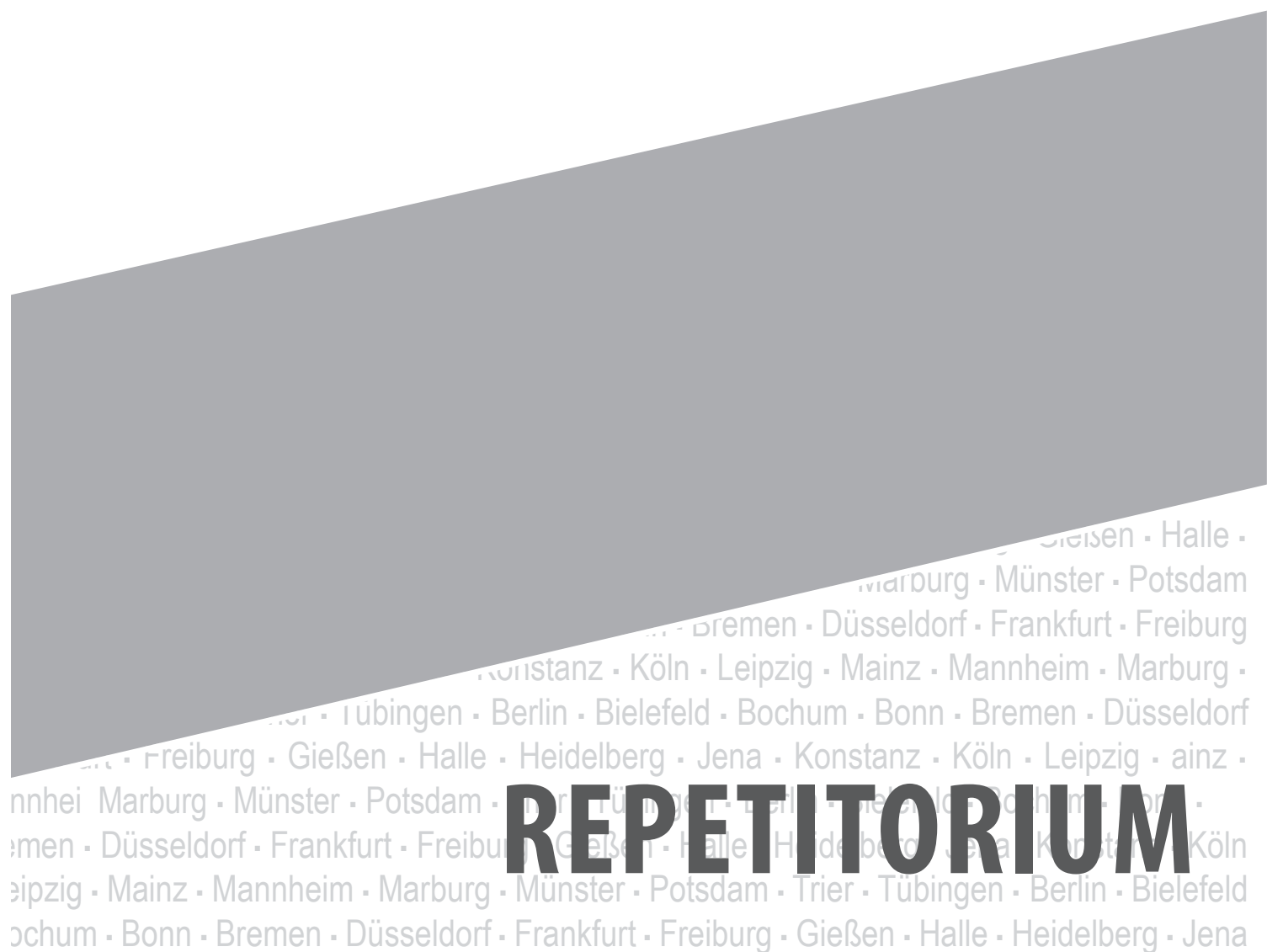
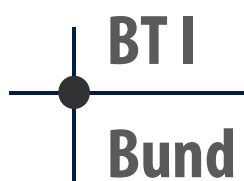


# Kommentierter **Auszug** aus dem Skript Strafrecht BT I



# EXAMENSKURS STRAFRECHT



REPETITORIUM

# Inhaltsverzeichnis für den Überblick

Inhaltsübersicht Kurseinheit

## Strafrecht-BT 1

### A. Diebstahl/Unterschlagung

#### I. Diebstahl (§ 242) und Unterschlagung (§ 246)

**Sternsystem zur Orientierung**  
Die Wichtigkeit der Normen für die Klausuren wird mit bis zu vier Sternen \*\*\*\* markiert.

**Theorie**

- Schemata
- Definitionen
- Probleme
- usw.

<b>1. Übersichten</b>	
a. Überblick über die Vermögensverschiebungsdelikte .....	1
b. Grundlagen zu § 242**** .....	2
c. Problemkarte zu § 242 .....	9
d. Problemkarte zu § 243 .....	17
d. Grundlagen zu § 246**** .....	19
e. Problemkarte zu § 246 .....	21

**Fälle**

- Anwenden und trainieren am Fall

<b>2. Fall:</b>	
“Das vermeintlich tote Unfallopfer” .....	26
<i>[Gewahrsam Bewusstloser/In Gewahrsam haben i.S.d. § 246]</i>	
<b>3. Vertiefungsfälle</b>	
a. “Jacke im Tausch” .....	33
<i>[Gewahrsamsenkave/Wegnahme trotz Beobachtung/Probleme bei der Zueignungsabsicht]</i>	
b. “Kurzfälle zu § 243“ .....	38

#### II. Qualifikationen des Diebstahls (§§ 244, 244a)

<b>1. Übersichten</b>	
a. Grundlagen zu § 244**** .....	43
b. Problemkarte zu § 244 .....	47
c. Aufbaukarte zu § 244a**** .....	53
<b>2. Fall</b>	
“Das eingespielte Team” .....	54
<i>[(Schwerer) Bandendiebstahl]</i>	

**Tests**

- Zur Wiederholung und Lernkontrolle (Frage / Antwort)

<b>III. Test: “Diebstahl und Unterschlagung“</b> .....	66
--	----

## B. Betrug/Untreue

### I. Übersichten

1. Grundlagen zu § 263****	74
2. Problemkarte zu § 263	82
3. Sonderfälle des § 263	91
4. Aufbaukarte zu § 263a***	93
5. Grundlagen zu § 266**	95
6. Aufbaukarte zu § 266b***	98
8. Problemkarte zu § 266b	99

### II. Fälle

1. <b>Vertiefungsfall:</b> “Listiges Lotterieg Glück” <i>[Vermögensschaden bei bewusster Selbstschädigung]</i>	104
2. “Kurzfälle zur Abgrenzung: Diebstahl und Betrug” <i>[Abgrenzung von Trickdiebstahl und Sachbetrug]</i>	110
3. “Das Undercover-Handy” <i>[Vertiefungsfall zur Abgrenzung von Trickdiebstahl und Sachbetrug]</i>	115
4. “Die erschlichene Wohnungseinrichtung” <i>[Makeltheorie/Besitzbetrug]</i>	126
5. “Die Perlenkette” <i>[Vermögensbegriffe/Untreue]</i>	133
6. “ Die Tankkarte” <i>[263a (unbefugt)/266b/Betrug]</i>	140
7. “ Die gefundene Karte” <i>[SB-Kasse / NFC]</i>	150
<b>III.Klausur:</b> “Benzin im Blut”	157
<b>IV. Test:</b> “Betrug“	170

**Klausuren** abgestimmt auf den Lernfortschritt  
(Mit Korrektur + Musterlösung)

**Standort:** Strafrecht / BT 1 / Diebstahl  
**Schwerpunkte:** § 242 / Grundlagen

**Grundlagen: § 242 (Diebstahl)\*\*\*\***

**Geschütztes Rechtsgut:** Fremdes Eigentum und Gewahrsam (BGHSt 29, 319, 323; Rengier, BT I, § 2 Rn 1).  
Nur so ist der im Verhältnis zu § 246 erhöhte Strafraum zu erklären.  
=> Der Inhaber des Gewahrsams ist berechtigt, einen Strafantrag (§ 248a) zu stellen.

**Erfolgssdelikt** (bzgl. Wegnahme) mit **überschießender Innentendenz** (bzgl. Zueignungsabsicht [= erfolgskupiertes Delikt]); Grundtatbestand zu §§ 243 (Regelbeispiel) und 244, 244a (Qualifikationstatbestände).

**Prüfungs-  
schema**

- I. Tatbestand**
  - 1. **Tatobjekt: Fremde bewegliche Sache**
  - 2. **Tathandlung: Wegnahme**
  - 3. **Vorsatz**
  - 4. **Zueignungsabsicht**
  - 5. **Objektive Rechtswidrigkeit der erstrebten Zueignung**
  - 3. **Vorsatz bzgl. Rechtswidrigkeit der erstrebten Zueignung**
- II. Rechtswidrigkeit**
- III. Schuld**

**I. Tatbestand**

1. **Tatobjekt: Fremde bewegliche Sache**

- a) **Def.: Sache** ist jeder körperliche Gegenstand (vgl. § 90 BGB).  
Auch Tiere (§ 90a BGB gilt im Strafrecht nicht), da dies dem Tierschutz abträglich wäre.
- b) **Def.: Beweglich** sind Sachen, die tatsächlich fortgeschafft werden können.  
Ausreichend, wenn die Sache erst durch die Wegnahmehandlung selbst beweglich gemacht wird (Bsp.: gepflückter Apfel).
- c) **Def.: Fremd** ist eine Sache, wenn sie zumindest auch im Eigentum eines anderen steht.  
Die Eigentumsverhältnisse sind ausschließlich nach bürgerlichem Recht zu beurteilen, wie sie sich zur Zeit der Tat darstellen.  
**Kauf unter Eigentumsvorbehalt:** Die Sache ist für den Inhaber des Anwartschaftsrechts fremd.  
Fraglich ist, wann von einer **Dereliktion** (Eigentumsaufgabe) auszugehen ist. => **(P1)**  
Ferner ist umstritten, ob **verbotene Gegenstände** (z.B. Drogen) fremde Sachen sind. => **(P2)**  
**Erwirbt der Täter durch die Ansichnahme zugleich Eigentum**, ist die Sache ist **nicht** fremd.  
Hier geht es z.B. um Fälle, in denen ein Übereignungsangebot des vorherigen Eigentümers vom Täter angenommen wird, indem er die Sache in Besitz nimmt (BeckOK/Wittig, § 242 Rn 8; a.A. z.B. MK/Schmitz, § 242 Rn 43). An dieser Stelle ist die rechtliche Behandlung des **Selbstbedienungstankens** ohne Bezahlung streitig. => **(P3!)**  
Aber: **Bürgerlich-rechtliche Rückwirkungsfiktionen** (z.B. § 142 BGB, § 1953 BGB) haben strafrechtlich wegen des **Gleichzeitigkeitsprinzips** keine Bedeutung. Anderenfalls könnte z.B. rückwirkend eine bereits begründete Strafbarkeit entfallen oder umgekehrt.  
Die Fremdheit ist **normatives Tatbestandsmerkmal**, weil akzessorisch zum bürgerlichen Recht (insbes. §§ 929 BGB ff., §§ 946 BGB ff., §§ 958 BGB ff., einschließlich des **Abstraktionsprinzips**). Das führt zu speziellen Problemen im Bereich der **Irrtumslehre**. Diese zeigen sich in lehrreicher Weise bei den sog. **Zahngold-Fällen**. => **(P4)**

© nur echt mit dem JI - Logo

**Rechtsprobleme**

werden im Prüfungsschema nur verortet. Eine genauere Problem-Darstellung erfolgt hinten auf den **"Problemübersichten"**

2.

**Tathandlung: Wegnahme**

**Def.:** Bruch fremden und die Begründung neuen, nicht notwendigerweise tätereigenen Gewahrsams.

a) **Def.:** *Gewahrsam ist die von einem natürlichen Herrschaftswillen getragene Herrschaft über eine Sache unter Berücksichtigung der Verkehrsanschauung.*

Es sind allein die **tatsächlichen Verhältnisse** entscheidend (TK/Bosch, § 242 Rn 23  
 Der „sozial-normative Gewahrsamsbegriff“ sollte in Klausuren nicht erwähnt werden, z.B.: Burghardt/Bröckers, JuS 2014, 238, 241; Stiel, JuS 2015, 908, 911; Haustein, JA 2015, 351, 353 (nicht erwähnt bei Rengier, BT I, § 2 Rn 24 ff.).

Zivilrechtliche Grundsätze sind hier nicht maßgebend, sondern allein die **tatsächlichen Herrschaftsverhältnisse. Besitz und Gewahrsam sind nicht identisch.**

So muss der mittelbare Besitzer (§ 868 BGB, z.B. Verleiher oder Vermieter) nicht auch Gewahrsam an der Sache haben. Umgekehrt hat der Besitzdiener (§ 855 BGB), der selbst keine Besitzposition hat, Gewahrsam an der Sache. Keinen Gewahrsam hat mangels Sachherrschaft der Erbenbesitzer (§ 857 BGB).

Nur **natürliche Personen** sind gewahrsamsfähig. Behörden und juristische Personen haben als solche keinen Gewahrsam, da sie keinen entsprechenden Willen tatsächlich bilden können. Bei ihnen wird die Sachherrschaft durch Amtswalter und Organe ausgeübt.

**Objektive Komponente: Tatsächliche Sachherrschaft:**

Der Ausübung der Sachherrschaft dürfen nach den Anschauungen des täglichen Lebens **keine wesentlichen Hindernisse entgegenstehen**. Dabei kommt es nur auf das **faktische Verfügen-Können**, nicht auf das rechtliche **Dürfen** an.

Eine vorübergehende räumliche Trennung bedeutet nur eine Gewahrsamslockerung und keinen Gewahrsamsverlust (z.B. auf der Straße geparktes Kfz; Wohnungsinventar bei Reise).

**Subjektive Komponente: Herrschaftswille:**

Der Herrschaftswille (auch genereller ist ausreichend) als subjektives Element muss darauf gerichtet sein, sich die Möglichkeit der ungehinderten Einwirkung auf die Sache zu erhalten.

Es ist auf den natürlichen Willen abzustellen. Geschäftsfähigkeit ist nicht erforderlich, d.h. auch Kinder oder Geisteskranke können diesen natürlichen Herrschaftswillen haben.

- **Genereller Gewahrsamswille:** Er erstreckt sich auf einen bestimmten Bereich, ohne dass er unbedingt auf jede dort befindliche Sache spezifiziert sein müsste (z.B. alle Sachen in einer Wohnung).
- **Antizipierter Erlangungswille:** Er erstreckt sich auf alle Sachen, die in den eigenen Herrschaftsbereich gelangen werden (z.B. Briefe, die in den eigenen Briefkasten geworfen werden).
- **Potentieller Gewahrsamswille:** Der Wille muss nicht ständig aktualisiert werden; es genügt, dass er jederzeit ausgeübt werden könnte (z.B. auch Schlafende oder Bewusstlose haben Gewahrsam).

- Drei Prüfungsschritte:    **1. War fremder Gewahrsam vorhanden?**  
                                   **2. Wurde neuer Gewahrsam begründet?**  
                                   **3. Wurde der fremde Gewahrsam „gebrochen“?**

b) **Def.:** *Fremder Gewahrsam liegt vor, wenn der Täter nicht ausschließlich selbst Gewahrsamsträger ist.*

**Tote** haben keinen tatsächlichen Herrschaftswillen mehr (BGH, 2 StR 111/12 Rn 4). Ein Diebstahl kommt in diesem Fall in Betracht, wenn der Tod in einer fremden Gewahrsamssphäre eintritt. Ansonsten greift § 246 ein.

Wer eine Sache **verliert**, hat der der Sache **keinen** Gewahrsam mehr. Wer eine Sache **vergisst**, hat Gewahrsam, solange er Zugang zum Ort des Vergessens hat. In einem fremden Herrschaftsbereich (sog. **Gewahrsamssphäre**) greift der sog. Hilfgewahrsam des Beherrschers der Sphäre.

Innerhalb einer **Gewahrsamssphäre** kann die Sache also vom unehrlichen Finder gestohlen werden. Der Hilfgewahrsam ist im Verhältnis zum Vergessenden, der noch Zugang hat, untergeordnet.

Solange Zugang besteht, kann der Hilfgewahrsamsinhaber den Vergessenden also bestehlen. Der Beherrscher der Sphäre begeht hingegen bei einer in seiner Sphäre verlorenen Sache eine Unterschlagung, da er seinen eigenen (Hilfs-) Gewahrsam nicht brechen kann.

**Gewahrsam an einer Sache können gleichzeitig mehrere Personen haben, sog. Mitgewahrsam.** Dabei ist gleichgültig, ob ihnen die Gemeinsamkeit bekannt ist oder nicht.

Bei „**gleichrangigem Mitgewahrsam**“ kann jeder Mitgewahrsamsinhaber den Mitgewahrsam des anderen brechen.

Bei „**über- und untergeordnetem Mitgewahrsam**“ kann im Verhältnis der Mitgewahrsamsinhaber nur der Untergeordnete, nicht aber der Übergeordnete, einen Gewahrsamsbruch begehen, ggfs. ist § 246 zu prüfen.

Beachte: Die bürgerlich-rechtlichen Formen des Mitbesitzes, mittelbaren Besitzes, Besitzdieners usw. sind bei der Frage nach dem Mitgewahrsam nicht entscheidend!

Zum **Mitgewahrsam** gibt es verschiedene Fallgruppen, die bekannt sein sollten. => **(P5)**

- c) **Def.: Neuer Gewahrsam** ist begründet, wenn der Täter oder ein Dritter nach Anschauung des täglichen Lebens die **tatsächliche Herrschaft** über eine Sache in der Weise ausübt, dass der neue Gewahrsamsinhaber die Sachherrschaft ungehindert durch den alten Gewahrsamsinhaber ausüben und dieser über die Sache nicht mehr verfügen kann, ohne die Verfügungsgewalt des neuen Gewahrsamsinhabers zu brechen.

Mit der Begründung neuen Gewahrsams ist die Wegnahme **vollendet**.

**Bloßes Ergreifen kleiner Gegenstände:** Bei unauffälligen, leicht beweglichen Sachen (Geld, Schmuckstücke und Handys) lässt die Verkehrsauffassung für die vollendete Wegnahme schon ein Ergreifen und Festhalten der Sache genügen. (BGH, 3 StR 556/09 Rn 11 ff., JuS 2011, 565; ebenso in einem **Raub**-Fall für das Ergreifen von Geld in einem Tresor (BGH, 2 StR 115/12). Wer sein Handy auf Bitte einem Dritten zur Nutzung überlässt und es dann – gemäß vorgefasster Absicht – nicht zurückerhält, wird jedoch erst bestohlen, wenn der „Entleiher“ z.B. wegrennt (BGH, 2 StR 154/16, RA-Telegramm 2016, 7; 1 StR 402/16, RA 2017, 49).

**Bei größeren Gegenständen** wird ein bloßes Ergreifen i.d.R. nicht genügen, um neuen Gewahrsam zu begründen. Alleiniger Gewahrsam des Täters entsteht jedoch, wenn er die Gegenstände in seiner Kleidung oder einem mitgebrachten Behältnis verbirgt und dadurch eine **Gewahrsamsenklave** begründet (BGH, 5 StR 593/18, RA 2019, 269 [Rucksack]; BGH, 3 StR 373/14 Rn 4, RA 2014, 661 [Notebook wird in mitgeführte Jutetasche gesteckt]). Dadurch wird die Sache in einen vom allgemeinen Persönlichkeitsrecht geschützten „Tabubereich“ verbracht; bei einem Eingriff des Eigentümers in diesen Bereich muss er u.U. mit erheblichem Widerstand rechnen. Deshalb geht in derartigen Fällen die tatsächliche Sachherrschaft des bisherigen Gewahrsamsinhabers verloren.

Nach h.M. gilt die Enklaventheorie auch z.B. in **Privatwohnungen** und nicht nur in SB-Märkten (BGH, 3 StR 373/14 Rn 4, RA 2014, 661; Eisele, BT II, Rn 47).

Näheres hierzu bei => **(P6!)**

Grundsätzlich ist auch bei **Beobachtung** der Wegnahme durch den Eigentümer oder durch andere, die zu seinen Gunsten einzuschreiten gewillt sind, die Begründung neuen Gewahrsams möglich. Der Diebstahl verlangt kein heimliches Vorgehen („**kein heimliches Delikt**“, BGH, 3 StR 182/08). Es ist auch nicht notwendig, die Beute aus dem bisherigen Herrschaftsbereich herauszubringen und die neu begründete Herrschaftsgewalt zu sichern (BGH, NStZ 1988, 270; OLG Düsseldorf, NJW 1990, 1492).

Streitig ist, ob zumindest die konkrete **Möglichkeit der Sicherung der Beute** bestehen muss. Primäre Bedeutung haben hierbei die Fälle, in denen das Problem der **Enklaventheorie mit der Beobachtung zusammenrifft**. => **(P7!)**

**Beendigung** liegt vor, wenn das Diebstahls geschehen faktisch endgültig zum Abschluss gekommen ist und der vom Täter begründete Gewahrsam eine gewisse Sicherung und Festigung erreicht hat, v.a., wenn die Sache in Räume des Täters oder in ein Versteck gebracht wurde (lehrreich: BGH, 5 StR 580/23, RA 2024, 442).

Dies ist wichtig für **Abgrenzung zw. § 249** (Einsatz des Nötigungsmittels vor Vollendung) und **§ 252** (Einsatz des Nötigungsmittels nach Vollendung vor Beendigung).

Nach Rspr. ist (**sukzessive**) **Mittäterschaft / Beihilfe** noch bis zur Beendigung der Haupttat möglich, nach wohl h.L. nur bis zur Vollendung (hierzu schon im Kursteil AT II).

d) **Def.: Gewahrsamsbruch** ist die Aufhebung des Gewahrsams gegen oder ohne den Willen des Gewahrsamsinhabers.

Entspricht das Ansichnehmen dem Willen des Gewahrsamsinhabers, so liegt ein **tatbestandsausschließendes Einverständnis** vor.

Maßgeblich ist alleine der Wille des Gewahrsamsinhabers, nicht derjenige des Eigentümers.

Der übergeordnete Gewahrsamsinhaber kann das Einverständnis unabhängig vom untergeordneten Gewahrsamsinhaber erteilen (OLG Celle, 1 Ws 355/11). Bei gleichrangigem Mitgewahrsam müssen hingegen alle einverstanden sein (Eisele, BT II, Rn 51).

**Voraussetzungen des tatbestandsausschließenden Einverständnisses**

=> Die Voraussetzungen des Einverständnisses folgen anderen Regeln als die der rechtfertigenden Einwilligung.

1) **Natürlicher Wille** des Einwilligenden zur Gewahrsamsaufgabe ausreichend. Rechtliche Willensfähigkeit (z.B. Geschäftsfähigkeit) ist nicht erforderlich, so dass z.B. auch Kinder oder Betrunkene wirksam in die Gewahrsamsaufgabe einwilligen können.

2) Das Opfer muss sich darüber **bewusst** sein, dass es den Gewahrsam völlig preisgibt. Passive Duldung der Sachentziehung (z.B. aus Angst vor dem Täter) genügt nicht.

3) Bewusste innere Zustimmung des Gewahrsamsinhabers **bei Tatbeginn** ausreichend. Die Kenntnis des Täters vom Vorliegen des Einverständnisses ist also nicht erforderlich. (Bei Unkenntnis kommt dann jedoch versuchter Diebstahl in Betracht! => „Diebesfalle“)

4) **Willensmängel sind unbeachtlich.** (Anders bei rechtfertigender Einwilligung.)

In diesem Zusammenhang gibt es eine Vielzahl an Problemfeldern, die bekannt sein müssen. Neben dem Abgrenzungsproblem zum Betrug, welches später beim Betrug behandelt wird, ist zu denken an: Die „**Diebesfalle**“, das bedingte Einverständnis, die vorgetäuschte Beschlagnahme und – erneut – das SB-Tanken. => **(P8)**

Schließlich stellt sich die Frage, wann der Täter **unmittelbar** zur Wegnahme **ansetzt**. => **(P9)**

3. **Vorsatz**  
 Gem. § 15 ausreichend: **Dolus eventualis** bzgl. Tatobjekt und Tathandlung.

4. **Zueignungsabsicht**  
**Def.: Zueignungsabsicht** meint die Absicht zumindest vorübergehender Aneignung sowie den (zumindest bedingten) Vorsatz dauerhafter Enteignung des Berechtigten.  
 Der Täter muss die **Sache** oder den in ihr verkörperten bestimmungsgemäßen **Sachwert** dem eigenen Vermögen **oder dem eines Dritten** einverleiben (Vereinigungstheorie).  
**Beachte:**

- § 242 ist kein Bereicherungsdelikt, d.h. es setzt keine Bereicherung des Täters voraus, daher ist auch ein Diebstahl völlig wertloser Sachen möglich.
- Es kommt **nur auf die Absicht** einer Zueignung an. Objektiv muss daher eine Zueignung nicht stattgefunden haben, sog. **erfolgsqualifiziertes Delikt (anders bei der Unterschlagung, § 246).**

Die Zueignungsabsicht besteht aus zwei Elementen:

<b>Aneignungsabsicht</b> (= positives Element)	<b>Enteignungsvorsatz</b> (= negatives Element)
<p>Dolus directus 1. Grades gerichtet auf eine <b>zumindest vorübergehende</b> Einverleibung der Sache in das Vermögen des Täters oder eines Dritten bzw. Ausnutzung des entzogenen Sachwertes.</p> <p>⇒ Aneignungskomponente (-), wenn der Täter die Sache nicht nutzen, sondern lediglich entziehen, zerstören oder sich ihrer entledigen will (kein Diebstahl, sondern allenfalls Sachbeschädigung).</p>	<p>Zumindest Eventualvorsatz darauf gerichtet, dass die Sache oder der in ihr verkörperte Sachwert dem bisherigen Eigentümer <b>dauerhaft</b> entzogen wird.</p> <p>⇒ Enteignung (-), wenn der Täter die Sache nach Gebrauch wieder an den Eigentümer zurückgeben will und sich der Gebrauch nicht bereits als dauernder Sachwertentzug darstellt (kein Diebstahl, sondern lediglich [beachte § 248b] Gebrauchsanmaßung).</p>

Zur Aneignungs- und zur Enteignungskomponente sollten die folgenden Details bekannt sein:

- Die **Aneignungskomponente** grenzt den Diebstahl von der Sachbeschädigung (§ 303) und der straflosen Sachentziehung ab.

**(P!): Bloße Zerstörung, Vernichtung, bloßes Wegwerfen**

Wer eine fremde Sache beschädigt, überführt diese nicht in das eigene Vermögen. Wer also einem anderen eine Sache wegnimmt, um diese zu zerstören, begeht weder Diebstahl noch Unterschlagung (BGH, 4 StR 502/10, JuS 2011, 846).

Anders aber z.B. beim Verzehr fremder Speisen oder Verbrauchen fremden Benzins, da der Täter hier den wirtschaftlichen Wert der Sache selbst erlangt (BGH, 4 StR 538/14 Rn 5 f., RA 2015, 336 [für Heroin]).

**(P!): Bloße Sachentziehung**

Bei der schlichten Sachentziehung soll der Eigentümer lediglich von der Nutzung ausgeschlossen werden, ohne dass eine eigene Nutzungsabsicht des Täters besteht. Der Wille, den Eigentümer durch Sachentziehung zu ärgern, genügt nicht (BGH, 4 StR 502/10 Rn 21 ff.), es fehlt die Aneignungsabsicht (BGH, 3 StR 536/18, RA 2020, 213 [bloßes Auslesen eines Handys]; 1 StR 86/13 Rn 37 f. [bloße Wegnahme einer „Kutte“, um diese wegzuwerfen]).

Die Aneignungskomponente ist **aber zu bejahen**, wenn die Sache zuvor eigennützig verwendet werden soll (z.B. Entwenden eines Fahrrads, um es nach Benutzung irgendwo abzustellen).

