Juristischer Studienkurs

Herausgegeben von den Professoren Beuthien, Erichsen und Eser

Albin Eser

Strafrecht IV

Schwerpunkt
Vermögensdelikte

4. Auflage

Verlag C·H·Beck

Juristischer Studienkurs

Herausgegeben von
Prof. Dr. Volker Beuthien, Marburg, Prof. Dr. Hans-Uwe Erichsen, Bochum
und Prof. Dr. Albin Eser, Freiburg i. Br.

Eser, Strafrecht IV

STRAFRECHT IV

Schwerpunkt
Vermögensdelikte

von

Dr. Albin Eser, M. C. J.

o. Professor an der Universität Freiburg i. Br.
Direktor des Max-Planck-Instituts
für ausländisches und internationales Strafrecht

4., überarbeitete und ergänzte Auflage

Verlag C. H. Beck München 1983

CIP-Kurztitelaufnahme der Deutschen Bibliothek

Eser, Albin:
Strafrecht / von Albin Eser. – München: Beck
(Juristischer Studienkurs)
Teilw. im Athenäum-Verl., Frankfurt, Main
4. Schwerpunkt Vermögensdelikte. –4., überarb.
u. erg. Aufl. – 1983.
ISBN 3 406 09728 6

ISBN 3 406 09728 6

Satz und Druck der C. H. Beck'schen Buchdruckerei Nördlingen

In Dankbarkeit und Verehrung

HORST SCHRÖDER †

zum

Gedächtnis

Vorwort zur 4. Auflage

Diese Neuauflage von STRAFRECHT IV meines Studienkurses mußte leider länger auf sich warten lassen, als ursprünglich geplant war. Doch durch meinen Wechsel nach Freiburg, wo zu meiner Lehrtätigkeit an der Universität noch mannigfache Forschungs- und Verwaltungsaufgaben am Max-Planck-Institut hinzukamen, mußten zunächst manche Vorhaben aufgeschoben werden. Dafür bitte ich um Verständnis.

Mit dieser Neuauflage ist STRAFRECHT IV auf den neuesten Stand gebracht, wobei Rechtsprechung und Literatur durchwegs bis Juli 1983 berücksichtigt sind. Größere Änderungen haben sich vor allem im Bereich des Betrugs ergeben: Um der wachsenden Bedeutung der Wirtschaftskriminalität Rechnung zu tragen, ist dieser nunmehr ein eigener Fall gewidmet, und zwar der Ausbildungsförderungs-Fall Nr. 15, bei dem der Subventionsbetrug im Mittelpunkt steht. Damit notwendig gewordene Nummernverschiebungen wurden dadurch ermöglicht, daß der bisherige Abonnement-Fall Nr. 14 in den Melkmaschinen-Fall Nr. 13 eingearbeitet und dabei gestrafft wurde und der bisherige Provisionsvertreter-Fall Nr. 15 auf die Nr. 14 aufgerückt ist. Größere Einschübe – teils mit entsprechender Änderung von Randnummern – ergaben sich beim Kleiderversteck-Fall Nr. 9, beim Haftverschonungs-Fall Nr. 11 sowie beim Fahrtenschreiber-Fall Nr. 19.

Besonderen Dank schulde ich Rechtsreferendar *Bernhard Maué* und Rechtsreferendarin *Ursel Spreng* für redaktionelle Mitarbeit sowie cand. jur. *Ingrid Adler* für das Mitlesen der Korrekturen. Frau *Agnes Bleile* habe ich für das Übertragen von Änderungen und Einschüben in Reinschrift zu danken.

Zu Zielsetzung und Anlage dieses Studienkurses darf ich auf das Vorwort zur 1. Auflage verweisen.

Freiburg i. Br., im September 1983 *Albin Eser*

Aus dem Vorwort zur 1. Auflage

Der Studienkurs STRAFRECHT IV hat seinen Schwerpunkt im Bereich der Vermögensdelikte. In Anlage und Zielsetzung ist er von den gleichen Grundsätzen bestimmt wie STRAFRECHT I und II: Nach induktiver Methode wird durch Analyse höchstrichterlicher Entscheidungen in ein bestimmtes Problemfeld eingeführt und dieses durch vertiefende Hinweise und Ergänzungen in seinen sachlichen Gesamtzusammenhang hineingestellt.

Auf diese Weise will der Studienkurs STRAFRECHT IV vor allem dreierlei erreichen:

- Bereits dem Anfänger soll ein Grundstock wichtiger Entscheidungen aus dem Bereich der Vermögensdelikte vermittelt werden.
- Dem Fortschreitenden soll durch kritische Analyse der methodengerechte Umgang mit Entscheidungsmaterial demonstriet und der Blick für Relevanz und Konsequenz rechtlichen Argumentierens geschärft werden.
- Dem Examenskandidaten soll durch entsprechende Auswahl der Fälle und Erörterungen nochmals ein zusammenfassender Überblick über alle wesentlichen Problembereiche des Vermögensstrafrechts i. w. S. verschafft werden.

Mein herzlicher Dank gilt allen, die in irgendeiner Weise zum Erscheinen dieses Bandes beigetragen haben. Das gilt namentlich für Herrn Dr. *Peter Bringewat*, der einen Teil der Entwürfe miterarbeitet hat. Die Erstellung des Sachregisters lag in den Händen von Herrn *Hans-Günter Grahlmann*.

Das Buch ist dem Gedächtnis meines verehrten Lehrers *Horst Schröder* gewidmet, der am 12. September 1973 durch ein tragisches Geschick mitten aus seinem Leben und Schaffen gerissen wurde. Gerade auch auf den hier behandelnden Bereichen hat er Fruchtbares und Bleibendes zur wissenschaftlichen Durchdringung von Gesetz und Praxis beigetragen.

Bielefeld, im März 1974 *Albin Eser*

Benutzungshinweise

Aufbau: Der Studienkurs STRAFRECHT IV folgt dem gleichen Aufbauschema wie die vorangegangenen Bände, ist also nicht streng systematisch, sondern problemorientiert gegliedert. Die einzelnen Fälle haben durchweg den gleichen Aufbau:

- *Überschrift:* Angabe der im Mittelpunkt des Falles stehenden Themen
- *Fundstelle* und *Sachverhaltsdarstellung*
- *Einführung* in die *Problemstellung* (= P), deren eigenes Durchdenken das Verständnis und die Kontrolle der nachfolgenden Entscheidungsgründe erleichtern soll.
- *„Aus den Gründen":* Abdruck der wesentlichen Entscheidungsgründe durch besondere drucktechnische Hervorhebung; außerdem gekennzeichnet durch Randziffer E. Etwaige Auslassungen sind durch ... kenntlich gemacht. Die fettgedruckten Zahlen in eckigen Klammern, z. B. [43], beziehen sich auf die eingangs angegebene Fundstelle der Entscheidung (z. B. BGHSt 14, 38) und zeigen jeweils den Beginn der betreffenden Seite an, so daß eine genaue Zitierung nach der amtlichen Sammlung möglich ist (z. B. BGHSt 14, 38/43).
- *„Zur Erläuterung und Vertiefung"* (gekennzeichnet durch Randziffer A): Hier beginnt die eigentliche Fallanalyse und Problemvertiefung.
- *Schrifttum:* Hier finden sich die Fundstellen der im Fall erörterten Probleme in den heute gängigen Lehrbüchern und Kommentaren sowie weiterführende Literaturhinweise.

Gesetzeslage und Gesetzesbezeichnungen: Soweit eine Entscheidung noch auf der bis zum 31. 12. 1974 geltenden Fassung des StGB beruht, ist dies durch den Klammerzusatz a. F., gegebenenfalls in Verbindung mit der neuen Vorschrift, gekennzeichnet. Beispiel: § 50 II [a. F.; § 28 I] bedeutet: § 50 II in der bis zum 31. 12. 1974 geltenden Fassung, entspricht § 28 I der seit dem 1. 1. 1975 geltenden Fassung.

Bei §§ ohne nähere Bezeichnung handelt es sich um die Bestimmungen des StGB in der seit dem 1. 1. 1975 geltenden Fassung aufgrund des 2. StrRG bzw. des EGStGB von 1974. Die bis dahin geltende Fassung ist mit a. F. gekennzeichnet.

Zu *sonstigen* Gesetzesbezeichnungen vgl. das Abkürzungsverzeichnis S. 11 ff.

Literatur: Aus den bereits in STRAFR I genannten Gründen wurden auch hier die Literaturhinweise auf ein – hoffentlich noch vertretbares – Minimum beschränkt. Soweit im Text ein *Name ohne nähere Fundstelle* genannt wird, ist diese entweder dem an gleicher Stelle voll zitierten Werk oder den Schrifttumshinweisen am Ende des betreffenden Falles zu entnehmen. Beispiel: Gribbohm, Roxin, Schönke-Schröder § 242 Rn. 4, bedeutet, daß die Fundstelle für Gribbohm und Roxin sich bei Schönke-Schröder bzw. in den Schrifttumshinweisen am Endes des Falles findet.

Rechtsprechung: Für deren Auswahl gilt das zur Literatur Gesagte entsprechend.

- Soweit eine Entscheidung als Ausgangsfall voll abgedruckt ist, findet sich dabei gleichzeitig (soweit vorhanden) eine weitere Fundstelle.
- Soweit eine Entscheidung lediglich in der Problemvertiefung berücksichtigt wurde, ist im Text jeweils nur eine Fundstelle, gegebenenfalls die der amtlichen Sammlung, vermerkt.

Verweisungen: Soweit auf andere Stellen des Studienkurses verwiesen wird, geschieht dies nicht nach Seitenzahlen, sondern nach *Randnummern.* Dabei wird jeweils nur Name bzw. Nummer des betreffenden Falles sowie die einschlägige Randnummer angegeben. Dabei bezieht sich E auf die Entscheidungsgründe, A auf die Problemvertiefung, SV auf den Sachverhalt, P auf die Problemstellung.

- Verweisungen auf jeweils *andere Bände* dieses Studienkurses erfolgen mit: StrafR I, StrafR II, StrafR III. Dementsprechend empfiehlt sich als Zitierweise für den Studienkurs Strafrecht z. B. Eser, StrafR IV Nr. 18 A 12.

Inhaltsübersicht: Aus dem Inhaltsverzeichnis S. 9 f ergibt sich nur ein ganz grober Überblick über die behandelten Probleme. Detaillierte Hinweise finden sich im Sachregister (Anhang).

Der **Schreibrand** möchte als Aufforderung zu „tätigem" Durcharbeiten dieses Studienkurses verstanden sein.

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis XI

Fall-Nr. Hauptstichworte der Thematik

1 System des Vermögensschutzes – Objekt der Eigentumsdelikte – Fremdheit der Sache
BGHSt 6, 377: Dirnenlohn-Fall 1

2 Diebstahl (§ 242) – Wegnahme – Gewahrsamsbegriff – Abgrenzung von Betrug
BGHSt 16, 271: Selbstbedienungs-Fall 11

3 Zueignungsbegriff – Substanz- und Sachwerttheorie – furtum usus – Subsumtionsirrtum
OLG Celle NJW 1967, 1921: Krimi-Fall 23

4 Sichzueignen – Drittzueignung – Rechtswidrigkeit der Zueignung – Selbsthilfeirrtum
BGHSt 17, 87: Moos-raus-Fall 35

5 Unterschlagung (§ 246) – Erneute Zueignung – Straflose Nachtat – Veruntreuung – Verhältnis zu Betrug
BGHSt 14, 38: Inkasso-Fall 45

6 Gebrauchsanmaßung (§§ 248b, 290) – Abgrenzung gegenüber Sachentziehung, Sachbeschädigung (§§ 303–305) und Zueignung
BGHSt 11, 47: Besorgungsfahrt-Fall 55

7 Qualifizierungen (§§ 243, 244) und Privilegierungen (§§ 247, 248a) des Diebstahls und der Unterschlagung
BGHSt 23, 239: Mittagsbande-Fall 63

8 Raub (§ 249) – Gewalt und Drohung – gegenüber einer Person – Zweckbeziehung zwischen Gewaltanwendung und Wegnahme
BGHSt 20, 32: Armbanduhr-Fall 77

9 Räuberischer Diebstahl (§ 252) – Schwerer Raub (§ 250) – Raub mit Todesfolge (§ 251)
BGHSt 21, 377: Kleiderversteck-Fall 87

10 Vermögensdelikte i. e. S. – Schutzgut – Vermögensbegriff – Schadensberechnung
BGHSt 16, 220: Zwellwollhose-Fall 97

11 Struktur des Betrugstatbestandes (§ 263) – Täuschungshandlung – Offenbarungspflicht – Irrtum
OLG Hamburg NJW 1969, 335: Hotelgast-Fall 109

12 Vermögensverfügung – Kausalität zwischen Irrtum und Schädigung – Drittschädigende Verfügung – Abgrenzung Diebstahl und Betrug
BGHSt 14, 170: Hafterschleichungs-Fall 121

13 Vermögensschädigung – „Individueller Schadenseinschlag" – Vermögensgefährdung – Sonstige Schadenstypen – Vollendungsproblematik
BGHSt 16, 321: Melkmaschinen-Fall 131

14 Bereicherungsabsicht – Vermögensvorteil – „Stoffgleichheit" – Rechtswidrigkeit der Vermögensverschiebung
BGHSt 21, 384: Provisionsvertreter-Fall 147

15 Subventionsbetrug (§ 264) – Kreditbetrug (§ 265b) – Versicherungsbetrug (§ 265) – Leistungserschleichung (§ 265a)
OLG Karlsruhe NJW 1981, 1383: Ausbildungsförderungs-Fall 155

16 Erpressung (§ 253) – Räuberische Erpressung (§ 255) – Verhältnis zum Raub
BGHSt 14, 386: Taxi-Fall 163

17 Untreue (§ 266) – Mißbrauchstatbestand – Treubruchtatbestand – Veräußerung von Sicherungseigentum
BGHSt 5, 61: Tabaksteuer-Fall 173

18 Hehlerei (§ 259) – Mitwirkung an der Vortat – Begünstigung (§ 257)
BGHSt 13, 403: Aluhandel-Fall 187

19 Urkundendelikte – insbes. Urkundenfälschung (§ 267) – Fälschung technischer Aufzeichnungen (§ 268) – Urkundenunterdrückung (§ 274)
OLG Stuttgart NJW 1978, 715: Fahrtenschreiber-Fall 203

20 Öffentliche Urkunden – Mittelbare Falschbeurkundung (§§ 271–273) – Falschbeurkundung im Amt (§ 348) – Mißbrauch von Ausweispapieren (§ 281) – Geldfälschung (§§ 146–152)
OLG Köln NJW 1967, 742: Postanweisungs-Fall 223

Sachregister 235

Abkürzungsverzeichnis

Die in diesem Studienkurs verwendeten Abkürzungen entsprechen durchweg dem heute allgemein üblichen Gebrauch, so wie sie bei H. Kirchner, Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache, 2. Aufl., 1968, wiedergegeben sind. Nachfolgend sind daher nur zusätzliche sowie solche Abkürzungen aufgeführt, die nicht ohne weiteres als bereits bekannt vorausgesetzt werden können.

A	Angeklagter, bzw. bezieht sich auf Fallanalyse und Problemvertiefung
a. A.	anderer Ansicht
abl.	ablehnend
abw.	abweichend
AE	Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches, herausgegeben von J. Baumann u. a., 1958ff
a. E.	am Ende
a. F.	alte Fassung; falls ohne sonstige Angabe, bezogen auf die bis zum Inkrafttreten des 2. StrRG bzw. EGStGB (1. 1. 1975) geltende Fassung
and.	anders
Angekl (A)	Angeklagter
AO	Abgabenordnung
Arzt III	Arzt, Gunther, Strafrecht, Bes. Teil, Lehrheft 3 Vermögensdelikte, 1978
Arzt/Weber IV	Arzt, Gunther/Weber, Ulrich, Strafrecht, Bes. Teil, Lehrheft 4 Wirtschaftsstraftaten, Vermögensdelikte, Fälschungsdelikte, 1980
Baumann	Baumann, Jürgen, Strafrecht, Allg. Teil, 8. Aufl. 1977
BeschwF	Beschwerdeführer
Blei I	Blei, Hermann, Strafrecht I, Allg. Teil, 17. Aufl. 1977
Blei II	Blei, Hermann, Strafrecht II, Bes. Teil, 12. Aufl., 1983
Bockelmann I, II/1, II/2	Bockelmann, Paul, Strafrecht, Allg. Teil (I), 3. Aufl. 1979, Bes. Teil/1: Vermögensdelikte (II/1), 2. Aufl. 1982; Bes. Teil/2: Delikte gegen die Person (II/2), 1977
BR-Drs.	Bundesrats-Drucksache (zitiert nach Nr. und Seite)
BT-Drs.	Bundestags-Drucksache (zitiert nach Wahlperiode u. Seitenzahl)
Bruns-FS	Festschrift f. H. J. Bruns, 1978
BVerfG(E)	Bundesverfassungsgericht (Entscheidungen des)
BVerfGG	Bundesverfassungsgerichtsgesetz
BWaffG	Bundeswaffengesetz
Cramer, Vermögensbegriff	Cramer, Peter, Vermögensbegriff und Vermögensschaden im Strafrecht, 1968
DAR	Deutsches Autorecht (zitiert nach Jahr und Seite)
D-Tröndle	Dreher-Tröndle, Strafgesetzbuch, Kurzkommentar, 41. Auflage, 1983
Dreher-FS	Festschrift f. E. Dreher, 1977
DRiZ	Deutsche Richterzeitung (zitiert nach Jahr und Seite)
DRZ	Deutsche Rechtszeitschrift (zitiert nach Jahr und Seite)
DStR n. F.	Deutsches Strafrecht neue Folge, 1934ff (zitiert nach Jahr und Seite)
E	bezieht sich auf den Abdruck der Entscheidungsgründe
EdelMetG	Gesetz über den Verkehr mit Edelmetallen, Edelsteinen und Perlen
Engisch, Einführung	Engisch, Karl, Einführung in das juristische Denken, 7. Aufl. 1977
Engisch-FS	Festschrift f. K. Engisch zum 70. Geburtstag, 1969
EGStGB	Einführungsgesetz zum Strafgesetzbuch, vom 2. 3. 1974
E 62	Entwurf eines Strafgesetzbuches mit Begründung, 1962
FS	Festschrift
G	Gesetz oder Gericht

GA	Goltdammer's Archiv für Strafrecht (ab 1953 ff zitiert nach Jahr und Seite)
Gallas-FS	Festschrift f. Wilhelm Gallas zum 70. Geburtstag, 1973
GedS	Gedächtnisschrift
GenBA	Generalbundesanwalt
Göhler	Göhler, OWiG, Kommentar, 6. Aufl. 1980
grdl.	grundlegend
grds.	grundsätzlich
GS	Der Gerichtssaal (zitiert nach Jahr u. Seite)
GSSt	Großer Senat für Strafsachen
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz
Haft II	Haft, Strafrecht, Bes. Teil, 1982
Heinitz-FS	Festschrift f. E. Heinitz zum 70. Geburtstag, 1972
Henkel-FS	Grundfragen der gesamten Strafrechtswissenschaft, Festschrift f. H. Henkel zum 70. Geburtstag, 1974
Hirschberg, Vermögensbegriff	Hirschberg, Rudolf, Der Vermögensbegriff im Strafrecht, 1934
Honig-FS	Göttinger Festschrift f. R. M. Honig, 1970
i. d. R.	in der Regel
i. E./i. Erg.	im Ergebnis
i. gl. S.	im gleichen Sinne
i. S. v.	im Sinne von
Jescheck	Jescheck, Lehrbuch des Strafrechts, Allg. Teil, 3. Aufl. 1978
JGG	Jugendgerichtsgesetz
JMBlNRW	Justizministerialblatt des Landes Nordrhein-Westfalen (zitiert nach Jahr u. Seite)
JW	Juristische Wochenschrift (zitiert nach Jahr u. Seite)
KMR	Müller-Sax, Kommentar zur StPO, 7. Aufl. 1980
Kohlrausch-FS	Probleme der Strafrechtserneuerung, Festschrift f. E. Kohlrausch, 1944
Kohlrausch-Lange	Kohlrausch-Lange, StGB, 43. Aufl., 1961
Krey II	Krey, Volker, Strafrecht, Bes. Teil, Bd. 2 Vermögensdelikte, 5. Aufl. 1982
Kriminalistik	Kriminalistik, Zeitschrift f. die gesamte kriminalistische Wissenschaft und Praxis (zitiert nach Jahrg. [Jahr], Seite)
L	Leitsatz
Lackner	Lackner, Strafgesetzbuch mit Erläuterungen, 15. Aufl., 1983
Lange-FS	Festschrift f. R. Lange, 1976
LK (LK^9)	Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, 9. Aufl. 1970–74 ohne Zusatz: 10. Aufl. 1978/ff
LM	Lindenmaier-Möhring, Nachschlagwerk des BGH
Löwe-Rosenberg	Löwe-Rosenberg, Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Großkommentar, 23. Aufl. 1976 ff
Maiwald, Zueignungsbegriff	Maiwald, Manfred, Der Zueignungsbegriff, 1970
Maurach AT	Maurach, Strafrecht, Allg. Teil, 4. Aufl., 1971
M-Zipf I/1	Maurach-Zipf, Strafrecht, Allg. Teil, Teilband 1, 6. Aufl., 1983
M-Gössel-Zipf I/2	Maurach-Gössel-Zipf, Strafrecht, Allg. Teil, Teilband 2, 5. Aufl. 1978
Maurach BT	Maurach, Strafrecht, Bes. Teil, 6. Aufl., 1977 mit Nachtrag I (1970) u. II (1971)
M. Schroeder II/1	Maurach-Schroeder, Strafrecht, Bes. Teil, Teilband 1, Straftaten gegen Persönlichkeits- und Vermögenswerte, 6. Aufl., 1977
M-Schroeder II/2	Maurach-Schroeder, Strafrecht, Bes. Teil, Teilband 2, Straftaten gegen Gemeinschaftswerte, 6. Aufl. 1981
Maurach-FS	Festschrift f. R. Maurach zum 70. Geburtstag, 1972
H. Mayer AT	Mayer, Hellmuth, Strafrecht Allg. Teil, 1953
H. Mayer-FS	Beiträge zur gesamten Strafrechtswissenschaft, Festschr. f. H. Mayer zum 70. Geburtstag, 1965
MDR	Monatsschrift für deutsches Recht (zitiert nach Jahr und Seite)

MDR/D	BGH bei Dallinger MDR
MDR/H	BGH bei Holtz MDR
Merkel II	Merkel, Adolf, Kriminalistische Abhandlungen II Abt. 1, Die Lehre vom strafbaren Betruge, 1867
Mezger	Mezger, Strafrecht, 3. Aufl., 1949
Mezger-FS	Festschrift für E. Mezger zum 70. Geburtstag, 1954
MRK	Europäische Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten von 1950
m. (w.) N.	mit (weiteren) Nachweisen
Müller-Dietz	Müller-Dietz, Heinz (Hrsg.), Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik, 1971
Naucke, Betrug	Naucke, Zur Lehre vom strafbaren Betrug, 1964
Naucke, Einführung	Naucke, Strafrecht, Eine Einführung, 4. Aufl. 1982
NdsRpfl.	Niedersächsische Rechtspflege (zitiert nach Jahr und Seite)
n. F.	neue Fassung
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht (zitiert nach Jahr und Seite)
OGHSt	Oberster Gerichtshof für die britische Zone (Entscheidungen in Strafsachen), zitiert nach Bd. u. Seite
Otto I, II	Otto, Harro, Grundkurs Strafrecht: Allg. Strafrechtslehre (I), 2. Aufl., 1982; Die einzelnen Delikte (II), 1977
Otto, Vermögensschutz	Otto, Harro, Die Struktur des strafrechtlichen Vermögensschutzes, 1970
P	Zur Problemstellung
Peters-FS	Einheit und Vielfalt des Strafrechts, Festschrift f. K. Peters zum 70. Geburtstag, 1974
Preisendanz	Preisendanz, Strafgesetzbuch, Lehrkommentar, 30. Aufl., 1978
Radbruch-GedS	Gedächtnisschrift f. G. Radbruch, 1968
Rev(G)	Revision(sgericht)
RMG	Entscheidung des Reichsmilitärgerichts
Roxin, Einführung	Roxin-Stree-Zipf-Jung, Einführung in das neue Strafrecht, 2. Aufl., 1975
Roxin, Täterschaft	Roxin, Claus, Täterschaft und Tatherrschaft, 3. Aufl., 1975
Rpfleger	Der deutsche Rechtspfleger (zitiert nach Jahr u. Seite)
Rspr (st.)	Rechtsprechung (ständige)
RW	Rechtswidrigkeit
Samson I, II	Samson, Erich, Strafrecht I, 4. Aufl. 1980, II, 3. Aufl. 1980
SchlHA	Schleswig-Holsteinischer Anzeiger (zitiert nach Jahr u. Seite)
Schmidhäuser I	Schmidhäuser, Allg. Teil, Studienbuch, 1982
Schmidhäuser II	Schmidhäuser, Strafrecht, Bes. Teil. Grundriß, 1980
Eb. Schmidt-FS	Festschrift f. Eb. Schmidt zum 70. Geburtstag, 1961
SJZ	Süddeutsche Juristenzeitung (zitiert nach Jahr u. Spalte)
S/S-(Bearbeiter)	Schönke-Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 21. Aufl., 1981; neubearbeitet von Lenckner, Cramer, Eser, Stree
Schönke-Schröder	Schönke-Schröder bis zu der von Schröder betreuten 17. Auflage, 1974
Schröder-GedS	Gedächtnisschrift für H. Schröder, 1978
Schröder, Urteilsanmerkungen	Schröder, Horst, Urteilsanmerkungen, 1970
SchwG	Schwurgericht
SK	Rudolphi-Horn-Samson-Schreiber, Systematischer Kommentar zum StGB, Bd. I, Allg. Teil, 3. Aufl. (Loseblatt) ab 1981; Bes. Teil 2. Aufl. (Loseblatt) ab 1980
StA	Staatsanwalt(schaft)
StrafR I, II, III	Eser, Albin, Studienkurs, Strafrecht I (3. Aufl. 1980), II (3. Aufl. 1980), III (2. Aufl. 1981)
Stratenwerth	Stratenwerth, Günter, Strafrecht, Allg. Teil I, Die Straftat, 3. Aufl. 1981
StrK	Strafkammer
StrRG	Strafrechtsreformgesetz
StS	Strafsenat
StV	Strafverteidiger (zitiert nach Jahr u. Seite)

SubvG	Subventionsgesetz
SV	Sachverhalt
TB, TBM	Tatbestand, Tatbestandsmäßigkeit
UnedMetG	Gesetz über den Verkehr mit unedlen Metallen
UWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
VRS	Verkehrsrechtssammlung (zitiert nach Band u. Seite)
v. Weber-FS	Festschrift f. H. v. Weber zum 70. Geburtstag, 1963
Welzel	Welzel, Hans, Das deutsche Strafrecht, Ein Lehrbuch, 11. Aufl., 1969
Welzel-FS	Festschrift f. H. Welzel zum 70. Geburtstag, 1974
Wessels I, II/1, II/2	Wessels, Johannes, Strafrecht AT (I), 12. Aufl. 1982; BT-1: Straftaten gegen Persönlichkeits- und Gemeinschaftswerte (II/1), 6. Aufl. 1982; BT-2: Straftaten gegen Vermögenswerte (II/2), 6. Aufl. 1983
WiKG	Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität
Würtenberger-FS	Festschrift f. Th. Würtenberger, 1977
ZAkDR	Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht (zitiert nach Jahr u. Seite)
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik (zitiert nach Jahr und Seite)
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (zitiert nach Band [Jahr], Seite)
zust.	zustimmend

System des Vermögensschutzes – Objekt der Eigentumsdelikte – Fremdheit der Sache

BGHSt 6, 377: Dirnenlohn-Fall

3 StR 485/52 vom 7. 5. 1953 = NJW 1954, 1292

SV **Sachverhalt:** Der A lernte bei einem Gaststättenbummel die Dirne D kennen und kam mit ihr überein, daß sie sich gegen Vorauszahlung von 5 DM zum Geschlechtsverkehr hingebe. Nachdem A ihr das Geld gegeben hatte, kam es in einem Trümmerkeller zum Verkehr. Doch gleich darauf tat es dem A leid, dafür 5 DM gezahlt zu haben. Deshalb forderte er die D zur Rückgabe des Geldes auf. Als diese darauf nicht eingehen, sondern den Keller verlassen wollte, hielt er sie an der Hand fest. Im Laufe der weiteren Auseinandersetzungen setzte er ihr einen Kugelschreiber, mit dem Schreckplatzpatronen entzündet werden können, auf die Brust und drohte ihr, sie zu erschießen. Gleichzeitig entriß er ihr mit Gewalt das Geld, das sie noch in ihrer zusammengeballten Faust gehalten hatte, und verließ den Keller.

