Skript Strafrecht BT 1

Krüger

18. Auflage 2021
ISBN 978-3-86752-781-1
Alpmann Schmidt

schnell und portofrei erhältlich bei
beck-shop.de

Die Online-Fachbuchhandlung beck-shop.de steht für Kompetenz aus Tradition. Sie gründet auf über 250 Jahre juristische Fachbuch-Erfahrung durch die Verlage C.H.BECK und Franz Vahlen.
beck-shop.de hält Fachinformationen in allen gängigen Medienformaten bereit: über 12 Millionen Bücher, eBooks, Loseblattwerke, Zeitschriften, DVDs, Online-Datenbanken und Seminare. Besonders geschätzt wird beck-shop.de für sein umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

1. Teil: Begriffe und Strukturen

- **Eigentum ist das umfassende Gebrauchs- und Verfügungsrecht eines Rechtssubjekts an einer Sache unabhängig von ihrem wirtschaftlichen Wert.** 1
- **Vermögen ist jeder geldwerte Gegenstand eines Rechtssubjekts, der zum Wirtschaftsverkehr gehört.** Ob der Gegenstand auch unter dem Schutz der Rechtsordnung stehen muss, ist umstritten, s.u. Rn. 341 ff.

Eigentum und Vermögen sind Individualrechtsgüter. Da sie übertragen werden können, gehören sie aber nicht zu den höchstpersönlichen Rechtsgütern wie Leben, Leib, Freiheit und Ehre.[1]

Auch wenn Eigentum in aller Regel an einer werthaltigen Sache besteht, sind Eigentumsdelikte gesetzestechnisch keine bloßen Spezialfälle der Vermögensdelikte. Das zeigt sich daran, dass Eigentumsdelikte keinen Vermögensschaden oder Bereicherungsabsicht voraussetzen.

Beispiele: Diebstahl gemäß § 242[2] ist auch an einem wertlosen Erinnerungsfoto möglich. Wer nur als „Machtdemonstration" eine fremde Sache zerstört, ist aus Sachbeschädigung gemäß § 303 Abs. 1 auch dann strafbar, wenn er dem Eigentümer gleichzeitig den Wert der Sache in Bargeld ersetzt.

A. Gesetzessystematik

Eigene Abschnitte für Eigentums- und Vermögensdelikte gibt es im StGB nicht. Der Gesetzgeber listet die Kernvorschriften in den Abschnitten 19–22, 24 und 27 schlagwortartig nach ihren deliktischen Erscheinungsformen auf; außerdem finden sich zahlreiche Vermögensstraftaten verstreut im StGB im Sachzusammenhang mit Nichtvermögensdelikten. 2

Beispiele: Das unerlaubte Entfernen vom Unfallort gemäß **§ 142**, das ausschließlich die Beweisinteressen des Unfallgeschädigten schützt, steht im 7. Abschnitt „Straftaten gegen die öffentliche Ordnung", die Kreditgefährdung gemäß **§ 187** im 14. Abschnitt „Beleidigung". Die einfache Brandstiftung gemäß **§ 306**, die ein Spezialfall der Sachbeschädigung ist, hat der Gesetzgeber im 28. Abschnitt bei den „Gemeingefährlichen Straftaten" eingeordnet.

I. Delikte an fremdem Eigentum und eigentumsverwandten fremden Rechten

1. Tatobjekt der **Eigentumsdelikte** ist immer eine fremde Sache. Nach der Angriffsintensität lassen sich die Eigentumsdelikte in folgende Gruppen unterteilen: 3

a) Zueignungsdelikte, bei denen der Täter den Willen haben muss, sich oder einem Dritten die Verfügungsmacht an der fremden Sache zu verschaffen und den Eigentümer dauerhaft davon auszuschließen, wie **Diebstahl (§§ 242 ff.) und Unterschlagung (§ 246)**.

Tritt noch Zwang hinzu, kommt **Raub** gemäß **§§ 249 ff.** oder **räuberischer Diebstahl** gemäß **§ 252** infrage.

1 Vgl. AS-Skript StrafR BT 2 (2020), Rn. 1.
2 §§ ohne Gesetzesangabe sind solche des StGB.

Die Ausnutzung der besonderen Verhältnisse des Straßenverkehrs zur Ermöglichung eines Raubes gegenüber Kfz-Führer oder Beifahrer ist als **räuberischer Angriff auf Kraftfahrer** gemäß **§ 316 a** strafbar.

b) Schädigungsdelikte, die nur eine Beeinträchtigung der fremden Sache verlangen, ohne dass der Täter darüber hinaus noch einen Vorteil erstreben muss. Hauptfall ist die **Sachbeschädigung, § 303**.

