

Christoph X  
XXX

4. Fachsemester Rechtswissenschaft  
Matrikel Nr. XXX

Grundkurs Strafrecht IV:  
Übungen im Strafrecht für Fortgeschrittene  
bei Professor Dr. G. Werle / Professor Dr. R. Hefendehl  
Wintersemester 1999/2000

1. Hausarbeit

## Sachverhalt

Im Anschluß an eine Diebstahlserie wird in Berlin eine nachhaltige Streifenföchtigkei bewaffneter Polizei-Doppelposten organisiert. Beim Gang durch ein Villenviertel hören die Polizisten Paul (P) und Alfred (A) nachts am Ende der Straße verdächtige Geräusche. Sie beschließen, sich zu trennen, um etwaige Straftäter in die Zange nehmen zu können. Während Paul schnurstracks die Straße entlangläuft, schlägt sich Alfred in die Büsche, um sich dem Ort der verdächtigen Geräusche von hinten zu nähern. Am Ende der Straße angekommen, hört Paul nur noch das Motorengeräusch eines davonbrausenden Wagens, der den offensichtlich überraschten und in die Flucht geschlagenen Verbrechern gehört. Als Paul sich umschaui, nimmt er die Villa der bekannten Sängerin Dana Varnowa wahr, die seit einiger Zeit in der Partie der Turandot ein Tournee durch China macht. Durch ein Fenster im Erdgeschoß, das offenbar vor wenigen Minuten fachgerecht von einem vorgespannten Eisengitter und der Sicherheits-Doppelverglasung „befreit“ worden ist, kann Paul in das Ankleidezimmer der Künstlerin blicken. In der Wand sieht er einen bereits offenstehenden Tresor, aus dem eine lange Perlenkette hervorschaut. Paul überschlägt sein Gehalt einschließlich Urlaubsgeld und Sonderzuwendung, vergleicht es mit dem mutmaßlichen Wert der Perlenkette und schwingt sich dann rasch entschlossen durch das offene Fenster. Außer der Perlenkette haben die mutmaßlich von ihm über vertriebenen Täter in dem Tresor noch mehrere Banknotenbündel sowie drei Sparbücher zurückgelassen, wie Paul zu seiner Freude entdeckt. Er steckt alles ein und kann sich gerade wieder in den Vorgarten zurückbegeben, als dort Alfred eintrifft, der durch eine von ihm unglücklicherweise nicht quer, sondern längs durchbrochene Himbeerpflanzung länger als erwartet aufgehalten war. Paul erklärt, er sein den mutmaßlichen Einbrechern nachgelaufen, habe sie jedoch nicht mehr stellen können, und sei deswegen gerade soeben zurückgekehrt. – Alfred hat leichte Zweifel an dieser Version und nimmt sich vor, die Redlichkeit seines Kollegen demnächst auf die Probe zu stellen. – Beide benachrichtigen den für Einbruchsfälle im Einsatz befindlichen Streifenwagen und setzen ihren eigenen Gang fort.

Am nächsten Tag hebt Paul von den mitgenommenen Sparbüchern namhafte Geldbeiträge ab und schickt sodann die Sparbücher anonym an die Adresse der Sängerin zurück, was er von Anfang an vorgehabt hatte. Um sich bleibende Werte zu schaffen, geht er in der folgenden Woche in eine Kunsthandlung und fragt nach alten Meistern. Als der Kunsthändler Hubertus (H) Pauls pralle Briefftasche sieht, freut er sich über den Glückstreffer eines offensichtlich begüterten potentiellen Kunden. Er setzt eine wichtige Miene auf und führt ihn in ein Hinterzimmer, wo er ihm ein – wie er angibt – echtes Rubens-Gemälde zeigt, das unter Umgehung der Zollvorschriften nach Deutschland eingeführt worden sei und deswegen zu dem einmalig billigen Preis von DM 200.000,- verkauft werden könne; selbstverständlich mit Rücksicht auf die Finanzbehörden aber nur bar und ohne Belege. Paul hat erhebliche Zweifel, ob es sich bei dem Bild um einen echten Rubens handelt, beschwichtigt diese aber schließlich mit der Überlegung, daß er eine einmalige Gelegenheit hat, die bei der Sängerin „gefundenen“ Banknoten ohne Belege gegen einen mutmaßlich wertvollen alten Meister einzutauschen und tätigt das Geschäft. Tatsächlich war das Gemälde, wie sich später herausstellt, gefälscht, was Hubertus auch wußte.

Der Reichtum des Paul ist somit schnell wieder zerronnen, was ihn besonders anfällig für die von Alfred ersonnene „Probe“ macht: A läßt auf seinem Büroschreibtisch einen von ihm mit Silbernitrat präparierten 200 DM-Schein scheinbar unachtsam liegen und entfernt sich unter einem Vorwand für einen Moment aus dem Zimmer, in dem sich auch Paul zu einer Besprechung aufhält. Als er fünf Minuten später zurückkehrt, ist der Geldschein verschwunden. Dies hatte Alfred befürchtet und erwartet. Pauls Finger jedoch weisen bräunlich-schwarze Silbernitratflecke auf, was diesem noch nicht einmal aufgefallen war. Darauf hingewiesen, bleibt ihm nichts anderes, als die Tat zu- und den Geldschein herauszugeben.

Strafbarkeit von Paul und Hubertus nach dem StGB?

## Gliederung

1. Tatkomplex: Der Einstieg in die Villa.....	1
A. Diebstahl in einem besonders schweren Fall gem. §§ 242 I, 243 I .....	1
I. Tatbestand des § 242 I.....	1
1. Fremde, bewegliche Sache.....	1
2. Wegnahme.....	1
3. Vorsatz bezüglich Fremdheit und Wegnahme .....	2
4. Zueignungsabsicht.....	2
a) Enteignungsabsicht.....	2
(1) Strenge Substanztheorie .....	2
(2) Erweiterte Substanztheorie.....	2
(3) Sachwerttheorie .....	2
(4) Vereinigungstheorie mit restriktivem Sachwertbegriff.....	2
(5) Vereinigungstheorie mit extensivem Sachwertbegriff.....	3
(6) Stellungnahme .....	3
b) Aneignungsabsicht .....	3
c) Rechtswidrigkeit der Zueignung und Vorsatz.....	3
II. Rechtswidrigkeit und Schuld .....	3
III. Zwischenergebnis .....	3
IV. Regelbeispiele des § 243 I 2 Nr. 1, 2, 6, Amtsdiebstahl .....	4
1. Objektive Erfüllung der Regelbeispiele .....	4
a) § 243 I 2 Nr. 1 .....	4
b) § 243 I 2 Nr. 2 .....	4
c) § 243 I 2 Nr. 6 .....	4
d) Amtsdiebstahl .....	4
2. Quasivorsatz .....	4
V. Zwischenergebnis.....	5
B. Diebstahl mit Waffen, Wohnungseinbruchdiebstahl.....	5
I. Waffendiebstahl gem. § 244 I Nr. 1a) Var. 1 .....	5
II. Wohnungseinbruchdiebstahl gem. § 244 I Nr. 3 .....	6
C. Unterschlagung .....	6
D. Hausfriedensbruch gem. § 123 I Var. 1 .....	6
I. Tatbestand.....	6
II. Rechtswidrigkeit und Schuld.....	6
III. Zwischenergebnis und Strafantrag .....	6
E. Ergebnis und Konkurrenzen .....	6

2. Tatkomplex: Das Geldabheben.....	7
A. Betrug gegenüber dem Bankangestellten zum Nachteil der V gem. § 263 I.....	7
I. Täuschung.....	7
II. Irrtum.....	7
B. Versuchter Betrug gegenüber B und zu Lasten der V gem. §§ 263 I, II, 22 .....	8
C. Unterschlagung gem. § 246 I.....	8
D. Urkundenunterdrückung gem. § 274 I Nr. 1 Var. 3.....	8
E. Ergebnis .....	9
3. Tatkomplex: Der Kauf des Gemäldes.....	9
A. Strafbarkeit des H .....	9
I. Betrug in einem besonders schweren Fall durch H gegenüber P zu Lasten des P gem. § 263 I, III 2 Nr. 2 Var. 1.....	9
1. Tatbestand .....	9
a) Täuschung .....	9
b) Irrtum.....	9
(1) Möglichkeitstheorie.....	9
(2) Wahrscheinlichkeitstheorie .....	9
(3) Viktimologische Theorie.....	9
(4) Einwilligungstheorie .....	10
(5) Stellungnahme .....	10
c) Vermögensverfügung .....	10
(1) Juristischer Vermögensbegriff .....	11
(2) Wirtschaftlicher Vermögensbegriff.....	11
(3) Juristisch-ökonomischer Vermögensbegriff .....	11
(4) Personaler Vermögensbegriff.....	11
(5) Stellungnahme .....	11
d) Vermögensschaden.....	12
e) Subjektiver Tatbestand.....	13
2. Rechtswidrigkeit und Schuld .....	13
3. Regelbeispiel des § 263 III 2 Nr. 2 Var. 1.....	13
4. Zwischenergebnis.....	13
II. Betrug durch H gegenüber P zu Lasten der V gem. § 263 I.....	13
1. Täuschung und Irrtum .....	13
2. Vermögensverfügung .....	13
a) Faktische Nähetheorie .....	14
b) Lagertheorie .....	14
c) Befugnistheorie .....	14
d) Stellungnahme .....	14
3. Zwischenergebnis.....	15

III. Unterschlagung gem. § 246.....	15
IV. Wucher gem. § 291 I 1 Nr. 3 Var. 2.....	15
V. Hehlerei gem. § 259 I.....	15
B. Strafbarkeit des P.....	15
I. Betrug durch P gegenüber H zu dessen Lasten gem. § 263 I.....	15
1. Täuschung, Irrtum und Vermögensverfügung.....	15
2. Vermögensschaden.....	15
3. Zwischenergebnis.....	16
II. Versuchter Betrug gegenüber und zu Lasten des H gem. §§ 263 I, II, 22.....	16
III. Betrug durch P gegenüber H zum Nachteil der V gem. § 263 I.....	16
1. Täuschung und Irrtum.....	16
2. Vermögensverfügung, insbesondere Näheverhältnis.....	16
3. Zwischenergebnis.....	17
IV. Unterschlagung gem. § 246.....	17
C. Ergebnis.....	17
4. Tatkomplex: Die „Probe“.....	17
A. Diebstahl gem. § 242 I.....	17
B. Versuchter besonders schwerer Fall des Diebstahl gem. §§ 242, 243 I 1, 22.....	18
I. Subjektiver Tatbestand (Tatentschluß).....	18
II. Unmittelbares Ansetzen, Rechtswidrigkeit und Schuld.....	18
III. Besonders schwerer Fall in Form eines Amtsdiebstahls gem. § 243 I 1.....	18
IV. Zwischenergebnis.....	18
C. Unterschlagung gem. § 246 I.....	19
I. Tatbestand.....	19
1. Enteignungstheorie.....	19
2. Aneignungstheorie.....	19
3. Besitztheorie.....	19
4. Manifestationstheorie.....	19
5. Stellungnahme.....	19
6. Subjektiver Tatbestand.....	20
II. Rechtswidrigkeit und Schuld.....	20
III. Subsidiaritätsklausel.....	20
Endergebnis.....	20

## Literaturverzeichnis

- Amelung, Knut  
Irrtum und Zweifel des Getäuschten beim Betrug  
in: GA 1977, S. 1 ff.
- Arzt, Gunther; Weber, Ulrich  
Strafrecht Besonderer Teil  
LH 3: Vermögensdelikte (Kernbereich)  
2. Auflage  
Bielefeld 1986
- Beulke, Werner  
Anmerkung zu OLG Stuttgart JR 1978, 388  
in: JR 1978, S. 390
- Blei, Hermann  
Strafrecht II  
Besonderer Teil  
12. Auflage  
München 1983
- Bockelmann, Paul  
Der Unrechtsgehalt des Betruges  
in: Probleme der Strafrechtserneuerung  
Festschrift für Eduard Kohlrausch  
Berlin 1944  
S. 226 ff.  
zitiert als: Bockelmann
- Brocker, Lars  
Anmerkung zu BGH wistra 1994, 95 und BGH wistra 1995, 23  
in: wistra 1995, S. 292 ff.
- Cramer, Peter  
Vermögensbegriff und Vermögensschaden im Strafrecht  
Bad Homburg v.d.H., Berlin, Zürich 1968  
zitiert als: Cramer, Vermögensbegriff
- ders.  
Grenzen des Vermögensschutzes im Strafrecht  
– OLG Hamburg, NJW 1966, 1525  
in: JuS 1966, S. 472 ff.  
zitiert als: Cramer, JuS 1966
- Dreher, Eduard  
Anmerkung zu OLG Stuttgart JR 1966, 29  
in: JR 1966, S. 29 f.
- Ellmer, Manfred  
Betrug und Opfermitverantwortung  
Berlin 1986
- Geerds, Detlev  
Schadensprobleme beim Betrug  
in: Jura 1994, S. 424 ff.