P **Zur Problemstellung:** Daß hier sowohl die Nötigungs- wie auch die Wegnahmekriterien des *Raubes* (§ 249) vorlagen, stand außer Frage. Auch hatte die StrK festgestellt, daß A glaubte, das Geld gehöre bereits der D, sei für ihn also eine fremde Sache. Trotzdem meinte die StrK, nicht wegen vollendeten, sondern nur wegen *versuchten* Raubes bestrafen zu können.

– Worin könnte diese Auffassung begründet sein? Die StrK ging davon aus, daß das Geld im Zeitpunkt der Wegnahme tatsächlich noch dem A gehört habe. Ist dies zutreffend?

– Nach welchen Kriterien ist generell die *Fremdheit* der Sache bei Eigentumsdelikten (und demzufolge auch bei § 249) zu bestimmen?

E 1 **Aus den Gründen: [378]** „Diese Frage ist nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts zu entscheiden. Danach kann es keinem Zweifel unterliegen, daß die ‚Vereinbarung' des A mit der D über die Gewährung des Beischlafs gegen ein Entgelt von 5 DM nach § 138 I BGB sittenwidrig und deshalb nichtig war.

2 **[379]** Entscheidend ist, ob diese Rechtsfolge auch das unmittelbar nachfolgende Erfüllungsgeschäft erfaßte. Regelmäßig haftet der bloßen Übergabe eines Geldbetrages, verbunden mit der stillschweigenden Einigung über den Eigentumswechsel nach § 929 BGB, nichts Sittenwidriges an. Das dingliche Erfüllungsgeschäft ist deshalb wirksam, worauf auch die Vorschrift des § 817 BGB hindeutet. Diese Vorschrift regelt Rückforderungsansprüche für die Fälle, in denen die Gültigkeit des Erfüllungsgeschäfts mit Rücksicht auf seinen selbständigen – sog. abstrakten – Charakter von der Nichtigkeit des sitten- oder gesetzwidrigen Grundgeschäfts nicht berührt wird.

Hier war auch keine der Ausnahmen gegeben, die nach der Rechtslehre und Rechtsprechung bei Nichtigkeit des Verpflichtungsgeschäfts zugleich die Unwirksamkeit der dinglichen Leistung zur Folge haben. Ein solcher Zusammenhang ist anzunehmen, wenn die Vertragsschließenden gerade die Wirksamkeit der dinglichen Vermögensverschiebung von der Wirksamkeit des ihr zugrunde liegenden Verpflichtungsgeschäftes abhängig machen wollten, oder aber, wenn gerade der dingliche Vorgang als solcher unsittlich ist, z. B. wenn er in der Übereignung des gesamten Vermögens eines Geschäftsinhabers besteht ...

Für das Vorliegen der ersten Ausnahme spricht nichts; entgegen der Ansicht des LG ist auch nicht anzunehmen, daß gerade die Übergabe der 5 DM als solche unsittlich war. Der Tatrichter hat einen solchen Sittenverstoß in der Übergabe des Geldes gesehen, weil er überzeugt war, daß nach den gesamten Umständen die Empfängerin des Geldes wegen der Zahlung der 5 DM zum Geschlechtsverkehr bereit war. Dabei hat er nicht gewürdigt, daß die Übergabe eines Geldscheines regelmäßig keine Beziehung zur Sittenordnung aufweist. Daß auf Grund dieser Leistung dem A der Geschlechtsgenuß gewährt werden sollte, beruhte nur darauf, daß nach den stillschweigenden Vereinbarungen der Parteien der A *vorleistungspflichtig* war. Diese Abrede über die Vorauszahlung gehörte zum Verpflichtungsgeschäft. Sie bewirkte nicht, daß der Vorgang **[380]** der Zahlung als solcher ein unsittliches Gepräge erhielt. Daran ändert auch nichts, daß die Vereinbarung zwischen den Beteiligten über die entgeltliche Gewährung des Geschlechtsverkehrs und die Zahlung des Dirnenlohnes unmittelbar aufeinander folgten. Der Grundsatz, daß die Nichtigkeit des Verpflichtungsgeschäftes regelmäßig die Gültigkeit der dinglichen Leistung nicht berührt, erleidet also auch hier keine Ausnahme.

E 3 Daraus folgt, daß die Ansicht des LG, der A habe mit der Übergabe des Geldscheines der D kein Eigentum an dem Gelde verschafft, nicht richtig ist. War sie Eigentümerin, so

E entwendete er ihr eine Sache, die ihm nicht gehörte. Da er dabei Gewalt gegen die Eigentümerin anwandte, sie auch zugleich bedrohte, daß ihr Leben auf dem Spiel stehe, wenn sie das Geld nicht zurückgebe, und da er mit dem Vorsatz handelte, fremdes Geld zu entwenden, so durfte er nicht wegen versuchten, sondern mußte wegen vollendeten Raubes verurteilt werden."

A 1 **Zur Erläuterung und Vertiefung:** Im Mittelpunkt dieser Entscheidung stand an sich ein ganz spezielles Problem: die *Fremdheit* des Diebstahlobjektes (II). Doch ist damit zugleich ein Kernbegriff der Eigentumsdelikte und dadurch ein Angelpunkt des Vermögensstrafrechts angesprochen. Denn im Grunde bedarf es jeweils nur geringfügiger Variierungen des Geschehens, um sich einen Überblick über die verschiedenartigen Vermögensdelikte zu verschaffen. Dies erscheint gerade auch im Hinblick auf praktische Fallbearbeitungen empfehlenswert; denn wenn man sich einmal die *Grundstruktur* des Vermögensstrafrechts klar gemacht hat, ist auch der Einstieg in spezielle TB-probleme der Eigentumsdelikte leichter (I).

2 **I. Die Struktur des Vermögensstrafrechts.**

Der Schutz von Vermögenswerten, um die es in diesen und den nachfolgenden Fällen vorwiegend geht, ist im geltenden Strafrecht in einer Vielzahl *unterschiedlichster Tatbestände* vertypt. Angefangen von dem vorliegend in Frage stehenden Diebstahl bzw. Raub reicht er über Unterschlagung, Betrug, Erpressung, Untreue, Wilderei, Hehlerei, Gebrauchsentwendung bis hin zu Sachbeschädigung und Brandstiftung. Diese Delikte heben sich jedoch nicht erst durch ihre verschiedenartigen *Handlungsmodalitäten* (Wegnahme, Täuschung, Nötigung oder Treuebruch usw.) voneinander ab, sondern lassen sich bereits im Hinblick auf ihr je eigenes *Schutzgut* in verschiedenen Gruppen zusammenfassen. Ohne hier bereits auf teils recht diffizile Abgrenzungsfragen einzugehen, kann sowohl von dem je spezifischen Schutzgut wie auch von den verschiedenen Handlungsmodalitäten her im wesentlichen schon folgende Grobaufteilung vorgenommen werden. Dafür ist zunächst einmal folgende **Grundunterscheidung** wichtig:

3
- *generell vermögensbezogene* Delikte einerseits: Vermögensdelikte i. e. S. (A 17ff),
- *speziell gegenstandsbezogene* Delikte andererseits: Eigentumsdelikte (A 4ff), und
- *sonstige spezialisierte* Vermögensdelikte (A 22ff).

4 **A. Eigentumsdelikte.** Zur Gruppe der *speziell gegenstandsbezogenen* Delikte gehören fraglos der hier vorliegende *Raub* (§ 249) und darin eingeschlossen auch der *Diebstahl* (§ 242), darüber hinaus aber auch noch *Unterschlagung* (§ 246) und *Sachbeschädigung* (§ 303).

5 **1.** Das allen Delikten dieser Gruppe gemeinsame **Schutzgut** ist das *Eigentum* an einer *bestimmten Sache*. Und zwar geht es dabei weniger um deren wirtschaftlichen Wert sondern primär um den Schutz der Rechtsmacht, die dem Eigentümer aufgrund seiner *formalen* Herrschaftsposition über die Sache zusteht. Diese Position ist jedoch nur insofern ‚formal', als sie nicht nach materiell-wirtschaftlichen Kriterien (wie beim Vermögen i. w. S.), sondern durch spezifisch *sachenrechtliche* Zuordnung begründet wird. Deshalb kann die Funktion des Eigentumschutzes letztlich durchaus darin erblickt werden, das ‚Eigenbeherrschungs- und Eigenverwertungsinteresse' des Eigentümers zum Zwecke seiner personalen Selbstverwirklichung zu gewährleisten (vgl. Sax, Lauf-ke-FS 321/32ff; in einem ähnlich ‚personalistischen' Eigentumsverständnis auch Maiwald, Zueignungsbegriff 89ff).

5a Dementsprechend hat auch vorliegend der BGH die eigentumsmäßige Zuordnung des Geldes allein nach den Eigentumsregeln des BGB bestimmt (E 1). Ist also allein dieser sachenrechtlich-formale Maßstab entscheidend, so muß konsequenterweise das Eigentum vor dem deliktischen Zugriff Dritter selbst dann geschützt sein, wenn es nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten wertlos oder wegen des Makels seiner sittenwidrigen Erlangung gar schutzunwürdig erschiene. Dies wurde speziell gegenüber den Vermögensdelikten i. e. S. (A 17ff) im Kölner Dirnenlohn-Fall OLG Köln MDR 1954, 695 klargestellt.

6 **2.** Allerdings können neben dem Eigentum als dem gemeinsamen Schutzgut dieser Deliktsgruppe auch noch **weitere Rechtsgüter** mitgeschützt sein. Daraus ergibt sich folgende Differenzierung:

7 a) Um **reinen Eigentumsschutz** geht es im Grunde nur bei *Sachbeschädigung* (§§ 303, 305) und *Unterschlagung* (§ 246). Dabei geht letztere durch das „egoistische" Moment der Zueignung bereits über die „nihilistische" Zielsetzung bei bloßer Sachzerstörung hinaus (vgl. Lampe GA 1966, 225f).

A 7a – In Abwandlung des vorliegenden Falles wäre etwa nur Sachbeschädigung gegeben, wenn A aus Enttäuschung über die D dieser den 5-DM-Schein wieder weggenommen und zerrissen hätte, Unterschlagung dagegen, wenn ihm die D aus Freude über das gemeinsame Erlebnis das Geld gegeben hätte, um es gemeinsam zu verbrauchen, A jedoch damit verschwunden wäre.

8 b) Demgegenüber wird beim *Diebstahl* (und seinen verschiedenen Abwandlungen) bereits eine gewisse Doppelspurigkeit sichtbar: indem nämlich die Zueignung gerade durch Bruch fremden Gewahrsams erfolgt. Dadurch soll hier über das Eigentum hinaus zugleich auch der **Gewahrsam** geschützt sein.

– Eine solche *doppelte Schutzrichtung* des Diebstahls, wie sie heute fast allgemein angenommen wird (vgl. aber demgegenüber Dreher § 247 Rn. 5 und S/S-Eser § 242 Rn. 1, § 247 Rn. 9) und namentlich bei Familiendiebstahl (§ 247) praktisch werden kann (vgl. Kleiderschrank-Fall BGHSt 10, 400), tritt vorliegend jedoch nicht in Erscheinung. Doch würde dies etwa dann evident, wenn als Vertragspartner des A ein Zuhälter der D aufgetreten wäre und D für Z das Geld in Empfang genommen hätte: Dann wäre sowohl Z als Eigentümer wie auch die D als Gewahrsamsinhaberin des Geldes verletzt.

9 c) Dadurch daß A das Geld mit Drohung und Gewalt weggenommen und damit einen *Raub* (§ 249) begangen hat, ist über das Eigentum hinaus die **Willensfreiheit** der D verletzt.

– Durch die darin liegende Kombination von Nötigung (§ 240) und Diebstahl (§ 242) erweist sich der Raub als zweiaktiges Delikt, was namentlich bei Konkurrenzfragen von Bedeutung sein kann.

10 d) Während bei den zuvor genannten Delikten der Eigentumsschutz im Vordergrund steht, gibt es umgekehrt auch Deliktsgruppen, die primär an anderen Schutzgütern ausgerichtet sind, aber **mittelbar** auch dem Schutz des **Eigentums** dienen können:

– so etwa *gemeingefährliche Delikte*, wie Beschädigung öffentlicher Sachen (§ 304), Brandstiftung (§§ 306ff, insbes. § 308 I 1. Alt.), Sprengstoffdelikte (§§ 311ff),

– oder *Verkehrsdelikte*, bei denen durch Beeinträchtigung der Verkehrssicherheit zugleich auch fremde Sachwerte gefährdet werden (§§ 315ff).

11 3. **Handlungsmodalitäten.** Die vorangehende Aufgliederung nach dem betroffenen Schutzgut verfeinert sich noch weiter, wenn man auch die unterschiedlichen *Begehungsweisen* und *Täterabsichten* mit in den Blick nimmt.

a) Danach sind zunächst sowohl die **reinen Sachentziehungen** wie auch die **reinen Sachbeschädigungen** auszugliedern; denn bei diesen erschöpft sich die Eigentumsverletzung in einem einseitig *negativen* Akt (vgl. Studentenmütze-Fall BGH MDR 1982, 810).

12 b) Soweit dieser Entziehungsakt zum Zwecke der Sachverschiebung erfolgt: nämlich Entziehung der fremden Sache, um sie dem eigenen Vermögen einzuverleiben, spricht man von **Aneignungsdelikten.** Bei diesen gleichsam zweiseitigen Delikten wird der *negative* Akt der Eigentumsentziehung auf Seiten des Opfers mit dem *positiven* Akt der Aneignung auf Seiten des Täters gekoppelt.

– Die strukturell einfachste Form der Aneignung besteht in der *Unterschlagung* (§ 246): in der – durch eine beliebige Handlung betätigten – Zueignung einer fremden beweglichen Sache.

13 – Eine demgegenüber bereits *spezialisierte* Form der Aneignung stellt der *Diebstahl* (§ 242) dar: Hier wird die Zueignungsabsicht speziell durch Wegnahme der in fremdem Gewahrsam befindlichen Sache verwirklicht. Daraus ergibt sich die bereits erwähnte Doppelspurigkeit von gewahrsamsbezogener Wegnahme einerseits und eigentumsbezogener Zueignung andererseits. Der Diebstahl ist nun seinerseits Grunddelikt verschiedenartiger **Abwandlungen:**

14 c) In **strafschärfender** Richtung finden sich:

– *Unselbständige Straferschwerungsgründe* in Form von Regelbeispielen: so der „besonders schwere Fall des Diebstahls" nach § 243 (Mittagsbanden-Fall Nr. 7 A 11ff);

– *Abschließende* (aber *unselbständige*) Qualifizierungen: Waffen- und Bandendiebstahl nach § 244 (ebenso Nr. 7 A 44ff);

– *Verselbständigte* Abwandlungen bei Verwirklichung der Wegnahme mittels Nötigung: Raub nach § 249 (Armbanduhr-Fall Nr. 8); dieser ist seinerseits wiederum durch weitere Qualifizierungen verschärft (Nr. 9 A 23ff);

– sowie das *raubähnliche Sonderdelikt* des „räuberischen Diebstahls" (§ 252): so etwa, wenn vorliegend der A einen nacheilenden Zuhälter mit Gewalt abgewehrt hätte (Kleiderversteck-Fall Nr. 9).

A 15 d) **Privilegierungen** des Diebstahls:
– *Haus- und Familiendiebstahl* (§ 247),
– *Diebstahl und Unterschlagung geringwertiger Sachen* nach § 248a (ersetzt die frühere „Notentwendung" nach § 248a a. F. bzw. den „Mundraub" nach § 370 I Nr. 5 a. F.). Vgl. Mittagsbanden-Fall Nr. 7 A 68ff.

16 e) An **sonstigen** Angriffen auf das Eigentum wären etwa noch die diebstahlsähnliche *Entziehung elektrischer Energie* (§ 248c) sowie landesrechtliche Feld- und Forstschutztatbestände zu nennen.

Die Eigenart dieser *gegenstandsbezogenen* Eigentumsdelikte wird noch deutlicher, wenn man sie einer anderen Hauptgruppe von Vermögenstatbeständen gegenüberstellt:

17 **B. Vermögensdelikte i. e. S.** Im Unterschied zu den Eigentumsdelikten, wo das Objekt in einem ganz bestimmten Gegenstand, wie hier in den von A weggenommenen 5 DM besteht, geht es bei den Vermögensdelikten i. e. S. weniger um den Schutz eines Einzelgegenstandes als vielmehr um das *Vermögen als wirtschaftliches Ganzes.*

18 1. Wichtigstes Beispiel dafür ist der **Betrug** (§ 263). Sicherlich kann auch dort die Absicht des Täters auf die Erlangung eines bestimmten Gegenstandes gerichtet sein. Die eigentliche Rechtsgutverletzung wird jedoch nicht so sehr in der Beeinträchtigung der formalen Eigentümerposition in bezug auf die betroffene Sache, sondern darin erblickt, daß das Opfer eine Vermögenseinbuße erleidet. Ausschlaggebend sind daher nicht rechtlich-formale Zuordnungs-, sondern *materiell-wirtschaftliche* Bewertungskriterien. Daher wäre bei Abschwindelung des Dirnenlohns die im Kölner Fall (A 5a) erörterte Frage nach dem wirtschaftlichen Wert sittenwidrig erlangter Gegenstände durchaus am Platz (vgl. Zellwollhose-Fall Nr. 10 A ff).

19 2. Entsprechendes gilt für die **Erpressung** (§ 253), wo – statt durch Täuschung – das Opfer mittels Nötigung zu einem Vermögensschaden veranlaßt wird, und für *Untreue* (§ 266), wo der Vermögensschaden durch Verfügungsmißbrauch oder Treubruch herbeigeführt wird. Neben dem Vermögen können aber dabei auch andere Schutzgüter mitbetroffen sein: vgl. Nr. 16 A 1ff bzw. Nr. 17 A 6.

20 3. Trotz gewisser Strukturunterschiede wird schließlich auch die **Vermögensgefährdung** durch Ausbeutung menschlicher Schwächen oder Notlagen – Glücksspiel (§§ 284 bis 286) bzw. Wucher (§ 302a) – zu den Vermögensdelikten zu rechnen sein.

21 4. Eine gewisse Zwitterstellung nimmt hingegen die **Hehlerei** (§§ 259, 260) ein. Zwar ist diese als Anschlußtat deliktischer Erwerbstatbestände jeweils auf eine bestimmte Sache gerichtet, weist also insofern einen speziellen Gegenstandsbezug aus; doch bewirkt sie andererseits auch die Perpetuierung eines rechtswidrigen Vermögenszustandes. Zum ganzen Otto, Vermögensschutz 90ff, 263ff sowie Aluhandel-Fall Nr. 18 A 7ff.

21a 5. Auch die **Urkundendelikte** (§§ 267–282) lassen sich i. w. S. zu den Vermögensdelikten rechnen. Doch handelt es sich dabei allenfalls um *mittelbaren* Vermögensschutz. Vgl. Fahrtenschreiber-Fall Nr. 19 A 2.

22 C. Straftaten gegen **sonstige spezialisierte Vermögenswerte.** Mit den bisher aufgeführten Tatbeständen sind zwar die beiden wichtigsten Gruppen: die (speziell gegenstandsbezogenen) Eigentumsdelikte einerseits und die (generell vermögensbezogenen) echten Vermögensdelikte andererseits, vorgestellt. Doch damit ist der strafrechtliche Schutz von Vermögenswerten noch keineswegs erschöpft. Denn teils unter dem (wenig aussagekräftigen) Stichwort „strafbarer Eigennutz" (25. Abschn. des StGB), teils unter anderen Abschnitten verstreut, finden sich Tatbestände, in denen zwar auch spezielle Rechte oder Positionen vor deliktischen Eingriffen geschützt werden sollen (und die insofern eher den Eigentums- als den Vermögensdelikten nahestehen), in denen aber die betroffenen Rechte nicht die „Vollkraft" des Eigentums besitzen (und insofern daher noch nicht völlig aus dem allgemeinen Vermögensbegriff „emanzipiert" sind). Um hier nur die wichtigsten Schutztatbestände zugunsten sonstiger spezialisierter Vermögenswerte zu nennen:

23 1. Gegen rechtswidrige **Gebrauchsanmaßung** sind Kraftfahrzeuge (§ 248b) und Pfandgegenstände (§ 290) geschützt. Schutzgut ist dabei jeweils das Recht des Gebrauchsberechtigten, über die Benutzung der betroffenen Sache zu bestimmen, und zwar ungeachtet der daran bestehenden Eigentumsverhältnisse. Das heißt: für den Fall, daß Eigentümer und Gebrauchsberechtigter nicht identisch sind (z. B. bei einem Leihwagen), ist primär geschützter Rechtsgutträger nicht der Eigentümer, sondern der Gebrauchsberechtigte. Vgl. Besorgungsfahrt-Fall Nr. 6 A 3, 7.

A 24 2. Auch bei *Wilderei* (§§ 292ff) geht es nicht um den Schutz von Eigentum. Denn da Getier in freier Wildbahn herrenlos ist und demgemäß noch in niemandes Eigentum steht, kann lediglich das sog. **Aneignungsrecht** des Jagdberechtigten geschützt werden.

25 3. Ferner sind bestimmte **Sicherungs-** und **Vollstreckungsrechte** geschützt: so gegen Vollstreckungsvereitelung (§ 288), Pfandkehr (§ 289) und Konkursverbrechen (§§ 283–283d).

26 D. Welche **Folgerungen** lassen sich aus der vorangegangenen Übersicht namentlich auch für die **praktische Fallbearbeitung** ziehen?

1. Vermögen, Eigentum und sonstige vermögenswerte Positionen sind *weder in totaler noch in uniformer Weise geschützt.* Vielmehr bestehen grundlegende Unterschiede zwischen dem Schutz des Vermögens als wirtschaftlicher Gesamtheit einerseits und sonstigen Rechten (Eigentum, Aneignungsrecht, Gebrauchsberechtigung usw.) andererseits.

26a – Zwischenfrage: Was spricht *für* eine derartige Auffächerung eines im Endziel eigentlich doch gleichgerichteten Schutzzweckes: Die größere plakative Warnungsfunktion kasuistischer Tatbestandsbilder? Die tat- und tätergerechtere Erfassung der sozialen Wirklichkeit? – Was spricht *dagegen:* Die Unübersichtlichkeit? Die starre Ausrichtung an einem möglicherweise anfechtbaren Eigentumsbegriff bzw. die Differenzierung nach vordergründigen psychologischen Momenten: z. B. Zueignungsabsicht einerseits, Bereicherungsabsicht andererseits? Grundlegend zu diesen *Reformfragen* insbes. Baumann JZ 1972, 1, Lampe in Müller-Dietz, 59ff. und Otto, Vermögensschutz, insbes. 342ff.

27 2. Angesichts der tatbestandlichen Aufgliederung des Vermögensstrafrechts nach Schutzgut und Handlungsmodalität empfehlen sich in **Fallbearbeitungen** zum Aufdekken einschlägiger Tatbestände folgende Fragen:

a) *Schutzgutfrage:* Wurde durch die Tat ein *bestimmter Gegenstand* betroffen?

– Wenn ja, so kommt ein Eigentums- oder sonstiges spezialisiertes Vermögensdelikt in Betracht.

– Wenn nein, so wird zu fragen sein, ob durch den deliktischen Angriff das Vermögen in seiner *Gesamtheit* berührt wurde: Ist dies zu bejahen, so liegt ein Vermögensdelikt i. e. S. (insbes. Betrug, Erpressung, Untreue) nahe.

28 b) *Modalitätsfrage.* Sind nach der Schutzgutsprüfung die grundsätzlichen Weichen gestellt, so ist zu fragen: auf welche *Weise* und mit welcher *Absicht* wurde das Schutzgut verletzt?

– Hierzu hat nun die eigentliche Auslegungsarbeit an den einzelnen Tatbestandsmerkmalen einzusetzen.

29 c) *Konkurrenzfrage.* Ergibt sich, daß mehrere Schutzgüter auf verschiedene Weise verletzt wurden, so ist spätestens auf Konkurrenzebene das Verhältnis der einzelnen Tatbestände zueinander zu bestimmen (allg. dazu StrafR II Nr. 49). Doch bleibt dabei immer zu beachten, inwieweit sich bestimmte Tatbestände nicht bereits auf TBebene gegenseitig ausschließen. Vgl. dazu namentlich Inkasso-Fall Nr. 5 A 16ff, Hafterschleichungs-Fall Nr. 12 A 39ff und Taxi-Fall Nr. 16 A 1ff, 19f.

30 3. Welche Fälle der Verletzung von Vermögenswerten bleiben nach alledem **strafrechtlich unbewehrt,** so daß sie von vornherein außer acht bleiben können?

– Die bloße *Besitzstörung* i. S. von § 858 BGB;

– die schlichte *Sachentziehung* (ohne Beschädigung, Zueignung oder Benutzung der Sache); allerdings ist de lege ferenda dafür ein Tatbestand vorgesehen (vgl. E 1962 § 251);

– der sog. *furtum usus* (Gebrauchsentwendung), es sei denn, es handelt sich um Kraftfahrzeuge (§ 248b) oder Pfandsachen (§ 290). Freilich bleibt zu beachten, daß nicht selten bloßer furtum usus angenommen wird, wo in Wirklichkeit ein Diebstahl vorliegt (vgl. Besorgungsfahrt-Fall Nr. 6 A 19ff).

31 **II. Tatobjekt der Eigentumsdelikte: „fremde bewegliche Sache".**

Doch nunmehr zurück zum vorliegenden *Dirnenlohn-Fall.* Da das Handeln des A auf die Zueignung eines speziellen Gegenstandes, nämlich die vorausgeleisteten 5 DM gerichtet war, kommt unzweifelhaft nur ein Eigentumsdelikt in Betracht. Wie schon der Name sagt, ist dieser Deliktsgruppe zumindest ein zentrales Schutzgut gemeinsam: das *Eigentum.* Was aber ist damit eigentlich gemeint: die betroffene körperliche Sache? Oder ein abstraktes Rechtsinteresse?

A 32 A. Um dies zu beantworten, wird eine Differenzierung wichtig, die sich auch bei anderen Delikten findet: die Unterscheidung zwischen **Rechtsgut** und **Tatobjekt.**

– Obgleich durch Diebstahl oder Unterschlagung handgreiflich nur ein *körperlicher Gegenstand* betroffen wird, ist dieser doch nicht das eigentliche Schutzgut, sondern lediglich das Handlungs- oder *Tatobjekt,* durch dessen Wegnahme oder Zueignung sich die Eigentumsverletzung äußerlich manifestiert.

33 – Geschütztes *Rechtsgut* dagegen ist das *Eigentum* an der Sache, und zwar i. S. der Herrschaftsbeziehung, die durch die Rechtsordnung dem Eigentümer über die Sache eingeräumt ist. Näher zum Verhältnis von Rechtsgut und Tatobjekt M-Zipf § 19 II A, Schmidhäuser 5/24ff (wobei freilich bei letzterem das Rechtsgut schon sehr weitgehend zu einem spiritualisierten Achtungsanspruch verflüchtigt ist).

33a Welche Bedeutung hat diese Unterscheidung für die *praktische Auslegungsarbeit?*

– Für die klausurmäßige TB-Prüfung genügt regelmäßig die Feststellung, daß das Handlungsobjekt die tatbestandlichen Voraussetzungen erfüllt und in der vom Gesetz umschriebenen Weise tangiert wurde, kurz: bei Diebstahl der Täter eine fremde bewegliche Sache in rechtswidriger Zueignungsabsicht weggenommen hat. – Insofern tritt bei der TB-Prüfung lediglich das Handlungsobjekt, nicht dagegen das Rechtsgut des Diebstahls in Erscheinung.