Spezielle Formen der Sachbeschädigung sind die **Zerstörung von Gebäuden** gemäß **§ 305**, von **Arbeitsmitteln** nach **§ 305 a** und die **einfache Brandstiftung** gemäß **§ 306**.

c) Gefährdungsdelikte, die ausnahmsweise das fremde Eigentum schon im Vorfeld der Schädigung schützen, wie das Herbeiführen einer Brandgefahr gemäß § 306 f.

4 **2.** Straftatbestände zum Schutz **sonstiger Verfügungs- und Gebrauchsrechte** sind: Entziehung elektrischer Energie, **§ 248 c**, Gebrauchsanmaßung an Kraftfahrzeugen und Fahrrädern, **§ 248 b**, sowie an Pfandsachen, **§ 290**, ferner Jagdwilderei, **§ 292**, Fischwilderei, **§ 293**, Pfandkehr, **§ 289**, und Datenveränderung, **§ 303 a**.

II. Delikte zum Schutz des Vermögens als Ganzes und einzelner Vermögensrechte

5 **1.** Auch die Delikte, die den **„Ist-Bestand"** des Vermögens als solches schützen, lassen sich nach Angriffsintensität ordnen:

a) Bereicherungsdelikte setzen voraus, dass der Täter durch Willensbeugung einen Vermögensschaden herbeigeführt hat, um sich oder einem Dritten dadurch eine vermögensmäßige Besserstellung zu verschaffen.

aa) Die Willensbeugung durch **Täuschung** ist strafbar als **Betrug, § 263**.

Spezielle Formen der Täuschung und täuschungsähnliche Verhaltensweisen werden erfasst durch Computerbetrug, **§ 263 a**, Subventionsbetrug, **§ 264**, Kapitalanlagebetrug, **§ 264 a**, Kreditbetrug, **§ 265 b**, Sportwettbetrug, **§ 265 c**, Ausschreibungsbetrug, **§ 298** und Erschleichen von Leistungen, **§ 265 a**.

bb) Die Willensbeugung durch Nötigungsmittel ist strafbar als **Erpressung, §§ 253 ff.**

Entführt oder bemächtigt sich der Täter eines anderen, um dadurch eine Erpressung zu ermöglichen, ist schon dies als **erpresserischer Menschenraub** gemäß **§ 239 a** strafbar. Wer die besonderen Verhältnisse des Straßenverkehrs gegenüber Fahrer oder Beifahrer eines Kfz ausnutzt, um eine Erpressung zu begehen, verwirklicht **§ 316 a**.

b) Die bloße **Schädigung** fremden Vermögens ist nur dann strafbar, wenn sie durch einen dem Vermögen nahestehenden Täter geschieht. Hauptfall ist die **Untreue, § 266**.

Untreueähnliche Verhaltensweisen sind: Das Vorenthalten und Veruntreuen von Arbeitsentgelt durch Arbeitgeber, **§ 266 a**, und der Missbrauch von Scheck- und Kreditkarten durch den Karteninhaber, **§ 266 b**.

c) In Einzelfällen kann sogar die **Vermögensgefährdung** strafbar sein, wie die Kreditgefährdung, **§ 187**, der Versicherungsmissbrauch, **§ 265**, oder der Wucher **§ 291**.

II. **Betrug** gemäß **§ 263** gegenüber und zulasten W kann daneben nicht mehr angenommen werden: Wegen der über den Irrtum hinausgehenden Zwangslage liegt in der Aushändigung des Weins keine freiwillige Vermögensverfügung.

III. **Erpressung** gemäß **§ 253** (ebenso Nötigung gemäß § 240) verlangen als Tathandlung eine Drohung, also die Inaussichtstellung eines Übels. Hier hat A zwar durch die Behauptung, Amtsträger zu sein, schlüssig zum Ausdruck gebracht, über Zwangsmittel zur Durchsetzung der Beschlagnahme zu verfügen, doch hat er ihre Anwendung noch nicht angekündigt.

IV. Verwirklicht ist **Amtsanmaßung** nach **§ 132 Alt. 1**, da sich A als Inhaber eines von ihm nicht bekleideten öffentlichen Amtes ausgegeben und er durch die „Beschlagnahme" eine als hoheitlich erscheinende Handlung vorgenommen hat.[120]

V. **§ 132 a Abs. 1 Nr. 1** ist zu verneinen, da die Erklärung, „Lebensmittelkontrolleur" zu sein, kein Führen einer förmlichen Amtsbezeichnung bedeutet.[121]

Ergebnis: A ist strafbar gemäß §§ 242, 132, 52.

---

ff) Das Einverständnis kann durch Bedingungen eingeschränkt sein

94 Hier werden die bereits oben im Zusammenhang mit der Fremdheit dargestellten Einschränkungen nach der **Lehre vom modifizieren Einverständnis** bedeutsam, wenn es um automatisierte Verkaufsvorgänge geht (s.o. Rn. 39 ff.).

gg) Keine Kundgabe oder Kenntnis des Täters erforderlich

95 Das Einverständnis muss nicht **nach außen kundgetan** worden sein;[122] es muss dem Täter auch nicht bekannt gewesen sein.[123] War es ihm unbekannt, so liegt Versuch vor.

