der Boutiqueinhaber nicht

⁸⁸² Eisele/Fad, Jura 2002, 305; LK-Tiedemann, § 263a Rn 53.

selbst an der Kasse gestanden haben sollte. Schließlich erleidet der Boutiqueinhaber auch einen Vermögensschaden, da er im elektronischen Lastschriftverfahren mangels Garantievertrags keinen Anspruch gegen die kartenausstellende Bank besitzt.

ee. Verwendung einer fremden Girocard als Geldkarte ⇒ 3. Variante des bargeldlosen Einkaufens mit Girocard

Seit einiger Zeit sind Codecards (optional) mit einem Chip versehen, mit dessen Hilfe die Karte an einem Terminal der kartenausstellenden Bank „aufgeladen“ werden kann (meist bis zu einem Wert von 200,- €). Mit dem dann auf der Karte befindlichen Guthaben kann der Karteninhaber – ähnlich einer Telefonkarte – die Karte zur unmittelbaren Bezahlung kleinerer Beträge (beim Bäcker, Blumenladen, Kiosk etc.) einsetzen. Dazu steckt er die Karte in einen Terminal des Händlers, wodurch der geschuldete Betrag vom Kartenguthaben abgebogen wird (ähnlich dem „Abtelefonieren“ von Telefonkarten). Hinsichtlich der Strafbarkeit ist zu unterscheiden: Das **Laden** der Geldkarte am Terminal der Bank ist wie das Abheben am Geldautomaten zu behandeln. Das unbefugte **Entladen** durch einen nichtberechtigten Dritten, der die Karte mit Einwilligung des Karteninhabers einsetzt, ist mangels Täuschungsäquivalenz nicht nach § 263a I Var. 3 zu Lasten des Karteninhabers strafbar; fehlt die Einwilligung, gilt das Gegenteil.⁸⁸³ Wurde die Karte zuvor gestohlen oder durch Unterschlagung erlangt, kommen neben § 263a I Var. 3 auch § 242 und § 246 in Betracht, weil der spätere Einsatz der Karte eine Zueignung des Sachwertes bedeutet. Bei Kartenfälschung ist zudem an §§ 152a und 152b zu denken.

694

ff. Ausspähen und Benutzen von Passwörtern über Programme, die via E-Mail verschickt werden (spyware), sowie sog. Phishing

Ähnliche Probleme wie beim Codekartenmissbrauch ergeben sich beim Home-Banking via Internet („**Online-Banking**“), wenn sich der Täter bspw. durch den spammäßigen Versand von E-Mails, die Spähprogramme auf dem Computer des Opfers installieren, Passwörter verschafft. Mit Hilfe dieser Passwörter tätigt der Täter dann Online-Überweisungen zum Nachteil des Opfers.

694a

Passwörter können aber auch durch das sog. **Phishing** („Password-Fishing“) erlangt werden. Hierbei handelt es sich ebenfalls um E-Mails, die spammäßig an eine Vielzahl von E-Mail-Adressen verschickt werden. Anders als beim Ausspionieren von Passwörtern via „Spyware“ sollen die E-Mails beim Empfänger den Eindruck erwecken, als stammten sie von der Hausbank. Um das zu erreichen, werden bekannte Logos, Bilder und andere Merkmale der Banken übernommen. In der E-Mail werden die Empfänger dann aufgefordert, auf einen eingefügten Link zu klicken, um dann auf der Homepage der Bank ihre persönlichen Daten einzugeben, damit ein angebliches Sicherheitsupdate, Wartungsarbeiten oder planmäßige Aktualisierungen etc. durchgeführt werden könnten. Häufig sind selbst für den erfahrenen Internetnutzer diese Links nicht von den Original-Links der Banken zu unterscheiden.

Klickt das Opfer auf den in der E-Mail angegebenen Link, wird es auf eine Homepage weitergeleitet, die der Homepage der Bank täuschend ähnlich aussieht. Diese Vortäuschung der echten Homepage wird auch Visual-Spoofing genannt. Auf dieser Website wird das Opfer dann aufgefordert, seine persönlichen Daten (PIN, TAN, Passwort oder sonstige Zugangsdaten) einzugeben, um die vorher angegebenen Maßnahmen zu ermöglichen. Die Angaben landen jedoch nicht bei der Bank, sondern bei den hinter der Phishing-Attacke stehenden Tätern. Diese nutzen die Daten, um Überweisungen von dem Geschädigten auf ihnen bekannte Konten zu tätigen.

⁸⁸³ Vgl. dazu LK-*Tiedemann*, § 263a Rn 54.

- 694b** Fraglich ist, ob bereits das **Ausspionieren der Daten** eine strafbare Handlung darstellt. Eine Verwirklichung des § 263a III scheidet aus. Denn Phishing-E-Mails sind keine Computerprogramme, da sie keine lauffähigen Applikationen sind (anderes gilt für die Installation von spyware). Hinsichtlich der denkbaren Strafbarkeit aus § 202a müssten die Daten gegen unberechtigten Zugang besonders gesichert sein. In den meisten Fällen fehlt jedoch eine solche Zugangssicherung, sodass das Vorgehen der Phisher bis zur eigentlichen Abbuchung lediglich als Vorbereitungshandlung anzusehen ist.⁸⁸⁴ Eine solche Handlung war bislang nicht unter Strafe gestellt, was vom Gesetzgeber jedoch durch das 41. StrÄG v. 7.8.2007 durch Schaffung der §§ 202b und 202c geändert wurde, vgl. dazu Rn 717a ff.
- 694c** Auch ist § 263a I Var. 3 verwirklicht, wenn der Täter mit Hilfe der ausspionierten Daten **Überweisungen vom Konto des Opfers tätigt**. Durch das Einloggen auf der Homepage des Kreditinstituts und Eingabe der Zugangsdaten beeinflusst er das Ergebnis eines automatisierten Datenverarbeitungsvorgangs. Da diese Eingabe in der Regel ohne das Einverständnis des Kontoinhabers erfolgt, ist sie auch unbefugt im Sinne des § 263a I Var. 3. Zwar hat der Getäuschte die Zugangsdaten zuvor selbst preisgegeben, jedoch ausschließlich zu dem in der E-Mail angegebenen Zweck, und nicht für eine Überweisung. Somit ist das Täterverhalten auch täuschungsäquivalent. Sofern die Transaktion Erfolg hatte und dem Täter das Geld gutgeschrieben wurde, liegt auch ein kausaler Vermögensvorteil vor. Dieser Vermögensvorteil ist verbunden mit einem Vermögensverlust i.S.d. geforderten Stoffgleichheit.
- 694d** Unter den Voraussetzungen des § 263 III S. 2 Nr. 1-3, V, der über § 263a II Anwendung findet, ist die Annahme eines besonders schweren Falls bzw. die „Aufwertung“ zum Verbrechen gegeben.

d. Sonstige unbefugte Einwirkung auf den Ablauf (§ 263a I Var. 4)

- 695** Die letzte Tatvariante des § 263a I – die sonstige unbefugte Einwirkung auf den Ablauf – soll nach Auffassung des Gesetzgebers als **Auffangtatbestand** fungieren und die noch verbleibenden, von den anderen Tatvarianten nicht gedeckten Manipulationen erfassen. Die Reichweite der 4. Variante hängt also maßgeblich davon ab, wie viele der denkbaren Computerdelikte man bereits unter die ersten drei Varianten (insbesondere unter die 3. Variante) subsumieren konnte. Dies wiederum hängt davon ab, ob man für die „Verwendung von Daten“ i.S. der 2. und 3. Variante mit der zutreffenden h.M. eine Eingabe in den Datenverarbeitungsprozess voraussetzt oder jede Nutzung von Daten genügen lässt. Folgt man der h.M., kann das **Leerspielen von Geldspielautomaten** allein unter die 4. Variante fallen.
- 696** **Beispiel (zugleich Abschlussfall zu § 263a I):** T verschafft sich durch das Kopieren einer Diskette die erforderlichen Informationen über den Programmablauf (insbesondere über die sog. Risikotaste) eines bestimmten **Geldspielautomaten**. Mit diesem Wissen gelingt es ihm, das Gerät so zu bedienen, dass er es „leer spielt“. Ist T strafbar?
- 1.** Durch die Entgegennahme des ausgeworfenen Geldes könnte T sich zunächst wegen **Diebstahls** (§ 242 I) strafbar gemacht haben. Dazu hätte es sich bei dem Geld zunächst um eine fremde bewegliche Sache handeln müssen. Zweifelhaft ist allein das Merkmal *fremd*. Für den Täter ist die Sache fremd, wenn sie nicht in dessen Alleineigentum steht. Folglich ist die Frage zu beantworten, in wessen Eigentum die Münzen standen, als T sie entgegennahm. Sie standen im Eigentum des T, wenn sie ihm wirksam übereignet wurden (§ 929 S. 1 BGB). Im Grundsatz ist davon auszugehen, dass ein genereller Eigen-

⁸⁸⁴ So auch Popp, NJW 2004, 3517, 3518. Vgl. auch Borges, NJW 2005, 3313 ff.; Gercke, CR 2005, 606 ff.; Knupfer, MMR 2004, 641 ff. Zu § 202a vgl. Rn 717a ff.

tumsübertragungswille des Automatenbetreibers hinsichtlich des ausgeworfenen Geldes besteht. Etwas anderes könnte jedoch im Hinblick darauf gelten, dass T den Automaten mit Hilfe seiner „Spezialkenntnisse“ bediente. Der generelle Eigentumsübertragungswille könnte unter dem Vorbehalt der ordnungsmäßigen Bedienung bestehen. Ein solcher Vorbehalt ist jedoch vorliegend objektiv nicht erkennbar. Ein (geheimer) subjektiver Vorbehalt des Betreibers kann nicht genügen. Aber selbst wenn man davon ausgeht, dass der Betreiber eines Geldspielautomaten nur dann mit der Übergabe und Übereignung der in dem Gerät befindlichen und in seinem Eigentum und Gewahrsam stehenden Geldstücken an den Bediener einverstanden ist, wenn dieser den Automaten ordnungsgemäß betätigt, ist dies für den vorliegenden Fall doch anzunehmen. T hat den Automaten äußerlich vollkommen ordnungsgemäß bedient. Daher ist in jedem Fall von einer wirksamen Eigentumsübertragung des Geldes auszugehen. Ein Diebstahl scheidet demnach mangels Fremdheit des Geldes aus.

2. T könnte sich aber wegen **Erschleichens von Leistungen** (§ 265a) strafbar gemacht haben. Bei dem Geldspielautomaten handelt es sich um einen Automaten i.S.d. § 265a I Var. 1. Fraglich ist aber, ob T die Leistung „erschlichen“ hat. Darunter wird überwiegend ein ordnungswidriges oder zumindest missbräuchliches Erreichen einer Leistung verstanden, und zwar durch den *Bedienungsvorgang* der technischen Vorrichtung selbst.⁸⁸⁵ T hat den Geldspielautomaten aber äußerlich völlig korrekt bedient. T hat somit die Leistung des Automaten nicht „erschlichen“. Darüber hinaus hat T den subjektiven Tatbestand nicht erfüllt, weil dazu die Absicht, das Entgelt nicht zu entrichten vorausgesetzt wird. T ging es aber nicht darum, das Spielentgelt nicht zu entrichten, sondern den Automaten leer zu spielen. Er hat sich somit auch deshalb nicht aus § 265a I Var. 1 strafbar gemacht.