33b – Immerhin kann aber auch das Rechtsgut als Schutzzweck des TB mittelbar Bedeutung erlangen, und zwar dadurch, daß die Auslegung mehrdeutiger TBmerkmale (z. B. Fremdheit) regelmäßig nach dem zu schützenden Rechtsgut auszurichten ist (vgl. StrafR I Nr. 3 A 13). Insofern muß bei Subsumierung des TBobjektes das betroffene Rechtsgut zumindest mitbedacht werden.

34 **B.** Was nun speziell das *Tatobjekt der Eigentumsdelikte* anbelangt, haben diese – trotz jeweiliger Unterschiede in den Handlungsmodalitäten – doch durchweg das gleiche Objekt zum Gegenstand: eine **fremde bewegliche Sache.** Daher können die nachfolgenden Erörterungen sowohl für Diebstahl, Raub und Unterschlagung wie auch für Sachbeschädigung und fremdschädigende Brandstiftung (§ 308 I 1. Alt.) Geltung beanspruchen:

35 **1. Sache:** Wie bei § 90 BGB sind auch hier unter Sachen *körperliche Gegenstände* zu verstehen. Daß darunter vorliegend auch das Metallstück bzw. der Papierschein des weggenommenen Geldes fällt, erscheint auf den ersten Blick selbstverständlich. Indes:

36 a) **Wertsummenproblem:** Könnte hier von Bedeutung sein, daß es dem A keineswegs auf das Papier, sondern auf die darin verkörperte geldwerte *Forderung* ankam, Forderungen und sonstige Rechte aber nach ganz h. M. nicht Gegenstand des Diebstahls sein können? Die sich daraus ergebende Frage, ob das Objekt der Eigentumsdelikte allein in der körperlichen Sache oder aber in dem darin verkörperten Wert zu erblicken ist, wird neuerdings vor allem in den Fällen eigenmächtigen Geldwechselns oder Warenaustausches aufgeworfen. *Beispiele:* Der Kassierer wechselt entgegen einem ausdrücklichen Verbot einen 10 DM-Schein gegen 10 Markstücke aus; der eilige Kunde nimmt eigenhändig eine Zigarettenpackung aus dem Regal und hinterläßt den entsprechenden Geldbetrag.

36a Sieht man das Schutzobjekt weniger in der körperlichen Sache als in dem darin verkörperten *Wert,* so ist in den Beispielsfällen trotz Entziehung der Sache ein Eigentumsdelikt zu verneinen, weil die Wertsumme für den Eigentümer die gleiche geblieben ist (näher S/S-Eser § 242 Rn. 4a, Gribbohm NJW 1968, 240; ebenso hinsichtlich Geld OLG Celle NJW 1974, 1833, Ebel JZ 1983, 182ff, Roxin H. Mayer-FS 469ff; vgl. auch Nr. 4 A 25f).

36b – Aber: Ist dies Auffassung – die noch sehr umstritten ist (vgl. Sax Laufke-FS 321ff), jedoch wohl zu Recht zu einer Materialisierung des Eigentumsbegriffs tendiert – für den vorliegenden Fall letzlich überhaupt relevant? Nein; denn A hat der D ja sowohl das körperliche Papier als auch den darin verkörperten Geldwert entzogen. Deshalb bleibt zu beachten, daß der Streit um das „Wertsummenkriterium" nur dort akut wird, wo dem Eigentümer lediglich der Wertgehalt entzogen wird, die körperliche Sache dagegen bei ihm verbleibt.

37 b) Abgesehen von dem vorerwähnten Wertsummenproblem soll es im übrigen jedoch grundsätzlich auf den **wirtschaftlichen** Wert der Sache *nicht* ankommen (vgl. Scheckformular-Fall BGH VRS 62, 274). Warum nicht? Weil Diebstahl nur auf (formale) Zueignung und nicht auf (materielle) Bereicherung abstelle (vgl. auch Samson SK § 242 Rn. 91ff). Demzufolge hat beispielsweise RGSt 51, 98 in Brotkartenabschnitten, die objektiv gar nicht mehr zum Bezug berechtigten, ein geeignetes Diebstahlsobjekt erblickt.

A 37a – Gewisse *Ausnahmen* von der Unbeachtlichkeit des wirtschaftlichen Wertes werden jedoch bei *Sachbeschädigungen* (§ 303) gemacht. Eine solche soll nach h. M. jedenfalls dann zu verneinen sein, wenn an dem Gegenstand weder ein vermögensrechtliches noch ein Affektionsinteresse besteht (M-Schroeder II/1 § 33 III 2: Schutz der wirtschaftlichen Brauchbarkeit). Wäre aber Entsprechendes nicht auch bei Aneignungsdelikten anzunehmen? Vgl. dazu S/S-Eser § 242 Rn. 4b, aber auch Maiwald, Zueignungsbegriff 120ff und Sax aaO (A 36b). Zumindest wird es in derartigen Fällen regelmäßig an der Absicht rechtswidriger Zueignung fehlen.

38 2. Ungeachtet jener Wertigkeitsproblematik muß aber der weggenommene Gegenstand auf jeden Fall ein **körperlicher** sein. In welchem *Aggregatzustand* er sich befindet, ist dabei gleichgültig. Deshalb hat **RGSt 44, 335** in *Heizdampf*, der aus einer fremden Zentralheizung abgeleitet und nach Durchlauf durch den Heizkörper des Täters wieder in jene zurückgeleitet wurde, zu Recht eine „Sache" i. S. von § 242 erblickt, letztlich dann aber doch eine „Zueignung" bezweifelt, da nicht klargestellt war, ob der Dampf unverbraucht (dann strafloser furtum usus) oder verbraucht zurückkam (dann Zueignung nach Sachwerttheorie).

– Wie ist danach Entziehung von *elektrischer Energie* zu behandeln? Da es auf den Aggregatzustand nicht ankommt, käme auch dafür an sich § 242 in Betracht. Da jedoch das RG, die Stofflichkeit der Elektrizität verkennend, deren Sachnatur verneint hat (**RGSt 29, 111**), wurde im Jahre 1900 der Sondertatbestand des **§ 248c** geschaffen.

39 3. Indes ist aber der Zustand der Sache nicht völlig unerheblich: Sie muß **beweglich** sein. Ob dies der Fall ist, richtet sich nicht nach den Beweglichkeitskriterien der §§ 91ff. BGB; entscheidend ist vielmehr, daß sie *tatsächlich* fortbewegt werden kann. Auf *Teile* von unbeweglichen Sachen trifft dies jedenfalls von dem Zeitpunkt an zu, in dem sie sich von selbst gelöst haben (Fallobst) oder zwecks Wegnahme losgelöst wurden (abgeerntetes Obst); vgl. etwa OLG Gera HESt 2, 296 zu ausgebrochenen Goldzähnen.

– Bleiben danach *unbewegliche* Gegenstände ungeschützt? Nein; denn hinsichtlich Grund und Boden greifen § 274 I Nr. 2 bzw. hinsichtlich Bauwerken §§ 304f, 306ff ein.

40 – *Praktischer* Hinweis: Bei der Körperlichkeit und Beweglichkeit des Gegenstandes handelt es sich um Kriterien, die nur selten problematisch werden und daher nur in Ausnahmefällen einer eingehenderen Subsumtion bedürfen. Dagegen ist ein normatives Kriterium, das auch im Dirnenlohn-Fall im Mittelpunkt stand, von größerer praktischer Bedeutung:

41 4. Die **Fremdheit der Sache.** Fremdheit ist ein Beziehungsbegriff: Für den Täter ist die Sache eine fremde, wenn sie im (Allein- oder Mit-)Eigentum eines anderen steht.

a) Nach welchen *Kriterien* ist die Fremdheit zu bestimmen? Nach heute h. M. weder nach einem besonderen *strafrechtlichen* Eigentumsbegriff noch nach etwaigen *wirtschaftlichen* Faktoren, sondern allein nach den **bürgerlichrechtlichen** Vorschriften des Sachenrechts (Samson SK § 242 Rn. 10f). Insofern ist den zutreffenden Ausführungen zur Wirksamkeit der Übereignung des Geldes von A an die D nichts hinzuzufügen (E 1ff). Zur Fremdheit bei *bedingter* Übereignung instruktiv der Dirnenlohn-Fall OLG Saarbrücken NJW 1976, 65f.

– Indes: Wird diese starre Bindung an das Sachenrecht noch den modernen Formen wirtschaftlich eigentumsgleicher Inhaberschaft von Sachen gerecht? So etwa bei Vorbehalts- und Treuhandeigentum? Vgl. dazu Baumann JZ 1972, 1/4, Lampe in Müller-Dietz 59/63ff, Otto II § 40 II 4.

42 b) Soweit man von der Abhängigkeit des strafrechtlichen Fremdheitsbegriffes vom sachenrechtlichen Eigentumsbegriff ausgeht, sind demgemäß namentlich auch folgende Gegenstände *geschützt:*

43 – Sachen, auf die dem Täter an sich ein *Übereignungs-* oder *Kondiktionsanspruch* zusteht: Daher nimmt eine fremde Sache weg, wer einen Kauf durch eigenmächtige Wegnahme vollziehen will (allerdings kann es dann an der RW der Zueignung fehlen; vgl. Moos-raus-Fall Nr. 4 A 17, 22ff) oder wer (wie hier) eine wirksam übereignete Sache wegen Unwirksamkeit des Grundgeschäfts wieder zurückholen will (vgl. Wessels II/2 § 2 II 3).

44 – Sachen, die lediglich im *Miteigentum* des Täters stehen, ihm also nicht allein gehören:

– Sachen im *Gesamthandeigentum:* Geschäftswagen der OHG, an der der Täter beteiligt ist; Nachlaßgegenstände; Gesamtgut einer Gütergemeinschaft (beachte aber in

A einem solchen Fall § 247). Selbst bei Eigentum einer *Ein-Mann-GmbH* wird von dieser rein sachenrechtlichen Betrachtung keine Ausnahme gemacht (vgl. Samson SK § 242 Rn. 11): Demgemäß wurde in RGSt 71, 355 der Alleininhaber einer GmbH des Diebstahls von Gesellschaftseigentum für schuldig befunden. – Indes: Wird dieser Formalismus wirklich noch den faktischen Zuordnungsverhältnissen gerecht? Für Gleichsetzung von Alleingesellschafter und Gesellschaft zu Recht bereits Schönke-Schröder § 242 Rn. 7 und Otto II § 40 II 4a.

45 b) Umgekehrt: In welchen Fällen ist demnach die Fremdheit der Sache zu verneinen und damit ein Eigentumsdelikt ausgeschlossen? Hier sind drei Sachgruppen zu unterscheiden:

aa) Sachen, die im ausschließlichen Eigentum des Täters stehen. Das gilt sowohl für *verpfändete* als auch für *sicherungshalber* übernommene oder unter *Eigentumsvorbehalt* verkaufte Sachen. Würde also ein Sicherungsnehmer das Treugut weiterverkaufen, wäre er allenfalls wegen Untreue (§ 266) strafbar; doch ist auch das umstritten (vgl. Tabaksteuer-Fall Nr. 17, insbes. A 21, 41f, 61).

46 bb) Unstreitig nicht geschützt sind dagegen *herrenlose* Sachen. So namentlich derelinquierte Gegenstände, wilde Tiere (hier aber Schutz des Aneignungsrechts des Jagdberechtigten nach §§ 292ff; vgl. A 24).

– Nicht herrenlos hingegen (und daher geschützt) sind verlorene, verlegte oder vergessene Sachen. Hier wird bei rechtswidriger Aneignung aber meist nur Unterschlagung und nicht Diebstahl in Betracht kommen.

47 cc) Ein Eigentumsdelikt scheidet natürlich auch bei solchen Objekten aus, *die in niemandes Eigentum stehen können:* atmosphärische Luft, freifließendes Wasser und namentlich der menschliche Körper; das gilt auch für die Leiche, es sei denn, daß sie durch Übertragungsakt des „Verfügungsberechtigten" etwa der Anatomie übergeben wurde (vgl. RGSt 64, 313, Samson SK § 242 Rn. 16). Zum Schutz menschlicher Leichen vgl. im übrigen auch § 168.

48 c) In *Fallbearbeitungen* ist ähnlich wie bei der Körperlichkeit und Beweglichkeit der Sache (A 40) auch ihre Fremdheit nur dann näher zu erörtern, wenn diese nicht ohne weiteres auf der Hand liegt. So im vorliegenden Fall, wo das Grundverhältnis wegen Sittenwidrigkeit unwirksam war. Doch hat der BGH wegen der Abstraktheit der Übereignung i. E. zu Recht Eigentum der D angenommen (E 2) und daher folgerichtig Fremdheit des von A weggenommenen Geldes bejaht (E 3).

– Für den Regelfall hingegen wird durchweg schon die Feststellung genügen: „Der T hat eine dem A gehörende, für ihn also fremde Sache weggenommen".

– Ist der Eigentümer nicht bekannt, die Sache aber unzweifelhaft nicht herrenlos, so reicht die Feststellung: „Die Sache war für den T fremd, weil sie weder herrenlos war noch ihm allein gehörte".

– Lediglich bei Privilegierungen aufgrund eines bestimmten *Verwandtschaftsverhältnisses* zwischen Täter und Eigentümer (§ 247) wird eine ausdrückliche Benennung des Eigentümers notwendig sein.

49 **III. Sonstige Fragen** zum vorliegenden Fall.

1. Vorangehend wurde lediglich das allen Eigentumsdelikten gemeinsame *Tatobjekt* umschrieben. Dieses Bild ist zwangsläufig unvollständig, da die verschiedenen Eigentumsdelikte erst durch die unterschiedlichen *Handlungsmodalitäten* ihr jeweiliges Eigengepräge erhalten. Dies wird in den nachfolgenden Fällen zu demonstrieren sein.

A 50 2. Hier jedoch noch eine Frage zur **subjektiven** Tatseite: Gesetzt den Fall, daß A (ebenso wie die StrK) geglaubt hätte, das der D hingegebene Geld sei niemals wirksam übereignet worden, habe also noch ihm gehört: wie wäre dieser Irrtum zu behandeln? Als Subsumtionsirrtum über ein normatives Tatbestandsmerkmal? Näher dazu Finanzierungsbüro-Fall StrafR II Nr. 36.

51 3. Zur **Raub**problematik (Bedrohung mit einem Platzpatronenkugelschreiber) näher Armbanduhr-Fall Nr. 8.

Schrifttum: Zur **Struktur der Vermögensdelikte i.w.S.** vgl. u.a. *Arzt* III A; *Heimann-Trosien* LK 1 ff vor § 242; *Kohlrausch-Lange*, Vorbem. I–III zu § 242; *Blei* II § 50; *M-Schroeder* II/1 § 31; *Otto* II §§ 38, 39; *Schmidhäuser* II 11/1–5; *Welzel* § 46; *Wessels* II/2 vor § 1. Vgl. ferner *Baumann*, Über die notwendigen Veränderungen im Bereich des Vermögensschutzes, JZ 1972, 1; *Lampe*, Eigentumsschutz im künftigen Strafrecht, in: *Müller-Dietz* 59ff; *Maiwald*, Der Zueignungsbegriff im System der Eigentumsdelikte, 1970; *Otto*, Die Struktur des strafrechtlichen Vermögensschutzes, 1970; *Sax*, Bemerkungen zum Eigentum als strafrechtlichem Schutzgut, Laufke-FS, 1971, S. 321 ff.

Allg. zum **Diebstahl** vgl. *Arzt* III C; *Bockelmann* II/1 § 3; *Blei* II §§ 52, 53; *Haft* II § 20; *Krey* II § 1 II; *M-Schroeder* II/2 § 34 I–III; *Otto* II § 40; *Schmidhäuser* II 8/13–30; *Welzel* § 46; *Wessels* II/2 § 2 sowie die Kommentare zu § 242.

Speziell zum *Dirnenlohn-Fall* BGHSt 6, 377 *Kohlhaas* LM Nr. 14 zu § 242 StGB.

Diebstahl (§ 242) Wegnahme – Gewahrsamsbegriff – Abgrenzung von Betrug

BGHSt 16, 271: Selbstbedienungs-Fall

2 StR 289/61 vom 6. 10. 1961 = NJW 1961, 2266

SV **Sachverhalt:** Der A entnahm in einem Selbstbedienungsladen aus einem Regal ein Päckchen Zigaretten im Werte von 1,75 DM, legte es jedoch nicht in den Einkaufskorb, sondern steckte es in seine Hosentasche. Dabei wurde er von einer Verkäuferin (V) beobachtet und an der Kasse vom Filialleiter (F) gestellt, der ihm die Zigaretten wieder abnahm.

P **Zur Problemstellung:** Was zunächst überrascht: wie kommt ein derartiger Bagatellfall überhaupt zum BGH? Der A war wegen „Mundraubes" nach § 370 I Nr. 5 a. F. (jetzt § 248a) zu einer Geldstrafe verurteilt worden; hiergegen hatte er Revision beim OLG eingelegt, weil er glaubte, daß die Entwendung nicht vollendet gewesen und deshalb, weil Verbrauchsmittelentwendung zur Tatzeit nur eine Übertretung war, nicht strafbar sei. (Dagegen gilt heute die Versuchsstrafbarkeit des § 242 II auch für § 248a).

– Woran könnte es für die *Vollendung* fehlen? Versteht man unter „Wegnahme" bei den DiebstahlsTBen den „Bruch fremden und Begründung neuen Gewahrsams" (A 12), so stellt sich hier die Frage, ob A möglicherweise deshalb noch keinen neuen Gewahrsam begründen konnte, weil er beim Einstecken beobachtet wurde und sein weiteres Verfügen über die Ware daher (wie tatsächlich geschehen) jederzeit verhindert werden konnte. So wurde in der Tat Gewahrsamsbegründung von OLG Hamm NJW 1961, 328 verneint.

– Das OLG Köln hingegen, an das die vorliegende Sache durch die Revision des A gelangt war, wollte dennoch Vollendung der Wegnahme bejahen. Womit ließe sich das begründen? Worin sind überhaupt die entscheidenden *Wegnahme*kriterien zu sehen?

Der BGH, an den die Sache zur Entscheidung über die widersprechenden Auffassungen der beiden OLGe im Wege des Vorlageverfahrens (§ 121 GVG) gelangt ist, führt zur *Wegnahme*problematik aus:

E1 **Aus den Gründen: [272]** „Die Wegnahme einer Sache und damit beim Vorliegen der übrigen Tatbestandsmerkmale der Diebstahl oder der Mundraub ist vollendet, sobald der Gewahrsam des bisherigen Inhabers an der Sache aufgehoben und diese in die tatsäch-
2 liche Verfügungsmacht des Diebes gelangt ist. Das kann, wie in der Rspr. unangefochten anerkannt ist, der Fall sein, ohne daß die Sache von ihrem bisherigen Aufbewahrungsort entfernt wird und ohne daß die vom Täter begründete Sachherrschaft **[273]** gesichert ist. Auch eine nur ganz vorübergehende Sachherrschaft ist Gewahrsam. Hiervon geht er-
3 sichtlich auch das OLG Hamm [NJW 1961, 328] aus. Weil Heimlichkeit kein Wesensmerkmal des Diebstahls ist, erkennt es ferner an, daß eine vollendete Wegnahme trotz Beobachtung des Täters vorliegen kann. Es will der Beobachtung aber dann eine die Gewahrsamsbegründung ausschließende Wirkung verleihen, wenn sie ‚so anhand und aus solcher Nähe' geschieht, daß der Gewahrsamsinhaber oder andere für ihn jederzeit ohne Schwierigkeiten die Verfügungsgewalt über die Sache betätigen können. Der Täter soll dann selbst an Gegenständen, die er in die Taschen seiner Kleider steckt, nur scheinbar Gewahrsam erlangen, da der Berechtigte jederzeit in der Lage sei, die Gegenstände wieder an sich zu nehmen. Diese Auffassung beruht auf einer Verkennung des Gewahrsamsbegriffes.

4 Gewahrsam ist zwar tatsächliche Sachherrschaft. Ob sie vorliegt, hängt aber nicht in erster Linie, jedenfalls nicht allein von der körperlichen Nähe zur Sache und nicht von der physischen Kraft ab, mit der die Beziehung zur Sache aufrechterhalten wird oder auf-
5 rechterhalten werden kann. Vielmehr kommt es für die Frage der Sachherrschaft entscheidend auf die Anschauungen des täglichen Lebens an. Der Gewahrsamsbegriff ist wesentlich durch die Verkehrsauffassung bestimmt, eine Ansicht, die wiederholt bereits in Entscheidungen des RG zum Ausdruck gekommen ist (vgl. u. a. RGSt 43, 10/3; 50, 183; RG GA 48, 311). Sie allein rechtfertigt die Annahme, daß ein Bauer Gewahrsam an seinem auf dem Feld zurückgelassenen Pflug behält, mag auch sein Hof weit entfernt liegen und der Pflug dem Zugriff eines körperlich kräftigeren und näher wohnenden Nachbarn unmittelbar offen stehen. Das gleiche gilt für Haustiere, die sich vorübergehend von dem Anwesen ihres Herren entfernt haben. Der Wohnungsinhaber auf Reisen bleibt Gewahrsamsinhaber nicht nur gegenüber Dritten, sondern auch im Verhältnis zu der die Woh-
6 nung bewachenden Hausangestellten. Zweifellos weist die Verkehrsauffassung auch dem, der einen Gegenstand in der Tasche seiner **[274]** Kleidung mit sich trägt, regelmäßig

E Gewahrsam zu, weil eine intensivere Herrschaftsbeziehung zur Sache kaum denkbar ist,
7 vor allem der Ausschluß anderer besonders deutlich zum Ausdruck kommt. Sicher gilt das nicht uneingeschränkt; wiederum nach der Verkehrsauffassung ergeben sich Ausnahmen. Wenn die Hausfrau der Hausangestellten Einkaufsgeld mitgibt oder den Auftrag erteilt, ein kleines Haushaltsgerät zur Reparatur abzugeben, so behält sie Gewahrsam am Geld oder Gerät; die Hausangestellte hat allenfalls Mitgewahrsam. Das liegt daran, daß die Hausangestellte in ihrer Beziehung zur Sache von der Hausfrau nicht nur abhängig ist, sondern auch abhängig sein will. Zueignungsabsicht ist aber das gerade Gegenteil dieses Abhängigkeitswillens. Steckt also der Täter in einem Selbstbedienungsladen einen Gegenstand in Zueignungsabsicht in seine Kleidung, so schließt er allein durch
8 diesen tatsächlichen Vorgang die Sachherrschaft des Bestohlenen aus und begründet eigenen ausschließlichen Gewahrsam. Eine etwaige Beobachtung ändert an der Vollziehung des Gewahrsamswechsels nichts. Diebstahl ist keine heimliche Tat. Die Beobachtung, mag sie nun zufällig oder planmäßig, anhaltend oder nur vorübergehend sein, und eine körperliche Unterlegenheit des Täters oder seine Bereitschaft zur Rückgabe geben dem Bestohlenen lediglich die Möglichkeit, den ihm bereits entzogenen Gewahrsam wiederzuerlangen.

9 Nichts anderes kann gelten, wenn der Täter in einem Selbstbedienungsladen Waren in
10 Zueignungsabsicht in eine von ihm mitgeführte Hand-, Einkaufs-, Akten- oder ähnliche Tasche gesteckt hat. Zwar muß nicht notwendig in dem bloßen, den Abtransport vorbereitenden Einpacken des Diebesguts in eine derartige Tasche die Begründung eigenen Gewahrsams durch den Dieb erblickt werden, wie der vom 4. StS in BGH NJW 1960, 542 entschiedene Fall zeigt. Dort hatte der Täter nach Einbruch in eine Gastwirtschaft zunächst mehrere Sachen in seine Aktentasche gesteckt, hatte sich dann aber schlafen gelegt und war so am nächsten Morgen hinter der Theke aufgefunden worden. Damit sind aber die tatsächlichen Umstände bei einer Entwendung in einem Selbstbedienungsladen nicht vergleichbar. Der Täter bereitet hier **[275]** nicht erst durch Verpacken der Waren ihre Mitnahme vor, sondern das Einstecken dient zugleich dem Verbergen vor möglichen Beobachtern, weil der Täter hofft, alsbald ungehindert den Laden verlassen zu
11 können. Damit aber bringt er die Waren, mag er beobachtet werden oder nicht, in ebensolcher Weise in seinen ausschließlichen Herrschaftsbereich, wie beim Einstecken in seine Kleidung. Der Senat vermag deshalb der in OLG Düsseldorf NJW 1961, 1368 für diesen Fall vertretenen Auffassung ebenfalls nicht zu folgen.

12 Das OLG Hamm beruft sich in NJW 1961, 328 auf die Rspr. des RG und des BGH **[276].** In RG GA 69, 102 ist allerdings ein vollendeter Gewahrsamsbruch verneint worden, weil die Diebe von Wächtern beobachtet worden waren, ‚die in unmittelbarster und nicht unterbrochener Ausübung des Gewahrsams des Eigentümers die Kartoffeln zum Schutz gegen die Diebe beaufsichtigt hatten ... und alsbald zur Aufrechterhaltung dieses Gewahrsams ... mit dem Erfolg eingeschritten waren, daß sie zwar nicht jede Diebestätigkeit verhindern, aber doch den Gewahrsam als solchen schließlich noch aufrechtzuerhalten vermochten.' Diese Entscheidung betrifft indessen umfangreiches und schweres Diebesgut, das die Diebe auf einem umschlossenen Hof in Säcke gefüllt hatten und noch über eine Umschließungsmauer schaffen mußten. Es fehlte also noch an der engen Beziehung zur Sache, die mit dem Einstecken in die Kleidung verbunden ist. Der Eigentümer konnte seine Herrschaftsgewalt durch die von ihm angestellten zugriffsbereiten Wächter noch unmittelbar ausüben, hatte also seine Sachherrschaft noch nicht eingebüßt. Hierin und nicht in der Tatsache der Beobachtung liegt der wirkliche Grund für diese Entscheidung ...

13 **[277]** Später hat das RG dann anscheinend geglaubt, den Entscheidungen GA 69, 102 und RGSt 66, 394 den allgemeinen Grundsatz entnehmen zu müssen, daß die Beobachtung der Wegnahme stets von Bedeutung sei (RGSt 76, 131) ... Ein derart allgemeiner Grundsatz ist indessen ... unvereinbar mit der Rspr über den Tatbestand des § 252, bei dem die Frage der Vollendung des Diebstahls entscheidend ist für die Abgrenzung zum Raub; denn räuberischer Diebstahl ist nur gegeben, wenn die Wegnahme bei der Gewaltanwendung bereits vollendet war; sonst liegt Raub vor. Da andererseits § 252 das Betroffenwerden auf frischer Tat, also Beobachtung voraussetzt, wäre seine Anwendung auf einen sehr engen Bereich beschränkt, wenn diese Beobachtung die Vollendung ausschlösse. Das Gegenteil ist nach der Rspr der Fall; es sei vor allem auf RGSt 73, 343 verwiesen." [Im Ergebnis kommt daher der BGH zu folgendem Leitsatz]:

14 **[271]** „Sobald der Täter im Selbstbedienungsladen mit Zueignungsabsicht Waren in seine Kleidung oder in eine mitgeführte Tasche gesteckt hat, ist sein Gewahrsam begründet und damit der Diebstahl oder der Mundraub vollendet, auch wenn das Personal den Vorgang beobachtet hat und die weitere Verfügung ‚ohne Schwierigkeiten' verhindern kann."

A 1 **Zur Erläuterung und Vertiefung:** Daß sich hier der BGH mit einer Bagatelle von nicht einmal 2 DM Wert zu befassen hatte, erklärt sich aus der Vorlagepflicht bei divergierenden Entscheidungen (§ 121 GVG: näher 2. Aufl. A 1 ff). Der materielle Schwerpunkt der Entscheidung liegt innerhalb der *Diebstahls*merkmale (I) vor allem

A beim *Gewahrsams*begriff (II) und den *Wegnahme*kriterien (III). Schließlich ist dies auch für die Abgrenzung von *Betrug* bedeutsam (IV).

