

Sachverhalt

In seinem Stammlokal in X-Stadt hört der in Geldnöten befindliche A zufällig ein Gespräch am Nachbartisch mit. Ein Mann erzählt dort seinem Gesprächspartner, dass er für die Firma „Galerie Edelmann“ (E), bei der er als Fahrer angestellt sei, jetzt gleich zu dem reichen Sammler R, der in einem – ca. 20 Kilometer entfernten – Nachbarort Y-Stadt wohne, fahren müsse, um dort ein sehr wertvolles Gemälde abzuholen, das neu gerahmt werden sollte. Als A die Gastwirtschaft verlässt, sieht er den auffällig beschrifteten Lastwagen der Galerie E. Er stellt fest, dass der Wagen unverschlossen ist und der Fahrer versehentlich auch den Zündschlüssel hat stecken lassen; außerdem bemerkt A auf dem Beifahrersitz eine für den Empfang des Bildes vorbereitete, mit dem Briefkopf der Firma E versehene, aber noch nicht unterschriebene Quittung. Da sich aus ihr die Adresse des R ergibt, beschließt A, sich diesen Umstand und auch das Formular selbst zunutze zu machen. Er setzt sich in den Wagen, startet den Motor und fährt zur Villa des R, der allerdings nicht zu Hause ist. Auf das Klingeln des A hin öffnet der Kunststudent S, der gerade dabei war, im Auftrag des R dessen Sammlung zu katalogisieren. A sagt, der E schicke ihn, er solle hier ein Bild abholen. S weiß zwar nichts von der geplanten Neuberahmung, schöpft aber keinen Verdacht, zumal er durch das Fenster den Lieferwagen sieht. Er nimmt an, daß R mit einer Herausgabe des Gemäldes einverstanden sei. Daher sucht er das auf der Quittung genau bezeichnete Bild aus und übergibt es dem A. Dieser bestätigt den Empfang auf dem vorbereiteten Quittungsbogen der Firma E, indem er mit einem unleserlichen Kritzel unterschreibt. Dann fährt A mit dem Bild davon.

Er begibt sich zu einer Freundin F, die ganz in der Nähe wohnt, informiert sie über das Geschehen und bittet sie, das Bild bei sich aufzubewahren, bis er eine Gelegenheit zum Absatz habe. F bringt das Gemälde in einer Dachkammer unter. Den Lieferwagen stellt A, wie er es von Anfang an vorhatte, nach der Rückfahrt in einem anderen Stadtteil von X-Stadt in einer Seitenstraße ab, wobei er den Wagen verschließt und den Schlüssel durch das aufgestellte Dachfenster ins Innere des Wagens wirft. Das Fahrzeug wird alsbald entdeckt und dem E zurückgebracht.

Nachdem A sie verlassen hat, kommen der F Bedenken. Sie nimmt das in Packpapier eingewickelte Bild und stellt es in einem unbeobachteten Moment im Eingang einer Polizeiwache ab. Dort wird es alsbald gefunden und sichergestellt.

Haben A und F sich nach dem StGB strafbar gemacht? Evtl. erforderliche Strafanträge sind gestellt.

Gliederung:

Sachverhalt	I
Gliederung	II-VI
Literaturverzeichnis	VII-XIV
1. Tatkomplex: Am Stammlokal:	1-7
A) Strafbarkeit des A gem. § 242 I:.....	1-4
1) Tatbestand:.....	1-3
a) objektiver Tatbestand:	1-2
aa) Tatobjekt:	1
bb) Tathandlung:	1-2
(1) fremder Gewahrsam:	1-2
(a) Lehre vom faktischen Gewahrsamsbegriff:.....	1-2
(b) normativ-sozialen Gewahrsamsbegriff:	2
(2) Gewahrsamsbruch:	2
cc) Zwischenergebnis:	2
b) subjektiver Tatbestand:.....	2- 3
aa) Vorsatz:	2
bb) Zueignungsabsicht:	2- 3
(1) Aneignung:	2
(2) Enteignung:	2- 3
(a) Rechtsprechung und eines Teiles der Lehre:	3
(b) Ansicht Schaffsteins:.....	3
(c) Zwischenergebnis:.....	3
c) Zwischenergebnis:	3
2) Ergebnis:.....	4
B) Strafbarkeit des A aus § 248b I:	4
1) Tatbestand:.....	4
a) objektiven Tatbestand:	4
b) Vorsatz:	4
2) Rechtswidrigkeit und Schuld:	4
3) Ergebnis:.....	4
C) Subsidiäre Straftaten zur Strafbarkeit nach § 248b:	4
D) Strafbarkeit des A gem. §§ 242I, 248a:	4-7
1) Tatbestand:	4-6
a) objektiver Tatbestand:	4-5
b) subjektiver Tatbestand:	5

aa) Vorsatz:	5
bb) Rechtswidrige Zueignungsabsicht:.....	5
(1) Enteignung:	5
(2) Aneignung:	5-6
(a) Selbstaneignung:.....	5-6
(b) Drittaneignung:	6
(c) Zwischenergebnis:.....	6
(2) Rechtswidrigkeit der Drittzueignungsabsicht:.....	6
cc) Zwischenergebnis:	6
2) Rechtswidrigkeit und Schuld:	6
3) Ergebnis:.....	6
4) § 248a:	6-7
5) Ergebnis:.....	7
2. Tatkomplex: In der Villa des R.....	7-17
A) Strafbarkeit des A nach §§ 267 I, 267 III Nr 2:	7-10
1) Tatbestand:	7-9
a) objektiver TB:.....	7-9
aa) Urkunde:	7-8
(1) Erklärungsfunktion:	7
(2) Beweisfunktion:	7
(3) Garantiefunktion:	7-8
(4) Zwischenergebnis:	8
bb) Echtheit:.....	8
(1) Ist die Firma E wahrer Aussteller – Geistigkeitstheorie:	8
(2) Ist A der wahre Aussteller – Körperlichkeitstheorie:	8
(3) Zwischenergebnis:	8
cc) Tathandlung:.....	8-9
ee) Zwischenergebnis:	9
b) subjektiver Tatbestand:.....	9
aa) Vorsatz:	9
bb) Täuschungsabsicht im Rechtsverkehr:	9
2) Rechtswidrigkeit und Schuld:	9
3) Ergebnis:.....	9
4) § 267 III Nr. 2:	9-10
5) Ergebnis:.....	10
B) Strafbarkeit des A nach §§ 263 I, 263 III Nr 2, 1.Alt:	10-16
1) Tatbestand:	10-15
a) Objektiver Tatbestand:.....	10-15
aa) Täuschung über Tatsachen:	10-11

(1) Aktive Täuschung durch Sprechen:	10
(2) Aktive Täuschung durch Ausstellen der Quittung?	10
(3) Konkludente Täuschung durch Verwenden des Lkw:.....	10-11
(4) Zwischenergebnis:	11
bb) Irrtumserregung:	11
cc) Vermögensverfügung:	11
(1) Verfügung über ein eigenes Vermögen:.....	11
(2) Drittverfügung:.....	11-12
(a) Beziehung rechtlicher oder rechtsgeschäftlicher Natur:	12
(b) Beziehungen tatsächlicher Natur:	12-15
(aa) Befugnistheorien:	12
(α) Befugnistheorie:	12
(β) Repräsentantentheorie:.....	12
(bb) Theorien der tatsächlichen Nähe:	13-14
(α) Faktischen Nähetheorie:	13
(β)Rechtsprechung:	13
(γ) Lagertheorie:.....	13-14
(cc) Diskussion:	14
(dd) Zwischenergebnis:	15
(3) Zwischenergebnis:	15
dd) Vermögensschaden:	15
ee) Kausalität:	15
ff) Zwischenergebnis:	15
b) subjektiver Tatbestand:.....	15
aa) Vorsatz:	15
bb) rechtswidrige Bereicherungsabsicht:.....	15
cc) Stoffgleichheit:	15
c) Zwischenergebnis:	15
2) Rechtswidrigkeit und Schuld:	16
3) Ergebnis:.....	16
C) Strafbarkeit des A aus §§ 242 I, 25 I 2.Alt.:	16
1) Tatbestand:	16
a) objektiver Tatbestand:.....	16
aa) Idealkonkurrenz:	16
bb) Exklusivitätsthese:	16
cc) Streitentscheidung:	16
ee) Zwischenergebnis:	16
b) Ergebnis:	16
2) Ergebnis:.....	16
D) Strafbarkeit des A nach §§ 246 I, 246 II:	17

1) Tatbestand:	17
a) objektiver TB:	17
aa) Grundtatbestand:	17
bb) Auffangtatbestand:	17
cc) Diskussion:	17
b) Zwischenergebnis:	17
2) Ergebnis:	17
3. Tatkomplex: Bei der Freundin F:	18-21
I) Die F:	18-20
A) F nach §§ 263, 27 I:	18
1) Tatbestand:	18
a) objektiver Tatbestand:	18
b) Zwischenergebnis:	18
2) Ergebnis:	18
B) Strafbarkeit der F nach §§ 246 II, 27:	18
C) Strafbarkeit der F nach § 259 I, 2. Alt:	18
1) Tatbestand:	18
2) Ergebnis:	18
D) Strafbarkeit der F nach § 259 I, 4. Alt:	18-19
1) Tatbestand:	18-19
a) Rechtsprechung und Teil der Lehre:	19
b) Ansicht des OLG- Köln und herrschenden Lehre:	19
c) Zwischenergebnis:	19
2) Ergebnis:	19
E) Strafbarkeit der F nach §§ 259 I, 4. Alt, 259 III, 22, 23 I:	19
1) Vorprüfung:	19
2) Tatbestand:	19
a) Tatentschluss:	19
b) Zwischenergebnis:	19
3) Ergebnis:	19
F) Strafbarkeit der F nach §257 I:	19-20
1) Tatbestand:	19
a) objektiver Tatbestand:	19-20

b) subjektiver Tatbestand:	20
2) Rechtswidrigkeit und Schuld:.....	20
3) Strafausschließungsgrund:	20
4) Ergebnis:	20
G) Strafbarkeit der F nach § 258I:.....	20
II) Der A:	20
A) Strafbarkeit des A nach §§ 246 I, II:	20-21
B) Strafbarkeit des A gem. §§ 257 I, 26:.....	21
1) Tatbestand:.....	21
a) objektiver TB:	21
b) subjektiver TB:.....	21
2) Rechtswidrigkeit und Schuld:.....	21
3) Ergebnis:	21
4. Konkurrenzen:	21

KOMMENTARE:

- Frank, Reinhard **Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich nebst dem Einführungsgesetz;**
18. Auflage, Tübingen, 1931
zitiert: Frank [nach §§ und Rn]
- Joecks, Wolfgang **Studienkommentar;**
München, 1999
zitiert: Joecks StGB [nach §§ und Rn]
- Lackner – Kühl **Strafgesetzbuch mit Erläuterungen;**
22. Auflage, München, 1997
Lackner, Karl, Kühl, Kristian
zitiert: Lackner, [nach §§ und Rn]
- Leipziger Kommentar **Großkommentar des Strafgesetzbuchs;**
11. Auflage, Berlin, New York, Teilbände erschienen bis Okt. 1999
Burkhard Jähnke
zitiert: LK-[Bearbeiter], [nach §§ und Rn]
- Palandt **Bürgerliches Gesetzbuch;**
58. Auflage, München 1999
zitiert: Palandt-[Bearbeiter], [nach §§ und Rn]
- Schönke- Schröder **Kommentar zum Strafgesetzbuch;**
25. Auflage, München, 1997
Adolf Schönke, Horst Schröder
zitiert: Sch/Sch-[Bearbeiter], [nach §§ und Rn]
- Systematischer
Kommentar **Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch;**
Besonderer Teil:
Band 2.2 - §§ 223 – 358
Loseblattsammlung, Neuwied, Kriftel, Stand Feb. 2000
Hans Joachim Rudolphi, Eckhard Horn, Hans-Ludwig Günther
zitiert: SK-[Bearbeiter], [nach §§ und Rn]

Tröndle - Fischer **Strafgesetzbuch und Nebengesetze;**
49. Auflage, München, 1999
Herbert Tröndle, Thomas Fischer
zitiert: Tröndle [nach §§ und Rn]

LEHRBÜCHER:

Arzt – Weber **Strafrecht Besonderer Teil Vermögensdelikte (Kernbereich);**
2.Auflage, Bielefeld, 1986
Gunter Arzt, Ulrich Weber
zitiert: A-W LH3 [nach §§ und Rn]

Binding, Karl **Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts – Besonderer Teil;**
Band 1 – Leipzig, 1902, Neudruck Aalen, 1969
Band 2.1 – Leipzig, 1904, Neudruck Aalen, 1969
zitiert: Binding [Band] [nach Seiten]

Blei, Hermann **Strafrecht II Besonderer Teil – Ein Studienbuch;**
12. Auflage, München, 1983
zitiert: Blei [nach §§]

Freund, Georg **Urkundenstraftaten;**
Berlin, Heidelberg, New York, Barcelona, Budapest, Hongkong,
London, Mailand, Paris, Santa Clara, Singapur, Tokio, 1996
zitiert: Freund [nach Seiten]