3. Schließlich kommt eine Strafbarkeit wegen **Computerbetrugs** (§ 263a) in Betracht. Dazu müsste T unter Verwirklichung mindestens einer der vier in der Vorschrift genannten Tatvarianten das **Ergebnis eines Datenverarbeitungsvorgangs beeinflusst** haben. **Datenverarbeitung** meint alle technischen Vorgänge, bei denen durch Aufnahme von Daten und ihre programmgesteuerte Verknüpfung Arbeitsergebnisse erzielt werden (Input-Output-Relation).⁸⁸⁶ Die Abarbeitung einer Zahlenfolge im Prozessor eines Geldspielautomaten stellt einen solchen Datenverarbeitungsvorgang dar.

Fraglich ist aber, ob T das Ergebnis dieses Vorgangs auch **beeinflusst** hat. Wenn man den Begriff der „Beeinflussung“ so versteht, dass damit eine programmwidrige Einflussnahme, also eine solche, die zu einem Programmablauf führt, der vom Programm nicht vorgesehen war, gemeint ist, ist das Tatbestandsmerkmal der „Beeinflussung“ vorliegend nicht erfüllt. T hätte dann aufgrund der äußerlich ordnungsgemäßen Bedienung keinen programmwidrigen Ablauf herbeigeführt.

Der Begriff der „Beeinflussung“ könnte aber auch so ausgelegt werden, dass darunter *jede* Einwirkung zu verstehen ist, die das Ergebnis einer Datenverarbeitung modifiziert.⁸⁸⁷

Danach hätte T allein durch die Betätigung der Tasten des Spielautomaten den Datenverarbeitungsvorgang beeinflusst. Für die Auslegung in diesem Sinne sprechen jedenfalls die Semantik dieses Begriffs und der allgemeine Sprachgebrauch. Auch scheint es aus kriminalpolitischer Sicht sachgerecht, den Begriff so zu verstehen. T hat daher den Datenverarbeitungsvorgang des Geldspielautomaten beeinflusst.

T müsste aber auch mindestens eine der vier Handlungsvarianten des § 263a I verwirklicht haben. In Betracht kommt zunächst eine **unrichtige Gestaltung des Programms (Var. 1)**.

Ein Programm ist eine durch Daten fixierte Arbeitsanweisung an den Computer. „Unrichtig“ ist die Programmgestaltung, wenn die Arbeitsanweisung auf betrugrelevante Tatsa-

⁸⁸⁵ Vgl. dazu Sch/Sch-Perron, § 265a Rn 8-11; LK-Tiedemann, § 265a Rn 34-57; Fischer, § 265a Rn 5; Lackner/Kühl, § 265a Rn 6; Hellmann, JuS 2001, 353, 356; Jerouschek/Köbel, JuS 2001, 780, 784.

⁸⁸⁶ Lackner/Kühl, § 263a Rn 4; Jerouschek/Köbel, JuS 2001, 780, 782.

⁸⁸⁷ Vgl. zum Begriff der „Beeinflussung“ auch LK-Tiedemann, § 263a Rn 26; Fischer, § 263a Rn 3; Sch/Sch-Cramer/Perron, § 263a Rn 22; Jerouschek/Köbel, JuS 2001, 780, 782.

chen bezogen ist und sie bewirkt, dass die Daten zu einem Ergebnis verarbeitet werden, das inhaltlich unrichtig ist.⁸⁸⁸ Vorliegend hat T nicht auf die Programmgestaltung eingewirkt, sondern (lediglich) durch Drücken der Risikotaste den Programmverlauf beeinflusst. § 263a I Var. 1 scheidet damit aus.

T könnte aber **unrichtige oder unvollständige Daten verwendet haben (Var. 2)**. Mit dieser Tatvariante werden Fälle erfasst, in denen eingegebene Daten in einen anderen Zusammenhang gebracht oder unterdrückt werden, sog. **Input- oder Eingabemanipulationen**. **Unrichtig** sind die Daten, wenn die mit ihnen dargestellten Informationen falsch sind, also die Wirklichkeit bzw. den Lebenssachverhalt unzutreffend wiedergeben.⁸⁸⁹ Daten sind **unvollständig**, wenn Informationen über „wahre“ Tatsachen pflichtwidrig vorenthalten werden.⁸⁹⁰ **Verwendet** werden Daten, wenn sie in den Datenverarbeitungsprozess eingeführt werden (dazu näher in Var. 3).

Aus dieser Definition ergibt sich, dass die Var. 1 lediglich einen Spezialfall der Var. 2 bildet. Aber auch die Var. 2 hat T nicht erfüllt, da er keine Daten eingegeben, sondern nur in Kenntnis des Programmablaufs die Spiel Tasten bedient hat.

Möglicherweise hat T aber **Daten unbefugt verwendet (Var. 3)**. Dazu muss zunächst geklärt werden, was unter dem Merkmal „**Verwenden**“ zu verstehen ist. Während eine weite Auslegung jede Nutzung von Daten genügen lässt⁸⁹¹, verlangt die enge Auslegung eine Eingabe von Daten gerade in den Datenverarbeitungsprozess⁸⁹². Da T keine Daten in den Datenverarbeitungsprozess eingegeben hat, wäre bei Befolgung dieser Auffassung die Var. 3 zu verneinen und die Var. 4 zu prüfen. Im Ergebnis sind beide Auffassungen gleichermaßen vertretbar.

Folgt man der h.M., ist zu prüfen, ob T **sonst unbefugt auf den Programmablauf eingewirkt hat (Var. 4)**. Schwierigkeiten bereitet insbesondere die Auslegung des Merkmals „unbefugt“ (das im Übrigen auch hinsichtlich der Var. 3 zu prüfen gewesen wäre, hätte man das „Verwenden“ bejaht).

- ⇒ Nach der am weitesten gehenden sog. **subjektivierenden** Auslegung ist jede Datenverarbeitung „unbefugt“, die dem wirklichen oder mutmaßlichen *Willen des Rechtsgutinhalters* (des Berechtigten) widerspricht.⁸⁹³ Demzufolge hat T sich nach § 263a I Var. 4 strafbar gemacht, da die Verwendung von illegal erworbenen Programmkenntnissen kaum dem Willen des Automatenbetreibers entspricht.
- ⇒ Vertreter der engen sog. **computerspezifischen** Auslegung stellen darauf ab, ob der einer Datenverwendung entgegenstehende *Wille des Betreibers* im Computerprogramm berücksichtigt ist.⁸⁹⁴ Entscheidend ist danach, ob die Befugnis des Verwenders der Daten im Programmablauf Niederschlag gefunden hat, also vom Programm selbst überprüft wird. Diese Überprüfung findet regelmäßig durch eine entsprechende Nachfrage, etwa durch Anforderung und Überprüfung der persönlichen Geheimnummer, der PIN, statt. Da eine solche zwar bei Geldautomaten, nicht aber bei Geldspielautomaten verlangt wird (Geldspielautomaten stehen für jedermann zur freien Benutzung bereit), ist diese Auslegung für den vorliegenden Fall nicht einschlägig.
- ⇒ Die herrschende Auffassung, die § 263a **betrugsspezifisch** auslegt, orientiert sich an § 263 und verlangt ein täuschungsäquivalentes Verhalten des Täters.⁸⁹⁵ Durch ihre

⁸⁸⁸ Fischer, § 263a Rn 6; Lackner/Kühl, § 263a Rn 7; SK-Hoyer, § 263a Rn 22 ff.; LK-Tiedemann, § 263a Rn 30.

⁸⁸⁹ Fischer, § 263a Rn 7; SK-Hoyer, § 263a Rn 26; Laue, JuS 2002, 359, 360.

⁸⁹⁰ Sch/Sch-Cramer/Perron, § 263a Rn 7; Lackner/Kühl, § 263a Rn 10; Fischer, § 263a Rn 7.

⁸⁹¹ So vertreten von BayObLG JR 1994, 289, 290 f.; Ranft, JuS 1997, 19, 20; Hilgendorf, JuS 1997, 130, 131; Otto, BT § 52 Rn 35; offengelassen von BGHSt 40, 331, 334.

⁸⁹² So vertreten von LK-Tiedemann, § 263a Rn 4 u. 42-46; Lackner/Kühl, § 263a Rn 12; Fischer, § 263a Rn 8; Laue, JuS 2002, 359, 362; Jerouschek/Kölbel, JuS 2001, 780, 782.

⁸⁹³ So vertreten von BGHSt 40, 331, 334 f.; BayObLG JR 1994, 289, 291; Hilgendorf, JuS 1997, 130, 131; Otto, BT, § 52 Rn 40; Scheffler/Dressel, NJW 2000, 2645; Mitsch, JZ 1994, 877, 883.

⁸⁹⁴ So vertreten von OLG Celle NStZ 1989, 367, 368; Arloth, Jura 1996, 354, 358; Achenbach, Jura 1991, 227 f. und JR 1994, 293, 295.

⁸⁹⁵ So vertreten von BGHSt 47, 160, 163 ff.; 38, 120, 121; OLG Köln NJW 1992, 125, 126; OLG Düsseldorf StV 1998, 266 f.; LG Bonn NJW 1999, 3726; SK-Hoyer, § 263a Rn 31 f.; Fischer, § 263a Rn 11; SK-Günther, § 263a

Anlehnung an § 263 entspricht sie dem Zweck des § 263a, nämlich lediglich bestehende Strafbarkeitslücken zu schließen, die darin bestehen, dass bei einer missbräuchlichen Benutzung von Datenverarbeitungsanlagen ein Betrug ausscheidet. Gleichwohl bedarf es vorliegend keiner Streitentscheidung, da T auch nach dieser Auslegung den objektiven Tatbestand des § 263a I Var. 4 erfüllt hat. Denn bei der Bedienung des Geräts hat er schlüssig miterklärt, regulär spielen zu wollen und ein spielimmanentes Risiko ohne Sonderwissen vom Spielverlauf einzugehen.⁸⁹⁶

Ein **Vermögensschaden** – hier beim Systembetreiber – ist ebenfalls entstanden. Nachdem T auch mit entsprechendem **Tatbestandsvorsatz** und der **Absicht**, sich einen **rechtswidrigen Vermögensvorteil** zu verschaffen, gehandelt hat, ist er im Ergebnis wegen **Computerbetrugs gemäß § 263a I Var. 4 strafbar**.

4. Zur möglichen Strafbarkeit wegen **Hausfriedensbruchs (§ 123)**, die darin bestehen könnte, dass sich das Einverständnis des Spiel-Center-Inhabers zum Betreten der Räume nur auf redliche Spieler bezieht, vgl. die Ausführungen bei *Schmidt/Priebe*, BT I, Rn 997 ff.