Hauptfall hierfür ist die **Diebesfalle:** Um in einer Behörde häufig vorkommende Diebstähle aufzuklären, legt X einen von der Polizei mit Silbernitrat präparierten Geldschein in seine Manteltasche und lässt den Mantel einige Stunden unbeobachtet. Später kann der Angestellte A anhand der Silbernitratflecken an den Händen als Täter bei der Entwendung ermittelt werden. – Kein vollendeter Diebstahl. Bei einer sog. Diebesfalle ist im Regelfall davon auszugehen, dass der Berechtigte mit der Aufhebung seines Gewahrsams einverstanden ist. Denn der Täter soll die Sache gerade in seinen Gewahrsam bringen, damit er überführt werden kann.[124] Gegeben ist untauglicher Diebstahlsversuch, weil der Täter wegen seiner Unkenntnis des Einverständnisses glaubte, eine Wegnahme zu begehen (s. auch unten Rn. 96). Ob zugleich in dem Versuch der Wegnahme eine Manifestation des Zueignungswillens und damit eine vollendete Unterschlagung liegt, ist umstritten.[125] Natürlicher Wille genügt.

---

120 Vgl. Sch/Sch/Sternberg-Lieben § 132 Rn. 5.
121 Vgl. BGHSt 26, 267.
122 Vgl. SK-Hoyer § 242 Rn. 52.
123 Rengier § 2 Rn. 64.
124 OLG Celle JR 1987, 253; OLG Düsseldorf NJW 1988, 83; StV 1991, 265.
125 OLG Celle JR 1987, 253 f.; Otto JZ 1993, 559, 563; dagegen Wessels/Hillenkamp/Schuhr Rn. 118.

Tathandlung des Diebstahls: Wegnahme

Bruch fremden, Begründung neuen Gewahrsams

Fremde bewegliche Sache

Vor Versuchsbeginn Gewahrsam irgendeines anderen

Gewahrsamsbruch

Fremde bewegliche Sache

Vollendung erst durch neuen, nicht notwendig tätereigenen Gewahrsam

Tatsächliches Herrschaftsverhältnis über die Sache unabhängig von Besitz und Eigentum

und

Herrschaftswille im Sinne eines natürlichen, auch generellen Beherrschungswillens

unter

Berücksichtigung der Verkehrsanschauung, insbesondere

- trotz beschränkten Zugriffs, etwa bei vorübergehender räumlicher Trennung, kann (Mit-)Gewahrsam fortbestehen
- auch ohne aktuellen Herrschaftswillen eines Schlafenden oder bis zum Tod bei Bewusstlosen bleibt Gewahrsam bestehen

Einverständnis lässt Wegnahme entfallen:

Abzustellen ist auf den **natürl. Willen des Gewahrsamsinhabers oder einer dispositionsbefugten Person**

Maßgeblich ist der **Wille im Zeitpunkt des Gewahrsamswechsels**; bei Automaten: sofern dieser defektfrei ist und ordnungsgemäß bedient wird (modifiziertes Einverständnis)

Wille muss auf Übertragung und nicht nur Lockerung des Gewahrsams an **konkreter Sache gerichtet sein**

Irrtümer sind unbeachtlich; handelt das Opfer aber auf **Druck, sodass es glaubt, den Gewahrsamswechsel nicht verhindern zu können**, so ist das Einverständnis unwirksam (Beschlagnahme-Fall!)

Kundgabe und Kenntnis des Täters sind keine Wirksamkeitsvoraussetzungen; bei Unkenntnis aber Versuch

Nicht notwendig gesichertes, tatsächliches Herrschaftsverhältnis über die Sache

und

Herrschaftswille

unter

Berücksichtigung der Verkehrsanschauung, insbesondere

- für Entwendungen in fremder Sphäre gilt:
  - bei kleinen Gegenständen genügt schon das Ergreifen
  - bei größeren, noch transportablen Gegenständen genügt Verbergen am Körper oder in mitgeführter Tasche
  - bei schweren Sachen erst mit Verlassen der fremden Sphäre Vollendung
- Beobachtung hindert die Vollendung grundsätzlich nicht, denn Diebstahl ist keine heimliche Tat

RÜ-Video 04/18

Die objektiv-abstrakte Theorie bejaht auch hier die Strafschärfung allein wegen des Verletzungspotenzials solcher Gegenstände. Dies vertritt inzwischen auch die Rspr.[244]

Die objektiv-konkrete Betrachtung lehnt die Strafschärfung mangels Waffenersatzfunktion und die subjektive Theorie mangels Einsatzwillens gegen Menschen ab.