Haft, Fritjof **Strafrecht Besonderer Teil;**
7. Auflage, München, 1998
zitiert: Haft [nach Seiten]

Krey, Volker **Strafrecht Besonderer Teil, Band 1- Besonderer Teil ohne**
Vermögensdelikte;
11. Auflage, Stuttgart Berlin, Köln, 1998
zitiert: Krey BT 1 [nach §§ und Rn]

ders. **Strafrecht Besonderer Teil, Band 2- Vermögensdelikte;**
12.Auflage, Stuttgart, Berlin, Köln, 1999
zitiert: Krey BT 2 [nach §§ und Rn]

- Maurach-
Schroeder-
Maiwald **Strafrecht Besonderer Teil – Teilband 1 Straftaten gegen
Persönlichkeits- und Vermögenswerte – Ein Lehrbuch;**
Reinhard Maurach, Friedrich-Christian Schroeder, Manfred Maiwald;
7. Auflage, Heidelberg, 1988
zitiert: MSM Bd I [nach §§ und Rn]
- dieselben **Strafrecht Besonderer Teil – Teilband 2 Straftaten gegen
Gemeinschaftsdelikte – Ein Lehrbuch;**
Reinhard Maurach, Friedrich-Christian Schroeder, Manfred Maiwald;
7. Auflage, Heidelberg, 1991
zitiert: MSM Bd II [nach §§ und Rn]
- Mitsch, Wolfgang **Strafrecht Besonderer Teil 2,
Vermögensdelikte (Kernbereich)/ Teilband 1;**
Berlin, Heidelberg, Barcelona, Budapest, Hongkong, London, Mailand,
Paris, Singapur, Tokio, 1998
Zitiert: Mitsch [nach Seiten]
- Otto **Grundkurs Strafrecht – Die einzelnen Delikte;**
5. Auflage, Berlin, New York, 1998
zitiert: Otto [nach §§ und Rn]
- Rengier, Rudolf **Strafrecht Besonderer Teil I – Vermögensdelikte;**
2. Auflage, München, 1998
zitiert: Rengier BT I [nach §§ und Rn]
- dieselbe **Strafrecht Besonderer Teil II – Delikte gegen die Person und die
Allgemeinheit;**
München, 1998
zitiert: Rengier BT II [nach §§ und Rn]
- Seelmann, Kurt **Grundfälle zu den Eigentums und Vermögensdelikten;**
München, 1988
zitiert: Seelmann, [nach Seiten]
- Wessels – Hettinger **Straftaten gegen Persönlichkeits- und Gemeinschaftswerte;**
Johannes Wessels, Michael Hettinger;
23. Auflage, Heidelberg, 1999
zitiert: Wessels BT 1 [nach §§ und Rn]
- dieselben **Straftaten gegen Vermögenswerte;**
22. Auflage, Heidelberg, 1999
zitiert: Wessels BT 2 [nach §§ und Rn]

Welzel, Hans **Das deutsche Strafrecht;**
11. Auflage, Berlin, 1969
zitiert: Welzel [nach Seiten]

MONOGRAPHIEN:

Backmann, Leonhard **Die Abgrenzung des Betrugs von Diebstahl und Unterschlagung;**
Köln, Berlin, Bonn, München, 1974;
zitiert: Backmann, [nach Seite]

Jakobs, Günther **Urkundenfälschung – Revision einer Täuschungsdeliktes;**
Köln, Berlin, Bonn, München, 1999;
zitiert: Jakobs, [nach Seite]

Joecks, Wolfgang **Zur Vermögensverfügung beim Betrug;**
Köln, 1982;
zitiert: Joecks, [nach Seite]

Kienapfel, Diethelm **Urkunden im Strafrecht;**
Frankfurt am Main, 1967;
zitiert: Kienapfel, [nach Seite]

Mezger, Edmund **Strafrecht – Ein Lehrbuch;**
3. Auflage, Berlin, München 1949;
zitiert: Mezger, [nach Seite]

Samson, Erich **Urkunde und Beweiszeichen - Die verkörperte Gedankenerklärung
als Merkmal des strafrechtlichen Urkundenbegriffs; Bonn, 1967**
zitiert: Samson, [nach Seite]

Steinmetz, Bernd **Der Echtheitsbegriff im Tatbestand der Urkundenfälschung
(§ 267 StGB);**
Berlin, 1991;
zitiert: Steinmetz, [nach Seite]

AUFSÄTZE Zitiert nach Autor, Fundort, Jahr und Seiten

Androulakis, Nikolaos **Objekt und Grenzen der Zueignung im Strafrecht
– OLG Celle NJW 1967, 1921;**
JuS 1968, Seite 409ff.

Amelung, Knut	Irrtum und Zweifel des Getäuschten; GA 1977, Seite 1ff.
Baumann, Jürgen	Amtsunterschlagung und Betrug; NJW 1961, Seite 1141ff.
Bilda, Klaus	Teilnahme an den Vollendungs- und Beendungsdelikten beim Betrug; MDR 1965, Seite 541f.
Dreher, Eduard	Das Strafrecht hat seine eigenen Mittel – Erwiderung den vorstehenden Aufsatz [Schünemann, GA 1969, 46ff]; GA 1969, Seite 56ff.
Franke, Dietmar	Zur unberechtigten Ingebrauchnahme eines Kraftfahrzeugs (§ 248b StGB); NJW 1974, Seite 1803ff.
Geiger, Thomas	Zur Abgrenzung von Diebstahl und Betrug; JuS 1992, Seite 834ff.
Geppert, Klaus	Die Abgrenzung von Betrug und Diebstahl, insbesondere in Fällen des Dreiecksbetruges; JuS 1977, Seite 72ff.
Gribbohm, Günter	Zur Abgrenzung des Diebstahls vom Betrug – BGHSt 18,221; JuS 1964, Seite 233ff.
derselbe	Gewahrsamsbruch und guter Glaube; NJW 1967, Seite 1897ff.
Haas, Günter	Der Sachbetrug im Dreiecksverhältnis GA 1990, Seite 201ff.
Haffke, Bernd	Mitgewahrsam, Gewahrsamsgehilfenschaft und Unterschlagung; GA 1972, Seite 225ff.
Herzberg, Rolf Dietrich	Betrug und Diebstahl durch listige Sachverschaffung; ZStW 1977, Seite 367ff.

- Hillenkamp, Thomas **Der „Einkauf“ verdeckter Ware: Diebstahl oder Betrug?**
– **BGHSt 41, 198;**
JuS 1997, Seite 217ff.
- Laubenthal, Klaus **Einheitlicher Wegnahmebegriff im Strafrecht?;**
JA 1990, Seite 38ff.
- Lenckner, Theodor **Anmerkung zu OLG Stuttgart NJW 1965, 1930f;**
JZ 1966, Seite 320f.
- Küper, Wilfried **Die Merkmale „absetzt“ und „absetzen hilft“ im neuen**
Hehlereitstatbestand – OLG-Köln NJW 1975, 987;
JuS 1975, Seite 633ff.
- Ohr, Günter **Das formungültige eigenhändige Testament als unechte Urkunde**
– **OLG-Düsseldorf, NJW 1966, 749;**
JuS 1967, Seite 255ff.
- Otto, Harro **Die Probleme der Urkundenfälschung (§267) in der neueren**
Rechtsprechung und Lehre;
JuS 1987, Seiten 761ff.
- derselbe **Zur Abgrenzung von Diebstahl, Betrug und Erpressung bei der**
deliktischen Verschaffung fremder Sachen;
ZStW 1967, Seite 79ff.
- Ranft, Otfried **Grundfälle aus dem Bereich der Vermögensdelikte – 2.Teil;**
JA 1984, Seite 277ff.
- Rudolphi, Hans-Joachim **Grundprobleme der Hehlerei (2.Teil);**
JA 1981, Seiten 90ff.
- Schaffstein, Friedrich **Zur Abgrenzung von Diebstahl und Gebrauchsanmaßung**
insbesondere beim Kraftfahrzeugdiebstahl;
GA 1964, Seite 97ff.
- Schaudwet, Manfred **Die Kraftfahrzeugentwendung in der Rechtsprechung;**
JR 1965, Seite 413ff.

- Schröder, Horst **Über die Abgrenzung des Diebstahls von Betrug und Erpressung;**
ZStW 1940, Seite 33ff.
- Schünemann, Bernd **Methodenprobleme bei der Abgrenzung von Betrug und Diebstahl**
in mittelbarer Täterschaft;
GA 1969, Seite 46ff.
- Seelmann, Kurt **Grundfälle zu den Straftaten gegen das Vermögen als Ganzes;**
JuS 1983, Seite 32ff.
- Stree, Walter **Begünstigung, Strafvereitelung und Hehlerei – Betrachtungen zu der**
Neuregelung;
JuS 1976, Seite 137ff.
- Ulsenheimer, Klaus **Der Zueignungsbegriff im Strafrecht;**
Jura 1979, Seite 169ff.
- Welzel, Hans **Der Gewahrsamsbegriff und Diebstähle in Selbstbedienungsläden;**
GA 1960, Seiten 257ff.
- derselbe **Anmerkung zu BGH JZ 1953, 117ff;**
JZ 1953, Seite 119f.
- Wessels, Johannes **Zueignung, Gebrauchsanmaßung und Sachentziehung;**
NJW 1965, Seite 1153ff.

URTEILS-SAMMLUNGEN:

- Lindenmaier – Möhring Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofs;
München, Berlin, Loseblatt Stand Januar 2000
zitiert: LM [Gesetz] [nach §§ und Nr.]

Gutachten:

1. TATKOMPLEX: AM STAMMLOKAL

Strafbarkeit des A gem. § 242 I StGB¹:

A könnte sich gem. § 242 I strafbar gemacht haben indem er mit dem Laster der „Galerie Edelman“ (E) wegfuhr.

1) Tatbestand: a) Den objektiven Tatbestand eines Diebstahls gem. § 242 I verwirklicht, wer eine fremde bewegliche Sache wegnimmt.

aa) Tatobjekt: *Sache* ist i.S.d. § 90 BGB jeder körperliche Gegenstand², also auch der Lastwagen. Diese Sache müsste ferner *beweglich* gewesen sein, d.h. tatsächlich fortgeschafft werden können³. Bei dem Lastwagen der Firma E steckte der Schlüssel, so dass er durch den eigenen Motorantrieb problemlos fortgeschafft werden konnte und somit beweglich war. Das Tatbestandsmerkmal *fremd* ist gegeben, wenn die Sache nach bürgerlichem Recht einem anderen gehört⁴. Der Lkw stand im Eigentum der Firma E gehörte folglich nicht dem A und war für ihn fremd.

bb) Tathandlung: A müsste den Lkw weggenommen haben. Wegnahme ist der Bruch fremden und die Begründung neuen nicht notwendig eigenen Gewahrsams⁵. Eine Wegnahme ist bei Fahrzeugen regelmäßig vollendet, wenn der Täter das Fahrzeug von dem Platz wegfährt, an dem es der Gewahrsamsinhaber abgestellt hat und es dadurch dessen Einwirkungsmöglichkeit entzogen wird⁶. A müsste fremden Gewahrsam gebrochen haben.

(1) Daher ist zunächst zu klären, ob fremder Gewahrsam bestand.

(a) Die Lehre vom *faktischen* Gewahrsamsbegriff definiert Gewahrsam als das von einem natürlichen Herrschaftswillen getragene tatsächliche Herrschaftsverhältnis über eine Sache⁷. Als Gewahrsamsinhaber kommt zunächst die Firma E in Betracht. Problematisch erscheint hier, dass eine Firma wie auch eine juristische Person einen Herrschaftswillen mangels Willensfähigkeit nicht bilden kann. Um ihre Handlungsfähigkeit zu erhalten, bedienen sie sich daher zB ihres Geschäftsführers als Vertreter im Gewahrsam, der für sie den Gewahrsam ausübt⁸. Gewahrsam kann aber nur dort bestehen, wo ihre Gewahrsamsvertreter eine tatsächlichen Sachherrschaft mittels einer Kontrollmöglichkeit haben. Dies hat zur Folge, dass ein Fahrer, je weiter er sich von dem kontrollierbaren Bereichs und somit dem Gewahrsam der Gewahrsamsvertreter entfernt, den Gewahrsam zumindest in der Form des Mitgewahrsams ausüben muss, damit das Fahrzeug nicht gewahrsamslos wird. Bei dem Unternehmen der E könnte, das in einer größeren Stadt tätig ist, kann daher angenommen werden, dass bei einer Fahrt 20 km außerhalb der Stadt der Fahrer selbst Gewahrsam hatte. Das mag aber in diesem Fall dahinstehen, da entweder durch den Fahrer oder den Gewahrsamsvertreter der E jedenfalls Gewahrsam an dem Lkw bestand. Indes könnte sich

¹ Alle §§ ohne Angaben sind solche des StGB.

² Vgl. RGSt 44, 335; Welzel S 340; Blei S. 171.

³ Vgl. RGSt 5, 42(44); 23, 71(76); Otto GK § 40 Rn 8; Krey BT 2 § 1 Rn 2.

⁴ Vgl. BGHSt 6, 377(378); Lackner § 242 Rn 4.

⁵ Vgl. MSM BT I § 33 Rn 26; Welzel S 347.