Weiterführender Hinweis: Der vorstehende Fall ist von demjenigen zu unterscheiden, bei dem der Täter einen **Geldwechselautomaten** mittels eines mit **Tesafilm** beklebten Geldscheins „überlistet“. In einem solchen Fall ist in Ermangelung einer äußerlich ordnungsgemäßen Bedienung nicht von einer Eigentumsübertragung des ausgeworfenen Geldes auszugehen. Der Täter begeht dann einen **Diebstahl**. Das gilt selbst dann, wenn das Gerät mit einem **elektronischen Geldprüfer** ausgestattet ist. Vgl. dazu das Beispiel bei Rn 63.

697

2. Subjektiver Tatbestand

Subjektiv ist neben dem **Vorsatz** (mindestens *dolus eventualis*) die **Absicht** (*dolus directus* 1. Grades) der rechtswidrigen und stoffgleichen eigen- oder fremdnützigen Bereicherung erforderlich.

698

II. Rechtswidrigkeit und III. Schuld

Es gelten die allgemeinen Grundsätze.

699

IV. Versuch (§ 263 II), Strafzumessungsregel (§ 263 III) und Qualifikation (§ 263 V) gem. § 263a II

Nach § 263a II gilt § 263 II bis VII entsprechend (insbesondere: Strafbarkeit des Versuchs, besonders schwere Fälle und §§ 247, 248a).

700

V. Strafbare Vorbereitung (§ 263a III) und tätige Reue (§ 263a IV)

Veranlasst durch einen Rahmenbeschluss des Rates der EU aus dem Jahre 2001 (ABl. EG Nr. L 149 S. 1), der u.a. forderte, dass Betrugs- und Fälschungshandlungen im bargeldlosen Zahlungsverkehr sowie deren Vorbereitung in allen Mitgliedstaaten als Straftat angesehen und mit abschreckender Wirkung sanktioniert werden sollen, stellt der Gesetzgeber nunmehr – ähnlich den §§ 149, 275 – mit § 263a III Vorbereitungshandlungen unter Strafe. Strafbar ist, wer zur Vorbereitung einer Straftat nach § 263a I Computerprogramme, deren objektiver Zweck die Begehung von Computerstraftaten ist, herstellt, sich oder einem anderen verschafft, feilhält, verwahrt oder anderen überlässt. Eine tatsächliche Begehung einer der in § 263a I genannten Straftaten ist also ebenso wenig erforderlich wie das Überschreiten der Versuchsschwelle. Damit wird die Strafbarkeit in die sonst straflose Vorbereitungsphase verlagert. Die damit verbundenen verfassungsrechtlichen Bedenken will der Gesetzgeber mit der Möglichkeit der tätigen Reue (§ 263a IV i.V.m. § 149 II, III ⇒ persönlicher Strafaufhebungsgrund) ausräumen.

701

Rn 18; *Rengier*, BT I, § 14 Rn 8; *Wessels/Hillenkamp*, BT 2, Rn 609; *Laue*, JuS 2002, 359, 363; *Tiedemann/Waßner*, Jura 2000, 533, 536; *Kudlich*, JuS 2001, 20 f.; JuS 2003, 537 f.; *Jerouschek/Kölbel*, JuS 2001, 780 f.

⁸⁹⁶ Vgl. auch BGHSt 40, 331, 334 f.; *Jerouschek/Kölbel*, JuS 2001, 780, 783.

D. Missbrauch von Scheck- und Kreditkarten (§ 266b)

- 702 Da die meisten Computerdelikte, die mit unbefugt eingesetzten Scheck- und Kreditkarten begangen werden, sowohl im Hinblick auf § 263a als *auch* auf § 266b relevant sind, wurden zugunsten einer zusammenhängenden Darstellung viele Aspekte des § 266b bereits umfassend im Rahmen der Darstellung zu § 263a erörtert. An dieser Stelle soll daher lediglich auf die noch verbleibenden Gesichtspunkte eingegangen werden, wobei aus Gründen der Klarheit und des Zusammenhangs gewisse Überschneidungen und Wiederholungen unumgänglich sind.
- 703 **I. Täter** des § 266b kann nur der **berechtigte Karteninhaber** sein (= **Sonderdelikt**), weil nur *ihm* die Möglichkeit „eingeräumt“ ist, den Aussteller „zu einer Zahlung zu veranlassen“.

Alle anderen Personen können daher nur Anstifter bzw. Gehilfe zu § 266b sein. Das schließt freilich nicht aus, dass ein nichtberechtigter Dritter den Tatbestand des § 263a verwirklicht (vgl. dazu bereits den bei Rn 678 dargestellten Fall, in dem der Täter die Kreditkartendaten eines anderen zur Bezahlung von Leistungen aus dem Internet verwendet).

- 704 **II.** Der Tatbestand des § 266b I beschreibt den Missbrauch von Scheck- und Kreditkarten. Geschütztes Rechtsgut ist nicht nur das Vermögen, sondern auch die Funktionsfähigkeit des bargeldlosen Zahlungsverkehrs. Unter **Scheckkarte** wurde bislang ausschließlich die **ec-Karte** verstanden, unter deren Vorlage man mit einem **Euroscheck** bargeldlos bezahlen konnte (siehe bereits Rn 105). Da mit Datum vom 1.1.2002 die Scheckgarantie von 400,- DM weggefallen ist, die bis dahin die Banken bei der Bezahlung mittels Euroschecks und Scheckkarte übernommen hatten, wird allgemein angenommen, § 266b I Var. 1 habe seit dem 1.1.2002 keine Bedeutung mehr. Habe die „Scheckkarte“ ihre Funktion verloren, könne es auch den „Scheckkartenmissbrauch“ nicht mehr geben. Daher unterfalle der Codekartenmissbrauch dem Tatbestand des § 263a.⁸⁹⁷ Dem könnte entgegengehalten werden, dass die Verwendung der Girocard zur Barabhebung am Geldautomaten einer Drittbank mit der (nun weggefallenen) Bareinlösung eines Euroschecks bei anderen Kreditinstituten sehr wohl vergleichbar sei und diese nun alleinige Funktion der Codekarte der Anwendung des § 266b I Var. 1 nicht zwingend entgegenstehe. Auch könnte eine Gleichbehandlung mit der Bareinlösung eines Euroschecks bei einem anderen als dem bezogenen Kreditinstitut deshalb gerechtfertigt sein, weil auch in diesen Fällen das kartenausgebende Institut i.S.v. § 266b zu einer Zahlung „veranlasst“ wird.
- Allerdings wird die ehemalige ec-Karte (jetzt: Girocard) gerade nicht mehr als „Scheckkarte“, sondern nur noch in ihrer Funktion als Codekarte, quasi als „Zugangsschlüssel“ bspw. zum Abheben von Geld aus Geldautomaten, eingesetzt.

- 705 **Fazit:** Da das Scheckkartensystem mit Wirkung zum 1.1.2002 weggefallen ist, hat auch die „Scheckkarte“ ihre Bedeutung verloren und wird von den Kreditinstituten auch nicht mehr ausgegeben. Somit kann es auch den „Scheckkartenmissbrauch“ i.S.v. § 266b I Var. 1 nicht mehr geben. Insbesondere ist die Girocard in ihrer (nunmehr) einzigen Funktion als Codekarte keine Scheckkarte.

- 706 ■ Hebt also ein Girocard-Inhaber, dessen Kreditlinie bereits überschritten ist, mit seiner Girocard unter Eingabe der PIN Geld an einem kreditinstitutseigenen oder -fremden **Geldautomaten** ab, liegt kein Fall des § 266b I Var. 1 vor.⁸⁹⁸ Denn es handelt sich bei der Girocard – wie gesehen – gerade nicht um eine Scheckkarte. Beim Abheben von Geld am Automaten des kartenausstellenden Kreditinstituts kommt hinzu, dass nach zutreffen-

⁸⁹⁷ Krey/Hellmann, BT II, Rn 513c; Wessels/Hillenkamp, BT 2, Rn 611 und 794.

⁸⁹⁸ Anders zwar BGHSt 47, 160, 163, jedoch hinsichtlich eines Sachverhalts, der vor dem 1.1.2002 stattfand.

der h.M.⁸⁹⁹ § 266b nur auf Karten im sog. **Drei-Partner-System** (Visacard, Eurocard, Barclaycard, American-Express, Diners usw.), nicht auf Karten im Zwei-Partner-System (sog. Kundenkarten wie IKEA-Family-Card, Lufthansa Air-Plus-Karte usw.) anwendbar ist (dazu näher Rn 709 ff.). Auch § 263a I Var. 3 greift nicht, da der Karteninhaber nicht „unbefugt“ Daten verwendet (vgl. dazu den Beispielsfall bei Rn 686). Der Täter ist **straflos**.

- Auch bei der Verwendung der eigenen Girocard im **Electronic-cash-Verfahren** (Point-of-sale-Verfahren ⇒ **POS-Verfahren**) sind Straftaten i.S.v. § 266b I Var. 1 denkbar. Das betrifft namentlich den Fall, dass der Karteninhaber an der Kasse bspw. eines Supermarktes Waren im Electronic-cash-Verfahren bezahlt, obwohl er den Kreditrahmen, den er von seiner kartenausstellenden Bank eingeräumt bekommen hat, bereits ausgeschöpft hat.⁹⁰⁰ Vgl. dazu den Beispielsfall bei Rn 689 (Karteninhaber ist im Ergebnis **straflos**). 707

- Schließlich ist die Verwendung der eigenen Girocard im **elektronischen Lastschriftverfahren** zu nennen. Auch bei diesem Verfahren führt der Kunde seine Karte in den Händlerterminal ein. Im Gegensatz zu dem eben dargestellten POS-System gibt der Kunde aber nicht zusätzlich seine PIN ein, sondern unterschreibt (lediglich) eine Ermächtigung zum Lastschrifteinzug. Dadurch kann auch keine Online-Anfrage stattfinden, was wiederum zur Folge hat, dass in Ermangelung eines Garantievertrags ein eigener Anspruch des Händlers gegen das Kreditinstitut nicht besteht. Beahlt nun jemand Waren im elektronischen Lastschriftverfahren, obwohl er den Kreditrahmen, den er von seiner kartenausstellenden Bank eingeräumt bekommen hat, bereits ausgeschöpft hat, macht er sich wegen Betrugs (§ 263) zum Nachteil des Händlers strafbar, da er ihn über die Deckung auf seinem Konto täuscht. Im Gegensatz zum Electronic-cash-Verfahren unterliegt der Händler einem Irrtum, da die kartenausstellende Bank keine Zahlung garantiert. Mit der Übereignung der Waren trifft er auch eine Vermögensverfügung. Einen Vermögensschaden erleidet er dann, wenn sich die Bank mangels Garantieübernahme weigert, die Zahlung vorzunehmen. Vgl. auch zu dieser Konstellation den Beispielsfall bei Rn 687. 708