- Geppert, Klaus  
Die Abgrenzung von Betrug und Diebstahl, insbesondere in den Fällen des sogenannten „Dreiecks-Betruges“  
in: JuS 1977, S. 69 ff.  
zitiert als: Geppert, JuS 1977
- ders.  
Zur „Scheinwaffe“ und zu anderen Streitfragen zum „Bei-Sich-Führen“ einer Waffe im Rahmen der §§ 244 und 250 StGB  
in: Jura 1982, S. 496 ff.  
zitiert als: Geppert, Jura 1982
- Giehring, Heinz  
Prozeßbetrug im Versäumnis- und Mahnverfahren – zugleich ein Beitrag zur Auslegung des Irrtumsbegriffs in § 263 StGB  
in: GA 1973, S. 1 ff.
- Gössel, Karl-Heinz  
Strafrecht  
Besonderer Teil Band 2  
Heidelberg 1996
- Haft, Fritjof  
Grundfälle zu Diebstahl und Raub mit Waffen  
in: JuS 1988, S. 364 ff.
- Hauf, Claus-Jürgen  
Dreiecksbetrug  
in: JA 1995, S. 458 ff.
- Hefendehl, Roland  
Vermögensgefährdung und Exspektanzen  
Berlin 1994  
zitiert als: Hefendehl
- ders.  
Anmerkung zu OLG Düsseldorf NStZ 1992, 237 = StV 1991, 265 = MDR 1991, 786  
in: NStZ 1992, S. 544  
zitiert als: Hefendehl, NStZ 1992
- Heinitz, Ernst  
Anmerkung zu BGH JR 1968, 386  
in: JR 1968, S. 387 f.
- von Heintschel-Heinegg, Bernd  
Prüfungstraining Strafrecht  
Band 2: Fälle mit Musterlösungen  
Neuwied, Kriftel, Berlin 1992
- Herzberg, Rolf Dietrich  
Funktion und Bedeutung des Merkmals „Irrtum“ in § 263 StGB  
in: GA 1977, S. 289 ff.  
zitiert als: Herzberg, GA 1977
- ders.  
Betrug und Diebstahl durch listige Sachverschaffung  
in: ZStW 89 (1977), S. 367 ff.  
zitiert als: Herzberg, ZStW 89 (1977)

Hillenkamp, Thomas	40 Probleme aus dem Strafrecht Besonderer Teil 8. Auflage Neuwied, Krißel 1997
Hruschka, Joachim	Anmerkung zu OLG Köln NJW 1978, 652 in: NJW 1978, S. 1338
Kotz, Peter	Gelegenheit macht Diebe – OLG Köln, NJW 1978, 652 und NZWehrR 1978, 36 sowie BGHSt 30, 44 in: JuS 1982, S. 97 ff.
Krack, Ralf; Radtke, Henning	Der Dreiecksbetrug oder die Fragwürdigkeit der „Befreiung des Strafrechts vom zivilisti- schen Denken“ – OLG Celle, NJW 1994, 142 in: JuS 1995, S. 17 ff.
Krey, Volker	Strafrecht Besonderer Teil Band 2 Vermögensdelikte 12. Auflage Stuttgart, Berlin, Köln 1999
Kühl, Kristian	Strafrecht Allgemeiner Teil 2. Auflage München 1997 zitiert als: Kühl, AT
ders.	Umfang und Grenzen des strafrechtlichen Vermögensschutzes in: JuS 1989, S. 505 ff. zitiert als: Kühl, JuS 1989
Küper, Wilfried	Strafrecht Besonderer Teil 3. Auflage Heidelberg 1999
Lackner, Karl; Kühl, Kristian	StGB Strafgesetzbuch mit Erläuterungen 22. Auflage München 1997 Bearbeiter: Kühl, Kristian zitiert als: Lackner-Kühl-Bearbeiter
Leipziger Kommentar	Strafgesetzbuch Großkommentar 11. Auflage 15. Lieferung (§§ 242-262) Berlin, New York 1994 Bearbeiter: Ruß, Wolfgang zitiert als: LK <sup>11</sup> -Bearbeiter

- Leipziger Kommentar  
Strafgesetzbuch  
Großkommentar  
11. Auflage  
16. Lieferung (§§ 28-vor 32)  
Berlin, New York 1994  
Bearbeiter: Hirsch, Hans Joachim  
zitiert als: LK<sup>11</sup>-Bearbeiter
- Leipziger Kommentar  
Strafgesetzbuch  
Großkommentar  
Band 3 (§§ 263-302a)  
10. Auflage  
Berlin, New York 1988  
Bearbeiter: Lackner, Karl  
zitiert als: LK<sup>10</sup>-Bearbeiter
- Lenckner, Theodor  
Anmerkung zu BGHSt 30, 44 = JR 1982, 424  
in: JR 1982, S. 424 ff.  
zitiert als: Lenckner, JR 1982
- ders.  
Zum Problem des Vermögensschadens (§§ 253, 263 StGB) beim Verlust nichtiger Forderungen  
in: JZ 1967, S. 105 ff.  
zitiert als: Lenckner, JZ 1967
- ders.  
Anmerkung zu OLG Stuttgart, JR 1966, 319  
in: JZ 1966, S. 320 f.  
zitiert als: Lenckner, JZ 1966
- Loos, Fritz; Krack, Ralf  
Betrugsstrafbarkeit bei Versprechen der Teufelsaustreibung – LG Mannheim, NJW 1993, 1488  
in: JuS 1995, S. 204 ff.
- Maiwald, Manfred  
Der Begriff der Zueignung im Diebstahls- und Unterschlagungstatbestand  
in: JA 1971, S. 579-584 und 643-645  
zitiert als: Maiwald, JA 1970
- ders.  
Der Zueignungsbegriff im System der Eigentumsdelikte  
Heidelberg, 1970  
zitiert als: Maiwald, Zueignungsbegriff
- Maurach, Reinhart; Schroeder, Friedrich - Christian; Maiwald, Manfred  
Strafrecht Besonderer Teil  
Teilband 1  
8. Auflage  
Heidelberg 1995  
zitiert als: M-S-M

Miehe, Olaf	Zueignung und Sachwert in: Richterliche Rechtsfortbildung Festschrift der Juristischen Fakultät zur 600-Jahr-Feier der Ruprecht-Karls- Universität Heidelberg Heidelberg 1986 S. 481 ff. zitiert als: Miehe, Heidelberg-FS
Mitsch, Wolfgang	Strafrecht, Besonderer Teil 2 Vermögensdelikte (Kernbereich) / Teilband 1 Berlin, Heidelberg, New York 1998
Münchener Kommentar	Kommentar zum BGB Band 5: Schuldrecht Besonderer Teil III: §§ 705-853 3. Auflage München 1997 Bearbeiter: Hüffer, Uwe zitiert als: MüKo-Bearbeiter
Nomos-Kommentar zum Strafgesetzbuch	Band 2 Besonderer Teil, §§ 146-355 6. Lieferung Baden-Baden 1999 Bearbeiter: Kindhäuser, Urs zitiert als: NK-Bearbeiter (Bearbeitungsjahr)
Otto, Harro	Anmerkung zu BGH JZ 1996, 580 in: JZ 1996, S. 582 ff. zitiert als: Otto, JZ 1965
ders.	Betrug bei rechts- und sittenwidrigen Rechts- geschäften in: Jura 1993, S. 424 ff. zitiert als: Otto, Jura 1993
ders.	Grundkurs Strafrecht Die einzelnen Delikte 5. Auflage Berlin, New York 1998 zitiert als: Otto, BT
Palandt	Kommentar zum BGB 58. Auflage München 1999 Bearbeiter: Heinz Thomas Bassenge, Peter zitiert als: Palandt-Bearbeiter

- Rengier, Rudolf  
Strafrecht Besonderer Teil I  
Vermögensdelikte  
3. Auflage  
München 1999
- Rudolphi, Hans-Joachim  
Anmerkung zu BGH JR 1985, 251 f.  
in: JR 1985, S. 252 ff.
- Samson, Erich  
Grundprobleme des Betrugstatbestandes  
(2. Teil)  
in: JA 1978, S. 564 ff.  
zitiert als: Samson, JA 1978
- ders.  
Grundprobleme des Unterschlagungs-  
tatbestandes (§ 246 StGB)  
in: JA 1990, S. 5 ff.  
zitiert als: Samson, JA 1990
- Schmidhäuser, Eberhard  
Über die Zueignungsabsicht als Merkmal der  
Eigentumsdelikte  
in: Festschrift für Hans-Jürgen Bruns zum 70.  
Geburtstag  
S. 345 ff.  
Köln, Berlin, Bonn, München 1978  
zitiert als: Schmidhäuser, Bruns-FS
- Schönke, Adolf; Schröder, Horst  
Strafgesetzbuch  
Kommentar  
25. Auflage  
München 1997  
Bearbeiter: Cramer, Peter  
Eser, Albin  
Lenckner, Theodor  
Stree, Walter  
zitiert als: Sch-Sch-Bearbeiter
- Scholderer, Frank  
Anmerkung zu BGH StV 1988, 429  
in: StV 1988, 424 ff.
- Schröder, Horst  
Anmerkung zu BGH JZ 1972, 706  
in: JZ 1972, S. 707 ff.
- Schünemann, Bernd  
Raub und Erpressung (1. Teil)  
in: JA 1980, S. 349 ff.
- Schwab, Karl Heinz; Prütting, Hanns  
Sachenrecht  
27. Auflage  
München 1997
- Seelmann, Kurt  
Grundfälle zu den Eigentumsdelikten  
2. Teil: Diebstahl (§ 242 StGB)  
in: JuS 1985, S. 288 ff.

- Sennekamp, Michael  
Zur Strafbarkeit der Begebung ungedeckter Schecks unter Verwendung der Scheckkarte  
in: BB 1973, S. 1005 ff.
- Sonnen, Bernd-Rüdeger  
Strafrechtliche Grenzen des Handels mit Optionen auf Warentermin-Kontrakte  
in: wistra 1982, S. 123 ff.
- Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch  
7. Auflage  
Neuwied, Kriftel 1999  
Bearbeiter: Hoyer, Andreas  
                  Samson, Erich / Günther, Hans-Ludwig  
zitiert als: SK-Bearbeiter (Bearbeitungsjahr)
- Tenckhoff, Jörg  
Anmerkung zu BGH JR 1988, 125  
in: JR 1988, S. 126 ff.  
zitiert als: Tenckhoff, JR 1988
- ders.  
Die Unterschlagung (§ 246 StGB)  
in: JuS 1984, S. 775 ff.  
zitiert als: Tenckhoff, JuS 1984
- Tröndle, Herbert; Fischer, Thomas  
Strafgesetzbuch und Nebengesetze  
Kurzkomentar  
49. Auflage  
München 1999  
zitiert als: T-F-Bearbeiter  
Bearbeiter: Tröndle, Herbert  
                  Fischer, Thomas
- Wessels, Johannes  
Zueignung, Gebrauchsanmaßung und Sachentziehung  
in: NJW 1965, S. 1153 ff.
- Wessels, Johannes; Hillenkamp, Thomas  
Strafrecht Besonderer Teil / 2  
Straftaten gegen Vermögenswerte  
21. Auflage  
Heidelberg 1999

## **Gutachten<sup>1</sup>**

### **1. Tatkomplex: Der Einstieg in die Villa**

#### ***A. Diebstahl in einem besonders schweren Fall gem. §§ 242 I, 243 I***

P könnte eines Diebstahls in einem besonders schweren Fall gem. §§ 242 I, 243 I schuldig sein, indem er in die Villa einstieg und die Perlenkette, die Sparbücher und die Banknoten mitnahm.

#### **I. Tatbestand des § 242 I**

##### ***1. Fremde, bewegliche Sache***

Der objektive Tatbestand setzt eine fremde bewegliche Sache als Tatobjekt voraus. Sache ist jeder körperliche Gegenstand.<sup>2</sup> Beweglich ist jede Sache, die tatsächlich fortgeschafft werden kann.<sup>3</sup> Fremd sind alle Sachen, an denen ein anderer Eigentum hat.<sup>4</sup> Die Perlenkette, die Sparbücher und die Banknoten sind bewegliche Sachen, die nicht im Eigentum des P stehen, also fremd sind.