3. Diebstahl mit sonstigen Werkzeugen oder Mitteln, § 244 Abs. 1 Nr. 1 b

172 Für diese Qualifikation genügt es, dass ein Diebstahlsbeteiligter **sonst ein Werkzeug oder Mittel bei sich führt, um den Widerstand eines anderen durch Gewalt oder Drohung mit Gewalt zu verhindern oder zu überwinden**. Das Merkmal „gefährlich" taucht hier im Gegensatz zur Nr. 1 a nicht auf. Dafür muss der Beteiligte bei dieser Strafschärfung den Gegenstand aber **als (ungefährliches) Gewalt- oder Drohungsmittel einsetzen wollen**. Nach Wortlaut und systematischer Stellung ist Nr. 1 b **Auffangnorm** für all die mitgeführten Gegenstände, die objektiv ungefährlich sind, aber mit Verwendungsvorsatz vom Täter oder Teilnehmer mitgeführt werden. Wichtigste Konsequenz:

Das Beisichführen ungefährlicher Gewaltmittel (z.B. Handschellen, Klebeband, harmloses Schlafmittel oder K.-o.-Tropfen)**, die der Täter zum Fesseln oder Einschlafenlassen des Opfers verwenden will**,[245] wirkt ebenso strafschärfend wie das Beisichführen **sog. Scheinwaffen** (= Attrappen oder defekte oder ungeladene Schusswaffen)**, mit denen der Täter eine tatsächlich nicht realisierbare Drohung verstärken will.**

173 **Einschränkend** verlangt die Rspr. bei einer mittels eines Gegenstandes verstärkten Scheindrohung, dass dieser unter den konkreten Umständen der geplanten Anwendung aus der Sicht des Täters ohne Weiteres geeignet ist, bei dem Opfer den Eindruck hervorzurufen, der Gegenstand könne zur Gewaltanwendung verwendet werden und deshalb gefährlich sein (Eindruckstheorie).[246] Folglich scheiden solche Tatmittel als Strafschärfung i.S.d. § 244 Abs. 1 Nr. 1 b aus, bei denen die Drohungswirkung nicht auf dem objektiven Erscheinungsbild des Gegenstandes, sondern ausschließlich auf täuschenden Erklärungen des Täters beruht.[247] Das ist aber nur ausnahmsweise der Fall, nämlich wenn die objektive Ungefährlichkeit des Gegenstandes bereits nach dem äußeren Erscheinungsbild offenkundig ist. Dafür stellt der BGH ausschließlich auf einen objektiven Beobachter ab, der den fraglichen Gegenstand selbst wahrnehmen würde. Die Wahrnehmung des Bedrohten soll keine Rolle spielen; es komme nicht darauf an, ob das Opfer eine entsprechende Beobachtung überhaupt machen konnte oder ob der Täter dies durch sein täuschendes Vorgehen gerade vereitelte (sog. **objektiv evident ungefährliches Werkzeug**).

244 BGH RÜ 2018, 233 mit RÜ-Video 04/18 unter t1p.de/6jh5; OLG Nürnberg StV 2020, 251, wonach nur im konkreten Fall (kleiner Seitenschneider) eine erhöhte abstrakte Gefährlichkeit zu verneinen war.

245 BGH StV 1998, 660; BGH StV 1999, 91; BGH StV 2009, 408 zu „K.-o.-Tropfen".

246 BGH NStZ 2007, 332, 333 m.w.N.

247 BGHSt 38, 116, 118 f.; BGH NStZ 2011, 278.

Beispiele: Ausbeulung eines **gebogenen Plastikrohrs** unter der Jacke;[248] **Lippenstift**, der dem Opfer in den Rücken gehalten wird;[249] **Schrotpatrone**, die dem Opfer vorgezeigt wird, um die Ernsthaftigkeit einer Drohung zu unterstreichen;[250] **bunte Wasserpistole** in der Tasche des Bankräubers.[251]

Die Strafschärfung bejaht der BGH dagegen bei einer **angeblich mit einer Bombe gefüllten Sporttasche**, die der Täter vorgab, mithilfe eines Handys zu zünden. Ungewissheit der Gefährlichkeit ist danach nicht gleichbedeutend mit evidenter Ungefährlichkeit.[252]

Die vorgenannten Entscheidungen beziehen sich auf die Raubqualifikation des § 250 Abs. 1 Nr. 1 b. Wegen der Wortlautidentität mit § 244 Abs. 1 Nr. 1 b gilt die Einschränkung aber **auch für die Diebstahlsqualifikation**.[253]

4. (Schwerer) Wohnungseinbruchdiebstahl, § 244 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 4