**(P): Behältnis**

Die Zueignungsabsicht bezieht sich in der Regel nicht auf das Behältnis, wenn es dem Täter alleine auf den Inhalt ankommt. Dies ist nur anders, wenn der Täter das Behältnis zum Transport benötigt. Dies ist i.d.R. bei Flüssigkeiten oder einer großen Anzahl kleiner Gegenstände der Fall. Bezieht sich die Zueignungsabsicht auf einen bestimmten Inhalt des Behältnisses, so fehlt dem Täter bei völlig abweichendem Inhalt auch insoweit die Zueignungsabsicht (BGH, 3 StR 182/17, RA-Telegramm 2017, 100). In diesem Fall und wenn das Behältnis leer ist, kommt ein – fehlgeschlagener – Versuch in Betracht (BGH, 2 StR 479/17, RA-Telegramm 2018, 58).

- Die **Enteignungskomponente** grenzt den Diebstahl zur grundsätzlich straflosen Gebrauchs- anmaßung (furtum usus) ab.

**(P!): Bloße Gebrauchsanmaßung**

Hier besteht nur der Wille zum vorübergehenden Ausschluss des Berechtigten von der Sachherrschaft; nach der Nutzung soll die Sache wieder an den Berechtigten zurückgelangen. Zueignung i.d.R. (-), da kein Vorsatz zur dauerhaften Enteignung (beachte bei KfZ etc. § 248b).

Fallgruppe der „**Preisgabe an Dritte**“: Wenn die Rückführung der Sache zum Eigentümer vom Zufall abhängt und die Rückführung dem Täter völlig gleichgültig ist, so ist dolus eventualis bzgl. der dauerhaften Enteignung gegeben (z.B. Entwenden eines Fahrrads, um es nach Benutzung irgendwo abzustellen).

Zu bejahen ist die Enteignungskomponente auch, wenn ein objektiver Beobachter wegen der Länge des Gebrauchs eine Ersatzbeschaffung für unvermeidbar halten muss (z.B. Tageszeitung).

**Klausur:** Bergmann/Rensch, JURA 2012, 553

**(P): Täter will bloß Dateien von der Festplatte**

Sofern sich der Täter bloß Dateien von einer Festplatte herunterladen möchte (z.B. Entwendung eines Handys, um Bilddateien als „Beweismaterial“ zu erlangen), fehlt es sowohl an der Zueignungs- als auch (im Rahmen des § 253) an der Bereicherungsabsicht. Dieser bloße **Gebrauch** führt nämlich zu keinem **Verbrauch** (BGH, 3 StR 392/11). Gleiches gilt, wenn der Täter ein fremdes Handy nur deshalb wegnimmt, um bestimmte Fotos zu löschen (BGH, 5 StR 577/18, RA-Telegramm 2019, 42).

**(P!): Objekt der Zueignung- Der „Vorteil aus der Sache selbst“ (lucrum ex re)**

Wenn Sachen einen Wert „in sich tragen“, ist die Frage zu klären, was das **Objekt der Zueignung** ist.

Die Frage stellt sich z.B. bei „Gutschein-Geschenkkarten“ oder dem Sparbuch.

Als Objekt der Zueignung kommt sowohl die **Sachsubstanz** in Betracht, als auch der in der Sache **verkörperte Wert** (sog. Vereinigungslehre).

*Beispiel: Täter T nimmt dem Opfer dessen Gutschein-Geschenkkarte weg, zahlt damit im entsprechenden Laden und legt die Karte – wie anfänglich geplant – wieder zurück.*

Zum Enteignungsvorsatz:

**Substanztheorie** (-), da die Gutscheinkarte zurückgegeben werden soll.

**Sachwerttheorie:** (+), sog. „lucrum ex re“ = Vorteil aus der Sache selbst, da der in der Gutscheinkarte verkörperte Wert nach der Bezahlung gesunken ist. (*Stichworte: „Hülle ohne Inhalt“, „Schale ohne Kern“; vgl. TK/Bosch, § 242 Rn 49 f.*)

Zur Aneignungsabsicht: Nach Sachwerttheorie (+).

**Anders** aber im Bankkarten-Fall: Diese Karte ist ein bloßer „Schlüssel“ zu den Girofunktionen, verkörpert aber nicht den Wert selbst.

**Aufsatz** „Die Karten in meiner Brieftasche“, Oğlakcioğlu, JA 2018, 279 ff., 338 ff.

Anders stellt sich der Fall dar, wenn die **anfänglich geplante Rückgabe** nicht heimlich erfolgt (wie oben im Fall mit der Gutscheinkarte), sondern wenn dies **offen** geschieht. => **(P10!)**

**5. Objektive Rechtswidrigkeit der beabsichtigten Zueignung**

**Def.:** Die vom Täter beabsichtigte Zueignung ist dann rechtswidrig, wenn der Täter keinen fälligen und durchsetzbaren Anspruch auf Übereignung der weggenommenen Sache und auch kein Aneignungsrecht hat.

**Beachte:** Die **Rechtswidrigkeit der Zueignung** ist **objektives Tatbestandsmerkmal**.

**Allgemeine Rechtfertigungsgründe** (§§ 228, 904 BGB, mutmaßliche Einwilligung etc.) lassen nicht bereits die Rechtswidrigkeit der erstrebten Zueignung entfallen, sondern sind erst auf der allgemeinen Ebene der Rechtfertigung zu berücksichtigen (Rengier, BT I, § 2 Rn 187).

**(P!):** Wenn der Gläubiger eigenmächtig dem Schuldner eine Sache wegnimmt, ist zu differenzieren:

Bei **Gattungsschulden** ist die beabsichtigte Zueignung **rechtswidrig**, denn hier hat der Schuldner gem. § 243 BGB das Recht, die Sache selbst auszuwählen. Glaubt der Täter irrig, er könne sich einfach selbst eine Sache aus der Gattung nehmen, liegt ein Verbotsirrtum gem. § 17 vor (TK/Bosch, § 242 Rn 65).

Streitig ist, ob dies auch für **Geldschulden** gilt:

**E.A.: RWK (-)**, bei Geldschulden hat der Schuldner regelmäßig kein Interesse daran, die Sache selbst auszuwählen (sog. „Wertsumentheorie“; Eisele, BT II, Rn 90; Rengier, BT I, § 2 Rn 193)

**A.A.: RWK (+)**, auch bei Geldschulden hat der Schuldner regelmäßig das Recht, die Sache selber auszuwählen, z.B. weil er bestimmte Münzen für einen Automaten benötigt (BGHSt 17, 87 („Moos-raus-Fall“); StV 1991, 515).

**6. Vorsatz bzgl. Rechtswidrigkeit der beabsichtigten Zueignung**

Keine Absicht erforderlich, gem. § 15 ist vielmehr **dolus eventualis** ist ausreichend.

Gerade bei **Geldschulden** wird dem Gläubiger, der sich eigenmächtig den geschuldeten Geldbetrag aus

**Standort:** Strafrecht / BT 1 / Diebstahl

**Schwerpunkte:** § 242 / Grundlagen

dem Geldbeutel des Schuldners nimmt, regelmäßig das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit fehlen.

Die Rspr. kommt hier regelmäßig zu einem Irrtum über die Rechtswidrigkeit der erstrebten Zueignung, der zumindest dann zu einem vorsatzausschließenden **Tatbestandsirrtum nach § 16 I** führen soll, wenn der Täter geglaubt hat, einen Anspruch auf die konkreten Geldscheine zu haben (BGH, 1 StR 528/99; BGH, 3 StR 282/23 [generell für den Fall, dass sich der Täter irrig einen fälligen und einredefreien Anspruch vorstellt]. Nach a.A. liegt ein bloßer Verbotsirrtum gem. § 17 vor, weil der Täter bei richtig erkanntem Sachverhalt bloß aufgrund falscher rechtlicher Wertung von der Straflosigkeit seines Verhaltens ausgeht (Zieschang, JA 2025, 265, 272).

**II.** **Rechtswidrigkeit / Schuld**

**III.** **Strafzumessungsgesichtspunkte:**

Besonders schwerer Fall nach Regelbeispielkatalog des § 243 I; aber nicht bei geringwertigen Sachen (§ 243 II)!

**IV.** **Strafantrag: §§ 247, 248 a**



Standort: Strafrecht / BT 1 / Diebstahl  
Schwerpunkte: Problemübersicht

## Problemübersicht: § 242 (Diebstahl)

### I. Probleme zum Tatobjekt; Merkmal „fremd“

(P1)

#### Dereliktion, § 959 BGB

Beispiel:

*Der Künstler Gerhard Richter warf vier Bilder, die er selbst für misslungen hielt, in die Altpapiertonne vor seinem Haus. T nahm die Bilder heraus und versuchte, diese zu verwerten. (Zu diesem und ähnlichen Fällen: Fahl, JA 2019, 807).*

Lösung:

Die Dereliktion setzt eine einseitige nicht empfangsbedürftige Willenserklärung voraus, weshalb es für die Auslegung auf den tatsächlichen Willen des Eigentümers ankommt. Verfolgt der Eigentümer etwa bestimmte Verwendungszwecke mit einer Sache, liegt keine Dereliktion vor, sondern ein Übereignungsangebot (Rengier, BT I, § 1 Rn 11); z.B. keine Dereliktionsabsicht bei an der Straße abgestelltem Sammelgut, das für eine Sammelorganisation bestimmt war. Ebenso schließt Vernichtungsabsicht bei der Hingabe in den Müll die Dereliktionsabsicht aus (vgl. OLG Hamm, III 3 RVs 103/10): Das Ablegen einer Bankkarte in einen sich in den Geschäftsräumen einer Bank befindenden Abfallbehälter zum Zwecke der späteren Leerung und Müllentsorgung stellt keine Dereliktion im Sinne des § 959 BGB dar. So auch im Beispiel des AG Köln, 539 Ds 48/18 (dieser Fall war *Vorlage für die Ringtausch-Klausur im Juni 2019*).

Zum sog. „**Containern**“ und der Strafbarkeit von „**Waste-Divern**“: Fanzutti/Huff, JA 2022, 383 (Klausur). Gegen Strafbarkeit: Jäger, JA 2020, 393, 394, für § 242: BayObLG, 206 StRR 1013/19, RA 2020, 45).

Zu sog. „**Liebesschlössern**“ an Brücken: Auch diese können gestohlen werden. Keine Dereliktion, da das „rechtliche Schicksal“ des Schlosses dem Liebespaar nicht gleichgültig ist; Gewahrsamsinhaber ist der Brückeneigner. (AG Köln, 526 Ds 395/12; Klausur bei Reinhart, JA 2016, 189)

(P2)

#### Verbotene Gegenstände (z.B. Drogen, bestimmte Tierarten, etc.)

Beispiel:

*J kauft beim Dealer D Heroin. T nimmt J dieses zum Eigenverbrauch weg.*

Lösung:

Gem. den Verbotsvorschriften des BtMG i.V.m. § 134 BGB kann an z.B. Drogen rechtsgeschäftlich kein Eigentum übertragen werden.

Entscheidend ist daher die formale Eigentümerposition, welche gem. § 950 BGB beim Erzeuger liegt (BGH, 2 StR 342/16, RA 2017, 549).

T hat sich gem. § 242 strafbar gemacht (selbst wenn der Eigentümer z.B. ein unbekannter Erzeuger in Kolumbien ist).

Nach einer M.M. sei das Eigentum an z.B. Drogen eine leere Begriffshülse: Das Eigentum werde wegen der aus § 903 BGB folgenden Optionen geschützt. Wegen des Besitz- und Nutzungsverbots bestehen diese Optionen bei solchen Gegenständen jedoch nicht (Wessels/Hillenkamp/Schuh, BT 2, Rn 73). Dagegen spricht jedoch, dass der Schutz des Eigentums durch die Eigentumsdelikte rein formaler Natur ist. Die tatsächlichen und rechtlichen Möglichkeiten, mit der Sache nach Belieben zu verfahren, sind egal (BGH, 4 StR 92/15; Eisele, BT II, Rn 24; TK/Bosch, § 242 Rn 9.2).

Standort: Strafrecht / BT 1 / Diebstahl  
Schwerpunkte: Problemübersicht

(P3!)

## Tanken an SB-Tankstellen

Beispiel:

Der zunächst zahlungswillige Kunde K entschließt sich nach Beendigung des Tankvorganges wegzufahren, ohne die Rechnung zu begleichen.

Lösung:

§ 242 scheidert jedenfalls an der fehlenden Wegnahme, da ein wirksames tatbestandsausschließendes Einverständnis des Tankstellenbetreibers (bzgl. des Betankens) vorliegt, sodass nur § 246 in Betracht kommt (BGH, NJW 1983, 2827; Eisele, BT II, Rn 251).

Das eingefüllte Benzin ist fremd, da das Aufstellen der Zapfsäule nur ein bedingtes Übereignungsangebot (Bedingung der späteren Kaufpreiszahlung) darstellt. Andere bejahen einen Eigentumsübergang erst beim Bezahlvorgang gem. § 929 S. 2 BGB (vgl. Eisele, BT II, Rn 251). Nach beiden Ansichten ist das Benzin – ohne Bezahlung – eine fremde Sache.

Achtung: Nicht sofort auf den gesetzlichen Eigentumserwerb (Miteigentum durch Vermischung, §§ 947, 948 BGB) abstellen. Zuerst ist zu klären, in wessen Eigentum das in den Tank einfließende Benzin steht.

[Anm.: Zur Frage, wie der Fall zu lösen ist, wenn der Kunde **von Anfang an zahlungsunwillig** ist, Näheres unten bei der Wegnahme bei Problem 4.]

(P4)

## Zahngold nach Einäscherung / Implantate

Beispiel:

Arbeitnehmer A hat im Krematorium u.a. die Aufgabe, die Asche in die Urne zu füllen. Das gefundene Zahngold nimmt er an sich und verwertet es. Hierbei glaubt er, dass es sich dabei um eine fremde Sache handeln würde.

Lösung:

⇒ Differenziert behandelt werden müssen die Sachqualität und die Eigentumsfähigkeit von Implantaten.

Ausgangspunkt ist der Umstand, dass natürliche Leichenteile – wie auch der Leichnam selbst – **Sachen** sind (h.M., TK/Bosch, § 242 Rn 10, 21).

### Fraglich ist primär die Fremdheit.

Die Leiche selbst ist grundsätzlich nicht eigentumsfähig.

Ausnahmsweise sind Leichen aber fremde Sachen, wenn sie der Bestattung entzogen und Museen oder wissenschaftlichen Einrichtungen überlassen sind.

Künstliche Gegenstände, die nicht mit dem Körper verbunden sind, sind keine Leichenteile, sondern fremde bewegliche Sachen (Bsp.: Hörgerät). Sie können daher auch vererbt werden.

Für künstliche Gegenstände, die fest mit dem Körper verbunden sind (Implantate, Bsp.: Herzschrittmacher), gilt bezüglich ihrer Eigentumsfähigkeit das Folgende:

Solange der Mensch lebt, teilen diese Objekte die Rechtsnatur des menschlichen Körpers, sind also nicht eigentumsfähig. Mit dem Tod ändert sich daran zunächst nichts.

Sofern eine Abtrennung (auch beim lebenden Menschen) erfolgt (bei Unfall abgetrennte Hand, herausgenommener Herzschrittmacher), wird die Sache wieder eigentumsfähig (TK/Bosch, § 242 Rn 10). Der Eigentumserwerb des früheren (noch lebenden) Trägers erfolgt analog § 953 BGB.

Im Normalfall wird das **Zahngold** im Beispielsfall also herrenlos. Die Erben werden nicht gem. § 1922 BGB Eigentümer, da die Leiche kein Vermögensbestandteil ist. Allerdings kann im Einzelfall an herrenlosen künstlichen Körperteilen im Wege der Aneignung nach § 958 I BGB durch Eigeninbesitznahme Eigentum erworben werden, sofern dies nicht durch § 958 II BGB ausgeschlossen ist (OLG Hamburg, 2 Ws 123/11).

(Exkurs: Sofern das Zahngold z.B. an einen gutgläubigen Juwelier weiterverkauft wird, wird dieser

nicht betrogen, da er gutgläubig Eigentum erwirbt. § 935 BGB ist nicht analog auf herrenlose Sachen anwendbar [Grommes, JA 2017, 772, 779].)

**Sofern der Täter irrig von der Fremdheit der Sache ausgeht, ist streitig ob ein versuchter Diebstahl vorliegt.** Nach richtiger Ansicht ist dies nur der Fall, wenn er sich einen anderen *Sachverhalt* vorstellt, bei dem das Zahngold eine fremde Sache gewesen wäre. Bei bloß falscher rechtlicher Bewertung der Eigentumslage dürfte ein Wahndelikt vorliegen (Wessels/Hillenkamp/Schuhr, BT 2, Rn 77; Zieschang, JA 2025, 265, 266; a.A. – untauglicher Versuch – OLG Hamburg, 2 Ws 123/11).

In Betracht kommen weiter die §§ 133 I, III und 168 I. Streitig ist, ob das **Zahngold „Asche“** i.S.v. § 168 ist (BGH, 5 StR 71/15 Rn 4 ff., RA 2015, 506, bejaht dies, denn zu dieser gehörten sämtliche nach der Einäscherung verbleibenden Rückstände, d.h. auch die vormals mit einem Körper fest verbundenen fremden Bestandteile, die nicht verbrennbar sind; a.A. OLG Nürnberg, 1 St OLG Ss 163/09, wegen der Wortlautgrenze der Auslegung).

Digitales  
 Zusatzmaterial  
 in der  
 JI - Lernwelt

**JI-Lernwelt: Vertiefung zum Zahngold-Fall / Code ES244 / PDF**  
 Näheres vor allem zum Irrtumsproblematik. / Aufsatz zum Thema: Schweinberger, RA 2014, 525

**Klausur:** Rudolph, JA 2011, 346; Safferling/Menz, JURA 2008, 382; Jahn/Ebner, JuS 2008, 1086

## II. Probleme zur Tathandlung „Wegnahme“

<b>(P5)</b>	<b>Gewahrsam mehrerer Personen, sog. Mitgewahrsam</b>
-------------	---

<u>Beispiel:</u>	<i>K ist Kassierer in einem Supermarkt. Aus „seiner“ Kasse nimmt er 10 € zur eigenen Verwendung heraus.</i>
------------------	---

<u>Lösung:</u>	<p><b>Problemgruppen zur Abgrenzung von Allein- und Mitgewahrsam:</b></p> <p>- <b>Angestellte, Arbeiter, Verkäufer, Hausangestellte</b> usw.</p>
----------------	--

- Kleine Geschäfte (Geschäftsinhaber arbeitet üblicherweise mit): **Untergeordneter Mitgewahrsam** des Personals wegen seiner lediglich unterstützenden Funktion.
- **Alleingewahrsam**, wenn der Angestellte eigenverantwortlich für einen Geschäftsbereich zuständig ist und bis zur Abrechnung mit seinem Geschäftsherrn zwar einem Weisungsrecht unterliegt, ansonsten jedoch andere vom Zugriff ausschließen kann.
- **Kassierer** haben Alleingewahrsam am **Kasseninhalt**, wenn sie eigenverantwortlich die Kasse verwalten (BGH, 4 StR 458/17, RA 2018, 221; OLG Celle, 1 Ws 355/11, JuS 2011, 1131 *überaus lesenswert*). In diesem Fall kann der Kassierer „nur“ § 246 II verwirklichen. § 266 scheidet wegen der „rein mechanischen“ Tätigkeit bei Kassierern in SB-Märkten aus (Rengier, BT I, § 18 Rn 36, str.). Sofern der Kassierer einen „breiteren“ Verantwortungsbereich hat, greift § 266 aber ein.  
 Ansonsten besteht bei allen Bedienung „hinter dem Tresen“, die an einer einzigen Kasse arbeiten, gleichrangiger Mitgewahrsam.
- Bei **verschlossenen Behältnissen** ist regelmäßig Alleingewahrsam des **Schlüsselinhabers** am Inhalt des Behältnisses gegeben, wenn es nach Gewicht oder Größe nur schwer fortzubewegen ist (OLG Zweibrücken, 1 OLG 2 Ss 1/18, RA 2018, 500, für einen Tresor). Gleichgeordneter Mitgewahrsam liegt vor, wenn der Schlüsselinhaber nur mit Zustimmung des Verwahrers an den Inhalt gelangen kann. Ist das Behältnis hingegen frei beweglich und kann der Schlüsselinhaber nicht jederzeit an das Behältnis gelangen, so ist der Verwahrer Alleingewahrsamsinhaber, auch wenn er nicht den Schlüssel hat; er hat es in der Hand das Behältnis samt Inhalt fortzuschaffen. (Rengier, BT I, § 2 Rn 32).

© nur echt mit dem JI - Logo

<b>(P6!)</b>	<b>Gewahrsamsverhältnisse bei Entwendung von Gegenständen in SB-Geschäften auf Grundlage der herrschenden Enklaventheorie</b>
--------------	---

<u>Beispiel:</u>	<i>D steckt in einem Selbstbedienungsladen eine teure Weinflasche in seinen mitgeführten Rucksack und verschließt diesen wieder. Bezahlen will er die Flasche – natürlich – nicht.</i>
------------------	--

<u>Lösung:</u>	Fraglich ist in solchen Fällen, ob der Täter bereits neuen, alleinigen Gewahrsam begründet hat (Vollendung der Wegnahme), oder ob noch Gewahrsam des Ladeninhabers besteht, in dessen Machtbereich sich der Täter befindet.
----------------	---

=> Enklaventheorie  
 Grundsätzlich ist neuer Gewahrsam begründet, wenn der Täter die tatsächliche Herrschaft über die Sache derart erlangt hat, dass er sie ohne Behinderung durch den bisherigen Gewahrsamsinhaber ausüben und dieser seinerseits nicht mehr über die Sache verfügen kann, ohne die Verfügungsmacht des Täters zu beseitigen.).

*[„Enklave“ ist ein Begriff des Völkerrechts und bedeutet ein Staatsgebiet, das ringsum von fremdem Staatsgebiet umschlossen ist.]*

=> **Fallgruppen:**

**1. Kleine, leicht bewegliche Gegenstände**

Zur Begründung neuen Gewahrsams reicht bereits das Ergreifen und Festhalten der Sache.

**2. Größere, leicht transportierbare Sachen**

Wer mit vier unbezahlten Packungen Parfüm – die er vor seinem Körper mit Armen und Händen hält – versucht, ein Kaufhaus zu verlassen, bricht noch keinen fremden Gewahrsam (KG, (2) 161 Ss 59/18 (12/18), RA-Telegramm 2019, 18). Auch das Hineinlegen von Waren im SB-Markt in eine mitgeführte Sporttasche begründet jedoch noch keinen neuen (eigenen) Gewahrsam an den Gegenständen, wenn diese sichtbar in der offenen Tasche transportiert worden sind (BGH, 5 StR 512/16).

Wird der Gegenstand nur im Einkaufswagen versteckt, entspricht es der sozialen Konvention, dass der Gewahrsam solange beim Geschäftsinhaber verbleibt, bis der Täter den Kassensbereich verlassen hat oder die Kassiererin die Abfertigung als abgeschlossen ansieht (OLG Düsseldorf, NJW 1993, 286). Hier stellt sich dann das Abgrenzungsproblem zu § 263.

**3. Schwer transportierbare Gegenstände**

Neuer Gewahrsam wird erst mit Verlassen des fremden Machtbereichs begründet (BGH, 2 StR 191/14 [Verladen v. Metall auf LKW]; ähnl. OLG Hamm, 1 RVs 25/14, RA 2014, 433).

**Verstecken** in der Sphäre des Eigentümers ist hingegen keine Wegnahme.

<b>(P7!)</b>	<b>Begründung neuen Gewahrsams bei Beobachtung der Wegnahme</b>
--------------	---

<u>Beispiel:</u>	<i>A steckt in einem SB-Laden ein Paket Zigaretten in die Hosentasche. Er wird durch den Filialleiter beobachtet und noch vor Verlassen des Kassensbereichs gestellt.</i>
------------------	---

<u>Lösung:</u>	<p><b>H.M.:</b> Bereits mit dem Einstecken kleiner Gegenstände in eine Tasche wird unabhängig von der Beobachtung eine intensive Herrschaftsmacht des Täters über den Gegenstand begründet (BGH, 3 StR 182/08; Rengier, BT I, § 2 Rn 49; Zopfs, ZJS 2009, 512, 513).</p> <p>Es ist kaum eine intensivere Herrschaftsbeziehung als das Verbringen in die eigene Körpersphäre denkbar. Die Wegnahme kann unabhängig von der Dauer des neuen Gewahrsams bzw. einer konkreten Sicherungsmöglichkeit desselben vollendet sein.</p> <p>Die Wegnahme ist mit dem Einstecken des Gegenstandes bereits vollendet.</p>
----------------	--

**M.M.:** Die Begründung neuen Gewahrsams verlange das Ergreifen und die konkrete Möglichkeit der Fortschaffung der Beute. Diese Voraussetzungen seien beim Täter jedoch regelmäßig nicht gegeben, wenn er infolge der Beobachtung ohne Probleme vor dem Verlassen des fremden Herrschaftsbereiches gestellt werden könne (TK/Bosch, § 242 Rn 40). Das Tabu, mit dem die h.M. die Körpersphäre des Täters ausstatte, widerspreche den tatsächlichen Verhältnissen. Der auf frischer Tat ertappte Dieb sei regelmäßig ohne Weiteres zur sofortigen Herausgabe bereit. A hat sich nur wegen Versuchs strafbar gemacht.

Gegen die M.M. spricht bereits, dass ertappte Täter immer gewalttätiger werden und gerade nicht „ohne Weiteres zur sofortigen Herausgabe bereit“ sind.

Auch nach h.M. hängt jedoch die Lösung von den Einzelumständen ab. Zu berücksichtigende Kriterien hierbei sind beispielsweise die genaue räumliche Nähe des Eigentümers oder seiner Beauftragten und wie schnell ihr Eingreifen möglich ist, wie auch Umfang und Gewicht des Diebesguts, sowie eventuelle Alarmanlagen. [*unbedingt lesen:* OLG Hamm, 1 RVs 25/14, RA 2014, 433 („Spedition-Fall“)]

**J1-Lernwelt: Kritische Aufbereitung des Spedition-Falles / Code ES243 / PDF**

Guter (wenn auch älterer) **Aufsatz zu „Supermarkt-Fällen“:** Oğlakcioğlu, JA 2012, 902 und 2013, 107

**(P8)**

**Einverständnis des bisherigen Gewahrsamsinhabers in den Gewahrsamswechsel (zu unterscheiden von der Einwilligung in die Zueignung)**

Beispiel:

*A steht im Verdacht, regelmäßig seinen Arbeitgeber zu bestehlen. Es wird ihm mit einer Videokamera eine Falle gestellt. Der Chef gibt die Order, den ertappten „Dieb“ ziehen zu lassen, da es ohnehin eine Hausdurchsuchung geben werde. A tappt in die Falle.*

Lösung:

**Klassische Problemkreise**, die das tatbestandsausschließende Einverständnis betreffen:

**1) Sog. Diebesfalle (wie obiges Beispiel)**

⇒ Wegen Einverständnis des Berechtigten keine Wegnahme, aber **versuchter Diebstahl**.

§ 246 wohl (+) (LKH, § 246 Rn 5; nach a.A. liegt dann keine rechtswidrige Zueignung vor, wenn der Eigentümer mit dem dauerhaften Verlust des Köders einverstanden ist [so Rengier, BT I, § 2 Rn 68]). Wird § 246 bejaht, ist str., ob die **Subsidiaritätsklausel** greift und § 246 zurücktritt: Dafür spricht der Wortlaut (vgl. hierzu Eisele, BT II, Rn 53). Für **Tateinheit** hingegen spricht die Klarstellungsfunktion der Konkurrenzen, da die Tat kein „reiner Versuch“ ist, wenn und weil Täter die Sache zunächst mitgenommen, also sich zugeeignet hat (OLG Celle, JR 1987, 253, 254; Fischer, § 242 Rn 23; TK/Bosch, § 242 Rn 41; LKH, § 246 Rn 5).

**Klausur:** Hinderer, JuS 2009, 628

Lesenswert zur Abgrenzung von Vollendung und Versuch bei einem vergleichbaren Fall: OLG Hamm, 1 RVs 25/14, RA 2014, 433 („Spedition-Fall“).

**2) Bedingtes Einverständnis**

Ein Einverständnis kann nach der h.M. auch bedingt erteilt werden. Dies wird wichtig, wenn bei § 263 eine Strafbarkeitslücke eintritt, weil ein „Täuschungspartner“ fehlt.

Ein Anwendungsfall ist der sog. **Automatendiebstahl**. Hier steht das Einverständnis unter der Bedingung der ordnungsgemäßen Bedienung des Automaten.