##### ***2. Wegnahme***

P müßte die Sachen weggenommen haben. Wegnahme ist Bruch fremden und Begründung neuen Gewahrsams; Gewahrsam ist die tatsächliche, von zumindest generellem Herrschaftswillen getragene Sachherrschaft eines Menschen über eine Sache unter Berücksichtigung der Verkehrsanschauung.<sup>5</sup> Das tatsächliche Herrschaftsverhältnis besteht idR in der räumlich-realen Einwirkungsmöglichkeit auf die Sache.<sup>6</sup>

Ursprünglich hatte Dana Varnowa (V) Gewahrsam, sie war aber seit einiger Zeit nicht in Berlin. Nach der Verkehrsanschauung behält jedoch der Hausinhaber auch während einer längeren Abwesenheit Gewahrsam am Hausinventar.<sup>7</sup> Da V generellen Herrschaftswillen bezüglich der von P mitgenommenen Sachen hatte, hatte sie an diesen Gewahrsam. Bruch fremden Gewahrsams bedeutet Beendigung des Gewahrsams ohne Einverständnis des bisherigen Gewahrsamsinhabers.<sup>8</sup> Indem P die Sachen einsteckte und aus der Villa entfernte, hob er den Gewahrsam der V auf, dieses geschah gegen den Willen der V.

Ferner müßte neuer Gewahrsam begründet worden sein. Dieses ist der Fall, wenn der Täter die tatsächliche Herrschaft über die Sache erlangt und sie ohne wesentliche Hindernisse ausüben kann, ohne daß der bisherige Gewahrsamsinhaber noch auf die Sache einwirken kann.<sup>9</sup> P steckte die Sachen ein, also konnte V nicht mehr auf sie einwirken. P begründete damit neuen Gewahrsam und hatte auch Herrschaftswillen. Eine vollendete Wegnahme liegt vor.

---

<sup>1</sup> §§ ohne Gesetzesangabe sind solche des StGB.

<sup>2</sup> Sch-Sch-Eser, § 242 RN 9, Wessels/Hillenkamp, RN 63.

<sup>3</sup> Sch-Sch-Eser, § 242 RN 11; Wessels/Hillenkamp, RN 67.

<sup>4</sup> Sch-Sch-Eser, § 242 RN 12; Mitsch, § 1 RN 18; Wessels/Hillenkamp, RN 68.

<sup>5</sup> Sch-Sch-Eser, § 242 RN 22 f.; Krey, RN 11 u. 14; M-S-M, § 33 RN 11 f.

<sup>6</sup> Sch-Sch-Eser, § 242 RN 25; Mitsch, § 1 RN 43; M-S-M, § 33 RN 14.

<sup>7</sup> RGSt 30, 88, 89; Sch-Sch-Eser, § 242 RN 26, Mitsch, § 1 RN 46; M-S-M, § 33 RN 16.

<sup>8</sup> Sch-Sch-Eser, § 242 RN 35; Mitsch, § 1 RN 60; Gössel, § 7 RN 48.

<sup>9</sup> Sch-Sch-Eser, § 242 RN 38; Wessels/Hillenkamp, RN 109.

### 3. *Vorsatz bezüglich Fremdheit und Wegnahme*

P handelte wissentlich und willentlich hinsichtlich Fremdheit und Wegnahme der Sparbücher, der Banknoten und der Perlenkette. Er handelte vorsätzlich.

### 4. *Zueignungsabsicht*

Ferner verlangt der subjektive Tatbestand die Absicht, sich die weggenommene Sache zuzueignen. Zueignungsabsicht ist die Absicht des Täters, den Eigentümer zu enteignen und sich selbst oder einem Dritten die Sache anzueignen.<sup>10</sup>

#### a) *Enteignungsabsicht*

P müßte die Absicht gehabt haben, die V zu enteignen. Enteignung ist die endgültige oder auf erhebliche Dauer gerichtete Entziehung der Sache.<sup>11</sup> Bei der Enteignungsabsicht genügt *dolus eventualis*.<sup>12</sup> P hatte die Absicht die Perlenkette und die Banknoten endgültig der V zu entziehen.

Hinsichtlich der Sparbücher ist aber fraglich, ob P die Absicht hatte, die V zu enteignen, weil er im Moment der Wegnahme schon vorhatte, nur Geld abzuheben und sodann die Sparbücher wieder zurückzugeben. Zu prüfen ist also, ob der in den Sparbüchern verkörperte Wert Gegenstand der Zueignung sein kann oder ob dieses nur die Sparbücher selbst sein können. Dieses ist strittig.

(1) Nach der strengen Substanztheorie muß der Täter die Sache selbst seinem Vermögen zufügen wollen, damit eine Zueignungsabsicht in Frage kommt.<sup>13</sup> Da P die Sparbücher nicht seinem Vermögen einverleiben wollte, scheidet hier eine Enteignungs- und damit auch eine Zueignungsabsicht des P aus.

(2) Die erweiterte Substanztheorie bejaht eine Zueignungsabsicht, wenn der Täter sich dem Eigentümer zustehende Herrschaftsbefugnisse anmaßt und sich so die der Sache objektiv innewohnenden Verwendungsmöglichkeiten zuführen will.<sup>14</sup> P wollte von den Sparbüchern Geld abheben, er maßte sich dem Eigentümer zustehende Herrschaftsbefugnisse an, um sich den in den Sparbüchern innewohnenden Wert zu verschaffen. Er handelte daher mit Enteignungsabsicht.

(3) Nach der Sachwerttheorie liegt eine Zueignung vor, wenn der Täter den in der Sache verkörperten ökonomischen Wert seinem Vermögen einverleibt, ohne daß es darauf ankommt, wo die Sache selbst im Endeffekt bleibt.<sup>15</sup> Hiernach wäre auch der in den Sparbüchern verkörperte Wert möglicher Gegenstand der Zueignung, so daß eine Enteignungsabsicht des P vorliegt.

(4) Nach der Vereinigungstheorie mit restriktivem Sachwertbegriff hat Zueignungsabsicht, wer die Sache oder subsidiär den in ihr verkörperten Sachwert dem eigenen Vermögen zuführen will; Sachwert ist nur der in der Sache ste-

<sup>10</sup> OLG Düsseldorf, JZ 1986, 203, 204; Wessels, NJW 1965, 1153; Mitsch, § 1 RN 104; NK-Kindhäuser (98), § 242 RN 84; Lackner-Kühl-Kühl, § 242 RN 21.

<sup>11</sup> BGHSt NSTZ 1981, 63; Sch-Sch-Eser, § 242 RN 51; Schmidhäuser, Bruns-FS, S. 351; Mitsch, § 1 RN 105.

<sup>12</sup> Sch-Sch-Eser, § 242 RN 64; Mitsch, § 1 RN 98; M-S-M, § 33 RN 55.

<sup>13</sup> RGSt 24, 22, 23; 35, 355, 356; Miehe, Heidelberg-FS, S. 498.

<sup>14</sup> M-S-M, § 33 RN 49; Otto, JZ 1996, 583 f.; Rudolphi, JR 1985, 253 f.; Seelmann, JuS 1985, 289; Wessels, NJW 1965, 1156.

<sup>15</sup> RGSt 40, 10, 12; 49, 405, 406.

ckende und aus ihr gewonnene Wert, nicht aber der unter Ausnutzung der Sache zu erzielende Gewinn.<sup>16</sup> Auch hiernach hatte P Enteignungsabsicht.

(5) Die Vereinigungstheorie mit extensivem Sachwertbegriff bejaht eine Zueignungsabsicht, wenn der Täter die Sache selbst oder subsidiär den in ihr verkörperten Wert, zu dem auch der unter Verwendung der Sache zu erzielende Wert zählt, dem eigenen Vermögen zuführen will.<sup>17</sup> Hiernach kann Enteignungsabsicht des P bezüglich der Sparbücher angenommen werden.

(6) Die strenge Substanztheorie führt bei Legitimationspapieren und -zeichen zu Strafbarkeitslücken.<sup>18</sup> Gegen die erweiterte Substanztheorie spricht, daß sie durch den Begriff der eigentümerähnlichen Verfügungsgewalt zu Abgrenzungsproblemen zwischen Diebstahl und Sachbeschädigung oder Sachentzug führt.<sup>19</sup> Die Sachwerttheorie umfaßt wiederum nicht Fälle, in denen Sachen ohne wirtschaftlichen Wert entwendet werden oder die Sachen vom Täter in anderer ihrem Wert nicht entsprechender Weise gebraucht werden sollen.<sup>20</sup> Des weiteren führt sie zu einer zu starken Vermengung von den das Eigentum betreffenden Delikten des 19. Abschnitts mit den Vermögensdelikten.<sup>21</sup> Dagegen umfaßt die Vereinigungstheorie beide Teilaspekte der Sachqualität.<sup>22</sup> Daher ist der Vereinigungstheorie zu folgen. Da es sich bei dem abzuhebenden Geld um den in den Sparbüchern steckenden Wert handelt, kann hier die Entscheidung zwischen den beiden Arten der Vereinigungstheorie offen bleiben. Gegenstand der Zueignung kann also auch das von den Sparbüchern abzuhebende Geld sein. P handelte also auch bezüglich der Sparbücher mit Enteignungsabsicht.

#### *b) Aneignungsabsicht*

Aneignung bedeutet, daß die Sache dem eigenen Vermögen oder dem Vermögen eines Dritten zugeführt wird.<sup>23</sup> Hierfür ist dolus directus ersten Grades erforderlich.<sup>24</sup> Für die Aneignungsabsicht reicht der Willen, die Sache nur für gewisse Dauer zu gebrauchen.<sup>25</sup> P wollte sich die Sachen aneignen, so daß Aneignungsabsicht zu bejahen ist. Ferner liegt damit auch Zueignungsabsicht vor.

#### *c) Rechtswidrigkeit der Zueignung und Vorsatz*

Die Zueignung war rechtswidrig, P handelte auch vorsätzlich diesbezüglich.

### **II. Rechtswidrigkeit und Schuld**

P handelte rechtswidrig und schuldhaft.

### **III. Zwischenergebnis**

P hat sich wegen eines Diebstahls gem. § 242 I strafbar gemacht.

---

<sup>16</sup> LK<sup>11</sup>-RuB, § 242 RN 49; Mitsch, § 1 RN 141 f.; Sch-Sch-Eser, § 242 RN 49; Brocker, wistra 1995, 293 f.

<sup>17</sup> BGHSt 4, 236, 238; 17, 87, 92; BGH NJW 1977, 1460; BGH wistra 1987, 253.

<sup>18</sup> LK<sup>11</sup>-RuB, § 242 RN 47; SK-Hoyer (99), § 242 RN 75; Wessels/Hillenkamp, RN 134; Hillenkamp, S. 114.

<sup>19</sup> SK-Hoyer (99), § 242 RN 80.

<sup>20</sup> LK<sup>11</sup>-RuB, § 242 RN 47; SK-Hoyer (99), § 242 RN 79.

<sup>21</sup> SK-Hoyer (99), § 242 RN 79; NK-Kindhäuser (98), § 242 RN 93; LK<sup>11</sup>-RuB, § 242 RN 47.

<sup>22</sup> Hillenkamp, S. 114.

<sup>23</sup> Mitsch, § 1 RN 120.

<sup>24</sup> Mitsch, § 1 RN 120.

<sup>25</sup> BGH NStZ 1981, 63; Mitsch, § 1 RN 122; Rengier, BT 1, § 2 RN 61.

#### **IV. Regelbeispiele des § 243 I 2 Nr. 1, 2, 6, Amtsdiebstahl**

Die Strafe könnte § 243 zu entnehmen sein, der Strafzumessungsregeln enthält,<sup>26</sup> wenn ein besonders schwerer Fall des Diebstahls vorliegt.

##### ***1. Objektive Erfüllung der Regelbeispiele***

a) In Betracht kommt zunächst das Regelbeispiel des § 243 I 2 Nr. 1. P müßte hierfür zur Ausführung der Tat in ein Gebäude eingebrochen oder eingestiegen sein. Die Villa der V ist ein Gebäude. Einbrechen ist das Öffnen einer den Zutritt verwehrenden Umschließung mit Gewalt von außen.<sup>27</sup> Das Fenster stand schon offen, also mußte P keine Gewalt anwenden. P brach nicht ein.