2 **I. Die unrechtsbegründenden Elemente des Diebstahls.**

Der Funktion des Vorlageverfahrens entsprechend (vgl. § 121 II GVG) konnte, ja mußte sich der BGH auf die Entscheidung der ihm vorgelegten, ganz speziellen Rechtsfrage beschränken: die Begründung neuen Gewahrsams durch den Täter bei Beobachtung seiner Wegnahmehandlung durch eine zum Einschreiten bereite Person. Wie aber ist dieses Gewahrsamskriterium, das ja von keiner der einschlägigen TBumschreibungen ausdrücklich genannt wird, tatbestandsmäßig einzuordnen? Das läßt sich am klarsten zeigen, wenn man sich kurz die unrechtsbegründenden Elemente vor Augen führt, die beim GrundTB des Diebstahls (§ 242) und gegebenenfalls bei etwaigen Abwandlungen jeweils durchzuprüfen sind:

3 1. Tatobjekt: eine **fremde bewegliche Sache.**

a) Zu dieser *Objektsumschreibung,* die für jedes Aneignungsdelikt gilt, näher Dirnenlohn-Fall Nr. 1 A 31 ff. Dies war bei dem hier dem Ladeninhaber gehörenden Zigarettenpäckchen unproblematisch.

4 b) Soweit jedoch (wie hier) ein *Privilegierungs*TB infrage kommt, muß das Tatobjekt noch zusätzlich bestimmte Qualitäten aufweisen: so bei Entwendung nach § 248a die Geringwertigkeit des Gegenstandes.

5 c) Soweit umgekehrt Straf*erschwerungen* infrage stehen, kann es ebenfalls auf bestimmte Qualitäten des Tatobjekts ankommen: so beim Kirchen- und Kulturdiebstahl nach § 243 Nr. 4 u. 5 die gottesdienstliche Funktion der Sache bzw. ihr öffentlicher Ausstellungswert (auch dazu Nr. 7 A 33).

6 2. Tathandlung: **Wegnahme.**

a) Versteht man darunter den „Bruch fremden und die Begründung neuen Gewahrsams" (h. M.), so spielt darin der *Gewahrsamsbegriff* eine zweifache Rolle:
- zum einen auf Seiten des Wegnahme*opfers:* dieses muß durch die Tat seinen Gewahrsam eingebüßt haben,
- zum anderen auf Seiten des *Täters:* dieser muß neuen (meist eigenen) Gewahrsam begründet haben. – Und dies war genau die Frage, die im Mittelpunkt dieses Falles steht und der unten noch im einzelnen nachzugehen ist.

7 b) Soweit die Wegnahme unter *gefährlichkeitserhöhenden* Umständen erfolgt, kommen darüber hinaus noch Straferschwerungen in Betracht:
- bei Einbruchs-, Verschlußsachen-, gewerbsmäßigem und gemeinschädlichem Diebstahl die Strafschärfungsmöglichkeit nach §§ 243 Nr. 1, 2, 3, 6 (unten Nr. 7 A 11 ff);
- bei Waffen- und Bandendiebstahl der Qualifizierungstatbestand des § 244 (auch dazu Nr. 7 A 44 ff);
- bei leibes- oder lebensgefährdender Nötigung das Sonderdelikt des Raubes nach § 249 (dazu Armbanduhr-Fall Nr. 8 A 5 ff).

8 3. In *subjektiver* Hinsicht:

a) **Absicht rechtswidriger Zueignung.** Näher dazu Krimi-Fall Nr. 3 A 2 ff.

9 b) **Vorsätzlichkeit** des Handelns, wofür – abgesehen von der Entziehungsabsicht (vgl. Krimi-Fall Nr. 3 A 51 f) – grundsätzlich bedingter Vorsatz genügt. Zu Irrtumsproblemen vgl. Moosraus-Fall Nr. 4 A 43 ff.

10 4. Besondere **Täterqualitäten?** Grundsätzlich ist Diebstahl ein „Jedermann-Delikt", kann also von jedem begangen werden, der die vorgenannten Merkmale erfüllt. Jedoch kann bei *Privilegierungen* eine bestimmte Täterbeziehung gefordert sein: so bei Haus- und Familiendiebstahl (§ 247) die Angehörigeneigenschaft bzw. bestimmte Erziehungs- oder Dienstverhältnisse.

11 **II. Zum Gewahrsamsbegriff im einzelnen.**

An sich ist bei Selbstbedienungsdiebstählen der vorliegenden Art meist nur die Begründung neuen Gewahrsams beim *Täter* problematisch. Was dabei unter „Gewahrsam" zu verstehen ist, gilt jedoch in gleicher Weise für den Gewahrsam, der zuvor auf der *Opfer*seite bestanden haben und vom Täter gebrochen worden sein muß (A 12). Dabei versteht man unter Gewahrsam „das von einem Herrschaftswillen getragene, in Umfang und Grenzen nach den Anschauungen des betreffenden Lebenskreises geformte Herrschaftsverhältnis eines Menschen über die Sache" (M-Schroeder II/1 § 34 II C 3). Danach sind für Gewahrsam drei Kriterien wesentlich:

A12 A. Das *subjektiv-psychische* Element: der sog. **Herrschaftswille,** der darauf gerichtet sein muß, im Rahmen des tatsächlich Möglichen mit der Sache nach eigenem Willen verfahren zu können (krit. zu diesem Element Samson SK § 242 Rn. 35).

13 1. Daß es dafür nur eines **tatsächlichen** Verfügungswillens bedarf, ist vor allem in zweierlei Hinsicht bedeutsam:

– Erforderlich ist weder rechtliche Verfügungsmacht noch Geschäftsfähigkeit: daher können zwar Kinder und Geisteskranke Gewahrsamswillen haben (vgl. OLG Hamburg MDR 1947, 35: Gewahrsam eines 7-jährigen Kindes am Inhalt seiner Einkaufstasche), nicht dagegen juristische Personen, die auf natürliche Personen als Gewahrsamsträger angewiesen sind.

14 – Ebensowenig bedarf es eines Eigentums- oder Zueignungswillens, vielmehr genügt *natürlicher Beherrschungswille.* Daran kann es insbes. bei Abhängigkeit des Hausangestellten gegenüber der Hausfrau fehlen (vgl. E 7). Daher kann auch vom Gewahrsamswillen keineswegs ohne weiteres auf Zueignungsabsicht geschlossen werden; das ist etwa bei Wegnahme durch ein absichtsloses Werkzeug relevant: vgl. Gänsebucht-Fall RGSt 48, 58 (unten A 68).

15 2. Inwieweit muß der Herrschaftswille auf das Tatobjekt spezifiziert sein? Nach ganz h. M. genügt **genereller** *Herrschaftswille.* Das ist in dreifacher Weise bedeutsam:

16 a) Wenn der Gewahrsamswille einen bestimmten Bereich umfaßt, so braucht er *nicht* unbedingt auf jede dort befindliche Sache *spezifiziert* zu sein: daher nicht notwendig Gewahrsamsverlust, wenn die Sache innerhalb des vom Willen umfaßten Herrschaftsbereichs verlegt oder gar versteckt wird, es sei denn, daß sie dadurch der tatsächlichen Verfügungsmacht des Gewahrsamsinhabers entzogen wird (vgl. A 27).

17 b) Ebensowenig braucht Herrschaftswille ständig aktualisiert zu werden; vielmehr genügt ein *„potentieller"* in der Weise, daß er im Falle seiner Antastung bekräftigt würde. Daher tritt weder während des Schlafes noch bei vorübergehender Bewußtlosigkeit Gewahrsamsverlust ein; nach BGH GA 1962, 77 ebensowenig dann, wenn nach Zertrümmerung einer Schaufensterscheibe Waren auf den Erdboden fallen.

18 – Wie sind danach die Gewahrsamsverhältnisse bei Eintritt des *Todes* zu beurteilen? Da der Tote keinen Herrschaftswillen mehr haben kann, verliert er den Gewahrsam. Doch geht dieser damit keineswegs nach § 857 BGB „von Gesetzes wegen" auf den Erben über; denn da sich der Gewahrsam nach tatsächlichen Kriterien bestimmt, müssen die Erben erst noch ihren Beherrschungswillen manifestieren. Ist nun, bis das geschieht, der Nachlaß schutzlos? Nein; denn statt Diebstahl kommt Unterschlagung in Betracht. Zum Eintritt des Gewahrsamsverlusts bei einer dem Tod vorausgehenden Bewußtlosigkeit instruktiv der Oberlehrerin-Fall BayObLG NJW 1961, 978 m. krit. Anm. Schröder JR 1961, 189.

19 c) Läßt man generellen und potentiellen Herrschaftswillen ausreichen, so ist Gewahrsam auch in Fällen *antizipierten Erlangungswillens* anzunehmen: so namentlich dort, wo jemand alle Sachen in seinen Beherrschungswillen aufnimmt, die in seinen Herrschaftsbereich gelangen werden. Vgl. Ladentür-Fall BGH NJW 1968, 662 (m. zust. Anm. R. Schmitt JZ 1968, 307), wo frühmorgens angelieferte Butter vor der geschlossenen Ladentür abgestellt wurde: Gewahrsamsbruch bei Entwendung, da der Ladeninhaber aufgrund seines Einverständnisses (das nicht unbedingt auf diese Butter spezifiziert zu sein brauchte) bereits mit Abstellen der Ware vor der Tür Gewahrsam erlangt hatte.

20 In all diesen Fällen findet der Gewahrsamswille jedoch in folgendem Kriterium seine Grenze:

21 B. Das *objektiv-physische* Element: die **tatsächliche Herrschaftsmacht** über die Sache durch faktisches Verfügenkönnen. Eine derartige „tatsächliche Sachherrschaft" (E 4) ist solange anzunehmen, als „der unmittelbaren Verwirklichung des Herrschaftswillens durch den Gewahrsamsinhaber keine Hindernisse entgegenstehen" (so im Sinne der h. M. M-Schroeder II/1 § 34 II C 3 a). Danach ist insbes. zweierlei bedeutsam:

22 1. Da es beim strafrechtlichen Gewahrsamsbegriff *nicht* auf das *rechtliche* Dürfen, sondern auf das **faktische** Verfügen-**Können** ankommt, ist gleichgültig, ob diese Herrschaftsmacht dem Gewahrsamsinhaber von Rechts wegen zusteht oder nicht. Daher kann auch der Dieb Gewahrsam an der von ihm gestohlenen Sache erlangen: Wer also den Dieb bestiehlt, begeht seinerseits Diebstahl (BGH NJW 1953, 1358). Auch zeigt sich daran, daß der Gewahrsamsbegriff *nicht* mit dem sachenrechtlichen *Besitz*begriff identifiziert werden darf.

A 23 2. Tatsächliche Sachherrschaft setzt regelmäßig eine *räumlich-zeitliche* Einwirkungsmöglichkeit auf die Sache voraus. Wo jedoch die Grenze zu ziehen ist, bestimmt sich nach einem weiteren Kriterium:

24 C. Der **sozial-normative Maßstab:** die Beurteilung der objektiven Herrschaftsmacht und des subjektiven Gewahrsamswillens nach den Anschauungen des täglichen Lebens (E 5; in der Sache ähnlich die „Sphärenformel" von Gössel ZStW 85, 619ff). – Zu der (letztlich wohl nur terminologischen) Frage, ob diese sozial-normative Komponente als selbständiges Gewahrsamskriterium betrachtet werden kann oder lediglich als Regulativ von Herrschaftsmacht und Gewahrsamswillen zu begreifen ist, vgl. M-Schroeder II/1 § 34 II C 3, aber auch Samson SK § 242 Rn. 20.

25 1. Dieses Abstellen auf die „Regeln des sozialen Lebens" (Welzel § 48 I 2a) kann einerseits zur *Ausweitung* des Gewahrsamsbegriffs führen: so insbes. in Fällen zeitlicher oder räumlicher **Gewahrsamslockerung,** wo immerhin noch eine Art vergeistigten Gewahrsams angenommen werden kann: vgl. die bei E 5 genannten Fälle des auf dem Feld zurückgelassenen Pfluges oder des Gewahrsams an der Wohnung während einer Reise. Instruktiv dazu auch der *Autowrack-Fall* **OLG Köln VRS 14, 299,** wo Diebstahl an einem Fahrzeug bejaht wurde, das nach einem Brand 2 Tage lang im Chausseegraben einer Bundesstraße gelegen hatte, vom Fahrzeughalter jedoch noch nicht aufgegeben worden war. Zum *Fortbestehen* von dessen Gewahrsam wird ausgeführt:

26 **[299]** „Der strafrechtliche Begriff des Gewahrsams hat neben dem Herrschaftswillen die Möglichkeit der tatsächlichen Herrschaftsausübung zum Inhalt. Ob diese besteht, bestimmt sich nach der natürlichen Lebensanschauung. Daß hiernach die räumlich-zeitliche Beziehung zu einer Sache nicht derart sein muß, daß sie dem Eigentümer in jedem beliebigen Augenblick einen unmittelbaren Zugriff gestattet, ist in Rechtslehre und Rechtsprechung anerkannt. Vielmehr kann jene Beziehung in wechselnder Stärke vorhanden sein (Nachw.). Nicht entscheidend ist, ob die räumlich-zeitliche Herrschaftsbeziehung etwa so locker ist, daß auch ein Unbefugter die fragliche Sache unter Umständen ungestört an sich nehmen kann, sofern nur anderseits für den Eigentümer jederzeit die Möglichkeit zur Realisierung seiner Herrschaft über die Sache besteht. Vorliegend war dem Fahrzeughalter der Ort, wo sich die Trümmer seines Wagens befanden, **[300]** genau bekannt und konnte er, nachdem er die notwendigen Maßnahmen getroffen hatte, jederzeit zur Bewirkung ihres Abtransports an Ort und Stelle erscheinen. Anderseits ruhten die Fahrzeugreste im Randgraben einer öffentlichen Straße gewissermaßen unter den Augen der Öffentlichkeit, angesichts deren in Verbindung mit der durch die Art des Objektes bedingten Umständlichkeit des Aneignungsvorgangs ein völlig heimliches Wegschaffen kaum möglich war und ein Unbefugter jederzeit gewärtig zu sein hatte, seine Berechtigung zur Fortschaffung des Fahrzeugs dartun zu müssen."

27 Ähnlich ist auch bei **verlegten, versteckten** oder **verlorenen** Sachen das Fortbestehen des Gewahrsams maßgeblich von der Einwirkungsmöglichkeit aufgrund Kenntnis des Lagerortes abhängig: Danach *Fortbestehen* des Gewahrsams solange, wie der Inhaber weiß, wo er die vergessene Sache liegengelassen hat bzw. in welchem Bereich er eine verlegte oder gar versteckte Sache suchen müßte und dabei zurückerlangen könnte. – Gewahrsams*verlust* dagegen dort, wo etwa der Pkw-Fahrer nicht merkte, daß seine Plastikmappe auf der Beifahrerseite zu Boden gefallen war und weggefahren wäre (BGH GA 1969, 25) oder der entwendete Schrott bereits außerhalb des Herrschaftsbereiches versteckt wurde (BGHSt 4, 132/3). Entscheidend daher: *Kenntnis* (oder zumindest Erkennbarkeit) des Aufenthaltsortes der Sachen und deren ungehinderte *Erlangbarkeit.* Vgl. auch BGH VRS 62, 274 zum Fortbestehen des Gewahrsams an einem geparkten Pkw trotz Verlusts des Autoschlüssels.

28 2. Umgekehrt kann aber durch sozial-normative Kriterien der Gewahrsamsbegriff auch *beschränkt* werden. So ist trotz realer Einwirkungsmöglichkeit Gewahrsam zu verneinen, wenn nach sozialer Üblichkeit die **Sachherrschaft anderen Personen** zusteht: so etwa dem Gastwirt an dem von seinen Gästen benutzten Geschirr (vgl. Pensions-Fall BGH NJW 1960, 1357) oder dem Hausherrn an den in seiner Wohnung befindlichen Sachen, obwohl Hausgehilfen unmittelbaren Zugang haben. Allerdings kommt in derartigen Fällen „untergeordneter Gewahrsam" in Betracht: vgl. E 7 sowie A 33ff.

29 3. Wie ist demnach die Gewahrsamsfrage in Fällen der vorliegenden Art zu beurteilen, wo der Täter die Sache eingesteckt hat?

– Soweit er dabei **unbeobachtet** blieb, hat er Gewahrsam schon deshalb erlangt, weil er (mangels Kenntnis anderer von seiner Entwendung) unbehinderte Einwirkungsmacht besitzt.

A30 – Falls er jedoch **beobachtet** wurde, kann er an sich vom Verkaufspersonal gestellt werden. Doch ungeachtet dieser realen Zugriffsmacht des Verkaufspersonals nimmt vorliegend der BGH Gewahrsam des Täters an; denn nach der Verkehrsauffassung sei keine intensivere Herrschaftsbeziehung zur Sache denkbar, als daß sie in der Kleidung getragen werde (E6). Tieferer Grund: die körperliche Sphäre als unantastbarer *sozialer Tabu-Bereich* (vgl. Welzel GA 1960, 257, auf den sich der BGH im wesentlichen stützt). Im gleichen Sinne die heute h. M.: vgl. u. a. Heimann-Trosien LK § 242 Rn. 32 m. w. Nachw. Allerdings wird dieser Tabu-Bereich über die Kleidung hinaus auch noch auf mitgeführte Taschen erstreckt (E 9). Indes: bleibt in solchen Fällen vom Kriterium der realen Einwirkungsmöglichkeit tatsächlich noch viel übrig? Näher dazu im Zusammenhang mit der Vollendungsproblematik bei der Wegnahme unten A 50ff.

31 **IV. Die Wegnahme im einzelnen.**

Versteht man Wegnahme als Bruch fremden und Begründung neuen Gewahrsams (A 6), so sind über den zuvor erörterten Gewahrsamsbegriff hinaus noch folgende Wegnahmekriterien wesentlich:

32 **A. Die Fremdheit des Gewahrsams.** Allgemeine Faustregel dafür: fremd ist jeder Gewahrsam, den der Täter nicht ausschließlich selbst hat. Demgemäß ist lediglich bei *Alleingewahrsam* des Täters Wegnahme zu verneinen.

33 **1.** Problematisch sind dagegen die Fälle, in denen **mehrere Personen** eine faktische Einwirkungsmöglichkeit auf die Sache haben. Hier ist zu unterscheiden (vgl. Krey II Fall 6):

– Bei *gleichrangigem Mitgewahrsam* mehrerer ist Gewahrsamsbruch gegeneinander möglich; daher kann jeder gegenüber seinem Mitgewahrsamsinhaber Diebstahl begehen.

34 – Bei sog. *abgestuftem* bzw. *nachgeordnetem* Gewahrsam hingegen ist zwar Gewahrsamsbruch gegenüber dem übergeordneten, nicht aber gegenüber dem nachgeordneten Mitinhaber möglich (Wessels II/2 § 2 III 3e).

35 Wo aber ist hier die *Grenze* zu ziehen? Auch dafür können nicht die bürgerlichrechtlichen Regeln über Mitbesitz oder mittel- und unmittelbaren Besitz (§§ 866, 868 BGB) entscheidend sein, sondern nur der nach sozialen Regeln zu bestimmende Vor-, Nach- oder Gleichrang der faktischen Verfügungsmöglichkeit:

36 – Danach ist *gleichrangiger* Mitgewahrsam etwa anzunehmen zwischen mehreren Gesellschaftern oder Kassenverwaltern, die nur mit wechselseitiger Zustimmung den Tresor öffenen dürfen; oder zwischen Fahrzeughalter und Garageninhaber an dem in einer Sammelgarage abgestellten Pkw, während etwa der Wärter nur untergeordneten Gewahrsam haben wird (vgl. Sammelgaragen-Fall Nr. 12 A 43); ferner zwischen Mieter und Vermietern an den gemeinsamen Einrichtungsstücken (wie z. B. Treppenläufer und Beleuchtung).

37 – Lediglich *untergeordneten* Gewahrsam wird dagegen der Angestellte gegenüber dem Geschäftsherrn haben (so z. B. vorliegend das Verkaufspersonal an dem entwendeten Zigarettenpäckchen) oder der Hotelier gegenüber dem Hotelgast an den eingebrachten Sachen bzw. der Mieter gegenüber dem Untermieter.

38 – Dagegen wird *Alleingewahrsam* dem Mieter gegenüber dem Vermieter bei abgeschlossenen Wohnungen oder dem Transportfahrer an dem mitgeführten Gut zugestanden (vgl. Fernfahrer-Fall BGH GA 1979, 390 sowie Nr. 5 A 4). Zum Alleingewahrsam von Kassierern in Warenhäusern vgl. SB-Markt-Fall OLG Hamm NJW 1973, 1811.

39 – Schwierig ist auch der Gewahrsam am *Inhalt verschlossener Behältnisse* zu beurteilen. Soll hier der Schlüsselbesitzer trotz räumlicher Entfernung Gewahrsamsinhaber sein oder umgekehrt derjenige, in dessen Herrschaftsbereich sich das Behältnis befindet? Oder beide als Mitgewahrsamsinhaber? Im *Münzfernseher-Fall* **BGHSt 22, 180,** wo der A eine an der Rückseite des Fernsehstandgeräts fest angebrachte verschlossene Bakelitkassette, zu der nur der (Eigentumsvorbehalts-)Verkäufer einen Schlüssel besaß, aufgebrochen und das Geld an sich genommen hatte, wird zum Gewahrsam am Inhalt des Behältnisses ausgeführt:

[182] „Die Frage kann nicht einheitlich beantwortet werden. Wie allgemein, wenn es um die Frage der tatsächlichen Sachherrschaft geht, kommt es auch hier entscheidend auf die Umstände des einzelnen Falles und ihre Beurteilung nach den Anschauungen des Verkehrs an. Die Annahme, daß stets der Schlüsselinhaber den Gewahrsam am Inhalt des Behältnisses habe, wäre also ebenso verfehlt wie **[183]** die entgegengesetzte Ansicht, daß der Gewahrsam am Behältnis stets den Gewahrsam am Inhalt in sich schließe. Die Ver-

A kehrsanschauung mißt allerdings gewissen Merkmalen der Sachgestaltung wesentliche Bedeutung bei, aus der sich Richtlinien für die Beantwortung der Gewahrsamsfrage ergeben.

Ein solches Merkmal ist die Beweglichkeit oder Unbeweglichkeit des Behältnisses. Hat z. B. jemand Geld in eine Kassette eingeworfen, die mit einem Gebäude fest verbunden oder in ein im Gebäude fest verlegtes Rohrsystem eingefügt ist, so ist er außerstande, über das Geld allein oder zusammen mit der Kassette zu verfügen. Hier billigt die Verkehrsauffassung dem Schlüsselinhaber Gewahrsam am Inhalt des Behältnisses zu, und zwar auch dann, wenn nur der Behältnisverwahrer den Raum bewohnt. ...

Ist dagegen das Behältnis selbständig und beweglich, so daß der Verwahrer gleichzeitig mit ihm auch über den Inhalt durch Wegschaffen oder Veräußern verfügen kann, so hat er in der Regel die tatsächliche Gewalt über die Sachgesamtheit und damit Alleingewahrsam, auch am Inhalt. ... Die Verkehrsanschauung macht hiervon freilich Ausnahmen. ... RGSt 5, 222: Der Inhalt eines Behältnisses befindet sich dann im Gewahrsam des Schlüsselinhabers, wenn dieser unabhängig vom Behältnisverwahrer jederzeit ungehinderten Zutritt zu dem Behältnis hat, dessen Verbleib also laufend überwachen kann (vgl. auch RGSt 2, 64)."

40 Demnach sind für den BGH namentlich zwei Kriterien entscheidend: die *Beweglichkeit* des Behältnisses und der ungehinderte *Zutritt* des Schlüsselinhabers zum Behältnis. Da im Münzfernseher-Fall ersteres zu bejahen, letzteres zu verneinen war, kam der BGH folgerichtig zu Alleingewahrsam des A, so daß dieser allenfalls wegen Unterschlagung, nicht dagegen wegen Diebstahls bestraft werden konnte.

41 – Indes: Wird damit die Funktion des Verschlusses, der ja gerade die Einwirkung Fremder und damit auch des Behältnisverwahrers ausschließen soll, nicht völlig preisgegeben? Wäre nicht Mitgewahrsam des Schlüsselinhabers jedenfalls dort anzunehmen, wo er zu jederzeitigem Zutritt zum Behältnis rechtlich befugt ist (vgl. Schönke-Schröder § 242 Rn. 26, Bockelmann II/1 § 3 I 4a)? Aber so einleuchtend diese Meinung auch erscheint, sie dürfte doch im Widerspruch stehen zu dem grundsätzlich nach faktischen Kriterien zu beurteilenden Gewahrsamsbegriff. Daher wird i. E. dem BGH zuzustimmen sein.

42 – Auch bei der Gewahrsamsfrage innerhalb von *Dienst-* und *Arbeitsverhältnissen* ist in erster Linie auf die tatsächlichen Verhältnisse abzustellen, was freilich zur Folge hat, daß im einzelnen noch vieles umstritten ist: näher S/S-Eser § 242 Rn. 24ff, Wessels II/2 § 2 III 3).

43 2. In *Fallbearbeitungen* kommt es lediglich auf die Feststellung an, daß außer dem Täter noch ein anderer zumindest gleichrangigen Mitgewahrsam gehabt hat. Ist das offensichtlich der Fall, so ist eine Problematisierung der Fremdheit des Gewahrsams überflüssig. Steht umgekehrt Alleingewahrsam des Täters fest, scheidet § 242 aus; doch bleibt dann für § 246 noch Raum.

44 **B. Bruch des fremden Gewahrsams** als erster Teilakt der Wegnahmehandlung: Aufhebung der tatsächlichen Herrschaftsmacht des bisherigen Gewahrsamsinhabers.

45 1. Welches *Mittel* der Täter dabei einsetzt, ist für § 242 unerheblich; daher kann er mit List, heimlich oder (wie hier) unter Beobachtung Dritter vorgehen, Tiere einsetzen (apportierender Hund) oder gar einen Dritten für sich arbeiten lassen (zu letzterem vgl. A 67). Allerdings kann bei Einsatz bestimmter Mittel eine *Qualifizierung* erfüllt sein: so z. B. §§ 243, 244, 249 (vgl. A 7).

46 2. Von einem *Bruch* fremden Gewahrsams kann naturgemäß nur dort die Rede sein, wo die Entziehung *gegen* (oder zumindest *ohne*) den *Willen des Gewahrsamsinhabers* erfolgt. Liegt also **Einverständnis** des Gewahrsamsinhabers mit der Wegnahme vor, so ist bereits der TB des § 242 ausgeschlossen: vgl. Samson SK § 242 Rn. 41ff sowie Krankenhelferin-Fall BayObLG NJW 1979, 729 (StrafR I Nr. 8 A4, 28: dort auch Näheres zu den Voraussetzungen eines wirksamen Einverständnisses); speziell zum Tanken ohne zu zahlen vgl. OLG Düsseldorf NStZ 1982, 249, OLG Hamm NStZ 1983, 266 m. Anm. Müller-Luckmann, Herzberg NStZ 1983, 251.

47 – Problematisch sind namentlich Fälle bei *bedingtem* oder *modifiziertem* Einverständnis. Hier ist Wegnahme nur dann zu verneinen, wenn der Täter die Bedingungen erfüllt, unter denen der Gewahrsamsinhaber das Ansichnehmen der Sache gestattet: so etwa den Warenautomaten mit den dafür vorgesehenen Münzen bedient. Wenn er stattdessen Falschgeld benutzt, ist nach h. M. Diebstahl anzunehmen: vgl. Automaten-Fall BGH MDR 1952, 563 m. krit. Anm. Dreher.