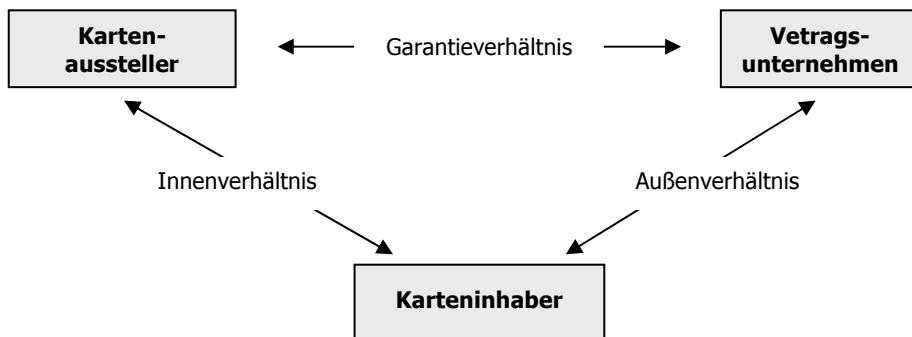
III. Von dem Scheckkartenmissbrauch (§ 266b I Var. 1) ist der **Kreditkartenmissbrauch** (§ 266b I Var. 2) zu unterscheiden. Bei der Kreditkarte i.S.d. § 266b I Var. 2 handelt es sich zunächst unproblematisch um eine Kreditkarte im „**Drei-Partner-System**“. Darunter ist ein Kreditkartensystem zu verstehen, bei dem der Karteninhaber berechtigt ist, unter Vorlage der Kreditkarte bei dem Vertragsunternehmen des Kreditkartenausstellers gegen bloße Unterschrift auf einem Abrechnungsbeleg Waren oder Dienstleistungen in Anspruch zu nehmen. Mit dieser Unterschrift anerkennt der Inhaber die sachliche Richtigkeit des Betrags und verpflichtet den Kartenaussteller, unter Belastung des Kontos des Karteninhabers an das Vertragsunternehmen zu zahlen.⁹⁰¹ 709

Als Kreditkartenaussteller kommen zum **Beispiel** *Eurocard, American-Express, Diners* und *Visa* in Betracht. Typische Vertragsunternehmen sind Tankstellen, Restaurants, Boutiquen etc. 710

⁸⁹⁹ BGHSt 47, 160, 163; BGHSt 38, 281, 282; Sch/Sch-Perron, § 266b Rn 5; SK-Samson/Günther, § 266b Rn 4; LK-Gribbohm, § 266b Rn 18 f.; Lackner/Kühl, § 266b Rn 4; Fischer, § 266b Rn 10; Zielinski, CR 1992, 223, 227; Eisele/Fad, Jura 2002, 305, 311; Wessels/Hillenkamp, BT 2, Rn 795. Anders Hilgendorf, JuS 1997, 131, 134 f.; Otto, JZ 1992, 1139; Ranft, NSTZ 1993, 185 f. (Erstreckung des § 266b auch auf Karten im Zwei-Partner-System).

⁹⁰⁰ Wie hier BGHSt 47, 160, 163, und nunmehr auch Fischer, § 266b Rn 6a.

⁹⁰¹ Fischer, § 266b Rn 10; Eisele/Fad, Jura 2002, 305; LG Dresden NSTZ 2006, 633.



711 **IV.** Die Tathandlung besteht bei beiden Varianten in der **missbräuchlichen Ausnutzung** des rechtlichen Könnens im Außenverhältnis unter Überschreitung des rechtlichen Dürfens im Innenverhältnis. Das rechtliche Können im Außenverhältnis bedeutet das Verpflichten der kartenausstellenden Stelle, die Zahlung an das Vertragsunternehmen zu leisten. Das rechtliche Dürfen besteht in der Verpflichtung, die aus dem Kartenvvertrag hervorgehenden Pflichten nicht zu verletzen. Diese dort genannten Pflichten bestehen zumeist darin, dass der Karteninhaber keine Verpflichtungen gegenüber einem Vertragsunternehmen eingehen darf, wenn seine Einkommens- und Vermögensverhältnisse den Kontoausgleich nicht gestatten.⁹⁰²

712 **Beispiel:** Lukrezia ist Inhaberin einer *Visacard* mit der vertraglichen Ausgestaltung, dass sie nicht nur einen bestimmten Kreditrahmen nicht überschreiten darf, sondern dass ihr auch ganz allgemein untersagt ist, Verpflichtungen einzugehen, wenn ihre Einkommens- und Vermögensverhältnisse einen Kontoausgleich nicht gestatten. Als sie in einem Elektronikfachgeschäft einen günstigen 22-Zoll-Flachbildschirm für ihren PC entdeckt, entschließt sie sich zum Kauf, obwohl sie weiß, dass ihr Bankkonto keine Deckung aufweist und sie auch in absehbarer Zeit nicht an den erforderlichen Betrag kommen wird. An der Kasse zahlt sie den Kaufpreis i.H.v. 800,- € mit ihrer *Visacard*. Der Kartenaussteller muss diesen Betrag aufgrund der mit der Karte verbundenen Garantieerklärung an das Geschäft zahlen.

Hier könnte L sich wegen **Betrugs (§ 263)** zum Nachteil des Kartenausstellers strafbar gemacht haben. Dazu müsste sie zunächst über Tatsachen getäuscht haben. Ihre Zahlungsunfähigkeit, die sie bereits bei Benutzung der Karte kannte, ist eine Tatsache. Zweifelhaft ist aber, ob sie über ihre Zahlungsfähigkeit getäuscht hat. Bedenken knüpfen an den Umstand, dass mit einer **Kreditkarte** im **Drei-Partner-System** eine **Garantiefunktion** verbunden ist, die in ihrer Höhe von der individuellen Vereinbarung zwischen dem Kreditkartenaussteller und dem -inhaber abhängig ist. Für ein Überschreiten dieses Limits, das sich in der Sperrung der Karte auswirkt, liegen keine Anhaltspunkte vor. Wegen der mit einer nicht gesperrten Kreditkarte verbundenen Garantieerklärung braucht sich ein Vertragspartner keine Gedanken über die Deckung des Kontos zu machen.⁹⁰³ Da dies auch für den vorliegenden Fall zutrifft, scheidet ein Betrug schon an der fehlenden Täuschung.

Möglicherweise hat L sich aber wegen **Kreditkartenmissbrauchs (§ 266b I Var. 2)** strafbar gemacht. Die von L benutzte *Visacard* ist eine Kreditkarte i.S.d. § 266b I Var. 2. Die Möglichkeit ihrer Benutzung ist ihr durch die Überlassung auch eingeräumt worden. Diese ihr eingeräumte Möglichkeit müsste sie auch missbraucht haben. Der Begriff des Missbrauchs lehnt sich an § 266 und § 266b I Var. 1 an. Speziell bei der Kreditkarte wird von einem Missbrauch gesprochen, wenn zwischen dem Kartenaussteller und dem die Karte akzeptierenden Vertragspartner eine wirksame Zahlungsverpflichtung begründet

⁹⁰² LK-Gribbohm, § 266b Rn 27; Lackner/Kühl, § 266b Rn 5.

⁹⁰³ Vgl. BGHSt 33, 244, 249, und Eisele/Fad, Jura 2002, 305, 310.

wird, obwohl die Vermögensverhältnisse des Karteninhabers einen Zahlungsausgleich im Abrechnungszeitraum nicht erwarten lassen.⁹⁰⁴ Vorliegend wird wegen der bestehenden Garantiefunktion der *Visacard* die Zahlungsverpflichtung des Ausstellers wirksam begründet. Da auch nicht davon auszugehen ist, dass die Einkommens- und Vermögensverhältnisse der L innerhalb des (monatlichen) Abrechnungszeitraums einen Ausgleich erwarten lassen, hat L die ihr eingeräumte Möglichkeit zur Benutzung missbraucht. Da es L auch vertraglich untersagt war, keine Verpflichtungen einzugehen, wenn ein Ausgleich im Abrechnungszeitraum nicht gewährleistet ist, und in diesem Fall die Missbrauchs- und Schadensvoraussetzungen identisch sind⁹⁰⁵, liegt bei dem Kartenaussteller auch ein Vermögensschaden vor. L hat sich somit aus § 266b I Var. 2 strafbar gemacht.

V. Vom Kreditkartensystem im „Drei-Partner-System“ (*Universalkreditkarte*) ist das **„Zwei-Partner-System“** (*Spezialkreditkarte*) zu unterscheiden. Bei diesem Typ von Kreditkarten ist dem Kunden des Ausstellers lediglich ein für alle seine Filialen gültiger Kundenkredit eingeräumt worden. Der Ausgleich findet über einen Einzug des Geldes vom Bankkonto des Kunden statt.

713

Als **Beispiele** sog. Kundenkarten sind die *IKEA-Family-Card*, die *Lufthansa Air-Plus-Karte* oder die *Karstadt-Kundenkarte* zu nennen. Keine Kreditkarten i.S.v. § 266b I Var. 2 sind auch die Codekarten im Girocard-System (vgl. Rn 686).

Ob das missbräuchliche Benutzen solcher Karten unter § 266b oder unter § 263 zu subsumieren ist, wird unterschiedlich gesehen.

714

Beispiel: Lieselotte kauft bargeldlos mit einer Kundenkarte, die ihr vom Warenhaus des W ausgestellt wurde, Waren im Wert von 300,- €, obwohl ihr Girokonto bei ihrer Hausbank bereits über den Kreditrahmen hinaus überzogen ist.

715

L könnte sich wegen **Kreditkartenmissbrauchs** (§ 266b I Var. 2) strafbar gemacht haben. Dazu müsste § 266b zunächst anwendbar sein. Die Anwendbarkeit des § 266b ist in Fällen, in denen der Täter keine sog. Universalkreditkarte, sondern eine Kundenkarte (Spezialkreditkarte) einsetzt, die dem Karteninhaber lediglich beim Einkauf in Filialen des kartenausgebenden Unternehmens einen Kredit gewährt, streitig.

⇒ Eine Mindermeinung ist der Ansicht, dass auch Karten im sog. „Zwei-Partner-System“ Kreditkarten i.S.v. § 266b seien. Das Merkmal „Zahlung“ erfasse auch das Erbringen einer geldwerten (Waren-)Leistung. Zudem liege eine nicht gerechtfertigte Ungleichbehandlung vor, wenn dem Täter im „Zwei-Partner-System“ der mildere Strafrahmen des § 266b vorenthalten werde.⁹⁰⁶

⇒ Nach der h.M. unterfällt der Missbrauch von Kundenkarten nicht dem § 266b. Das Erbringen von Dienstleistungen sowie die Übereignung von Waren an den Kreditkarteninhaber könnten ohne Überschreitung der Wortlautgrenze kaum als „Zahlung“ i.S.d. § 266b verstanden werden; vielmehr stellten die Karten akzeptierenden Vertragspartner Waren bzw. Dienstleistungen zur Verfügung. Zudem bestünden keine Strafbarkeitslücken, weil der Missbrauch von Kundenkarten i.d.R. von § 263 erfasst werde. Schließlich solle § 266b nach seinem Gesetzeszweck Dreiecksbeziehungen erfassen, in denen der Kreditgeber aufgrund der Garantiefunktion der Kreditkarte zu Zahlungen an Dritte verpflichtet werde.⁹⁰⁷

Stellungnahme: Für die h.M. spricht nicht nur der Wortlaut des § 266b I, der die Veranlassung zu einer „Zahlung“ verlangt, sondern auch der Umstand, dass der Gesetzgeber im Zuge des 6. StrRG 1998 in § 152a IV (a.F., vgl. nunmehr § 152b IV) den Begriff der

⁹⁰⁴ LK-Gribbohm, § 266b Rn 23; Fischer, § 266b Rn 15-17; Lackner/Kühl, § 266b Rn 5.