Einsteigen ist das geschickte Eindringen des Täters in den Raum durch Überwindung von Hindernissen, die den Zugang nicht unerheblich erschweren.<sup>28</sup> P kletterte durch das von Vergitterung und Verglasung befreite Fenster in die Villa. Er stieg geschickt auf einem nicht dafür bestimmten Weg in die Villa ein, womit er das Regelbeispiel Nr. 1 objektiv erfüllte.

b) P könnte auch § 243 I 2 Nr. 2 erfüllt haben, wenn er die Sachen aus einem verschlossenen Behältnis stahl. Ursprünglich war der Tresor verschlossen, bei der Tat stand er allerdings offen. § 243 I 2 Nr. 2 hat seinen Rechtsgrund darin, daß seine Verwirklichung erhöhten Aufwand krimineller Energie erfordert.<sup>29</sup> P mußte aber gerade nicht viel kriminelle Energie aufbringen, weil der Tresor schon offen stand. Daher ist § 243 I 2 Nr. 2 nicht einschlägig.

c) Ferner könnte P auch § 243 I 2 Nr. 6 erfüllt haben, weil V aufgrund ihrer Abwesenheit hilflos gewesen sein könnte. Hilflosigkeit ist zu bejahen, wenn der Betroffene schutzlos einem Gewahrsamsangriff ausgesetzt ist, ein Abwesender ist aber nicht hilflos.<sup>30</sup> Daher war V nicht hilflos und Nr. 6 ist nicht erfüllt.

d) Die Regelbeispiele des § 243 I 2 sind kein abschließender Katalog.<sup>31</sup> In Betracht kommt noch ein Amtsdiebstahl. Ein solcher liegt vor, wenn ein Amtsträger einen Diebstahl an Sachen begeht, die ihm in Eigenschaft als Amtsträger zugänglich geworden sind.<sup>32</sup> P ist gem. § 11 I Nr. 2a) Var. 1 Amtsträger. Er stahl Sachen, die ihm bei Gelegenheit, aber nicht in seiner Eigenschaft als Amtsträger zugänglich geworden sind. Daher liegt kein Amtsdiebstahl vor.

##### ***2. Quasivorsatz***

P handelte bezüglich des Einsteigens mit Kenntnis der Tatumstände. P müßte auch schon mit Diebstahlsvorsatz eingestiegen sein, also zur Ausführung der Tat. Hinsichtlich der Perlenkette kann dies bejaht werden. Zweifelhaft ist aber, ob P auch schon mit Diebstahlsvorsatz bezüglich der Sparbücher und der Banknoten in die Villa einstieg, weil er diese erst im Haus entdeckte. Der Diebstahlsvorsatz

<sup>26</sup> Mitsch, § 1 RN 171.

<sup>27</sup> BGH NJW 1956, 389; T-F-Tröndle, § 243 RN 7; Lackner-Kühl-Kühl, § 243 RN 10; Mitsch, § 1 RN 191.

<sup>28</sup> T-F-Tröndle, § 243 RN 8; Lackner-Kühl-Kühl, § 243 RN 11; Mitsch, § 1 RN 192.

<sup>29</sup> BGH NJW 1974, 567; Sch-Sch-Eser, § 243 RN 25; Mitsch, § 1 RN 196.

<sup>30</sup> LK<sup>11</sup>-Ruß, § 243 RN 32, Rengier, § 3 RN 22.

<sup>31</sup> BGHSt 29, 319, 322.

und damit der Diebstahl insgesamt bleibt jedoch derselbe, wenn der Täter bestimmte Sachen stehlen will, aber seinen Diebstahlsvorsatz im Rahmen eines einheitlichen Handlungsvorgangs erweitert.<sup>33</sup> P beging eine von durchgängigem Diebstahlswillen getragene, einheitliche Tat, daher umfaßte der Diebstahlsvorsatz auch die Banknoten und Sparbücher.

#### **V. Zwischenergebnis**

P hat sich eines Diebstahls in einem besonders schweren Fall gem. §§ 242 I, 243 I 2 Nr. 1 („Gebäudediebstahl“) schuldig gemacht.

#### **B. Diebstahl mit Waffen, Wohnungseinbruchdiebstahl**

##### **I. Waffendiebstahl gem. § 244 I Nr. 1a) Var. 1**

P könnte einen Diebstahl mit Waffen gem. § 244 I Nr. 1a) Var. 1 begangen haben. Voraussetzung ist, daß P eine Waffe beim Diebstahl bei sich führte.

P hat einen Diebstahl begangen. Bei diesem führte P eine Waffe bei sich. Er hatte Bewußtsein von deren Verfügbarkeit und handelte daher vorsätzlich.

Fraglich ist aber, ob § 244 I Nr. 1a) Var. 1 den P als professionellen Schußwaffenträger erfaßt.

Hier wird die Auffassung vertreten, daß aufgrund der dienstlichen Verpflichtung, eine Waffe mitzuführen, der Dienstträger sich in einer der Pflichtenkollision vergleichbaren Lage befinde und daß daher das vorschriftsmäßige Mitführen der Waffe gerechtfertigt sei.<sup>34</sup> Andere lehnen in solchen Fällen die Anwendung von § 244 I Nr. 1a) Var. 1 ab, weil durch die mitgeführte Waffe nicht die typisch abstrakte Gefahr begründet würde.<sup>35</sup> Dieses gelte insbesondere für die Fälle, in denen der Waffenträger seine Dienstwaffe ohne Zweckbezug zum Diebstahl bei sich führe.<sup>36</sup> Der sich im Dienst befindende P mußte eine Dienstwaffe tragen, er trug sie aber ohne Zweckbezug bei sich, weil er erst während des Einsatzes den Entschluß faßte, einen Diebstahl zu begehen. Nach diesen Auffassungen wäre P nicht eines Waffendiebstahls gem. § 244 I Nr. 1a) Var. 1 schuldig.

Eine andere Ansicht lehnt solche Einschränkungen ab, da die von Schußwaffen ausgehende Gefährlichkeit immer dieselbe sei.<sup>37</sup>

Das Argument, daß der Polizist sich in einer Pflichtenkollision befände, überzeugt nicht, weil der Beamte den Diebstahl unterlassen könnte, auch ist die typische abstrakte Gefahr eher höher bei einem Diebstahl durch einen Polizeibeamten, da dieser bei Entdeckung mehr zu verlieren hat, als ein gewöhnlicher Täter.<sup>38</sup> Schließlich sieht der Wortlaut des § 244 I Nr. 1a) Var. 1 eine Ausnahme auch nach dem 6. StrRG nicht vor. Daher ist eine Einschränkung abzulehnen und § 244 I Nr. 1a) Var. 1 findet auf P Anwendung.

---

<sup>32</sup> BGHSt 29, 319, 322; T-F-Tröndle, § 243 RN 38; Sch-Sch-Eser, § 243 RN 42a.

<sup>33</sup> BGHSt 22, 350; 351; LK<sup>11</sup>-Ruß, § 242 RN 45.

<sup>34</sup> Hruschka, NJW 1978, 1338, Schünemann, JA 1980, 355.

<sup>35</sup> Lenckner, JR 1982, 427; M-S-M, § 33 RN 116; Haft, JuS 1988, 369.

<sup>36</sup> Sch-Sch-Eser, § 244, RN 5; Kotz, JuS 1982, 100; Scholderer, StV 1988, 431.

<sup>37</sup> BGHSt 30 44, 46.; OLG Köln, NJW 1978, 652; Mitsch, § 1 RN 241 f.; Rengier, § 4 RN 23; Geppert, Jura 1992, 298.

Da P auch rechtswidrig und schuldhaft handelte, hat er einen Waffendiebstahl gem. § 244 I Nr. 1a) Var. 1 begangen.

## **II. Wohnungseinbruchdiebstahl gem. § 244 I Nr. 3**

Ferner könnte P einen Wohnungseinbruchdiebstahl gem. § 244 I Nr. 3 begangen haben, indem er in die Villa der V eingestiegen ist.

P ist in die Villa, die von V als Wohnraum genutzt wird, eingestiegen (s. 1. Tk. A. IV. 1. a)). P handelte vorsätzlich, rechtswidrig und schuldhaft. Er hat sich damit eines Wohnungseinbruchdiebstahls gem. § 244 I Nr. 3 schuldig gemacht.

### **C. Unterschlagung**

Da P durch den Einbruch schon die §§ 242, 243 und §§ 242, 244 I Nr. 1a) Var. 1 und Nr. 3, die einen höheren Strafraum als § 246 I haben, erfüllt hat, kommt § 246 wegen seiner Subsidiaritätsklausel in Abs. 1 a.E. nicht zur Anwendung.

### **D. Hausfriedensbruch gem. § 123 I Var. 1**

P könnte sich wegen eines Hausfriedensbruchs gem. § 123 I Var. 1 strafbar gemacht haben, indem er in die Villa einstieg.

**I.** P müßte in eine Wohnung eingedrungen sein. Eindringen ist das Betreten gegen oder ohne den Willen des Hausrechtsinhabers.<sup>39</sup> P hat die Villa, die Wohnung der V, betreten. Er hat ohne den Willen des Hausrechtsinhabers, der V, gehandelt, P ist daher eingedrungen iSd § 123 I Var. 1. P handelte vorsätzlich.

**II.** P müßte gem. § 123 I widerrechtlich in die Villa eingedrungen sein. Für sein Verhalten liegt kein Rechtfertigungsgrund vor. P handelte auch schuldhaft.

**III.** P hat sich eines Hausfriedensbruchs gem. § 123 I Var. 1 strafbar gemacht. V müßte aber gem. § 123 II einen Strafantrag gegen P stellen.

### **E. Ergebnis und Konkurrenzen**

Zwischen § 244 I Nr. 1a) Var. 1 und 3 besteht Idealkonkurrenz (§ 52 I), dagegen werden die §§ 242, 243 von § 244 aufgrund seiner Spezialität verdrängt.<sup>40</sup> Teilweise wird vertreten, daß der eigentlich von §§ 242, 243 I 2 Nr. 1 verdrängte § 123 wieder hervor- und tateinheitlich neben § 244 treten könne.<sup>41</sup> In § 244 I Nr. 3 ist aber die Tatsache, daß der Täter in fremde Räume eindringt, schon einbezogen,<sup>42</sup> daher ist diese Auffassung im Falle des Wohnungseinbruchdiebstahls nicht einzusehen. Vielmehr wird § 123 von § 244 I Nr. 3 verdrängt. Folglich hat sich P eines Waffendiebstahls gem. § 244 I Nr. 1a) Var. 1 in Tateinheit (§ 52 I) mit einem Wohnungseinbruchdiebstahl gem. § 244 I Nr. 3 schuldig gemacht.

## **2. Tatkomplex: Das Geldabheben**

### **A. Betrug gegenüber dem Bankangestellten zum Nachteil der V gem. § 263 I**

P könnte sich durch Abheben der Geldbeträge wegen Betruges gegenüber dem Bankangestellten (B) zum Nachteil der V gem. § 263 strafbar gemacht haben.

<sup>38</sup> BGHSt 30, 44, 45 f.; Kotz, JuS 1982, 99 f.; LK<sup>11</sup>-RuB, § 244 RN 5; Mitsch, § 1 RN 242.

<sup>39</sup> Sch-Sch-Lenckner, § 123 RN 11.

<sup>40</sup> SK-Hoyer (99), § 244 RN 39 f.; Mitsch, § 1 RN 171.

<sup>41</sup> SK-Hoyer (99), § 244 RN 40.

## **I. Täuschung**

P müßte B getäuscht haben. Täuschung ist jede unwahre Erklärung über Tatsachen.<sup>43</sup> Tatsachen sind konkrete äußere oder innere Vorgänge oder Zustände der Vergangenheit oder Gegenwart, die einem Beweis zugänglich sind.<sup>44</sup> P hat nicht ausdrücklich erklärt, daß er abhebungsberechtigt sei. Eine Täuschung ist aber auch konkludent möglich.<sup>45</sup> Durch Benutzung des Sparbuches als Legitimationspapier hat P schlüssig erklärt, er selbst sei Anspruchsinhaber oder doch zumindest dessen Bevollmächtigter. P war aber weder der Anspruchsinhaber noch dessen Bevollmächtigter, P hat daher eine Täuschungshandlung begangen.

## **II. Irrtum**

Durch die Täuschung müßte P bei B einen Irrtum erregt haben. Irrtum ist die Fehlvorstellung von in Wahrheit nicht vorhandenen Tatsachen.<sup>46</sup> Hierfür ist eine positive Vorstellung einer Tatsache notwendig, eine bloße Unkenntnis, ohne an das Fehlen eines Umstandes zu denken, genügt nicht.<sup>47</sup> Der B muß also die Fehlvorstellung gehabt haben, an den Berechtigten oder dessen Bevollmächtigten zu leisten. Ob ein Bankangestellter, dem ein Sparbuch vorgelegt wird, über die Berechtigung des Vorlegenden irrt oder sich darüber nur keine Gedanken macht, ist strittig, da der Aussteller nach § 808 BGB berechtigt, aber nicht verpflichtet ist, die Legitimation des Vorlegenden zu prüfen<sup>48</sup>.

Eine Ansicht nimmt pauschal eine Fehlvorstellung im Sinne eines sachgedanklichen Mitbewußtseins an.<sup>49</sup> Da der Schuldner, wenn er grobfahrlässig an einen Nichtberechtigten verfüge, nicht von seiner Verbindlichkeit befreit wird,<sup>50</sup> stelle sich der Schuldner die Berechtigung des Vorlegers regelmäßig vor.<sup>51</sup> Nach dieser Auffassung befand sich B im Irrtum.