48 3. Noch problematischer sind die Fälle, in denen nicht nur Einverständnis mit der Wegnahme des Täters, sondern sogar **Weggabe** durch den Gewahrsamsinhaber vor-

A liegt, z. B. weil diesem der als falscher Kriminalbeamte auftretende Täter eine Beschlagnahme vorspiegelt: Diebstahl oder Betrug? Da auch hier der Gewahrsamsinhaber im Grunde unwillentlich handelt, wird allgemein Diebstahl angenommen. Näher zu dieser Grenzziehung zwischen Diebstahl und Betrug Sammelgaragen-Fall BGHSt 18, 221/3 in Nr. 12 A 43; über die Abgrenzung zum sog. Trickdiebstahl vgl. Nr. 12 A 28.

49 C. **Begründung neuen Gewahrsams** als zweiter Akt der Wegnahmehandlung: Der auf Seiten des Opfers gebrochene Gewahrsam muß auf Seiten des Täters (oder eines Dritten) neu begründet werden. Das erfordert, daß der Täter seinerseits eine ungehinderte Herrschaftsmacht über die Sache erlangt.

50 1. Zu welchem **Zeitpunkt** und unter welchen Voraussetzungen kann dies angenommen werden? Um die kriminalpolitische Brisanz dieser Frage zu erfassen, muß man sich ihre praktische Relevanz vor Augen führen:

– Zunächst einmal ist sie entscheidend für die Abgrenzung zwischen Versuch und *Vollendung*, und demzufolge für die *Rücktritts*möglichkeit bedeutsam; denn wird die Vollendung zu früh angesetzt, so ist damit dem Täter der Rücktritt abgeschnitten. Eindringlich zu diesem kriminalpolitischen Problem H. Mayer JZ 1962, 617ff, ferner BGH JR 1963, 466/7.

– Diese Frage spitzte sich noch weiter zu, wenn (wie früher bei „Mundraub") der Versuch straflos ist (vgl. oben P); denn da in den Selbstbedienungsfällen auch Betrug nur schwer begründbar ist (vgl. A 71), besteht die Neigung zu möglichst weitgehender Vorverlegung des Vollendungszeitpunkts.

– Und nicht zuletzt spielt die Vollendungsfrage für die Grenze zwischen Raub und räuberischer Erpressung eine Rolle: Diese auch hier vom BGH ausgesprochene Frage (E 14) hat allerdings an Gewicht verloren, seit im Kartoffelkeller-Fall BGHSt 20, 194 der Anwendungsbereich des Raubes ohnehin sehr weit (nämlich bis hin zum Zeitpunkt der Beendigung) auf Kosten des räuberischen Diebstahls ausgedehnt wurde (vgl. Kleiderversteck-Fall Nr. 9 A 10).

51 2. Fragt man nun nach dem für die Zeitpunktfrage entscheidenden *Kriterium*, so ist zu bedenken, daß die Wegnahme genau besehen einen in mehreren Schritten ablaufenden *Prozeß* darstellt. Je nach dem für maßgeblich erklärten Schritt haben sich mehrere **Wegnahmetheorien** entwickelt:

52 – Nach der sog. *Kontrektationstheorie* soll die Berührung der Sache entscheidend sein, hier also das Anfassen des Päckchens im Regal. Aber: Hat damit der Täter wirklich schon eine unbehinderte Einwirkungsmöglichkeit? Und selbst wenn, wird damit die Möglichkeit des Rücktritts nicht bereits zu früh beschnitten?

53 – Nach der (heute vorherrschenden) *Apprehensionstheorie* soll das Ergreifen des Gegenstandes entscheidend sein, hier also das In-die-Hand-Nehmen und Einstecken des Zigarettenpäckchens. Aber: Ist diese Auffassung auch bei schwerbeweglichen Gegenständen tatsächlich praktikabel?

54 – Nach der *Ablationstheorie* soll es auf die Entfernung des Gegenstandes aus dem Herrschaftsbereich des Gewahrsamsinhabers ankommen; danach müßte hier der A den Laden verlassen haben. Aber: dann sieht man den Vollendungszeitpunkt schon zu weit zurückverlagert, nicht zuletzt auch deshalb, weil damit der beweistechnisch schwer erfaßbare Versuch zu weit ausgedehnt würde.

55 – Dies würde noch mehr für die sog. *Illationstheorie* zu gelten haben, wonach die endgültige Bergung der Sache durch den Täter entscheidend sei; denn dadurch wird die Vollendung tatsächlich u. U. ins Ungewisse hinausgeschoben (vgl. im einzelnen M-Schroeder II/1 § 34 III B 1).

56 Wägt man die Vor- und Nachteile dieser Theorien gegeneinander ab, so scheint in der Tat die heute vorherrschende *Apprehensionstheorie* den Vorzug zu verdienen. Nach einer gebräuchlichen **Faustregel** soll für die Begründung neuen Gewahrsams entscheidend sein, ob der Täter die Herrschaft über die Sache bereits derart erlangt hat, daß er sie ohne Behinderung durch den alten Gewahrsamsinhaber ausüben und dieser seinerseits ohne Beseitigung der Verfügungsgewalt des Täters nicht mehr über die Sache verfügen kann (vgl. BGH GA 1966, 78, Wessels II/2 § 2 III 4b).

57 Ob diese Formel freilich auch für Fälle ausreicht, in denen die Sache nach ihrer Ergreifung zunächst noch im *räumlichen Herrschaftsbereich des bisherigen Gewahrsamsinhabers* verbleibt, ist höchst fraglich: Denn wie eine genauere Analyse der einschlägigen Judikatur ergibt, genügt in solchen Fällen das bloße Ergreifen der Sache noch nicht; vielmehr muß noch die Möglichkeit der ungehinderten Entfernung hinzukommen. Damit liegt hier der Vollendungszeitpunkt zwischen Ergreifung und Entfer-

A nung, d. h., daß für Vollendung die **Apprehension plus Möglichkeit der Ablation** erforderlich ist (vgl. Eser JuS 1964, 477/82). Danach sind jedenfalls bei Verbleiben der Sache im räumlichen Herrschaftsbereich des Gewahrsamsinhabers folgende Fallkonstellationen zu unterscheiden (vgl. auch Wessels II/2 § 2 III 4b):

58 a) **Bei schwerbeweglichen** Gegenständen ist die Wegnahme erst vollendet, wenn der Täter ohne konkrete Gefahr einer Behinderung die Sache aus dem Herrschaftsbereich des Gewahrsamsinhabers schaffen könnte. Deshalb Vollendung zu Recht verneint im Kartoffelsack-Fall RG GA 69 (1925), 102 (insoweit zust. BGH oben E 12), im Tresor-Fall BGH NStZ 1981, 435 sowie im *Tapetenballen-Fall* **OLG Celle MDR 1965, 315:**

Bei letzterem waren die hinter einem Kesselhaus versteckten Ballen entdeckt worden, bevor sie zu dem zwar auf dem Fabrikgelände abgestellten, jedoch jenseits des Fabrikeingangs stehenden Fahrzeug verbracht werden konnten. Zur Abgrenzung gegenüber dem vorliegenden *Selbstbedienungs-Fall* führt das OLG Celle aus:

[315] „Der ausschlaggebende Unterschied zu der Entscheidung betreffend den Diebstahl in einem Selbstbedienungsgeschäft liegt darin, daß der Einsteigedieb in einer fremden Wohnung sofort und ohne weiteres dem Verdacht, ihm nicht gehörende Sachen eingesteckt zu haben, und damit Maßnahmen des Eigentümers zur Wiedererlangung ausgesetzt ist, während der Dieb in einem allgemein zugänglichen Raum, wie in einem Selbstbedienungsladen, in einem Warenhaus (vgl. RGSt 52, 75) oder in einer Kirche (vgl. RGSt 53, 144) dies unter normalen Umständen nicht zu fürchten hat. Daraus ergibt sich, daß der Dieb die Sachherrschaft dann noch nicht erlangt hat, wenn er das Diebesgut noch, wie im vorliegenden Falle, eine Strecke über den Fabrikhof bis zu seinem Kraftfahrzeug tragen muß und er es dabei nicht in der Kleidung verbergen kann. Zwar wäre allein die Anwesenheit des A auf dem Werksgelände nicht verdächtig gewesen, weil er Betriebsangehöriger war, aber der Umfang der Beute machte beim Abtransport jedenfalls für eine gewisse Strecke das sichere Verbergen unmöglich, so daß **[316]** der A dabei überrascht und gestellt werden konnte. Es kommt hinzu, daß der A noch den Fabrikeingang mit dem dort eingesetzten Pförtner passieren mußte und eine Kontrolle der Betriebsangehörigen zwar selten, aber nicht gänzlich ausgeschlossen war. Im übrigen entspräche es auch nicht der Anschauung des täglichen Lebens, daß der A bereits damit, daß der Zeuge S die Tapetenrolle hinter dem Kesselhaus versteckte, Gewahrsam über diese erlangt haben sollte." – Zweifelhaft daher auch die Annahme von Vollendung im Oldtimer-Fall OLG Koblenz VRS 46, 430 vor dem Verladen auf den Abschleppwagen.

59 b) Bei kleineren und **leichtbeweglichen** Sachen dagegen genügt im Regelfall bereits die Ergreifung, um sie dem Zugriff des Gewahrsamsinhabers zu entziehen (vgl. Schankraum-Fall BGHSt 23, 254/5: Münzgeld, das bereits in Hosen- und Jackentaschen gesteckt war). Dies gilt jedenfalls dann, wenn es dem Täter gelungen ist, die Sache *unbeobachteterweise* einzustecken. Daher wäre im vorliegenden Fall unzweifelhaft Vollendung anzunehmen gewesen, wenn der A beim Einstecken des Zigarettenpäckchens nicht beobachtet worden wäre (ganz h. M.; vgl. S/S-Eser § 242 Rn. 33 m. w. N.).

60 c) Ist dieser Fall nun anders zu beurteilen, wenn der Täter beim Ergreifen oder Einstecken der Sache **beobachtet** wurde? Diese auch für den vorliegenden Fall entscheidende Frage hängt weitgehend davon ab, wie man das Kräfteverhältnis zwischen den realen Einwirkungsmöglichkeiten einerseits und dem sozialen Tabu-Bereich andererseits gegeneinander abschätzt und wie streng man die Apprehensionstheorie versteht:

61 – Stellt man allein nach *Faktizitätsgesichtspunkten* darauf ab, daß im Falle einer Beobachtung der Täter noch vor Verlassen des Ladens gestoppt und zur Herausgabe der Sache bewogen werden kann (in diesem Sinne vor allem H. Mayer JZ 1962, 617/620, Schönke-Schröder § 242 Rn. 34f), so ist Vollendung der Wegnahme zu verneinen.

62 – Legt man dagegen das größere Gewicht auf die Unantastbarkeit der *körperlichen Tabusphäre* (so im Anschluß an Welzel GA 1960, 257 hier der BGH E 6, 9; sehr plastisch Wimmer NJW 1962, 609/12: Körperversteck als „Gewahrsamsexklave") und beschränkt man sich dabei streng auf die Ergreifung der Sache i. S. der reinen Apprehensionstheorie, so ist selbst bei Beobachtung des Vorgangs die Wegnahme mit dem Einstecken der Sache vollendet. So auch BGHSt 17, 205/8 im Münchener Selbstbedienungs-Fall, OLG Celle im Krimi-Fall (Nr. 3 E 11), ferner D-Tröndle, Heimann-Trosien, Krey, Lackner, M-Schroeder II/1 § 34 III B 1, Otto II § 40 II 5g, Gössel ZStW 85, 649, Wessels II/2 § 2 III 4b.

63 – Verlangt man dagegen nach der hier vertretenen Auffassung „Apprehension plus Möglichkeit der Ablation" (oben A 57), so muß die Sache zwar noch nicht aus dem Herrschaftsbereich geschafft worden sein, aber immerhin doch *geschafft werden können;* und das ist – jedenfalls im Hinblick auf das Recht des Ladeninhabers zur vorläufigen Festnahme (§ 127 I StPO) bzw. zur Selbsthilfe (§ 859 II BGB) – selbst bei Anerkennung einer körperlichen Tabusphäre zu verneinen. Demgemäß wäre vorliegend die

A Wegnahme bei Gestellung des A noch nicht vollendet. Im Ergebnis ebenso OLG Hamm NJW 1961, 328, OLG Düsseldorf NJW 1961, 1368.

64 d) Wie sind die Fälle zu beurteilen, in denen die Wegnahme nicht an schwer überschaubaren Orten (wie z. B. Warenhäusern), sondern in einer **leicht zu überblickenden Wohnung** erfolgt? Da dort die Gefahr, daß der Dieb beim Einstecken der Sache vom Wohnungsinhaber überrascht wird, in der Regel sehr naheliegt, wird im Zweifel erst bei Verlassen der Wohnung Vollendung anzunehmen sein. In diesem Sinn BGH JR 1963, 466 aber selbst dann, wenn der Wohnungsinhaber schlafend vorgefunden wird, jedoch (wie tatsächlich geschehen) aufwachen kann, bevor der Dieb wieder aus dem Schlafzimmer gelangt. Allerdings ist der BGH davon inzwischen wieder abgerückt (vgl. Schankraum-Fall BGHSt 23, 254/5); denn wie Geilen JR 1963, 446/9f im Hinblick auf den Friedensgedanken von Welzel (Gewahrsam als faktischer Friedenszustand) bemerkt hat, besteht hinsichtlich des Vollendungszeitpunktes ein durchaus wesentlicher Unterschied zwischen den Ladendiebstahlsfällen, wo der Täter „befugt oder auch nur unauffällig sich einem fremden Gewahrsamsbereich äußerlich reibungslos eingeordnet hat" (Vollendung mit Einstecken), und jenen Fällen, wo es sich um einen „als solchen auch äußerlich erkennbaren Eindringling" handelt (Vollendung erst mit Verlassen der Wohnung).

65 e) Soweit der Täter das Tatobjekt im räumlichen Herrschaftsbereich des Gewahrsamsinhabers **versteckt** hat, ist Vollendung jedenfalls dann anzunehmen, wenn die Sache damit praktisch dem Zugriff des Gewahrsamsinhabers entzogen ist und vom Täter ohne Schwierigkeiten (gewissermaßen nach Plan) weggebracht werden kann: vgl. Bleirohr-Fall KG JR 1966, 308: abmontierte Leitungsrohre werden in der Speisekammer versteckt.

66 *Fazit:* Wie alle diese Fälle zeigen, kommt es immer wieder entscheidend auf die konkreten Umstände des Einzelfalles an. Die zuvor entwickelten Wegnahme-Formeln (A 56f) können daher in praktischen Fallbearbeitungen nur als allgemeine Leitlinien dienen.

67 **3. Gewahrsamsbegründung bei einem Dritten.** Da die Begründung neuen Gewahrsams im Grunde nur deshalb erforderlich ist, weil damit die Ausschaltung des bisherigen Gewahrsamsinhabers eindeutig vollzogen wird, kann es nicht entscheidend darauf ankommen, ob der neue Gewahrsam nun dem Täter selbst oder einem Dritten verschafft wird. Daher ist insbesondere auch *Wegnahme in mittelbarer Täterschaft* denkbar; insoweit verlangt die Wegnahme – anders als das Sich-Zueignen (vgl. Nr. 4 A 1ff) – keine Eigenhändigkeit.

68 Instruktiv dazu *Gänsebucht-Fall* **RGSt 48, 58,** wo der A seinem Gläubiger W erklärte, daß dieser sich zur Begleichung seiner Forderung fünf Gänse aus der Bucht nehmen könne, die in Wirklichkeit jedoch gar nicht dem A gehörten. Zur Frage der Wegnahme erklärt das RG:

> **[59]** „Zwar geht aus dem Urteil hervor, daß der A nicht den eigenen Gewahrsam an den Gänsen erlangt hat, während regelmäßig das Wegnehmen i. S. v. § 242 dadurch bewirkt wird, daß der Täter nicht nur den fremden Gewahrsam aufhebt, sondern auch den eigenen Gewahrsam begründet, sei es in seiner Person, sei es in der Person eines Vertreters. Aber der Wortbegriff des Wegnehmens erfordert dies nicht unbedingt ... Gewöhnlich erwirbt der die Zueignung Beabsichtigende zunächst den eigenen Gewahrsam an der Sache mit dem Willen, ihn alsbald auf den anderen zu übertragen ... Er kann aber den gleichen Erfolg einfacher auch dadurch herbeiführen, daß er, statt erst selbst den Gewahrsam zu erwerben und sofort weiterzugeben, ... den anderen veranlaßt und in Stand setzt, den Gewahrsam unmittelbar zu ergreifen. Für eine verschiedene Beurteilung der Handlungsweise des Täters, **[60]** je nachdem er seine Zueignungsabsicht in der einen oder anderen Art verwirklicht, fehlt es an einem ausreichenden gesetzgeberischen Grunde."

69 **D. Muß die Gewahrsamsentziehung und -begründung notwendig zeitlich zusammenfallen?** Da die Wegnahme ohnehin ein mehraktiger Prozeß ist, kann es nicht darauf ankommen, welcher Zwischenraum zwischen dem Entziehungs- und Begründungsakt liegt: so etwa, wenn der Täter Kisten von einem fahrenden Güterzug herabwirft, um sie später von dort abzutransportieren (vgl. OGHSt 3, 34/7). Selbstverständlich tritt Vollendung aber erst mit Begründung des neuen Gewahrsams ein (vgl. Metallspäne-Fall BGH LM Nr. 9 zu § 243).

70 **IV. Ergebnis – Abgrenzung von Betrug.**

1. Folgt man dem BGH in der Beurteilung der Wegnahmefrage (oben E 8), so war hier der A wegen eines Diebstahldelikts zu verurteilen.

A 71 – Verneint man dagegen die Vollendung der Wegnahme (A 61), so kommt grundsätzlich Versuch in Betracht, der jedoch zur Tatzeit im vorliegenden Fall – weil Mundraub nur eine Übertretung war – straflos wäre (vgl. oben P).

72 2. Müßte nun letztere Auffassung zur völligen Straflosigkeit des A führen? Oder käme stattdessen (versuchter) **Betrug** in Betracht? Im ähnlich gelagerten *Kaufhalle-Fall* hatte dies **OLG Düsseldorf NJW 1961, 1368** bejaht:

[1369] „Wer in einem Selbstbedienungsgeschäft an die Kasse tritt und den Korb mit den von ihm entnommenen Waren der Kassiererin zur Abrechnung überreicht, gibt damit die (stillschweigende) Erklärung ab, daß er nur diese und keine anderen Waren entnommen habe und kaufen und bezahlen wolle ... Aufgrund des durch die Täuschung erregten Irrtums unterläßt die Kassiererin die Geltendmachung des Anspruchs auf Bezahlung oder Herausgabe der entwendeten Ware und verfügt damit zum Schaden ihres Geschäftsherrn über dessen Vermögen. Die bis dahin mögliche Durchsetzung dieses Anspruchs wird nunmehr, wenn nicht unmöglich, so doch ungleich schwieriger, daß ein weiterer [gemeint ist: über die Wegnahme hinausgehender] Vermögensschaden i.S. des § 263 eintritt."

73 Jedoch auch in dieser Hinsicht anders **BGHSt 17, 205** im *Münchener Selbstbedienungs-Fall,* wonach es (im Falle eines unbeobachtet gebliebenen Diebstahls) an allen sachlichen Voraussetzungen für einen Betrug fehle:

[209] „Denn für den Diebstahl im Gegensatz zum Betrug ist es kennzeichnend, daß der dem Verletzten zugefügte Schaden beim Diebstahl ausschließlich durch eine eigenmächtige Handlung des Täters herbeigeführt wird, während er beim Betrug infolge einer Vermögensverfügung des (vom Täter getäuschten) Verletzten eintritt. Allein dieser grundlegende Gegensatz der beiden Tatbestände macht es unmöglich, in einem einheitlichen tatsächlichen Vorgang, der die Zufügung eines Vermögensschadens zum Gegenstand hat, zugleich den Tatbestand des Diebstahls und den Tatbestand des Betrugs zu finden. Da beide Tatbestände einander ausschließen, kann immer nur der eine oder andere gegeben sein. Der Täter, der eine Sache gestohlen hat, kann also nicht dadurch zusätzlich einen Betrug begehen, daß er den Eigentümer oder eine für den Eigentümer handelnde Person über den begangenen Diebstahl täuscht, um vor dem sonst zu erwartenden Zugriff geschützt zu sein und seine Diebesbeute in Sicherheit bringen zu können."

74 Indes: Müssen sich die Tatbestände des Diebstahls und Betrugs wirklich gegenseitig ausschließen? Vgl. dazu Sammelgarage-Fall bei Nr. 12 A 43. Könnte nicht vielmehr im Unterlassen der Einforderung des Warenpreises für die verborgene Ware eine eigenständige Vermögensverfügung der Kassiererin erblickt werden? Wenn man daher richtigerweise (zumindest auch) Betrug annimmt, hätte sich vorliegend der A eines versuchten Betruges schuldig gemacht. Doch wäre für den *Schuldspruch* zu differenzieren:

75 – Der Betrug tritt nur dann in Erscheinung, wenn man zuvor ein Diebstahlsdelikt verneint hat (Fall A 71).

76 – Wurde dagegen Diebstahl angenommen (Fall A 70), so tritt der nachfolgende „Sicherungsbetrug" auf Konkurrenzebene als straflose Nachtat zurück (vgl. Nr. 5 A 60).

3. Speziell zur Abgrenzung von § 242 gegenüber **Leistungserschleichung** (**§ 265 a**) vgl. Spielautomaten-Fall OLG Stuttgart NJW 1982, 1659 m. Anm. Albrecht JuS 1983, 101, Schulz NJW 1981, 1351.

Schrifttum: Allgemein zu **Diebstahl** vgl. die Schrifttumshinweise zu Nr. 1. Zu **Einzelfragen,** insbes. zu **Gewahrsamsbruch in Selbstbedienungsläden** vgl. *Cordier,* Diebstahl oder Betrug in Selbstbedienungsläden, NJW 1961, 1340; *Geilen,* Wegnahmebegriff und Diebstahlsvollendung, JR 1963, 446; *Gössel,* Über die Vollendung des Diebstahls, ZStW 85 (1973), 591; *Herzberg,* Verkauf und Übereignung beim Selbstbedienungstanken, NStZ 1983, 251; *H. Mayer,* Zum Begriff der Wegnahme, JZ 1962, 617; *Otto,* Zur Abgrenzung von Diebstahl, Betrug und Erpressung bei der deliktischen Verschaffung fremder Sachen, ZStW 79 (1967) 59; *Welzel,* Der Gewahrsamsbegriff und die Diebstähle in Selbstbedienungsläden, GA 1960, 257; *Wimmer,* Diebstahl mittels Verbergens, NJW 1962, 609.

Speziell zum *Automaten-Fall* BGH MDR 1952, 563 vgl. *Dreher* ebenda; zum *Ladentür-Fall* BGH NJW 1968, 662 vgl. *R. Schmitt* JZ 1968, 307; zum *Münzfernseher-Fall* BGHSt 22, 180 vgl. *Kohlhaas* LM Nr. 18 zu § 246 StGB; zum *Oberlehrerin-Fall* BayObLG NJW 1961, 978 vgl. *Schröder* JR 1961, 189; zum *Schlafzimmer-Fall* BGH JR 1963, 466 vgl. *Geilen* JR 1963, 446; zum *Schrott-Fall* BGHSt 4, 132 vgl. *Krumme* LM Nr. 6 zu § 250 StGB; zum *Münchner Selbstbedienungs-Fall* vgl. *Geier* LM Nr. 34 zu § 242.

Zueignungsbegriff – Substanz- und Sachwerttheorie – Furtum usus – Subsumtionsirrtum

OLG Celle NJW 1967, 1921: **Krimi-Fall**
1 Ss 10/67 vom 16. 3. 1967

SV **Sachverhalt:** Der Philosophiestudent A entnahm dem Buchverkaufsstand eines Warenhauses einen neuen Kriminalroman und steckte ihn in seine Rocktasche. Da er dabei beobachtet wurde, konnte er beim Verlassen des Warenhauses gestellt werden. Gegen seine Verurteilung wegen Diebstahls durch das AG brachte er unwiderlegt vor, daß er das Buch nur habe durchlesen und dann zurückbringen wollen. Von einem Jura-Studenten will er erfahren haben, daß ein Gebrauchsdiebstahl nicht strafbar sei. Diese den meisten Menschen unbekannte Tatsache habe er ausnutzen wollen. Wohl könne man ihm einen Vorwurf moralischer Art machen, ein Dieb sei er jedoch nicht, denn er habe nicht mit Zueignungsabsicht gehandelt.

P **Zur Problemstellung:** Vermag A damit durchzudringen?

– Nach welchen Kriterien unterscheidet sich (grundsätzlich strafloser) *furtum usus* von Diebstahl?

– Worin sind die wesentlichen Elemente der *Zueignung* zu erblicken? Kommt es etwa auf dauernde Aneignung der entwendeten Sache an? Oder könnte bereits die Entziehung des Sachwertes ausreichen?

– Könnte etwa durch das einmalige Lesen des Buches diesem sein *Sachwert* entzogen worden sein? Oder bleibt es dadurch in seinem Wert unberührt?

– Inwieweit ist von Bedeutung, daß A sein Verhalten für straflos hielt?

Das OLG hat die Verurteilung wegen Diebstahl bestätigt und dies folgendermaßen begründet:

E 1 **Aus den Gründen: [1921]** Das AG hat zur Zueignung ausgeführt: „Der wirtschaftliche Wert eines neuen Buches für einen Buchhändler oder sonstigen Gewerbetreibenden liegt darin, daß es im neuen, ungebrauchten Zustand verkauft werden kann. Wenn ein Buch einmal gelesen ist, kann der Händler nicht mehr den vollen Preis beanspruchen. Dies weiß auch der A. Daß es ihm auch schon zur Tatzeit klar war, ergibt sich aus seiner Schutzschrift, in der er wörtlich ausführt: ‚Es erschien mir unzweckmäßig, einen Taschenkriminalroman zu kaufen, da solche Taschenbücher nach ihrer Lektüre m. E. keinen persönlichen Wert mehr repräsentieren; ihr einziger Wert liegt in der Vermittlung einer spannenden Geschichte.' Der A wollte das Buch lesen, es also in einer Weise verwenden, die einem Verbrauch gleichkommt. Ein Verbrauch liegt vor, wenn die Sache ihre wirtschaftliche Bestimmung nicht mehr erfüllen kann. Der A wollte sich den eigenartigen (spezifischen) Wert dieses neuen, zum Verkauf stehenden Buches zuführen. Das ist Diebstahl und keine Gebrauchsentwendung."

„Gegen diese Ausführungen sind rechtliche Bedenken nicht zu erheben.