§ 265a scheidet nach h.M. aus, da diese Norm nur auf Leistungs- und nicht auf Warenautomaten anwendbar sein soll (TK/Perron, § 265a Rn 4; a.A. Eisele, BT II, Rn 709).

Parallel dürfte der Fall zu behandeln sein, wenn der Täter an der „**Selbst-Scan-Kasse**“ (SB-Kasse) Ware nicht ordnungsgemäß abrechnet (OLG Hamm, 5 RVs 56/13, RA 2013, 805 ff.; Rengier, BT I, § 2 Rn 76 f.). Das Einverständnis des Geschäftsinhabers werde nur unter der Bedingung erteilt, dass die Selbstbedienungskasse äußerlich ordnungsgemäß bedient wird. Hierzu gehört das korrekte Einschannen und Bezahlen der tatsächlich zur Selbstbedienungskasse mitgebrachten Ware.

**Klausur:** Bülte/Becker, JURA 2012, 326; Preuß, ZJS 2016, 639

Ausgewählte Aufsätze zur Ergänzung und Vertiefung

### 3) Beschlagnahme durch einen angeblichen Amtsträger

Die bloße Duldung der Sachentziehung schließt hier die Wegnahme nicht aus. Auch wenn ein durch Täuschung erschlichesenes Einverständnis wirksam ist, muss dennoch ein freier Willensentschluss vorliegen; dieser fehlt bei (vorgestellter) vollstreckender Staatsmacht. (LKH, § 242 Rn 14; vgl. Feldjäger-Fall, BGH, 4 StR 40/11, JuS 2011, 849)

*[Anm.: Parallel ist auch tatbestandlich ein Hausfriedensbruch gem. § 123 gegeben, wenn die (vermeintliche) Staatsmacht eine **Hausdurchsuchung** durchführt, die der Betroffene nur schicksalsergeben duldet. Für die „echte Polizei“ greifen in diesem Fall die §§ 102, 103 StPO als Rechtfertigungsgründe.]*

### 4) Tanken an SB-Tankstellen (Aufsatz: Rebler, JA 2013, 179)

Das Einfüllen des Benzins in den Tank des Tankenden stellt (ebenso wie das spätere Wegfahren) keine Wegnahme dar. Es gibt ein generell erteiltes tatbestandsausschließendes Einverständnis des Tankstellenbetreibers. Dieses gilt unabhängig davon, ob der Tankvorgang bemerkt wird oder nicht und auch unabhängig davon, ob der Tankende zahlungswillig ist oder nicht (BGH, 4 StR 532/15, JuS 2016, 566; Eisele, JuS 2023, 979, 980). Fazit: Das Einverständnis ist wirksam, auch wenn es durch Täuschung über die Zahlungswilligkeit erschlichen wird. **Folglich liegt bei anfänglicher Zahlungsunwilligkeit ein Betrug vor.**

Sofern der Tankwart bei anfänglicher Zahlungsunwilligkeit den **Tankvorgang nicht bemerkt**, liegt hingegen bloß ein **versuchter Betrug** vor (BGH, 4 StR 532/15, JuS 2016, 566; 5 StR 318/22, RA-Telegramm 2023, 96), wobei streitig ist, ob § 246 aus Klarstellungsgründen in **Tateinheit** tritt (so Rengier, BT I, § 5 Rn 13; Rehmet/Ströle, ZJS 2021, 359, 362) oder wegen der **Subsidiaritätsklausel** zurücktritt (so BGH, 4 StR 632/11 Rn 5; Eisele, BT II, Rn 251; Hecker, JuS 2016, 566, 568). Hinsichtlich der Subsidiaritätsklausel handelt es sich um den gleichen Streit wie oben bei der „Diebesfalle“.

Fasst der Kunde seinen Entschluss, nicht zu zahlen, erst nach dem Tankvorgang, liegt bloß § 246 vor (siehe hierzu oben Problem 3 zur Fremdheit).

**Aufsatz:** Rebler, JA 2013, 179

**Klausur:** Rönnau/Özcan, JuS 2022, 846; Kalle/Bednarz, JuS 2024, 596

<b>(P9)</b>	<b>Zeitpunkt des unmittelbaren Ansetzens zum Diebstahl</b>
-------------	--

<b>Beispiel:</b>	
------------------	--

Zum Folgenden BeckOK/Wittig, § 242 Rn 44.1, 44.2:

Unmittelbares Ansetzen (+), wenn

- der Täter die Sache in die Hand nimmt, um sie wegzunehmen,
- er Behältnisse oder Kleidungsstücke nach Stehlenswertem durchsucht.
- der Täter bereits in einen fremden Herrschaftsbereich eingedrungen ist oder zumindest damit beginnt, Tür oder Fenster aufzubrechen, um in der Räumlichkeit „alles Stehlenswerte“ zu stehlen (BGH, 4 StR 397/19, RA 2020, 325; Ransiek/Kock/Menke, JuS 2024, 1048, 1051 [Klausur]).
- Für den Versuchsbeginn reicht der erste Angriff auf einen Schutzmechanismus i.d.R. aus (BGH, 5 StR 535/23, RA-Telegramm 2025, 39).

Unmittelbares Ansetzen (-), wenn

- sich der Täter falsche Schlüssel beschafft,
- er bloß in den Garten des Hauses eindringt aus welchem er stehlen möchte (BGH, 2 StR 43/16) oder einen Wachhund beseitigt,
- er zum Tatort geht oder diesen auskundschaftet.

Streitig: Fall: T klingelt an Tür und bittet unter einem Vorwand um Einlass.

Ansetzen bejaht von BGH, 2 StR 71/15; verneint von BGH, 5 StR 108/18.

Lehrreich BGH, 3 StR 422/23, RA 2024, 437

### III. Probleme zur Zueignungsabsicht

**(P10!) Von Beginn an geplante Rückgabe an den Eigentümer**

**Var. 1:** **Der Täter erkennt bei der (geplanten) Rückgabe der Sache das fremde Eigentum an.**

**Beispiel:** *T entwendet eine Sache, um durch ihren Besitz Ersatzansprüchen zu entgehen (z.B. Soldat gibt Dienstmütze eines Kameraden für sich in der Wäschekammer ab, sog. „Dienstmützenfall“ OLG Frankfurt, NJW 1962, 1879 [ähnl. – „Stiefel-Fall“ – BayObLG, 207 StRR 230/20, RA 2021, 161]).*

**Lösung:** Nach ganz h.M. fehlt es hier am Eventualvorsatz zur dauerhaften Enteignung. Es liegt keine Anmaßung von Eigentümerrechten seitens des Soldaten vor. Die Verwendbarkeit einer Sache zu Betrugszwecken verkörpert nicht den ihr bestimmungsgemäß innewohnenden Sachwert. Außerdem hat sich T nie als Eigentümer der Sache aufgespielt (Rengier, BT I, § 2 Rn 117; Eisele, BT II, Rn 67; anders OLG Ffm; hiergegen Samson, JuS 2003, 263, 264).  
 => § 242 (-), § 263 prüfen!

**Var. 2:** **Der Täter leugnet bei der (geplanten) Rückgabe das fremde Eigentum**

**Beispiel:** *T entwendet dem Eigentümer – dem Schrotthändler S – Schrott, um ihm diesen später zum Kauf anzubieten. T rechnet fest damit, dass S ihm den Schrott abkaufen und seine Eigentümerstellung nicht bemerken wird.*

**Lösung:** => Die Frage, ob es sich bei dem aus dem Rückverkauf erlangten Vermögenswert noch um einen Zueignungsgegenstand i.S.d. § 242 (oder u.U. § 246) handelt, wird ganz überwiegend bejaht (a.A. z.B. Seelmann, JuS 1985, 288, 290), aber unterschiedlich begründet.

Ganz herrschende Meinung		
	Enge Sachwerttheorie	Modifizierte Substanzth.
<b>z.B. vertreten von</b>	RGSt 57, 199; TK/Bosch, § 242, Rn 50	BGHSt 24, 115, 119; Eisele, BT II, Rn 74; Rengier, BT I, § 2 Rn 132
<b>Inhalt</b>	Enteignungswille bezieht sich auf den <b>Sachwert</b> . Der Wiederbeschaffungswert bzw. Kaufpreis sei ausnahmsweise der spezifische Sachwert. Der Eigentümer werde vom in der Sache verkörperten Veräußerungswert ausgeschlossen, der in das Vermögen des Täters fließe.	Enteignungswille bezieht sich auf die <b>Sachsubstanz</b> , wenn der Täter bei Rückübertragung der Sache an den Eigentümer dessen Eigentümerstellung leugnet und sich selbst als Eigentümer aufspielt (se ut dominum gerere). Jedoch sei der Kaufpreis kein in der Sache verkörperter Wert.
<b>Argumente</b>	Die Sache wird dem Eigentümer nicht als ihm gehörend zurückgegeben, sondern als angeblich dem Täter gehörend zum Neuerwerb angeboten. => Die Rückgabe der Sache erfolgt gerade unter Leugnung der Eigentümerstellung; die <i>bisherige</i> Eigentümerposition wird also nicht wiederhergestellt.	
<b>Konsequenz</b>	§ 242 (+) bei Vorliegen der übrigen Voraussetzungen. Im 2. Akt kommt häufig <b>zusätzlich</b> noch § 263 in Betracht (Täuschung über die Eigentümerstellung). Streitig sind die Konkurrenzen: § 263 als mitbestrafte Nachtat („Sicherungsbetrug“); Eisele, BT II, Rn 74; Rengier, BT I, § 2 Rn 133); mögl. auch: § 242 als mitbestrafte Vortat, da es dem Täter primär auf das Geld ankommt, welches er (erst) aus dem Betrug erlangt.	

© nur echt mit dem JI - Logo

**Var. 3:**

**Beachte zur Abgrenzung:**

§ 253, wenn statt des Finderlohns ein „Lösegeld“ für die Rückgabe der Sache verlangt wird. Auch hier fehlt das Anmaß der Eigentümer-Stellung, da das fremde Eigentum anerkannt wird. Beispiel: T nimmt O dessen Handy weg und fordert für die Rückgabe – wie von Anfang an geplant – ein „Lösegeld“ von 100 €. (BGH, 3 StR 180/10 (nur zur Abgr. 242/246))

Zahlt O das Lösegeld, liegt § 253 vor.

Zahlt O das Lösegeld nicht, liegt ein Versuch, §§ 253, 22, 23 I, vor.

Wenn T in diesem Fall das Handy behält, ist entscheidend, was er sich bei Wegnahme des Handys für diesen Fall vorgestellt hatte:

1. Var.: T dachte sich, dass er das Handy zur Not behalten wird, wenn O es nicht auslöst. Eventualvorsatz zur dauerhaften Enteignung (+), also liegt auch § 242 vor.

2. Var.: T ist völlig überrascht, dass O sein Handy nicht auslöst. Deshalb beschließt er, das Handy zu behalten.

Da T schon Gewahrsamsinhaber ist als er sich zur Zueignung entschließt, nur § 246.

**Pfandflasche**

Auswirkungen hat das dargestellte Problem auch für die „Pfandflaschen-Fälle“:

Fall: Täter nimmt dem Nachbarn **individualisierte Pfandflaschen** („Herstellerflaschen“) weg, um im Laden das Pfand einzulösen.

**§ 242:**

**Keine Zueignung nach Sachwerttheorie**, wenn der Täter beabsichtigt, das entwendete Pfandgut gegen Entgelt in das Pfandsystem zurückzuführen. Das Pfandgeld ist nach BGH kein verkörperter Wert, sondern bloßer Anreiz zur Rückgabe der Flaschen.

**Substanztheorie:**

Bei **Einheitsflaschen**, deren Eigentum im Vertriebsweg übertragen wird, liegt Zueignungsabsicht i.d.R. vor, wenn und weil der Täter sich bei der Rückgabe wie der Eigentümer geriert.

Bei **Individualflaschen (Herstellerflaschen)**, die im Vertriebsweg im Eigentum des Herstellers verbleiben, gilt:

Erkennt der Täter die zivilrechtliche Rechtslage (das dürfte die Ausnahme sein!), fehlt der Wille, sich wie ein Eigentümer zu gerieren (BGH, 4 StR 591/17, RA 2018, 669).

Geht der Täter hingegen – Regelfall (!) – vom Eigentumserwerb im Vertriebsweg aus, handelt er nach BGH, 4 StR 591/17, RA 2018, 669, mit Zueignungsabsicht.

(Nach BGH ist alleine die Absicht maßgeblich, da § 242 ein Delikt mit überschießender Innentendenz ist.)

§ 289 (-), da nicht „zu Gunsten des Eigentümers“ gehandelt wurde. (AG Berlin-Tiergarten, JuS 2013, 753)

§§ 263, 263a (-), wenn die Flaschen – wie hier – einem Nachbarn weggenommen wurden, da dann der Getränkemarkt keinen Schaden hat.

**Klausur:** Radtke/Meyer, JURA 2007, 715

Lesenswert zur Mitnahme von Glühweintassen auf dem Weihnachtsmarkt: Waßner/Sommer, JA 2020, 910 und als Klausur Rönna/Saathoff, JuS 2024, 1158, 1160

**Einheitsflaschen** (z.B. Perlenflasche für Mineralwasser) sind genormt und werden von einer Vielzahl von Herstellern genutzt.

**Eigentumsübergang:** Bei ihnen geht das **Eigentum an der Flasche** mit dem Kauf des Getränks auf den Käufer über, weil die Flaschen austauschbar sind und keinem Hersteller zugeordnet werden können.

**Folge:** Bei Rückgabe wird die Flasche (gegen Pfandbetrags) wieder verkauft und übereignet.

**Herstellerflaschen** (Individualflaschen; (z.B. spezielle Bügelflaschen mit Namensprägung) sind durch Prägungen, Logos oder spezielle Formen eindeutig einem bestimmten Unternehmen zugeordnet.

**Eigentumsvorbehalt:** Hier findet in der Regel **kein Eigentumsübergang** statt.

**Literatur:**

- \* Zieschang, Klausurrelevante Probleme des objektiven Tatbestands der Diebstahlsvorschrift, JA 2024, 265
- \* Zieschang, Klausurrelevante Probleme des subjektiven Tatbestands der Diebstahlsvorschrift, JA 2025, 265

**JI-Lernwelt: Check-Liste zu § 242 / Code ES250 / PDF**

Check-Liste mit den Kernproblemen zum Schnell-Check des eigenen Wissens

## Probleme zu § 243 (Diebstahl im besonders schweren Fall)

### Definitionskarte - Regelbeispiele des § 243 I 2

#### I. § 243 I 2 Nr. 1: Einbruchsdiebstahl

1. **Gebäude** = Ein durch Wände und Dach begrenztes, mit dem Erdboden fest, wenn auch allein durch die eigene Schwere, verbundenes Bauwerk, das den Eintritt von/das Betreten durch Menschen gestattet und Unbefugte abwehren soll.
2. **Geschäftsräume** sind Räumlichkeiten, die dazu bestimmt sind, für eine gewisse Dauer zum Betrieb von Geschäften gewerblicher, geschäftlicher, beruflicher, künstlerischer oder wissenschaftlicher Art zu dienen.
3. **Diensträume** sind Räume, in denen öffentlich-rechtliche Geschäfte erledigt werden, die wenigstens mittelbar im öffentlichen Interesse liegen (Behördenräume, Schulen, Universitäten, Kirchen, Bahnhofshallen usw.).
4. Ein **umschlossener Raum** i.S.d.§ 243 I 2 Nr. 1 ist ein Raumgebilde, das - zumindest auch - zum Betreten durch Menschen bestimmt und mit mindestens teilweise künstlichen Vorrichtungen versehen ist, die das Eindringen von Unbefugten abwehren sollen und tatsächlich ein Hindernis bilden, das ein solches Eindringen nicht unerheblich erschwert. („Umschlossener Raum“ ist der Oberbegriff, unter den auch die speziell unter 1-3 genannten Räumlichkeiten subsumiert werden können.)
5. **Einbrechen** ist das gewaltsame Öffnen einer dem Zutritt entgegenstehenden Umschließung von außen; diese braucht nicht in ihrer Substanz verletzt zu werden.
6. **Einsteigen** ist das Betreten des Raumes auf einem dafür nicht vorgesehenen Wege unter Entfaltung einer gewissen Geschicklichkeit oder Kraft. Wer eine Räumlichkeit durch eine zum ordnungsgemäßen Zugang bestimmte Tür betritt, steigt nicht im Sinne von § 243 I 2 Nr. 1, § 244 I Nr. 3 StGB ein, unabhängig davon, auf welche Weise er die Tür geöffnet hat (BGH, 3 StR 404/15, RA 2016, 437).
7. **Falscher Schlüssel**  
 Falsch ist der Schlüssel, wenn er von dem Berechtigten überhaupt nicht oder zur Tatzeit nicht mehr zum Öffnen des Schlosses bestimmt ist. Falsch ist demnach insb.:
  - der gestohlene oder abhanden gekommene Schlüssel (Ausnahme: der Berechtigte hat dies noch nicht bemerkt.)
  - der Zweitschlüssel, von dessen Existenz der Berechtigte nichts weiß.
 Ein beim Berechtigten in **Vergessenheit** geratener Schlüssel ist kein **falscher Schlüssel** (BGH, 4 StR 35/20, RA 2021, 105). Dies ändert sich, wenn der Berechtigte sich des Schlüssels wieder erinnert und ihn dann – vergleichbar einem verlorenen Schlüssel – als endgültig verloren betrachtet.
8. **Andere Werkzeuge**  
 Diese anderen Werkzeuge können von beliebiger Art sein, sie müssen vom Täter aber in der Weise angewandt werden, dass der Mechanismus des Verschlusses ordnungswidrig in Bewegung gesetzt wird. Bei Verwendung eines Störsenders nur, wenn die Verriegelung des Kfz mit Hilfe des Störsenders geöffnet wird, nicht hingegen, wenn dadurch die Verriegelung des Kfz verhindert wird; in Betracht kommt aber ein unbenannter Fall des § 243 (BGH, 3 StR 349/17).
9. **Eindringen**  
 Eindringen setzt voraus, dass der Körper des Täters (mindestens zum Teil) gegen den erkennbaren oder zu vermutenden Willen des Hausrechtsinhabers in den Raum gebracht wird.
10. **Sich-Verborgenhalten**  
 Jedes Verstecken in dem Raum in einer Weise, die den Täter den Blicken arglos Eintretender entzieht. Dabei ist es unerheblich, wie der Täter in den Raum gelangt ist, ob legal oder illegal. Auch kommt es nicht darauf an, um welche Tageszeit es sich handelt.  
**Aber:** Die Tathandlung muss zur Ausführung der Tat begangen werden, d.h. nach Tätervorstellung das Mittel zur Begehung des Diebstahls sein.

## II. § 243 I 2 Nr. 2: Diebstahl besonders gesicherter Sachen

1. **Verschlossenes Behältnis**
  - a) Als ein **Behältnis** wird ein Raumgebilde angesehen, das zur Aufnahme von Sachen und deren Umschließung dient, nicht aber dazu bestimmt ist, von Menschen betreten zu werden.
  - b) **Verschlossen** ist das Behältnis, wenn sein Inhalt mittels einer technischen Schließeinrichtung oder auf andere Weise gegen einen unberechtigten Zugriff gesichert ist.
2. **Andere Schutzvorrichtungen** sind alle von Menschenhand geschaffenen Einrichtungen, die dazu geeignet und bestimmt sind, die Wegnahme von Sachen erheblich zu erschweren. Sicherheitsetiketten an Waren in Kaufhäusern, die Alarm erst auslösen, wenn der Täter das Kaufhaus verlässt, sind keine Schutzvorrichtungen. Sie verhindern nicht den Gewahrsamsbruch, sondern dienen der Wiederbeschaffung des bereits an den Täter verlorenen Gewahrsams (BGH, 1 StR 79/18, RA-Telegramm 2018, 77).

## III. § 243 I 2 Nr. 3: Gewerbsmäßiger Diebstahl

**Gewerbsmäßig** handelt, wem es darauf ankommt, sich aus der wiederholten Begehung solcher Taten eine Einnahmequelle von einer gewissen Dauer und Erheblichkeit zu verschaffen. Gewerbsmäßiges Handeln kann auch bei erstmaliger Tatbegehung vorliegen. § 28 II gilt analog.

## IV. § 243 I 2 Nr. 4: Kirchendiebstahl

Die Sachen müssen unmittelbar dem Gottesdienst gewidmet sein oder der religiösen Verehrung dienen. **Dem Gottesdienst gewidmet** sind Sachen, wenn sie dazu bestimmt sind, dass an ihnen oder mit ihnen religiöse Verrichtungen vorgenommen werden (z.B.: Altar, Kelche, Altarkerzen, Messbücher usw.). Beispiele für Sachen, die der religiösen Verehrung dienen: Heiligenbilder, Kruzifixe, Votivtafeln.  
 Weiter ist erforderlich, dass der Täter die Sache **aus einer Kirche** oder einem anderen der Religionsausübung dienenden Gebäude oder Raum stiehlt.

## V. § 243 I 2 Nr. 5: Gemeinschädlicher Diebstahl

1. Eine **Sache von Bedeutung für Wissenschaft, Kunst, Geschichte oder technische Entwicklung** ist jede Sache, deren Verlust für die entsprechende Disziplin eine empfindliche Einbuße darstellen würde.
2. **Allgemein zugänglich** ist eine Sache, wenn sie für einen nach Kreis oder Zahl unbestimmten oder für einen nicht durch persönliche Beziehungen innerlich verbundenen Personenkreis zugänglich ist.
3. **Öffentlich ausgestellt** ist eine Sache, wenn sie über die Voraussetzungen der allgemeinen Zugänglichkeit (s.o.) zur Besichtigung dargeboten wird.

## VI. § 243 I 2 Nr. 6: Diebstahl unter Ausnutzung besonderer Situationen

1. **Hilflosigkeit** ist gegeben, wenn jemand sich ohne Hilfe anderer nicht gegen die dem Rechtsgut konkret drohenden Gefahren wehren kann. Der normale Erholungsschlaf begründet keine Hilflosigkeit.
2. **Unglücksfall** ist ein plötzlich eintretendes Ereignis, das erhebliche Gefahren für Personen oder Sachen mit sich bringt.
3. **Gemeine Gefahr** ist ein Zustand, bei dem die Möglichkeit eines Schadens an Leib oder Leben für unbestimmt viele Personen oder an bedeutenden Sachwerten nahe liegt.
4. **Ausnutzen** bedeutet, dass der Täter in Kenntnis der Umstände seine Tat gerade durch Inanspruchnahme der entsprechenden Situation erleichtern will.

## VII. § 243 I 2 Nr. 7: Diebstahl von Schusswaffen und Sprengstoff

Erschwerend wirkt bei der Nr. 7 der Diebstahl besonders gefährlicher Waffen und die Entwendung von Sprengstoff.

**§ 243 II: Geringwertigkeitsklausel für die Nummern 1 – 6:**  
 Geringwertigkeit wird zwischen 25 und 50 € angenommen (str.)

[ ... ]

**Grundlagen: § 244 (qualifizierter Diebstahl)\*\*\*\***

**I. Tatbestand**

**1. Grundtatbestand gem. § 242**

**2. Qualifikation gem. § 244**

**a. Objektive Merkmale**

**§ 244 I Nr.1a (parallel: § 250 I Nr. 1a)**

**aa. Waffe oder ein anderes gefährliches Werkzeug**

*Def.: Waffe i.S.v. § 244 I Nr. 1a) ist jeder bewegliche Gegenstand, der dazu bestimmt ist, als Angriffs- oder Verteidigungswerkzeug gegen Menschen eingesetzt zu werden und so erhebliche Verletzungen zuzufügen (sog. „Waffe im technischen Sinne“). Die Wirkung der Waffe kann mechanisch oder chemisch sein.*

Ein Gegenstand, der nach dem WaffG (vgl. § 1 II WaffG) eine Waffe darstellt, wird in aller Regel auch als Waffe i.S.d. StGB anzusehen sein. Da sich der an der Verkehrsauffassung ausrichtende bestimmungsgemäße Einsatz nicht unbedingt gegen Menschen zu richten braucht, sind z.B. auch Sport- und Jagdwaffen erfasst (TK/Bosch, § 244 Rn 3).

Nur das Beisichführen gebrauchts- und einsatzbereiter Waffen wird erfasst, da es sonst an der erforderlichen abstrakten Gefahr fehlt (Rengier, BT I § 4 Rn 10). Das Beisichführen einer ungeladenen Waffe genügt, wenn der Täter die erforderliche Munition griffbereit mit sich führt (BGH, 2 StR 66/06).

**(P): Gaspistolen** sind Waffen (TK/Bosch § 244 Rn 3a).

**(P): Schreckschusspistole**

Nach BGH (GSSt 2/02; 5 StR 50/17) ist die Waffeneigenschaft zu bejahen, wenn beim Abfeuern der Explosionsdruck nach vorn aus dem Lauf austritt und sie deshalb nach ihrer Beschaffenheit geeignet ist, erhebliche Verletzungen hervorzurufen.

Arg.: (1.) Parallele zur Gaspistole, die – aus der Ferne benutzt – ebenfalls nicht gefährlich ist. (2.) Schreckschusswaffen werden gem. § 1 II Nr. 1 WaffG i.V.m. Anlage 1, Abschnitt 1 Unterabschnitt 1 Nr. 1 sowie Nr. 2 und Nr. 2.7 als Waffen im technischen Sinne behandelt.

(A.A.: Fischer, § 244 Rn 9; Schrott, ZJS 2022, 896, 900 [Klausur]: Es liege im Einzelfall ein gefährliches Werkzeug vor. Der bestimmungsgemäße Gebrauch von Schreckschusswaffen liege gerade nicht darin, Verletzungen hervorzurufen, sondern darin, zu erschrecken.)

**(P): Berufswaffenträger** (z.B. Polizisten, Soldaten oder Wachleute)

Nach h.M. erfolgt insoweit keine teleologische Reduktion. Die Gefährlichkeit ist bei Berufswaffenträgern nicht geringer. Vielmehr steht für sie besonders viel „auf dem Spiel“ und sie sind im Umgang mit Waffen besonders ausgebildet, was die Treffsicherheit erhöht. Subjektiv ist i.d.R. auch Vorsatz gegeben, da ein „sachgedankliches Mitbewusstsein“ bzgl. der mitgeführten Waffe gegeben sein dürfte und ausreicht (BGHSt 30, 44, 45 f.; Rengier, BT I, § 4 Rn 57; TK/Bosch, § 244 Rn 6). A.A., da das Waffentragen zur Dienstaussübung des Berufswaffenträgers gehöre und daher nicht Anknüpfungspunkt einer höheren Strafandrohung sein könne, z.B. Schünemann, JA 1980, 349, 355.

**(P): Waffe selbst ist das Tatobjekt**

Fraglich ist, ob § 244 I Nr. 1 auch erfüllt, wer eine Waffe stiehlt. H.M. (BGH, 3 StR 263/13 [Messer-Block]; Rengier, BT I, § 4 Rn 51): (+), denn mit dem Akt des Ergreifens erlangt der Täter bereits die gefährliche Verfügungsmöglichkeit über die Waffe.

M.M. (LPK/Hilgendorf, § 244 Rn 17): (-), da sonst § 243 I 2 Nr. 7 überflüssig wäre bzw. dessen Strafrahmen-Wertung unterlaufen würde.

**Def.:** Ein **gefährliches Werkzeug** i.S.v. § 224 I Nr. 2 ist jeder bewegliche Gegenstand, der aufgrund seiner objektiven Beschaffenheit und der konkreten Verwendung im Einzelfall geeignet ist, erhebliche Verletzungen zuzufügen.

Diese Def. lässt sich aber nicht auf § 244 I Nr. 1a) und § 250 I Nr. 1a) übertragen, da bei diesen Tatbeständen eine konkrete Verwendung des Werkzeugs gerade nicht erforderlich ist.

**(P): Auslegung des Merkmals des „gefährlichen Werkzeugs“ => (P1!)**

**bb. bei sich führen**

**Def.:** Täter **führt** einen Gegenstand **bei sich**, wenn sich dieser in Griffweite befindet oder er sich seiner jederzeit ohne nennenswerten Zeitaufwand bedienen kann.

Das Beisichführen weist eine personelle, eine zeitliche und eine räumliche Komponente auf.