Nach der Gegenauffassung kann vom Haftungsrisiko des Ausstellers nicht auf seine Vorstellung geschlossen werden, denn die eigentliche Pflicht des Ausstellers, sich Gedanken zu machen, bedeute nicht, daß er sich tatsächlich Gedanken mache.<sup>52</sup> Wenn der Aussteller keine Umstände festgestellt habe, die gegen die Berechtigung sprechen, werde von ihm nicht erwartet, daß er sich Gedanken über die Legitimation mache.<sup>53</sup> Vorliegend sind keine Anzeichen auf Zweifel des B bezüglich der Befugnis des P, Geld abzuheben, festzustellen. Nach dieser Meinung befand sich B also nicht in einem Irrtum.

---

<sup>42</sup> Vgl. Sch-Sch-Eser, § 243 RN 59 zur Regelung dieser Konkurrenzfrage zwischen dem alten § 243 I 2 Var. 2 und § 123.

<sup>43</sup> Lackner-Kühl-Kühl, § 263 RN 3; Mitsch, § 7 RN 17.

<sup>44</sup> Otto, BT § 51 RN 9; Rengier, § 13 RN 2, Mitsch, § 7 RN 18; Lackner-Kühl-Kühl, § 263 RN 4.

<sup>45</sup> BGHSt 3, 69, 71; 29, 165, 167; Ranft, Jura 1992, 66; Arzt/Weber, LH 3, RN 403; Lackner-Kühl-Kühl, § 263 RN 9.

<sup>46</sup> LK<sup>10</sup>-Lackner, § 263 RN 75; SK-Samson/Günther (96), § 263 RN 49; Mitsch, § 7 RN 55.

<sup>47</sup> SK-Samson/Günther (96), § 263 RN 50; Sch-Sch-Cramer, § 263, RN 33; Mitsch, § 7 RN 56.

<sup>48</sup> MüKo-Hüffer, § 808 RN 28 f.; Palandt-Thomas, § 808 RN 7.

<sup>49</sup> Sch-Sch-Cramer, § 263 RN 48; M-S-M, § 41 RN 63; Blei, § 61 III 1 (S. 226).

<sup>50</sup> OLG Düsseldorf NJW 1987, 654 f.; Palandt-Thomas, § 808 RN 7.

<sup>51</sup> Sch-Sch-Cramer, § 263 RN 48; Maiwald, JA 1971, 643; Maiwald, Zueignungsbegriff, 169.

<sup>52</sup> OLG Düsseldorf NJW 1989, 2003, 2004; SK-Samson/Günther (96), § 263 RN 60; Gössel, § 21 RN 88.

<sup>53</sup> SK-Samson/Günther (96), § 263 RN 60; Miehe, Heidelberg-FS, S. 498 f.

Gegen die erste Ansicht spricht, daß es verfehlt wäre, in jedem Fall wegen des Haftungsrisikos Überlegungen des Bankangestellten über die Legitimation des Vorlegenden und damit einen Irrtum anzunehmen.<sup>54</sup> Außerdem soll § 808 BGB gerade den Kassierer von der Belastung befreien, sich ständig Gedanken über die Legitimation des Vorlegenden machen zu müssen.<sup>55</sup> Auch handelt der Bankangestellte erst grobfahrlässig, wenn er trotz Hinweisen auf die mangelnde Berechtigung des Vorlegenden dessen Legitimation nicht nachprüft.<sup>56</sup> Daher ist der zuletzt dargelegten Ansicht zu folgen. B irrte also nicht. P ist daher nicht gem. § 263 I wegen eines vollendeten Betruges strafbar.

**B. Versuchter Betrug gegenüber B und zu Lasten der V gem. §§ 263 I, II, 22**

P könnte wegen eines versuchten Betruges gegenüber B und zu Lasten der V gem. §§ 263 I, II, 22 strafbar sein, indem er das Geld abhob.

Der Betrug ist nicht vollendet. Der Versuch des Betruges ist gem. §§ 263 II, 23 I strafbar. Voraussetzung für einen versuchten Betrug ist das Vorliegen eines Tatentschlusses. P müßte zumindest mit einem Irrtum des B gerechnet haben. Auf eine Vorstellung des P, daß B sich über die Berechtigung des P überhaupt Gedanken mache und daher vielleicht irrte, gibt es keine Hinweise. Also ist ein Betrugsversuch gem. §§ 263 I, II, 22 mangels Tatentschlusses zu verneinen.

**C. Unterschlagung gem. § 246 I**

P könnte sich einer Unterschlagung gem. § 246 I schuldig gemacht haben, indem er die Banknoten abhob.

Voraussetzung ist, daß P sich eine fremde bewegliche Sache rechtswidrig zueignet hat. Die Banknoten sind bewegliche Sachen. Fraglich ist, ob sie auch fremd sind. Wenn der Täter durch die Tat rechtsgeschäftlich Eigentum erwirbt, fehlt es bei der Handlung mit Zueignungsqualität an der Fremdheit der Sache.<sup>57</sup> Banken übereignen bei Barauszahlungen regelmäßig an denjenigen, den es angeht, also an den Abhebenden.<sup>58</sup> Durch die rechtsgeschäftliche Einigung zwischen B und P und die Übergabe des Geldes ist P gem. § 929, 1 BGB Eigentümer geworden. Eine Unterschlagung gem. § 246 I scheidet daher aus.

**D. Urkundenunterdrückung gem. § 274 I Nr. 1 Var. 3**

P könnte einer Urkundenunterdrückung gem. § 274 I Nr. 1 Var. 3 schuldig sein, indem er der V die Sparbücher entzog.

Das Sparbuch verkörpert eine Gedankenerklärung, ist zum Beweis bestimmt und läßt den Aussteller erkennen, es ist also eine Urkunde. P gehörte das Sparbuch nicht. P entzog V die Möglichkeit, das Sparbuch als Beweismittel zu nutzen, damit unterdrückte er eine Urkunde. P handelte bezüglich der Unterdrückung vorsätzlich, er müßte ferner die Absicht gehabt haben, V einen Nachteil zuzufü-

<sup>54</sup> SK-Samson/Günther (96), § 263 RN 60; Mitsch, § 7 FN 212.

<sup>55</sup> Mieke, Heidelberg-FS, S. 498.

<sup>56</sup> SK-Samson/Günther (96), § 263 RN 60.

<sup>57</sup> Mitsch, § 2 RN 12; Rengier, § 5 RN 6; Sch-Sch-Eser, § 246 RN 4.

gen. Der Nachteil muß hierbei gerade darauf beruhen, daß dem Berechtigten die Benutzung des Urkundeninhalts in einer Beweissituation vorenthalten wird.<sup>59</sup> Hier entsteht der Nachteil aber durch die mißbräuchliche Verwendung der Urkunde. P hatte keine Nachteilszufügungsabsicht. Er hat sich nicht einer Urkundenunterdrückung gem. § 274 I Nr. 1 Var. 3 schuldig gemacht.

### **E. Ergebnis**

P hat sich beim Geldabheben nicht strafbar gemacht.

## **3. Tatkomplex: Der Kauf des Gemäldes**

### **A. Strafbarkeit des H**

#### **I. Betrug in einem besonders schweren Fall durch H gegenüber P zu Lasten des P gem. § 263 I, III 2 Nr. 2 Var. 1**

H könnte eines Betrugers in einem besonders schweren Fall gegenüber P zu dessen Nachteil schuldig sein, indem er P das gefälschte Gemälde verkaufte.

#### **1. Tatbestand**

##### **a) Täuschung**

H hat dem P vorgespiegelt, daß es sich bei dem Gemälde um einen „echten Rubens“ handele, tatsächlich war das Bild gefälscht. Damit täuschte H den P.

##### **b) Irrtum**

Aufgrund der Täuschung müßte bei H ein Irrtum entstanden sein. P hatte aber erhebliche Zweifel an der Echtheit des Bildes. Fraglich ist daher, ob P irrte.

(1) Nach der Möglichkeitstheorie liegt ein Irrtum vor, wenn der Getäuschte es für möglich hält, daß die vorgespiegelte Tatsache wahr ist.<sup>60</sup> P hatte zwar erhebliche Zweifel, hielt es aber für möglich, daß es sich um einen echten Rubens handele. Er irrte folglich.

(2) Die Wahrscheinlichkeitstheorie geht von einem Irrtum aus, wenn der Getäuschte es für überwiegend wahrscheinlich hält, daß die behauptete Tatsache wahr ist.<sup>61</sup> Da P erhebliche Zweifel hatte, ist davon auszugehen, daß er es eher für unwahrscheinlich hielt, daß das Bild echt sei. P irrte hiernach also nicht.

(3) Nach der viktimologischen Theorie wird ein Irrtum durch Zweifel ausgeschlossen, wenn ein Selbstschutz möglich war, wenn also die Zweifel auf konkreten Anhaltspunkten gründen.<sup>62</sup> Nach einer ähnlichen Ansicht soll aufgrund fehlender konkreter Gefährlichkeit der Betrugstatbestand nicht erfüllt sein, wenn der Irrtum auf grober Fahrlässigkeit des Getäuschten basiert.<sup>63</sup> P hätte die Echtheit prüfen lassen können, er hätte sich also selbst schützen können. P irrte also nicht iSd viktimologischen Theorie. Indem P das Bild ohne Expertise und Belege

<sup>58</sup> OLG Köln NJW 1980, 2366, 2367.

<sup>59</sup> Sch-Sch-Cramer, § 274 RN 16.

<sup>60</sup> BGH wistra 90, 305; wistra 92, 95, 97; LK<sup>10</sup>-Lackner, § 263 RN 80; Sch-Sch-Cramer, § 263 RN 40; M-S-M, § 41 RN 62; Lackner-Kühl-Kühl, § 263 RN 18; Rengier, § 13 RN 21.

<sup>61</sup> Giehring, GA 1973, 21 f.; Sonnen, wistra 1982, 127 f.; Krey, der schon eine einfache Wahrscheinlichkeit ausreichen läßt, RN 373.

<sup>62</sup> Amelung, GA 1977, 7; Beulke, JR 1978, 390.

<sup>63</sup> Ellmer, S. 284 f., 287.

kaufte, handelte er grobfahrlässig, so daß auch nach der verwandten Ansicht von Ellmer, ein Irrtum ausscheidet.

(4) Die Einwilligungstheorie geht davon aus, daß ein Irrtum nur vorliegt, wenn die Zweifel des Getäuschten die Wirksamkeit einer Einwilligung hinsichtlich einer Vermögensverfügung des Getäuschten bei einem anderen Vermögensdelikt beseitigten.<sup>64</sup> Eine rechtsgutsbezogene Fehlvorstellung iSd Einwilligungstheorie, also die Unkenntnis über Bedeutung, Tragweite und Auswirkungen des Rechtsgutsverzichts, verbietet in jedem Fall die Annahme einer inneren Zustimmung, die für eine wirksame Einwilligung bei einem Vermögensdelikt mit vergleichbarer Fallage ausreichte.<sup>65</sup> P glaubte trotz seiner Zweifel, daß der Rubens echt sei. Damit erlag er einer rechtsgutsbezogenen Fehlvorstellung, so daß bei einem vergleichbaren Vermögensdelikt eine Einwilligung in die Zueignung nicht wirksam gewesen wäre. Nach dieser Ansicht liegt ein Irrtum des P vor.

(5) Gegen die viktimologische Theorie spricht, daß der Zweifelnde den potentiellen Täter nicht abschrecken kann, ihn zu täuschen, sondern nur das Ziel der Täuschung vereiteln kann; sein Selbstschutz ist weniger effektiv als der strafrechtliche Schutz.<sup>66</sup> Das Abstellen auf grobe Fahrlässigkeit des Opfers führt ebenso wie die Wahrscheinlichkeitstheorie zu Abgrenzungsschwierigkeiten.<sup>67</sup> Diesen Ansichten ist daher nicht zu folgen. Auch die Einwilligungstheorie überzeugt nicht, denn sie vergleicht Unvergleichbares miteinander<sup>68</sup>. Vielmehr fällt der List des Täuschenden zum Opfer, wer trotz seiner Zweifel verfügt, es gibt keinen Grund, warum der Getäuschte schutzlos gestellt wird und damit indirekt das beanstandete Interesse des Täuschenden bevorzugt werden sollte.<sup>69</sup> Daher ist der Möglichkeitstheorie zu folgen, nach der P irrte.

Da Fahrlässigkeit des Opfers die Kausalität zwischen Täuschung und Irrtum nicht ausschließt<sup>70</sup>, irrte P aufgrund der Täuschung.

### c) Vermögensverfügung

Der Irrtum müßte den P zu einer Vermögensverfügung veranlaßt haben. Vermögensverfügung ist jedes faktische Handeln, Dulden oder Unterlassen des Getäuschten, das unmittelbar vermögensmindernd wirkt.<sup>71</sup> P übereignete die Geldscheine an H gem. §§ 929, 1, 932 I 1, 935 II BGB, er verfügte über sie. Fraglich ist aber, ob P über ihm zustehendes Vermögen iSd § 263 verfügt hat, weil die Banknoten gestohlen waren und P kein Eigentum, sondern nur unrechtmäßigen Besitz an ihnen hatte. Der Vermögensbegriff ist umstritten.