Seit Geltung des 6. StrRG ist das Eindringen in Wohnungen auf besonders kriminelle Weise vom bloßen Regelbeispiel zur Qualifikation des § 244 Abs. 1 Nr. 3 hochgestuft worden. Anlass dafür war die mit einer solchen Tat einhergehende Verletzung der Privatsphäre des Tatopfers, die zu langwierigen Angstzuständen und ernsten psychischen Schäden der Betroffenen führen kann.[254] Aus den gleichen Erwägungen hat der Gesetzgeber mit Inkrafttreten am 22.07.2017 in § 244 Abs. 4 einen zum **Verbrechen** qualifizierten Fall des Wohnungseinbruchdiebstahls geschaffen, wenn eine dauerhaft genutzte Privatwohnung betroffen ist. Zur Klarstellung wird letzterer als „schwerer" Wohnungseinbruchdiebstahl bezeichnet.[255]

Aufbau: *Prüfen Sie bei Einbrüchen vorrangig, ob § 244 Abs. 4 i.V.m. Abs. 1 Nr. 3 erfüllt ist. Bei Bejahung treten § 244 Abs. 1 Nr. 3 und auch § 242, 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 dahinter zurück. Sollte ein schwerer Wohnungseinbruchdiebstahl mit mehreren Beteiligten noch nicht ins Versuchsstadium gekommen sein, vergessen Sie nicht § 30!*

a) Tatobjekt Wohnung

aa) Aus der erhöhten Strafdrohung und dem Willen des Gesetzgebers folgt eine gegenüber § 123 engere Auslegung des Tatobjekts: **„Wohnung" i.S.d. § 244 Abs. 1 Nr. 3 sind nur solche Räumlichkeiten, die als Mittelpunkt des privaten Lebens Selbstentfaltung, -entlastung und vertrauliche Kommunikation gewährleisten"**.[256] Die Funktion als Wohnung kann nach der Rspr. vorübergehend sein und ist nicht auf unbewegliche Räume beschränkt. Daher sind auch Wohnwagen und Wohnmobile geschützt, sofern sie zur Zeit der Tat tatsächlich zur Unterkunft und Übernachtung genutzt werden.[257] **174**

248 BGHSt 38, 116.
249 BGH NJW 1996, 2663.
250 BGH NStZ 1998, 38.
251 BGH RÜ 2011, 506, 508.
252 BGH NStZ 2011, 278.
253 Vgl. BGH NStZ 2009, 95.
254 Vgl. BGH NStZ 2001, 533.
255 BGH NStZ 2019, 674.
256 OLG Schleswig NStZ 2000, 479; vgl. auch Fischer § 244 Rn. 47.
257 BGH RÜ 2017, 236.

dem Zeitpunkt, in dem es den Gewahrsam völlig verliert, darüber klar ist und dem Gewahrsamsverlust an dem konkreten Gegenstand zustimmt (vgl. oben Rn. 91).

384 Die Zustimmung muss von **Freiwilligkeit geprägt** sein. **Wird das Opfer infolge der Täuschung in eine Drucksituation gebracht, in der es die Vorstellung hat, den Gewahrsam ohnehin zu verlieren, weil Widerstand zwecklos sei, so liegt keine freiwillige Vermögensverfügung mehr vor, sondern eine Wegnahme** (s.o. Rn. 91).

(3) Da eine betrugsrelevante Vermögensverfügung nur vorliegt, wenn sie die Vermögensminderung unmittelbar herbeiführt (s.o. Rn. 369), **ist beim Besitzbetrug nur ein Verhalten, das unmittelbar den Gewahrsamsverlust auslöst, tatbestandsmäßig**. **Die täuschungsbedingte Gewahrsamslockerung genügt nicht**. In solchen Fällen ist Diebstahl in dem Moment gegeben, in dem der Täter den bis dahin nur gelockerten Gewahrsam aufhebt. Mit einem Gefährdungsschaden darf beim Besitzbetrug nicht argumentiert werden: Könnte nämlich schon jede Gewahrsamslockerung als Vermögensgefährdung den Betrugstatbestand erfüllen, wäre praktisch jeder durch Täuschung eingefädelte Diebstahl zugleich ein Betrug und damit das zwischen beiden Tatbeständen bestehende Exklusivitätsverhältnis wieder aufgehoben (s. dazu schon oben Fall 2, Rn. 78).

cc) Verfügungsbewusstsein im Drei-Personen-Verhältnis (Abgrenzung Diebstahl in mittelbarer Täterschaft und Dreiecksbetrug)

Fall 22: Täuschung eines „Gewahrsamshüters“

Frau W besaß einen Pkw, den sie in einer Sammelgarage untergestellt hatte. Hier war für jeden Wagen ein Zündschlüssel beim Pförtner P hinterlegt. Den zweiten Schlüssel behielten die Fahrzeughalter. Die Verfügungsberechtigten bekamen von der Garagenverwaltung auf Verlangen die dortigen Schlüssel auch ausgehändigt. A, der in Beziehungen zu Frau W stand, holte mehrfach den Wagen nach vorangegangener telefonischer Genehmigung aus der Garage ab. Am Morgen des 20.05. wandte sich A wieder an den P und spiegelte diesem vor, Frau W sei mit der Überlassung des Zündschlüssels an ihn einverstanden. A hatte die Absicht, sich den Wagen auf Dauer anzueignen. Er erhielt den Schlüssel von P und fuhr mit dem Auto davon.
Strafbarkeit des A? („Sammelgaragen-Fall“ nach BGHSt 18, 221)

I. A könnte wegen **Betruges ggü. P und zulasten der W** strafbar sein, **§ 263 Abs. 1**.

1. A hat dem P ausdrücklich vorgespiegelt, die W sei mit der Überlassung des Pkw-Schlüssels einverstanden.
2. P hat sich deswegen darüber geirrt.