⁹⁰⁵ Sch/Sch-Perron, § 266b Rn 10.

⁹⁰⁶ Hilgendorf, JuS 1997, 130, 131; Otto, JZ 1992, 1139 f.; Ranft, NSTZ 1993, 185 f.; Löhnig, JR 1999, 362.

Zahlungskarte definiert und seitdem auch die Kreditkarte als Zahlungskarte ansieht. Auch der Schutzzweck des § 266b ist ein Argument für die Beschränkung auf Karten im Drei-Partner-System. Erforderlich ist nämlich, dass der Aussteller zu einer garantierten Leistung veranlasst wird. Dies ist aber nur bei Zahlungskarten mit Garantiefunktion, also bei solchen, die im Drei-Partner-System verwendet werden, der Fall.

Folgt man der zutreffenden h.M., ist § 266b für den vorliegenden Fall nicht anwendbar. L ist dann aber wegen **Betrugs** (§ 263) strafbar, wenn man davon ausgeht, dass sich das Verkaufspersonal zumindest ansatzweise über die Zahlungsfähigkeit und -willigkeit Gedanken machte und diese nicht einfach (also ohne zu reflektieren) unterstellte.

716 VI. Sollte der Täter eine Kreditkarte des Drei-Partner-Systems zur Abhebung von **Bargeld aus Geldautomaten** verwenden (dies ist möglich, weil auch eine Kreditkarte als Codekarte mit PIN eingesetzt werden kann), ergibt sich kein Unterschied zu den Fällen, in denen der Täter seine Girocard missbraucht. Er ist weder nach § 263a I Var. 3 noch nach § 266a I Var. 1 strafbar (siehe Rn 685 ff.). Dabei spielt es keine Rolle, ob es sich um einen kreditinstitutseigenen oder -fremden Automaten handelt. Der Täter ist **straflos**.

716a VII. Liegen die Voraussetzungen des § 266b (Var. 2) nicht vor, etwa weil trotz Vorliegens eines Drei-Partner-Verhältnisses beim Kartenaussteller kein Schaden eingetreten ist, bleibt der Rückgriff auf § 266. Es ist dann zu prüfen, ob der Kartenverwender eine Vermögensbetreuungspflicht verletzt hat.

Beispiel⁹⁰⁸: Das LKA des Landes L händigt seinen Außendienstmitarbeitern Tankkarten des Tankstellenverbands UTA aus, mit denen die Beamten an allen Tankstellen, mit denen die UTA Rahmenverträge geschlossen hat, die Dienstwagen betanken können. Kriminalkommissar K bezahlt mit der ihm überlassenen Karte jedoch den Kraftstoff, den er in seinen Privatwagen getankt hat.

Bei der genannten Tankkarte handelt es sich um eine Kreditkarte im Drei-Partner-System. Dennoch liegt bei K eine Strafbarkeit nach § 266b I Var. 2 nicht vor, weil beim Kartenaussteller kein Schaden eingetreten ist. Denn die UTA bekommt die Beträge vom LKA erstattet.

K könnte aber wegen Untreue gem. § 266 I Var. 1 strafbar sein. Denn er hat die ihm eingeräumte Befugnis zur Nutzung der UTA-Karte dadurch überschritten, dass er in Kenntnis seiner Befugnis, lediglich sein Dienstfahrzeug betanken zu dürfen, sein Privatfahrzeug betankt hat. Hierdurch hat er die ihm eingeräumte Befugnis, seinen Dienstherrn finanziell zu verpflichten, missbraucht.

Fraglich ist allein, ob K eine Vermögensbetreuungspflicht⁹⁰⁹ hatte. Die allgemeine Treuepflicht des Beamten, seinen Dienstherrn nicht zu schädigen, kann sicherlich keine Vermögensbetreuungspflicht i.S.v. § 266 I begründen, weil dafür die Verletzung einer Hauptpflicht in der Rechtsbeziehung zwischen dem Täter und dem Geschädigten erforderlich ist. Das LG Dresden hat die erforderliche Hauptpflicht bejaht, indem es nicht auf die allgemeine beamtenrechtliche Treuepflicht abgestellt hat, sondern auf die ganz konkrete Pflicht des K, die Tankkarte nur zu dem vorgesehenen Zweck einzusetzen. Das ist nicht ganz unproblematisch, weil man allgemein zum Bestehen einer Vermögensbetreuungspflicht einen gewissen selbstständigen und eigenverantwortlichen Entscheidungsspielraum fordert.⁹¹⁰ Je nach Auffassung ist K aus § 266 I Var. 1 strafbar oder nicht.

⁹⁰⁷ BGHSt 47, 160, 163; BGHSt 38, 281, 282; Sch/Sch-Perron, § 266b Rn 5; SK-Samson/Günther, § 266b Rn 4; LK-Gribbohm, § 266b Rn 18 f.; Lackner/Kühl, § 266b Rn 4; Fischer, § 266b Rn 10; Zielinski, CR 1992, 223, 227; Wessels/Hillenkamp, BT 2, Rn 795.

⁹⁰⁸ Vgl. LG Dresden NSTz 2006, 633 f.

⁹⁰⁹ Vgl. dazu Rn 739 f.

⁹¹⁰ Anders entschied daher auch das OLG Celle NSTz 2011, 218 in einem ähnlichen Fall.

E. Übersicht über die Konstellationen des Code- und Kreditkartenmissbrauchs

717

- Verwendet der Täter eine **fremde Kreditkarte** bzw. deren Daten zwecks **Erlangung von Leistungen** (bspw. aus dem Internet), macht er sich nach § 263a I Var. 3 strafbar.
- Das Gleiche gilt, wenn der Täter eine **fremde Girocard** zwecks **Geldabhebung von Geldautomaten** verwendet.
- Verwendet der Täter die **eigene Girocard**, um in **vertragswidriger** Weise **Geld von Geldautomaten des Kreditinstituts, das die Karte ausgegeben hat**, abzuheben, macht er sich nicht strafbar.
- Das Gleiche gilt, wenn der Täter die **eigene Girocard** verwendet, um in **vertragswidriger** Weise **Geld von Geldautomaten anderer Kreditinstitute** abzuheben.
- Verwendet der Täter die **eigene Girocard** im **Electronic-cash-Verfahren (Point-of-sale-Verfahren)**, ohne genügende Deckung auf dem Konto zu haben, macht er sich ebenfalls nicht strafbar.
- Verwendet der Täter eine **fremde Girocard** im **Electronic-cash-Verfahren (Point-of-sale-Verfahren)**, macht er sich nach § 263a I Var. 3 strafbar.
- Verwendet der Täter die **eigene Girocard** im **elektronischen Lastschriftverfahren**, ohne genügende Deckung auf dem Konto zu haben, macht er sich nach § 263 strafbar.
- Verwendet der Täter eine **fremde Girocard** im **elektronischen Lastschriftverfahren**, macht er sich nach § 263 und nach § 267 I Var. 1 und 3 strafbar.
- **Hebt ein Dritter**, der zur Barabhebung eines bestimmten **Maximalbetrags** beauftragt ist, einen höheren Betrag ab und behält den Mehrbetrag für sich, macht er sich nach § 263a I Var. 3 strafbar.
- Verwendet der Täter eine **fremde Girocard** als **Geldkarte**, macht er sich nach § 263a I Var. 3 strafbar, sofern keine Einwilligung des Inhabers vorliegt.
- Verwendet der Täter die **eigene Kreditkarte** bzw. deren Daten zwecks **Erlangung von Leistungen**, obwohl er zahlungsunfähig bzw. -unwillig ist, macht er sich nach § 266b I Var. 2 strafbar.
- Verwendet der Täter die **eigene Kundenkarte** zwecks **Erlangung von Leistungen** des Vertragspartners, macht er sich nach § 263 strafbar.

Sachverzeichnis

- Abgabenüberhebung 516
- abgewickelter Eingehungsbetrug 639
- Abgrenzung Betrug/Diebstahl 586
- Abgrenzung Betrug/Diebstahl in mittelbarer Täterschaft 595
- Abgrenzung Betrug/Erpressung 321 ff., 761 ff.
- Abgrenzung Diebstahl/Jagdwilderei 952
- Abgrenzung Erpressung/Raub 768
- Abgrenzung Raub/räuberische Erpressung 322
- Ablationstheorie 72
- Abrechnungsbetrug 572
- Absatzhilfe (Hehlerei) 847
- Absetzen der Hehlereisache 836, 842
- Absolute Gewalt (Raub) 333
- Abstiftung (Raub) 370, 371
- agent provocateur 56
- Alleineigentum 14
- Alleingewahrsam 43, 45
- Aneignungsabsicht 85, 96
- Angriff 479
- Ankaufen einer Hehlereisache 841
- Anmaßung einer eigentümerähnlichen Stellung 2, 85, 96, 111
- Anpreisung (Betrug) 530
- Anprobefall (Betrug) 592
- Anstellungsbetrug 624
- Apprehensionstheorie 72
- Äquivalenzstörung (Betrug) 631 ff.
- Arbeitnehmer 43
- Arbeitsleistung (Betrug) 610
- Auf frischer Tat betroffen 461
- Aufstiftung (Raub) 372
- ausdrückliche Täuschung (Betrug) 541
- Ausnutzen der besonderen Verhältnisse des Straßenverkehrs 484 ff.
- Ausnutzen eines Irrtums (Betrug) 551
- Ausschreibung (Betrug) 547
- Ausschreibungsbetrug 643
- Ausspähen von Daten 717a ff.
- äußere Tatsachen (Betrug) 527
- äußeres Erscheinungsbild (Raub) 325
- äußeres Erscheinungsbild 768
- Automatendiebstahl 22, 62
- Automatenmissbrauch (Computerbetrug) 680 ff.
- Automatenmissbrauch 510
- Automatisiertes Mahnverfahren (Computerbetrug) 674