---

<sup>64</sup> Herzberg, GA 1977, 296.

<sup>65</sup> Herzberg, GA 1977, 297; Kühl, AT, § 9 RN 37; Sch-Sch-Lenckner, vor §§ 32 RN 47; LK<sup>11</sup>-Hirsch, vor §§ 32 RN 119.

<sup>66</sup> Herzberg, GA 1977, 294; Hillenkamp, S. 178; Loos/Krack, JuS 1995, 208.

<sup>67</sup> SK-Samson/Günther (96), § 263 RN 57 u. 57 a; LK<sup>10</sup>-Lackner, § 263 RN 80, Hillenkamp, S. 175.

<sup>68</sup> SK-Samson/Günther(96), § 263 RN 56; M-S-M, § 41 RN 62.

<sup>69</sup> LK<sup>10</sup>-Lackner, § 263 RN 80; Hillenkamp, S. 174 f.

<sup>70</sup> Sch-Sch-Cramer, § 263 RN 43; LK<sup>10</sup>-Lackner, § 263 RN 91.

<sup>71</sup> BGHSt 14, 170, 171; Wessels/Hillenkamp, RN 514; Küper, S. 353.

(1) Vermögen iSd juristischen Vermögensbegriffs sind alle subjektiven Rechte einer Person ohne Rücksicht auf ihren wirtschaftlichen Wert.<sup>72</sup> P hatte nur Besitz an den Banknoten. Besitz ist aber kein subjektives Recht<sup>73</sup> und wird nicht vom juristischen Vermögensbegriff umfaßt.<sup>74</sup> Die Banknoten sind daher nicht Vermögen des P iSd juristischen Vermögensbegriffs.

(2) Nach dem wirtschaftlichen Vermögensbegriff sind alle wirtschaftlich wertvollen Positionen Vermögen iSd § 263.<sup>75</sup> Auch der unrechtmäßige Besitz ist Vermögen iSd § 263.<sup>76</sup> Die Banknoten im Besitz des P stellen einen wirtschaftlichen Wert dar. Sie sind nach dieser Ansicht Vermögen.

(3) Der juristisch-ökonomische Vermögensbegriff faßt unter Vermögen iSd § 263 alle wirtschaftlichen Güter einer Person, die ihrer rechtlich gebilligten und geschützten Verfügungsgewalt unterliegen.<sup>77</sup> Umstritten ist hier, ob unrechtmäßiger Besitz unter den strafrechtlichen Vermögensschutz fällt.

Nach einer Ansicht soll unrechtmäßig, insbesondere deliktisch erlangter Besitz nicht Bestandteil des strafrechtlich geschützten Vermögens sein.<sup>78</sup> Die Gegenposition sieht auch den unrechtmäßig und widerrechtlich erlangten Besitz als Vermögenobjekt an.<sup>79</sup> Nach der ersten Ansicht sind die Banknoten nicht Vermögen iSd § 263, nach der Gegenposition stellen sie Vermögen iSd § 263 dar.

(4) Nach dem personalen Vermögensbegriff ist Vermögen die wirtschaftliche Macht des Vermögenseinhabers, die auf der Herrschaftsgewalt über Objekte beruht, welche die Rechtsgesellschaft als selbständige Objekte des Wirtschaftsverkehrs betrachtet.<sup>80</sup> Unrechtmäßiger Besitz gehört hiernach auch zum geschützten Vermögen.<sup>81</sup> P hatte die Herrschaftsgewalt über die Banknoten, die selbständige Objekte des Wirtschaftsverkehrs sind. Nach dieser Auffassung liegt also eine Verfügung über Vermögen iSd § 263 vor.

(5) Gegen den juristischen Vermögensbegriff spricht, daß er nicht alle schutzwürdigen Güter umfaßt, die sich nicht auf Rechte oder Pflichten beschränken lassen wie z.B. den Besitz, andererseits aber wirtschaftlich wertlose Rechte schützt.<sup>82</sup> Dem juristisch-ökonomischen Vermögensbegriff ist aus kriminalpolitischen Gründen nicht zu folgen; er übersieht, daß die Geltung der Strafrechtsordnung auch zum Schutz unsittlich oder unerlaubt erlangten Vermögens dem Rechtsfrieden dient, denn sonst würde im Verhältnis von Rechtsbrechern unter-

---

<sup>72</sup> RGSt 11, 72, 76; RGSt 19, 186, 191; RGSt 21, 161, 163.

<sup>73</sup> Palandt-Bassenge, vor § 854 RN 1; Schwab/Prütting, RN 49.

<sup>74</sup> Hillenkamp, S. 190.

<sup>75</sup> BGHSt 3, 99, 102; BGHSt 16, 220, 221; Krey, RN 433 ff.; T-F-Fischer, § 263 RN 27.

<sup>76</sup> Küper, S. 333; Kühl, JuS 1989, 511.

<sup>77</sup> BGH NStZ 1987, 407; BGH StV 1987, 484; Cramer, Vermögensbegriff, 100; ders. JuS 1966, 474 f.; LK<sup>10</sup>-Lackner, § 263 RN 123; M-S-M, § 41 RN 99; SK-Samson/Günther (96), § 263 RN 112 f.

<sup>78</sup> Lenckner, JZ 1967, 106 f.; M-S-M, 3 41 RN 99; SK-Samson/Günther (96); § 263 RN 118.

<sup>79</sup> BGHSt 8, 254, 256; LK<sup>10</sup>-Lackner, § 263 RN 133; Tenckhoff, JR 1988, S. 127; Wessels/Hillenkamp, RN 535.

<sup>80</sup> Otto, BT § 38 RN 7; Heinitz, JR 1968, 387 f.; Geerds, Jura 1994, 320.

<sup>81</sup> Otto, Jura 1993, 426.

<sup>82</sup> Hillenkamp, S. 190; SK-Samson/Günther (96), § 263 RN 110; LK<sup>10</sup>-Lackner, § 263 RN 121.

einander Betrug und Erpressung gutgeheißen.<sup>83</sup> Der juristisch-ökonomische Vermögensbegriff, der den unrechtmäßigen Besitz nicht als Vermögen iSd § 263 betrachtet, widerspricht schon der Einheit der Strafrechtsordnung, da bei einer Entwendung mittels Gewahrsamsbruchs Diebstahl gegeben wäre, so daß konsequenterweise auch beim Einsatz von betrügerischen Mitteln zur Besitzerlangung Strafbarkeit gem. § 263 gegeben sein muß.<sup>84</sup> Weiterhin übersieht er, daß die §§ 859 ff. BGB auch den unrechtmäßigen Besitz schützen, denn nur der Berechtigte soll den Nichtberechtigten gegen seinen Willen aus seiner Besitzerstellung vertreiben dürfen, dieses aber auch nur mit den von der Rechtsordnung vorgesehenen Mitteln.<sup>85</sup> Also ist auch der unredliche unrechtmäßige Besitz zu schützen.<sup>86</sup> Gegen den personalen Vermögensbegriff spricht, daß er im Bereich des Vermögensschadens den Schutzbereich des § 263 auf den Schutz der Dispositionsfreiheit auszudehnen droht, indem auf die wirtschaftliche Potenz des Vermögensträgers abgestellt wird.<sup>87</sup>

Folglich ist dem wirtschaftlichen Vermögensbegriff zu folgen, der die Einheit der Rechtsordnung gewährleistet und den Rechtsfrieden schützt. Der unrechtmäßige Besitz ist deshalb Bestandteil des Vermögens. Die Banknoten stellten also Vermögen des P dar, über das P verfügte.

Kausalität zwischen Irrtum und Verfügung liegt vor, wenn der Irrtum mitbestimmend für die Verfügung ist, er muß aber nicht alleinige Ursache sein.<sup>88</sup> Zwar war für die Verfügung des P auch der Gedanke motivierend, so die gestohlenen Banknoten durch einen bleibenden Wert zu ersetzen. Mitursächlich war aber die Vorstellung, einen alten Meister zu erwerben, denn für eine Kopie hätte P nicht eine so hohe Geldsumme bezahlt.

#### d) Vermögensschaden

Durch die Vermögensverfügung müßte dem P ein Vermögensschaden entstanden sein. Ein solcher liegt vor, wenn sich infolge der Vermögensverfügung der Gesamtwert des Vermögens vermindert.<sup>89</sup> Die Banknoten im Wert von 200000 DM gehörten nach dem wirtschaftlichen Vermögensbegriff zum Vermögen des P. Für diese Banknoten erhält er eine Fälschung, die nur ein Bruchteil der 200000 DM wert ist. P erlitt also einen Vermögensschaden.

#### e) Subjektiver Tatbestand

H handelte in Bezug auf Täuschung, Irrtum, Vermögensverfügung und Vermögensschaden des P vorsätzlich. Ferner müßte H die Absicht gehabt haben, sich oder einem Dritten einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen. Der Vermögensvorteil ist die wirtschaftliche Verbesserung der Vermögenslage und

---

<sup>83</sup> Krey, RN 434; Hillenkamp, S. 190; Kühl, JuS 1989, 508.

<sup>84</sup> Krey, RN 433; Hillenkamp, S. 190; Kühl, JuS 1989, 511.

<sup>85</sup> LK<sup>10</sup>-Lackner, § 263 RN 133; Tenckhoff, JR 1988, 127.

<sup>86</sup> BGHSt 8, 254, 256; LK<sup>10</sup>-Lackner, § 263 RN 133; Lackner-Kühl-Kühl, § 263 RN 34; Bockelmann, 249.

<sup>87</sup> Hillenkamp, S. 192; LK<sup>10</sup>-Lackner, § 263 RN 124.

<sup>88</sup> RGSt 76, 82, 86 f.; Sch-Sch-Cramer, § 263 RN 27.

muß dem zugefügten Schaden entsprechen.<sup>90</sup> H wollte den Vermögensvorteil erlangen, ohne einen Anspruch darauf zu haben. Er hatte die Absicht, sich durch seine Tat einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen. H erstrebte den Vermögensvorteil unmittelbar aus dem Vermögen des P, daher bestand auch Stoffgleichheit zwischen Vermögensschaden und Vermögensvorteil.

## **2. Rechtswidrigkeit und Schuld**

H handelte auch rechtswidrig und schuldhaft.

## **3. Regelbeispiel des § 263 III 2 Nr. 2 Var. 1**

Die Strafe könnte § 263 III 2 Nr. 2 Var. 1 zu entnehmen sein, wenn H einen Vermögensverlust großen Ausmaßes herbeigeführt und damit das Regelbeispiel des § 263 III 2 Nr. 2 Var. 1 erfüllt hat. Das Merkmal „großes Ausmaß“ kann mit Hilfe des gleichnamigen Merkmals in § 264 II 2 Nr. 1 konkretisiert werden.<sup>91</sup> Ein großes Ausmaß kann idR ab etwa 100000 DM angenommen werden.<sup>92</sup> Daher kann davon ausgegangen werden, daß H einen Vermögensschaden großen Ausmaßes verursacht hat. H handelte diesbezüglich wissentlich und willentlich.

## **4. Zwischenergebnis**

H ist wegen Betruges in einem besonders schweren Fall gem. § 263 I, III 2 Nr. 2 Var. 1 gegenüber und zum Nachteil des P strafbar.

## **II. Betrug durch H gegenüber P zu Lasten der V gem. § 263 I**

H könnte dadurch, daß er P vorspiegelte, es handele sich um einen echten Meister und in der Folge Eigentum an den Banknoten erlangte, einen Betrug gegenüber P und zum Nachteil der V begangen haben.

### **1. Täuschung und Irrtum**

H täuschte P über die Echtheit des Rubens, dieses führte zu einem Irrtum des P.

### **2. Vermögensverfügung**

§ 263 I setzt die Identität von Getäushtem und Verfügendem, nicht aber von Verfügendem und Geschädigtem voraus.<sup>93</sup> Sein Irrtum könnte P unmittelbar dazu veranlaßt haben, über Vermögen der V zu verfügen. Indem P die Banknoten gem. §§ 929, 1, 932 I 1, 935 II BGB an H übereignete, verfügte er über sie. Die Banknoten müßten jedoch auch zum Vermögen der V gerechnet werden können. Hier wird dem wirtschaftlichen Vermögensbegriff gefolgt (s. 3. Tk. A. I. 1. c) (5)). V war Eigentümerin der Banknoten, bis H Eigentum an ihnen erwarb. Eigentum ist ein wirtschaftliches (geldwertes) Gut. Da der Eigentümer neben dem - auch deliktischen - Besitzer, der Alleingewahrsam hat, Vermögensinhaber

---

<sup>89</sup> BGHSt 3, 99, 102; Lackner-Kühl-Kühl, § 263 RN 36; Mitsch, § 7 RN 95.