2 **[1922]** Das Wesen der Zueignung war früher lebhaft umstritten. Teilweise wurde die ‚Substanztheorie', teilweise die ‚Sachwerttheorie' vertreten. Das RG hat in RGSt 61, 233 beide Theorien vereinigt und daran auch später festgehalten. Der BGH ist dem gefolgt. Nach der in Rspr. und Lehre jetzt h. A. besteht das Wesen der Zueignung darin, daß die Sache selbst oder doch der in ihr verkörperte Sachwert vom Täter dem eigenen Vermögen einverleibt wird (vgl. Schönke-Schröder, 12. Aufl. § 242 Rdnr. 45; LK, 8. Aufl. Vorbem. D vor § 242; OLG Braunschweig NdsRpfl. 50, 94; OLG Celle JR 64, 266 mit zust.
3 Anm. von Schröder). Dieser Begriff bedarf dann der Ergänzung, wenn er – wie hier – der Abgrenzung zwischen Gebrauch und (teilweisem) Verbrauch bedarf. Das RG hat hierzu ausgeführt (RGSt 44, 355/6f), ein Verbrauch liege dann vor, wenn die Sache infolge des Gebrauchs ihre wirtschaftliche Bestimmung *im wesentlichen* nicht mehr erfüllen könne, wenn sie deshalb im Verkehrssinne eine andere Sache geworden sei. Ein solcher Verbrauch sei jedoch dann nicht gegeben, wenn die Sache trotz des Gebrauchs, wirtschaftlich gesehen, weiterbestehe, so daß sie noch als dieselbe gelte wie vorher, wenn auch
4 vielleicht mit gewissen Abnützungsmängeln behaftet. Tatbestandsmäßige Zueignung liegt danach nur vor, wenn die Sache für ihre Zweckbestimmung unbenutzbar geworden ist (LK, aaO; Schönke-Schröder, aaO Rdnr. 51; Maurach, Besonderer Teil, 4. Aufl., § 26 III C Ia bb; Welzel, Das Deutsche Strafrecht, 7. Aufl., S. 290; OLG Braunschweig, aaO; OLG Hamm JMBlNRW 62, 110) oder – um es mit Rudolphi (GA 1965, 31/9) auszudrücken – wenn eine solche Benutzung erfolgt ist, die der Sache ihre Funktionsfähigkeit in einer bestimmten Richtung endgültig entzieht. Nach Auffassung des Senats kann es nun keinem Zweifel unterliegen, daß neuwertige Sachen, die vom Eigentümer wirtschaftlich für den Verkauf als neue Sachen zum Verkauf bereitgestellt werden, infolge des Gebrauchs

E aber nicht mehr als neuwertig angesehen werden können, ihre ursprüngliche wirtschaft-
5 liche Funktion – und zwar für dauernd – nicht mehr erfüllen können, weil es sich nunmehr um Gebrauchtwaren handelt. Das fabrikneue Kraftfahrzeug des Autohändlers wird zum Gebrauchtwagen, neue Bekleidungsstücke können nach Gebrauch nur im Altwarengeschäft Verwertung finden, gebrauchte Bücher werden in das Antiquariat überführt. Diese Beispiele ließen sich für weite Bereiche des Handels vermehren. Hiernach ist die Annahme des Amtsrichters, der A habe sich das Buch – objektiv gesehen – rechtswidrig
6 zugeeignet, frei von Rechtsirrtum. Das Buch sollte von der Firma K – wie von jedem Buchhändler – als neues Buch verkauft werden. Als solches wird es zum Verkauf angeboten; der Käufer will dementsprechend auch ein neues Buch erwerben, wenn er hier kauft.
7 Das Buch wäre in einem für den Verkäufer wesentlichen Wert gemindert, wenn der A es gelesen hätte. Hierdurch hätte dieser es auch zu seinem eigenen Vorteil verwertet; denn er hätte die Mittel erspart, die er aufwenden müßte, wenn er sich das Buch zum Lesen auf andere Weise verschaffen müßte.

8 Daran macht der Einwand der Revision keinen Unterschied, daß Bücher in Buchhandlungen und Warenhäusern vom Publikum in die Hand genommen, durchgeblättert und abschnittsweise gelesen zu werden pflegen. Alles dies geschieht *mit Wissen und Willen* des Verkäufers zum Zwecke der Auswahl. Diese Art der Benutzung ist regelmäßig nicht so intensiv, wie wenn das gesamte Buch gelesen wird, eine Wertminderung tritt hierdurch kaum oder gar nicht ein. Das Buch kann seine wirtschaftliche Bestimmung noch erfüllen. Möglicherweise muß der Verkäufer die wirtschaftliche Bestimmung des Buches als eines neuen ändern, wenn es infolge Unvorsichtigkeit des Verkäufers oder des Publikums beschädigt oder beschmutzt wird. Darauf kommt es hier aber nicht an, da es sich nach den Feststellungen um ein neues, nicht um antiquarisches oder im Preis herabgesetztes Exemplar gehandelt hat.

9 Der A hat sich über die tatsächlichen Voraussetzungen der ihm vorgeworfenen strafbaren Handlung nicht in einem Irrtum befunden. Er kannte alle Tatumstände: Ihm war bewußt, daß er ein neues, zum Kauf angebotenes Buch widerrechtlich fortnahm und daß dieses nicht mehr neuwertig war, wenn er es – wie er sich eingelassen hat – zurückgebracht hätte, nachdem er es gelesen hatte. Dem A war auch bekannt, daß das Buch für die Firma K dann im Wert gemindert war, weil sie es dann nicht mehr als neu hätte anbieten können. Gleichwohl war sein Wille darauf gerichtet, das Buch zwecks Ausnutzung seines Wertes an sich zu nehmen. Damit spiegelte sich in der Vorstellung des A die objektiv vorliegende Zueignung wider. Er handelte danach in Zueignungsabsicht ...

10 **[1923]** Der A hat nach seiner unwiderlegt gebliebenen Einlassung allein darüber geirrt, daß sein Verhalten als strafbare Zueignung zu werten ist. Dabei kann ... dahinstehen, ob die Belehrung durch den Rechtsstudenten lediglich allgemein die Definition des furtum usus betraf oder ob der Student speziell die Wegnahme eines neuen Buches als straflosen Gebrauchsdiebstahl angesehen hat. Dieser Irrtum ist – entgegen dem AG – unbeachtlich, da der A nach den getroffenen Feststellungen das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit hatte. Das Unrechtsbewußtsein bedeutet nämlich weder die Kenntnis der Strafbarkeit noch die Kenntnis der das Verbot enthaltenden gesetzlichen Vorschrift. Es genügt, wenn – wie der A – der Täter, zwar nicht in rechtstechnischer Beurteilung, aber doch in einer seiner Gedankenwelt entsprechenden allgemeinen Wertung das Unrechtmäßige der Tat erkennt (BGHSt 2, 194/202).

11 Mit Recht hat der Amtsrichter auch angenommen, daß der Diebstahl vollendet ist. Als der A das Buch in Zueignungsabsicht in seine Rocktasche steckte, schloß er allein durch diesen tatsächlichen Vorgang die Sachherrschaft des Bestohlenen aus und begründete eigenen ausschließlichen Gewahrsam. Daß der A bei der Wegnahme beobachtet worden war, ändert hieran nichts. Dies gibt dem Geschädigten lediglich die Möglichkeit, den ihm bereits entzogenen Gewahrsam wiederzuerlangen (vgl. BGHSt 16, 271/4)."

A Zur Erläuterung und Vertiefung:

1 1. Hinsichtlich der für Diebstahl erforderlichen **Wegnahme** stellen sich hier an sich die gleichen Fragen wie im vorangegangenen Selbstbedienungs-Fall Nr. 2: Zwar hat A durch Einstecken des Buches den Gewahrsam des Warenhauses gebrochen und eigenen begründet. Da er jedoch dabei durch das Verkaufspersonal beobachtet wurde, ist die Wegnahme*vollendung* zweifelhaft. Immerhin wurde sie aber auf der Basis der h. M. (E 11) folgerichtig bejaht (vgl. Nr. 2 A 60ff).

2 2. Über die *gewahrsams*bezogene *Wegnahme*handlung hinaus, muß jedoch noch ein *eigentums*bezogenes Element hinzukommen: die **Absicht rechtswidriger Zueignung.** Im Unterschied zum objektiven Wegnahmeelement handelt es sich beim Zueignungselement um ein *subjektives* TBmerkmal. Wie bei anderen „erfolgskupierten Delikten" braucht daher auch beim Diebstahl der Erfolg (der Zueignung) nicht unbedingt objektiv einzutreten; vielmehr genügt für Diebstahlsvollendung bereits, daß mit der Wegnahme jener Erfolg angestrebt wird. Insofern unterscheidet sich der Diebstahl auch von der

A Unterschlagung, wo die Zueignungsabsicht zumindest objektiv manifestiert sein muß (Nr. 5 A 11).

3 Von den **vier Elementen** dieses subjektiven TBmerkmals: nämlich der auf (a) rechtswidriges (b) sich (c) Zueignen gerichteten (d) Absicht, war vorliegend nur das Zueignungselement (c) problematisch. Dieses bedarf sowohl hinsichtlich seiner Struktur und seines Inhalts (I) wie auch seiner Abgrenzung von sonstigen Formen der Sachentziehung (II) einer näheren Analyse. Dagegen ist sowohl die Absicht (d) wie auch die Rechtswidrigkeit (a) des Sich-Zueignens (b) hier nur kurz zu streifen (III–V), um dann im Moos-raus-Fall Nr. 4 näher erörtert zu werden.

4 **I. Struktur und Inhalt des Zueignungsbegriffs.**

Da es zunächst nur um Struktur und Inhalt der Zueignung geht, sind die nachfolgenden Erörterungen sowohl für *Diebstahl* wie auch für *Unterschlagung* von Bedeutung.

5 **A.** Nach der sog. *„Frank'schen Formel"*, von der auch hier das OLG ausgegangen ist, besteht das **Wesen** der Zueignung darin, daß „die Sache selbst oder doch der in ihr verkörperte Sachwert vom Täter dem eigenen Vermögen einverleibt wird" (E 2). Um diese – scheinbar komplette und klare – Formel, wie sie als Ergebnis einer langen Entwicklung heute in der Tat vorherrschend ist (vgl. aber auch A 23), in ihrer Komplexität voll durchschauen zu können, wird man zunächst zwischen dem Zueignungs*ziel* (B), der *Struktur* des Zueignungsvorgangs (C) und dem *Objekt* der Zueignung (D) zu unterscheiden haben, wenn auch letzlich alle diese Elemente doch wieder in ihrer inneren Verknüpfung zu sehen sind (E).

6 **B. Zueignungsziel.** Im Unterschied zum Betrug, wo der Täter mit „Bereicherungs"-absicht handeln muß, ist beim Diebstahl speziell von „Zueignung" die Rede. Damit muß offenbar etwas anderes als bloße Vermögensmehrung gemeint sein, und zwar ein spezifisch auf *Eigentums*erlangung gerichtetes Handeln. Zwar kann der Täter wegen der Rechtswidrigkeit seines Handelns keinesfalls *rechtswirksam* Eigentum erlangen; dies schließt jedoch nicht aus, daß er ein Sachherrschaftsverhältnis anstrebt, das *faktisch* einer Eigentümerstellung gleichkommt, d. h. ihm die tatsächliche Möglichkeit einräumt, ähnlich dem Eigentümer nach § 903 BGB mit der weggenommenen Sache „nach Belieben zu verfahren und andere von jeder Einwirkung auszuschließen". Erforderlich ist daher ein **„se ut dominum gerere"**: Der Täter muß durch die Zueignung eine quasi-Eigentümerstellung erlangen (wollen).

7 **1.** Daraus ergibt sich bereits ein erstes konstitutives Zueignungskriterium: Was auch immer darüber hinaus noch wesentlich sein mag, von Zueignung kann jedenfalls nur dann die Rede sein, wenn sich der Täter nicht nur eine Benutzer- oder Besitzerstellung anmaßt, sondern sich gerade als **„Eigentümer"** geriert. Dieses **formale** (weil auf die Form der erstrebten Position abstellende) Zueignungskriterium wird vor allem in Fällen problematisch, in denen der Täter beim Verlust geliehener Sachen den Ersatzanspruch des Eigentümers durch andere deliktisch erlangte Gegenstände zu befriedigen sucht. Beispielhaft dafür etwa der *Dienststiefel-Fall* **OLG Hamm NJW 1964, 1427:**

8 Dort waren einem Soldaten bei Eintritt in die Bundeswehr Stiefel zur Verfügung gestellt worden, für deren Verwahrung er selbst verantwortlich war. Da ihm diese Stiefel 6 Wochen vor dem Entlassungstag abhanden gekommen waren, entwendete er aus dem verschlossenen Spind eines im Urlaub befindlichen Stubenkameraden dessen bundeswehreigenen Stiefel und gab sie als angeblich ihm überlassene auf der Kompaniekammer zurück. Das OLG glaubte Zueignung bejahen zu können und führte hinsichtlich der Anmaßung einer Eigentümerstellung im wesentlichen aus:

[1429] „Die Abgabe eines in fremdem Eigentum stehenden Ersatzstückes anstelle des Orginals zur Erfüllung der Rückgabepflicht setzt aber eine Zueignung des Ersatzstückes, d. h. eine Verfügung aufgrund einer angemaßten Stellung als Eigentümer stets voraus, denn über das fremde Ersatzstück kann rechtmäßig nur in Übereinstimmung mit dem Willen des Eigentümers verfügt werden."

9 – Aber: Ganz ungeachtet der Frage, ob und welches spezifische Objekt dem Eigentümer denn eigentlich entzogen sein soll, wenn ihm zur Vertuschung eines Ersatzanspruches eine eigene Sache zurückgegeben wird (dazu A 41), inwieweit tritt in derartigen Fällen der Täter tatsächlich als „Eigentümer" auf? Kann dafür, wie offenbar das OLG Hamm meint, schon jedwedes Umgehen mit der Sache genügen, das, um rechtlich wirksam zu sein, der Zustimmung des Eigentümers bedürfte? Wäre das dann nicht auch bei bloßem Besitz oder Gebrauch der Sache der Fall? Wo aber wäre dann die Grenze zum straflosen furtum usus zu ziehen? Dieser Verwässerung des formalen Eigentümeranmaßungskriteriums wird man nur dadurch entgegensteuern können, daß man ein

A nach außen erkennbares *Auftreten des Täters als Eigentümer* verlangt. Und das war im Dienststiefel-Fall gerade nicht geschehen: denn statt sich einer Eigentümerstellung zu berühmen, hat der A ganz im Gegenteil das Eigentum des Staates sogar anerkannt, indem er sich lediglich als rechtmäßiger Gewahrsamsinhaber gerierte. Daher wäre Diebstahl zu verneinen gewesen (eingehend Eser JuS 1964, 477/81 ff); i. Erg. ebenso Bockelmann II/1 § 3 II 2 b, Krey II Fall 15, M-Schroeder II/1 § 34 III C 1 c cc, Wessels II/2 § 2 IV 4 g sowie inzwischen auch BGHSt 19, 387/8, freilich mit der im Vordergründigen verhafteten Begründung, daß der Täter statt des Zueignungs- lediglich Täuschungswillen gehabt habe. Weiteres Beispielsmaterial bei S/S-Eser § 242 Rn. 46, 49.

10 2. Indes: Wie gerade auch der zuvor erörterte Fall zeigt, bietet das Kriterium des „se ut dominum gerere" für sich allein nur eine leerformelhafte Leitlinie, die insbesondere auch dort versagt, wo es um die Abgrenzung der Zueignung von bloßer **Gebrauchsanmaßung** geht. Denn wenn das äußere Erscheinungsbild der Gebrauchsanmaßung dem einer Eigentumsanmaßung praktisch gleichkommt, wonach und mit welchen weiteren Kriterien soll dann bestimmt werden, wann von der Anmaßung einer „Quasi-Eigentümerstellung" gesprochen werden kann? Dazu ist eine weitere Ebene in die Betrachtung einzubeziehen:

11 C. Die **Struktur** des Zueignungs-**Vorgangs.** Ähnlich der Wegnahme ist auch die Zueignung ein *zweiseitiger* Vorgang, dessen beide wesentlichen Komponenten bereits von *Binding* herausgestellt wurden:

– einerseits die **„Enteignung"** des *Eigentümers,* indem ihm die Sache dauernd entzogen wird. Hinsichtlich dieser *negativen* Komponente besteht kein wesentlicher Unterschied zu den Sachentziehungs- bzw. Sachzerstörungsdelikten. Beim Diebstahl jedoch muß noch ein weiteres Moment hinzukommen, nämlich

12 – andererseits die **„Aneignung"** durch den *Täter,* indem dieser die Sache in sein eigenes Vermögen einverleibt. Durch dieses *positive* Aneignungsmoment wird der Diebstahl zu einem Verschiebungsdelikt (ohne daß dies jedoch – entgegen einer Mindermeinung – unbedingt voraussetzt, daß die Enteignung gerade *durch* die Aneignung erfolgt: vgl. Tenckhoff JuS 1980, 724).

13 Freilich sind auch durch diese Analyse des Zueignungsvorgangs zunächst nur Leerformeln gewonnen, denn: wann etwa kann in Fällen wie dem vorliegenden, in denen die Sache nach vorübergehendem Gebrauch wieder an den Eigentümer zurückgelangt, von dessen „Enteignung" die Rede sein? Oder: Was eigentlich (und auf welche Weise) wird in das Vermögen des Täters einverleibt: die Sache selbst? oder ihr wirtschaftlicher Wert? oder ein sonstiger Funktionswert? Diese Fragen lassen sich erst beantworten, wenn man noch einen Schritt weitergeht und die Fragen nach dem eigentlichen Objekt dieses Enteignungs- Aneignungsvorganges stellt:

14 D. Das **Objekt** der Zueignung: Worin war dieses vorliegend zu erblicken? Mit dieser Frage ist – wie auch vom OLG schon kurz angedeutet (E 2) – zugleich der Streit um die „Substanz"- und „Sachwerttheorie" aufgeworfen. Um die Kernpunkte dieses Streits zu verdeutlichen, empfiehlt sich ein Blick in die Entwicklungsgeschichte der Zueignungslehre (näher dazu Schaffstein GS 1933, 292 ff; Maiwald, Zueignungsbegriff 39 ff).

15 1. Geht man vom Wortlaut des § 242 aus, so scheint als Objekt der Zueignung allein die *Sache selbst* in Betracht zu kommen. Nach dieser (zunächst vorherrschenden) **„Substanztheorie"** wurde eine Zueignung vor allem in jenen Fällen verneint, in denen der Sache lediglich ein ihr innewohnender Wert entzogen wurde, während sie selbst in ihrer körperlichen Substanz beim Eigentümer verblieb oder jedenfalls nach vorübergehen-
16 dem Gebrauch wieder an ihn zurückgelangte. Das würde etwa in den *Sparbuch-Fällen* praktisch, in denen der Täter ein Sparbuch entwendete, sich daraus von der Bank einen Betrag auszahlen und alsdann das Buch plangemäß wieder an den Inhaber zurückgelangen ließ: Wohl war diesem dadurch ein in jenem Legitimationspapier verkörperter Forderungswert entzogen, nicht dagegen das Sparbuch in seiner körperlichen Substanz. Stellt man daher streng auf die Einverleibung der körperlichen Sachsubstanz ab, so ist Zueignung schwerlich zu begründen (vgl. aber A 23). Die gleiche Frage stellt sich bei ähnlichen legitimationsartigen Zeichen, wie etwa in den *Biermarken-Fällen:*

17 In **RGSt 24, 22** erfolgte die Abrechnung zwischen Gastwirt und Kellnerin mit Hilfe von Biermarken, und zwar in der Weise, daß die K bei Dienstantritt eine größere Anzahl von Marken ausgehändigt erhielt, von welchen sie für jeden Krug Bier jeweils eine Marke zurückzugeben hatte. Von dem von den Gästen eingezogenen Geld hatte sie dann die Differenz zwischen den ihr anfangs ausgehändigten und am Schluß noch verbliebenen Biermarken entsprechend zu bezahlen. Um ihre eigene Kasse aufzubessern, nahm sie

A eigenmächtig zusätzliche Marken weg, so daß sich die Abrechnungsdifferenz zu ihren Gunsten veränderte. In stillschweigendem Anschluß an die damals vorherrschende Substanztheorie – was freilich in der komplizierten Begründung nicht ganz deutlich wird – glaubte das RG Zueignung verneinen zu müssen, denn:

[23] Die K „trug bei der Wegnahme nicht die Absicht, über die ein bloßes Zählmittel bildenden Marken nunmehr unter Eingriff in das dem Wirte an ihnen zustehende Eigentumsrecht eine zur ausschließlichen Zuständigkeit desselben als Eigentümer stehende Verfügung zu treffen, sondern sie beabsichtigte ohne Eingriff in sein Eigentum die Marken vor ihm zu verheimlichen, bis sie sich mittels ihrer am Schenktisch das Bier verschafft gehabt hätte, dessen sie zur betrüglichen Verrechnung mit dem Wirte bedurfte."

Kurz: der Gebrauch der Biermarken als Täuschungsmittel könne Betrug, nicht aber Diebstahl begründen. Demgemäß hätte Entsprechendes für alle Fälle zu gelten, in denen die Sache selbst dem Eigentümer lediglich vorübergehend entzogen wird, auch wenn sie dabei etwa ihren Sachwert einbüßt.

18 2. **Sachwerttheorie.** Es konnte nicht ausbleiben, daß jene starre Fixierung auf die Sachsubstanz bald als zu eng empfunden wurde. Denn müßte dann nicht in den Sparbuchfällen der Täter sogar straffrei ausgehen, wenn er, wie üblich, ohne weitere Legitimationsprüfung das Geld ausgehändigt erhält, also mangels einer Täuschungshandlung auch Betrug zu verneinen ist? (so konsequent M-Schroeder II/1 § 34 III C 1 c cc). Doch ganz abgesehen von diesen Strafbarkeitslücken: geht die „Substanztheorie" nicht einfach an der Verkehrsauffassung und den wirtschaftlichen Realitäten vorbei, wenn man bedenkt, daß es dem Dieb wie auch dem Eigentümer im Grunde gar nicht so sehr auf die körperliche Sache selbst, sondern primär auf den darin verkörperten Wert ankommt? Müßte dann nicht auch für Zueignung die Erlangung des Sachwertes ausreichen? Derartigen kriminalpolitischen Erwägungen, wie sie erstmals von Gleispach und Sauer zugunsten einer *wirtschaftlichen Sachwertbetrachtung* angestellt wurden, konnte sich auch die Rechtsprechung nicht länger verschließen. Nach ersten Andeutungen im Sparbuch-Fall RGSt 26, 151/3 kam der entscheidende Durchbruch zur sog. *Sachwerttheorie* im 2. Biermarken-Fall **RGSt 40, 10:**

19 Bei einem wesentlichen gleichen Sachverhalt wie in RGSt 24, 22 (A 17) wird nunmehr Zueignung bejaht; denn da der Dieb ohnehin kein Eigentum erwerben könne, **[12]** sei bei der Zueignung „nicht an rechtliche, sondern an wirtschaftliche Gesichtspunkte" ... zu denken: „Es braucht nicht auf einen Rechtserwerb abgesehen zu sein, vielmehr genügt die Erstrebung eines wirtschaftlichen Erfolges ... Unter der Absicht rechtswidriger Zueignung muß danach die Absicht verstanden werden, eine bewegliche Sache *wirtschaftlich* in ein dem Inhalte dieser *rechtlichen* Beziehungen *entsprechendes* Verhältnis zu bringen, d.h. ihrem *Sach(Substanz)-wert* nach dem *eigenen Vermögen tatsächlich* zuzuführen". **[13]** „Danach genügt es jedenfalls zur Erfüllung des Begriffs der rechtswidrigen Zueignung, wenn der Täter beabsichtigt, die fremde bewegliche Sache ihrem Sach-(Substanz)-werte nach für sich auszunutzen, sie in diesem Sinne für eigene Rechnung zu verwerten." Der den Biermarken entzogene Sachwert wurde schließlich in ihrem Tausch- und Zahlwert für das Bier erblickt.

20 Indes fragt es sich, ob mit dieser *„rein wirtschaftlichen Betrachtungsweise"*, wie sie etwa im Postanweisungs-Fall RGSt 49, 405/6 noch deutlicher zum Ausdruck kommt, das RG nicht unnötigerweise ins andere Extrem verfallen ist. Denn: Wie sind Fälle zu behandeln, in denen die Sache keinen wirtschaftlichen oder lediglich persönlichen Affektionswert hat? Wie die Fälle, in denen die Sache in anderer Weise als ihrem wirtschaftlichen Zweck entsprechend gebraucht wird (vgl. Fetischist-Fall OLG Hamburg MDR 1954, 697)? Grundsätzlich: Wird bei einseitiger Sachwertbetrachtung der Diebstahl nicht aus einem Angriff gegen Eigentum und Gewahrsam in einen solchen gegen das Vermögen umgedeutet? Wird nicht die Zueignungsabsicht in eine bloße Bereicherungsabsicht verfälscht?

21 3. Um derartigen Tendenzen entgegenzusteuern, versuchten Rspr. und Lehre, den Zueignungsbegriff wiederum stärker an den Gedanken des „se ut dominum gerere" zu binden, ohne jedoch dabei die Ausweitung auf den Sachwertgedanken aufzugeben. Dies ist durch die sog. **Vereinigungstheorie** geschehen, wie sie erstmals im Gerichtsvollzieher-Fall **RGSt 61, 228** anerkannt wurde:

Dort hatte ein Gerichtsvollzieher (GV), dessen Geschäfts- und Kassenführung völlig durcheinander geraten war, alle eingehenden Gelder in einen Topf geworfen und daraus nicht nur die Gläubiger, so wie sie zufällig kamen, sondern auch den eigenen Lebensunterhalt bestritten. Unstreitig war, daß Unterschlagung insoweit anzunehmen war, als der GV die Gelder zur eigenen Bedarfsdeckung entnahm. Aber war eine Zueignung auch darin zu erblicken, daß der GV den jeweils drängenden Gläubiger zuerst befriedigte, und

A zwar sowohl außer der Reihe als auch dann, wenn dessen Schuldner noch gar nicht geleistet hatte? Nach der rein wirtschaftlichen Sachwerttheorie wäre wohl Zueignung zu bejahen gewesen, da der GV die fremden Gelder benutzt hatte, um Schwierigkeiten mit seinen Auftraggebern zu vermeiden. Doch diese bloße Ausnutzung läßt nunmehr das RG nicht mehr als Zueignung gelten. Denn:

[232] „Richtig ist, daß es für die Vergehen des Diebstahls wie der Unterschlagung nicht notwendig auf eine Bereicherung des Täters anzukommen braucht. Ebensowenig genügt jedoch das eigenmächtige Verfügen über eine fremde Sache für den Zueignungsbegriff. Wer die in seinem Besitz befindliche oder die dem Besitzer entrissene Sache ins Feuer **[233]** wirft, begeht darum noch nicht Diebstahl oder Unterschlagung, obwohl er über den Gegenstand in einer regelmäßig nur dem Eigentümer zukommenden Weise verfügt und ihn damit dem Eigentümer dauernd entzieht. Das Wesen der Zueignung besteht darin, daß die Sache selbst, oder doch der in ihr verkörperte Sachwert, vom Täter dem eigenen Vermögen einverleibt wird. Dies kann freilich auch durch Zuwendung der Sache an einen Dritten geschehen (RGSt 57, 166/8). Wer aber, ohne das eigene Vermögen zu verändern, eigenmächtig über die Sache verfügt, eignet sie nicht sich zu, nützt ihren wirtschaftlichen Wert nicht für sich aus." ... Zwar sei im Verhalten des GV eine Verletzung seiner Pflichten zu erblicken. **[234]** „Solche pflichtwidrige Eigenmächtigkeit deckt sich indessen noch nicht mit dem Begriff der *Zueignung*. Wenn die Strafk davon spricht, der GV habe durch jene Befriedigungen von Gläubigern außer der Reihe über die Gelder ‚gleich einem Alleineigentümer' oder ‚wie über eigene verfügt', so trifft sie damit lediglich den Mißbrauch der tatsächlichen Verfügungsmacht, nicht die Anmaßung der Rechtsstellung des Eigentümers." (Deshalb wurde der GV insoweit nur der Untreue für schuldig befunden).

22 Diese *Vereinigungsformel,* nach der sowohl die Einverleibung der Sache selbst als auch des in ihr verkörperten Sachwertes eine Zueignung darstellt, wurde inzwischen zur h. M. in Rspr und Lehre: außer dem bei E 2 Angeführten vgl. ferner BGHSt 16, 190/2, Blei II § 52 II 3, D-Tröndle § 242 Rn. 18, Lackner § 242 Anm. 5 a aa, Heimann-Trosien LK § 242 Rn. 39 f, Wessels II/2 § 2 IV 2 b, mit je z. T. abw. Begründung. Krit. Samson SK § 242 Rn. 74 ff.

23 4. Allerdings sind die „Sachwerttheorie" und damit auch die Vereinigungsformel keineswegs unangefochten geblieben. Zwei der wichtigsten **Einwände:**

– Schon vom Grundsätzlichen her sei die Sachwerttheorie mit dem Wesen und Unrechtsgehalt der Eigentumsdelikte unvereinbar, da sie die Zueignung zu einer wirtschaftlichen *Vermögensbeschädigung* verwässere (so M-Schroeder II/1 § 34 III C 1 c cc).