**(P): Personelle Anforderungen**

Das Beisichführen durch einen anderen Beteiligten genügt, sofern dieser am Tatort anwesend ist und der Vorsatz des Täters sich hierauf bezieht (Rengier, BT I, § 4 Rn 53).

**(P): Zeitliche Anforderungen**

**H.M.:** Zeitlich zu irgendeinem Zeitpunkt **zwischen Versuchsbeginn und Beendigung** (also auch zur Beutesicherung) (BGH, 3 StR 362/04; 2 StR 583/12; TK/Bosch, § 244 Rn 7). Eine Differenzierung nach dem zufälligen Zeitpunkt der Vollendung der Wegnahme sei im Einzelfall willkürlich (sog. **sukzessive Qualifikation**).

**A.A.** (Rengier, BT, I § 4 Rn 48 f.; Wessels/Hillenkamp/Schuhr, BT 2, Rn 278): Wegen Art 103 II GG kann eine schon begangene Tat in der Phase zwischen Vollendung und Beendigung nicht quasi nachträglich noch qualifiziert werden. Weitere Gegenargumente: Wortlaut: „Diebstahl begeht“ und nicht „begangen hat“. Die speziellen Anforderungen des § 252 würden unterlaufen, wenn die Tat auch nach Vollendung der Wegnahme nach § 244 qualifizierbar wäre.

=> Näher zu diesem Problem: Kursteil BT 2 im Fall „Tod in der Fußgängerzone“.

Ein Beisichführen im **Vorbereitungsstadium** (z.B. bei der Fahrt zum Tatort) oder auf der Flucht nach einem fehlgeschlagenen Versuch reicht nicht aus (Rengier, BT, I § 4 Rn 47).

Nicht erforderlich ist, dass der Täter den gefährlichen Gegenstand während der gesamten Tatbegehung zur Verfügung hat. Ausreichend ist, dass er ihm **zumindest vorübergehend** in der qualifikationstauglichen Tatphase zur Verfügung steht (BGHSt 31, 105, 106).

**(P): Räumliche Anforderungen**

Nicht erforderlich ist, dass der Täter den Gegenstand in der Hand hält oder am Körper trägt; es genügt, wenn er so in seiner räumlichen Nähe ist, dass er ihm unmittelbar zur Verfügung steht, so dass er sich seiner jederzeit ohne nennenswerten Zeitaufwand bedienen kann („Griffweite“, BGH, 1 StR 112/17, RA 2018, 45). Unerheblich ist, ob der Beteiligte den Gegenstand zum Tatort mitbringt, ihn dort erst an sich bringt oder sogar erst aus der Beute erlangt (BGH, 3 StR 263/13 Rn 4, gestohlener Messerblock). Es reicht nicht aus, wenn er nur zufällig in den Zugriffsbereich des Gegenstandes gelangt. Findet ein Beteiligter das gef. Werkzeug also bloß am Tatort vor und lässt es unangetastet, liegt kein Beisichführen vor (BGH, 3 StR 328/16).

**(P): Berufswaffenträger** (z.B. Polizisten, Soldaten, Wachleute)

Es gelten insoweit keine Einschränkungen. Allerdings muss subjektiv zumindest ein „sachgedankliches Mitbewusstsein“ vorliegen.

**§ 244 I Nr. 1b**

**aa. sonst ein Werkzeug oder Mittel**

Sonstige Werkzeuge sind z.B. **ungeladene** Schusswaffen, Gas- oder Schreckschusspistolen (BGH, 1 StR 517/18), Stricke oder Stromkabel mit denen der Täter das Opfer z.B. fesselt, knebelt oder fesseln bzw. knebeln will (BGH, 4 StR 195/16). Hierbei genügt für das „Bei-Sich-Führen“, wenn der Täter den Gegenstand in der konkreten Tatsituation ergreift, mag der Gegenstand auch im Eigentum des Opfers stehen. Nicht erforderlich ist also, dass der Täter das sonstige Werkzeug zum Tatort mitgebracht hat.

**(P): Scheinwaffen**

Von §§ 244 I Nr. 1b, 250 I Nr. 1b werden auch Waffen-Attrappen – die sog. „Scheinwaffen“ – erfasst, also Gegenstände, die tatsächlich keine Verletzungen verursachen können und deren Verletzungstauglichkeit der Täter nur vortäuscht.

**(P): Konkrete Anforderungen an eine „Scheinwaffe“ => ((P2!))**

**bb. Beisichführen (s.o.)**

**(P): Möglichkeit eines Teilrücktritts von § 244 I Nr. 1 => (P3)**

**§ 244 I Nr. 2**

**aa. Bande**

*Def.: Mehrere Personen haben sich zur fortgesetzten Begehung von Straftaten, also einer **Bande**, verbunden, wenn sie den gemeinsamen Entschluss gefasst haben, in Zukunft mehrere selbstständige, im Einzelnen ggf. noch ungewisse Taten zu begehen.*

**(P): Voraussetzungen der bandenmäßigen Tatbegehung => (P4!!)**

**bb. unter Mitwirkung „eines anderen Bandenmitgliedes“**

Sowohl der Täter als auch der Beteiligte müssen Bandenmitglied sein.

**(P): Persönliche Anwesenheit am Tatort nötig? => (P4!!)**

**§ 244 I Nr. 3**

Entspricht § 243 I 2 Nr. 1(vgl. dort): Besonders geschützte Räumlichkeit ist hier die **Wohnung**.

*Def.: **Wohnung** ist ein umschlossener und überdachter Raum, der einem Menschen zumindest vorübergehend als Unterkunft dient, ohne dass jedoch zwingend Schlafräume vorhanden sein müssten.*

**(P): Details zum Wohnungsbegriff => (P5)**

**§ 244 IV**

Diebstahl aus einer dauerhaft genutzten Privatwohnung

Der Einbruchdiebstahl in dauerhaft genutzte Privatwohnungen wird wegen der massiven psychischen Folgen für die Opfer als **Verbrechen** eingestuft (§ 244 IV). Die Strafmilderung für minder schwere Fälle gem. § 244 III ist gesetzlich ausgeschlossen.

Dauerhaft genutzte Privatwohnungen im Sinne der neuen Vorschrift sollen nach dem Willen des Gesetzgebers sowohl private Wohnungen und Einfamilienhäuser als auch alle von ihnen nicht getrennten weiteren Wohnbereiche wie Keller-, Treppen-, Wasch- oder Trockenräume sein.

Andere Räumlichkeiten, die keine dauerhafte Nutzung als Privatwohnung aufweisen, sollen weiterhin lediglich § 244 I Nr. 3 und dessen milderem Strafrahmen unterfallen, z.B. Wohnmobile, Wohnwagen und Hotelzimmer.

Mit dem **Tod des einzigen Bewohners** wird eine Wohnung nicht mehr tatsächlich bewohnt und ist folglich keine dauerhaft genutzte Privatwohnung mehr (BGH, 4 StR 265/22).

Nach BGH wird § 244 IV von § 252 verdrängt. § 123 steht dann zu § 252 in Tateinheit, § 52 (BGH, 2 StR 321/21).

**(P): Zum Zeitpunkt des Versuchsbeginns => (P6)**

**b. Subjektive Merkmale**

Bzgl. § 244 I Nr. 1a und Nr. 2 genügt dolus eventualis, bzgl. § 244 I Nr. 1b muss darüber hinaus der zielgerichtete Wille vorhanden sein, den Gegenstand als Gewalt- oder Drohmittel gegen Personen einzusetzen (Gebrauchsabsicht; Wortlaut „um ... zu“). Nicht erforderlich ist, dass Verwendungsabsicht von vorneherein besteht, sie kann auch noch während der Tatausführung gefasst werden.

Bei § 244 I Nr. 3 muss ein funktionaler Zusammenhang zum Diebstahl in der Weise bestehen, dass die Qualifikation „zur Ausführung der Tat“ (§ 242) verwirklicht wird.

**Beachte:** Das Mitführen einer Waffe durch einen Tatbeteiligten ist Tatumstand i.S.d. § 16 I.

**II. Rechtswidrigkeit**

**III. Schuld**

**Konkurrenzen:**

Treffen § 244 I Nr. 1 und 3 zusammen, liegt auch aus Gründen der klarstellenden Funktion der Tateinheit § 52 vor (OLG Hamburg, 1 Rev 78/16). § 303 tritt nicht hinter dem Wohnungseinbruch zurück, sondern steht gem. § 52 in Tateinheit, schon weil – z.B. bei Mietwohnungen – häufig verschiedene Personen verletzt sind (BGH, 2 StR 481/17, RA-Telegramm 2019, 33).

[ ... ]

## II. Probleme zum (schweren) Bandendiebstahl, §§ 244 I Nr. 2, 244a

(P4!!)

### Die bandenmäßige Begehung

Bande:

*Def.: Mehrere Personen haben sich zur fortgesetzten Begehung von Straftaten, also einer **Bande**, verbunden, wenn sie den gemeinsamen Entschluss gefasst haben, in Zukunft mehrere selbstständige, im Einzelnen ggf. noch ungewisse Taten zu begehen.*

„3 x 2“

(mindestens 3 Personen zu mindestens 2 Taten)

**Strafgrund: Effektivität durch Arbeitsteilung. (BGH, GSSt 1/00)**

**(P): Voraussetzungen der bandenmäßigen Tatbegehung**

③

**Mindestens 3 Personen** müssen sich mit dem ernsthaften Willen zusammengeschlossen haben, künftig für eine gewisse Dauer mehrere selbstständige im Einzelnen noch ungewisse Straftaten zu begehen (sog. „**Bandenabrede**“, vgl. Oglakcioglu, JURA 2012, 770, 771). Eine Bandenabrede bedarf keiner ausdrücklichen Vereinbarung; vielmehr genügt eine stillschweigende Übereinkunft, die auch aus dem konkret feststellbaren wiederholten deliktischen Zusammenwirken mehrerer Personen hergeleitet werden kann (BGH, 2 StR 313/20). Dabei kommt auch eine „**Spontan-Gründung**“ einer Bande in Betracht (OLG Hamm, 3 RVs 22/14). Haben sich die Täter jedoch von vornherein nur zur Begehung einer einzigen Tat verabredet und in der Folgezeit („künftig die Augen offenhalten“) – auf der Grundlage eines jeweils neu gefassten Tatentschlusses – weitere Straftaten begangen, so fehlt es an einer Bandenabrede (BGH, 2 StR 441/14).

Nach einer M.M. sollen weiterhin (wie nach der früheren Rspr.) 2 Personen genügen (TK/Bosch, § 244 Rn 24), da auch die Gefährlichkeit von Zweierbanden („Bonnie and Clyde“) nicht bestritten werden könne.

②

Nach vorheriger Bandenabrede kann auch eine **von nur zwei Mitgliedern** verübte Tat als Bandentat zu qualifizieren sein, da das für das Vorliegen einer Bande erforderliche dritte Mitglied nicht in die konkrete Tatbegehung eingebunden sein muss (BGH, 2 StR 313/20; Wortlaut: „unter Mitwirkung eines anderen Bandenmitglieds“). Der bandenmäßigen Begehung steht es auch nicht entgegen, wenn die Tatbeute lediglich zwischen den unmittelbar Beteiligten der jeweiligen Einzeltat und nicht innerhalb der an der Bandenabrede Beteiligten aufgeteilt wird (vgl. BGH, 5 StR 38/06). Ebenso schadet es nicht, wenn nicht festgestellt werden kann, ob über die beiden tatbeteiligten Bandenmitglieder hinaus ein weiteres Bandenmitglied Kenntnis von der Begehung der Taten hatte (BGH, 2 StR 93/11 Rn 16). Jedoch muss die Tat „Ausfluss der Bandenabrede“ sein (BGH, 2 StR 93/11 Rn 16).

①

**Mindestens einer der konkret Tatbeteiligten muss Täter sein.** Andere Bandenmitglieder können bei der konkreten Tat auch als Anstifter oder Gehilfen mitwirken. Allerdings gibt es keine „Teilnehmer-Bande“. (Vgl. BGH, 2 StR 529/11; Eisele, BT II, Rn 224 und Fischer, § 244 Rn 39).

④

Die Wegnahmehandlung selbst kann auch ein Nichtbandenmitglied vornehmen. **Anwesenheit am Tatort** ist nicht nötig (BGH, GSSt 01/00 unter C. II. 3.). Das Merkmal „**unter Mitwirkung**“ stellt also nur klar, dass nicht ein Bandenmitglied alleine einen Bandendiebstahl begehen kann. (Achtung: Dies ist bei §§ 260, 260a anders! Vgl. Wortlaut!) Heute noch a.A. z.B. Wessels/Hillenkamp/Schuhr, BT 2, Rn 306) „unter Mitwirkung eines anderen Bandenmitglieds“ werde nur dann gestohlen, wenn der Diebstahl bei räumlicher Anwesenheit von mindestens zwei Bandenmitgliedern unmittelbar am Tatort begangen wurde.

**Standort: Strafrecht / BT 1 / qualifizierter Diebstahl / § 244**  
**Schwerpunkte: § 244 / Problemkarte**

**Merkhilfe**

**Fazit: „Countdown-Prinzip“:** ③ - ② - ① - ①

- **Drei** Personen braucht eine Bande mindestens.
- **Zwei** Bandenmitglieder müssen mindestens an der konkreten Tat beteiligt sein.
- **Ein** Bandenmitglied muss als Täter an der Tat mitwirken.
- **Null** Bandenmitglieder müssen am Tatort anwesend sein.

Nicht alle Bandenmitglieder müssen sich kennen, es genügt, wenn sie über ein „Bindeglied“ voneinander wissen. Umgekehrt hindert aber auch die Tatsache, dass die Beteiligten sich persönlich verbunden sind, die Bejahung einer Bande nicht (BGH, 2 StR 180/06 Rn 8). Eine Bandenabrede kann auch durch **aufeinanderfolgende Vereinbarungen** entstehen, etwa dergestalt, dass ein Dritter von einem Bandenmitglied informiert wird und sich der deliktischen Vereinbarung anschließt (BGH, 2 StR 6/12 Rn 33).

Weiterhin muss die **Einzeltat Ausfluss der Bandenabrede** sein.

Daran fehlt es, wenn die Täter (auch, wenn sie Mitglied einer Bande sind) **ausschließlich im eigenen Interesse** handeln (BGH, 2 StR 93/11 Rn 16; 2 StR 120/12 Rn 12). Indizien hierfür: die nicht unmittelbar mitwirkenden Bandenmitglieder erhalten keinen Beuteanteil und es werden keine Tatmittel der Bande verwendet.

Auch eine z.B. dreimalige Beteiligung an einer Bandentat macht einen Beteiligten nicht zwingend zum Bandenmitglied, wenn keine verbindliche Bandenabrede nachgewiesen ist (BGH, 2 StR 186/14 Rn 7).

**(P!): Bandenmitgliedschaft und § 28**

*Beispiel: G weiß, dass A, B und C eine Diebesbande sind. Auf deren Bitte leiht er ihnen zur einmaligen Verwendung einmalig sein Stemmisen.*

In Betracht kommt für G eine Strafbarkeit gem. §§ 242 I, 244 I Nr. 3, 244a, 27. Da G zwar Kenntnis von der Bande hat, aber selbst dieser nicht zugehört, könnte eine Tatbestandsverschiebung gem. § 28 II zu §§ 242 I, 244 I Nr. 3, 27 erfolgen.

Die Bandenmitgliedschaft ist nach h.M. ein **besonderes persönliches Merkmal i.S.v. § 28 II**, da es um die persönliche Stellung als Mitglied der Bande gehe (BGH, 2 StR 186/14 Rn 8; BGH, 2 StR 60/14 Rn 12, RA 2014, 605; Fischer, § 244 Rn 44). **Deshalb können Beteiligte, die selbst nicht Bandenmitglieder sind, nicht wegen Beteiligung an §§ 244 I Nr. 2, 244a bestraft werden.**

Nach einer M.M. liegt der Strafgrund in der objektiven Gefährlichkeit der Verbindung zu einer Bande, weshalb § 28 II nicht anwendbar sei (TK/Bosch, § 244 Rn 28).

**(P): Beteiligung an der konkreten Tat**

Für jedes Bandenmitglied muss für jede Tat der Bande gesondert festgestellt werden, dass Beiträge zur konkreten Tat erbracht wurden. Die bloße Mitgliedschaft in der Bande genügt nicht, um einem Bandenmitglied eine konkrete Tat anzulasten (und zwar weder in der Beteiligungsform der Beihilfe noch gar der Mittäterschaft).

Die Abgrenzung von Mittäterschaft und Beihilfe (oder Anstiftung) richtet sich nach den allgemeinen Grundsätzen. **Niemals darf die (Mit-)Täterschaft mit dem Hinweis auf die Bandenmitgliedschaft bejaht werden** (BGH, 3 StR 538/15 Rn 5, RA 2016, 325, 326; OLG Zweibrücken, 1 ORs 3 SRs 72/24, RA 2025, 157 [für § 263]).

Eine Diebesbande kann sich nicht aus Hehlern und Dieben zusammensetzen (anders bei §§ 260 I Nr. 2, 260a – vgl. Wortlaut!). Jedoch kann die Zusicherung der Hehlereiabhandlung bereits eine psychische Beihilfe zum Diebstahl darstellen, wodurch die Mitgliedschaft in der Diebesbande begründet werden kann (BGH, 4 StR 70/14 Rn 9).

[ ... ]

## Fall: "Das eingespielte Team"

A, B und C leben gerne auf großem Fuß. Diese Ansprüche an den eigenen Lebensstil halten jedoch mit den eigenen beruflichen Fähigkeiten nicht Schritt. Vor allem liegt es allen dreien nicht, regelmäßig früh aufzustehen und auf die Arbeit zu gehen. Deshalb haben sie vor einiger Zeit ihre Berufsausübungen vollständig eingestellt. Stattdessen meinen sie, dass sie einen „Anspruch“ auf staatliche Sozialleistungen hätten. Diese fordern sie auch in dreister Weise ein. Da ihnen dies aber natürlich nicht genügt, um ein „standesgemäßes“ Leben zu führen, begreifen sie die staatlichen Sozialleistungen nur als einen „Grundsockel“, auf dem sie durch „Eigenleistung“ aufbauen.

Im Laufe der Zeit haben sich A, B und C so auf die Entwendung wertvoller Gemälde aus dem 17. und 18. Jahrhundert spezialisiert. Mit den aus dem Weiterverkauf erlösten Geld finanzieren sie ihren „standesgemäßen“ Lebenswandel seit nunmehr mehreren Jahren.

Innerhalb der Gruppe hat A die Aufgabe übernommen, die gewünschten Gemälde ausfindig zu machen und sich auch darum gekümmert, wie eventuelle Einbruchssicherungen, Alarmanlagen, etc. zu überwinden sind. B und C haben die Aufgabe, die Gemälde dann ohne den A „abzuholen“. Die Verkaufserlöse werden brüderlich geteilt.

A hat inzwischen einen großen Plan geschmiedet: K ist ein besonders vermöglicher Kunstsammler, der seine Villa jedoch nach allen Recherchen von A nur unzureichend gesichert hat. Nach den detaillierten Planungen von A wäre diese Tat ihr bisher „größtes Ding“. Allerdings kommen A Bedenken, ob die Menge der zu erbeutenden Bilder nicht die Mitwirkung eines weiteren „Trägers“ verlangen würde. Er selbst scheidet aufgrund seines Übergewichts und seiner völligen Unsportlichkeit aus. Deshalb empfiehlt er B und C dringend, einmalig den D mitmachen zu lassen. D ist ein Kumpel von B und C aus der Anabolika-Butze. B und C sind einverstanden und sprechen den D daraufhin an, der dem Vorhaben begeistert zustimmt, zumal der Verkaufserlös der Bilder anschließend durch vier geteilt werden soll.

Am Tattag verschaffen sich B und C zunächst mit einem Dietrich Zugang zu der Villa des sich im Urlaub aufhaltenden K. D stand zunächst Schmiere und kam dann auf ein Zeichen von B und C hinzu, um beim Abhängen und Tragen der Bilder zu helfen. A befand sich zu dem Zeitpunkt wie üblich zu Hause. Als der Sprinter vollgepackt war, fuhren B, C und D davon und präsentierten schließlich dem A, der für seinen „genialen Plan“ begeistert gelobt wurde, ihre Beute.

Strafbarkeit der Beteiligten?

*Bearbeitervermerk:*

*§§ 30, 123, 246, 303 StGB sind nicht zu prüfen.*

**Standort:** Strafrecht / BT 1 / Diebstahl

**Schwerpunkte:** Schwerer Bandendiebstahl / Bandenmitgliedschaft und § 28 II

## Lösungsskizze zum Fall "Das eingespielte Team"

### 1. Teil: Strafbarkeit von B und C

- A. Strafbarkeit gem. §§ 242 I, 25 II, 243 I 2 Nr. 1, 2, 3, 5 durch das Mitnehmen der Bilder
- B. Strafbarkeit gem. §§ 242 I, 244 I Nr. 2, 3, IV, 25 II durch das Mitnehmen der Bilder
- C. Strafbarkeit gem. §§ 244a I, 25 II durch das Mitnehmen der Bilder
- D. Konkurrenzen und Gesamtergebnis

### 2. Teil: Strafbarkeit des D

- A. Strafbarkeit gem. §§ 242 I, 25 II, 243 I 2 Nr. 1, 3 durch das Mitnehmen der Bilder
- B. Strafbarkeit gem. §§ 242 I, 244 I Nr. 2, 3, IV, 25 II durch das Mitnehmen der Bilder
- (P): D ist nur einmalig dabei
- C. Strafbarkeit gem. §§ 244a I, 25 II durch das Mitnehmen der Bilder
- D. Strafbarkeit gem. §§ 244a I, 27 durch das Mitnehmen der Bilder
- (P!): Bandenmitgliedschaft als Fall des § 28 II
- E. Konkurrenzen und Gesamtergebnis

**Schwerpunkte  
des Falles  
sofort erkennbar**

### 3. Teil: Strafbarkeit des A

- A. Strafbarkeit gem. §§ 242 I, 25 II, 243 I 2 Nr. 1, 3 durch das Planen
- (P!): Mittäterschaft trotz mangelnder Anwesenheit am Tatort
- B. Strafbarkeit gem. §§ 242 I, 244 I Nr. 2, 3, IV, 25 II durch das Planen
- C. Strafbarkeit gem. §§ 244a I, 25 II durch das Planen
- D. Konkurrenzen und Gesamtergebnis

## 1. Teil: Strafbarkeit von B und C

### A. Strafbarkeit gem. §§ 242 I, 25 II, 243 I 2 Nr. 1, 2, 3, 5 durch das Mitnehmen der Bilder

Durch das Mitnehmen der Bilder könnten sich B und C wegen mittäterschaftlichen Diebstahls in einem besonders schweren Fall gem. §§ 242 I, 25 II, 243 I 2 Nr. 1, 2, 3, 5 strafbar gemacht haben.

#### I. Tatbestand

##### 1. Fremde bewegliche Sache

Bei den Bildern handelte es sich um bewegliche Sachen. Sie standen im Alleineigentum des K und waren somit für B und C auch fremd. Damit stellen die Bilder taugliche Tatobjekte für einen Diebstahl durch B und C dar.

##### 2. Wegnahme

B und C müssten die Bilder weggenommen haben.

Wegnahme ist der Bruch fremden und die Begründung neuen, nicht notwendigerweise tätereigenen Gewahrsams. Gewahrsam ist ein von einem Herrschaftswillen getragenes tatsächliches Herrschaftsverhältnis zwischen einer Person und einer Sache unter Berücksichtigung der Verkehrsauffassung.

Hier könnte ursprünglich K Gewahrsam an den Bildern in seiner Wohnung gehabt haben. Der Eigentümer eines Hauses hat grds. Gewahrsam an allen sich dort befindlichen Gegenständen. Zwar war K im Tatzeitpunkt im Urlaub. Gewahrsam besteht jedoch auch an entfernten Dingen, solange der tatsächlichen Einwirkungsmöglichkeit keine Hindernisse entgegenstehen (TK/Bosch, § 242 Rn 26). Auch längere Abwesenheit (z.B. Urlaubsreise) führt folglich nicht zu einem Verlust des Gewahrsams, sondern nur zu einer Gewahrsamslockerung. Im Tatzeitpunkt bestand somit noch Gewahrsam des K, also für B und C fremder Gewahrsam.

Neuen Gewahrsam an den Bildern haben B und C spätestens dadurch begründet, dass sie diese aus der Villa des K entfernten. Da sich dieser Gewahrsamswechsel auch gegen den Willen des Gewahrsamsinhabers K vollzog, haben B und C dessen Gewahrsam gebrochen.

B und C haben somit die Bilder weggenommen.

##### 3. Mittäterschaft, § 25 II

B und C haben die Bilder arbeitsteilig aufgrund eines gemeinsamen Tatplans weggenommen.

Als Zentralfiguren dieses Geschehens hatten B und C Tatherrschaft. Da sie insb. die Beute auch untereinander aufteilen wollten, hatten sie auch Täterwillen. B und C haben also als Mittäter gehandelt.

**4. Vorsatz**

B und C haben auch vorsätzlich gehandelt.

**5. Absicht rechtswidriger Zueignung**

B und C müssten auch in der Absicht rechtswidriger Zueignung gehandelt haben.

Dies setzt eine Aneignungsabsicht und einen Enteignungswillen voraus. Aneignungsabsicht ist die Absicht, die Sache selbst oder den in ihr verkörperten Sachwert zumindest vorübergehend dem eigenen Vermögen oder dem Vermögen eines Dritten einzuverleiben. Enteignungswille ist der Wille, den Berechtigten auf Dauer aus der Eigentümerposition zu verdrängen. Der durch den Verkauf der entwendeten Bilder erzielte Erlös sollte (zumindest zum Teil) dem Vermögen von B und C zufließen. Sie hatten also die Absicht, den Wert der Bilder ihrem Vermögen einzuverleiben, und somit Aneignungsabsicht. Da sie auch nicht vorhatten, K die Bilder zurückzugeben, haben sie auch mit Enteignungswillen gehandelt. Zueignungsabsicht ist damit gegeben.

Die beabsichtigte Zueignung müsste auch rechtswidrig gewesen sein. Dies ist dann der Fall, wenn der Täter keinen fälligen durchsetzbaren Anspruch auf Übereignung der weggenommenen Sache hat. Da B und C keinen Anspruch auf Übereignung der Bilder hatten, war die von Ihnen beabsichtigte Zueignung auch rechtswidrig.

Da B und C auch wussten, dass sie keinen Übereignungsanspruch hatten, haben sie in der Absicht rechtswidriger Zueignung gehandelt.

**II. Rechtswidrigkeit und Schuld**

B und C handelten rechtswidrig und schuldhaft.

**III. Besonders schwerer Fall, § 243 I 2**

Es könnte sich hier um einen besonders schweren Fall des Diebstahls gem. § 243 I 2 handeln.

*[Anm.: Gleicher Gutachtenaufbau (erst § 243, dann § 244) z.B. bei Klotz, JA 2024, 997, 998.]*

**1. § 243 I**

**a) § 243 I 2 Nr. 1**

**(1) Gebäude**

Die Villa des K ist ein Gebäude, sodass eine der genannten Räumlichkeiten betroffen ist.

**(2) Eindringen mit einem nicht zur ordnungsgemäßen Öffnung bestimmten Werkzeug**

Da B und C sich mit einem Dietrich Zugang zu der Villa verschafft haben, könnten sie mit einem anderen nicht zur ordnungsgemäßen Öffnung bestimmten Werkzeug eingedrungen sein.

Nicht zur ordnungsgemäßen Öffnung bestimmte Werkzeuge i.S.v. § 243 I 2 Nr. 1 sind alle Geräte, die geeignet sind, die Verschlussmechanismen ordnungswidrig in Bewegung zu setzen und damit „zu überlisten“. Der von B und C benutzte Dietrich ist ein solches Werkzeug (Çelik, JA 2010, 855, 857). Mit diesem haben sie sich auch Zutritt zur Villa verschafft, sind also eingedrungen.

**(3) Quasi-Vorsatz**

Obwohl es sich bei den Merkmalen des § 243 I nicht um Tatbestandsmerkmale, sondern nur um Strafzumessungsregeln handelt, können sie dem Täter nur bei entsprechendem vorsatzähnlichem Bewusstsein zugerechnet werden (TK/Bosch, § 243 Rn 43). Dieses liegt jedoch vor, da B und C alle Umstände kannten.