<sup>90</sup> Lackner-Kühl-Kühl, § 263 RN 59; Mitsch, § 7 RN 117.

<sup>91</sup> Mitsch, § 7 RN 130.

<sup>92</sup> Sch-Sch-Lenckner, § 264 RN 74; T-F-Fischer, § 264 RN 31.

<sup>93</sup> BGHSt 18, 221, 223; Küper, S. 363; Lackner-Kühl-Kühl, § 263, RN 28.

bleibt,<sup>94</sup> spricht der Alleingewahrsam des P an den Banknoten nicht gegen V als Vermögensinhaberin. Da A immerhin Zweifel an der Redlichkeit des P und dessen Version des Streifeneinsatzes hat, so daß eine Aufklärung des Geschehens nicht völlig ausgeschlossen erscheint, war die Eigentümerposition der V auch nicht gänzlich wertlos. Daher waren die Banknoten Vermögen der V.

Da Betrug ein Selbstschädigungsdelikt ist, wird bei der Verfügung eines Dritten eine Nähebeziehung zum beeinflussten Drittvermögen verlangt, damit eine Vermögensverfügung zu Lasten des Geschädigten bejaht werden kann.<sup>95</sup>

a) Nach der faktischen Nähetheorie wird die Verfügung eines Dritten dem Geschädigten als eigene zugerechnet, wenn der Dritte tatsächlich über die Sache verfügen konnte.<sup>96</sup> P war Besitzer der Banknoten, er konnte daher faktisch über sie verfügen. Eine Näheverhältnis liegt nach dieser Meinung vor.

b) Die Lagertheorie bejaht ein Näheverhältnis, wenn der Verfügende im Lager des Geschädigten steht und wegen seines schon vor der Verfügung existenten Näheverhältnisses zum Vermögen des Geschädigten zur Verfügung imstande war.<sup>97</sup> P stand als Dieb nicht im Lager der V, daher besteht kein Näheverhältnis.

c) Die Befugnistheorie rechnet eine Verfügung dem Geschädigten nur als eigene zu, wenn der Verfügende dazu befugt war.<sup>98</sup> P war nicht befugt, über die entwendeten Banknoten zu verfügen. Ein Näheverhältnis liegt folglich nicht vor.

d) Gegen die Befugnistheorie spricht, daß der Bereich der Vermögensverfügung vor allem faktischer Natur ist und daher die zivilrechtliche Begrenzung der Verfügungsfähigkeit des Gewahrsamshüters einen Fremdkörper darstellt.<sup>99</sup>

Die faktische Nähetheorie ist andererseits zu weit, da sie die objektive Beziehung des Verfügenden zum betroffenen Vermögen übersieht, denn die tatsächliche Möglichkeit zu verfügen steht jedem offen, so auch dem Tatmittler.<sup>100</sup> Daher ist die Lagertheorie vorzugswürdig, weil sie die für das Näheverhältnis notwendige rechtliche oder tatsächliche Beziehung präzisiert.<sup>101</sup> Nach der Lagertheorie wird V die Verfügung des P nicht zugerechnet. Es fehlt daher an einer Vermögensverfügung.

### **3. Zwischenergebnis**

H ist keines Betruges gegenüber P und zum Nachteil der V gem. § 263 I schuldig.

### **III. Unterschlagung gem. § 246**

H hat an den Banknoten gem. §§ 929, 1, 932 I 1, 935 II BGB Eigentum erworben, daher scheidet eine Unterschlagung schon an der Fremdheit der Sache.

<sup>94</sup> LK<sup>10</sup>-Lackner, § 263 RN 113 (bei FN 194); Herzberg, ZStW 89 (1977), 409.

<sup>95</sup> Küper, S. 363; v. Heintschel-Heinegg, S. 113.

<sup>96</sup> BGHSt 18, 221, 223 f.; OLG Hamm NJW 1969, 620; Dreher, JR 1966, 30.

<sup>97</sup> BGH Dall. MDR 1974, 15; Sch-Sch-Cramer, § 263 RN 66; M-S-M, § 41 RN 79 f.; Hauf, JA 1995, 462; Lenckner, JZ 1966, 321; Wessels/Hillenkamp, RN 641; Geppert, JuS 1977, 72.

<sup>98</sup> SK-Samson/Günther (96), § 263 RN 94; Amelung, GA 1977, 14 f.; v. Heintschel-Heinegg, S. 114.

<sup>99</sup> LK<sup>10</sup>-Lackner, § 263 RN 113; Hauf, JA 1995, 462; Hillenkamp, S. 182.

<sup>100</sup> LK<sup>10</sup>-Lackner, § 263 RN 113; Hauf, JA 1995, 462.

<sup>101</sup> Hauf, JA 1995, 462; Hillenkamp, S. 182.

#### **IV. Wucher gem. § 291 I 1 Nr. 3 Var. 2**

H könnte sich wegen Wuchers gem. § 291 I 1 Nr. 3 Var. 2 strafbar gemacht haben, wenn er die Unerfahrenheit des P ausgenutzt hat und so ein auffälliges Mißverhältnis zwischen seiner Leistung und seinen Vermögensvorteilen entstanden ist. Bei der Unerfahrenheit handelt es sich um einen erheblichen Mangel an marktrelevantem Wissen, das ein durchschnittlicher Teilnehmer am Geschäftsleben aufweist.<sup>102</sup> P fehlten aber nur Sonderkenntnisse. Daher ist H nicht eines Wuchers gem. § 291 I 1 Nr. 3 Var. 2 schuldig.

#### **V. Hehlerei gem. § 259 I**

H hat sich zwar die gestohlenen Banknoten verschafft, aber ohne Bewußtsein, daß diese gestohlen waren. Es mangelt also am Vorsatz, so daß H sich nicht der Hehlerei gem. § 259 I schuldig gemacht hat.

#### **B. Strafbarkeit des P**

##### **I. Betrug durch P gegenüber H zu dessen Lasten gem. § 263 I**

P könnte sich wegen eines Betruges gegenüber und zum Nachteil des H gem. § 263 I strafbar gemacht haben, indem P dem H vorspiegelte, Eigentümer der Banknoten zu sein, und der H dem P das Bild übereignete.

##### ***1. Täuschung, Irrtum und Vermögensverfügung***

P hat H vorgespiegelt, daß er der Eigentümer der Banknoten sei. Er täuschte H. Bei H entstand dadurch ein Irrtum. Aufgrund des Irrtums hat H das Gemälde übereignet, denn ohne Irrtum hätte H das Geschäft nicht vorgenommen, weil er bösgläubig gewesen wäre und nicht gem. §§ 929, 1, 932 I 1, 935 II BGB Eigentum an den Banknoten hätte erwerben können. Da hier dem wirtschaftlichen Vermögensbegriff gefolgt wird, ist es irrelevant, daß H dieses Vermögen zu einem sittenwidrigen Zweck – dem Betrug des P – einsetzte. Das Bild war also Vermögen des H. Folglich liegt eine Vermögensverfügung vor.

##### ***2. Vermögensschaden***

Fraglich ist, ob H einen Vermögensschaden erlitten hat. Zunächst erscheint ein Vermögensschaden des H abwegig, weil H für den gefälschten Rubens gutgläubig Eigentum an den gestohlenen 200000 DM erlangte. Allerdings wird die Meinung vertreten, daß der gutgläubige Erwerber einer vom Veräußerer durch eine Straftat erlangten Sache geschädigt sein kann, wenn ihm konkret Gefahren aus dem strafbaren Vorerwerb drohen; der „sittliche Makel“, der dem erworbenen Gegenstand anhaftet, begründet einen solchen Schaden aber noch nicht.<sup>103</sup> Hier

---

<sup>102</sup> NK-Kindhäuser (98), § 291 RN 32; Lackner-Kühl-Kühl, § 291 RN 8; T-F-Fischer, § 291 RN 11.

<sup>103</sup> BGH JR 1990, 517, 518; Mitsch, § 7 RN 105; SK-Samson/Günther (96), § 263 RN 180; Rengier, § 13 RN 91; Wesels/Hillenkamp, RN 575.

ist eine konkrete Gefahr für den H nicht ersichtlich, so daß ein Vermögensschaden zu verneinen ist.

Nach der Gegenposition erleidet der gutgläubige Erwerber grundsätzlich keinen Vermögensschaden,<sup>104</sup> so daß H auch hiernach keinen Schaden erleidet.

Ein Vermögensschaden des H liegt nach beiden Ansichten nicht vor.

### **3. Zwischenergebnis**

P ist keines vollendeten Betruges gegenüber und zum Nachteil des H schuldig.

### **II. Versuchter Betrug gegenüber und zu Lasten des H gem. §§ 263 I, II, 22**

P könnte eines versuchten Betruges gegenüber und zu Lasten des H gem. §§ 263 I, II, 22 schuldig sein. Der Versuch des Betruges ist gem. §§ 263 II, 23 I strafbar. Voraussetzung wäre das Vorliegen eines Tatentschlusses. Der P müßte also u.a. mit einem Vermögensschaden des H zumindest gerechnet haben. Hierfür gibt es keine Hinweise. Ein Betrugsversuch gem. §§ 263 I, II, 22 ist zu verneinen.

### **III. Betrug durch P gegenüber H und zum Nachteil der V gem. § 263 I**

P könnte sich eines Betruges gegenüber H und zu Lasten der V schuldig gemacht haben, indem P dem H vorspiegelte, Eigentümer der Banknoten zu sein, und der H gem. §§ 929, 1, 932 I 1, 935 II BGB gutgläubig Eigentum an den Banknoten erwarb, so daß V ihr Eigentum an diesen verlor.

#### **1. Täuschung und Irrtum**

P spiegelte dem H vor, daß er der Eigentümer der Banknoten sei, damit täuschte er H, der aufgrund dieser Täuschung über den wahren Eigentümer irrte.

#### **2. Vermögensverfügung, insbesondere Näheverhältnis**

H könnte über Vermögen der V verfügt haben, indem er gutgläubig Eigentum an den Banknoten erwarb. Die Banknoten waren bis zum Eigentumserwerb durch H Vermögen der V (s. 3. Tk. A. II. 2.). Zu klären ist aber, ob die nötige Nähebeziehung zwischen H und dem beeinflussten Vermögen der V bestand.

Bei den sogenannten Rechtsscheinsfällen, in denen jemand wegen des guten Glaubens eines anderen einen Schaden erleidet, ist strittig, ob zwischen gutgläubigem Erwerber und bisherigem Eigentümer ein Näheverhältnis besteht.

Nach einer Ansicht begründet die gesetzliche Vertrauensschutzregelung, durch die der Verfügende gutgläubig Eigentum am Vermögen des Geschädigten erwirbt, das Näheverhältnis.<sup>105</sup> Rechtsscheinstatbestand ist hier § 932 I 1 BGB. Wegen des gutgläubigen Erwerbs des H läge ein Näheverhältnis vor.

Die Gegenposition lehnt es ab, daß die Vertrauensschutzregelung für sich allein schon eine Nähebeziehung begründet.<sup>106</sup> Da H und V vorher in keinerlei Beziehung standen, liegt nach dieser Ansicht kein Näheverhältnis vor.

<sup>104</sup> Sch-Sch-Cramer, § 263 RN 111; Hefendehl, 353 ff., 356; M-S-M, § 41 RN 125; Lackner-Kühl-Kühl, § 263 RN 43.

<sup>105</sup> OLG Celle NJW 1994, 142, 143; LK<sup>10</sup>-Lackner, § 263 RN 115; M-S-M, § 41 RN 81.

<sup>106</sup> RGSt 49, 16, 19; Schröder, JZ 1972, 709; Sch-Sch-Cramer, § 263 RN 67; Mitsch, § 7 RN 75; Sennekamp, BB 1973, 1008; Samson, JA 1978, 568; Krack/Radtke, JuS 1995, 19.

Für den Sachbetrug wurde oben die Notwendigkeit einer über die bloße faktische Zugriffsmöglichkeit hinausgehende Beziehung für die Begründung eines Näheverhältnisses begründet. Dieser Grundsatz muß auch für die sogenannten Rechtscheinsfälle gelten.<sup>107</sup> Der gutgläubige Erwerber ist einer von beliebig vielen anderen, von denen jeder genauso auf das Vermögen hätte einwirken können, so daß gerade keine besondere Beziehung zwischen gutgläubigem Dritten und Geschädigtem besteht.<sup>108</sup> Diese Beziehung ist daher eine rein faktische<sup>109</sup>, die aber eine Nähebeziehung nicht zu begründen vermag (s. 3. Tk. A. II. 2. d)). Die erste Ansicht scheitert auch daran, daß die Nähebeziehung schon vor der Verfügung bestehen muß,<sup>110</sup> beim gutgläubigen Erwerb aber erst durch die Verfügung entsteht.<sup>111</sup> Daher ist der Ansicht zu folgen, die allein die Vertrauensschutzregelung nicht als ausreichend für die Begründung einer Nähebeziehung ansieht. Folglich liegt keine Vermögensverfügung durch H vor, die V zugerechnet werden könnte.