⁶ Vgl. BGHSt 18, 66(69); BGH VRS 13, 350(351); BGH NSStZ 1982; 420.

⁷ Vgl. LK-Ruß § 242 Rn 17ff; Binding I S 293.

⁸ Vgl. RGSt 52, 143(144); 54, 231(232); 60, 271; SS-Eser § 242 Rn 29.

hier die Frage stellen, ob der Fahrer noch Gewahrsam hatte, als er den Lkw unverschlossen auf dem Parkplatz abstellte. Die Reichweite der tatsächlichen Sachherrschaft ist nicht auf das „In-der-Hand-halten“ beschränkt sondern bestimmt sich nach der Verkehrsanschauung⁹. Nach der Verkehrsanschauung verliert bei an einem Fahrzeug nicht die Sachherrschaft, wer sich von ihm entfernt, selbst wenn er den Schlüssel innen stecken lässt¹⁰. Dafür spricht auch das Lastwagen häufig zum Be- und Entladen fahrbereit stehen, wobei sich der Fahrer zur Ladetätigkeit auch von dem Lkw außer Sichtweite entfernt. Zumal ist dieser Lkw auffällig gekennzeichnet, so dass eine Zuordnung nach der Verkehrsanschauung jederzeit möglich ist. Der Fahrer hatte folglich Gewahrsam.

(b) Eine Auffassung in der Literatur vertritt einen *normativ-sozialen* Gewahrsamsbegriff, bei dem die Verkehrsanschauung die Bedeutung eines eigenständigen Gewahrsamselements erlangt¹¹. Auch nach dieser Ansicht hatte der Fahrer Gewahrsam.

(2) Diesen Gewahrsam müsste A gebrochen haben. Indem A mit dem Lkw von dem abgestellten Platz zur 20 km entfernt liegenden Villa des R fuhr, entzog er dem Fahrer die tatsächliche Einwirkungsmacht, begründete gleichzeitig eigenen Gewahrsam und vollzog so die Wegnahme. Dies war ihm objektiv auch zuzurechnen.

cc) Zwischenergebnis: Der objektive Tatbestand des § 242 I ist erfüllt.

b) subjektiver Tatbestand: A müsste vorsätzlich und in der Absicht gehandelt haben, sich die Sache rechtswidrig zuzueignen.

aa) Vorsatz ist der Wille zur Verwirklichung eines Straftatbestandes in Kenntnis aller seiner Tatumstände im Tatzeitpunkt¹². A wollte mit dem Lkw zu R fahren, wobei er wusste, dass er den ihm nicht gehörenden Wagen benutzt. Vorsatz bestand mithin.

bb) Zueignungsabsicht: A müsste auch mit rechtswidriger Zueignungsabsicht gehandelt haben, als er den Lkw wegnahm. Die Zueignungsabsicht zerfällt in eine Aneignungs- und eine Enteignungskomponente¹³.

(1) Aneignung ist eine wenigstens vorübergehende Einverleibung der Sache oder deren Wert in das Vermögen des Täters oder eines Dritten, wobei als Vorsatz Absicht erforderlich ist¹⁴.

Es kam A gerade darauf an, den Lkw wegzunehmen und zu R zu fahren, ihn also seinem eigenen Vermögen vorübergehend zuzuführen. Er handelte daher mit *dolus directus* 1. Grades hinsichtlich der Aneignung.

(2) Eine Enteignung ist der vom *dolus eventualis* getragene endgültige Ausschluss des Berechtigten aus seiner wirtschaftlichen Position¹⁵. Ein Ausschluss des Berechtigten liegt in der Fahrt des A zu R, zu seiner Freundin (F) und wieder zurück nach X-Stadt. Problematisch ist hingegen, ob der Enteignungsvorsatz auf eine endgültig wirtschaftliche Verdrängung des Eigentümers gerichtet war,

⁹ Vgl. RGSt 43, 10(13); BGHSt 16, 271(273f).

¹⁰ Vgl. Mitsch BT 2 § 1 Rn 47.

¹¹ Vgl. Otto § 40 Rn 17ff; MSM BT 1 § 33 Rn 16; Welzel GA 1960, 257ff.

¹² Vgl. BGH St 19, 298ff.

¹³ Vgl. Ulsenheimer Jura 169(171f).

¹⁴ Vgl. RGSt 35, 255(356); 44, 335(336); Androulakis JuS 1968, (409)413.

¹⁵ Vgl. BGH St 16, 190(192); Lackner § 242 Rn 25; Androulakis JuS 1968, (409)413.

oder ob es sich um eine bloß vorübergehende straflose Gebrauchsanmaßung (sog. *furtum usus*) des Fahrzeugs handelte.

(a) Nach Ansicht der *Rechtsprechung und eines Teiles der Lehre* scheidet eine Enteignungsabsicht beim unbefugten Gebrauch von Kfz grundsätzlich aus, wenn der Täter das Fahrzeug in eine Lage zurückführen wolle, die es dem Berechtigten ermögliche, seine ursprüngliche Verfügungsgewalt ohne besondere Mühe wiederherzustellen¹⁶. Ein Indiz für den Mangel an einem solchen Rückführungswillen bestehe, wenn der Täter das Fahrzeug an einer Stelle stehen lasse, wo es dem beliebigen Zugriff Dritter ausgesetzt sei¹⁷, wofür bereits das Abstellen in einer anderen Straße in einer „größeren Mittelstadt“ genüge¹⁸. Indizwirkung habe weiterhin die Auffälligkeit und die Marke des Fahrzeugs sowie die Sicherung gegen den Zugriff Dritter¹⁹.

Einerseits erschwerte A wissentlich und willentlich die Auffindung des Fahrzeugs, da er es wie geplant an einem abgelegenen Ort abstelle. Andererseits wollte A aber nicht, dass E dauerhaft von seiner Eigentümerstellung ausgeschlossen wurde, was daran zu erkennen ist, dass er den Lkw gegen den Zugriff beliebiger Dritter sicherte, indem er den Schlüssel in das abgeschlossene Wageninnere durch das aufgestellte Dachfenster warf. Ein Zugriff auf die Schlüssel durch das aufgestellte Dachfenster erscheint unmöglich, so dass A das Risiko eines unmittelbaren Zugriffs von außen somit auf das alltägliche Risiko minimierte. Auch das Abstellen in einer Seitenstraße spricht nicht gegen einen Rückführungswillen, denn ein auffälliger Lastwagen erregt auch in einer Seitenstraße meist die Aufmerksamkeit der Anlieger, was wegen seiner auffälligen Beschriftung zu einer schnellen Rückführung an den leicht zu ermitteln Halter führt. Mithin sprechen die überwiegenden Indizien für einen Rückführungswillen des A. Es liegt nach dieser Ansicht ein bloßer *furtum usus* vor.

(b) Einer *Meinung in der Literatur* zufolge besteht Enteignungsvorsatz, wenn der Täter zwar eine Rückführungshandlung vorgenommen habe, aber mit *dolus eventualis* hinsichtlich des Risikos der Enteignung handle²⁰. Es genüge, so diese Ansicht, dass er sich damit abfinde oder ihm gleichgültig sei, dass der Berechtigte die Sache nicht zurückerlange. A war es nicht gleichgültig, ob das Risiko einer dauerhaften Enteignung der E eintrete, was sich an dem verschlossenen Abstellen festmachen lässt. Hinzu kommt, dass A mit dem Argwohn der Anlieger in der Straße bezüglich des auffällig beschrifteten Lkw rechnen konnte, und so seine Rückführung zu E geradezu gewiss erschien. Eine Gleichgültigkeit oder gar eine Billigung der Enteignung war somit auszuschließen. Auch nach dieser Ansicht lag demnach kein Enteignungsvorsatz und somit keine Zueignungsabsicht vor.

(c) Beide Meinungen kommen zu dem Ergebnis, dass eine Zueignungsabsicht nicht vorlag.

c) Zwischenergebnis: Der subjektive Tatbestand ist nicht erfüllt.

2) Ergebnis: A ist nicht aus § 242 I strafbar, er hat den Lkw nicht gestohlen.

¹⁶ Vgl. RGSt 64, 259(260); BGHSt 22, 45ff; BGH JR 1987, 342f mAnm Keller JR 1987, 343ff; Wessels BT 2 § 2 Rn 143ff.

¹⁷ Vgl. BGHSt 22, 45ff; BGH GA 60, 182; MSM I §33 Rn42, §37 Rn8 ff; Tröndle § 242 Rn 24a.

¹⁸ Vgl. BGH VRS 19, 441.

¹⁹ Vgl. BGH St 22, 45(47); BGH VRS 51, 210(211).

²⁰ Vgl. Schaffstein GA 1964, 97(108); Schaudwet JR 1965, 413f.

B) STRAFBARKEIT DES A AUS § 248B I:

A könnte sich durch die Wegnahme des Lkw und der nachfolgenden Fahrten gem. § 248b I strafbar gemacht haben.

1) Tatbestand: a) Den objektiven Tatbestand erfüllt, wer ein Fahrzeug gegen den Willen des Berechtigten in Gebrauch nimmt. Ein Lkw wird durch Maschinenkraft angetrieben und fällt so unter die Legaldefinition des Fahrzeugs gem. § 248 b IV. Ingebrauchnehmen erfordert, dass der Täter das Fahrzeug als Fortbewegungsmittel benutzt. A gebrauchte den Lkw, um erst zu R, dann zu F und letztlich zurück nach X-Stadt zu fahren. Die Ingebrauchnahme muss gegen den Willen des Berechtigten erfolgen. Berechtigter ist nach herrschender Ansicht derjenige, dem das Recht zur Verfügung über den Gebrauch des Fahrzeugs zusteht²¹. Eine Gegenmeinung lässt als Berechtigten ausschließlich § 248b den Eigentümer erkennen, denn § 248b stehe im Abschnitt der Eigentumsdelikte im StGB²². Diese Meinung übersieht jedoch, dass der Eigentümer die Dispositionsbefugnis auf einen anderen übertragen kann, und somit auf den vom Eigentümer Ermächtigten als Berechtigten abzustellen ist. Letztlich mag dies aber dahinstehen, denn eine Ingebrauchnahme durch A verstieß zweifelsfrei gegen ihrer beider Willen. A erfüllte somit den objektiven Tatbestand des § 248b I. Die Handlung war auch kausal und ihm objektiv zuzurechnen.

b) A handelte in Kenntnis aller Tatumstände, also vorsätzlich. Die einzelnen Abschnitte des Fahrzeuggebrauchs zu R, zu F und zurück nach X-Stadt werden dabei von einem einheitlichen Willensentschluss des A getragen, so dass der Tatbestand des § 248b nur einmal verwirklicht wurde.

2) Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe sind nicht ersichtlich.

3) Ergebnis: A ist aus § 248b I strafbar. Ein Strafantrag nach § 248b III ist gestellt.

E) Subsidiäre Straftaten zur Strafbarkeit nach § 248b:

Durch den Gebrauch des Lkw und dem daraus folgenden Verbrauch am Benzin im Tank könnte A sich aus §§ 242 I, 248a strafbar gemacht haben. Nach ganz einhelliger Meinung scheidet eine Strafbarkeit nach § 242 aus, wenn die Voraussetzungen des § 248 b erfüllt sind, da sonst die praktische Bedeutung dieser Vorschrift entfiel²³.

Strafbarkeit des A gem. §§ 242I, 248a

A könnte einen Diebstahl an der vorbereiteten Quittung begangen haben, § 242 I.

1) Tatbestand: a) objektiver Tatbestand: Die vorbereitete Quittung war eine auf einem Quittungsbogen der Firma E niedergeschriebene Empfangsbestätigung, also für A eine fremde bewegliche Sache. A müsste die Quittung weggenommen haben. Wegnahme erfordert den Bruch fremden und die Begründung neuen Gewahrsams²⁴. Fraglich ist, ob fremder Gewahrsam an der

²¹ Vgl. BGHSt 11, 47(51); BGH VRS 39, 199; LK-Ruß § 248b Rn 6.

²² Vgl. SK-Hoyer § 248b Rn 14; SS-Eser § 248b Rn 7.

²³ Vgl. BGHSt 14, 388ff; BGH GA 1960, 182f; Otto § 48 Rn 13.

²⁴ Vgl. Fußnote 5.

Quittung bestand. Sie befand sich im Lkw der Firma E, an dem der Fahrer Gewahrsam hatte (s.o.). Der Lkw bildet in seinem Innern hinsichtlich in ihm befindlicher Gegenstände, wie zB Radio, Karten etc., eine Gewahrsamssphäre, in der sich auch die Quittung befand. Indem A mit dem Lkw wegfuhr, begründete er neuen Gewahrsam an dem Fahrzeug (s.o.) und somit an allen in ihm enthaltenen Gegenständen. A hat die Quittung weggenommen. Die Wegnahme war auch kausal und ihm objektiv zuzurechnen.

b) subjektiver Tatbestand: A müsste die Quittung vorsätzlich und mit rechtswidriger Zueignungsabsicht entwendet haben.

aa) Vorsatz erfordert das Wollen der Tatbestandsverwirklichung in Kenntnis aller objektiven Tatbestandsmerkmale²⁵. A wusste, dass er die Quittung der Firma E wegnahm, worauf es ihm auch ankam. A handelt vorsätzlich .

bb) A müsste die Quittung auch in der Absicht weggenommen haben, sie sich oder einem Dritten rechtswidrig zuzueignen. Die *Zueignungsabsicht* ist die vorsätzliche Anmaßung einer eigentümerähnlichen Stellung über die Sache (se ut dominum gerere), mittels Aneignung und Enteignung des Berechtigten²⁶.