- BAföG-Betrug** 560a
- Bandendiebstahl 225 ff.
- Bandenhehlerei 858
- Bandenmäßiges Geldfälschen 801
- Bandenraub 411
- Bankautomatenmissbrauch 105, 271, 510
- Bargeldloser Zahlungsverkehr 809
- Bedrohen (Raub) 339
- Beendigung der Fahrt 489
- Beendigungsphase 362
- Begründung neuen Gewahrsams 70 ff.
- Behältnis 144
- Beiseiteschaffen 943
- Beisichführen (Waffe) 207, 391
- Bereicherungsabsicht (Betrug) 645
- Bereicherungsabsicht (Hehlerei) 851
- Bereicherungsabsicht (Erpressung) 771
- Bereitstellen von Falschgeld 793
- Berufswaffenträger 215 ff., 395
- Beschädigen einer Sache 889
- Beschädigung einer beschädigten Sache 902
- Beschlagnahmefälle
 - Betrug 587
 - Diebstahl 58, 69
 - Erpressung 767a
- Besonderes Vertrauensverhältnis (Betrug) 558
- Besonders schwerer Fall des Betrugs 650
- Besonders schwerer Fall des Diebstahls 128 ff.
 - Behältnis 144
 - Einbruchdiebstahl 138
 - elektromagnetisches Sicherungsetikett 147
 - Erfolgsqualifikation 128 ff.
 - Fahrzeugdiebstahl 148
 - Falscher Schlüssel 141
 - Gebäude 133, 135
 - Geringwertigkeit der Sache 165
 - Geschäftsraum 136
 - Gewerbsmäßiges Stehlen 149
 - Kfz-Diebstahl 148
 - Konkurrenzen 179 ff.
 - Regelbeispiele 128 ff.
 - Schlüssel 141
 - Schutzvorrichtungen 144
 - Sicherungsetikett 147
 - Strafzumessungsregel 128 ff.
 - Umschlossener Raum 137
 - Verschlussenes Behältnis 144
 - versuchte Erfolgsqualifikation 156 ff.
 - versuchtes Regelbeispiel 156
 - Vorsatzwechsel 173
 - Wohnung 135
 - Wohnungseinbruchdiebstahl 135
- Bestehlen von Toten 36
- Betrug 517 ff.
 - Abgewickelter Eingehungsbetrug 639
 - Abgrenzung zum Diebstahl 586
 - Abgrenzung zum Diebstahl in mittelbarer Täterschaft 595
 - Abrechnungsbetrug 572
 - Anpreisung 530
 - Anprobefall 592
 - Anstellungsbetrug 624
 - Äquivalenzstörung 631 ff.
 - Arbeitsleistung 610
 - ausdrückliche Täuschung 541
 - Ausnutzen eines Irrtums 551
 - Ausschreibung 547
 - Ausschreibungsbetrug 643
 - äußere Tatsachen 527
 - BAföG-Erschleichung 560a
 - Bereicherungsabsicht 645
 - Beschlagnahmefälle 587
 - Besonderes Vertrauensverhältnis 558
 - Besonders schwerer Fall des Betrugs 650
 - Bettelbetrug 637
 - bewusste Selbstschädigung 637
 - Dreiecksbetrug 521, 595
 - Eingehungsbetrug 544, 618
 - Einkaufswagen 589
 - Einlösen eines Schecks 554
 - Einstellungsbetrug 624
 - Eintragungsofferte 537
 - Erfüllungsbetrug 639
 - Ermächtigungstheorie 597
 - Exspektanzen 605
 - Fehlbuchung 554, 560
 - Fehlende Bonität 628
 - Fehlüberweisung 554

Sachverzeichnis

- Fremdnütziger Betrug 520
- Garantienpflicht 557
- Gebrauchtwagenhandel 561
- Gewereregister 537
- gewerbsmäßiger Betrug 651
- große Zahl von Menschen 655
- gutgläubiger Erwerb 630
- ignorantia facti 575
- individueller Schaden 631
- Ingerenz 558
- innere Tatsachen 527
- Insertionsofferte 534
- Irrtum 566
- juristischer Vermögensbegriff 604
- juristisch-ökonomischer Vermögensbegriff 606
- konkludente Täuschung 542
- künftige Ereignisse 527
- Lagertheorie 597
- Lastschriftinzugsverfahren 553
- Lotterie 547
- Melkmaschine 631
- Menschenmenge 655
- Näheverhältnis 595
- objektiv-individueller Schadensbegriff 614
- öffentliche Ausschreibung 547, 643
- ökonomischer Vermögensbegriff 605
- persönlicher Schadenseinschlag 631
- Pferderennen 547
- Preisgestaltungsbetrug 548
- Prostitution 610
- Prozessbetrug 532, 599, 629
- Rechtswidrigkeit des erstrebten Vermögensvorteils 647
- Reklame 530
- Rücktrittsrecht 622
- Sachbetrug 586
- Sachgedankliches Mitbewusstsein 574
- Saldierung 614
- SB-Laden 588
- Schadensfaktor 558
- Scheckbetrug 545, 646
- Schenkungsbetrug 637
- schlüssige Täuschung 542
- Selbstbedienungsladen 588
- Sicherungsbetrug 588
- Sittenwidrige Geschäfte 611
- SMS 541
- Spätwette 547
- Spendenbetrug 637
- Ständiges Begleitwissen 574
- Stoffgleichheit 646
- Stornierungsbereitschaft 621
- Submissionsbetrug 547, 643
- Tarif 548
- Tatsachen 524, 525, 540 ff.
- Täuschung durch Unterlassen 556
- Taxe 548
- Theorie von der rechtlichen Befugnis 597
- Überhöhter Preis 548
- Unerfahrenheitsfaktor 559
- Unfallwagen 561
- Verfügung 580 ff.
- Verfügungsbewusstsein 583
- Vermögensbegriffe 603
- Vermögensgefährdung 617
- Vermögensminderung 601
- Vermögensschaden 601, 614
- Vermögensverfügung 580 ff.
- Vermögensverlust großen Ausmaßes 652 ff.
- Vertrauensverhältnis 558
- Vorsatz 645
- Vorstrafenfälle 627
- Wechselgeldfalle 593
- Werbung 529
- Werturteile 526
- Wesentlichkeitsfaktor 558
- Wirtschaftliche Not 657
- wirtschaftlicher Vermögensbegriff 605
- zukünftige Ereignisse 527
- Zweckverfehlungstheorie 638
- betrugsspezifische Auslegung (Computerbetrug) 678
- Bettelbetrug 637
- Beweglichkeit der Sache 12
- Bewusste Selbstschädigung (Betrug) 637
- Brauchbarkeitsminderung 891
- Bruch fremden Gewahrsams 50 ff.
- Butterflymesser 193a
- Codekarte (Computerbetrug) 679 ff.**
- Computerbetrug 108, 504, 663 ff.
- Automatenmissbrauch 680 ff.
- Automatisiertes Mahnverfahren 674
- betrugsspezifische Auslegung 678
- Codekarte 679 ff.
- computerspezifische Auslegung 678
- Daten 666, 717a ff.
- Dialer 672
- ec-Karte 674, 679 ff., 689, 690
- EDV 667
- Eingabemanipulation 673
- Electronic-cash-Verfahren 687, 707
- elektronisches Lastschriftverfahren 691, 708
- Geldautomatenmissbrauch 680 ff.
- Geldspielautomat 668, 696
- Girocard 674, 679 ff., 689, 690
- Inputmanipulation 673
- Kreditkarte 674, 678
- Lastschriftverfahren 691, 708
- Leerspielen von Geldspielautomaten 669, 696
- Missbrauch von Scheckkarten 702 ff.
- Point-of-sale-Verfahren 687, 707
- POS 687, 707
- Programmmanipulationen 670
- subjektivierende Auslegung 678
- unbefugte Verwendung von Daten 675
- unrichtige Gestaltung des Programms 670
- Verwendung von Daten 673
- Computerhacking 717g
- computerspezifische Auslegung (Computerbetrug) 678
- CS-Reizgas 202, 388
- Cutter 202
- Daten (Ausspähen) 717a**
- Daten (Computerbetrug) 666
- Daten 104, 717c
- Datenverarbeitung (Computerbetrug) 667
- Dereliktion 21
- Dialer (Ausspähen von Daten) 717g
- Dialer (Computerbetrug) 672
- Diebesfalle 55
- Diebstahl 2 ff.
- Ablationstheorie 72
- agent provocateur 56

Sachverzeichnis

- Alleineigentum 14
- Alleingewahrsam 43, 45
- Aneignungsabsicht 85, 96
- Anmaßung einer eigentümerähnlichen Stellung 2, 85, 96, 111
- Apprehensionstheorie 72
- Arbeitnehmer 43
- Automatendiebstahl 22, 62
- Bankautomat 105
- Begründung neuen Gewahrsams 70 ff.
- Beschlagnahmefälle 58, 69
- Bestehlen von Toten 36
- Beweglichkeit der Sache 12
- Bruch fremden Gewahrsams 50 ff.
- Computerbetrug 108
- Daten 104
- Dereliktion 21
- Dienstkleidungsfälle 99
- Dreiecksbetrug 48
- Drittzueignungsabsicht 109
- Drohung 57
- ec-Karte 68, 105
- Eigengebrauch 90
- Eigentum 14
- Eigentumsaufgabe 21
- Eigentumsfähigkeit 10
- Einkaufswagen 78
- Einverständnis 52
- elektrische Energie 8
- Enteignungsvorsatz 85, 96
- Ersatzbeschaffung 89
- Finderlohn 98
- Fremdheit (Sache) 10, 13
- Fundunterschlagung 38
- furtum usus 87, 94
- Garderobenfälle 47
- Gattungsschuld 117
- Gebrauchsanmaßung 87, 94
- Geldautomat 105
- Geldschulden 118
- Geldwechselautomat 63
- Gelockerter Gewahrsam 30 ff.
- Genereller Gewahrsamswille 37 ff.
- Gepäckaufgabefälle 47
- Gewahrsam 28 ff.
- Gewahrsamsbruch 50 ff.
- Gewahrsamsenkave 75, 96
- Gewahrsamsgehilfe 43
- Gewahrsamshüter 43
- Gewahrsamslockerung 59
- Gewahrsamswechsel im Tabubereich 75, 96
- Gewahrsamswille 35
- Girocard 68, 105
- Gleichrangiger Gewahrsam 42
- Hausangestellte 43, 56
- Herrenlosigkeit 20
- Illationstheorie 72
- Ingebrauchnahme von Fahrzeugen 87
- Kassierer 43
- Kaufhausfälle 58, 73, 76
- Kellner 44
- Kontrektationstheorie 72
- Körperlichkeit 6 ff.
- Körperteile 9
- Kupiertes Erfolgsdelikt 83
- Ladenangestellte 43
- Ladendetektiv 54
- Ladendiebstahl 54
- Leergut 101 ff.
- Leiche 9
- LKW-Fahrer 44
- Lockspitzel 55
- lucrum ex negotio cum re 97
- Mehrstufiger Gewahrsam 43
- menschlicher Körper 9
- mit Waffen 184 ff., 186
- Mitgewahrsam 41
- Münzautomat 64
- Ober 44
- Pfandflaschen 101 ff.
- Pfandkehr 102
- Rechtswidrigkeit der erstrebten Zueignung 113 ff.
- Rückkauf 100
- Sache 6 ff.
- Sachentziehung 90
- Sachherrschaft 28 ff.
- Sachwerttheorie 88, 92
- SB-Laden 73
- SB-Tanken 65
- Schalterangestellter 43
- se ut dominum gerere 2, 85, 96, 111
- Selbstbedienungsladen 73
- Selbstbedienungstanken 65
- Sicherungsbetrug 76
- sozial-normativer Gewahrsamsbegriff 30
- Sparbuch 8, 94, 578
- Spieleautomat 68
- Strom 8
- Subjektiver Tatbestand 80
- Substanztheorie 92
- Tanken ohne zu Bezahlen 22, 65
- Tatbestandsausschließendes Einverständnis 52
- Täuschung 57
- Tiere 11
- Trickdiebstahl 59
- Überschießende Innentendenz 83, 361
- Vergessen einer Sache 40
- Verhältnisse 49
- Verlierer einer Sache 38
- Verlorene Sachen 23
- Verwahrung 47
- Vorsatz (Diebstahl) 80
- Warenautomat 62
- Wechselgeldfalle 22, 69
- Wegnahme 26 ff.
- Wertminderung der Sache 88, 96
- Wertsummentheorie 119
- Zueignungsabsicht 83
- Dienstkleidungsfälle 99
- Doping (Betrug) 547
- Dreiecksbetrug 48, 521, 595
- Dreieckserschlagung 769
- Drei-Partner-System 706, 709
- Drittzeignung (Unterschlagung) 272
- Drittzeignungsabsicht 109
- Drohen einer Zwangsvollstreckung 931
- Drohung (Raub) 343
- Drohung 57
- ec-Karte (Computerbetrug) 674, 679 ff., 689, 690
- ec-Karte (Diebstahl) 68, 105
- EDV (Computerbetrug) 667
- Eigengebrauch 90