**(4) Zur Ausführung der Tat**

B und C sind auch zur Ausführung der Tat in die Villa eingedrungen.

**b) § 243 I 2 Nr. 2**

Ein „verschlossenes Behältnis“ i.S.v. § 243 I 2 Nr. 2 ist nur ein Raumgebilde, das – gerade in Abgrenzung zu den in § 243 I 2 Nr. 1 genannten Raumgebilden – nicht zum Betreten von Menschen bestimmt ist (BGHSt 1, 158, 163). Somit ist die Villa des K, die ja bereits ein Gebäude darstellt (s.o.), kein verschlossenes Behältnis.

**Standort: Strafrecht / BT 1 / Diebstahl**  
**Schwerpunkte: Schwerer Bandendiebstahl / Bandenmitgliedschaft und § 28 II**

„Andere Schutzvorrichtungen gegen Wegnahme“ i.S.v. § 243 I 2 Nr. 2 sind nur solche, die nicht schon Bestandteile der unter § 243 I 2 Nr. 1 fallenden Räumlichkeit sind (TK/Bosch, § 243 Rn 23). Das Türschloss der Villa ist also nicht erfasst. Es ist weiter nicht ersichtlich, dass die Bilder zusätzlich mit einer besonderen Wegnahmesicherung ausgestattet waren. Somit haben B und C das Regelbeispiel des § 143 I 2 Nr. 2 nicht verwirklicht.

**c) § 243 I 2 Nr. 3**

B und C könnten jedoch gewerbsmäßig gehandelt haben, § 243 I 2 Nr. 3.

Gewerbsmäßig handelt, wer sich durch wiederholte Begehung eine fortlaufende Einnahmequelle von gewissem Umfang und einiger Dauer verschaffen will (BGHSt 49, 177, 181; Rengier, BT I, § 3 Rn 34). B und C wollten - wie sie es auch bereits getan hatten - wiederholt Kunstdiebstähle begehen und sich hierdurch auch eine erhebliche Einnahmequelle verschaffen, sodass ein gewerbsmäßiger Diebstahl i.S.v. § 243 I 2 Nr. 3 gegeben ist.

**d) § 243 I 2 Nr. 5**

Zwar handelt es sich bei Gemälden aus dem 17. Jahrhundert (wie im vorliegenden Fall) um Sachen, die für Kunst und Geschichte von Bedeutung sind. Die Bilder befanden sich jedoch weder in einer allgemein zugänglichen Sammlung noch waren sie öffentlich ausgestellt, sodass § 243 I 2 Nr. 5 nicht einschlägig ist.

**2. Keine geringwertige Sache, § 243 II**

Es ist davon auszugehen, dass die gestohlenen Bilder einen erheblichen Wert hatten, sodass das Vorliegen eines besonders schweren Falles auch nicht gem. § 243 II ausgeschlossen ist.

**IV. Ergebnis**

B und C haben sich wegen mittäterschaftlichen Diebstahls in einem besonders schweren Fall gem. §§ 242 I, 25 II, 243 I 2 Nr. 1, 3 strafbar gemacht.

**B. Strafbarkeit gem. §§ 242 I, 244 I Nr. 2, 3, IV, 25 II durch das Mitnehmen der Bilder**

Durch das Mitnehmen der Bilder können B und C sich wegen qualifizierten mittäterschaftlichen Diebstahls gem. §§ 242 I, 244 I Nr. 2, 3, IV, 25 II strafbar gemacht haben.

**I. Tatbestand**

**1. Grunddelikt: §§ 242 I, 25 II**

Den Tatbestand des Grunddelikts, des mittäterschaftlichen Diebstahls gem. §§ 242 I, 25 II, haben B und C verwirklicht (s.o.).

**2. Qualifikation: § 244 I**

**a) Bandendiebstahl, § 244 I Nr. 2**

B und C könnten auch den Tatbestand des Bandendiebstahls gem. § 244 I Nr. 2 verwirklicht haben.

**(1) Bande zur fortgesetzten Tatbegehung**

Zunächst müsste eine Bande bestehen, die sich zur fortgesetzten Begehung von Diebstahl oder Raub verbunden hat.

Zwar ist streitig, ob für eine Bande eine Gruppe von 3 oder mehr Personen erforderlich ist (so BGH, GSSt 1/00) oder ob auch bereits 2 Personen eine Bande bilden können (so TK/Bosch, § 244 Rn 24). Eine Streitentscheidung ist hier jedoch entbehrlich, da sich B und C mit A verbunden haben, sodass es sich im Ergebnis um 3 Personen handelt und deshalb nach beiden Ansichten eine Bande gegeben ist.

Die Bande muss zur „fortgesetzten Begehung“ von Diebstahls- oder Raubtaten verbunden haben, d.h. sie muss eine noch ungewisse Zahl solcher Taten planen, wobei Einzelheiten der künftigen Taten noch nicht festgelegt sein müssen (BGH, 3 StR 119/12 Rn 17). A, B und C haben sich auf die Entwendung bestimmter Gemälde spezialisiert und bereits einige Taten begangen, für die Zukunft sind noch ungewisse weitere Taten geplant. Die drei haben sich also auch zur fortgesetzten Begehung verbunden.

**(2) Stehlen als Mitglied der Bande**

§ 244 I Nr. 2 setzt weiter voraus, dass der Täter „als Mitglied der Bande“ handelt. Das zeigt, dass Täter eines Bandendiebstahls nur derjenige sein kann, der selbst Mitglied der Bande ist (TK/Bosch, § 244 Rn

**Standort: Strafrecht / BT 1 / Diebstahl**  
**Schwerpunkte: Schwerer Bandendiebstahl / Bandenmitgliedschaft und § 28 II**

28/29). Da B und C jedoch beide der Bande angehören, haben sie auch als Mitglieder der Bande gehandelt.

**(3) Stehlen unter Mitwirkung eines anderen Bandenmitglieds**

B und C haben die Gemälde gemeinschaftlich weggenommen (s.o.). Damit haben sie jeder unter Mitwirkung eines anderen Bandenmitglieds – B unter Mitwirkung des C und C unter derjenigen des B – gestohlen.

**(4) Vorsatz**

B und C handelten auch vorsätzlich bzgl. der qualifizierenden Umstände.

**b) Wohnungseinbruchsdiebstahl, § 244 I Nr. 3**

B und C sind in die Villa des K, also in dessen Wohnung, mit einem Dietrich, also einem nicht zur ordnungsgemäßen Öffnung bestimmten Werkzeug, eingedrungen (s.o.). Da sie diesbezüglich auch vorsätzlich und zur Ausführung der Tat handelten, haben sie auch den Qualifikationstatbestand des Wohnungseinbruchsdiebstahls gem. § 244 I Nr. 3 erfüllt.

**3. Qualifikation: § 244 IV**

Da es sich bei der Villa des K auch um eine dauerhaft genutzte Privatwohnung handelt, ist auch noch die – auf § 244 I Nr. 3 aufbauende – weitere Qualifikation des § 244 IV erfüllt.

**II. Rechtswidrigkeit und Schuld**

B und C handelten auch rechtswidrig und schuldhaft.

**III. Ergebnis**

B und C sind strafbar gem. §§ 242 I, 244 I Nr. 2, 3, IV, 25 II.

**C. Strafbarkeit gem. §§ 244a I, 25 II durch das Mitnehmen der Bilder**

Durch das Mitnehmen der Bilder können B und C sich wegen mittäterschaftlichen schweren Bandendiebstahls gem. §§ 244a I, 25 II strafbar gemacht haben.

**I. Tatbestand**

B und C haben einen Diebstahl, § 242 I, gewerbsmäßig, § 243 I 3 Nr. 3, aus einer Wohnung, § 244 I Nr. 3, als Bande, § 244 I Nr. 2, begangen und dadurch einen schweren Bandendiebstahl gem. § 244a vorsätzlich begangen.

**II. Rechtswidrigkeit und Schuld**

B und C handelten rechtswidrig und schuldhaft.

**III. Ergebnis**

B und C haben sich wegen mittäterschaftlichen schweren Bandendiebstahls gem. §§ 244a I, 25 II strafbar gemacht.

**D. Konkurrenzen und Gesamtergebnis**

§ 244a I verdrängt sowohl § 244 I als auch §§ 242 I, 243 I 2 als lex specialis (TK/Bosch, § 244a Rn 11). B und C haben sich somit gem. §§ 244a I, 25 II in Tateinheit mit §§ 244 IV, 25 II strafbar gemacht.

**2. Teil: Strafbarkeit des D**

**A. Strafbarkeit gem. §§ 242 I, 25 II, 243 I 2 Nr. 1, 3 durch das Mitnehmen der Bilder**

Dadurch, dass er zusammen mit B und C die Bilder aus der Villa des K mitnahm, könnte auch D sich wegen mittäterschaftlichen Diebstahls in einem besonders schweren Fall gem. §§ 242 I, 25 II, 243 I 2 Nr. 1, 3 strafbar gemacht haben.

**I. Tatbestand**

Die Bilder waren auch für D fremde bewegliche Sachen. Durch das Mitnehmen der Bilder aus der Villa hat D – ebenso wie B und C (s.o.) – fremden Gewahrsam daran gebrochen und neuen begründet, diese also weggenommen. D handelte auch als Mittäter von B und C sowie vorsätzlich und in der Absicht rechtswidriger Zueignung. D hat also den Tatbestand des mittäterschaftlichen Diebstahls, §§ 242 I, 25 II, verwirklicht.

**Standort:** Strafrecht / BT 1 / Diebstahl  
**Schwerpunkte:** Schwerer Bandendiebstahl / Bandenmitgliedschaft und § 28 II

## II. Rechtswidrigkeit und Schuld

D handelte auch rechtswidrig und schuldhaft.

## III. Besonders schwerer Fall, § 243 I 2

Auch bei D könnte der begangene Diebstahl einen besonders schweren Fall darstellen.

### 1. § 243 I

#### a) § 243 I 2 Nr. 1

Die Voraussetzungen des Regelbeispiels des Einbruchsdiebstahls gem. § 243 I 2 Nr. 1 sind verwirklicht (s.o.). Allerdings hat D selbst den Dietrich, also das im Rahmen des Regelbeispiels maßgebliche Werkzeug, selbst nicht verwendet.

Da es sich bei Regelbeispielen um Strafzumessungsgesichtspunkte handelt, ist grundsätzlich für jeden Beteiligten getrennt zu prüfen, ob auch bei diesem ein besonders schwerer Fall gegeben ist (TK/Bosch, § 243 Rn 47). Da es sich jedoch bei § 243 I 2 Nr. 1 um ein tatbezogenes Regelbeispiel handelt, das die Strafschärfung an die besonders verwerfliche Begehungsweise knüpft, reicht hier eine Kenntnis bzgl. der Verwirklichung durch einen anderen Beteiligten aus, damit ein besonders schwerer Fall vorliegt (TK/Bosch, § 243 Rn 47). Vorliegend ist davon auszugehen, dass D Kenntnis bzgl. der Verwirklichung des § 243 I 2 Nr. 1 durch B und C hatte, sodass auch für ihn das Regelbeispiel greift.

#### b) § 243 I 2 Nr. 3

D selbst hat nicht gewerbsmäßig i.S.v. § 243 I 2 Nr. 3 gehandelt, da „in dubio pro reo“ davon auszugehen ist, dass D sich nur einmalig an einer Tat beteiligen und nicht wiederholt Diebstahlstaten begehen wollte. Zwar ist davon auszugehen, dass D wusste, dass seine Mittäter B und C gewerbsmäßig handelten. Bei taterbezogenen Regelbeispielen wie § 243 I Nr. 3 ist jedoch der Grundgedanke des § 28 II entsprechend anwendbar, sodass diese nur für denjenigen Beteiligten gelten, der sie selbst verwirklicht (TK/Bosch, § 243 Rn 47). Da bei D kein eigenes gewerbsmäßiges Handeln vorliegt, ist § 243 I 2 Nr. 3 somit für ihn nicht erfüllt.

### 2. Keine geringwertige Sache, § 243 II

Auf eine geringwertige Sache bezog sich der Diebstahl nicht (s.o.), sodass der besonders schwere Fall nicht gem. § 243 II ausgeschlossen ist.

## IV. Ergebnis

D hat sich gem. §§ 242 I, 25 II, 243 I 2 Nr. 1 strafbar gemacht.

## B. Strafbarkeit gem. §§ 242 I, 244 I Nr. 2, 3, IV, 25 II durch das Mitnehmen der Bilder

Dadurch, dass er zusammen mit B und C die Bilder abtransportierte, könnte D sich auch wegen mittäterschaftlichen Banden- und Wohnungseinbruchsdiebstahl, §§ 242 I, 244 I Nr. 2, 3, IV, 25 II, strafbar gemacht haben.

### I. Tatbestand

#### 1. Grunddelikt: §§ 242 I, 25 II

Den Tatbestand des mittäterschaftlichen Diebstahls, §§ 242 I, 25 II, hat D verwirklicht (s.o.).

#### 2. Qualifikation: § 244 I

##### a) Bandendiebstahl, § 244 I Nr. 2

D könnte auch den Tatbestand des Bandendiebstahls, § 244 I Nr. 2, verwirklicht haben.

##### (1) Bande zur fortgesetzten Tatbegehung

Eine Bande, die sich zur fortgesetzten Begehung von Diebstahl verbunden hat, ist gegeben (s.o.):

##### (2) Stehlen als Bandenmitglied

D müsste auch als Mitglied der Bande gestohlen haben.

D hat sich den übrigen Tatbeteiligten jedoch nur einmalig angeschlossen und gehört somit nicht zu der Bande, die sich zur fortgesetzten Tatbegehung zusammengeschlossen hat. Er ist also – im Gegensatz zu B und C – nicht selbst Bandenmitglied. Es stellt sich somit die Frage, ob ihm dieses von seinen Mittätern B und C verwirklichte Merkmal über § 25 II zugerechnet werden kann. Bei dem Merkmal der

**Standort: Strafrecht / BT 1 / Diebstahl**  
**Schwerpunkte: Schwerer Bandendiebstahl / Bandenmitgliedschaft und § 28 II**

Bandenmitgliedschaft handelt es sich jedoch um ein in der beteiligten Person liegendes Merkmal, so dass eine Zurechnung über die Kenntnis gem. § 25 II nicht möglich ist (TK/Bosch, § 244 Rn 28). Täter eines Bandendiebstahls kann somit nur derjenige sein, der selbst zu der Bande gehört. Da D nicht selbst Bandenmitglied ist, hat er also auch nicht „als Mitglied der Bande“ gestohlen.

**b) Wohnungseinbruchsdiebstahl, § 244 I Nr. 3**

B, C und D sind in die Villa des K, also in dessen Wohnung, mit einem nicht zur ordnungsgemäßen Öffnung bestimmten Werkzeug, nämlich einem Dietrich, eingedrungen. Die objektiven Voraussetzungen des § 244 I Nr. 3 liegen somit vor. Dass D den Dietrich nicht selbst benutzt hat, schließt seine Mittäterschaft an dieser Qualifikation nicht aus, da ihm die entsprechende Handlung seiner Mittäter gem. § 25 II zugerechnet werden kann. Da D auch vorsätzlich bzgl. der qualifizierenden Umstände handelte, hat er den Qualifikationstatbestand des § 244 I Nr. 3 erfüllt.

**3. Qualifikation: § 244 IV**

Gleiches gilt für die – auf § 244 I Nr. 3 aufbauende – weitere Qualifikation des § 244 IV.

**II. Rechtswidrigkeit und Schuld**

D handelte rechtswidrig und schuldhaft.

**III. Ergebnis**

D ist strafbar gem. §§ 242 I, 244 I Nr. 3, IV, 25 II.

**C. Strafbarkeit gem. §§ 244a I, 25 II durch das Mitnehmen der Bilder**

Da D bereits kein Mittäter des einfachen Bandendiebstahls gem. §§ 242 I, 244 I Nr. 2 ist (s.o.), ist er erst recht kein Mittäter des schweren Bandendiebstahls gem. § 244a I.

**D. Strafbarkeit gem. §§ 244a I, 27 I durch das Mitnehmen der Bilder**

Durch das Mitnehmen der Bilder könnte D sich jedoch wegen Beihilfe zum schweren Bandendiebstahl gem. §§ 244a I, 27 I strafbar gemacht haben.

**I. Tatbestand**

**1. Teilnahmefähige Haupttat: § 244a I**

B und C haben den Tatbestand des schweren Bandendiebstahls gem. § 244a I vorsätzlich und rechtswidrig verwirklicht, sodass ein solcher als teilnahmefähige Haupttat gegeben ist.

**2. Hilfeleisten**

D müsste zu dieser Tat Hilfe geleistet haben.

Hilfeleisten i.S.v. § 27 I ist jedes Fördern der Haupttat, also jeder Beitrag, der die Haupttat ermöglicht oder erleichtert oder die vom Haupttäter bewirkte Rechtsgutverletzung verstärkt.

Dadurch, dass er selbst einen Teil der Bilder abhing und zum Wagen trug, hat D den Haupttätern B und C die Haupttatbegehung erleichtert und so Hilfe geleistet.

**3. Vorsatz**

D handelte auch mit dem erforderlichen „doppelten Gehilfenvorsatz“ bzgl. der Haupttatbegehung und des Hilfeleistens.

**4. Tatbestandsverschiebung gem. § 28 II**

D wurde nur einmalig zu einer Tatbegehung angeheuert und ist daher selbst kein Bandenmitglied (s.o.). Ihm fehlt also mit der Bandenmitgliedschaft eine Voraussetzung für die Täterschaft der Haupttat. Fraglich sind die rechtlichen Auswirkungen dieses Umstandes auf seine Teilnahme strafbarkeit. In Betracht kommt eine Tatbestandsverschiebung (Durchbrechung der Akzessorität) gem. § 28 II. Dessen Anwendbarkeit würde voraussetzen, dass es sich bei der Bandenmitgliedschaft um ein strafschärfendes besonderes persönliches Merkmal handelt.

**[a) Mindermeinung]**

Nach einer Meinung ist die Bandenmitgliedschaft im Rahmen der §§ 244 I Nr. 2; 244a I kein persönliches strafschärfendes Merkmal, sondern ein tatbezogenes, sodass § 28 II keine Anwendung findet (TK/Bosch, § 244 Rn 28, Valerius, JURA 2013, 15, 19). Dies folge daraus, dass der Grund für die Strafschärfung beim

**Standort: Strafrecht / BT 1 / Diebstahl**  
**Schwerpunkte: Schwerer Bandendiebstahl / Bandenmitgliedschaft und § 28 II**

Bandendiebstahl nicht in einer in der Person des einzelnen Bandenmitglieds liegenden erhöhten Gefährlichkeit liege, sondern in der Gefahr, die von der Existenz der Bande als solche und der Tatbegehung durch mehrere ausgehe. Dies seien dann aber keine persönlichen Merkmale, sodass § 28 II bereits vom Wortlaut her nicht einschlägig sei.

Nach dieser Meinung könnte D sich tatsächlich gem. §§ 244a, 27 strafbar gemacht haben.

**[b) Herrschende Meinung]**

Nach anderer Meinung handelt es sich bei der Bandenmitgliedschaft jedoch um ein persönliches strafscharfendes Merkmal mit der Konsequenz, dass § 28 II Anwendung findet (BGH, 2 StR 186/14 Rn 8; BGH, 2 StR 60/14 Rn 12, RA 2014, 605; Fischer, § 244 Rn 44; Rengier, BT I, § 4 Rn 106). Dies wird damit begründet, dass die Strafbarkeit wegen Bandendiebstahls primär an die „Mitgliedschaft“ anknüpfe und damit an die Bereitschaft, sich in einer gefährlichen Verbindung im Rahmen der Bandenabrede in besonderer Weise zu verpflichten.

Da D das Merkmal der Bandenmitgliedschaft nicht selbst verwirklicht, würde dieses nach dieser Meinung also gem. § 28 II für ihn nicht gelten. Der Tatbestand der Haupttat wäre somit bei D über § 28 II von § 244a I zu §§ 242 I, 244 I Nr. 3 zu verschieben.

**[c) Stellungnahme]**

Zwar ist der erstgenannten Meinung zuzugeben, dass sich Bandendiebstähle durch eine besondere – tatbezogene – Organisations- und Ausführungsgefahr auszeichnen. Allerdings zeigen der Wortlaut der §§ 244 I Nr. 2; 244a I („als Mitglied einer Bande“) sowie die Tatsache, dass die Bandenmitgliedschaft eines Mittäters den anderen Mittätern nicht zugerechnet werden kann (s.o.), dass der Grund für die Strafschärfung beim (schweren) Bandendiebstahl jedenfalls nicht ausschließlich in tatbezogenen Umständen liegt. Vor allem würde die erstgenannte Meinung im Bereich der Anstiftung dazu führen, dass derjenige, der gar kein Bandenmitglied ist, dennoch gem. § 26 „gleich einem Täter“ zu bestrafen wäre. Dies widerspricht aber dem Befund, dass es sich bei der bandenmitgliedschaft gerade nicht um ein gem. § 25 II zurechenbares Merkmal handelt, eine Mittäterschaft also gerade ausscheidet.

Der letztgenannten Meinung ist somit zu folgen. Über die gem. § 28 II vorzunehmende Tatbestandsverschiebung hat D somit nur den Tatbestand der Beihilfe zum Wohnungseinbruchsdiebstahl, §§ 242 I, 244 I Nr. 3, IV, 27, verwirklicht.

**II. Rechtswidrigkeit/Schuld**

D handelte rechtswidrig und schuldhaft.

**III. Ergebnis**

D hat sich gemäß §§ 242 I, 244 I Nr. 3, IV, 27 strafbar gemacht.

Die Beihilfe zum Wohnungseinbruchsdiebstahl tritt jedoch hinter die (Mit-) Täterschaft des D an demselben Delikt zurück.

**E. Konkurrenzen und Gesamtergebnis**

D hat sich gemäß §§ 244 I Nr. 3, IV, 25 II strafbar gemacht. Die §§ 242 I, 25 II, 243 I 2 Nr. 1 werden davon im Wege der Gesetzeskonkurrenz (Spezialität) verdrängt (OLG Hamm, StraFo 2000, 276; Fischer, § 244 Rn. 53).

**3. Teil: Strafbarkeit des A**

**A. Strafbarkeit gem. §§ 242 I, 25 II, 243 I 2 Nr. 1, 3 durch das Planen**

Durch die Planung der Tat könnte A sich wegen mittäterschaftlichen Diebstahls in einem besonders schweren Fall gem. §§ 242 I, 25 II, 243 I 2 Nr. 1, 3 strafbar gemacht haben.

**I. Tatbestand**

**1. Fremde bewegliche Sache**

Die Bilder waren auch für A fremde bewegliche Sachen.

**2. Wegnahme**

A müsste die Bilder auch weggenommen haben.

**a) Wegnahme durch A selbst**

A selbst hat die Bilder jedoch nicht weggenommen.

**b) Wegnahme durch B, C und D, gem. § 25 II zurechenbar**

Allerdings haben B, C und D die Bilder weggenommen (s.o.). Fraglich ist, ob A diese Wegnahme gem. § 25 II zugerechnet werden kann. Dies wäre dann der Fall, wenn A Mittäter wäre.

Eine Mittäterschaft setzt ein arbeitsteiliges Zusammenwirken aufgrund eines gemeinsamen Tatentschlusses voraus.

Einen gemeinsamen Tatplan zur Ausführung des Diebstahls hatten A, B, C und D gefasst. Durch die Planung hat A insbesondere auch einen Teil der erforderlichen Arbeit selbst geleistet. Fraglich ist jedoch, ob dies ausreicht, damit A wirklich (Mit-) Täter und nicht nur Teilnehmer ist. Dies ist insbesondere deshalb fraglich, weil A nicht mit am Tatort dabei war, sondern seine sämtlichen Beiträge ausschließlich im Vorbereitungsstadium erbracht hatte (sog. „Bandenchef-Problematik“).

**[(1) h.L.: Materiell-objektive Theorie (Tatherrschaftslehre)]**

Nach einer Ansicht setzt eine Täterschaft zwingend eine Tatherrschaft voraus. Tatherrschaft hat, wer als Zentralgestalt das tatbestandsmäßige Geschehen in den Händen hält und nach seinem Gutdünken hemmen oder ablaufen lassen kann.

Fraglich ist, ob A trotz seiner Abwesenheit vom Tatort Tatherrschaft haben konnte. Innerhalb der sog. Tatherrschaftslehre ist umstritten, ob lediglich in der Vorbereitungsphase erbrachte Tatbeiträge für die Begründung einer Tatherrschaft ausreichend sein können.

**[(a) M.M.: Strenge Tatherrschaftslehre]**

Nach einer Untermeinung setzt Tatherrschaft stets voraus, dass der Beteiligte bei der Ausführung der Tat mitwirkt (Roxin, AT II, § 25 Rn 198 ff.; Rudolphi, NStZ 1994, 432, 436). Eine körperliche Anwesenheit am Tatort sei dafür zwar nicht unbedingt erforderlich, jedoch müsse dann die fehlende Präsenz durch eine Verbindung per Handy oder Funk kompensiert werden, die dem Abwesenden die Möglichkeit gebe, das Geschehen aus der Ferne zu leiten. Durch die bloße Leistung von Beiträgen im Vorfeld – selbst wenn es sich um wesentliche Beiträge handelt – könne hingegen keine Tatherrschaft begründet werden.

Nach dieser sog. strengen Tatherrschaftslehre hätte A aufgrund des fehlenden Kontaktes zu B, C und D während der Ausführung des Diebstahls keine eigene Tatherrschaft und wäre dementsprechend auch kein Mittäter, sodass ihm auch die Wegnahmehandlungen der anderen nicht zugerechnet werden könnte.

**[(b) h.L.: Lehre von der funktionellen Tatherrschaft]**

Demgegenüber hält eine andere Untermeinung eine Mitwirkung ausschließlich in der Vorbereitungsphase für ausreichend, um Tatherrschaft anzunehmen, sofern die Mitwirkung so gewichtig sei, dass das „Minus“ in der Ausführung durch ein „Plus“ in der Vorbereitung ausgeglichen werde (LKH, § 25 Rn 11; TK/Weißer, § 25 Rn 88; W/B/S AT, Rn 827).

Nach dieser sog. Lehre von der funktionellen Tatherrschaft würde Folgendes gelten: A hatte die Planung der Tatausführung völlig allein durchgeführt. Im Vorbereitungsstadium war also ausschließlich A tätig gewesen, die anderen Beteiligten hatten hier – über die bloße Verabredung hinaus – noch gar nicht mitgewirkt. Da A detailliert geplant hatte, sind die von ihm im Vorbereitungsstadium erbrachten Beiträge so gewichtig, dass sie seine fehlende Mitwirkung bei der Ausführung ausgleichen würden. Nach dieser Meinung wäre A also ein Mittäter von B, C und D, sodass ihm auch deren Wegnahmehandlungen zuzurechnen wären.

**[(2) BGH: Eingeschränkt-subjektive Theorie]**

Nach einer weiteren Meinung reicht für eine Täterschaft objektiv jeder die Verwirklichung des Tatbestandes fördernde Beitrag (und damit auch Beiträge im Vorbereitungsstadium) aus; eine Anwesenheit am Tatort ist nicht erforderlich. Entscheidend für die Abgrenzung zwischen Täterschaft und Teilnahme sei vielmehr, ob ein Täterwille vorhanden sei, ob der Beteiligte die Tat also „als eigene“ wolle. Indizien für das Vorliegen des Täterwillens seien Grad des eigenen Interesses an der Tat, Art und Umfang der eigenen Tatbeiträge sowie die Tatherrschaft und Tatherrschaftsbewusstsein (BGHSt 40, 299, 301; 48, 52, 56; BGH, 3 StR 166/12).

A versprach sich von der Ausführung des Diebstahls einen Beuteanteil, der dem der anderen entsprechen sollte, er hatte also ein erhebliches eigenes wirtschaftliches Interesse am Erfolg der Tat. Durch die detaillierte Planung hat A auch wesentliche Tatbeiträge erbracht. A wollte also den Diebstahl auch „als

**Standort: Strafrecht / BT 1 / Diebstahl**  
**Schwerpunkte: Schwerer Bandendiebstahl / Bandenmitgliedschaft und § 28 II**

eigene“ Tat und hat somit mit Täterwillen gehandelt. Dementsprechend wäre A nach dieser Meinung Mittäter, sodass ihm die Wegnahme der anderen gem. § 25 II zugerechnet würde.