(1) Enteignung: Enteignung ist die endgültige Verdrängung des Eigentümers aus seiner wirtschaftlichen Position, wobei dolus eventualis genügt²⁷. A nahm die Quittung und gab sie wissentlich und willentlich dem S, so dass sie endgültig nicht zu E zurückgelangen sollte. Er griff so in die Eigentumsbeziehung der E zu ihrer Quittung ein und enteignete sie. Es ergeben sich aber Bedenken, ob eine Enteignung nicht dadurch ausgeschlossen wird, dass die Quittung bestimmungsgemäß zu R gelangt war. Faktisch betrachtet entsprach die Handlung des A rein äußerlich der nach der Bestimmung durch E vorzunehmenden Handlung. Rechtlich betrachtet beinhaltete die Eigentumsbeziehung der E zu der Quittung aber auch das Recht zur Bestimmung, wie mit ihr verfahren werden sollte. Dieses Recht störte A, indem er E, vertreten durch den berechtigten Fahrer, die Möglichkeit zur Bestimmung dauerhaft entzog. Eine Enteignung lag vor.

(2) Aneignung: A könnte sich oder dem R die Quittung angeeignet haben. Eine Aneignung liegt nach der heute herrschenden Vereinigungslehre vor, wenn der Täter die Sache an sich (Substanztheorie), oder aber ihr *lucrum ex re*, also den in ihr verkörperten spezifischen Wert (Sachwerttheorie), in ein Vermögen einverleibt, wobei für sein Handeln Absicht erforderlich ist²⁸.

(a) Selbstaneignung: A könnte sich die Sache als solche angeeignet haben. A wollte aber nicht die Quittung an sich, also das Papier in sein eigenes Vermögen überführen.

Er hatte aber möglicherweise den Willen, sich den Wert der Quittung anzueignen. Dann müsste sie im Zeitpunkt der Wegnahme einen Sachwert gehabt haben. Das *lucrum ex re* einer Sache ist die Wertziehung, aus einer eng mit ihr zusammenhängenden Gewinnerzielungsmöglichkeit, wofür aber nicht jeder wirtschaftliche Vorteil, den man mit Hilfe der Sache durch ihre bloße Benutzung erlangen kann (sog. „*lucrum ex negotio cum re*“),

²⁵ Vgl. Fußnote 12.

²⁶ Vgl. i.st Rspr BGHSt 1, 263(264); Tröndle § 242 Rn 18; Lackner § 242 Rn 5a.

²⁷ Vgl. Fußnote 15.

²⁸ Vgl. i.st Rspr seit RGSt 40, 10ff („Biermarkenfall“); 61, 228(232f); SS-Eser § 242 Rn47.

genügt²⁹. Es könnte sich bei diesem Wert um die Legitimationswirkung einer Quittung nach § 370 BGB handeln, der den jeweiligen Inhaber als Berechtigten hinsichtlich eines ausstehenden zivilrechtlichen Anspruchs erscheinen lässt³⁰. Im für die Aneignungsabsicht maßgeblichen Zeitpunkt der Wegnahme, also als A Gewahrsam an der vorbereiteten Quittung begründete, hatte sie diesen Beweiswert noch nicht. Ein Beweiswert nach § 370 BGB wäre später auch nur bei Unterschrift eines Berechtigten entstanden³¹, so dass die Frage, ob A durch sein Unterzeichnen der Quittung einen Sachwert verlieh, für den Sachwert unerheblich ist. Einen sonstigen Sachwert enthielt die Quittung nicht. In Betracht kommt somit lediglich eine Nutzung des Täuschungswertes der Quittung, um durch den Rechtsschein, den ihr Besitz dem A als Überbringer verlieh, die Herausgabe des Bildes zu bewirken, *lucrum ex negotio cum re*. A eignete sich die Sache nicht an

(b) Drittaneignung: A könnte die Quittung aber dem R, vertreten durch S, angeeignet haben. A gab dem S die Quittung. Er beabsichtigte dies bereits im Zeitpunkt der Wegnahme, um die Herausgabe des Bildes zu bewirken. Die Aneignung war also notwendiges Zwischenziel seines Handelns und daher absichtlich. A eignete R den Quittungsbogen, also das Papier an. Ein darüber hinausgehender Sachwert bestand zur Zeit der Wegnahme noch nicht.

(c) Zwischenergebnis: A handelte mit Drittzueignungsabsicht.

(2) Die Drittzueignungsabsicht war auch *rechtswidrig*, d.h. ohne rechtlichen oder gesetzlichen Anspruch auf die Sache³², durchgesetzt worden. Hinsichtlich des Vorsatzes der Rechtswidrigkeit ist mangels anderer Angaben im Sachverhalt von der, im Wege einer Parallelwertung der Laiensphäre zu ermittelnden, Kenntnis dieses formalen Tatbestandsmerkmals auszugehen.

cc) Zwischenergebnis: Auch der subjektive Tatbestand ist erfüllt.

2) A hat mangels entgegenstehender Angaben rechtswidrig und schuldhaft gehandelt.

3) Ergebnis: A ist nach § 242 I strafbar.

4) Es könnte bei dem Diebstahl um einen Diebstahl einer geringwertigen Sache nach § 248a handeln. Beurteilungsmaßstab der Geringwertigkeit ist hierbei der Verkehrswert der Sache zur Zeit der Tat, nicht der Substanzwert³³. Unerheblich ist es, ob der Täter eine objektiv geringwertige Sache später so verändert, dass er aus ihrer Verwertung größeren Gewinn ziehen kann³⁴. Die vorbereitete Quittung der E hatte zur Zeit der Wegnahme nur Papierwert, also ca 0,20 DM, und das war wenig genug für eine Geringwertigkeit, die bei derzeit ca.50,-DM liegt³⁵. Ein Diebstahl in der Form des § 243 II iVm I Nr 1 ist schon wegen § 243 II iVm der Geringwertigkeit der Quittung ausgeschlossen.

5) Ergebnis: A ist aus §§ 242 I, 248a strafbar. Ein Strafantrag wurde gestellt.

2. Tatkomplex: In der Villa des R

²⁹ Vgl. RGSt 40, 12 „Biermarken-Fall“.

³⁰ Vgl. Rengier BT I § 2 Rn 44; Schröder JR 1965, 27(28).

³¹ Vgl. Palandt-Heinrichs § 370 Rn 2.

³² Vgl. LK-Ruß § 242 Rn 68.

³³ Vgl. BGH NSTZ 1981, 62f; Lackner § 248a Rn 3a.

³⁴ Vgl. BGH NSTZ 1981, 62f; SS-Eser § 248a Rn 7.

³⁵ Vgl. OLG Düsseldorf NJW 1987, 1958.

B) Strafbarkeit des A nach §§ 267 I, 267 III Nr 2:

A könnte eine Urkundenfälschung begangen haben, § 267 I, indem er den vorbereiteten Quittungsbogen unterschrieb und dem S gab.

1) Tatbestand: Dann müsste das Unterschreiben der vorbereiteten Quittung als das Urkundenfälschung zu qualifizieren sein.

a) objektiver TB: A müsste eine unechte Urkunde hergestellt und verwendet haben.

aa) Urkunde: Eine Urkunde ist jede verkörperte Gedankenerklärung, die ihren Aussteller erkennen lässt und zum Beweis im Rechtsverkehr geeignet ist³⁶. Man spricht auch von der Perpetuierungsfunktion, der Garantiefunktion und der Beweisfunktion³⁷.

(1) Erklärungsfunktion: In der unterzeichneten Quittung müsste eine Gedankenerklärung verkörpert gewesen sein. Eine verkörperte Gedankenerklärung ist eine mit einem körperlichen Gegenstand fest verbundene Erklärung gedanklichen Inhaltes³⁸. Zwar war die Quittung bereits vorbereitet, jedoch richtet sich der Erklärungsgehalt einer Quittung gem. § 368 BGB auf ein schriftliches (§ 126 BGB) Empfangsbekanntnis, d.h. ein Bekenntnis einer Person, dass sie eine Leistung in Empfang genommen hat³⁹. Die vorbereitete Quittung, die A entwendete, sollte einen Empfang erst im Gegenzug zur Übergabe des Bildes durch die geleistete Unterschrift bekennen. Vor der Herausgabe war die Quittung daher nur ein Urkundenentwurf. Eine Gedankenerklärung lag erst mit der Unterschrift der Quittung vor. Diese Erklärung war auch auf dem Quittungsbogen niedergeschrieben und somit verkörpert.

(2) Beweisfunktion: Die Quittung müsste Beweisfunktion gehabt haben, d.h. zum Beweis bestimmt und geeignet gewesen sein, über rechtserhebliche Tatsachen Beweis zu erbringen⁴⁰. Beweisgeeignet ist jede Tatsache, die im Rechtsverkehr nicht völlig bedeutungslos ist⁴¹. Die Quittung zeugte vom Besitzübergang des Bildes, so dass sie einen Anspruch des R aus § 985 BGB gegenüber dem Besitzer begründete und ist somit für den Rechtsverkehr von Bedeutung, also beweisgeeignet war. Die Beweisbestimmung ist die subjektive Zwecksetzung des Täters⁴², die sich in diesem Fall aus dem Aushändigen der unterzeichneten Quittung als Beweis der Entgegennahme des Bildes ergab. Die Quittung hatte Beweisfunktion.

(3) Garantiefunktion: Die Quittung müsste ihren Aussteller erkannt haben lassen (sog. „Garantiefunktion“). Eine Garantiefunktion besteht, wenn der Aussteller in der verkörperten Erklärung selbst bezeichnet⁴³ oder zumindest erkennbar ist⁴⁴. A unterzeichnete die Quittung, wobei er nach außen als Fahrer der Firma E auftrat. Daher ist zu diskutieren, wer erkennbarer Aussteller der Quittung war.

A selbst ist als Unterzeichnender aufgrund seines unleserlichen Kritzels nicht erkennbar. Auch aus dem Kontext der Quittung war A nicht zu erkennen.

³⁶ Vgl. BGHSt 3, 82(85); 4,284(285); Tröndle § 267 Rn 2.

³⁷ Vgl. Lackner § 267 Rn 1.

³⁸ Vgl. Otto § 70 Rn 1ff.

³⁹ Vgl. Pal-Heinrichs § 368 Rn 2.

⁴⁰ Vgl. BGHSt 13, 235(238); SS-Cramer § 267 Rn 11, 14; Lackner § 267 Rn 11.

⁴¹ Vgl. Lackner § 267 Rn 12; Otto JuS 1987, 761(762).

⁴² Vgl. Freund Rn 109f.

⁴³ Vgl. RG JW 1931, 206(207); Kienapfel S 259f.

⁴⁴ Vgl. RGSt 46, 297(301); BGH GA 1963, 16; Lackner § 267 Rn 14; Freund Rn 113.

Fraglich erscheint, ob es sich daher um einen Fall aus der Gruppe der offenen Anonymität handelte. Dann müsste jegliche Erkennbarkeit eines Ausstellers gefehlt haben, eine Anonymität sofort erkennbar gewesen sein⁴⁵. Ein Aussteller ist erkennbar, wenn der Schriftzug, ungeachtet der unleserlichen Schreibweise, auf einen Aussteller, sei er erdichtet oder nicht, hinweist⁴⁶. Durch das unleserliche Gekritzelt unter der, mit dem Briefkopf der E versehenen Quittung erweckte A den Anschein, eine im Kreise der Firma E tätige Person unterzeichnete unleserlich für die E. Erkennbar war mithin die E als Ausstellerin, die sich eines anscheinenden Boten bediente.

(4) Zwischenergebnis: Bei der Quittung handelte es sich um eine Urkunde.

bb) Echtheit: Die Urkunde müsste unecht gewesen sein. Unecht ist eine Urkunde, wenn sie nicht von demjenigen stammt, der in ihr als Aussteller erkennbar wird, wenn also über die Identität des Ausstellers getäuscht wird⁴⁷. Während es in der Feststellung der Urkundenmerkmale nur darum ging, ob überhaupt ein Aussteller ersichtlich war, geht es nunmehr darum, diesen zu identifizieren. Es stellt sich also die Frage nach dem wahren, im Gegensatz zum bereits festgestellten scheinbaren Aussteller.

(1) Zunächst könnte der scheinbare Aussteller (E) auch der wahre Aussteller sein. Nach der heute herrschenden *Geistigkeitstheorie* ist Aussteller, wer geistig hinter der Erklärung steht, weil er sie tatsächlich als seine Erklärung gelten lässt und sie ihm auch rechtlich zurechenbar ist⁴⁸. Wäre E wahre Ausstellerin gewesen, so müsste sie hinter der Erklärung gestanden haben und diese ihr rechtlich zuzurechnen gewesen sein. Prinzipiell kann die E Ausstellerin von Urkunden sein, da sie selbst Träger von Rechten und Pflichten sind. E stand aber nur für den Fall hinter der Erklärung, dass das Blankett durch ihren mit Botenmacht ausgestatteten Fahrer unterschrieben worden wäre. Eine Bindung an die Erklärung, die ein bloßer „Pseudo-Bote“ ausgestellt hat, war zweifelsfrei nicht gewollt. E war nicht die wirkliche Ausstellerin.