385 3. Fraglich ist, ob in der Aushändigung des Kfz-Schlüssels und der Duldung der Ausfahrt eine Verfügung über den Gewahrsam der W gesehen werden kann. **Beim Betrug müssen Getäuschter und Verfügender, nicht aber Verfügender und Geschädigter identisch sein.** Die fehlende Identität von Verfügendem und Vermögensträger wird aber nur dann überwunden, wenn irgendeine **Nähebeziehung** des Verfügenden zum Geschädigten besteht.

a) Daher liegt **Diebstahl in mittelbarer Täterschaft** vor, wenn der Getäuschte ein beliebiger Außenstehender ist, der **vorher keinerlei Beziehungen** zu dem Vermögen hatte, das er, durch die Täuschung motiviert, geschädigt hat.

Beispiel: Die C veranlasst den Zugbegleiter Z, den Koffer des im Speisewagen sitzenden B aus dem Abteil zu holen, indem sie Z vorspiegelt, es handele sich um ihr Gepäckstück, das sie wegen einer Armverletzung nur schwer tragen könne – §§ 242 Abs. 1, 25 Abs. 1 Alt. 2.

b) Ist der Getäuschte aufgrund Gesetzes, behördlichen Auftrags oder Rechtsgeschäfts **befugt**, Rechtsänderungen für das fremde Vermögen vorzunehmen, ist auch seine Nähebeziehung unbestritten. Veranlasst der Täter eine solche Person zur Gewahrsamsübertragung zulasten des Gewahrsamsinhabers, liegt **Dreiecksbetrug** vor (sofern der Getäuschte auch das erforderliche Verfügungsbewusstsein hatte). **386**

Beispiel: Die B will ihre Garderobe vervollständigen, ohne dafür zu bezahlen. Durch besonders vornehmes Auftreten veranlasst sie die Verkäuferin V im Modegeschäft der M, ihr einige teure Kleidungsstücke zur Auswahl mit nach Hause zu geben. Nach Angabe einer falschen Adresse verschwindet die B mit den Waren. – Vollendeter Betrug gegenüber V zulasten M.

c) Kontrovers ist die Einordnung in Fällen – wie dem vorliegenden –, in denen sog. Gewahrsamshüter, also Inhaber des **untergeordneten Mitgewahrsams oder bloße Gewahrsamsdiener** in die Sachverschaffung eingeschaltet sind. Hier werden dieselben Meinungen vertreten wie beim Forderungs- und Rechtsbetrug (s oben Rn. 377): **387**

aa) Mit der **Theorie der rechtlichen Befugnis** kann man hier eine rechtlich begründete Sonderrolle des P bejahen, und zwar zum einen, weil W schon mehrfach die Herausgabe des Pkw an A geduldet hatte, zum anderen, weil P irrig annahm, sich im Rahmen der generell erteilten Befugnis zur Weitergabe des Schlüssels zu halten.

bb) Für die **Lagertheorie** kommt es darauf an, dass der Getäuschte objektiv gegenüber dem konkreten Tatobjekt eine Obhutsbeziehung besaß und sich subjektiv bei seiner Weggabehandlung im Rahmen seiner Hüteraufgabe bewegt hat.[613]

cc) Die **Nähetheorie** stellt allein darauf ab, ob der Getäuschte vor der Tat aufgrund seiner Sachherrschaft der Sache faktisch näher stand als der Täter. Ob er tatsächlich über den Gegenstand verfügen durfte oder dies nur irrig annahm, ist danach gleichgültig.[614]

Im vorliegenden Fall sehen auch die Vertreter der Lagertheorie und der Nähetheorie in P einen Verfügenden, dessen Weggabe der W zuzurechnen ist: P hatte eine Hüteraufgabe zu dem Fahrzeug der W und konnte aufgrund der früheren Erfahrungen mit A davon ausgehen, im Interesse der W zu handeln. Nach der Nähetheorie genügt es, dass er aufgrund seines Mitgewahrsams besseren Zugriff auf das Auto hatte als A. Damit liegt

613 LK-Tiedemann § 263 Rn. 116; Krey/Hellmann/Heinrich Rn. 417; Wessels/Hillenkamp/Schuhr Rn. 645; in diese Richtung tendiert auch BGH RÜ 2017, 638.