Sachverzeichnis

- Eigennütziger Betrug 520
Eigentum 14
Eigentumsaufgabe 21
Eigentumsfähigkeit 10
Einbruchdiebstahl 138, 250
Eingabemanipulation (Computerbetrug) 673
Eingehungsbetrug 544, 618
Einkaufswagen (Betrug) 589
Einkaufswagen 78
Einlösen eines Schecks (Betrug) 554
Einstellungsbetrug 624
Eintragungsofferte (Betrug) 537
Einverständnis 52
Electronic-cash-Verfahren (Computerbetrug) 687, 707
Elektrische Energie 8
Elektromagnetisches Sicherungsetikett 147
Elektronisches Lastschriftverfahren (Computerbetrug) 691, 708
Elektropulsgerät 193a
Enteignungsvorsatz 85, 96
Erfolgsqualifikation (Diebstahl) 128 ff., 429
Erfolgsqualifikation (Raub) 429
Erfolgsqualifizierter Versuch (Raub) 442
Erfüllungsbetrug 639
Erlangen der Hehlereisache 825
Erlegen von Wild 959
Ermächtigungstheorie (Betrug) 597
Erneute Zueignung 284
Erpressung 757 ff.
- Beschlagnahmefälle 767a
Ersatzbeschaffung 89
Ersatzhehlerei 833
Erschleichen von Leistungen 509
Erwerbsaussichten (Betrug) 608
Exspektanzen (Betrug) 605
- Fahrer** 478
Fahrzeugdiebstahl 87, 148
Falscher Schlüssel 141
Falschgeld 779
Fangen von Wild 958
Fehlbuchung (Betrug) 554, 560
fehlende Bonität (Betrug) 628
Fehlüberweisung (Betrug) 554
Feilhalten von Falschgeld 793
Filesharing 717j
Finale Verknüpfung (Raub) 345, 348 ff.
Finalzusammenhang (Raub) 348 ff.
Finderlohn 98
Fischwilderei 975
Fremdheit (Sache) 10, 13
Fremdnütziger Betrug 520
Fundunterschlagung 38
furtum usus 87, 94, 255
- Ganovenuntreue** 743
Garantenpflicht (Betrug) 557
Garderobenfälle 47
Gaspistole 193, 385
Gattungsschuld 117, 358
Gebäude 133, 135
Gebrauchsanmaßung 87, 94, 255
Gebrauchtwagenhandel (Betrug) 561
Gebührenüberhebung 516
gefährliches Werkzeug (Raub) 387 ff.
gefährliches Werkzeug (Diebstahl) 195 ff.
Geldautomat 105, 271
Geldautomatenmissbrauch (Computerbetrug) 510, 680 ff.
Geldfälschung 777
Geldschuld 358
Geldschulden 118
Geldspielautomat (Computerbetrug) 668, 696
Geldwäsche 860 ff.
Geldwechselautomat 63
gelockerter Gewahrsam 30 ff.
genereller Gewahrsamswille 37 ff.
Gepäckaufgabefälle 47
Geringwertigkeit der Sache 165
Geschäftsraum 136
Gesundheitsgefährdender Raub 403 ff.
Gesundheitsschädigung (Raub) 406
Gewahrsam 28 ff.
Gewahrsamsbruch 50 ff.
Gewahrsamsenkave 75, 96
Gewahrsamsgehilfe 43
Gewahrsamshüter 43
Gewahrsamslockerung 59
Gewahrsamswechsel im Tabubereich 75, 96
Gewahrsamswille 35
Gewalt (Raub) 328
Gewalt 761
Gewerberegister (Betrug) 537
Gewerbsmäßige Bandenhehlerei 859
Gewerbsmäßige Hehlerei 857
Gewerbsmäßiger Betrug 651
Gewerbsmäßiges Geldfälschen 799
Gewerbsmäßiges Stehlen 149
Girocard (Computerbetrug) 674, 679 ff., 689, 690
Girocard (Diebstahl) 68, 105
gleichzeitiger Gewahrsam 42
gleichzeitige Zueignung 292
Große Zahl von Menschen (Betrug) 655
Gutgläubiger Erwerb (Betrug) 630
- Handtaschenraub** 334
Hausangestellte 43, 56
Haus- und Familiendiebstahl 3, 178
Hehlerei 814 ff.
Herausgabevollstreckung 938
Herrenlosigkeit 20, 951
Hieb- und Stoßwaffe 193a
- ignorantia facti** (Betrug) 575
Illationstheorie 72
individueller Schaden (Betrug) 631
Ingebrauchnahme von Fahrzeugen 87
Ingerenz (Betrug) 558
innere Tatsachen (Betrug) 527
innere Willensrichtung (Raub) 324
innere Willensrichtung (Erpressung) 768
Inputmanipulation (Computerbetrug) 673
Insertionsofferte (Betrug) 534
Internet-Tauschbörse 717j
Inverkehrbringen von Falschgeld 787, 804
Irrtum (Betrug) 566
- Jagdausübungsrecht** 963
Jagdrecht 963
Jagdwilderei 947
juristischer Vermögensbegriff (Betrug) 604
juristisch-ökonomischer Vermögensbegriff (Betrug) 606

- Kapitalanlagebetrug** 506
 Kassierer 43
 Kaufhausfälle 58, 73, 76
 Kellner 44
 Kettenhehlerei 819
 Kfz-Diebstahl 148
 kompulsive Gewalt (Raub) 337
 kompulsive Gewalt 767
 konkludente Täuschung (Betrug) 542
 Konkurrenzen 179 ff.
 Konkurrenzlösung (Unterschlagung) 288
 Kontrektationstheorie (Diebstahl) 72
 Körperlichkeit 6 ff.
 Körperteile 9
 Kreditbetrug 515
 Kreditkarte (Computerbetrug) 674, 678
 Kreditkartenmissbrauch 702 ff.
 Kundenkarte 712
 künftige Ereignisse (Betrug) 527
 kupiertes Erfolgsdelikt 83, 361
- Ladenangestellte** 43
 Ladendetektiv 54
 Ladendiebstahl 54
 Lagertheorie (Betrug) 597
 Lastschriftinzugsverfahren 553, 691, 708
 Leergut 101 ff.
 Leerspielen von Geldspielautomaten (Computerbetrug) 669, 696
 Leiche 9
 Leichenfledderei 36
 Leichtfertig (Raub) 440
 Leistungsautomat 510
 LKW-Fahrer 44
 Lockspitzel 55
 Lotterie (Betrug) 547
 lucrum ex negotio cum re 97
- Manifestation des Zueignungswillens** 274
 Mehrstufiger Gewahrsam 43
 Melkmaschine (Betrug) 631
 Menschenmenge (Betrug) 655
 menschlicher Körper 9
 Missbrauch der Befugnis (Untreue) 730
 Missbrauch von Kreditkarten 702 ff.
 Missbrauch von Scheckkarten (Computerbetrug) 702 ff.
 Missbrauchstatbestand (Untreue) 720 ff.
 Mitgewahrsam 41
 Mittäterschaft beim Raub 361
 Münzautomat 64
- Nachmachen von Geld** 781
 Nachstellen von Wild 956
 Näheverhältnis (Betrug) 595
 Näheverhältnis (Erpressung) 769
- Ober** (Kellner) 44
 objektiv-individueller Schadensbegriff (Betrug) 614
 Objektwechsel (Raub) 357
 öffentliche Ausschreibung (Betrug) 547, 643
 ökonomischer Vermögensbegriff (Betrug) 605
 omnimodo facturus 370
- Parkendes Auto** 488
 Personengewalt (Raub) 328
 persönlicher Schadenseinschlag (Betrug) 631
- Pfändbarkeit einer Sache 935
 Pfandflaschen 101 ff.
 Pfandkehr 102, 910 ff.
 Pfefferspray 202, 388
 Pferderennen (Betrug) 547
 Phishing 694a
 Point-of-sale-Verfahren (Computerbetrug) 687, 707
 POS (Computerbetrug) 687, 707
 Preisgestaltungs-betrug 548
 Programmmanipulationen (Computerbetrug) 670
 Prostitution (Betrug) 610
 Prozessbetrug 532, 599, 629
- Raub** 311 ff.
 - Abgrenzung zur räuberischen Erpressung 322
 - Absolute Gewalt 333
 - Abstiftung 370, 371
 - Aufstiftung 372
 - Äußeres Erscheinungsbild 325
 - Bandenraub 411
 - bedrohen 339
 - Beendigungsphase 362
 - Beisichführen von Waffen 391
 - Berufswaffenträger 215 ff., 395
 - Drohung 343
 - Erfolgsqualifikation 429
 - erfolgsqualifizierter Versuch 442
 - finale Verknüpfung 345, 348 ff.
 - Finalzusammenhang 348 ff.
 - Gaspistole 385
 - Gattungsschuld 358
 - Gefährliches Werkzeug 387
 - Geldschuld 358
 - Gesundheitsgefährdender Raub 403 ff.
 - Gesundheitsschädigung 406
 - Gewalt 328
 - Handtaschenraub 334
 - innere Willensrichtung 324
 - kompulsive Gewalt 337
 - kupiertes Erfolgsdelikt 83, 361
 - Leichtfertig 440
 - mit Todesfolge 429
 - mit Waffen 378 ff.
 - Mittäterschaft beim Raub 361
 - Objektwechsel 357
 - omnimodo facturus 370
 - Personengewalt 328
 - Rücktritt vom erfolgsqualifizierten Versuch 447
 - Sachgewalt 331
 - Scheinwaffe 386a, 397
 - Schreckschusswaffe 384, 420
 - Schusswaffe 381
 - Stiefel 388
 - Stückschuld 358
 - sukzessive Beihilfe 366
 - sukzessive Mittäterschaft 361
 - Tatbestandsspezifischer Gefahrezusammenhang 435
 - Tatplanänderung 374
 - Überschießende Innentendenz 83, 361
 - Umstiftung 373
 - unter Verwendung einer Waffe 414
 - Versuchte Erfolgsqualifikation 441, 445
 - Verwendung einer Waffe 415
 - Verwendungsvorbehalt 389
 - vis absoluta 333
 - vis compulsiva 337