(2) Vielmehr war es A, der - wenn auch unleserlich - die Quittung unterzeichnete, sich so deren geistigen Inhalt zu eigen machte, die Erklärung gleichsam durch sein Unterzeichnen herstellte, und dies auch rechtlich gegen sich gelten lassen musste, so dass er wahrer Aussteller war. Zu dem selben Ergebnis kommt auch die früher vertretene Körperlichkeitstheorie, derzufolge derjenige Aussteller sei, der die Erklärung körperlich herstelle⁴⁹. A war wahrer Aussteller der Quittung.

(3) Zwischenergebnis: A täuschte über seine Ausstellereigenschaft hinweg, indem er als scheinbar berechtigter Bote der E unterzeichnete. Wahrer und scheinbarer Aussteller sind also verschieden, die Urkunde demnach unecht.

dd) Tathandlung: Als tatbestandliche Handlung des A kommt das Herstellen und das Verwenden einer unechte Quittung in Betracht. Herstellen verlangt das Hervorbringen einer Urkunde aus einer Nicht-Urkunde⁵⁰. Bis zum Zeitpunkt der Unterschrift war keine Beweisfunktion und keine Rechtsverkehrbestimmung an die vorbereitete Quittung geknüpft, sie war nur ein Entwurf einer Urkunde. Durch das Unterzeichnen verfertigte A aus dem Entwurf eine Gedankenerklärung und

⁴⁵ Vgl. RGSt 46, 297(301); BGHSt 5, 149(151); SS-Cramer § 267 Rn 18; Kienapfel S 271f.

⁴⁶ Vgl. RGSt 41, 425(426).

⁴⁷ Vgl. SS-Cramer § 267 Rn 48; MSM II § 65 Rn 46; Otto § 70 Rn 32.

⁴⁸ Vgl. BGHSt 13, 382(386); LK-Lackner § 267 Rn 16; Krey BT 1 Rn 708.

⁴⁹ Vgl. Frank § 267 I, S 608.

⁵⁰ Vgl. Lackner § 267 Rn 17; SK-Hoyer § 267 Rn 65ff.

durch das Herausgeben bestimmte er ihn für den Rechtsverkehr, so dass mit Herausgabe an S das Herstellen einer unechten Urkunde vorlag. Verwendet wird eine Urkunde, wenn sie dem zu Täuschenden so zugänglich macht, dass dieser die Möglichkeit zur Kenntnisnahme hat⁵¹. A gab S die Urkunde und machte sie ihm so zugänglich. Sein Verhalten war kausal und ihm objektiv zuzurechnen.

ee) Zwischenergebnis: A hat eine unechte Urkunde hergestellt und verwendet. Erfolgt die Herstellung und Verwendung einer Urkunde wie hier durch eine Handlung, so besteht eine deliktische Einheit⁵².

b) subjektiver Tatbestand: A müsste die Urkunde vorsätzlich und in der Absicht zur Täuschung im Rechtsverkehr hergestellt und verwendet haben. *Vorsatz* ist der Wille zur Tatbestandsverwirklichung in Kenntnis aller seiner objektiven Tatbestandsmerkmale⁵³. Es kam A gerade darauf an, die Quittung zu verwenden und zu unterschreiben, also herzustellen, um das Bild zu ertrügen. Hinsichtlich des Wissens um die normativen Tatbestandsmerkmale „Urkunde“ und „unecht“ ist die Kenntnis der Tatumstände in Verbindung mit einer Parallelwertung der Laiensphäre für die Bejahung des Vorsatzes erforderlich⁵⁴. Hierfür genügt es, wenn er den rechtlich-sozialen Bedeutungsgehalt der Tatumstände richtig erfasst. A wusste, dass er nur durch die Übergabe einer Empfangsquittung das Bild erhalten würde, und diese dazu unterschreiben musste, obwohl er nicht dazu berechtigt war. Er handelte mithin vorsätzlich.

Täuschungsabsicht im Rechtsverkehr liegt vor, wenn der Täter den Eindruck der Echtheit der Urkunde hervorruft, um den Getäuschten dadurch zu einem rechtserheblichen Verhalten zu veranlassen⁵⁵. Die heute herrschende Meinung lässt direkten Vorsatz genügen⁵⁶. A kam es gerade darauf an, den S durch das Ausstellen und die Hingabe der Quittung über die Rechtmäßigkeit des Empfanges des Bildes zu täuschen, und ihn so zur Besitzverschaffung zu bewegen. Er handelte mit *dolus directus* 1. Grades hinsichtlich der Täuschungsabsicht.

2) Mangels entgegenstehender Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe war seine Tat auch rechtswidrig und schuldhaft.

3) **Zwischenergebnis:** A ist aus § 267 I strafbar.

4) **§ 267 III Nr. 2:** A könnte darüber hinaus einen besonders schwere Fall der Urkundenfälschung nach § 267 III Nr 2 begangen haben, indem er einen Vermögensverlust großen Ausmaßes herbeiführte. Ein Vermögensverlust ist ein endgültiger hoher Vermögensschaden⁵⁷, für den vom Gesetzgeber einen Wert von DM 100.000.- angenommen⁵⁸. Das Bild war zwar sehr wertvoll, mangels genauerer Angaben über den Wert würde die Annahme eines hohen Vermögensschadens aber zu Lasten des A erfolgen, was unter dem Gesichtspunkt des Grundsatzes *in dubio pro reo* abzulehnen ist.

⁵¹ Vgl. BGHSt 2, 50ff; 36, 64ff; Wessels BT 1 Rn 851; Otto § 70 Rn 50.

⁵² Vgl. SS-Cramer § 267 Rn 79.

⁵³ Vgl. BGHSt 19, 296(298).

⁵⁴ Vgl. BGHSt 3, 248(255); Mezger S 328; Welzel JZ 1953, 119(120).

⁵⁵ Vgl. BGHSt 2, 50ff.

⁵⁶ Vgl. BayObLG NJW 1998, 2917; LK-Tröndle § 267 Rn 198; SS-Cramer § 267 Rn 91.

Zur früheren Ansicht: BayObLG NJW 1967, 1476f.

⁵⁷ Vgl. Joecks § 267 Rn 85, § 263 Rn 107ff.

⁵⁸ Vgl. BT- Drs. 13/8587 S 43.

5) **Ergebnis:** A hat ist gem. § 267 I 1. Alt strafbar. Ein Strafantrag wurde gestellt.

C) Strafbarkeit des A nach §§ 263 I, 263 III Nr 2, 1. Alt:

Indem A sich das Bild aushändigen ließ könnte er sich eines Betruges gegenüber dem S zu Lasten des R strafbar gemacht haben, § 263 I.

1) **Tatbestand:** A müsste einen Betrug begangen haben.

a) **Objektiver Tatbestand:** Einen Betrug begeht nach § 263 I, wer durch eine Täuschungshandlung einen Irrtum erregt, der zu einer Vermögensverfügung des Getäuschten führt, aus der ein Vermögensschaden entsteht.

aa) **Täuschung über Tatsachen:** A könnte, indem er als Fahrer der E auftrat, den S über seine Berechtigung zur Entgegennahme des Bildes getäuscht haben. Eine Tatbegehung iSd § 263 erfolgt durch jedes Vorspiegeln falscher oder Entstellung oder Unterdrückung wahrer Tatsachen durch aktives Tun, konkludentes Verhalten oder pflichtwidriges Unterlassen⁵⁹.

(1) In Betracht kommt zuerst eine Täuschung durch aktives Tun. A sagte dem S, der E schicke ihn, ein Bild abzuholen. Indem A sich selbst als Berechtigten bezeichnete, wurde er aktiv durch sein *Sprechen* tätig. Es müsste sich bei der Behauptung um eine Tatsache gehandelt haben. Tatsachen sind in Abgrenzung zu bloßen Werturteilen konkrete Vorgänge und Zustände der Vergangenheit oder der Gegenwart, die dem Beweise zugänglich sind⁶⁰. Die Berechtigung des A zur Abholung eines Bildes stellt eine ihrem Sinngehalt nach erfassbare Aussage über einen realen, beweisbaren Zustand, also eine Tatsache dar. Die Tatsache widersprach auch der wahren Situation, so dass eine Täuschung vorlag.

(2) Weiterhin könnte das *Ausstellen der Quittung* selbst als eine aktive Täuschung zu sehen sein. Dies diene aber nur der Ausweisung des A als zur Entgegennahme des Bildes Berechtigten, so dass ein unmittelbarer Zusammenhang mit der ersten Täuschung bejaht werden muss und keine eigenständige Täuschung darin lag.

(3) Überdies könnte eine konkludente Täuschung vorliegen, indem A den *Lkw* verwendete. Eine konkludente Täuschung erfordert ein Täterverhalten, das nach der Verkehrssitte einen ganz bestimmten Aussagegehalt hat, auf den sich der Täter zwar bezieht, sich jedoch nicht dem Aussagegehalt gemäß verhalten oder an ihm festhalten lassen will⁶¹. Durch das Vorfahren mit einem auffällig beschrifteten Lkw in Sichtweite des zu Täuschenden, erzeugt der Täter die Vermutung, er gehöre zu dieser Firma oder handele in ihrem Auftrage. Andererseits kann das Vorfahren allein keinen weiteren Aussagegehalt erzeugen, eine Interpretation, der Fahrer sei berechtigt eine Sache entgegenzunehmen wäre eine lebensfremde Überbewertung des Aussagegehaltes. Das Vorfahren war in diesem Falle vielmehr eine Untermauerung der nachfolgenden ausdrücklichen Täuschung des A gegenüber dem S, so dass seine Aussage noch glaubwürdiger wirkte.

(4) **Zwischenergebnis:** Eine Täuschung über Tatsachen ist daher zu bejahen.

⁵⁹ Vgl. Otto § 51 Rn12ff.

⁶⁰ Vgl. RG St 56, 227ff.

⁶¹ Vgl. Otto § 51 Rn 15.

bb) Irrtumserregung: Durch diese Täuschungshandlung müsste ein Irrtum bei S erregt oder unterhalten worden sein. Ein Irrtum ist jede unrichtige, der Wahrheit nicht entsprechende Vorstellung über Tatsachen⁶². Die Irrtumserregung erfordert dabei zweierlei, nämlich die Erzeugung einer Vorstellung bei dem Getäuschten und dessen „Für-Wahr-Halten“ der Vorstellung⁶³. Die Täuschungshandlung erregte in S die Vorstellung, A sei berechtigt, ein auf der Quittung näher bezeichnetes Bild abzuholen, obgleich er das keinesfalls war. S schöpfte keinen Verdacht und zweifelt nicht an der Wahrheit der vorgespiegelten Tatsache. A hat somit einen Irrtum bei S erregt.

cc) Vermögensverfügung: S müsste eine Vermögensverfügung vorgenommen haben. Eine Vermögensverfügung ist jedes freiwillige Handeln, Dulden oder Unterlassen des Getäuschten, das bei diesem selbst oder einem Dritten unmittelbar zu einer Vermögensminderung im wirtschaftlichen Sinn führt⁶⁴. S hat das Bild des R aufgrund der Täuschung des A an letzteren freiwillig herausgegeben. Ein freiwilliges Tun des Getäuschten liegt vor. Problematisch erscheint zunächst die Vermögensverfügung.

(1) Verfügung über ein eigenes Vermögen: In der Herausgabe könnte eine Verfügung über eigenes Vermögen des S liegen, nämlich durch die Hingabe strafrechtlich geschützten eigenen Besitzes oder eigenen Gewahrsams. Insofern wäre S selbst Verfügender und Geschädigter gewesen. Verfügen über eigenes Vermögen iSd § 263 bedeutet, dass dieses ausschließlich dem Verfügenden gehört, bloßer Mitbesitz oder Mitgewahrsam kann so für die Frage nach dem eigenen Vermögen außer acht bleiben. Ob S Besitz an dem Bild gehabt hat, hängt von den zivilistischen Grundsätzen des Besitzererwerbs gem. § 854 I BGB ab. Ein originärer Erwerb war ausgeschlossen, da die Sache im Eigentum des R stand. Für einen ebenfalls in Betracht zu ziehenden, derivativen Erwerb wäre eine Übergabe oder eine Einigung erforderlich⁶⁵. Für beides bestehen keine Anhaltspunkte im Sachverhalt. S hatte also keinen Besitz.

Einem Alleingewahrsam des S steht der allgemein anerkannte generelle Gewahrsamswille des Hausherrn über die in seinen Räumen befindlichen Sachen⁶⁶ entgegen. S konnte daher nicht über eigenes Vermögen verfügen.