614 BGHSt 18, 221; BayObLG MDR 1964, 343; OLG Stuttgart JZ 1966, 319; vgl. auch NK-Kindhäuser § 263 Rn. 220.

in der Preisgabe des Besitzes durch P nach allen Ansichten eine drittschädigende Verfügung.

4. Durch den Verlust der Sachherrschaft ohne entsprechenden Gegenwert ist der W auch ein Vermögensschaden entstanden.

5. A handelte vorsätzlich, in der Absicht rechtswidriger und stoffgleicher Bereicherung, rechtswidrig und schuldhaft. Er hat sich wegen Betruges strafbar gemacht.

II. Ein Teil des Schrifttums bejaht tateinheitlich auch noch einen **Diebstahl in mittelbarer Täterschaft, §§ 242 Abs. 1, 25 Abs. 1 Alt. 2**: A habe im Verhältnis zur W einen Gewahrsamsbruch mithilfe des unvorsätzlich handelnden Tatmittlers P begangen, also den Wagen in Zueignungsabsicht weggenommen.[615] Wer jedoch mit der ganz h.M. zwischen Diebstahl und Betrug ein Exklusivitätsverhältnis annimmt, muss diese Exklusivität auch bei Dreiecksbetrug und Diebstahl in mittelbarer Täterschaft bejahen. Die Annahme einer betrugsrelevanten Vermögensverfügung schließt damit eine gleichzeitige Wegnahme aus, und zwar weil die Zustimmung des getäuschten Dritten wegen seiner Nähebeziehung wie ein Einverständnis des Gewahrsamsinhabers selbst behandelt wird.[616]

III. Der durch die Wegfahrt mitverwirklichte Tatbestand des **unbefugten Kraftfahrzeuggebrauchs, § 248 b**, tritt als formell subsidiär hinter dem Besitzbetrug zurück.

Ergebnis: A ist strafbar wegen Betruges.

Klausurhinweis: *Sowohl im Zwei- als auch im Drei-Personen-Verhältnis kann man die Prüfung mit Diebstahl oder mit Betrug beginnen. Die Abgrenzung findet bei der Diebstahlsprüfung im Rahmen des Einverständnisses statt und im Rahmen der Betrugsprüfung bei dem Merkmal „Vermögensverfügung" – dort bei dem Unterpunkt „Verfügungsbewusstsein". Geht es um ein Drei-Personen-Verhältnis, muss sowohl beim Diebstahl als auch beim Betrug zuvor geklärt werden, ob der Dritte in einer besonderen Beziehung zum Gewahrsamsinhaber stand, sodass seine Zustimmung als eine solche des Gewahrsamsinhabers anzusehen ist. Verneinen Sie das zuerst geprüfte Delikt, haben Sie damit schon die Vorentscheidung für das jeweils andere getroffen:*

Scheitert Diebstahl, weil ein Einverständnis in den Gewahrsamswechsel vorliegt, muss zwangsläufig eine Vermögensverfügung vorliegen, sodass in aller Regel Betrug erfüllt ist.

Verneinen Sie zuerst Betrug, weil nicht das für die Vermögensverfügung erforderliche Verfügungsbewusstsein vorliegt, ist eine Wegnahme und vorbehaltlich der übrigen Tatbestandserfüllung Diebstahl zu bejahen.

Aber auch wenn Sie das zuerst geprüfte Delikt bejaht haben, sollten Sie mit knappen Worten darlegen, warum das jeweils andere dann nicht erfüllt ist. Sie zeigen damit, dass Sie das Exklusivitätsverhältnis verstanden haben.

---

615 Vgl. Sch/Sch/Perron § 263 Rn. 67.
616 Vgl. BGHSt 18, 221, 223; LK-Tiedemann § 263 Rn. 116.

Vermögensverfügung beim Betrug

Jedes irrtumsbedingte Tun, Dulden oder Unterlassen, das unmittelbar zu einer Vermögensminderung führt. Im Einzelnen:

	Forderungs- und Rechtsbetrug:	**Besonderheiten beim Besitzbetrug:**
Verfügungsverhalten d. Getäuschten	Jeder Mitwirkungsakt mit Vermögensbezug reicht aus.	Mitwirkung am Gewahrsamswechsel an einer Sache.
Irrtumsmotivation	Irrtum muss sich tatsächlich auf die Willensbildung ausgewirkt haben. **Kein Verfügungsbewusstsein des Opfers erforderlich.**	**Ausnahmsweise Verfügungsbewusstsein erforderlich:** Dessen Inhalt deckt sich mit Einverständnis in den Gewahrsamswechsel bei § 242. Das Opfer muss sich in dem Zeitpunkt, in dem es den Gewahrsam verliert, dessen bewusst sein und innerlich frei zustimmen. Daran fehlt in den Beschlagnahme-Fällen.
Unmittelbare Vermögensminderung	Allgemein anerkannte Vermögensbestandteile: **Schuldrechtliche Ansprüche/Rechte/Exspektanzen/Gewinnchancen/Arbeitsleistung;** umstritten zwischen wirtschaftlichem und juristisch-ökonomischem Vermögensbegriff sind alle faktischen Positionen, die **verboten** oder **sittenwidrig** sind. Der Vermögensminderung steht die **konkrete Gefährdung** gleich, wenn sie bei wirtschaftlicher Betrachtung schon eine Verschlechterung der gegenwärtigen Vermögenslage darstellt (z.B. **Eingehungsbetrug**). Das irrtumsbedingte Verhalten des Opfers muss **„unmittelbar“**, d.h. ohne weitere deliktische Handlungen des Täters, die Minderung herbeiführen.	Regelmäßig begründet redlicher **Besitz** einer Sache Vermögenswert; nach wirtschaftlicher Betrachtung ist auch der **unrechtmäßige Besitz** (nach umstr. Auffassung **sogar der Besitz illegaler Drogen**) vor Betrug geschützt; so auch nach Vertretern des juristisch-ökonomischen Vermögensbegriffs wegen der von Gut- oder Bösgläubigkeit unabhängigen Besitzschutzregeln. Gewahrsamslockerung ist beim Besitzbetrug noch kein „Gefährdungs“-Schaden. Keine unmittelbare Gewahrsamsverfügung, wenn das Opfer dem Täter die Wegnahme täuschungsbedingt nur erleichtert.
Vermögensinhaber	Sind Verfügender und Geschädigter nicht identisch, kann ein **Dreiecksbetrug** vorliegen, wenn der Verfügende zur Disposition **befugt** war; ferner dann wenn er im **Lager** oder nach a.A. wenn er nur in einer sonstigen **Nähebeziehung** zum **Geschädigten** stand.	Sonderbeziehung bei Einschaltung eines die Sache herausgebenden Dritten ergibt sich nach Lit. aus dessen **rechtlicher Befugnis**; die h.M. stellt darauf ab, ob Dritter im **Lager des Opfers** oder der Sache **zumindest als Gewahrsamshüter näher** steht.

hecht-shop.de

maßes), Nr. 3 (= Herbeiführung wirtschaftlicher Not) und Nr. 4 (= Amtsmissbrauch) einschlägig. Der Verweis auf Nr. 5 (= Versicherungsbetrug) ist dagegen verfehlt.

Untreue, § 266 Abs. 1

Tathandlungen (Systematische Verständnis der h.M.): Missbrauch ist Spezialfall des Treubruchs

Missbrauch, Abs. 1 Alt. 1

- **Verfügungs- oder Verpflichtungsbefugnis über fremdes Vermögen kraft Gesetzes, behördlichen Auftrags oder Rechtsgeschäfts**
- **Missbrauch ist Handeln im Rahmen des rechtlichen Könnens** (durch Rechtsgeschäfte/Hoheitsakte, die gerade aufgrund der Außenmacht wirksam sind) **unter Überschreitung der** (durch Weisung oder Auslegung konkretisierten) **Grenzen im Innenverhältnis**
- **Vermögensbetreuungspflicht**, nach h.M. inhaltsgleich mit der 2. Alt.

Treubruch, Abs. 1 Alt. 2

- **Vermögensbetreuungspflicht,** Entstehung kraft **Gesetzes, behördlichen Auftrags, Rechtsgeschäfts** oder kraft **tatsächlichen Treueverhältnisses** (= erloschene, unwirksame, nach h.M. sogar sittenwidrige Rechtsverhältnisse)

  +

  durch Fremdnützigkeit typisiert (bei Verträgen muss Vermögensbetreuung Hauptpflicht sein), ferner **von einiger Bedeutung** (Selbstständigkeit, Bewegungsfreiheit, Verantwortlichkeit**)**
- **Verletzung einer spezifischen Treuepflicht** (nicht allg. Schuldnerpflicht), die dem Schutz des Vermögens dient

Vermögensnachteil bei dem zu betreuenden Vermögen durch den Missbrauch oder den Treubruch (wie Vermögensschaden in § 263; auch bezifferbarer Gefährdungsschaden genügt)

B. Missbrauch von Scheck- und Kreditkarten, § 266 b

§ 266 b musste für den Missbrauch im bargeldlosen Zahlungswesen geschaffen werden, weil die Untreue (§ 266) mangels Vermögensbetreuungspflicht des Karteninhabers diese Fälle nicht erfasst.[1061] **694**

Soweit früher zumindest die Fälle des ec-Scheckkartenmissbrauchs von der Rspr. als Betrug angesehen wurden, ist diese Lösung überholt. Durch Einführung des § 266 b hat der Gesetzgeber diesem – im Verhältnis zu § 263 milderen – Tatbestand konkurrenzrechtlichen Vorrang (Spezialität) eingeräumt.[1062]

1061 Vgl. BGHSt 24, 386; 33, 244, 250.
1062 OLG Hamm StraFo 2001, 281.