– Zudem sei sie *praktisch überflüssig,* da die problematischen Sparbuch- und Biermarken-Fälle auch durch erweiternde Auslegung der Substanztheorie zu lösen seien; denn da bei den Legitimationspapieren der Papierbesitz mit Publizitätswirkung (§§ 808, 370 BGB) verknüpft sei, die dem Gutglaubensschutz (§§ 794, 932, 935 BGB) weitgehend gleichkomme und die Möglichkeit der Ausübung an den Papierbesitz knüpfe, bedeute die Inanspruchnahme der Rechte aus Legitimationspapieren praktisch die Ausübung einer Eigentümerposition am Papier und damit korrespondierend den Ausschluß des Berechtigten (Welzel § 46, 2 a), kurz: hier trete der Täter erkennbar als „dominus" auf (M-Schroeder aaO); im gleichen Sinne Rudolphi GA 1965, 33 ff.

24 Indes: schlägt diese zivilrechtliche Konstruktion tatsächlich auch bei einfachen Kennzeichen (wie z. B. Biermarken) durch? Ja, ist überhaupt richtig, daß die Einlösung verbriefter oder sonstwie zeichenhaft verkörperter Rechte von so feingesponnenen schuld- und wertpapierrechtlichen Überlegungen abhängen soll, wie sie etwa Maiwald für die Sparbuch-Fälle demonstriert hat (JA 1971, 579/84, 643)? Auch M-Schroeder (aaO A 23) scheint hier nur die Möglichkeit eines Betrugs zu sehen. Und grundsätzlich: wird durch Überbetonung der formalen Herrschaftsstellung nicht einfach der *materiale Wertgehalt des Eigentums* zu stark vernachlässigt? Nicht zuletzt um diesem interessebezogenen Aspekt des Eigentumsschutzes zum Durchbruch zu verhelfen, erscheint daher die Einbeziehung der Sachwerttheorie jedenfalls im Ansatz berechtigt – freilich vorausgesetzt, daß dem zu Recht kritisierten Ausufern der Sachwerttheorie wirksam begegnet wird. Damit ist deren Kernbegriff angesprochen:

25 5. Der Begriff des **„Sachwertes":** Selbst wenn man (wie hier) eine gewisse Materialisierung des Eigentumsbegriffs für richtig hält, so darf doch bei aller Anerkennung der wirtschaftlichen und sonstigen funktionalen Interessen, um derentwillen dem Eigentümer eine Herrschaftsmacht über die Sache eingeräumt wird, eben jenes formale Rückgrat des Eigentumsbegriffs nicht völlig aufgegeben werden, wenn nicht die Eigentumsdelikte in der Tat zu konturlosen Vermögensschädigungsdelikten verwässert werden sollen. Auch die neuere Rspr. droht dieser Gefahr immer mehr zu erliegen, wenn sie

A schon jede vermögensmehrende Benutzung oder Verwertung einer Sache als Zueignung deklariert. Dieser bedenklichen Tendenz ist, was sich auch noch bei Analyse des vorliegenden Urteils bestätigen wird, nur dadurch zu begegnen, daß eine Sachwertentziehung i. S. einer Zueignung nur insoweit bejaht wird, als der Sache über ihre allgemeine Verwendungsfähigkeit als Gebrauchs- oder Täuschungsmittel hinaus ein Wert entzogen wird, der *„nach Art und Funktion der Sache bestimmungsgemäß mit ihr verknüpft ist"* (Eser JuS 1964, 477/81). Im gleichen Sinne Blei II § 52 II 4, Bockelmann ZStW 65, 575, wenn sie vom „spezifischen Wert" der Sache sprechen; ähnlich Rudolphi GA 1965, 33/8ff: Entzug der „objektiv innewohnenden Funktionsmöglichkeiten der Sache", und wohl auch Paulus (Sachzueignung 163ff, 218ff), wenn er von Zueignung des „Zwecknutzens" spricht. Vgl. ferner Maiwald, bei dem Substanz- und Sachwerttheorie gleichsam „personalistisch" überhöht werden durch den Gedanken der „Willenswidrigkeit", wie sie in der gleichzeitigen Mißachtung der Eigentümerpersönlichkeit zum Ausdruck komme (Zueignungsbegriff insbes. 89ff).

Fazit: „Sachwert" ist nicht schon jeder denkbare wirtschaftliche Vorteil, der sich aus dem Gebrauch oder sonstigen Einsatz einer Sache erzielen läßt, sondern lediglich ihr spezifischer Funktionswert, kurz: nicht schon jedes „lucrum ex negotiatione cum re", sondern nur das *„lucrum ex re"* kann geeignetes *Objekt* einer *Zueignung* sein.

26 **E. Zusammenfassung der maßgeblichen Zueignungskriterien.** Bevor untersucht wird, inwieweit das OLG diesen von ihm selbst beschworenen Grundsätzen (E 4) treu geblieben ist, erscheint es nützlich, die sich aus der Analyse des Zueignungsziels, des Zueignungsvorgangs und des Zueignungsobjektes ergebenden Elemente zusammenzufassen. Danach sind in *praktischen Fallbearbeitungen* jeweils folgende Kriterien zu beachten:

27 **1.** Das *formale* Kriterium der *„Eigentumsanmaßung"*. Dieses ist in zweierlei Hinsicht von Bedeutung:

– Einerseits kann von einem „se ut dominum gerere" überhaupt nur dort die Rede sein, wo der Täter speziell als „Eigentümer" und nicht nur als Besitzer, Gebrauchsberechtigter oder dergleichen auftritt.

– Andererseits reicht aber die Anmaßung von Eigentümerrechten oder ein sonstiger pflichtwidriger Umgang mit der fremden Sache für sich allein noch nicht aus, um Zueignung zu begründen; denn sonst wäre etwa kaum noch eine Grenzziehung zum bloßen „Gebrauchsdiebstahl" möglich; vielmehr muß sich die Eigentumsanmaßung noch auf folgende Weise materialisieren:

28 **2.** Das *negative „Enteignungs"*-Kriterium: dem Eigentümer muß entweder die Sache selbst oder der in ihr verkörperte Wert entzogen werden, und zwar nicht nur vorübergehend, sondern auf Dauer (vgl. Anstaltsschlüssel-Fall BGH NStZ 1981, 63):

– Falls dies durch dauernde Entziehung der *körperlichen Sachsubstanz* selbst geschieht, wäre es überflüssig (wenn nicht gar fehlerhaft), stattdessen auf eine etwaige Sachwertentziehung abzustellen.

– Falls dagegen die Sache nach vorübergehender Verwendung durch den Täter planmäßig an den Eigentümer zurückgelangt, ist in der Regel nur über die *Sachwerttheorie* eine Zueignung zu begründen. Doch dies setzt wiederum zweierlei voraus:

– Es muß sich um die Entziehung eines Wertes handeln, der nach Art und Funktion der Sache gerade mit ihr bestimmungsmäßig verknüpft ist: *„spezifischer Funktionswert der Sache"*. Das wird bei Verwendung der Sache als bloßes Gebrauchs- oder Täuschungsmittel regelmäßig zu verneinen sein (vgl. aber auch A 33, 38).

– Ferner muß die Sache tatsächlich eine entsprechende *Werteinbuße* erlitten haben, und sei es auch nur gegenüber dem Eigentümer (letzteres wird namentlich bei den „Rückverkaufsfällen" bedeutsam: vgl. A 43); kurz: die Sache muß – ihres Wertinhaltes entleert – für den Eigentümer gleichsam als leere Hülse übrig bleiben.

29 **3.** Das *positive „Aneignungs"*-Kriterium: Infolge der Enteignung des Eigentümers muß entweder die Sache selbst oder der ihr entzogene Sachwert irgendwie in das Vermögen des Täters gelangt sein, kurz: diesem muß der entzogene Sachwert zugute gekommen sein. – Anders als auf Seiten der „Enteignung", die auf Dauer angelegt sein muß, genügt für die Aneignung auch schon eine vorübergehende Verwertung durch den Täter, wie z. B. bei sofortigem Weiterverschenken (vgl. Nr. 4 A 5).

30 **4.** *Unerheblich* sind dagegen etwaige *weitergehende Motive* des Täters: Gleichgültig, ob er die Sache (bzw. den entzogenen Sachwert) behalten, verbrauchen, veräußern, verschenken oder gar vernichten will, sofern er sie auch nur kurzfristig für sich verwer-

A tet und damit als Bestandteil seines eigenen Vermögens behandelt hat, ist das positive Zueignungsmoment zu bejahen. Instruktiv dazu Aktenentwendungs-Fall BGH NJW 1977, 1460 m. Anm. Lieder NJW 1977, 2272, Geerds JR 1978, 172 u. Joecks JA 1978, 524.

Nach dieser allgemeinen Grundlegung nunmehr zurück zum vorliegenden Fall: Wie sind danach dieser wie auch ähnliche Grenzfälle der Zueignung zu behandeln?

31 **III. Abgrenzung von sonstigen Formen der Eigentumsverletzung.**

1. Zueignung – Gebrauch – Verbrauch. Die damit aufgeworfene Frage nach der Abgrenzung zwischen (strafbarer) Zueignung einerseits und (straflosem) *furtum usus* andererseits stellt sich überall dort, wo der Täter die entwendete Sache nach vorübergehendem Gebrauch (wie hier nach vollständiger Lektüre) an den Eigentümer zurückgelangen läßt, nachdem er aus dem Gebrauch möglicherweise einen wirtschaftlichen Nutzen gezogen hat. Worin könnte dieser hier liegen? Und falls gegeben, ist darin eine Sachwertentziehung zu erblicken? Das OLG glaubte sich auf den Aspekt des Neuverkaufswertes beschränken zu können (E 4), während das AG offenbar mehr an „Verbrauch durch Lektüre" gedacht hatte (E 1). Um diese Sachwertproblematik in voller Differenziertheit zu erfassen, erscheint zunächst eine Abgrenzung gegenüber zwei anderen denkbaren Sachwerten nützlich: gegenüber dem allgemeinen Gebrauchswert des Buches als Sache einerseits und seinem spezifischen Lesewert andererseits.

32 a) Daß der **allgemeine Gebrauchswert** schwerlich als Objekt einer Zueignung taugen kann, drängt sich schon deshalb auf, weil sonst eine Grenzziehung zwischen Zueignung und Gebrauch völlig unmöglich würde. Zudem wird es bei bloßer Ausnutzung des Gebrauchswertes einer Sache meist auch am negativen Enteignungsmoment fehlen; denn bei Gebrauch der Sache durch den Täter allein tritt auf Seiten des Eigentümers noch nicht unbedingt ein Wertverlust ein.

33 – Das ändert sich erst dort, wo der Gebrauch der Sache zugleich zu deren *Verbrauch* führt, wie z. B. beim Abfahren von Reifen oder bei Stromentzug von einer Batterie. Daß in solchen Fällen die Grenze zwischen (noch straflosem) Gebrauch und (zueignungsbegründendem) Verbrauch sehr fließend sein kann, zeigt der *Heizungsdampf-Fall* **RGSt 44, 335:**

Dort versuchte ein Mieter seine Räume dadurch zu beheizen, daß er durch ein Nebenrohr die Zentralheizung anzapfte, den entzogenen Dampf aber nach Durchlauf durch seine Räume wieder in die Hauptleitung zurücklaufen ließ. Ausgehend davon, daß bloße Benutzung keine Zueignung begründe, führt das RG aus:

[336] „Dies [nämlich Verneinung der Zueignung] gilt auch dann, wenn die Benutzung eine Abnutzung der Sache zur Folge hat, vorausgesetzt jedoch, daß die Abnutzung nicht einem Verbrauche der Sache gleichkommt. Ein solcher Verbrauch liegt nicht vor, wenn die Sache trotz des Gebrauchs, wirtschaftlich angesehen, weiterbesteht, so daß sie noch als dieselbe gilt wie vorher, wenn auch vielleicht mit gewissen Abnutzungsmängeln behaftet. Ein Verbrauch liegt aber vor, wenn **[337]** die Sache infolge des Gebrauchs ihre wirtschaftliche Bestimmung im wesentlichen nicht mehr erfüllen kann, wenn sie deshalb im Verkehrssinn eine andere Sache geworden ist."

– Da dieser *Veränderungseffekt* entscheidend von den tatsächlichen Umständen des Einzelfalles abhängt, konnte das RG auch im Heizungsdampf-Fall keine endgültige Entscheidung treffen; denn dafür bedurfte es noch der Feststellung, ob der Heizdampf als noch verwendbar (dann strafloser furtum usus) oder als zu Heizzwecken nicht mehr verwendbar (dann zueignungsbegründender Verbrauch) zurückgelangt war.

Überträgt man diese Grundsätze auf den vorliegenden Fall, so wäre ein Verbrauch allenfalls dort anzunehmen, wo das Buch bei seiner Wanderung durch die ganze Sippe nicht nur ge- sondern *zer*lesen in den Bücherstand zurückgelangt. Kritisch zum Verbrauchsargument auch Deubner NJW 1967, 1921.

34 b) Wie aber steht es mit dem **inhaltlichen Lesewert** des Buches? Daß dieser von A ausgenutzt wird, ist schwerlich zu bezweifeln (insoweit zutr. E 1). Aber muß das zugleich bedeuten, daß damit das Buch seinen Lesewert *eingebüßt* hat? Wie bei anderen Sachwerten geistiger Art zeigt sich auch hier, daß diese u. U. vielen Menschen vermittelt werden können, ohne dadurch ihren Belehrungs-, Informations- oder Unterhaltungswert für den (gegenwärtigen oder künftigen) Eigentümer zu verlieren. Trotz Ausnutzung des Lesewertes durch A müßte daher hier ein entsprechender Lesewertentzug auf Seiten des E, also das *Enteignungsmoment*, verneint werden. – Das schließt freilich nicht aus, daß nicht auch Lese- oder Informationswerte einer Sache in zueignungsbegründender Weise entzogen werden könnten: So etwa bei Tageszeitungen, die dem Nachbarn erst am übernächsten Tag und damit nach Verlust ihres Aktualitätswertes,

A vor die Tür zurückgelegt werden (vgl. Schröder JR 1967, 390f), oder bei Briefen, deren Informationswert für den Berechtigten nutzlos wird, wenn sich auch andere davon Kenntnis verschafft haben. Vgl. dazu OLG Celle JR 1964, 266 mit insoweit zust. Anm. Schröder).

35 c) Demnach bliebe vorliegend allenfalls noch der Entzug des **Neuverkaufswertes,** auf den das OLG abgestellt hat; denn das Buch sei insoweit einer bestimmten „Funktionsfähigkeit" beraubt worden, als es entgegen seiner Zweckbestimmung nun nicht mehr als neuwertig verkauft werden könne (E 4, 6). Aber reicht das wirklich zur Annahme einer Zueignung aus? Dazu wird man den Auslegungs- und den Subsumtionsschritt auseinanderhalten müssen:

35a – Was die wirtschaftliche Neuverkaufswertigkeit einer Sache anlangt, wird man darin sicherlich einen bestimmungsgemäßen Funktionswert erblicken können. Daher war insoweit der *normative* Ansatz des OLG Celle, auf die weitere Verkaufsfähigkeit des Buches als neuwertig abzustellen, durchaus zutreffend. Insoweit zust. auch Schröder JR 1967, 390.

35b – Dagegen bleibt es eine auf *tatsächlicher* Ebene liegende *Subsumtions*frage, ob das Buch diesen Sachwert der Neuverkaufsfähigkeit allein schon durch das heimliche Lesen verloren hat. Daß dies hier eingetreten sein soll (E 6), ist eine nicht näher begründete und wohl auch nicht begründbare Behauptung. Insbesondere könnte der Vergleich mit Autos und Kleidern, die auch schon bei nur vorübergehender Benutzung zu „Gebrauchtwaren" herabsinken (so zu Recht E 5), hier nur dann durchschlagen, wenn ein vergleichbarer Effekt auch bei Durchlesen eines Buches eintreten würde. Daß dies im Buchwarengeschäft aber nicht der Fall ist, ja die zum An- oder Durchlesen animierenden Ansichtssendungen geradezu zum branchenüblichen Kundenservice gehören, hat das OLG selbst eingeräumt (E 8).

36 – Daher bliebe allenfalls die Frage, inwieweit es von Bedeutung sein könnte, daß eine derartige Probelektüre mit Wissen und Willen des Buchhändlers geschieht. Doch nicht nur, daß mit diesem Argument des OLG (E 8) die Frage der objektiven Sachwertentziehung auf die Ebene der subjektiven Willenswidrigkeit verschoben würde; auch erscheint bedenklich, daß damit der Diebstahl ausschließlich auf den Angriff gegen die Dispositionsfreiheit verkürzt würde (vgl. Schröder JR 1967, 390).

37 d) **Korrespondenzerfordernis.** Selbst wenn aber ein Verlust an Neuverkaufsfähigkeit, wie dies etwa bei „Vorführwagen" in entsprechenden Preisabschlägen allgemein zum Ausdruck kommt, auch bei Ansichtsbüchern eintreten würde und demgemäß immerhin das Enteignungskriterium zu bejahen wäre, könnte damit auch schon eine entsprechende Sachwert*aneignung* durch den Täter angenommen werden? Das OLG scheint dies hier damit bejahen zu wollen, daß A sich ansonsten notwendige Aufwendungen erspart habe (E 7). Indes: ist damit das Objekt der *Ent*eignung (Neuverkaufswertigkeit) eigentlich noch identisch mit dem Objekt der *An*eignung (Aufwendungsersparungen)? Wenn das OLG diese Frage überhaupt nicht gestellt hat, kann dies freilich kaum überraschen; denn die Forderung, daß zwischen dem Objekt der Enteignung und dem der Aneignung, wenn nicht Identität, so doch zumindest ein wertmäßiges Korrespondenzverhältnis bestehen müsse, ist erst in jüngerer Zeit artikuliert worden (vgl. Deubner NJW 1967, 1922; Schröder JR 1967, 390, Samson SK § 242 Rn. 78); dies aber wohl zu Recht. Denn wenn sogar bei den nach Saldovergleichen zu beurteilenden Vermögensdelikten eine Art „Stoffgleichheit" zwischen dem Vermögensschaden des Opfers einerseits und dem Vermögensvorteil des Täters andererseits verlangt wird (Nr. 14A 12ff), so erscheint ein derartiges Korrespondenzverhältnis bei den auf ein spezifisches Objekt ausgerichteten Eigentumsdelikten umso weniger verzichtbar. Und wenn man dessen Vorliegen hier mit Deubner aaO verneint, so wäre auch aus diesem Grunde die Annahme einer Zueignung falsch (i. E. ebenso Bockelmann II/1 § 3 II 2b, Otto II § 40 7d).

e) Zu weiteren Grenzproblemen zwischen Gebrauch-Verbrauch-Zueignung vgl. den Besorgungsfahrt-Fall Nr. 6.

38 2. Zueignung durch **Ausnutzung des Täuschungswertes** einer Sache? Auch diese Gruppe von Fällen, in denen der Täter die entwendete Sache als Täuschungsmittel benutzt, um vom Getäuschten eine Leistung zu erschleichen, bewegt sich noch im Grenzbereich zwischen Zueignung und bloßem Gebrauch. Die Lösung hängt auch hier weitgehend von den Umständen des Einzelfalles ab; doch lassen sich im Hinblick auf bestimmte kritische Punkte zumindest zwei typische Fallkonstellationen unterscheiden:

39 a) Das *Fehlen* einer *Eigentumsanmaßung:* Beispielhaft dafür der *Finderlohn-Fall* **RGSt 55, 59,** wo der Täter einen entlaufenen Hund dem Finder wegnahm und dem

A Eigentümer zurückbrachte, um dafür selbst den Finderlohn zu ernten. Das RG hat unter Billigung durch die Lehre (vgl. M-Schroeder § 34 III C 1 c bb) Zueignung verneint, weil im Erstreben des Finderlohnes nicht ein Ausnutzen des wirtschaftlichen Wertes des Hundes erblickt werden könne. Das kann im Grunde nichts anderes heißen, als daß der *Fundwert* einer Sache kein spezifischer Sachwert und damit auch kein taugliches Zueignungsobjekt sei (Wessels II/2 § 2 IV 4 g). So richtig das ist, so hätte freilich Zueignung auch schon damit verneint werden können, daß der Täter ohnehin *nicht* als *Eigentümer*, sondern nur als Finder des Hundes auftrat und es damit bereits am *formalen* Kriterium der Eigentumsanmaßung fehlte.

41 – Ähnlich liegt die Sache in Fällen, in denen der Täter Regreßansprüchen dadurch zu entgehen versucht, daß er einem anderen Entleiher dessen Leihsache wegnimmt, um sie als die ihm selbst überlassene Sache zurückzugeben. Selbst wenn man hier den *Täuschungswert* der Sache als spezifischen Sachwert anerkennen wollte (vgl. aber demgegenüber A 43), würde es für eine Zueignung doch bereits an einer formalen Eigentumsanmaßung fehlen (vgl. A 8 zum Dienststiefel-Fall).

42 – Anders hingegen lagen die Dinge im *Flaschenpfand-Fall* **BayObLGSt 1960, 187,** wo der Täter die von einem anderen bereits zu Eigentum erworbenen Flaschen wegnahm, um durch Rückgabe der Flaschen bei einem Gastwirt das Pfandgeld zu kassieren. Nicht nur, daß dort der Täter als Eigentümer (und nicht nur – wie dies sonst bei Flaschenpfand die Regel sein wird – als bloßer Entleiher) auftrat und zumindest den *Pfandwert* der Flaschen ausnutzte; auch wäre richtigerweise bereits über die Substanztheorie Zueignung anzunehmen gewesen, da die Flaschen schon durch die Wegnahme ihrer Substanz nach dem Eigentümer bereits endgültig entzogen waren und die Pfandeinlösung daher eigentlich nur noch eine Verwertungshandlung darstellte.

43 b) Wie aber ist in jenen Fällen zu entscheiden, in denen der Täter zwar als Eigentümer auftritt, aber lediglich den Tausch- oder *Täuschungswert* der entwendeten Sachen für sich ausnutzt? Diese Frage stellt sich vor allem in den sog. **Rückverkaufsfällen,** wie beispielsweise im *Getreide-Fall* **RGSt 57, 199,** wo ein Lagerarbeiter einige Säcke Getreide entwendete, um sie über einen Hehler an den ahnungslosen Eigentümer zurückzuverkaufen. Das RG hatte keine Bedenken, über die damals einseitig vorherrschende Sachwerttheorie Zueignung anzunehmen:

> **[199]** „Denn es kommt für die Annahme der Zueignungsabsicht nicht darauf an, daß der Dieb den Willen hat, die gestohlene Sache dauernd dem Eigentümer zu entziehen und sie dauernd für sich zu behalten, vielmehr besteht das Wesen der Zueignung in dem Willen des Täters, die fremde Sache ihrem Sachwerte nach für sich auszunutzen und sie in diesem Sinne zu seinem eigenen Vorteil zu verwerten."

Daß hier jedenfalls eine *formale* Eigentumsanmaßung vorliegt, indem der Täter als Verkäufer einer ihm gehörigen Sache auftritt und damit überhaupt erst einen (Schein)-Grund für die „Eigentumsübertragung" schafft, wird schwerlich zu bezweifeln sein (vgl. aber Maiwald, Zueignungsbegriff 111 ff), aber für sich allein nicht ausreichen können; denn hinzukommen muß ja noch das materielle Entziehungsobjekt. Daß dafür die Sachsubstanz als solche, die ja gerade an den Eigentümer zurückgelangen soll, nicht in Betracht kommt, ist auch Wessels entgegenzuhalten; denn wenn der Eigentümer seine Sache gleichsam nur als eine für ihn „neue" erwerben könne (NJW 1965, 1156 f), so liegt in dieser Feststellung im Grunde nur – was auch Wessels einräumt – eine andere Wendung des formalen Eigentumsanmaßungsaspekts.

44 – Demnach bleibt nur noch der vom RG beschrittene Weg über eine Sachwertentziehung. Aber welcher spezifische Wert der Sache käme dafür in Frage? Wohl nur der *allgemeine Verkaufswert.* Aber ist dieser der Sache denn überhaupt entzogen worden (zweifelnd Maiwald aaO), ja noch mehr: kann der Gegenwert einer Sache überhaupt als ein in ihr verkörperter Sachwert anerkannt werden? Die starken Bedenken hiergegen von Schröder JR 1965, 27 sind sicherlich insoweit berechtigt, als die Sachwerttheorie in der Tat jegliche Konturen verlieren müßte, wenn jedwede wirtschaftliche Nutzbarkeit einer Sache als „spezifischer Sachwert" anerkannt würde. Trotzdem fragt es sich, ob dieses Bedenken auch gegenüber dem Eigentümer durchschlägt, für den die Hauptfunktion einer Ware ja gerade in ihrem Verkaufswert besteht; und dieser ist ihm jedenfalls dann entzogen, wenn er ihn aufgrund der Entwendung und des käuflichen „Rückerwerbs" nicht mehr realisieren kann (zust. Krey II Fall 16). Das gilt selbst, wenn er die Ware seinerseits wieder weiterverkauft, weil er damit praktisch nur das „Loch des Rückerwerbs" wieder stopfen könnte. Entsprechendes wird auch für jene Fälle zu gelten haben, in denen der Täter eine Schuld mit Geld begleicht, das er zuvor dem Gläubiger selbst entwendet hatte (vgl. RMG 22, 132). Im Ergebnis ebenso Zueig-

A nung bejahend die h. M.: vgl. u. a. Frank, Rudolphi, Welzel, Wessels II/2 § 2 IV 4c, Heimann-Trosien LK § 242 Rn. 59 m. N.

45 c) *Fazit:* Jedenfalls bleibt aufgrund der vorangehenden Fälle festzuhalten, daß die einzelnen Zueignungskriterien jeweils einer differenzierten Betrachtung bedürfen. Das gilt in besonderem Maße für den Sachwertbegriff. Wenn nicht schon jedes ,,lucrum ex negotiatione cum re" Zueignung begründen soll, sind die Grenzen des Sachwertbegriffs eng zu ziehen. Keinesfalls kann dafür schon der allgemeine Täuschungs- oder Verfäl-
46 schungswert einer Sache ausreichen. Daher bedenklich der *Pseudoboten-Fall* **BayObLG MDR 1964, 776,** wo der Täter das in einem Lagerraum liegende Paket, das an eine Kundin ausgeliefert werden sollte und bereits mit einer quittierten Rechnung versehen war, an sich nahm und es als ,,Fahrer" des Lieferanten gegen Kassieren des Kaufpreises der Kundin überbrachte; denn wie Schröder JR 1965, 27 zu Recht kritisiert, ist dort nur ein scheinbarer Legitimations- oder Täuschungswert ausgenutzt (ebenso Krey II
47 Fall 17). Ähnliches gilt für den *Tigerlotto-Fall* **OLG Stuttgart NJW 1970, 672,** wo der Sachwert allenfalls in einem (nicht ausreichenden) Verfälschungswert der Lottoscheine hätte erblickt werden können; vgl. näher die durchweg zutreffende Kritik von Widmaier ebenda.

Damit zurück zum vorliegenden Fall: Unterstellt man einmal, daß das OLG eine Zueignung des Sachwertes zu Recht angenommen hätte, so wären hier – ebenso wie in anderen Diebstahlsfällen – noch folgende TBelemente zu prüfen:

48 III. Das **„Sich"-Zueignen:** Danach muß der Täter die entzogene Sache (bzw. ihren Sachwert) seinem eigenen Vermögen einverleiben wollen. Da dies hier fraglos der Fall wäre, kann dahingestellt bleiben, inwieweit dieses Kriterium des ,,Sich-zueignens" auch bei unmittelbarer Drittzueignung erfüllt wäre; dazu Moos-raus-Fall Nr. 4 A 1ff.

49 IV. **Die „Rechtswidrigkeit" der Zueignung.** Auch dieses normative Merkmal der Zueignung wäre hier gegeben, da A in keiner Weise berechtigt war, sich eigenmächtig eine kostenlose Lektüre des Krimis zu verschaffen. Für diese Beurteilung ist übrigens auch ohne Bedeutung, daß A sein Verhalten für ,,nicht strafbar" hielt; denn für die Rechtswidrigkeit der Zueignung kommt es allein darauf an, daß der Verschiebungsvorgang im Widerspruch zur Rechtsordnung (und zwar regelmäßig des Zivilrechts) steht; ob dieses Verhalten darüber hinaus zugleich auch ,,strafbar" ist, spielt für die Rechtswidrigkeit der Zueignung als solche keine Rolle. Auch dazu Moos-raus-Fall Nr. 4 A 16ff.