(2) Drittverfügung: Verfügender und Geschädigter iSd § 263 I müssen jedoch nicht identisch sein⁶⁷. In Fällen, in denen wie hier, die zu betrachtende Handlung des getäuschten Dritten in der Herausgabe einer Sache des Vermögensträgers liegt, käme eine Strafbarkeit des Täters nach § 263 I wegen Betruges, bei dem der Täter den Verfügenden täuscht und dieser zu Lasten des Dritten verfügt, als auch ein Diebstahl in mittelbarer Täterschaft in Betracht. Eine *Verfügung über fremdes Vermögen* ist nur tatbestandsmäßig iSd § 263, wenn der Verfügende eine durch irgendeine Nähebeziehung begründete Verfügungsgewalt über die Sache besitzt⁶⁸; andernfalls wäre eine Abgrenzung zu den Fällen des Diebstahls in mittelbarer Täterschaft nicht möglich.

⁶² Vgl. SS-Cramer § 263 Rn 33; Tröndle § 263 Rn 18.

⁶³ Vgl. SS-Cramer § 263 Rn 40; Rengier I § 13 Rn 21; Krey BT 2 § 11 Rn 371.

⁶⁴ Vgl. BGH St 14, 170ff.

⁶⁵ Vgl. Palandt-Bassenge § 854 Rn 1 ff.

⁶⁶ Vgl. BGH St 10, 400; 16, 271(273).

⁶⁷ Vgl. RGSt 73, 384; BGHSt 18, 221; SS-Cramer § 263 Rn 65; Frank § 263 VI 2.

⁶⁸ Vgl. SS-Cramer § 263 Rn 65f; LK-Lackner § 263 Rn 110.

(a) Unproblematisch ist dies, wenn die *Beziehung rechtlicher oder rechtsgeschäftlicher Natur* ist, was sich für die Beziehung des S zum R aus den Umständen des Sachverhaltes nicht ergibt.

(b) Problematisch und deshalb umstritten sind die *Beziehungen tatsächlicher Natur*.

(aa) Befugnistheorien:

(α) Ein Teil der Lehre nimmt eine ausreichende Nähebeziehung an, wenn der Verfügende zur Übergabe ermächtigt ist und sich im Rahmen dieser eingeräumten Befugnisse hält (sog. „Befugnistheorie“) ⁶⁹. Der Geschädigte müsse sich dann das Handeln des Verfügenden wie eigenes Handeln zurechnen lassen ⁷⁰. Innerhalb dieser Theorie verlangt Samson, dass eine Ermächtigung objektiv vorliegen müsse ⁷¹. Mangels ausdrücklicher Ermächtigung, wäre allenfalls eine konkludente Ermächtigung zu erwägen. R hatte S den Auftrag gegeben, seine Sammlung zu katalogisieren, also einen Dienstvertrag mit ihm geschlossen. Ob diese Anweisung, die Sammlung zu katalogisieren, auch andere Aufgaben zuließ, ist nach dem Willen der Parteien mit Rücksicht auf die Verkehrssitte, §§ 133, 157 BGB, zu ermitteln. Nach der Verkehrsanschauung erscheint eine Ausdehnung des bloßen Katalogisierens auf weitergehende Tätigkeiten als das schriftliche Erfassen der einzelnen Kunstgegenstände wie zB die Übergabe an Dritte nicht tragfähig. Eine weitergehende Verfügungsberechtigung des S widerspräche dem Interesse des R geradezu, denn kann nicht wollen dass außer ihm selbst jemand über seine wertvolle Sammlung verfügen kann. Eine konkludente Ermächtigung ist daher nicht gegeben, eine objektiv Ermächtigung besteht nicht.

Schünemann will zusätzlich Gesichtspunkte der Anscheins- und Duldungsvollmacht berücksichtigen, um das Vorliegen einer Befugnis zu ermitteln ⁷². Für eine Anscheins- oder Duldungsvollmacht bestehen mangels anderer Angaben im Sachverhalt keine Anhaltspunkte. Beiden Ansichten zufolge, scheidet eine Verfügung des S mangels Befugnis aus.

(β) **Repräsentantentheorie:** Eine Ansicht im Schrifttum baut unmittelbar auf der Befugnistheorie auf und stellt darauf ab, ob der Getäuschte sich subjektiv in den Grenzen des ihm objektiv zukommenden Tätigkeitsbereichs gehalten hat (sog. „Repräsentantentheorie“) ⁷³. S war nicht zu solchen Verfügungen ermächtigt, sondern nur zum Umgang mit den Bildern zum Zwecke des Katalogisierens. Dass S dachte, R sei mit einer Herausgabe des Bildes einverstanden, ist für den objektiven Rahmen des Tätigkeitsbereichs unbeachtlich. Eine Verfügungsmöglichkeit scheidet daher aus.

(bb) Theorien der tatsächlichen Nähe: Hingegen ist nach herrschender Ansicht für eine Nähebeziehung eine tatsächliche Einwirkungsmöglichkeit ausreichend. Strittig ist jedoch der Umfang der Einwirkungsmöglichkeit.

(α) Die Vertreter der *faktischen Nähetheorie* lassen eine rein tatsächliche Nähe der Getäuschten zum Geschädigten als Nähebeziehung genügen ⁷⁴. Dreher zufolge ist erforderlich, dass der Getäuschte an Stelle des Geschädigten von einer schon bestehenden Einwirkungsmöglichkeit auf die ihm nahestehende Sache als Folge der Täuschung zum Nachteil des Geschädigten Gebrauch

⁶⁹ Vgl. Otto ZStW 1967, 59 (78f, 84f); Amelung GA 1977 1(14); Backmann S 127ff; Joecks S 132ff.

⁷⁰ Vgl. Otto ZStW 1967, 59 (78f); Backmann S 140.

⁷¹ Vgl. SK-Samson § 263 Rn 94a.

⁷² Vgl. Schünemann GA 1969, 46(55).

⁷³ Vgl. LK-Lackner § 263 Rn 114; Otto ZStW 1967, 79ff; Krey BT2 Rn 417.

⁷⁴ Vgl. Dreher JR 1966, 29f; Wedekind S 55; Gribbohm NJW 1967, 1897f.

mache⁷⁵. Wedekind und Gribbohm fordern darüberhinaus, dass der Betrüger – bildlich gesprochen – am äußerem Rand der fremden Gewahrsamssphären verharre, und sich unter Anwendung von List das begehrte Zueignungsobjekt aus dem Gewahrsamsraum herausreichen lässt, wohingegen der Dieb in sie eindringe⁷⁶. S war im Hause des R beschäftigt und hatte durch das Katalogisieren eine tatsächliche Zugriffsmöglichkeit. Durch die Täuschung des A veranlasst, gab S ihm das Bild und reichte es aus dem Gewahrsam des R heraus. Dieser Ansicht nach lag eine ausreichende Nähe und eine Verfügung vor.

(β) Die *Rechtsprechung* verlangt für ein ausreichendes Näheverhältnis, dass der Getäuschte faktisch über die Sache verfügen könne⁷⁷. Dazu müsse er sich wenigstens in einer solchen Gewahrsamsposition befinden, dass er der Sache am nächsten stehend, unmittelbare räumliche Einwirkungsmöglichkeiten habe und unabhängig vom Willen der anderen Gewahrsamsbeteiligten verfügen könne, d.h. er müsste zumindest untergeordneten Mitgewahrsam haben⁷⁸. S müsste also untergeordneten Mitgewahrsam gehabt haben. Mitgewahrsam hat, wer mit einem anderen die Herrschaftsmacht teilt⁷⁹. R müsste seinen Gewahrsam an den Kunstgegenständen daher teilweise auf S übertragen haben. Dagegen spricht freilich, dass S nur zum Katalogisieren der Sammlung in der Villa des R die Kunstgegenstände erfassen sollte. Allein deshalb hatte er direkten Zugriff auf die Bilder. Ein bloßer Kontakt zu den Kunstgegenständen genügt aber als Gewahrsamsbegründung weder nach dem faktischen noch dem sozial-normativen Begriff⁸⁰. Dass S darüberhinaus Gewahrsam erhalten sollte, zumal innerhalb der generellen Gewahrsamssphäre des R in seiner Villa, war nicht erforderlich zur Erfüllung seiner Aufgabe. Vielmehr liefe eine Bejahung des Mitgewahrsams den Interessen des R am Schutz seiner Kunstgegenstände geradezu zuwider. Es bestehen keine Anhaltspunkte für einen Mitgewahrsam des S. Nach dieser Ansicht läge keine ausreichende Nähebeziehung für eine Vermögensverfügung vor.

(γ) Die überwiegende Auffassung im Schrifttum stellt nicht auf den Mitgewahrsam ab, sondern fordert für eine Nähebeziehung, dass der Getäuschte aufgrund einer Obhutbeziehung im Vergleich zum Täter besser und näher zur Sache, im Lager des Geschädigten stehe (sog. „Lagertheorie“)⁸¹. Im Einzelnen differenzieren die Autoren: Schröder stellt darauf ab, ob der Getäuschte innerhalb der Machtsphäre des Berechtigten als dessen Gehilfe und Schützer stehe⁸². Lenckner fragt, ob er, bildlich gesprochen, im Lager des Geschädigten stehe⁸³.

S war im Haus des R, also in dessen Gewahrsamssphäre oder, noch bildlicher, in seinem „Lager“, mit dem Katalogisieren der Kunstsammlung, also als Gehilfe, beschäftigt. Er hatte folglich zur Zeit der Täuschung infolge seiner Gehilfenstellung eine tatsächliche Einwirkungsmöglichkeit auf das

⁷⁵ Vgl. Dreher JR 1966, 29f; derselbe GA 1969, 56ff; Geppert JuS 1977, 72.

⁷⁶ Vgl. Wedekind S 55; Gribbohm NJW 1967, 1897f.

⁷⁷ Vgl. BGH St 18, 221(223) „Sammelgaragen-Fall“; OLG Stuttgart NJW 1965, 1930f.

⁷⁸ Vgl. BGH St 18, 221(223); BayObLG MDR 1964, 343f; OLG Stuttgart JZ 1966, 319ff.

⁷⁹ Vgl. Haffke GA 72, 225(226).

⁸⁰ Vgl. Gliederungspunkt I.A)1)bb)(1)/(2).

⁸¹ Vgl. SS-Cramer § 263 Rn 66; A-W LH3 Rn433ff; Schröder ZStW 1941, 70; Lenckner JZ 1966, 320f.

⁸² Vgl. Schröder ZStW 1941, 33(70).

⁸³ Vgl. Lenckner JZ 1966, 320(321).

Bild. Durch die Täuschung gab er dem A das gewünschte Bild heraus. Demnach hatte S nach allen Varianten der Lagertheorie eine Obhutsbeziehung und somit eine hinreichende Nähebeziehung zu R, dass seine Herausgabe des Bildes als Vermögensverfügung zu qualifizieren wäre.

(cc) Zusammenfassung: Da die Ansichten zu unterschiedlichen Ergebnissen kommen, ist entscheidend, welcher zu folgen ist.

(α) Für die *Befugnistheorie* scheint zunächst zu sprechen, dass § 263 ein Selbstschädigungsdelikt ist. Eine Selbstschädigung bei Drittverfügungen kann nur vorliegen, wenn sich der Geschädigte die Verfügung als eigene zurechnen lassen muss. Die Schlussfolgerung, eine solche Zurechnung könne sich aber nur aus einer objektiven Berechtigung ergeben, wenn sich der Berechtigte im Rahmen seiner Befugnis hält, ist irrig, da der strafrechtliche Verfügungsbegriff grundsätzlich nicht an zivilrechtliche Befugnisse gebunden werden darf. Der Grund hierfür liegt darin, dass dem Betrug ein wirtschaftlicher Vermögensbegriff zugrunde liegt, so dass bereits jede unmittelbare wirtschaftliche Vermögenseinwirkung genügt, den Betrug zu verwirklichen. Daher darf die Vermögensverfügung nur rein faktisch bestimmt werden. Die Befugnistheorie und die auf ihr aufbauende *Repräsentantentheorie* ist daher abzulehnen.

(β) Für die Ansicht der *Rechtsprechung* spricht, dass für sie eine tatsächlich begründete Stellung des Getäuschten zum Geschädigten genügen lässt. Allerdings erscheint der Ansatz die Frage, ob der Verfügende überhaupt Gewahrsam hat und welcher Art dieser ist, verfehlt zu sein. Eine Einstufung des Getäuschten als Mitgewahrsamsinhaber oder Gewahrsamsdiener wird nämlich nur in den seltensten Fällen dokumentiert. Vielmehr wird eine Unterscheidung grundsätzlich nur aufgrund äußerlich erkennbarer Umstände getroffen. Auf diese Umstände abzustellen ist aber nicht aufschlussreich, da, wenn ein Gewahrsamsinhaber über die Sache verfügt, er genau die gleiche oder gar nähere tatsächliche Stellung innezuhaben vermag wie ein Mitgewahrsamsinhaber was sich auch im vorliegenden Fall zeigt. Somit kann auch der Gewahrsamsdiener den Geschädigten so repräsentieren wie ein Mitgewahrsamsinhaber, so dass eine unterschiedliche Betrachtung der beiden Fälle völlig unbegründet ist. Die Ansicht der Rechtsprechung ist daher abzulehnen.

(γ) Die Lagertheorie und die faktische Nähetheorie kommen zum selben Ergebnis, weshalb eine weitere Entscheidung daher in diesem Fall dahinstehen mag.