### **3. Zwischenergebnis**

P ist nicht eines Betruges gegenüber H und zu Lasten der V schuldig.

### **IV. Unterschlagung gem. § 246**

P hat an dem Bild gem. § 929, 1 BGB Eigentum erworben, daher scheitert eine Unterschlagung bereits an der Fremdheit der Sache.

### **C. Ergebnis**

H ist eines Betruges in einem besonders schweren Fall gem. § 263 I, III 2 Nr. 2 Var. 1 gegenüber und zum Nachteil des P schuldig. P hat sich im 3. Tatkomplex nicht strafbar gemacht.

## **4. Tatkomplex: Die „Probe“**

### **A. Diebstahl gem. § 242 I**

P könnte sich wegen eines Diebstahls gem. § 242 I strafbar gemacht haben, indem er den präparierten 200 DM-Schein an sich nahm.

Der Geldschein war eine fremde bewegliche Sache für P. Ferner müßte P den Schein weggenommen haben. Wegnahme ist Bruch fremden und Begründung neuen Gewahrsams. Bruch fremden Gewahrsams bedeutet Beendigung des Gewahrsams ohne Einverständnis des bisherigen Gewahrsamsinhabers.<sup>112</sup> Das Einverständnis ist tatbestandsausschließend und muß nicht erklärt werden.<sup>113</sup> A ging nur kurz aus dem Zimmer, er hat aber als Inhaber des räumlich umgrenzten Herrschaftsbereichs seines Schreibtisches den Willen, über alle sich in diesem Bereich befindenden Sachen die tatsächliche Gewalt auszuüben. Daher befand sich der Geldschein noch im Gewahrsam des A. Der P nimmt den Geldschein an sich und bricht so den Gewahrsam des A. Dieser hatte die Diebesfalle aber gerade erson-

<sup>107</sup> LK<sup>10</sup>-Lackner, § 263 RN 115; M-S-M, § 41 RN 81; Krack/Radtke, JuS 1995, 19.

<sup>108</sup> Samson, JA 1978, 568; Schröder, JZ 1972, 709.

<sup>109</sup> Krack/Radtke, JuS 1995, 19.

<sup>110</sup> a.a.O. (FN 97).

<sup>111</sup> Krack/Radtke, JuS 1995, FN 28 (S. 19).

<sup>112</sup> Sch-Sch-Eser, § 242 RN 35; Mitsch, § 1 RN 60; Gössel, § 7 RN 48.

<sup>113</sup> BayObLG JR 1979, 296, 297; Mitsch, § 7 RN 71; Sch-Sch-Eser, § 242 RN 36; Rengier, § 2 RN 31.

nen, um P zu überführen, und war damit einverstanden, daß P den Geldschein wegnimmt. Wegen dieses Einverständnisses ist der objektive Tatbestand des § 242 I nicht erfüllt. P hat sich keines vollendeten Diebstahls schuldig gemacht.

**B. Versuchter besonders schwerer Fall des Diebstahl gem. §§ 242, 243 I 1, 22**

P könnte sich wegen eines versuchten Diebstahls in einem besonders schweren Fall gem. §§ 242 I, II, 243 I 1, 22 strafbar gemacht haben, indem er den präparierten 200 DM-Schein an sich nahm. P hat keinen vollendeten Diebstahl begangen. Allerdings ist der Versuch des Diebstahls gem. §§ 242 II, 23 I strafbar.

**I. Subjektiver Tatbestand (Tatentschluß)**

P müßte bezüglich aller objektiven Tatbestandsmerkmale vorsätzlich und mit Zueignungsabsicht gehandelt haben. P wollte den Geldschein dem A wegnehmen. Ferner hatte P die Absicht, sich den Geldschein rechtswidrig zuzueignen. Der Tatentschluß des P ist daher zu bejahen.

**II. Unmittelbares Ansetzen, Rechtswidrigkeit und Schuld**

P müßte gem. § 22 nach seiner Vorstellung unmittelbar zur Verwirklichung des Tatbestandes angesetzt haben. P hat den Geldschein an sich genommen; der objektive Tatbestand ist nur wegen des Einverständnisses des A nicht erfüllt. P hat dadurch unmittelbar zur Tatbestandsverwirklichung angesetzt und den objektiven Versuchstatbestand erfüllt. P handelte auch rechtswidrig und schuldhaft.

**III. Besonders schwerer Fall in Form eines Amtsdiebstahls gem. § 243 I 1**

Die Strafe könnte § 243 zu entnehmen sein, wenn als besonders schwerer Fall ein Amtsdiebstahl vorliegt. P ist Amtsträger (§ 11 I Nr. 2 a) Var. 1). Er stahl den Geldschein, der ihm wieder nur bei Gelegenheit, aber nicht in seiner Eigenschaft als Amtsträger zugänglich geworden war. Daher liegt kein Amtsdiebstahl vor.

**IV. Zwischenergebnis**

P hat sich nur eines einfachen Diebstahlsversuchs gem. §§ 242, 22 schuldig gemacht. Es handelt sich um einen untauglichen Versuch, da er in keinem Fall wegen des Einverständnisses des A zur Vollendung hätte führen können. Auch der untaugliche Versuch ist strafbar, weil er in §§ 22, 23 III vorausgesetzt wird.<sup>114</sup>

**C. Unterschlagung gem. § 246 I**

P könnte sich dadurch, daß er den 200 DM-Schein des A an sich nahm, wegen einer Unterschlagung gem. 246 I strafbar gemacht haben.

**I. Tatbestand**

Tatobjekt ist eine fremde bewegliche Sache. Der 200 DM-Schein war eine fremde bewegliche Sache. Weiterhin müßte sich P die Sache zugeeignet haben.

---

<sup>114</sup> BayObLG JR 1979, 296, 297; OLG Celle JR 1987, 253, 254, Sch-Sch-Eser, § 22 RN 60 f.

1. Die Enteignungstheorie setzt für eine Zueignung voraus, daß die Enteignung eingetreten ist.<sup>115</sup> A wußte genau, wo sich der Geldschein befand, und wollte ihn sich wieder herausgeben lassen, P konnte aufgrund der Präparation den Besitz des Geldscheins gar nicht leugnen, so daß keine endgültige Enteignung und daher keine Zueignung vorlag.

2. Die Aneignungstheorie bejaht eine Zueignung schon bei Vorliegen einer Aneignung, also wenn der Täter beginnt, mit der Sache im Sinne einer sinnvollen wirtschaftlichen Nutzung umzugehen.<sup>116</sup> P steckte die 200 DM ein. Damit ist eine Aneignung und deshalb auch eine Zueignung zu bejahen.

3. Nach der Besitztheorie liegt eine Zueignung vor, wenn der Täter Besitz erlangt oder innehat und diesen den Rechten des Eigentümers zuwiderlaufend beansprucht.<sup>117</sup> P steckte den Schein ein, er erlangte dadurch die Sachherrschaft und handelte mit Herrschaftswillen. P wollte den Geldschein wie ein Eigentümer nutzen. Der Besitz des P lief also den Eigentümerinteressen des A zuwider. Daher liegt eine Zueignung vor.

4. Die Manifestationstheorie sieht in der für einen überblickenden Beobachter objektiv erkennbare Manifestation eines Zueignungswillens die Zueignung.<sup>118</sup> Eine derartige Zueignungshandlung ist z.B. im Verheimlichen des Besitzes zu erblicken.<sup>119</sup> P verheimlichte den Besitz an dem Geldschein, indem er ihn einsteckte. Daher geht ein objektiver Beobachter von der Manifestation eines Zueignungswillens aus. Eine Zueignung liegt danach vor.

5. Die erste Auffassung ist zu weit, da eine endgültige Enteignung fern in der Zukunft liegen kann und daher der Begriff der „endgültigen Enteignung“ ein zu vages Abgrenzungskriterium darstellt.<sup>120</sup> Daher ist den letztgenannten Meinungen zu folgen, nach all denen eine Zueignung vorliegt. Fraglich ist, ob die Zueignung auch rechtswidrig war.

Zu prüfen ist eine rechtfertigende Einwilligung des A in die Zueignung des Geldscheins durch P, weil A mit der Wegnahme der Banknote einverstanden war (s. 4 Tk. A.). Das Einverständnis des Gewahrsamsinhabers hinsichtlich des Bruchs fremden Gewahrsams in Fällen einer Diebesfalle kann aber nicht ohne weiteres auf eine rechtfertigende Einwilligung bezüglich der Zueignung ausgedehnt werden.<sup>121</sup> A kam es auf die Überführung des P an, er wußte, wo sich der Geldschein befinden würde. A wollte die 200 DM also nicht verloren geben, daher liegt keine rechtfertigende Einwilligung des A vor. Die beabsichtigte Zueignung war rechtswidrig. Der objektive Tatbestand des § 246 I ist erfüllt.

---

<sup>115</sup> Maiwald, Zueignungsbegriff, S. 191 ff. insbesondere S. 199 f.

<sup>116</sup> Samson, JA 1990, 9; Tenckhoff, JuS 1984, 780.

<sup>117</sup> NK-Kindhäuser (98), § 246 RN 7 und 24 f.

<sup>118</sup> BGHSt 34, 309, 311 f.; Sch-Sch-Eser, § 246 RN 11; Mitsch, § 2 RN 38, der von Enteignungswillen spricht.

<sup>119</sup> BGHSt 34, 309, 312; RGSt 72, 382; OLG Celle NJW 1974, 2326, 2327; T-F-Tröndle, § 246 RN 19.

<sup>120</sup> Mitsch, § 2 RN 35; Hillenkamp, S. 140 f.

<sup>121</sup> BayObLG 1979, 296, 297; LK<sup>11</sup>-Ruß, § 242 RN 70.

6. P handelte bezüglich der Fremdheit der Banknote vorsätzlich. Ferner muß sich der Vorsatz des Täters bezüglich der rechtswidrigen Zueignung auch auf die Endgültigkeit der Enteignung beziehen.<sup>122</sup> P wollte sich den Geldschein rechtswidrig aneignen und den A enteignen. Vorsatz ist auch hier zu bejahen.

## **II. Rechtswidrigkeit und Schuld**

P handelte rechtswidrig und auch schuldhaft.

## **III. Subsidiaritätsklausel**

Neben versuchtem Diebstahl kann eine vollendete Unterschlagung in Tateinheit (§ 52) treten, wenn dieselbe Handlung beide Normen verletzt.<sup>123</sup> Die Formulierung „mit schwererer Strafe bedroht“ in § 246 I meint den vom Gericht konkret angewandten Strafraumen.<sup>124</sup> Da der Versuch milder bestraft werden kann als die vollendete Tat (§§ 23 II, 49 I), hängt es letztlich aber vom konkreten gerichtlichen Entscheidungskontext ab, ob die Tat des P durch den versuchten Diebstahl gem. §§ 242, 22 mit schwererer Strafe bedroht ist als die vollendete Unterschlagung gem. § 246. Wenn dieses der Fall ist, greift die Subsidiaritätsklausel des § 246 I ein, so daß P nicht wegen einer vollendeten Unterschlagung gem. § 246 strafbar wäre. Sonst hätte sich P wegen vollendeter Unterschlagung gem. § 246 in Tateinheit (§52) mit versuchtem Diebstahl gem. §§ 242, 22 strafbar gemacht.

## **Endergebnis**

Paul hat sich strafbar gemacht wegen eines Waffendiebstahls gem. § 244 I Nr. 1a) Var. 1 tateinheitlich (§ 52 I) mit einem Wohnungseinbruchsdiebstahls gem. § 244 I Nr. 3 und ferner wegen eines Diebstahlsversuchs gem. §§ 242 I, II, 22 gegebenenfalls in Tateinheit (§ 52) mit einer vollendeten Unterschlagung gem. § 246, wobei diese beiden Tatkomplexe in Tatmehrheit (§ 53 I) stehen.

Hubertus ist eines Betruges in einem besonders schweren Fall gem. § 263 I, III 2 Nr. 2 Var. 1 gegenüber Paul und zu dessen Nachteil schuldig.

---

<sup>122</sup> Mitsch, § 2 RN 39; Samson, JA 1990, 8.

<sup>123</sup> SK-Hoyer (99), § 246 RN 49; OLG Celle, JR 1987, 253, 254; Hefendehl, NStZ 1992, 544; Sch-Sch-Eser; § 246 RN 32.

<sup>124</sup> Mitsch, § 2 RN 83; Sch-Sch-Stree, vor § 52 RN 138.