Sachverzeichnis

- Vorsatz (Raub) 356
- Vorsatz 356
- Vorsatzänderung 357
- Waffen 384
- Waffenbegriff 379
- Warnung 346
- Wenigstens leichtfertig 440
- Wertsumentheorie 358
- Räuberischer Angriff auf Kraftfahrer 474 ff.
- Räuberischer Diebstahl 454 ff.
- Raubvorsatz 356
- Rechtswidrigkeit der erstrebten Zueignung 113 ff.
- Rechtswidrigkeit des erstrebten Vermögensvorteils 647
- Regelbeispiele 128 ff.
- Reizstoffsprüngerät 193a
- Reklame (Betrug) 530
- Risikogeschaft 628a
- Rückkauf 100
- Rücktritt vom erfolgsqualifizierten Versuch (Raub) 447
- Rücktritt vom erfolgsqualifizierten Versuch 447
- Rücktrittsrecht (Betrug) 622

- Sachbeschädigung** 881 ff.
- Sachbetrug (Betrug)** 586
- Sache (Begriff)** 884
- Sache** 6 ff.
- Sachentziehung** 90
- sachgedankliches Mitbewusstsein (Betrug) 574
- Sachgewalt (Raub) 331
- Sachherrschaft 28 ff.
- Sachwerttheorie 88, 92
- Saldierung (Betrug) 614
- SB-Laden 73, 588
- SB-Tanken 65, 271
- Schadensfaktor (Betrug) 558
- Schalterangestellter 43
- Scheckbetrug 545, 646
- Scheckkarte (Begriff) 705
- Scheckkartenmissbrauch 702 ff.
- Scheinwaffe 194, 218, 219, 386a, 397
- Schenkungsbruch 637
- Schlaggerät 202
- Schlüssel 141
- Schlüssige Täuschung (Betrug) 542
- Schneeballsystem 628a
- Schraubenzieher (-dreher) 202 f.
- Schreckschusswaffe (Raub) 384, 420
- Schreckschusswaffe (Diebstahl) 193
- Schusswaffe (Diebstahl) 188 ff.
- Schusswaffe (Raub) 381
- Schutz des bargeldlosen Zahlungsverkehrs 809
- Schutzvorrichtungen 144
- Schwarzfahren 512
- Schwere Gesundheitsschädigung (Raub) 406
- Schwerer Bandendiebstahl 245
- Schwerer Raub 376 ff.
- se ut dominum gerere 2, 85, 96, 111
- Selbstbedienungsladen 73, 588
- Selbstbedienungstanken 65, 271
- Sichverschaffen der Hehlereisache 836, 837
- Sichverschaffen von Falschgeld 791
- Sicherungsbetrug 76, 588
- Sicherungsetikett 147
- Sittenwidrige Geschäfte (Betrug) 611
- SMS (Betrug) 541

- Softwarepiraterie 717i
- sonstige Werkzeuge 218
- sozial-normativer Gewahrsamsbegriff 30
- Sparbuch 8, 94, 578
- Spätwette (Betrug) 547
- Spendenbetrug 637
- Spezialkreditkarte 712
- Spieleautomat 68
- Spielzeugpistole 218
- Springmesser 193 a
- Ständiges Begleitwissen (Betrug) 574
- Stiefel (Raub) 388
- Stiefel 388
- Stoffgleichheit (Betrug) 646
- Stoffgleichheit (Erpressung) 771
- Stornierungsbereitschaft (Betrug) 621
- Strafzumessungsregel 128 ff.
- Strom 8
- Stückschuld 116, 358
- Subjektiver Tatbestand 80
- subjektivierende Auslegung (Computerbetrug) 678
- Submissionsbetrug 547, 643
- Subsidiarität der Unterschlagung 292
- Substanztheorie 92
- Substanzverletzung 890
- Subventionsbetrug 505
- sukzessive Beihilfe (Raub) 366
- sukzessive Mittäterschaft (Raub) 361

- Tanken ohne zu Bezahlen** 22, 65, 271
- Tarif (Betrug)** 548
- Tatbestandsausschließendes Einverständnis** 52
- Tatbestandslösung** 287
- Tatbestandspezifischer Gefahrezusammenhang (Raub)** 435
- Tatplanänderung (Raub)** 374
- Tatsachen (Betrug)** 524, 525, 540 ff.
- Täuschung** 57
- Täuschung durch Unterlassen** 556
- Taxe (Betrug)** 548
- Teilrücktritt von der Qualifikation** 212
- Teppichmesser** 202
- Theorie von der rechtlichen Befugnis (Betrug)** 597
- Tiere** 11
- Treubruchstatbestand (Untreue)** 740
- Treuepflichtiger (Untreue)** 721
- Trickdiebstahl** 59
- Trojanisches Pferd** 717g

- Überhöhter Preis (Betrug)** 548
- Überschießende Innentendenz** 83, 361
- Umschlossener Raum** 137
- Umstiftung (Raub)** 373
- Unbefugte Verwendung von Daten (Computerbetrug)** 675
- Unbefugter Gebrauch von Fahrzeugen** 255 ff.
- Unerfahrenheitsfaktor (Betrug)** 559
- Unfallwagen (Betrug)** 561
- Universalkreditkarte** 702 ff.
- Unrichtige Gestaltung des Programms (Computerbetrug)** 670
- Unterschlagung** 260 ff.
 - Bankautomat 271
 - Drittzueignung (Unterschlagung) 272
 - Erneute Zueignung 284
 - Geldautomat 271

Sachverzeichnis

- gleichzeitige Zueignung 292
- Konkurrenzlösung 288
- Manifestation des Zueignungswillens 274
- SB-Tankstelle 271
- Selbstbedienungstanken 271
- Subsidiarität der Unterschlagung 292
- Tanken ohne zu Bezahlen 271
- Tatbestandslösung 287
- Veruntreuende Unterschlagung 298
- Wiederholte Zueignung 284
- Zueignung (Unterschlagung) 272
- Untreue 718 ff.
 - durch Unterlassen 745
 - Ganovenuntreue 743
 - Missbrauch der Befugnis 730
 - Missbrauchstatbestand 720 ff.
 - Treubruchstatbestand 740
 - Treuepflichtiger 721
 - Verfügungsbefugnis 725
 - Vermögensbetreuungspflicht 734, 740
 - Vermögensschaden 746
- V**eranstaltung 513
- Vereinigungstheorie 92
- Verfälschen von Geld 783
- Verfügung (Betrug) 580 ff.
- Verfügungsbefugnis (Untreue) 725
- Verfügungsbewusstsein (Betrug) 583
- Vergessen einer Sache 40
- Verhältnisse 49
- Verlieren einer Sache 38
- Verlorene Sachen 23
- Vermögensbegriffe (Betrug) 603
- Vermögensbetreuungspflicht (Untreue) 734, 740
- Vermögensgefährdung (Betrug) 617 ff., 628a
- Vermögensminderung (Betrug) 601
- Vermögensschaden (Betrug) 601, 614
- Vermögensschaden (Untreue) 746
- Vermögensverfügung (Betrug) 580 ff.
- Vermögensverfügung (Erpressung) 762
- Vermögensverlust großen Ausmaßes (Betrug) 652 ff.
- Verschaffen von Falschgeld 791
- Verschlossenes Behältnis 144
- Versicherungsmisbrauch 507
- Versuchte Erfolgsqualifikation (Raub) 441, 445
- Versuchte Erfolgsqualifikation (Diebstahl) 156 ff.
- Versuchtes Regelbeispiel 156
- Vertrauensverhältnis (Betrug) 558
- Verüben des Angriffs 479
- Verunstalten 893
- Veruntreuende Unterschlagung 298
- Verwahrung 47
- Verwendung einer Waffe (Raub) 415
- Verwendung von Daten (Computerbetrug) 673
- Verwendungsvorbehalt (Raub) 389
- Verwendungsvorbehalt (Diebstahl) 203
- vis absoluta 333
- vis compulsiva 337, 767
- Vollstreckungsschuldner 928
- Vollstreckungsvereitelung 922
- Vorsatz (Betrug) 645
- Vorsatz (Diebstahl) 80
- Vorsatz (Erpressung) 771
- Vorsatz (Geldfälschung) 795
- Vorsatz (Jagdwilderei) 965
- Vorsatz (Raub) 356
- Vorsatzänderung (Raub) 357
- Vorsatzwechsel 173
- Vorstrafenfälle (Betrug) 627
- Vortat einer Hehlerei 819
- Vortäter einer Hehlerei 823
- Vorübergehendes Anhalten 487
- W**affen (Diebstahl) 188 ff.
- Waffen (Raub) 374 ff.
- Waffendiebstahl 186
- Warenautomat 62, 510
- Warnung (Raub) 346
- Wechselgeldfalle (Betrug) 593
- Wechselgeldfalle 22, 69
- Wegnahme (Raub) 322
- Wegnahme 26 ff.
- Wenigstens leichtfertig (Raub) 440
- Wenigstens leichtfertig 440
- Werbung (Betrug) 529
- Werkzeug 195 ff., 387 ff.
- Wertminderung der Sache 88, 96
- Wertsumentheorie (Raub) 358
- Wertsumentheorie (Diebstahl) 119
- Werturteil (Betrug) 526
- Wertzeichenfälschung 808
- Wesentlichkeitsfaktor (Betrug) 558
- Wiederholte Zueignung 284
- Wild 950
- Wirtschaftliche Not (Betrug) 657
- Wirtschaftlicher Vermögensbegriff (Betrug) 605
- Wohnung 135
- Wohnungseinbruchdiebstahl 135, 185, 247 ff.
- Z**ahlungskarte 809
- Zahlungsverkehr 809
- Zerstören einer Sache 887
- Zueignung (Unterschlagung) 272
- Zueignungsabsicht 83
- zukünftige Ereignisse (Betrug) 527
- Zum Waffentragen verpflichtete Personen 215 ff., 395
- Zwangsvollstreckung 925
- Zwangsvollstreckung wegen Geldforderung 937
- Zweckverfehlungstheorie (Betrug) 638
- Zwei-Partner-System 712