(dd) Zwischenergebnis: Es bestand ein ausreichendes Näheverhältnis zwischen S und R, so dass die Herausgabe des Bildes als eine Vermögensverfügung des S zu Lasten des R zu qualifizieren war.

(3) Zwischenergebnis: S hat zu Lasten des R verfügt.

dd) Vermögensschaden: Die Vermögensverfügung muss zu einer Vermögenminderung geführt haben, d.h. einen Vermögensschaden begründet haben, der sich aus der Saldierung der Vermögenslage vor und nach der Vermögensverfügung ergibt⁸⁴. Tatsächliche Vermögenspositionen sind nach heute allgemeiner Auffassung dem Vermögen zuzurechnen⁸⁵.

⁸⁴ Vgl. RGSt 16, 1ff; BGH St 16, 220(221); 3, 99(102); BayObLG NStZ 1994, 193.

⁸⁵ Vgl. SS-Cramer § 263 Rn 80ff; Wessels BT 2 Rn 530 mwN.

Das Bild war somit Bestandteil des Vermögens des R. Dadurch das S es dem A gab, entzog er es dem Vermögen des R, so dass ein Minus entstand. Eine Vermögensminderung lag vor.

ee) Kausalität: Der Schaden des R ist auch unmittelbar eingetreten sein, d.h. ein erforderlicher kausaler Zusammenhang⁸⁶ zwischen Täuschung und Vermögensschaden bestand. Die Tat war A auch objektiv zuzurechnen.

ff) Zwischenergebnis: A hat den objektiven Tatbestand des § 263 I verwirklicht.

b) subjektiver Tatbestand: A müsste auch vorsätzlich und in rechtswidriger Bereicherungsabsicht gehandelt haben.

aa) Vorsatz ist das Wollen der Tatbestandsverwirklichung in Kenntnis aller objektiven Tatbestandsmerkmale. A täuscht den S bewusst, um ihn durch den so erregten Irrtum zu der Herausgabe des Bildes zu veranlassen und handelt also vorsätzlich.

bb) rechtswidrige Bereicherungsabsicht: Dieses Merkmal liegt vor, wenn der Täter in der Absicht handelt, sich oder einem Dritten einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen, wobei der Betrug nicht Endziel seines Handelns sein muss⁸⁷. Ein Vermögensvorteil ist jede wirtschaftliche Verbesserung oder günstigere Gestaltung der Vermögenslage⁸⁸. A kam es darauf an, sich durch das „Versilbern“ des Bildes aus seiner Geldnot zu befreien. Der Betrug war für ihn notwendiges Mittel zum Zweck, so dass es ihm besonders auf den Erfolg ankam. A handelte demnach mit Absicht itS. Die Bereicherungsabsicht ist mangels eines fälligen einredefreien Anspruchs auf die Sache auch rechtswidrig⁸⁹, was A auch wusste, so dass Vorsatz bezüglich der Rechtswidrigkeit der Bereicherungsabsicht bestand.

cc) Stoffgleichheit: Der erstrebte Vorteil muss dem zugefügten Schaden entsprechen, gleichsam die Kehrseite der Vermögensverfügung bilden.⁹⁰ Ausreichend ist, dass Vorteil und Schaden auf derselben Vermögensverfügung beruhen und dass der Vorteil zu Lasten des geschädigten Vermögens geht⁹¹. Durch die Verfügung des S an dem Bild zu Lasten des R (Schaden) erhält A, das er zu Geld machen kann (Vorteil). Der erstrebte Vorteil deckt sich also mit dem entstandenen Schaden.

c) Zwischenergebnis: A hat den Tatbestand des Betruges erfüllt.

2) Rechtswidrigkeit und Schuld: Rechtfertigungs- oder Entschuldigungsgründe sind nicht ersichtlich.

3) Ergebnis: A ist aus § 263 I strafbar. Ein schwerer Betrug iSd § 263 II Nr 2, 1. Alt kann mangels feststellbarem Wert des Bildes nicht angenommen werden.

Ein Strafantrag wurde gestellt.

D) Strafbarkeit des A aus §§ 242 I, 25 I 2. Alt.:

⁸⁶ Vgl. OLG-Düsseldorf NJW 88, 922(923); Krey BT 2 § 11 Rn 385.

⁸⁷ Vgl. Krey BT 2 Rn § 11 494 mwN.

⁸⁸ Vgl. Tröndle § 263 Rn 42.

⁸⁹ Vgl. BGH St 19, 206 (216); Tröndle § 263 Rn 43.

⁹⁰ Vgl. BGH St 6, 115ff.

⁹¹ Vgl. BGH St 17, 147(149); 34, 379(391).

A könnte sich eines Diebstahls in mittelbarer Täterschaft aus §§ 242 I, 25 I 2. Alt strafbar gemacht haben indem er sich des S als Werkzeug zur Verwirklichung der Tat bediente. Dann müsste S eine Straftat begangen haben, über die A kraft Wissen oder Wollen die Tatherrschaft innehatte.

1) Tatbestand: S könnte einen Diebstahl begangen haben.

a) objektiver Tatbestand: S müsste das Bild des R, also eine für ihn fremde bewegliche Sache weggenommen haben. Eine Wegnahme erfordert den Bruch fremden und die Begründung neuen Gewahrsams. Wie festgestellt, hatte R Gewahrsam an dem Bild. Problematisch erscheint die Frage, ob in der Hingabe des Bildes, die als Vermögensverfügung zu qualifizieren war, zugleich ein Bruch fremden Gewahrsams lag.

aa) Idealkonkurrenz: Einer verbreiteten Ansicht in der Literatur zufolge stehen der Tatbestand des Diebstahls und der des Betruges in Idealkonkurrenz⁹², denn eine durch Täuschung bedingte Vermögensverfügung des Getäuschten beinhaltet immer auch eine irrtumsbedingte Überschreitung der Befugnis durch den Verfügenden, also einen Gewahrsamsbruch gegenüber dem (Mit-)Gewahrsamsinhaber.

bb) Exklusivitätsthese: Die herrschende Ansicht geht hingegen in ihrer Exklusivitätsthese allgemein davon aus, dass sich die Tatbestände der §§ 263 und 242 ausschließen da eine Handlung nicht zugleich Vermögensverfügung, also Selbstschädigung, und Wegnahme, also Fremdschädigung, sein könne⁹³.

cc) Streitentscheidung: Der Ansicht der Idealkonkurrenz ist zu entgegen, dass sie die Strafbarkeit des Täters von einem Gewahrsamsbegriff abhängig macht, der sich lediglich aufgrund gesetzlicher Zuordnung – also formal – ergibt, wogegen die Vermögensverfügung faktisch bestimmt wird. Beide Probleme stehen aber in demselben Sachzusammenhang, so dass ein solcher methodischer Dualismus nicht begründet ist, und der Eindruck erweckt wird, es würde vom gewünschten Ergebnis her argumentiert. Der Gewahrsamsbegriff muss zur Abgrenzbarkeit von der Verfügung, wie diese faktisch bestimmt werden, da es sonst zu Überschneidungen der beiden Begriffe kommt. Daher ist mit der herrschenden Ansicht Exklusivität zwischen Diebstahl und Betrug anzunehmen.

ee) Zwischenergebnis: Die Vermögensverfügung des S schließt eine Wegnahme aus.

b) Ergebnis: S konnte keinen Diebstahl begehen, er ist nicht nach § 242 I strafbar.

2) Ergebnis: Eine mittelbare Täterschaft des A nach §§ 242 I, 25 I Nr 2 scheidet aufgrund der Exklusivität der Tatbestände aus.

E) Strafbarkeit des A nach §§ 246 I, 246 II:

A könnte sich einer veruntreuenden Unterschlagung strafbar gemacht haben, indem er sich das ertrogene Bild zueignete.

1) Tatbestand a) objektiver TB: S gab A das Bild des R, also eine fremde bewegliche Sache. Er müsste es ihm auch anvertraut haben. Anvertraut ist eine Sache, deren Besitz oder Gewahrsam

⁹² Vgl. Schröder ZStW Bd 60, 33(77ff, 80); Gribbohm JuS 1964, 233(236ff); Lenckner JZ 1966, 320(321); Herzberg ZStW Bd 89, 267ff; Haas GA 1990, 201(206); Joecks S 136.

⁹³ Vgl. BGH St 18, 221ff; BGH JZ 1975, 99ff; Krey BT 2 § 11 Rn 411; Schünemann GA 1969, 46(53); Geppert JuS 1977, 69(75); Hillenkamp JuS 1997, 217ff.

jemand mit der Verpflichtung erlangt, die Sache später zurückzugeben oder zu bestimmten Zwecken im Sinne des Eigentümers zu verwenden⁹⁴. A erhielt den Besitz an dem Bild mit der Maßgabe, es E zu bringen, so dass es ihm anvertraut war. A müsste sich das Bild zugeeignet haben. Problematisch erscheint hier, dass A sich das Bild bereits durch den Betrug zugeeignet hat. Ob neben dieser Manifestation des Zueignungswillens iSd § 263 I zugleich eine Zueignung nach §§ 246 I, 246 II möglich ist, ist angesichts der Subsidiaritätsklausel des § 246 I strittig.

aa) Grundtatbestand: Im Schrifttum überwiegt die Auffassung, die Subsidiaritätsklausel sei als Konkurrenzregel zu verstehen und lasse den Tatbestand unberührt⁹⁵. Der Grund liege darin, dass die Unterschlagung der Grundtatbestand aller Zueignungsdelikte sei und so mit jeder Manifestation des Zueignungswillens zugleich der Tatbestand der Unterschlagung erfülle werde.

bb) Auffangtatbestand: Nach Auffassung der Rechtsprechung und Krey ist eine Zueignung neben einem Betrug schon tatbestandlich ausgeschlossen⁹⁶. Begründet wird diese Ansicht mit der Natur der Subsidiaritätsklausel des § 246 I, die die Unterschlagung als einen Auffangtatbestand kennzeichne, der alle Formen rechtswidriger Zueignung umfasse.

cc) Diskussion: Da beide Ansichten zu unterschiedlichen Ergebnissen kommen ist zu erörtern, welcher Ansicht zu folgen ist. Die Annahme einer Lösung auf Konkurrenzebene entspricht dem Wortlaut des § 246 I nF, der von einer Tatbestandsvollendung ausgeht. Die Annahme eine Unterschlagung funktioniere als eine Art Grundtatbestand der Vermögensdelikte erscheint bereits von der Systematik der Delikte abwegig. Schließlich stünden dann der Grundtatbestand (§ 246 I) und seine Spezialvorschriften (zB § 263 I) in verschiedenen Abschnitten des StGB, nämlich dem 19 und dem 22. Eine Systematik die dem StGB grundsätzlich widerspricht. Weiterhin spricht gegen die Entwicklung eines solchen „Grundtatbestandes“ der dokumentierte Wille des Gesetzgebers zur Änderung des § 246 I, der explizit von einer Funktion des Unterschlagungsdeliktes als Auffangtatbestand ausgeht⁹⁷. Durch das sklavische Festhalten am Wortlaut würden überdies Strafbarkeiten von Tätern und somit auch Teilnehmern begründet, die vom Gesetzgeber nicht gewollt sind, so dass die Konkurrenzlösung den Willen des Gesetzgebers dabei geradezu mit Füßen tritt.

dd) Die Konkurrenzlösung ist daher abzulehnen. Eine Manifestation des Zueignungswillens kann nur einmalig erfolgen. Unterschlagung kann schon tatbestandlich nicht vorliegen.

2) Ergebnis: A ist nicht aus §§ 246 I, II strafbar.

3. Tatkomplex: Bei der Freundin F des A

I) Die F:

A) F nach §§ 263, 27 I:

F könnte sich einer Beihilfe am Betrug des A nach §§ 263 I, 27 I strafbar gemacht haben, indem sie das Bild aufbewahrte.

1) Tatbestand: F müsste an dem Betrug des A teilgenommen haben.

⁹⁴ Vgl. RGSt 4, 386ff; BGH NJW 1962, 117f; Blei § 56 III.

⁹⁵ Vgl. Tröndle § 246 Rn 27; Otto § 39 Rn 8; Baumann NJW 1961, 1141(1143).

⁹⁶ Vgl. BGHSt 14, 38(47); OLG Köln NJW 1963, 1992(1993); Krey BT 2 Rn 173f.

⁹⁷ Vgl. BT- Drs. 13/8587 S 43f.

a) objektiver Tatbestand: F bewahrte das Bild auf, nachdem A es ertrogen hatte. Problematisch erscheint, ob zu dem Zeitpunkt des Aufbewahrens eine Beihilfehandlung zur Haupttat überhaupt noch möglich war. Nach allgemeiner Ansicht ist Beihilfe bis zur Vollendung der Tat möglich und nach Beendigung ausgeschlossen. Festzustellen ist deshalb zunächst, ob A den Betrug beendet hatte und eine Beihilfe ausgeschlossen war. Der Betrug ist materiell beendet, wenn der Täter den erstrebten Vermögensvorteil erlangt hat⁹⁸. Zunächst ist daher zu klären, welchen Vermögensvorteil A aus seiner Tat erstrebte. Ein Vermögensvorteil iSd Betrugstatbestandes ist jede wirtschaftliche Verbesserung oder günstigere Gestaltung der Vermögenslage⁹⁹. A kam es darauf an, sich durch das „Versilbern“ des Bildes aus seiner Geldnot zu befreien. Dieses Ziel geht über den Betrug hinaus, das Bild ist daher erforderliches Mittel zum Zweck. Der erstrebte Vorteil ist notwendigerweise zunächst allein die Erlangung einer eigentümerähnlichen Verfügungsposition über das Bild. Mit der Erlangung des Bildes hatte A den Betrug beendet.

b) Zwischenergebnis: Die Tat war nicht mehr beihilfefähig.