**[(3) Stellungnahme]**

Gegen die strenge Tatherrschaftslehre, die als einzige die Mittäterschaft des A ablehnt, spricht, dass es angesichts der leitenden Rolle und der herausragenden Funktion als Organisator als nicht sachgerecht erscheint, den planenden A als bloße Randfigur des Geschehens zu betrachten und lediglich als Teilnehmer zu bestrafen, zumal eine Beurteilung der Täterschaftsfrage danach, ob Kontakt zwischen den Beteiligten besteht oder nicht, als eher zufällig und willkürlich erscheint.

Weiterhin ist zu berücksichtigen, dass die Planenden – auch unter kriminalpolitischen Aspekten – häufig die „eigentlich“ gefährlichen Beteiligten sind, die als „Chef der Bande“ nicht als bloße Teilnehmer angesehen werden können.

A ist also trotz seiner fehlenden Mitwirkung im Ausführungsstadium selbst Täter, dem die Wegnahme von B, C und D somit gem. § 25 II zuzurechnen ist.

**3. Vorsatz**

A handelte vorsätzlich, insb. auch bzgl. der mittäterschaftlichen Begehung.

**4. Absicht rechtswidriger Zueignung**

A handelte - ebenso wie B, C und D - auch in der Absicht rechtswidriger Zueignung.

**II. Rechtswidrigkeit und Schuld**

Das Handeln des A war rechtswidrig und schuldhaft.

**III. Besonders schwerer Fall, § 243 I 2**

**1. § 243 I 2**

**a) § 243 I 2 Nr. 1**

Das Regelbeispiel des Einbruchsdiebstahls gem. § 243 I 2 Nr. 1 ist verwirklicht (s.o.), jedoch nicht durch A selbst. Da es sich hierbei jedoch um ein tatbezogenes Regelbeispiel handelt und A Kenntnis von dessen Verwirklichung hatte – immerhin hatte er ja die Tat geplant –, wird ihm dieses zugerechnet (s.o.).

**b) § 243 I 2 Nr. 3**

Da A – wie B und C – wiederholt Diebstahlstaten begehen und sich dadurch eine erhebliche Einnahmequelle verschaffen wollte, handelte er auch selbst gewerbsmäßig i.S.v. § 243 I 2 Nr. 3.

**2. Keine geringwertige Sache, § 243 II**

Die Tat bezog sich auch nicht auf eine geringwertige Sache (s.o.), sodass das Vorliegen eines besonders schweren Falles auch nicht gem. § 243 II ausgeschlossen ist.

**IV. Ergebnis**

A hat sich wegen mittäterschaftlichen Diebstahls in einem besonders schweren Fall gem. §§ 242 I, 25 II, 243 I 2 Nr. 1, 3 strafbar gemacht.

**B. Strafbarkeit gem. §§ 242 I, 244 I Nr. 2, 3, IV, 25 II durch das Planen**

Durch das Planen könnte A sich auch wegen mittäterschaftlichen Banden- und Wohnungseinbruchsdiebstahls gem. §§ 242 I, 244 I Nr. 2, 3, IV, 25 II strafbar gemacht haben.

**I. Tatbestand**

**1. Grunddelikt: §§ 242 I, 25 II**

Den Tatbestand des Grunddelikts gem. §§ 242 I, 25 II hat A verwirklicht (s.o.).

**2. Qualifikation: § 244 I**

**a) Bandendiebstahl, § 244 I Nr. 2**

A könnte auch den Qualifikationstatbestand des § 244 I Nr. 2 erfüllt haben.

**Standort: Strafrecht / BT 1 / Diebstahl**

**Schwerpunkte: Schwerer Bandendiebstahl / Bandenmitgliedschaft und § 28 II**

**(1) Bande zur fortgesetzten Tatbegehung**

Eine Bande, die sich zur fortgesetzten Begehung von Diebstahl verbunden hat, ist gegeben (s.o.).

**(2) Stehlen als Bandenmitglied**

A müsste als Mitglied der Bande gestohlen haben. Da A sich mit B und C dauerhaft zusammenschlossen hatte und nicht nur bei dem einen Diebstahl mitwirken wollte, war er auch selbst Bandenmitglied.

Allerdings hat A nicht selbst „gestohlen“, denn er selbst hat die Bilder nicht weggenommen, was er auch gar nicht konnte, da er im Ausführungszeitpunkt nicht am Tatort anwesend war.

Fraglich ist, ob ein „Stehlen“ im Sinne von § 244 I Nr. 2 StGB, also eine täterschaftliche Verwirklichung dieses Qualifikationstatbestandes, voraussetzt, dass das Bandenmitglied selbst am Tatort anwesend ist oder ob ein Bandenmitglied auch Mittäter eines Bandendiebstahls sein kann, wenn es bei der Tatausführung nicht zugegen ist.

**[(a) M.M.: Anwesenheit am Tatort erforderlich]**

Eine Ansicht erkennt eine Täterstrafbarkeit aus § 244 I Nr. 2 nur für den denjenigen an, der am Tatort anwesend ist (früher BGHSt 8, 205, 206) und verweist dabei auf das nach dieser Auffassung qualifizierende Element des Bandendiebstahls, der erhöhten Gefährlichkeit, die vom Täter selbst ausgehen muss, weswegen seine eigene gefahrerhöhende Anwesenheit am Tatort erforderlich sei.

Demnach wäre ein täterschaftlicher Bandendiebstahl durch den nicht am Tatort anwesenden A nicht möglich.

**[(b) h.M.: Anwesenheit an Tatort nicht erforderlich]**

Nach der Gegenauffassung braucht der Täter des Bandendiebstahls nicht am Tatort anwesend zu sein. Ob die eigentliche Tathandlung von einem Bandenmitglied ausgeführt würde, spiele keine Rolle. Die bandenmäßige Tatbegehung sei wegen der Schlagkraft arbeitsteilig organisierter Strukturen so besonders gefährlich. Ob der arbeitsteilige Beitrag am Tatort oder an anderer Stelle geleistet werde, können keinen Unterschied machen und würde zu rein zufälligen Ergebnissen führen (BGH, GSSt 01/00 unter C. II. 3.; TK/Bosch, § 244 Rn 26). Demnach wäre A hier Mittäter des Bandendiebstahls, da er den erforderlichen Tatherrschafts- und Zurechnungswillen aufweist (s.o.); dass er nicht selbst am Tatort zugegen ist, schließt ein „Stehlen“ im Sinne von § 244 I Nr. 2 nicht aus.

**[(c) Stellungnahme]**

Die Stellungnahme zum vorliegenden Problem darf die bisherigen Stellungnahmen nicht außer Acht lassen. Bisher wurde dem nicht am Tatort anwesenden A die Wegnahme zugerechnet, um eine Privilegierung des nicht am Tatort anwesenden „Bandenchefs“ zu vermeiden. Hierzu droht ein Widerspruch, wenn man dem A im ersten Schritt zwar die Wehnahme gem. § 25 II zurechnet, ihn aber im zweiten Schritt nicht als Täter der Bandenqualifikation ansieht. Derartige Zufälligkeiten („gespaltene Täterschaften“) sind wenig überzeugend.

Die Aktions- und Ausführungsgefahr beim Bandendiebstahl kann nicht nur durch gemeinschaftliches Handeln am Ort der Wegnahme, sondern ebenso durch jedes arbeitsteilige Zusammenwirken von mindestens zwei Bandenmitgliedern bei der Planung und Vorbereitung der Tat oder tatbegleitender Maßnahmen gesteigert werden. Die Anwesenheit von zwei Bandenmitgliedern vor Ort ist dabei danach nicht notwendig, so dass auch ortsabwesende Bandenmitglieder – wie der A – wegen mittäterschaftlichen Bandendiebstahls bestraft werden können.

**(3) Stehlen unter Mitwirkung eines anderen Bandenmitglieds**

A hat auch unter Mitwirkung anderer Bandenmitglieder (nämlich B und C) gestohlen.

**(4) Vorsatz**

A handelte vorsätzlich bzgl. der qualifizierenden Umstände.

**b) Wohnungseinbruchsdiebstahl, § 244 I Nr. 3**

Die Verwirklichung des Qualifikationstatbestandes des § 244 I Nr. 3 durch seine am Tatort handelnden Mittäter (s.o.) ist A gem. § 25 II zuzurechnen.

Da er hinsichtlich der qualifizierenden Umstände auch vorsätzlich handelte, hat A somit auch die Qualifikation gem. § 244 I Nr. 3 erfüllt.

**Standort:** Strafrecht / BT 1 / Diebstahl

**Schwerpunkte:** Schwerer Bandendiebstahl / Bandenmitgliedschaft und § 28 II

**3. Qualifikation: § 244 IV**

Gleiches gilt für die – auf § 244 I Nr. 3 aufbauende – weitere Qualifikation des § 244 IV.

**II. Rechtswidrigkeit und Schuld**

A handelte auch rechtswidrig und schuldhaft.

**III. Ergebnis**

A hat sich somit gem. §§ 242 I, 244 I Nr. 2, 3, IV, 25 II strafbar gemacht.

**C. Strafbarkeit gem. §§ 244a I, 25 II durch das Planen**

Durch das Planen der Tat könnte A sich auch wegen mittäterschaftlichen schweren Bandendiebstahls gem. §§ 244a I, 25 II strafbar gemacht haben.

**I. Tatbestand**

**1. Bandendiebstahl, §§ 244 I Nr. 2, 25 II**

A hat den Tatbestand des (mittäterschaftlichen) Bandendiebstahls, §§ 244 I Nr. 2, 25 II, verwirklicht (s.o.).

**2. Qualifizierende Elemente**

Als weiteres qualifizierendes Element hat A auch die Voraussetzungen der Regelbeispiele gem. § 243 I 2 Nr. 1, 3 sowie die des Wohnungseinbruchsdiebstahls gem. § 244 I Nr. 3 jeweils vorsätzlich verwirklicht (s.o.).

**II. Rechtswidrigkeit und Schuld**

A handelte auch rechtswidrig und schuldhaft.

**III. Ergebnis**

A ist strafbar gem. §§ 244a I, 25 II.

**D. Konkurrenzen und Gesamtergebnis**

Die §§ 242 I, 25 II, 243 I 2 Nr. 1, 3 und §§ 242 I, 244 I Nr. 2, 3 treten im Wege der Gesetzeskonkurrenz (Spezialität) hinter §§ 244a, 25 II zurück (s.o.). §§ 244 IV, 25 II treten in Tateinheit, § 52.

**Rechtsprechung:**

- \* OLG Zweibrücken, ORs 3 SRs 72/24, RA 2025, 157 (Bandenmitglied kann bloßer Gehilfe sein)
- \* OLG Koblenz, 10 U 731/19, RA-Telegramm 2020, 72 (Bandenmitglied kann bloßer Gehilfe sein)
- \* BGH, JA 2006, 746 („Gemischte“ Bande aus Dieben und Hehlern)

**JI-Skript:**

- \* Schumacher/Schweinberger, JI-Skript Strafrecht BT I, Rn 170 ff.

**Literatur:**

- \* Wengenroth, (Virtuelle) Bande, JA 2015, 185
- \* Rönnau, Grundwissen – Strafrecht: Bandendelikte, JuS 2013, 594

**Klausur:**

- \* Großmann/Wehrstein, JA 2021, 113 (Großer Schein; §§ 242, 243, 244)
- \* Hirsch/Dölling, §§ 244 IV, 266, JuS 2019, 997
- \* Schmitt-Leonardy, §§ 243, 244 und sukzessive Mittäterschaft, JuS 2017, 436 (Examen Saarland 2014 I)
- \* Bülte/Härtl, Bandendiebstahl und Betrug, JA 2016, 345
- \* Weißler, (Banden-) Diebstahl, JuS 2005, 620
- \* Gaede, Täterschaft und Teilnahme beim Bandendiebstahl, JuS 2003, 774

Relevante Rechtsprechung

Nützliche Literatur zur Vertiefung

Ausgewählte gute Klausuren zum gleichen Thema für das vertiefende Training im Rahmen der Nacharbeit oder für die Lern-AG

**Standort:** Strafrecht / BT 1 / Diebstahl  
**Schwerpunkte:** Test Diebstahl und Unterschlagung

---

## "Kurztest: Diebstahl und Unterschlagung"

1.  
Infolge eines Verkehrsunfalls wird der X geistesgestört und deshalb in eine entfernte Klinik eingeliefert. Verliert er dadurch den Gewahrsam an dem in seiner Wohnung befindlichen Gemälde von van Gogh?
2.  
Der Gesellschafter G einer oHG darf als Leiter des Außendienstes zu betrieblichen Zwecken ein der oHG gehörendes Notebook benutzen, welches er auch abends immer mit nach Hause nimmt und das nur er benutzt. Dieses veräußert er gesellschaftsvertragswidrig an den gutgläubigen Kunden K. Liegt ein Gewahrsamsbruch durch G vor?
3.  
Die Verkäuferin H arbeitet in der Kosmetikabteilung eines Kaufhauses. Sie hat ebenso wie der normalerweise anwesende Abteilungsleiter A einen Schlüssel zur Kasse in dieser Abteilung. Je nach Arbeitsanfall kassiert mal H und mal A einen Kunden ab. Jeden Abend rechnet sie über den Bestand der Kasse mit dem Abteilungsleiter ab. Wie ist die Stellung der H in Bezug auf Gewahrsam am Kassenbestand einzuordnen?
4.  
a) Frau Arm (A) betritt den Selbstbedienungsladen des Herrn Gutmütig (G). Bei den Milchprodukten steckt sie ein Stück Butter in ihre Tasche. Währenddessen wird sie von Herrn Gutmütig beobachtet. Er hat schon zuvor gemerkt, was die Frau Arm vorhat, weil diese sich auffällig umgesehen hat. Aus Mitleid lässt er sie gewähren und ihm ist egal, dass er selbst hierdurch einen Schaden erleidet. Hat Frau A den Gewahrsam des Herrn G gebrochen?  
b) Auch nebenan im Laden des Herrn Hartherzig (H) taucht die Frau A auf. Dieser hat schon seit längerem den Verdacht, dass die Frau A ab und zu Suppentüten stiehlt. Um sie zu überführen, hat er extra ein teures Kamerasystem installieren lassen und hofft, dass Frau A wieder eine Suppentüte einsteckt, damit er sie dingfest machen kann. Frau A lässt tatsächlich eine Suppentüte in ihre Manteltasche gleiten, hat sie sich wegen Diebstahls strafbar gemacht?
5.  
Begeht Heinz eine Wegnahme, wenn er als Polizist verkleidet die Beschlagnahme eines Autoschlüssels androht und ihm der Schlüssel allein aufgrund dieser Drohung ausgehändigt wird?
6.  
Frau Schnell hat das Kino nach der Vorstellung übereilt verlassen und ihre Handtasche unter dem Sitz vergessen. Wer hat an der Tasche Gewahrsam, wenn Frau Schnell den Verlust nach einer Stunde bemerkt und sich erinnert, wo die Tasche liegt, der Inhaber des Kinos oder seine Bediensteten sie dagegen noch nicht entdeckt haben?
7.  
Frau Listig hat das Missgeschick der Frau Schnell (vgl. Fall 6) beobachtet und will daraus ihren Nutzen ziehen. Sie sagt dem Kinoinhaber, dass sie ihre Tasche vergessen habe. Dieser holt die Tasche der Frau Schnell und händigt sie Frau Listig aus.  
Hat diese die Tasche dadurch weggenommen?

8.  
 Definieren Sie den Begriff der Zueignung in § 246 I.

9.  
 a) Wann ist die Qualifikation des § 246 II verwirklicht?

b) Kann auch der Dieb das Diebesgut einem anderen im Sinne des § 246 II anvertrauen, wenn der andere weiß, dass es sich um Diebesgut handelt?

c) Wie macht sich jemand strafbar, der in ein entliehenes Buch zunächst seinen Namen einträgt, um es dauerhaft zu behalten, dann gegenüber dem Verleiher behauptet, das Buch bereits zurückgegeben zu haben und es schließlich in eigenem Namen einem anderen zum Kauf anbietet? Gehen Sie nur auf § 246 ein.

10.  
 Definieren Sie den Begriff der Zueignungsabsicht in § 242 I.

11.  
 Worauf muss sich die Zueignungsabsicht des Täters bei § 242 I beziehen?

12.  
 a) Die herrschende Ansicht in der Literatur besagt, dass die Regelwirkung des § 243 I nicht zum Zuge kommt, wenn zwar der Diebstahl selbst, nicht aber das Regelbeispiel zur Vollendung gelangt ist.  
 Stellen Sie dem die Ansicht des BGH gegenüber und nennen Sie die jeweiligen (Haupt-) Argumente.

b) Ergibt sich ein Unterschied, wenn auch der Diebstahl nicht zur Vollendung gelangt ist?

13.  
 Bodybuilder B betritt einen exquisiten Herrenausstatter, um eine Hose zu stehlen. Dabei stellt er fest, dass diese mit einem Sicherheitsetikett ausgestattet ist, so dass bei Verlassen des Geschäftes ein lautes Signal ertönen würde. B zerstört deshalb das Etikett und verlässt ungehindert mit der Hose den Laden. Hat B damit neben dem Tatbestand des § 242 I auch das Regelbeispiel des § 243 I Nr. 2 verwirklicht?

14.  
 Walter und Herbert fassen den Entschluss, ihren Lebensunterhalt zukünftig durch Diebestouren zu bestreiten. Auch die Verlobte des Herbert zieht dies ihrer Tätigkeit als Sekretärin vor. Allerdings soll sich ihr Beitrag darauf beschränken, dass sie ihre Verbindungen im örtlichen Golfclub ausnutzt, um geeignete Objekte für die nächtlichen Touren von Walter und Herbert zu ermitteln. Bereits nach dem ersten Einbruch werden Herbert und Walter jedoch erwischt.  
 Unterstellen Sie, dass W, H und V bezüglich des Diebstahls Mittäter sind.  
 Haben sich auf dieser Basis W, H und V auch wegen Bandendiebstahls strafbar gemacht.

15.  
 W sieht in einem geparkten Auto einen großen Milka-Karton, in dem er der Aufschrift entsprechend 20 Tafeln Schokolade vermutet. Er schlägt die Scheibe ein und entwendet den Karton. Zuhause

**Standort: Strafrecht / BT 1 / Diebstahl**  
**Schwerpunkte: Test Diebstahl und Unterschlagung**

---

entdeckt er, dass sich keine Schokolade im Karton befindet, sondern wertvoller Schmuck. Wird hier das Regelbeispiel des § 243 I Nr. 1 durch § 243 II entkräftet?

Wie, wenn umgekehrt ein Schmuckkästchen im Auto gelegen hätte, dass aber entgegen der Vorstellung des W nur Schokolade im Wert von 5 € enthalten hätte?

16.

a) Frau A hat den Plan, einen wertvollen Pelzmantel zu stehlen. Hierzu begibt sie sich in das Pelzgeschäft des B und probiert einen Nerzmantel für 35.450 € an. Sie gibt vor, ihn bei Tageslicht betrachten zu wollen und geht – wie von B vorgeschlagen – mit dem Mantel vor das Geschäft. Als sie nach ein paar Minuten nicht wieder auftaucht, geht der B nach draußen und entdeckt, dass A mit dem Mantel verschwunden ist. Hat sich A nach § 242 I strafbar gemacht?

b) Ändert sich an der Strafbarkeit etwas, wenn A von vornherein geplant hatte, dem B den Mantel wieder zurück zu verkaufen, ohne dabei allerdings aufzudecken, dass er ihm bereits gehört?

17.

a) An der örtlichen Selbstbedienungstankstelle befindet sich ein Schild, dass das Benzin bis zur vollständigen Bezahlung Eigentum des Mineralölkonzerns bleibt. Macht sich Manfred nach § 242 I strafbar, wenn er dem Kassierer freundlich zunickt, dann einen leeren Reservekanister betankt und anschließend – wie von vornherein geplant – wegfährt, ohne zu bezahlen.

b) Ändert sich etwas, wenn er den Entschluss, nicht zu zahlen, erst nach dem Tanken gefasst hat?

18.

a) Macht sich Heide wegen Diebstahls strafbar, wenn sie einen wertvollen Biedermeiersekretär, den Herr Meyer zum Sperrmüll gestellt hat, auf ihren Fahrradanhänger lädt und mitnimmt?

b) Ergibt sich ein Unterschied, wenn Heide wertlose Altkleider des Herrn Müller auflädt, die dieser in einem Caritassack für die jährliche Altkleiderspende bereitgestellt hat?

### Lösungsskizze zu den Kurzttest "Diebstahl und Unterschlagung"

#### **Zu 1.**

Gewahrsam ist die von einem Herrschaftswillen getragene tatsächliche Sachherrschaft eines Menschen über eine Sache. Der subjektiv erforderliche Herrschaftswille erfordert keine rechtliche Willensfähigkeit, auch Geistesgestörte und kleinere Kinder können daher Gewahrsam ausüben.

Objektiv ist erforderlich, dass nach den Anschauungen des täglichen Lebens der Verwirklichung des Willens zur Einwirkung auf die Sache keine Hindernisse entgegenstehen.

Eine räumliche Trennung steht dem Gewahrsam also nicht entgegen, wenn der Betreffende weiß, wo sich die Sache befindet. Hierzu reicht es auch aus, wenn er weiß, dass er sie in der Wohnung verlegt hat, der genaue Ort muss in einem solchen Fall nicht bekannt sein.

Ob der X also noch Gewahrsam an seinem Gemälde hat, ist eine Frage des Einzelfalls. Wenn er noch einen tatsächlichen Herrschaftswillen bilden kann, steht dem nichts entgegen.

#### **Zu 2.**

Zwischen den Gesellschaftern könnte zunächst gleichstufiger Mitgewahrsam vorliegen (vgl. § 866 BGB). Bei Mitgewahrsam, kann jeder den gleichrangigen Gewahrsam des anderen brechen (Schumacher/Schweinberger, JI-Skript Strafrecht BT I, Rn 49). Allerdings ist hier dem G das Notebook für seine Außendiensttätigkeit überlassen worden. Er kann es abends auch mit nach Hause nehmen und hat deshalb mangels Kontrollmöglichkeit durch die anderen Alleingewahrsam an dem Notebook (gleiches gilt auch bei einem nicht kontrollierbaren Transportfahrer, vgl. LKH, § 242 Rn 13).

Ein Gewahrsamsbruch ist also nicht gegeben. Zu prüfen wäre aber eine Strafbarkeit wegen veruntreuender Unterschlagung, § 246 II.

#### **Zu 3.**

Zunächst könnte gleichstufiger Gewahrsam gegeben sein. Dagegen spricht jedoch, dass die H zwar selbst einen Schlüssel hat, aber jeden Abend mit ihrem Abteilungsleiter abrechnen muss. Auch ist davon auszugehen, dass die H generell in Bezug auf die Kasse den Weisungen des A unterliegt, so dass sie jedenfalls nicht gleichrangigen Gewahrsam hat.

In der Rechtsprechung wird ein solches Herrschaftsverhältnis über die Sache als untergeordneter Gewahrsam bezeichnet, während die Literatur teilweise den Begriff des Gewahrsams für eine solche Position ganz ablehnt (vgl. LKH, § 242 Rn 13). Inhaltlich ergibt sich dadurch kein Unterschied, weil auch nach der Rechtsprechung ein Bruch des Gewahrsams nur bei gleichstufigem Gewahrsam oder von unten nach oben – nicht aber von oben nach unten – in Betracht kommt (vgl. Schumacher/Schweinberger, JI-Skript Strafrecht BT I, Rn 50).

#### **Zu 4.**

a) Das Einverständnis des Gewahrsamsinhabers schließt den Bruch des fremden Gewahrsams aus. Dementsprechend ist ein Gewahrsamsbruch durch Frau A angesichts dessen, dass G schon bei dem Einstecken der Butter mit ihrem Handeln einverstanden war, nicht gegeben. Da Frau A hiervon aber nichts wusste und sich dementsprechend den Bruch fremden Gewahrsams vorstellte, hat sie sich wegen versuchten Diebstahls gemäß §§ 242 I, II, 22, 23 I strafbar gemacht (untauglicher Versuch).

b) Es ergibt sich kein Unterschied zur Konstellation unter a), da es nicht darauf ankommt, weshalb der Gewahrsamsinhaber mit der Aufhebung seines Gewahrsams einverstanden ist (Schumacher/Schweinberger, JI-Skript Strafrecht BT I, Rn 65 f.).

#### **Zu 5.**

Auch hier stellt sich wiederum das Problem, ob eine Wegnahme durch das Einverständnis des Gewahrsamsinhabers ausgeschlossen ist. Dagegen könnte sprechen, dass grundsätzlich ein Einverständnis auch dann wirksam ist, wenn es auf fehlerhafter Tatsachenvorstellung beruht (ein Einverständnis ist danach also grundsätzlich „täuschungsresistent“). Wenn aber das Opfer aufgrund der Täuschung keine Verhaltensalternative gegenüber der Forderung des Täters zu haben glaubt, kann kein Einverständnis angenommen werden (vgl. Schumacher/Schweinberger, JI-Skript Strafrecht BT I, Rn 290), so dass hier eine Wegnahme durch Heinz vorliegt.

#### **Zu 6.**

Der Inhaber des Kinos hat jedenfalls die tatsächliche Herrschaftsmöglichkeit über die Tasche. Zwar könnte seinem Gewahrsam entgegenstehen, dass er von der Tasche nichts weiß. Doch wird ein genereller Gewahrsamswille

[ ... ]

## **Klausur: "Benzin im Blut"**

Der bei dem Autohändler H angestellte Mechaniker M hatte mit seinem Arbeitgeber bereits mehrfach wegen seiner häufigen Verspätungen und schlechten Arbeitsleistung gestritten. Das Verhältnis zwischen den beiden hatte sich sehr verschlechtert und M hielt es nur noch für eine Frage der Zeit, bis der H ihm kündigen würde. Deswegen beschloss er, aus seinem Arbeitsverhältnis vor dessen Ende noch einmal das Bestmögliche herauszuholen. Er hatte nämlich erfahren, dass H am Vortag für seinen Handel einen gebrauchten Jaguar XF 3.0 erworben hatte. M wusste, dass sein Freund F schon lange auf der Suche nach einer Gelegenheit war, ein Fahrzeug dieses Typs günstig zu erwerben. Deswegen ging M abends zu der Mietgarage, in der der H, wie M wusste, die neu erworbenen Autos stets unterstellte. Dort erklärte M dem Garagenwärter W, der H habe den Jaguar bereits an ihn verkauft und er wolle sich den Wagen jetzt abholen. Da dies im Betrieb des H schon öfter vorgekommen war und H ein entsprechendes Verhalten des W nie beanstandet hatte, fuhr W den Wagen aus der Garage und übergab ihn mit Schlüssel und sämtlichen Papieren dem M, der damit davonfuhr.

Auf dem Weg zu F bemerkte M, dass der Tank des Jaguars fast leer war. Er fuhr deswegen an die Tankstelle des Tankwarts T und tankte dort Benzin im Wert von 60,- €. Auf den Zapfsäulen befanden sich Aufkleber auf denen stand, dass das getankte Benzin bis zur vollständigen Kaufpreiszahlung im Eigentum des T verbleibe. Dann begab sich M in das Kassenhäuschen, wo er auch noch einen Schokoriegel sowie die aktuelle Ausgabe der Zeitschrift „Auto, Motor und Sport“ der Auslage entnahm und zusammen mit einem 100-€-Schein auf den Tresen legte, wobei er auch die Nummer der Zapfsäule nannte, an der er getankt hatte. Der Tankwart T tippte den Preis für die Zeitschrift und den Schokoriegel in die Kasse. Er war jedoch kurz zuvor mit einem Ölwechsel an einem anderen Auto beschäftigt gewesen und hatte deswegen nicht gesehen, dass M auch getankt hatte. Da er auch die Angabe der Nummer der Zapfsäule durch M überhört hatte, berechnete er das Benzin nicht. M bemerkte den Irrtum des T erst, als er von diesem mehr als 95,- € Wechselgeld zurückerhielt. M sagte jedoch nichts, sondern setzte sich in das Auto und fuhr davon.

Bei F angekommen erklärte M, er habe den Wagen von einem verstorbenen Onkel geerbt und wolle ihn jetzt verkaufen, weil er sich den Unterhalt eines so luxuriösen Fahrzeugs nicht leisten könne. F glaubte diese Geschichte und als M ihm auch noch einen überaus günstigen Preis machte, war er begeistert. Die beiden waren sich sofort einig. F übergab M den Kaufpreis in Höhe von 14.000,- € in bar und erhielt dafür von diesem den Wagen nebst Schlüssel und Papieren.

Wie hat M sich strafbar gemacht?

*Bearbeitervermerk:*

*Es sind nur die Tatbestände des StGB zugrunde zu legen. Gegebenenfalls erforderliche Strafanträge sind gestellt.*

**Lösungsskizze zum Fall "Benzin im Blut"**

**1. Tatkomplex: Die Erlangung des Jaguars**

- A. Strafbarkeit des M wegen Betrugs gem. § 263 I gegenüber W und zum Nachteil des H  
(P!!): Abgrenzung Dreiecksbetrug und Diebstahl in mittelbarer Täterschaft
- B. Strafbarkeit des M wegen Diebstahls in mittelbarer Täterschaft gem. §§ 242 I, 25 I 2. Fall
- C. Strafbarkeit des M wegen Untreue gem. § 266 I  
(P): Vermögensbetreuungspflicht
- D. Strafbarkeit des M wegen Unterschlagung gem. § 246 I
- E. Strafbarkeit des M wegen Urkundenunterdrückung gem. § 274 I Nr. 1
- F. Strafbarkeit des M wegen unbefugten Gebrauchs eines Fahrzeugs gem. § 248b I

**2. Tatkomplex: Das Tanken**

- A. Strafbarkeit des M wegen Betruges gem. § 263 I gegenüber und zum Nachteil des T  
(P): Keine Zahlungsunwilligkeit
- B. Strafbarkeit des M wegen Diebstahls gem. § 242 I durch das Tanken  
(P): Fremdheit des Benzins und Wegnahme
- C. Strafbarkeit des M wegen Unterschlagung gem. § 246 I durch das Tanken
- D. Strafbarkeit des M wegen Erschleichens von Leistungen gem. § 265a I 1. Fall durch das Tanken

**3. Tatkomplex: Der Bezahlvorgang und das Wegfahren**

- A. Strafbarkeit des M wegen Betrugs gem. § 263 I gegenüber und zum Nachteil des T
- B. Strafbarkeit des M wegen Betrugs durch Unterlassen gem. §§ 263 I, 13 gegenüber und zum Nachteil des T  
(P): Aufklärungspflicht
- C. Strafbarkeit des M wegen Unterschlagung gem. § 246 I durch das Wegfahren von der Tankstelle

**4. Tatkomplex: Der Verkauf des Autos**

- A. Strafbarkeit des M wegen Betrugs gem. § 263 I gegenüber und zum Nachteil des F  
(P!): Schaden bei gutgläubigem Eigentumserwerb
- B. Strafbarkeit des M wegen Betrugs gem. § 263 I gegenüber F und zum Nachteil des H  
(P): Näheverhältnis als Folge der §§ 932 ff. BGB
- C. Strafbarkeit des M wegen Hehlerei gem. § 259 I durch den Verkauf des Autos an F
- D. Strafbarkeit des M wegen Unterschlagung gem. § 246 I durch den Verkauf des Autos an F  
(P!!): Wiederholte Zueignung und Schadensvertiefung

**5. Komplex: Gesamtergebnis und Konkurrenzen**

**Jl-Lernwelt: Ergänzendes Audio / Klausurbesprechung / Code: ES903 / Audio**

Audio allgemein zu dieser Klausur und zur Problematik der Bildung von Tatkomplexen.

**1. Tatkomplex: Die Erlangung des Jaguars**

**A. Strafbarkeit des M wegen Betrugs gem. § 263 I gegenüber W und zum Nachteil des H**

Indem M den W dazu überredete, ihm den Wagen zu geben, könnte er sich wegen Betruges gegenüber W und zum Nachteil des H gem. § 263 I strafbar gemacht haben.

**I. Tatbestand**

M müsste den Tatbestand des § 263 I erfüllt haben.

**1. Täuschung**

M müsste W getäuscht haben.

Täuschung ist jede intellektuelle Einwirkung auf das Vorstellungsbild eines anderen, um bei diesem eine Fehlvorstellung über Tatsachen hervorzurufen. Tatsachen sind alle äußeren oder inneren Geschehnisse und Zustände der Vergangenheit oder Gegenwart, die dem Beweis zugänglich sind. M erklärte hier gegenüber W, dass er von H den Wagen erworben habe. Über den Abschluss eines entsprechenden Rechtsgeschäfts kann Beweis erhoben werden, so dass es sich hierbei um eine Tatsache handelt. Da ein entsprechender Vertrag zwischen H und M nicht abgeschlossen wurde, hat M den W auch hierüber getäuscht.

## 2. Täuschungsbedingter Irrtum

Durch die Täuschung des M müsste bei W ein entsprechender Irrtum entstanden sein.

Irrtum ist jede Fehlvorstellung über Tatsachen. Da W infolge der Erklärung des M davon ausging, dieser habe von H den Jaguar gekauft, was tatsächlich nicht so war, unterlag W einem täuschungsbedingten Irrtum.

## 3. Irrtumsbedingte Vermögensverfügung

W müsste aufgrund der Täuschung eine Vermögensverfügung vorgenommen haben.

Vermögensverfügung ist jedes Handeln, Dulden oder Unterlassen, das sich unmittelbar vermögensmindernd auswirkt. Durch die Herausgabe des Wagens könnte W Besitz und Gewahrsam des H an diesem auf den M übertragen und so das Vermögen des H gemindert haben. Dann müsste H aber überhaupt Gewahrsam an dem Wagen gehabt haben. Gewahrsam ist die von einem natürlichen Sachherrschafter getragene tatsächliche Sachherrschaft, deren Vorliegen sich nach der Verkehrsanschauung bestimmt. H befand sich zwar in dem Zeitpunkt, in dem W den Wagen an M übergab, nicht in unmittelbarer Nähe des Wagens, er wusste jedoch, wo sich dieser befand und konnte deswegen jederzeit auf ihn Zugriff nehmen. Auch hatte er den Willen, weiterhin die Sachherrschaft über das Auto auszuüben, so dass H immer noch (gelockerten) Gewahrsam über das Auto besaß. Dass auch W als unmittelbar für das Auto Verantwortlicher Gewahrsam besaß, schließt einen Gewahrsam des H nicht aus, da auch ein (Mit-) Gewahrsam mehrerer Personen möglich ist. Nachdem W den Wagen an M übergab und M mit diesem fortfuhr, konnte H auf das Auto nicht mehr zugreifen, so dass nunmehr ausschließlich M Gewahrsam an dem Wagen hatte. W hat also über den Gewahrsam und (mittelbaren) Besitz des H verfügt.

### a) Verfügungsbewusstsein

Das Bewusstsein des Getäuschten, eine Handlung mit vermögensmindernder Wirkung vorzunehmen, ist für einen vollendeten Betrug normalerweise nicht erforderlich. Dieses Bewusstsein erhält jedoch dann eine besondere Bedeutung, wenn es um die Abgrenzung zwischen Trickdiebstahl und Sachbetrug geht, da die Tatbestände des § 242 und § 263 in einem Exklusivitätsverhältnis stehen und die Erlangung einer Sache deswegen nur durch Wegnahme oder Weggabe erfolgen kann. Die Abgrenzung zwischen Wegnahme (i.S.v. § 242 I) und Weggabe (als Vermögensverfügung i.S.v. § 263 I) erfolgt dann über das Kriterium des Verfügungsbewusstseins (Schumacher/Schweinberger, JI-Skript Strafrecht BT I, Rn 283 ff.). Da im vorliegenden Fall der W nur Besitz und Gewahrsam an dem Auto übertragen hat, kommt auch eine Strafbarkeit des M wegen Diebstahls (in mittelbarer Täterschaft) in Betracht. Es ist also ausnahmsweise ein Verfügungsbewusstsein des W zu verlangen. Ein solches ist dann gegeben, wenn der Verfügende sich bewusst ist, den Gewahrsam an der Sache freiwillig ganz preiszugeben (BGHSt 17, 206, 209; Schumacher/Schweinberger, JI-Skript Strafrecht BT I, Rn 287). W wusste hier, dass der Gewahrsam des H an dem Jaguar ganz auf den M übergehen und nicht bloß gelockert werden würde und nahm trotzdem bewusst und ohne Zwang diese Handlung vor, so dass er das erforderliche Verfügungsbewusstsein hatte.

### b) Näheverhältnis beim Dreiecksbetrug

Im vorliegenden Fall ergibt sich eine weitere Besonderheit daraus, dass W nicht (nur) über eigenes Vermögen verfügte, sondern (auch) über Rechte des H. Dies ist im Rahmen des § 263 I grundsätzlich unschädlich, da beim Betrug nur Getäuschter und Verfügender, nicht jedoch Verfügender und geschädigter Vermögensinhaber identisch sein müssen (Schumacher/Schweinberger, JI-Skript Strafrecht BT I, Rn 295). Jedoch ist in diesen Fällen des sog. Dreiecksbetrugs zwischen Verfügendem und Vermögensinhaber eine Nähebeziehung erforderlich, um diese Fälle von denen abzugrenzen, in denen der Getäuschte ein Außenstehender ist, der vorher in keinerlei Beziehung zu dem geschädigten Vermögen stand, so dass in diesen Fällen allenfalls ein Diebstahl in mittelbarer Täterschaft in Betracht kommt (Schumacher/Schweinberger, JI-Skript Strafrecht BT I, Rn 297). Nur beim Vorliegen eines entsprechenden Näheverhältnisses kann die Handlung des Verfügenden dem Geschädigten zugerechnet werden, so dass es letztlich keinen Unterschied macht, ob der Geschädigte selbst oder ein Dritter die schädigende Handlung vornimmt. Welche Voraussetzungen jedoch an ein solches Näheverhältnis zu stellen sind, ist umstritten (vgl. Schumacher/Schweinberger, JI-Skript Strafrecht BT I, Rn 298 ff.).

#### *[(1) M.M.: Befugnistheorie]*

Nach einer Ansicht ist für ein Näheverhältnis eine tatsächliche Ermächtigung des Verfügenden durch Gesetz oder durch den Vermögensinhaber selbst erforderlich (SK/Hoyer, § 263 Rn 144 ff.). Nach dieser sog. Befugnistheorie ist ein Näheverhältnis zwischen W und H zu verneinen, da bei lebensnaher Auslegung des Sachverhaltes davon auszugehen ist, dass W vom H nicht ausdrücklich dazu ermächtigt worden war, den Wagen an Dritte herauszugeben. Mithin würde die erforderliche Nähebeziehung fehlen.

**[(2) h.M.: Lagertheorie]**

Nach der Gegenauffassung muss der Verfügende nicht unbedingt dazu befugt sein, über das Vermögen des Geschädigten zu verfügen, er muss jedoch im Lager des Geschädigten stehen, d.h. er muss bereits vor der Tat die Möglichkeit gehabt haben, über das fremde Vermögen zu verfügen, sodass sich hieraus ergibt, dass der Verfügende dem Vermögen des Geschädigten nähersteht als ein beliebiger Außenstehender (BGH, 1 StR 55/22; Rengier, BT I, § 13 Rn 108, 112).

Die rein faktische Einwirkungsmöglichkeit auf das fremde Vermögen ist für sich allein nicht ausreichend. Vielmehr muss der Verfügende schon vor der Täuschung – bildlich gesprochen – „im Lager“ des Geschädigten stehen, d.h. demselben Machtkreis angehören, dem die betroffene Sache entstammt. Das ist nicht nur dann der Fall, wenn der Verfügende an dem Gegenstand bereits Gewahrsam oder Mitgewahrsam hatte, sondern auch wenn er nur Besitz- oder Gewahrsamsdiener („Gewahrsamshüter“) war (Rengier, BT I, § 13 Rn 108; TK/Perron, § 263 Rn 66).

Vorliegend hatte H den Wagen so in die Obhut des W gegeben, dass dieser (sogar) – wenn auch untergeordneten – Mitgewahrsam hatte. Mithin wäre die erforderliche Nähebeziehung nach dieser sog. Lagertheorie gegeben.

**[(3) Stellungnahme]**

Der Befugnistheorie ist insofern zuzustimmen, als bei Vorliegen einer Vollmacht jedenfalls ein Näheverhältnis zu bejahen ist; ein tatsächliches Bestehen einer solchen Vollmacht als zwingende Voraussetzung zu sehen, schränkt jedoch die Anwendbarkeit des § 263 im Dreiecksverhältnis zu sehr ein und ist deswegen abzulehnen. Vor allem passt es nicht, wenn das faktische Merkmal des Gewahrsamsverlustes mit dem alleine (zivil-)rechtlichen Merkmal der Befugnis bestimmt werden soll (Strauß, JuS 2024, 308, 311; Rengier, BT I, § 13 Rn 112). Schon deshalb ist zur Abgrenzung das ebenfalls eher faktische Kriterium der Lagertheorie heranzuziehen.

Somit ist eine Verfügung des W über das Vermögen des H gegeben.

**4. Vermögensschaden**

H müsste einen Vermögensschaden erlitten haben.

Dies ist dann der Fall, wenn der Vermögensinhaber für die durch die Vermögensverfügung bewirkte Vermögensminderung kein Äquivalent als Ausgleich erhalten hat. H hat Besitz und Gewahrsam an dem Auto an M verloren, ohne hierfür einen Ausgleich erlangt zu haben. Ein Vermögensschaden ist somit gegeben.

**5. Vorsatz**

M handelte auch in Kenntnis aller objektiven Tatbestandsmerkmale und mithin vorsätzlich.

**6. Absicht rechtswidriger und stoffgleicher Bereicherung**

M müsste auch in der Absicht rechtswidriger und stoffgleicher Bereicherung gehandelt haben.

Er hatte den zielgerichteten Willen, sich selbst Besitz und Gewahrsam an dem Jaguar, also einen Vermögensvorteil, zu verschaffen und sich so zu bereichern. Hierbei handelt es sich auch um eine stoffgleiche Bereicherung, da der von M erstrebte Vorteil Spiegelbild des von H erlittenen Schadens ist und beide auf derselben Verfügung – der Herausgabe des Wagens durch W – beruhen. M hatte auch keinen Anspruch auf Herausgabe des Wagens, so dass die erstrebte Bereicherung rechtswidrig war, was M auch wusste. M hat somit in der Absicht rechtswidriger und stoffgleicher Bereicherung gehandelt.

**II. Rechtswidrigkeit und Schuld**

Das Verhalten des M war auch rechtswidrig und schuldhaft.

**III. Ergebnis**

M hat sich durch das Verhalten in der Garage wegen Betrugs gegenüber W und zum Nachteil des H gem. § 263 I strafbar gemacht.

**B. Strafbarkeit des M wegen Diebstahls in mittelbarer Täterschaft gem. §§ 242 I, 25 I 2. Fall**

Indem M den W dazu überredete, ihm den Wagen zu geben, könnte er sich wegen Diebstahls in mittelbarer Täterschaft gem. §§ 242 I, 25 I 2. Fall strafbar gemacht haben.

**I. Tatbestand**

M müsste tatbestandsmäßig gehandelt haben.

**Standort: Strafrecht / BT 1 / Klausur**  
**Schwerpunkte: Vermögens- und Urkundsdelikte**

**1. Fremde bewegliche Sache**

Bei dem Jaguar handelte es sich nicht nur um einen körperlichen Gegenstand, der tatsächlich fortgeschafft werden konnte, er stand außerdem im Eigentum des W und war somit für M eine fremde bewegliche Sache.

**2. Wegnahme**

M müsste den Jaguar weggenommen haben.

Wegnahme i.S.v. § 242 I ist der Bruch fremden und die Begründung neuen, nicht notwendigerweise tätereigenen, Gewahrsams. M selbst hat den Wagen nicht weggenommen; es könnte jedoch eine Wegnahme durch W vorliegen, die dem M als mittelbar täterschaftlich gem. § 25 I 2. Fall zugerechnet werden könnte. Durch die Übergabe des Wagens an M hat W den Gewahrsam des H aufgehoben und neuen Gewahrsam des M begründet. Diese von W bewusst vorgenommene Gewahrsamsverschiebung stellt jedoch eine Vermögensverfügung dar und Wegnahme und Verfügung schließen sich – auch in einem Dreiecksverhältnis – wechselseitig aus (BGHSt 17, 205, 209; a.A. TK/Perron, § 263 Rn 67, was aber zu einer unzulässigen Ausdehnung des § 252 auf typische Betrugssachverhalte führen würde [vgl. BGHSt 41, 198, 203 f.]).

**II. Ergebnis**

M ist nicht strafbar gem. §§ 242 I, 25 I 2. Fall.

**C. Strafbarkeit des M wegen Untreue gem. § 266 I**

Indem M den W dazu überredete, ihm den Wagen zu geben, könnte er sich wegen Untreue zum Nachteil des H gem. § 266 I strafbar gemacht haben.

M könnte den Tatbestand der Untreue gem. § 266 I erfüllt haben.

Für beide Tatbestandsalternativen des § 266 I ist jedoch nach herrschender Meinung eine Vermögensbetreuungspflicht des Täters erforderlich (zu diesem Streit in Form einer Klausur Schumacher/Schweinberger, JI-Skript Strafrecht BT I, Rn 714). Eine solche ist gegeben bei Vorliegen eines fremdnützig gestalteten Schuldverhältnisses, welches nicht ganz untergeordnete Tätigkeiten des Täters beinhaltet und bei dem die Betreuung fremder Vermögensinteressen wesentlicher Inhalt des Treueverhältnisses ist. Eine solche Pflicht des M, das Vermögen des H zu betreuen, könnte sich allenfalls aus dem zwischen ihnen bestehenden Arbeitsverhältnis ergeben, da M bei H angestellt ist. Ein Arbeitsverhältnis begründet jedoch nicht ohne weiteres eine Vermögensbetreuungspflicht des Arbeitnehmers, sondern nur dann, wenn sich aus Art, Umfang und Dauer der Tätigkeit eine Verpflichtung zur besonderen Vermögensfürsorge ergibt (BGH, NStZ 1983, 455; LKH, § 266 Rn 12). M war bei H als Mechaniker angestellt. Im Rahmen einer solchen Tätigkeit ergibt sich aus dem rein handwerklichen Tätigkeitsbereich und insbesondere aus dem Fehlen eines eigenverantwortlichen Handlungsspielraums des M, dass ihm eine entsprechende Pflicht zur Betreuung der Vermögensinteressen des H nicht traf. Mangels Vermögensbetreuungspflicht hat sich M somit nicht gem. § 266 I strafbar gemacht.

**D. Strafbarkeit des M wegen Unterschlagung gem. § 246 I**

Eine eventuelle Strafbarkeit wegen Unterschlagung tritt jedenfalls im Wege der formellen Subsidiarität (§ 246 I a.E.) hinter die Strafbarkeit aus § 263 I zurück.

**E. Strafbarkeit des M wegen Urkundenunterdrückung gem. § 274 I Nr. 1**

Indem M mit dem Jaguar davonfuhr, könnte er sich wegen Urkundenunterdrückung gem. § 274 I Nr. 1 strafbar gemacht haben.

**I. Tatbestand**

**1. Echte Urkunde**

Das Auto könnte eine Urkunde darstellen.

Urkunde ist jede verkörperte Gedankenerklärung (Perpetuierungsfunktion), die zum Beweis im Rechtsverkehr geeignet und bestimmt ist (Beweisfunktion) und einen Aussteller erkennen lässt (Garantiefunktion). Ein Unterfall der Urkunde ist die zusammengesetzte Urkunde, bei der eine Urkunde oder eine verkürzte Urkunde (sog. Beweiszeichen) mit einem Bezugsobjekt fest verbunden ist. Eine zusammengesetzte Urkunde ist insbesondere bei Kraftfahrzeugen gegeben, bei denen das Nummernschild als Urkunde mit dem Bezugsobjekt Fahrzeug fest verbunden ist (BGHSt 18, 70). Der Jaguar stellt somit eine – zusammengesetzte – Urkunde dar, die auch echt war, da sie von demjenigen stammte, der aus ihr als Aussteller hervorging.

**2. Nicht (ausschließlich) gehören**

Diese Urkunde dürfte dem M nicht oder nicht ausschließlich gehören.

**Standort: Strafrecht / BT 1 / Klausur**  
**Schwerpunkte: Vermögens- und Urkundsdelikte**

Eine Urkunde „gehört“ i.S.v. § 274 I Nr. 1 demjenigen, der an ihr das Beweisführungsrecht hat. Das Beweisführungsrecht an der zusammengesetzten Urkunde Auto mit Nummernschildern stand dem H und nicht M zu, so dass ihm diese Urkunde nicht gehörte.

**3. Unterdrücken**

M müsste diese Urkunde i.S.v. § 274 I Nr. 1 unterdrückt haben.

Ein Unterdrücken im Sinne dieser Norm ist dann gegeben, wenn der Täter dem Opfer die Urkunde entzieht, wobei auch ein vorübergehender Entzug ausreichend ist. M hat es dem H dadurch, dass er mit dem Wagen wegfuhr, unmöglich gemacht, auf diesen zurückzugreifen und ihn dem H somit entzogen.

**4. Vorsatz**

M handelte auch vorsätzlich.

**5. Nachteilszufügungsabsicht**

M müsste auch mit Nachteilszufügungsabsicht gehandelt haben.

Hierfür ist es erforderlich, dass der Täter sich eine konkrete Situation als sicher vorstellt, in der der Beweisführungsberechtigte sich auf die Urkunde zum Beweis berufen will, dies infolge des Unterdrückens nicht mehr kann und deswegen einen Nachteil (aber nicht unbedingt einen Vermögensnachteil) erleidet (Rengier, BT II, § 36 Rn 9). M stellte sich hier jedoch keine Situation mehr vor, in der H noch von der Beweisfunktion der zusammengesetzten Urkunde Gebrauch zu machen wünschte und infolge des Verlustes der Urkunde einen Nachteil erleiden würde. Eine Nachteilszufügungsabsicht i.S.v. § 274 I Nr. 1 ist somit nicht gegeben.

**II. Ergebnis**

M hat sich durch das Wegfahren mit dem Auto nicht gem. § 274 I Nr. 1 strafbar gemacht.

**F. Strafbarkeit des M wegen unbefugten Gebrauchs eines Fahrzeugs gem. § 248b I**

M hat vorsätzlich den Jaguar, also ein Kraftfahrzeug im Sinne von § 248b I, IV, gebraucht und zwar gegen den Willen des Berechtigten H. Er hat somit den Tatbestand des § 248b I erfüllt. M handelte rechtswidrig und schuldhaft, der gem. § 248b III erforderliche Antrag ist laut Bearbeitervermerk gestellt. Die Strafbarkeit gem. § 248b I tritt jedoch hinter den mitverwirklichten Betrug im Wege der formellen Subsidiarität gem. § 248b I a.E. zurück.

**2. Tatkomplex: Das Tanken**

**J1-Lernwelt: Ergänzendes Audio / Klausurbesprechung / Code: ES904 / Audio**  
 Audio zur Problematik der Prüfung zivilrechtlicher Vorfragen.

**A. Strafbarkeit des M wegen Betruges gem. § 263 I gegenüber und zum Nachteil des T durch das Tanken**

M könnte den T durch das Betanken des Jaguars getäuscht haben. Eine Täuschungshandlung muss immer eine wahrheitswidrige Erklärung über Tatsachen beinhalten, wobei es sich auch um innere Tatsachen handeln kann (s.o.). M könnte hier über die innere Tatsache seiner Zahlungswilligkeit getäuscht haben. Im Zeitpunkt des Betankens hatte M jedoch noch den Willen, das Benzin zu bezahlen, so dass eine Täuschung insoweit nicht vorliegt. M hat sich durch das Betanken des Wagens nicht gem. § 263 I strafbar gemacht.

**B. Strafbarkeit des M wegen Diebstahls gem. § 242 I durch das Betanken des Wagens**

Durch das Betanken des Wagens könnte sich M wegen Diebstahls gem. § 242 I strafbar gemacht haben.

**I. Tatbestand**

**1. Fremde bewegliche Sache**

Bei dem von M getankten Benzin handelt es sich um eine bewegliche Sache. Das Benzin müsste für M auch fremd sein. Das wäre es dann nicht mehr, wenn M durch das Einfüllen des Benzins in den Tank des Wagens Alleineigentum daran erworben hätte.

**a) Eigentumserwerb durch Rechtsgeschäft**

M könnte durch Übereignung gem. § 929 S. 1 BGB Eigentum an dem Benzin erworben haben.

**Standort:** Strafrecht / BT 1 / Klausur  
**Schwerpunkte:** Vermögens- und Urkundsdelikte

Dazu wäre allerdings eine entsprechende Einigung zwischen M als Erwerber und T als Veräußerer über den Eigentumsübergang erforderlich.

An den Zapfsäulen ist ein Aufkleber angebracht, dass T sich das Eigentum am Benzin bis zur vollständigen Kaufpreiszahlung vorbehält. Mithin erfolgt der Eigentumserwerb erst im Rahmen des Bezahlvorgangs an der Kasse. Folglich hat M durch das Tanken selbst jedenfalls nicht über eine entsprechende dingliche Einigung Eigentum am Benzin erworben.

*[Anm.: Nicht überzeugen kann die These, dass die Übereignung des Kraftstoffs grundsätzlich bereits mit dem Tankvorgang erfolgt (OLG Düsseldorf, NStZ 1985, 270; Herzberg, NJW 1984, 896, 898 f.; Baier, JA 1999, 364, 367). Insoweit seien zwei rechtliche Konstruktionen denkbar: Entweder stelle das Aufstellen der Tanksäule bereits ein Angebot zur Übereignung dar, das der Kunde durch das Tanken annehme, oder aber das Aufstellen der Säule sei nur eine unverbindliche invitatio ad offerendum, das Angebot zur Übereignung gebe der Kunde durch den Tankvorgang ab und dieses werde vom Tankstellenbetreiber dadurch angenommen, dass er den Kunden gewähren lasse. Es gibt keinen vernünftigen Grund dafür, die sowieso schon schlechte tatsächliche Position des Verkäufers, der ein Wegfahren des Kunden ohne Bezahlung meist gar nicht verhindern kann, zusätzlich noch durch eine rechtliche Benachteiligung, nämlich einen Eigentumsverlust noch vor dem Gang des Kunden zur Kasse, zu verstärken. Deshalb ist es richtig, dass die h.M. den Eigentumsübergang erst bei Bezahlung an der Kasse der Tankstellenbetreiber bejaht. Neben der hier vom Sachverhalt vorgegebenen Konstellation des Eigentumsvorbehalts (hierfür generell OLG Hamm, NStZ 1983, 266, 267; vgl. auch Schramm, JuS 2008, 678, 681) werden innerhalb der h.M. noch die folgenden Begründungswege vorgeschlagen: Einerseits könnte die Willenserklärung des T unter der aufschiebenden Bedingung der Kaufpreiszahlung stehen (so Grüneberg/Ellenberger, § 145 Rn 8) oder die Willenserklärungen bezüglich der Übereignung liegen gem. § 929 S. 2 BGB überhaupt erst bei der Bezahlung vor (so Borchert/Hellmann, NJW 1983, 2799, 2802; TK/Bosch, § 246 Rn 7; Rengier, BT I, § 5 Rn 13; Eisele, BT II, Rn 250 f.; von Heintschel-Heinegg, JA 2009, 903, 904).]*

**b) Eigentumserwerb kraft Gesetzes**

M könnte jedoch durch Vermischung gem. §§ 947, 948 Eigentum an dem Benzin erworben haben. Dann müsste M jedoch Eigentümer der Sache gewesen sein, mit der das Benzin aus der Tanksäule vermischt wurde, also des Benzins, das sich noch im Tank befand. Dies ist jedoch nicht der Fall. Eigentümer des Benzins, das sich noch im Tank befand – ebenso wie Eigentümer des gesamten Fahrzeugs – war immer noch der H. Da das getankte Benzin also nicht mit einer Sache des M vermischt wurde, hat er auch nicht gem. §§ 947, 948 BGB Eigentum daran erlangt.

*[Anm.: Selbst wenn M sein eigenes Auto betankt hätte, so wäre er gem. §§ 948 I, 947 I 1. HS BGB lediglich Miteigentümer des Benzins geworden, so dass dieses für ihn immer noch eine fremde Sache darstellen würde.]*

M hat kein Eigentum an dem getankten Benzin erworben. Es stellt somit für ihn eine fremde bewegliche Sache dar.