2) Ergebnis: F ist nicht aus §§ 263, 27 I strafbar.

B) Strafbarkeit der F nach §§ 246 II, 27: Eine Strafbarkeit der F nach §§ 246 II, 27 liegt mangels teilnahmefähiger Haupttat nicht vor.

C) Strafbarkeit der F nach § 259 I, 2. Alt:

F könnte sich der Hehlerei strafbar gemacht haben, wenn sie sich das Bild verschaffte.

1) Tatbestand: Das Verschaffen einer Sache liegt vor, wenn der Täter an ihr zu eigenen Zwecken oder zu Zwecken eines Dritten im Einverständnis mit dem Vortäter erlangt¹⁰⁰. F erhielt zwar das Bild von A, wollte es aber nicht für eigene Zwecke oder die eines Dritten, sondern einzig für den A aufbewahren.

2) Ergebnis: Ein Verschaffen lag nicht vor. F ist nicht aus § 259 I, 2. Alt strafbar.

D) Strafbarkeit der F nach § 259 I, 4. Alt:

F könnte sich einer Absatzhilfe gem. § 259 I, 4. Alt strafbar gemacht haben.

1) Tatbestand: Dann müsste in dem Aufbewahren des Bildes eine Absatzhilfe zu sehen sein.

Absatzhilfe ist die weisungsabhängige, unselbständige Unterstützung, die dem Vortäter bei dessen Absatzbemühungen des Tatobjektes gewährt wird¹⁰¹. Das Bild ist eine Sache, die A aus einer gegen fremdes Vermögen gerichteten Vortat rechtswidrig erlangt hat (§ 263 I), und somit taugliches Objekt einer Hehlerei¹⁰². Zu klären ist nunmehr, ob das bloße Aufbewahren der Beute als Unterstützung zum Absatz gesehen werden kann.

a) Die frühere Rechtsprechung und ein Teil der Lehre vertrat die Ansicht, dass eine den Absatz bezweckende Tätigkeit für das Merkmal „absetzen hilft“ nur genügt, wenn Begleitumstände vorliegen, die für den Vortäter einen Beginn des Absetzens bedeuten, nicht aber das bloße

⁹⁸ Vgl. RGSt 62, 418(419); Otto § 51 Rn 105; Bilda MDR 1965, 541f.

⁹⁹ Vgl. RGSt 50, 227; Tröndle § 263 Rn 42.

¹⁰⁰ Vgl. BGHSt 15, 53(56); 27, (160)(163).

¹⁰¹ Vgl. Wessels BT 2 Rn 870 mwN.

¹⁰² Vgl. Tröndle § 259 Rn 2.

Aufbewahren¹⁰³. A wollte sich selbst um den Absatz kümmern, so dass das Unterstellen der Beute war für kein Beginn eines Absetzens war. Hehlerei lag dieser Ansicht zufolge nicht vor.

b) Nach der Ansicht des OLG- Köln und der herrschenden Lehre erfordert der Wortlaut des § 259 I „absetzen hilft“, dass es tatsächlich zu einem Absatz kommt¹⁰⁴.

Ein Absetzen lag nicht vor, F war also nicht nach § 259 I strafbar.

c) Nach beiden Ansichten scheidet eine Strafbarkeit der F nach § 259 I aus, weshalb eine Entscheidung, welcher Ansicht zu folgen ist, dahinstehen mag.

2) Ergebnis: F ist nicht aus § 259 I, 4. Alt strafbar.

E) Strafbarkeit der F nach §§ 259 I, 4. Alt, 259 III, 22, 23 I:

F könnte sich einer versuchten Hehlerei gem. §§ 259 I, 4. Alt, 259 III, 22, 23 I strafbar gemacht haben, indem sie das Bild in ihrer Dachkammer verwahrte.

1) Vorprüfung: Die versuchte Hehlerei ist nach §§ 259 III, 22, 23 I strafbar.

Eine tatbestandliche Absatzhilfe lag nicht vor

2) Tatbestand: F müsste die Tat versucht, also gem. § 22 nach ihrer Vorstellung von der Tat zur Verwirklichung des Tatbestandes unmittelbar angesetzt haben.

a) Tatentschluss: Der Tatentschluss ist der Vorsatz bezüglich aller objektiven

Tatbestandsmerkmale des vollendeten Deliktes. F wusste aus As Erzählung, woher das Bild rührte. Fraglich erscheint, ob sie durch das Unterstellen die Absatzhilfe in ihren Vorsatz aufnahm. F wollte das Bild für A aufbewahren, aber nicht selbst tätig werden, und sie wusste, dass A selbst das Bild absetzen wollte, ohne sie am Absetzen zu beteiligen. Ein über das Aufbewahren hinaus, auf eine Absatzhilfe gerichteter Tatentschluss lag demnach nicht vor.

b) Zwischenergebnis: F hatte nach ihrer Vorstellung nicht zur Absatzhilfe angesetzt.

3) Ergebnis: F ist nicht aus §§ 259 I iVm III, 22, 23 I strafbar.

F) Strafbarkeit der F nach §257 I:

F könnte sich einer Begünstigung des A nach § 257 I strafbar gemacht haben, indem sie das Bild aufbewahrte.

1) Tatbestand: a) objektiver Tatbestand: F müsste dem A zu seiner rechtswidrigen Vortat Hilfe geleistet haben. A hat einen strafbaren Betrug begangen¹⁰⁵. Hilfeleisten ist nach herrschender Ansicht jede Handlung, die objektiv geeignet ist, dem Vortäter die aus der Vortat unmittelbar erlangten Vorteile zu erhalten und sie gegen die Entziehung zugunsten des Verletzten zu sichern¹⁰⁶. Die Aufbewahrung des unmittelbar aus dem Betrug erlangten Bildes in der Dachkammer der F erschwert seine Auffindbarkeit im Vergleich dazu, dass A das Bild bei sich versteckt hätte. Die Wiederherstellung des rechtmäßigen Zustandes wird infolgedessen erschwert und die

¹⁰³ Vgl. RG JW 34, 560; BGHSt 2, 135(137); 43, 110(111); LK-Ruß § 259 Rn 28.

¹⁰⁴ Vgl. OLG-Köln NJW 1975, 987f; SK- Samson § 259 Rn 26, 31; SS-Stree § 259 Rn 32, 38; Haft S 189; Küper JuS 1975, 633 ff; Rudolphi JA 1981, 90(93).

¹⁰⁵ Vgl. Gliederungspunkt 2.B)3).

¹⁰⁶ Vgl. RGSt 55, 19ff; BGHSt 24, 166(167); SS-Stree § 257 Rn 15; Otto § 57 Rn 6.

Wahrscheinlichkeit eines ungestörten Absetzens der Beute für A erhöht. In dem Aufbewahren in der Dachkammer ist daher eine Hilfeleistung iSd § 257 I zu sehen.

b) subjektiver Tatbestand: F müsste vorsätzlich und in der Absicht gehandelt haben, dem A die Vorteile der Tat zu sichern. F wusste, dass das Bild aus dem Betrug des A stammte und wollte ihm helfen. Es kam ihr dabei auch darauf an, das Bild bei sich zu verstecken und so eine Wiederherstellung des gesetzmäßigen Zustandes zu erschweren oder gar zu verhindern.

2) Rechtfertigungs-/ Entschuldigungsgründe stehen Fs Strafbarkeit nicht entgegen.

3) Strafausschließungsgrund: Die Tatsache, dass F das Bild später zur Polizei brachte, wo sie es vor der Tür abstellte, so dass es sichergestellt wurde, wirft die Frage auf, ob ein persönlicher Strafaufhebungsgrund vorlag. Ein Strafaufhebungsgrund iSd § 24 scheidet daran, dass das Delikt vollendet ist. Zu erwägen wäre allerdings eine analoge Anwendung der Vorschriften über die tätige Reue des § 83 a I.

Für eine analoge Anwendung spricht mit einigen Stimmen aus der Literatur, dass die vorliegende Strafvereitelung zu einer Diskrepanz zwischen Strafwürdigkeit und Strafbarkeit aufwerfe, die aus kriminalpolitischen Erwägungen heraus nicht nötig ist¹⁰⁷. Die Berufung auf die Tatvollendung sei, so Stree, ein rein formales Argument, dass der Sache nicht gerecht werde¹⁰⁸.

Zu entgegen ist dieser Ansicht mit der herrschenden Meinung, dass weder Wortlaut noch Systematik der Vorschriften über tätige Reue der §§ 83a I, 314a eine solche Deutung zulassen. Eine Analogie, auch die zugunsten des Täters, kann nur bei einer bestehenden Regelungslücke erwogen werden. Die Problematik war aber zum Zeitpunkt der jüngsten Änderung des StGB durch das 6.StRRG bekannt, ohne dass hier Änderungen vorgenommen wurden. Für eine Regelungslücke bleibt kein Raum. Eine andere Interpretation verstieße gegen die Bindung der Rechtsprechung an die Gesetzgebung durch Art 1 III, 20 III GG. Tätige Reue der F ist ausgeschlossen.

4) Ergebnis: F ist nach § 257 I strafbar, ein Strafantrag wurde gestellt.

G) Strafbarkeit der F nach § 258I: Eine Strafbarkeit der F scheidet an einem fehlenden gegen A gerichteten Strafantrag zur Zeit der Tat.

II) Der A:

A) Strafbarkeit des A nach §§ 246 I, II

A könnte eine veruntreuende Unterschlagung begangen haben, als er das Bild der F zur Aufbewahrung gab. Eine Unterschlagung wäre nur durch die wiederholte Manifestation seines Zueignungswillens möglich. Da eine erneute Betätigung des Zueignungswillens der Tatbestandslösung (s.o.) widerspricht, ist eine erneute Zueignung ausgeschlossen. A ist nicht nach §§ 246 I, II strafbar.

B) Strafbarkeit des A gem. §§ 257 I, 26

F könnte sich einer Anstiftung der F zur Begünstigung nach §§ 257 I, 26 strafbar gemacht haben.

¹⁰⁷ Vgl. SS-Stree § 257 Rn 27; SK-Samson § 257 Rn 34; Stree JuS 1976, 137(139).

¹⁰⁸ Vgl. SS-Stree § 257 Rn 27.

- 1) Tatbestand: a) objektiver TB:** A müsste die F zu einer teilnahmefähigen Haupttat bestimmt haben. Die Haupttat ist die vorsätzliche und rechtswidrig begangene Begünstigung der F. Problematisch erscheint, ob A Anstifter zu einer Begünstigung seines Betrugers sein konnte. Nach § 275 III 2 ist eine Anstiftung von an der Vortat Unbeteiligten möglich, so dass § 257 III 1 nicht greift. Eine Anstiftung wäre möglich. Dann müsste A die F zu ihrer Tat bestimmt haben. Bestimmen ist das Hervorrufen eines erfolgsursächlichen Tatentschlusses¹⁰⁹. Durch sein Bitten brachte A die F dazu, das Bild für ihn aufzubewahren und rief so einen erfolgsursächlichen Tatentschluss in ihr hervor. Das Bestimmen war auch erfolgsursächlich und ihm objektiv zuzurechnen.
- b) subjektiver TB:** A handelt bezüglich der Anstifterhandlung und der Vollendung der Haupttat vorsätzlich.
- 2) Die Tat war auch rechtswidrig und schuldhaft.
- 3) **Ergebnis:** A ist nach §§ 257 I, 26 strafbar. Ein Strafantrag wurde gestellt.

4. Konkurrenzen:

Festgestellte Strafbarkeiten des A: § 248b; §§ 242 I, 248a; § 263 I; § 267 I; §§ 257 I, 26. Zwischen dem Betrug und der Urkundenfälschung ist Idealkonkurrenz gegeben¹¹⁰, da sich die Tätigkeit der Urkundenfälschung vollkommen im Rahmen des Betruges entfaltete, §§ 267 I, 263 I, 52. Idealkonkurrenz besteht aufgrund der Identität der Ausführungshandlung beider Straftaten¹¹¹ auch zwischen dem unbefugten Kfz-Gebrauch und dem Diebstahl an der Quittung §§ 242 I, 248b, 248a, 52. Die Strafbarkeit nach § 257 I, 26 steht dazu in Tatmehrheit, § 53.

F ist nach § 257 I strafbar.

Trier, den 14. März 2000

¹⁰⁹ Vgl. Tröndle § 26 Rn 3.

¹¹⁰ Vgl. RGSt 1, 111(112).

¹¹¹ Vgl. RGSt 66, 359(362); BGHSt 7, 149(151).