**2. Wegnahme**

M müsste das Benzin weggenommen, d.h. fremden Gewahrsam gebrochen und neuen begründet haben. Unter Gewahrsam versteht man die von einem natürlichen Herrschaftswillen getragene tatsächliche Herrschaft über eine Sache, deren Reichweite sich nach der Verkehrsanschauung bestimmt.

Solange sich das Benzin in der Tanksäule befand, stand es im Gewahrsam des T; in dem Moment, in dem es in den Tank des Jaguars floss, entstand jedoch an dem Benzin – ebenso wie an dem gesamten Auto – Gewahrsam des M. Fraglich ist jedoch, ob sich diese Gewahrsamsverschiebung auch als Gewahrsamsbruch darstellt. Dies wäre dann der Fall, wenn sie ohne oder gegen den Willen des früheren Gewahrsamsinhabers erfolgt wäre, wogegen ein entsprechendes Einverständnis des Berechtigten den Tatbestand ausschließen würde.

Gegen das Vorliegen eines Einverständnisses könnte vorgebracht werden, dass T den Tankvorgang des M gar nicht bemerkt hatte und er somit sein Einverständnis nicht – auch nicht konkludent durch Duldung des Tankens – erklärt habe.

Würde man die Wirksamkeit des Einverständnisses jedoch zusätzlich unter die Bedingung der tatsächlichen Beobachtung stellen, so würde dies den tatsächlichen Gegebenheiten beim SB-Tanken widersprechen. Dass sich ein Kunde an der SB-Tankstelle vor dem Beginn des Tankvorgangs beim Tankwart „melden“ muss,

**Standort: Strafrecht / BT 1 / Klausur**  
**Schwerpunkte: Vermögens- und Urkundsdelikte**

bevor er tanken darf, widerspricht den Anschauungen des täglichen Lebens (der Verkehrsanschauung); letztere prägen aber den Gewahrsamsbegriff.

Folglich ist in den Fällen des Tankens an Selbstbedienungstankstellen ein Einverständnis des Berechtigten in die Gewahrsamsverschiebung bereits mit dem Bereitstellen der Zapfsäule gegeben und lediglich durch deren ordnungsgemäße Bedienung bedingt (BGH, 4 StR 632/11; 4 StR 532/15; TK/Bosch, § 242 Rn 36a; Radtke/Meyer, JA 2009, 702, 703).

Da M die Zapfsäule ordnungsgemäß bedient hat, hat er wegen des Einverständnisses des T das getankte Benzin nicht weggenommen.

## II. Ergebnis

M ist nicht strafbar gem. § 242 I.

## C. Strafbarkeit des M wegen Unterschlagung gem. § 246 I

Durch das Betanken des Wagens könnte sich M wegen Unterschlagung gem. § 246 I strafbar gemacht haben.

### I. Tatbestand

#### 1. Fremde bewegliche Sache

Bei dem Benzin handelte es sich um eine für M fremde, bewegliche Sache (s.o.).

#### 2. Zueignung

M müsste sich das Benzin zueignet haben.

Zueignung i.S.v. § 246 I ist die Manifestation des Zueignungswillens des Täters in objektiver Weise dergestalt, dass sich aus seinem Verhalten die Anmaßung einer eigentümerähnlichen Stellung ergibt. Das Betanken eines Autos durch den Kraftfahrer ist an einer SB-Tankstelle genau das Verhalten, das der Eigentümer des Kraftstoffs – der Betreiber der Tankstelle – von seinen Kunden erwartet, so dass dieses allein noch nicht den Schluss auf einen Zueignungswillen zulässt; der zahlungswillige Kunde will sich das Benzin erst bei der Bezahlung „zu eigen machen“. Die Anmaßung einer eigentümerähnlichen Stellung und damit die Zueignung zu einem früheren Zeitpunkt muss deswegen abgelehnt werden.

## II. Ergebnis

Durch das Betanken des Wagens hat M sich nicht gem. § 246 I strafbar gemacht.

## D. Strafbarkeit des M wegen Erschleichens von Leistungen gem. § 265a I 1. Fall

M könnte sich durch die Bedienung der Zapfsäule die Leistung eines Automaten i.S.v. § 265a I 1. Fall erschlichen haben. Ein Erschleichen setzt im Falle des Automatenmissbrauchs gem. § 265a I 1. Fall jedoch voraus, dass der Täter die technischen Vorrichtungen durch Überlistung des die Entgeltlichkeit sichernden Mechanismus' ordnungswidrig benutzt (LKH, § 265a Rn 6a). Im vorliegenden Fall hat M jedoch die Zapfsäule ordnungsgemäß benutzt; außerdem verfügte diese auch gar nicht über einen die Entgeltlichkeit der Leistung, d.h. die Bezahlung des Benzins, sichernden Mechanismus. Somit ist ein Erschleichen i.S.v. § 265a I 1. Fall nicht gegeben und M hat sich nicht nach dieser Vorschrift strafbar gemacht.

*[Anm.: Streitig ist im Rahmen von § 265a I 1. Fall weiterhin (vgl. hierzu Schumacher/Schweinberger, JI-Skript Strafrecht BT I, Rn 721 ff.), ob dieser überhaupt die Automaten erfasst, die Waren gegen Entgelt zur Verfügung stellen (so Fischer, § 265a Rn 11; Eisele, BT II, Rn 709; Rengier, BT I, § 16 Rn 3; SK/Hoyer, § 265a Rn 11) oder nur Leistungsautomaten, bei denen der Bediener keine Ware, sondern nur eine Leistung (z.B. Spielmöglichkeit, Fernsprechverbindung) erhält (so die wohl hM, OLG Celle, NJW 1997, 1518, 1518; OLG Koblenz, NJW 1984, 2424, 2425; OLG Düsseldorf, NStZ 1999, 248, 249; TK/Perron, § 265a Rn 4; LKH, § 265a Rn 2). Dies bedarf hier jedoch keiner weiteren Erörterung, da jedenfalls keine taugliche Tathandlung gegeben ist.]*

## 3. Tatkomplex: Der Bezahlvorgang und das Wegfahren

### A. Strafbarkeit des M wegen Betrugs gem. § 263 I gegenüber und zum Nachteil des T

Durch sein Verhalten an der Kasse könnte sich M wegen Betruges gegenüber und zum Nachteil des T gem. § 263 I strafbar gemacht haben.

#### I. Tatbestand

Durch sein Verhalten könnte M den T konkludent darüber getäuscht haben, kein Benzin getankt zu haben.

### 1. Täuschung durch das Hinlegen der Ware

Durch das Hinlegen des Schokoriegels und der Zeitschrift auf die Theke könnte M konkludent darüber getäuscht haben, sonst nichts bezahlen zu müssen. Zwar liegt in dem Bereitlegen einer Ware an einer Kasse grundsätzlich die Erklärung, darüber hinaus nichts zu schulden (Schulz, ZJS 2022, 911, 913 [Klausur, ähnl. Fall]; OLG Düsseldorf, NStZ 1985, 270). Jedoch hatte M hier noch ausdrücklich die Nummer seiner Zapfsäule angegeben und so klar verständlich gemacht, den entsprechenden Betrag auch noch zahlen zu müssen, so dass eine Täuschung insoweit nicht gegeben ist.

### 2. Täuschung durch Entgegennahme des Wechselgeldes

Eine Täuschung könnte jedoch in der Entgegennahme des Wechselgeldes liegen, da M hier nicht darauf hinwies, dass es zu viel war und noch die Kosten für das Benzin abgezogen werden müssten.

Durch die Entgegennahme des Wechselgeldes könnte M konkludent erklärt haben, dass diese Summe auch geschuldet ist. In der bloßen Entgegennahme eines Betrages liegt jedoch nicht die Erklärung, dieser sei auch geschuldet; es fällt vielmehr allein in den Risikobereich des Leistenden, dass die Schuld besteht und die Leistung den Anspruch nicht übersteigt (OLG Köln, NJW 1987, 2527, 2529; TK/Perron, § 263 Rn 17a; Schumacher/Schweinberger, JI-Skript Strafrecht BT I, Rn 238).

Eine Täuschung durch aktives Tun liegt somit nicht vor.

## II. Ergebnis

Durch das Verhalten in der Tankstelle hat sich M nicht gem. § 263 I strafbar gemacht.

### B. Strafbarkeit des M wegen Betrugs durch Unterlassen gem. §§ 263 I, 13 gegenüber und zum Nachteil des T

Dadurch, dass M an der Kasse den Irrtum des T nicht aufgeklärt hat, könnte er sich wegen Betruges durch Unterlassen gegenüber und zum Nachteil des T gem. §§ 263 I, 13 strafbar gemacht haben.

#### I. Tatbestand

Voraussetzung für eine strafbare Täuschung durch Unterlassen wäre jedoch gem. § 13 I das Bestehen einer Aufklärungspflicht des M dahingehend, den T auf seinen Irrtum hinzuweisen. Eine solche strafbewehrte Garantenpflicht lässt sich jedoch weder als Nebenpflicht aus dem Kaufvertrag noch aus dem Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB) herleiten (TK/Bosch, § 13 Rn 59; Schweinberger, JI-Skript Strafrecht AT II, Rn 670 f.; OLG Bamberg, NStZ-RR 2012, 248, 250). Andere, besondere Gegebenheiten, aus denen sich eine Aufklärungspflicht des M ergeben könnte, sind nicht ersichtlich. Mangels Aufklärungspflicht des M ist somit auch keine Täuschung durch Unterlassen gegeben.

#### II. Ergebnis

Durch das Verhalten in der Tankstelle hat sich M nicht gem. § 263 I strafbar gemacht.

### C. Strafbarkeit des M wegen Unterschlagung gem. § 246 I

Indem M von der Tankstelle weggefahren ist, ohne das Benzin zu bezahlen, könnte er sich wegen Unterschlagung gem. § 246 I strafbar gemacht haben.

#### I. Tatbestand

##### 1. Fremde bewegliche Sache

Das Benzin im Tank stellt eine für M fremde, bewegliche Sache dar.

##### 2. Zueignung

M müsste sich dieses zugeeignet haben, d.h. er müsste einen entsprechenden Zueignungswillen objektiv erkennbar manifestiert haben. M hatte den Willen, den Kraftstoff zu verbrauchen und ihn mithin unter Ausschluss des Berechtigten seinem eigenen Vermögen einzuverleiben. Dieser Wille wurde beim Verlassen der Tankstelle auch objektiv erkennbar, so dass eine Zueignung vorliegt.

##### 3. Rechtswidrigkeit der Zueignung

M hatte keinen fälligen, einredefreien Anspruch auf das Benzin, so dass die Zueignung auch rechtswidrig war. Selbst wenn er bereits durch das Betanken des Autos einen entsprechenden Kaufvertrag abgeschlossen haben sollte (so BGH, VIII ZR 171/10 Rn 13 ff.; Grüneberg/Ellenberger, § 145 Rn 8), so war sein Anspruch auf Übereignung jedenfalls mit der Einrede aus § 320 BGB belastet, da er seine Leistung – die Kaufpreiszahlung – noch nicht erbracht hatte und T nicht vorleistungspflichtig war.

**Standort:** Strafrecht / BT 1 / Klausur  
**Schwerpunkte:** Vermögens- und Urkundsdelikte

#### 4. Vorsatz

M kannte die objektiven Tatbestandsmerkmale, so dass er vorsätzlich handelte.

#### II. Rechtswidrigkeit und Schuld

M handelte auch rechtswidrig und schuldhaft.

#### III. Ergebnis

Durch das Wegfahren von der Tankstelle hat sich M gem. § 246 I strafbar gemacht.

### 4. Tatkomplex: Der Verkauf des Autos

#### A. Strafbarkeit des M wegen Betrugs gem. § 263 I gegenüber und zum Nachteil des F

Indem M den Jaguar an F verkauft hat, könnte er sich wegen Betruges gegenüber und zum Nachteil des F gem. § 263 I strafbar gemacht haben.

##### I. Tatbestand

##### 1. Täuschung

M hat F gegenüber erklärt, er habe das Auto geerbt und sei somit jetzt dessen Eigentümer. Das Vorliegen eines entsprechenden Erbfalls und das Eigentum des M sind Umstände, die dem Beweis zugänglich sind und damit Tatsachen. Da die Schilderungen des M nicht der Wahrheit entsprachen, hat er den F somit über Tatsachen getäuscht.

##### 2. Täuschungsbedingter Irrtum

F hat dem M aufgrund von dessen Erklärungen geglaubt. Ein täuschungsbedingter Irrtum des F liegt somit vor.

##### 3. Irrtumsbedingte Vermögensverfügung

F müsste durch ein Verhalten sein eigenes Vermögen unmittelbar gemindert haben. F hat M den Kaufpreis in bar übergeben und somit Besitz und Eigentum an dem entsprechenden Geld auf den M übertragen und sein Vermögen insoweit gemindert. Eine irrtumsbedingte Vermögensverfügung ist gegeben.

##### 4. Verfügungsbedingter Vermögensschaden

F müsste dadurch auch einen Vermögensschaden erlitten haben, d.h. für die von ihm herbeigeführte Vermögensminderung dürfte er kein Äquivalent erhalten haben.

##### a) Vermögensschaden wegen fehlenden Eigentumserwerbs

Ein Vermögensschaden würde dann bestehen, wenn F an dem Fahrzeug kein Eigentum erworben hätte. Zwar hat F von M auf jeden Fall den Besitz und damit die Nutzungsmöglichkeit an dem Wagen erhalten, jedoch hatte F für die Übereignung des Wagens bezahlt und die bloße Gebrauchsmöglichkeit würde gegenüber dem Eigentumserwerb ein Minus und somit einen Vermögensschaden darstellen. Da M nicht Eigentümer des Wagens war und auch von H nicht zur Übereignung ermächtigt war, konnte F das Eigentum an dem Fahrzeug nicht vom Berechtigten gem. § 929 BGB erwerben.

In Betracht kommt jedoch ein gutgläubiger Eigentumserwerb des F gem. § 932 BGB. Dieser ist jedoch ausgeschlossen, wenn die Sache abhandengekommen ist, § 935 BGB. Ein Abhandenkommen liegt dann vor, wenn der Eigentümer oder der Besitztmitter den unmittelbaren Besitz ohne seinen Willen verloren hat. Im vorliegenden Fall war der Wagen in einer Garage untergestellt und der Garagenwächter W hatte auch die Wagenschlüssel. Fraglich ist jedoch, ob W als Besitztmitter oder als Besiztdiener anzusehen ist.

Besiztdiener ist nach § 855 BGB, wer die tatsächliche Gewalt über eine Sache für einen anderen in dessen Haushalt oder Erwerbsgeschäft oder in einem ähnlichen Verhältnis ausübt, vermöge dessen er den sich auf die Sache beziehenden Weisungen des anderen Folge zu leisten hat. Hierfür wird ein nach außen erkennbares Abhängigkeitsverhältnis verlangt, das dem Besitzer zumindest faktisch die Möglichkeit gibt, seinen Willen gegenüber dem Besiztdiener durchzusetzen. Typischerweise geht es um Arbeitnehmer des Besitzers (BAG, NJW 1999, 1049, 1051; K. Schmidt, JuS 2014, 840, 841).

Der Besiztdiener, der die Sache in Händen hält, hat keinerlei Besitz; Besitzer ist nur der Besitzherr (vgl. § 855 BGB). Bei Weggabe der Sache ohne den Willen des Besitzherrn ist daher grundsätzlich ein Abhandenkommen anzunehmen (BGH, V ZR 58/13, Rn 9). Ein Abhandenkommen liegt dagegen nicht

vor, wenn der Besitzdiener zur Weitergabe der Sache befugt ist und sich an die ihm erteilten Weisungen hält. Auch ein – hier wohl anzunehmendes – irrtümliches Abweichen von Weisungen begründet kein Abhandenkommen (BeckOK/Kindl, § 935 Rn 6).

*[Anm.: Sofern von einer Besitzmittlung ausgegangen wird, war W unmittelbarer Besitzer des Autos, während H mittelbarer Besitzer i.S.v. § 868 BGB war. In den Fällen des mittelbaren Besitzes ist für die Frage, ob die Sache abhandengekommen ist, auf den Willen des unmittelbaren Besitzers abzustellen (Grüneberg/Herrler, § 935 Rn 7). W hat hier jedoch den Besitz an dem Fahrzeug willentlich, wenn auch irrtumsbedingt, auf M übertragen. Ein Irrtum begründet jedoch keinen unfreiwilligen Besitzverlust (Grüneberg/Herrler, § 935 Rn 5), so dass die Sache nicht abhanden gekommen i.S.v. § 935 BGB ist.]*

F hat, da er gutgläubig war und ihm die Sache auch von M übergeben wurde, somit gem. §§ 929 S. 1, 932 BGB gutgläubig Eigentum an dem Auto erlangt.

**b) Vermögensschaden wegen gutgläubigen Eigentumserwerbs**

Ein Vermögensschaden könnte jedoch darin bestehen, dass F nicht – wie er glaubte – vom Berechtigten, sondern „nur“ gutgläubig vom Nichtberechtigten Eigentum an dem Auto erworben hat. Fraglich ist, ob der lediglich gutgläubige Eigentumserwerb einen Vermögensschaden i.S.v. § 263 I darstellt.

**[(1) Frühere Rechtsprechung]**

Nach der sog. „Makeltheorie“ stellt sich das lediglich gutgläubig erworbene Eigentum stets als Schaden dar, da ihm gegenüber dem Erwerb vom Berechtigten ein „sittlicher Makel“ innewohne (RGSt 73, 65). Nach dieser Auffassung ist ein Vermögensschaden des F gegeben.

**[(2) Neuere Rechtsprechung]**

Nach einer anderen Ansicht kann das gutgläubig erworbene Eigentum allenfalls als Gefährdungsschaden gewertet werden.

Notwendig sei insoweit eine „konkrete“ Vermögensgefährdung, die mit nachvollziehbaren Kriterien (alsbaldiger Eintritt des endgültigen Schadens, vom Berechtigten nicht mehr kontrollierbare Möglichkeit des endgültigen Vermögensverlustes) ausgefüllt werde. Weiterhin bedürfe es im Falle der Annahme eines Eingehungsbetrugs einer ausreichenden Beschreibung und Bezifferung des täuschungsbedingten Vermögensschadens (BVerfG, 2 BvR 1980/07; BGH, 5 StR 442/11).

Insoweit ist schon überaus fraglich, ob an den bisherigen von dieser Ansicht herangezogenen „Fallgruppen“ festgehalten werden kann, als da sind: Die für den Erwerber hierdurch bestehende Gefahr einer Strafverfolgung (insb. wegen Hehlerei) oder eines Ansehensverlustes in der Umwelt oder eines Herausgabeprozesses (letzteres wohl für den Regelfall aufgegeben, da der im Prozessrisiko liegende Schaden i.S.d. neuen Rspr. des BVerfG nicht bezifferbar sei; BGH, 3 StR 115/11; 2 StR 59/13).

Im vorliegenden Fall ist nach Sachverhalt keine der genannten Gefahren ersichtlich. Auch für einen merkantilen Minderwert oder eine faktische Herausgabepflicht bestehen keine Anhaltspunkte. Ein Vermögensschaden liegt nach dieser Auffassung somit nicht vor.

**[(3) Literatur]**

Eine letzte Ansicht schränkt die Voraussetzungen zum Vorliegen eines Vermögensschadens bei gutgläubigem Eigentumserwerb noch weiter ein und nimmt einen Vermögensschaden nur in Ausnahmefällen an, etwa wenn die Sache zur Weiterveräußerung erworben wird und wegen ihrer Herkunft unverkäuflich ist oder im Falle einer faktischen Herausgabepflicht (TK/Perron, § 263 Rn 111; Eisele, BT II, Rn 612). Auch nach dieser Auffassung wäre ein Vermögensschaden somit nicht gegeben.

**[(4) Stellungnahme]**

Die sog. Makeltheorie ist abzulehnen, da im Rahmen von § 263 nur Vermögensschäden Berücksichtigung finden können und ein lediglich sittlicher Makel keinen solchen darstellt. Nach den Regeln des BGB wurde vollwertiges Eigentum erworben, weshalb schon wegen der Einheit der Rechtsordnung kein Schaden vorliegt. Da die beiden anderen Meinungen zum selben Ergebnis kommen, ist eine weitere Streitentscheidung entbehrlich.

Ein Vermögensschaden des F ist somit nicht gegeben.

**II. Ergebnis**

M hat sich nicht wegen Betrugs gegenüber und zum Nachteil des F strafbar gemacht.

**B. Strafbarkeit des M wegen Betrugs gem. § 263 I gegenüber F und zum Nachteil des H**

Indem M den Jaguar an F verkauft hat, könnte er sich wegen Betruges gem. § 263 I gegenüber F zum Nachteil des H strafbar gemacht haben.

**I. Tatbestand**

**1. Täuschung und Irrtum**

M hat den F über sein Eigentum an dem Auto getäuscht und dieser unterlag auch einem täuschungsbedingten Irrtum (s.o.).

**2. Vermögensverfügung**

F könnte über das Vermögen des H verfügt haben. Durch die Einigung über die Übereignung des Autos hat F gutgläubig Eigentum an diesem erworben, so dass H sein Eigentum an dem Auto verloren hat. Das Verhalten des F hat somit unmittelbar das Vermögen des H gemindert. Da es sich hier jedoch um einen Dreiecksbetrug handelt, ist das Vorliegen eines Näheverhältnisses zwischen dem Verfügenden F und dem Geschädigten H erforderlich. Ein solches Näheverhältnis kann sich vorliegend ausschließlich aus § 932 BGB, also aus der Möglichkeit des gutgläubigen Eigentumserwerbs, ergeben.

Zwar geben die §§ 932 ff. BGB dem gutgläubigen Erwerber tatsächlich die rein faktische Möglichkeit, in das Vermögen des Eigentümers einzugreifen. Dies alleine kann jedoch für die Begründung eines Näheverhältnisses nicht ausreichen (a.A. noch RGSt 64, 228).

Die §§ 932 ff. BGB wurden vom Gesetzgeber nicht mit der Intention geschaffen, eine Eingriffsmöglichkeit in fremdes Vermögen zu begründen; sie dienen ausschließlich dem Schutz des gutgläubigen Dritten (TK/Perron, § 263 Rn 67). Dass dessen Verhalten zu einem Entzug des Eigentums beim Berechtigten führt, ist nur die für einen Schutz des Gutgläubigen zwingend erforderliche Konsequenz. Die aus den §§ 932 ff. BGB resultierende Stellung des gutgläubigen Erwerbers lässt sich deswegen auch nicht mit der Position desjenigen vergleichen, der vom Berechtigten zur Verfügung ermächtigt wurde. Ein Näheverhältnis zwischen F und H besteht folglich nicht.

**II. Ergebnis**

M ist nicht strafbar wegen Betrugs gegenüber F und zum Nachteil des H.

**C. Strafbarkeit des M wegen Hehlerei gem. § 259 I durch den Verkauf des Autos an F**

Eine Strafbarkeit des M gem. § 259 I ist nicht gegeben. Zwar ist der Jaguar taugliches Hehlereiobjekt, da er durch einen Betrug und somit durch eine gegen fremdes Vermögen gerichtete rechtswidrige Tat i.S.v. § 259 I erlangt wurde. Jedoch war M selbst Täter dieses Betruges, so dass es für ihn nicht die Tat eines anderen war. M kann somit nicht Täter einer Hehlerei an dem Wagen sein.

**D. Strafbarkeit des M wegen Unterschlagung gem. § 246 I**

Indem M den Jaguar an F verkauft hat, könnte er sich wegen Unterschlagung gem. § 246 I strafbar gemacht haben.

**I. Tatbestand**

**1. Fremde bewegliche Sache**

Das Auto ist eine für M fremde, bewegliche Sache (s.o.).

**2. Zueignung**

M müsste seinen Zueignungswillen manifestiert haben, d.h. er müsste sich in objektiv erkennbarer Weise eine eigentümerähnliche Stellung angemaßt haben. M hatte hier gegenüber F ausdrücklich behauptet, Eigentümer des Autos zu sein. Auch hat er es veräußert; eine Befugnis, die normalerweise nur dem Eigentümer zusteht. Somit ist eine Manifestation des Zueignungswillens in objektiv erkennbarer Weise eigentlich unabhängig davon gegeben, ob man auf einen vom Zueignungswillen wissenden Beobachter oder auf einen neutralen Beobachter abstellt.

M hatte sich jedoch durch den Betrug gegenüber W das Auto bereits einmal in strafbarer Weise zugeeignet. Fraglich ist ob eine Zweitueignung wie diejenige durch den Verkauf des Autos überhaupt noch eine „wiederholte“ strafbare Unterschlagung darstellen kann.

Grundsätzlich gehen in derartigen Fällen die einen davon aus, dass sich der Täter die gleiche Sache nicht zweimal in sein Vermögen einverleiben kann, weshalb die wiederholte Zueignung dann bereits den Tatbestand des § 246 I nicht mehr erfüllen würde (so die sog. Tatbestandslösung, BGHSt (GrS) 14, 38, 43 f.; LKH, § 246 Rn 7; MK/Hohmann, § 246 Rn 41 Rengier, BT I, § 5 Rn 54). Die anderen bejahen in diesem Fall den Tatbestand – vor allem um Strafbarkeitslücken für Teilnehmer an der Zweitueignung zu schließen – und lassen § 246 I erst auf Konkurrenzebene als mitbestrafte Nachtat zurücktreten (so die sog. Konkurrenzlösung, TK/Bosch, § 246 Rn 19; Eisele, BT II, Rn 262 ff.).

Beide Meinungen gehen jedoch übereinstimmend davon aus, dass die Zweitueignung dann eine eigene Strafwürdigkeit erhält, wenn durch sie der durch die Erstueignung dem Opfer entstandene Schaden noch erweitert und vertieft wird (vgl. BGHSt 16, 280, 282; LKH, § 246 Rn 7; Schumacher/ Schweinberger, JI-Skript Strafrecht BT I, Rn 208). Hier hatte H durch den Betrug des M gegenüber W zunächst nur Besitz und Gewahrsam an dem Jaguar verloren, das Eigentum daran verlor er erst durch den Verkauf des Wagens an F. Somit wurde durch die Zweitueignung im vorliegenden Fall der Schaden noch vertieft, so dass nach allen Meinungen ein strafwürdiges Verhalten in Form einer „erneuten“ Unterschlagung gegeben ist.

**3. Rechtswidrigkeit der Zueignung**

M hatte auch keinen fälligen durchsetzbaren Anspruch auf Zueignung des Wagens, so dass die Zueignung auch rechtswidrig war.

**4. Vorsatz**

M handelte vorsätzlich.

**II. Rechtswidrigkeit und Schuld**

M handelte auch rechtswidrig und schuldhaft.

**III. Ergebnis**

M hat sich durch den Verkauf des Jaguars an F gem. § 246 I strafbar gemacht.

**5. Komplex: Gesamtergebnis und Konkurrenzen**

Wegen der nicht unerheblichen zeitlichen Zäsuren zwischen den einzelnen Handlungen stehen die einzelnen Tatkomplexe und die jeweils durch diese verwirklichten Straftaten zueinander in Tatmehrheit. M ist somit strafbar gem. §§ 263 I; 246 I (am Benzin); 246 I (am Jaguar); 53.

**JI-Skript:**

- \* Schumacher/Schweinberger, JI-Skript Strafrecht BT I, Rn 207 (Wiederholte Zueignung), Rn 323 (Makeltheorie)

**Rechtsprechung:**

- \* BGH, 4 StR 532/15 (Schwarztanken an SB-Tankstelle)
- \* BGH, 4 StR 632/11 (Schwarztanken an SB-Tankstelle)
- \* BGH, 1 StR 337/14 (Schaden beim gutgläubigen Erwerb)

**Klausur:**

- \* Dümmler/Pokorny, JA 2023, 115 (Fortgeschrittenenklausur zum SB-Tanken)
- \* Rönnau/Özcan, JuS 2022, 843 (Fortgeschrittenenklausur [mit § 259, der erst im BT 2 besprochen wird])

**Literatur:**

- \* Schramm, Grundfälle zum Diebstahl, JuS 2008, 678, 773
- \* Ast, Das Einverständnis als Vermögensverfügung – Der „Tankbetrug“ als Benzinunterschlagung, NStZ 2013, 305
- \* Brüning, Zum Gefährdungsschaden beim gutgläubigen Kfz-Erwerb, ZJS 2015, 535 (online frei verfügbar)