50 V. **Subjektive Tatseite.** Diese könnte bei § 242 insofern kompliziert erscheinen, als hinsichtlich der Zueignung ,,absichtliches" Handeln verlangt wird, während für die übrigen Diebstahlskriterien offenbar jede Vorsatzform genügen soll, wobei hier noch weiter verwirrend hinzukommt, daß A seine Tat als bloße Gebrauchsentwendung für straflos hielt. In diesem ,,Problemknäuel" ist dreierlei auseinanderzuhalten:

51 1. **„Absicht" der Zueignung:** sie gehört als subjektives TBmerkmal noch zur Unrechtsbegründung. Ihrem *Inhalt* nach muß die Absicht – den Kriterien des Zueignungsbegriffs entsprechend – darauf gerichtet sein, dem Eigentümer die Sache (bzw. den Sachwert) zu entziehen, um sie seinem eigenen Vermögen zuzuführen. Dem *Grad* des Erstrebens nach muß es dem Täter auf die Herbeiführung dieses zueignenden Effekts i. S. ,,zielgerichteten" Handelns ankommen – wobei freilich umstritten ist, ob ein solches ,,Daraufankommen" in gleicher Weise für das Enteignungs- wie für das Aneignungsmoment zu verlangen ist. Zu dieser Frage, die hier unerheblich ist, aber namentlich bei Kfz-Entwendungen problematisch werden kann, vgl. näher Besor-
52 gungsfahrt-Fall Nr. 6 A 20. Für den vorliegenden Fall bedeutet das: Geht man mit dem OLG davon aus, daß die eigenmächtige Wegnahme und Lektüre des Buches zu einer Sachwertentziehung führte und A diese tatsächliche Zueignungswirkung seines Handelns kannte und wollte, so war die Annahme einer Zueignungsabsicht mit der bei E 9 gegebenen Begründung konsequent.

53 2. Daß A die ihm bekannte tatsächliche Wirkung seines Verhaltens nun rechtlich falsch einordnete, nämlich lediglich für eine straflose Gebrauchsentwendung hielt, läßt seine Zueignungsabsicht unberührt; denn dieser Irrtum betrifft nicht mehr die Sachverhaltsebene: d. h. die tatsächlichen Gegebenheiten, sondern die Auslegung des Tatbestandes: den Normbereich. Deshalb könnte dieser Irrtum allenfalls nach den Regeln des sog. **Subsumtionsirrtums** beachtlich sein. Obgleich nun das OLG diesen Terminus nicht ausdrücklich gebraucht, hat es in der Sache den Irrtum doch zutreffend behandelt: Da A sich über das Unrechtmäßige seines Tuns nach laienhafter Wertung durchaus im

A klaren war (E 1) und lediglich über die „Strafbarkeit" seines Verhaltens irrte, die Kenntnis des spezifisch strafrechtlichen Verbots aber weder zum Vorsatz noch zum Unrechtsbewußtsein gehört, war dieser Irrtum als unbeachtlich anzusehen (E 10). – Näher zu den hier nur kursorisch angedeuteten, im Detail jedoch höchst schwierigen Strukturelementen und Behandlungsprinzipien des Subsumtionsirrtums vgl. StrafR I Nr. 15.

54 3. Hinsichtlich der *übrigen TBelemente* des Diebstahls (also namentlich der Wegnahmekriterien, der Fremdheit der Sache oder der Rechtswidrigkeit der Zueignung) genügt *jede* Form des **Vorsatzes,** insbesondere also auch dolus eventualis. Da insoweit keinerlei Wissens- oder Willensmangel des A erkennbar war, konnte sich das OLG als RevG ein näheres Eingehen darauf ersparen. – Vgl. aber demgegenüber die Irrtumsprobleme im nachfolgenden Moos-raus-Fall Nr. 4 A 43ff.

Schrifttum: Allg. zu **Diebstahl** vgl. die Schrifttumshinweise zu Nr. 1. Speziell zu **Zueignungsfragen** vgl. *Ebel,* Die Zueignung von Geld, JZ 1983, 175; *Eser,* Zur Zueignungsabsicht beim Diebstahl, Jus 1964, 477; *Maiwald,* Zueignungsbegriff, 1970; *Paulus,* Der strafrechtliche Begriff der Sachzueignung, 1968; *Rudolphi,* Der Begriff der Zueignung, GA 1965, 33; *Schaffstein,* Der Begriff der Zueignung bei Diebstahl und Unterschlagung, GS 103 (1933) 292; *Schmidhäuser,* Über die Zueignungsabsicht als Merkmal der Eigentumsdelikte, Bruns-FS 345; *Sauer,* Der Zueignungsbegriff, GA 63 (1917), 284; *Tenckhoff,* Der Zueignungsbegriff bei Diebstahl und Unterschlagung, JuS 1980, 723; *Wessels,* Zueignung, Gebrauchsanmaßung und Sachentziehung, NJW 1965, 1153.

Speziell zum *Krimi-Fall* OLG Celle NJW 1967, 1921 vgl. weiter *Androulakis,* Objekt und Grenzen der Zueignung im Strafrecht, JuS 1968, 409; *Deubner* NJW 1967, 1921; *Gribbohm,* Schaden, Bereicherung und das Erfordernis ihrer Stoffgleichheit bei Diebstahl und Unterschlagung, NJW 1968, 1270; *H. Schröder* JR 1967, 390; *Widmann,* Die Grenzen der Sachwerttheorie, MDR 1969, 529. Zum *Tigerlotto-Fall* OLG Stuttgart NJW 1970, 672 vgl. *Widmaier* NJW 1970, 672.

Sichzueignen – Drittzueignung – Rechtswidrigkeit der Zueignung – Selbsthilfeirrtum

BGHSt 17, 87: Moos-raus-Fall

4 StR 346/61 vom 12. 1. 1962 = NJW 1962, 971

SV 1 **Sachverhalt:** Im Fall G hatte der A gegen den Gast G seiner Regina-Stuben noch eine Zechforderung in Höhe von 20 DM. Eines Tages traf er den G auf der Straße und forderte ihn mit den Worten „Moos raus" zur Bezahlung dieser Schuld auf. Als sich G weigerte, hielt A ihn fest, durchsuchte seine Taschen und nahm ihm gewaltsam einen 10- und einen
2 5-Mark-Schein ab. – Im Falle S hat der bei A beschäftigte Kellner W dem Gast S einen 100-Mark-Schein weggenommen, den dieser seinerseits dem Gast M entwendet hatte. W tat dies in der Absicht, das Geld dem A zukommen zu lassen, nachdem dieser ihm gedroht hatte, anderenfalls ihn für die Zeche des zahlungsunwilligen M haftbar zu machen.

P **Zur Problemstellung:** Daß wegen der Gewaltanwendung in beiden Fällen Raub (§ 249) in Betracht käme, liegt auf der Hand. Jedoch setzt dies voraus, daß zunächst der GrundTB des Diebstahls voll verwirklicht ist. Das aber erscheint in verschiedener Hinsicht fraglich:

– Inwieweit war im Falle G von Bedeutung, daß A glaubte, sich bei Verzug seines Schuldners notfalls *eigenmächtig* Befriedigung verschaffen zu können?

– Inwieweit kann in Fällen eigenmächtiger Befriedigung von Bedeutung sein, ob es sich um *Gattungs-* oder *Stück*schulden handelt? Welcher Kategorie wären dann *Geld*schulden zuzuordnen?

– Falls ein Befriedigungsrecht zu bejahen ist, fehlt es dann bereits an der (tatbestandsausschließenden) *Rechtswidrigkeit der Zueignung?* Oder würde dies lediglich Rechtswidrigkeitsausschluß aufgrund *rechtfertigender* Selbsthilfe zur Folge haben?

– Wie wäre der *Irrtum* über ein derartiges Befriedigungsrecht zu behandeln: als Tatbestandsirrtum? oder nur als Verbotsirrtum?

– Könnte im Falle S die Annahme einer *(mit)täterschaftlichen* Zueignung des W vielleicht daran scheitern, daß er das Geld nicht sich selbst, sondern unmittelbar dem A zukommen lassen wollte? Oder könnte für seine eigene Zueignungsabsicht genügen, daß er durch Weitergabe des Geldes an A zugleich eigene wirtschaftliche Vorteile (Abwendung von Regreßansprüchen des A) erstrebte?

E 1 **Aus den Gründen: [88]** „1. Ohne Rechtsirrtum nimmt die StrK zwar an, daß die Wegnahme des Geldes rechtswidrig war. Denn der A hatte trotz seiner Geldforderung keinen
2 Anspruch darauf, gerade die beiden Geldscheine von G zu bekommen. Dabei verkennt sie nicht, daß es für die Rechtswidrigkeit der gewaltsamen Zueignung und damit für den äußeren Tatbestand des Raubes darauf ankommt, daß der Täter als Gläubiger einer auf Geld, also auf eine Gattungsschuld, gerichteten Forderung die Eigentumsordnung verletzt, wenn er irgendwelche Geldscheine seines Schuldners zur Befriedigung seines Anspruchs wegnimmt (vgl. RGSt 64, 210/2f; Schönke/Schröder 10. Aufl. Anm. VII 2b zu § 242 StGB). **[89]** Denn nach der Regelung des bürgerlichen Rechts hat der Schuldner die ausschließliche Befugnis, seinerseits aus der Gattung die zur Erfüllung seiner Schuld erforderlichen bestimmten Sachen (hier die einzelnen Geldscheine) auszuwählen und zu leisten (§ 243 BGB). Der Gläubiger, der vor Ausübung dieses Auswahlrechts irgendeine Sache aus der Gattung eigenmächtig wegnimmt, führt damit nicht den von der Eigentumsordnung gewollten endgültigen Zustand herbei. Er könnte sich gegenüber dem Rückgabeanspruch, der auf das beim Schuldner verbliebene Eigentum gestützt würde
3 (§ 985 BGB), nicht auf ein Recht zum Besitz im Sinne des § 986 BGB berufen. Der Geltendmachung des Eigentumsanspruchs würde auch regelmäßig die Einrede der allgemeinen Arglist nicht entgegengehalten werden können (vgl. dazu RGSt 25, 172; Schröder DRiZ 1956, 69ff). Anders wäre dies bei einer von vornherein – im Gegensatz zur Gattungsschuld – auf Übereignung einer bestimmten Sache gerichteten Forderung. Wer den ihm als bestimmte Sache geschuldeten Gegenstand – mit oder ohne Selbsthilfeberechtigung – gewaltsam in Zueignungsabsicht wegnimmt, handelt nicht rechtswidrig im Sinne der Eigentumsordnung, weil er den von ihr gewollten Zustand herbeiführt.

4 Gegenüber dem erörterten Mangel eines Anspruchs des Geldgläubigers auf Verschaffung des Eigentums an von ihm ausgewählten beliebigen Geldscheinen des Schuldners ist die von der StrK eingehend erörterte (und verneinte) Frage einer Selbsthilfeberechtigung des A nach § 229 BGB für die äußere Tatbestandsmäßigkeit als Raub ohne Bedeutung. Selbst wenn die Voraussetzungen einer solchen Selbsthilfe gegeben gewesen wä-

E ren, würde im übrigen der Inhalt dieses Rechts auf die eigenmächtige Auswahl bestimmter Geldscheine an Stelle des Schuldners und deren *Sicherstellung* für den A beschränkt gewesen sein, nicht aber dessen hier vollzogene *Befriedigung* durch selbstherrliche Überführung in die eigene Verfügungsmacht umfaßt haben. Die Vorschrift des § 230 II BGB bestimmt nämlich, daß im Falle der Wegnahme von Sachen deren dingliche Arrestierung **[90]** zu beantragen sei, sofern der Gläubiger sie nicht zum Gegenstand der Zwangsvollstreckung aus einem ihm zustehenden Titel machen läßt. Die eigenmächtige *Zueignung* von Gattungssachen und daher von Geld kann danach auch durch ein etwa bestehendes Selbsthilferecht nicht gerechtfertigt werden.

5 b) Für die innere Tatseite kann dagegen der Glaube an den Bestand eines Selbsthilferechts sehr wohl erheblich sein. Das LG geht in Anknüpfung an die Einlassung des A, daß er auf andere Weise niemals zu seinem Geld gekommen wäre, zu dessen Gunsten davon aus, daß er ‚trotz richtiger Kenntnis des Sachverhalts für sich irrig ein nicht bestehendes Selbsthilferecht angenommen hat'. Damit meint es ein Recht auf eigenmächtige Weg-
6 nahme mit dem Ziel der Befriedigung und nicht nur mit dem Ziel der Sicherung. Bei der Erörterung dieses Irrtums übersieht indessen die StrK, daß der Irrtum des A, wenn er schon auf die vermeintliche Befugnis zur Befriedigung wegen einer Geldforderung gerichtet war, sich naheliegenderweise auch auf die Befugnis erstreckt haben kann, von G die Übereignung des Geldes, das dieser gerade bei sich trug, zu verlangen. Der Glaube an das Recht zur gewaltsamen Herbeiführung des Eigentumswechsels umfaßt regelmäßig auch den Glauben an das Bestehen des Anspruchs, dessen – eigenmächtiger – Befriedigung die Wegnahme zur eigenen Verfügung dienen soll. Der Anspruch kann nach der Vorstellung des A, da er aus einer Zechschuld des G herrührte, auf Übereignung der
7 gerade in Besitz des Schuldners befindlichen Geldscheine gerichtet gewesen sein. Der A könnte somit das Vorhandensein eines Rechtfertigungsgrundes angenommen haben, der, wenn er von der Rechtsordnung anerkannt wäre, seiner mit der gewaltsamen Wegnahme erstrebten Zueignung des Geldes das Merkmal der Rechtswidrigkeit und damit
8 die Tatbestandsmäßigkeit als Raub genommen hätte. Der Irrtum eines Täters, Gattungssachen zur Befriedigung des auf Übereignung einer **[91]** bestimmten Sache gerichteten Anspruchs wegnehmen zu dürfen, ist allerdings grundsätzlich ein den Vorsatz nicht ausschließender Verbotsirrtum, weil der Täter regelmäßig weiß, daß sein Anspruch auf eine bestimmte Sache und nicht auf irgendwelche Sachen gleicher Art und Güte gerichtet ist.
9 Diesen Unterschied wird aber der nicht rechtskundige Täter häufig gerade bei Geld als der schlechthin gleichartigen und vertretbaren Gattungssache nicht machen. Hier glaubt er möglicherweise, als Gläubiger einer Geldforderung jeweils die gerade im Besitz des Schuldners befindlichen Geldmittel als die ihm unmittelbar und nicht nur vertretungsweise geschuldeten beanspruchen zu dürfen. Dieser Meinung kann auch der A gewesen sein, weil ihm das LG den guten Glauben an das seiner Natur nach notwendig auf bestimmte Gegenstände gerichtete Recht zur Wegnahme mit dem Ziel der Befriedigung zugebilligt hat. Wenn er zu dieser Meinung auch infolge eines falschen rechtlichen Schlusses gekommen wäre, so entspräche der Inhalt seiner Vorstellung dennoch im Ergebnis der Vorstellung des Gläubigers, der eine Forderung auf Übereignung einer ihm als bestimmte Leistung geschuldeten Sache zu haben glaubt und sich etwa nur über die Nämlichkeit der von ihm weggenommenen Sache geirrt hat (vgl. dazu Schröder, DRiZ
10 1956, 72). Er müßte deshalb rechtlich genau so wie dieser behandelt werden. Dieser Gläubiger würde aber bei eigenmächtiger Wegnahme einer irrigerweise für die geschuldete gehaltenen Sache infolge Annahme der Merkmale eines vermeintlichen Rechtfertigungsgrundes im Tatbestandsirrtum handeln und deshalb gemäß § 59 [a.F.; jetzt § 16] StGB straffrei bleiben (BGHSt 3, 105/7, 194, 271, 357). Dabei geht der Senat davon aus, daß bei einem solchen Irrtum über die Rechtswidrigkeit ein für den Tatbestand der Zueignungstaten erforderlicher Verstoß gegen die Eigentumsordnung nach der Vorstellung des Täters fehlen würde.

11 c) Das LG will dem A nur einen das Selbsthilferecht betreffenden Verbotsirrtum zugute halten, den es als vermeidbar ansieht. Ob er sich auch wegen der Rechtswidrigkeit des Verlangens auf Übereignung geirrt haben könnte, ist nicht zulänglich geprüft. **[92]** Dieser Mangel nötigt zur Aufhebung des Urteils im Falle G [SV 1].

2. [Soweit die Revision die Annahme von Mittäterschaft des mitangeklagten W im Falle
12 S angreift, verkennt sie folgendes]: Die Absicht, sich eine Sache rechtswidrig zuzueignen, setzt nicht voraus, daß der Mittäter die wegzunehmende Sache in seinen alleinigen Gewahrsam bringen und für sich behalten will. Er kann den durch die gemeinsame Wegnahme an ihr erlangten Mitgewahrsam vielmehr in Anmaßung der Rechte eines (Mit-) Eigentümers auch sogleich der Verfügungsgewalt eines anderen Mittäters überlassen. Von einer Zueignungsabsicht des Mittäters kann in solchen Fällen freilich nur dann die Rede sein, wenn er mit der Überlassung der Sache an den anderen Mittäter irgendeinen
13 wirtschaftlichen Vorteil oder Nutzen für sich erstrebt. Als Beispiel ist in der Rspr des BGH angeführt, daß der Täter sich eine Gegenleistung gewähren lassen und so den wirtschaft-
14 lichen Wert der Sache (ganz oder teilweise) seinem Vermögen zuführen will oder daß er durch die in der Überlassung zum Ausdruck kommende Verfügung im eigenen Namen als

E freigebig erscheinen will, ohne eigene Mittel aufzuwenden (vgl. BGHSt 4, 236/8f). Indes-
15 sen erschöpfen diese Beispiele den Begriff des ‚Sichzueignens' nicht. Er umfaßt auch Fälle, in denen der Mittäter darauf abzielt, in Anmaßung der Rechte des Eigentümers die diesem gehörende Sache oder deren wirtschaftlichen Wert der Verfügungsgewalt eines anderen Mittäters zu überlassen, um damit aus eigenem wirtschaftlichen Interesse einer an ihn ergangenen Aufforderung dieses anderen zu entsprechen. Dabei ist nicht erforderlich, daß diesem wirtschaftlichen Interesse die Besorgnis zugrunde liegt, mit Erfolg
16 rechtlich in Anspruch genommen werden zu können. Es genügt vielmehr, daß der Täter **[93]** in der Vorstellung handelt, sich durch sein Verhalten irgendwelche wirtschaftlichen Vorteile zu erhalten oder für die Zukunft zu sichern.

17 Im Falle S zielte W als Kellner des mitangeklagten Gastwirts A auch darauf ab, sich die 100 DM zuzueignen. Zwar handelte er A's Weisung gemäß und ging von vornherein darauf aus, A als Wirt an Stelle der zu seinen Gunsten vorzunehmenden Abrechnung in den Besitz des Geldscheines zu setzen, damit dieser für die durch ihn ausgegebenen Genuß- und Verzehrmittel einen Gegenwert erhalte. Aber der W wollte den wirtschaftlichen Wert des Geldscheins insoweit ebenfalls für sich nutzen, als er ein eigenes wirtschaftliches Interesse daran hatte, daß das unter seiner tätigen Mitwirkung gemeinsam und gewaltsam erbeutete Geld A zufloß, damit er nicht ‚für die Zeche M' haftbar gemacht werde (BGH GA 1959, 373)."

A **Zur Erläuterung und Vertiefung:** Sicherlich wäre dieser Fall schon seines sozialen Milieus wegen einer näheren kriminologischen Analyse wert; denn wie sich aus unveröffentlichten Teilen der Entscheidung ergibt, war das Lokal des A für ein in recht übler Weise praktiziertes Faustrecht bekannt. Doch auch in rechtlicher Hinsicht wirft die Entscheidung genug an Fragen auf, und zwar sowohl zu einigen speziellen Diebstahlskriterien wie auch zu allgemeinen Kernproblemen der Unrechts- und Schuldlehre. Folgen wir dabei dem TBaufbau des Diebstahls, so wäre zunächst das *Sich*-Zueignen im Falle S (I) zu erörtern, um von da zur *Rechtswidrigkeit der Zueignung* im Falle G (II) und den damit zusammenhängenden *Irrtums*problemen (III) weiterzugehen und abschließend noch etwaige Restfragen (IV) zu klären.

1 **I. Selbstzueignung – Drittzueignung.**

A. Warum und inwieweit stellt sich die mit dieser Alternative angesprochene Frage? Zwar war in beiden Fällen beabsichtigt, den Opfern G und S das weggenommene Geld dauernd zu entziehen und dem Vermögen des A zuzuführen; insofern steht die Absicht einer Zueignung als solcher außer Frage. Während jedoch im Falle G Wegnehmender und Zueignender in der Person des A identisch waren, wollte im Falle S der Wegnehmende W das Geld von vornherein gar nicht für sich behalten, sondern seinem Auftraggeber A zuführen, wenngleich mit dem Motiv, auf diese Weise der Regreßdrohung des A zu entgehen. Kann aber das dem § 242 genügen, nach dessen Wortlaut der Täter „sich" *selbst* zueignen muß? Oder reicht dafür – ähnlich wie bei Betrug und Erpressung – auch eine *Dritt*zueignung aus? Oder wäre, folgte man letzterer Ansicht, noch zu fordern, daß der Täter zumindest in einem gewissen wirtschaftlichen Eigeninteresse handelt? Der Meinungsstand dazu ist derzeit folgender:

2 1. *Grundsätzlich* wird für Diebstahl (und entsprechendes gilt sowohl für seine Abwandlungen wie auch für Unterschlagung) eine **Selbstzueignung** des Täters gefordert. Eine unmittelbare Drittzueignung der Sache reicht dafür nicht aus (h. M.; vgl. S/S-Eser § 242 Rn. 63 m. w. N.; zur Gegenansicht vgl. unten A 14).

3 2. Diese – auf den ersten Blick recht eng erscheinende – Ansicht erfährt jedoch eine beträchtliche Ausweitung dadurch, daß ein „Sichzueignen" auch noch bei einer Drittzueignung anerkannt wird, sofern der Täter dadurch zugleich einen **mittelbaren Eigennutzen** (im weitesten Sinne) erstrebt.

Grundlegend dazu der *Benzinmarken-Fall* **BGHSt 4, 236,** wo ein Polizeibeamter seinem Amt zugewiesene Bezinmarken, die nicht verbraucht worden waren, Geschäftsleuten überließ, die sich dafür durch Sachspenden für gesellschaftliche Unternehmungen der Polizeiangestellten erkenntlich zeigten; der Polizeibeamte selbst erhielt kein Entgelt. Trotzdem hielt der BGH ein „Sichzueignen" für denkbar, wenn auch in tatsächlicher Hinsicht noch nicht für voll aufgeklärt; denn: **[238]** „‚Sich zueignen' bedeutet, die Sache selbst oder ihren wirtschaftlichen Wert dem eigenen Vermögen einverleiben. Dies kann in der Weise geschehen, daß der Täter sie einem Dritten zur eigentumsgleichen Ausnutzung überträgt. Geschieht das gegen *Entgelt,* so führt er damit den wirtschaftlichen Wert der Sache in sein Vermögen über und eignet sie *sich* zu ... (Auch) kann der Täter die Sache ihrem wirtschaftlichen Werte nach dadurch *sich* zueignen, daß er sie einem Dritten *unentgeltlich* zuwendet. Hierbei ist jedoch Voraussetzung, daß er davon einen Nutzen oder

A Vorteil im weitesten Sinne, wenn auch nur mittelbar hat, zumindestens im *eigenen* Namen über die Sache verfügt."

4 Demgemäß ist namentlich bei folgenden Fallkonstellationen ein Sichzueignen anzunehmen:

a) Bei *entgeltlicher* Übertragung der Sache an einen Dritten zwecks eigentumsgleicher Ausnutzung. Ratio: Erlangung des wirtschaftlichen Sachwertes (ausdrücklich in diesem Sinne oben E 13).

5 b) Bei *unentgeltlicher* Weitergabe an einen Dritten. Ratio: Ersparung eigener Aufwendungen (E 14). Weniger auf diesen Sachwertgedanken als auf die Eigentumsanmaßung abstellend sarkastisch M-Schroeder II/1 § 34 III C 1b: „Der Luxus, schenken zu können, ist Vorrecht des Besitzenden". Diese beiden Grundtypen von Drittzueignungen erfahren vorliegend noch eine Erweiterung in zweifacher Hinsicht:

6 c) Im Falle einer *Auftragserfüllung:* Nach E 15 soll schon die Aufforderung des Dritten, ihm die Sache zu eigener Verfügungsgewalt zu überlassen, für ein Sichzueignen des Wegnehmenden ausreichen, wenn dieser der Aufforderung aus eigenem Interesse nachkommt:

7 d) Im Falle von *Vorteilserwartungen* für die Zukunft (E 16). Da hier sogar beide Kriterien vorlagen (Anweisung des A an W, der sich durch eilfertige Gefügigkeit das Wohlwollen seines neuen Herrn zu erwerben hoffte), war die Annahme eines Sichzueignens des W zweifellos konsequent (E 17).

8 **3. Eigene Auffassung.** Ist diese mit *Bereicherungsgedanken* operierende Vorteilstheorie eigentlich noch mit dem formalen Eigentumsanmaßungsprinzip (Nr. 3 A 6ff) vereinbar? Das ist jedenfalls dort höchst zweifelhaft, wo sich der Wegnehmende lediglich als *Werkzeug* dessen fühlt, dem die Sache von vornherein zugeführt werden soll; denn dort kann von der Anmaßung eigentumsähnlicher Herrschaftsmacht über die Sache im Grunde zu keinem Zeitpunkt die Rede sein. Nimmt man das Erfordernis einer selbstbegünstigenden Zueignung jedoch ernst, so ist die ausufernde Auslegung des Sich-Zueignens zumindest in zweifacher Hinsicht zu begrenzen:

9 a) Zum einen muß das materiale Vorteilskriterium an das **formale Anmaßungskriterium** gebunden bleiben: d. h., daß der Täter als „Quasi-Berechtigter" auftreten (Schönke-Schröder § 242 Rn. 62) bzw. seine Verfügung an den Dritten „Ausdruck angemaßter Herrschaftsmacht" (Welzel § 46, 2c) sein muß. In ähnlicher Weise (wenn nicht gar ausschließlich) hatte noch das RG auf das „Verfügen im eigenen Namen" abgestellt (vgl. RGSt 61, 228/33; 62, 15/7; 67, 334/5); ja selbst der BGH läßt bei E 15 noch den Gedanken der Eigentumsanmaßung anklingen, wobei diese Beteuerung freilich ohne Eigenwert bleibt, da jene Anmaßung bereits in dem (ohnehin notwendigen) Weiterverfügen als solchem liegen soll.

– Konsequenz für den vorliegenden Fall? Würde man in der hier vorgeschlagenen Weise *materiale Vorteils- und formale Anmaßungskriterien* verbinden, so wäre ein Sich-Zueignen des W zu verneinen, da er sich keinerlei Quasi-Berechtigung als Eigentümer anzumaßen, geschweige vorzugeben suchte, sondern sich lediglich als Erfüllungsgehilfe des A fühlte und gerierte, ja sein Bestreben, auf diese Weise etwaige Regreßansprüche des A abzuwenden, im Gegenteil sogar voraussetzte, daß er das Geld unmittelbar A weitergab (ebenso bereits Schröder JR 1962, 347).

10 b) Zudem muß der **Eigenvorteil wirtschaftlicher** Art sein (vgl. OLG Köln NJW 1980, 898 m. Anm. Otto JuS 1980, 490). Dem vermag die bloße Absicht, sich bei dem Bedachten „gutzustellen" oder „tüchtig zu erscheinen", nicht zu genügen. Demgemäß wurde in einem Fall, in dem der A dem S Geld wegnahm, um damit seiner von S bestohlenen Freundin *Ersatz* zu verschaffen, zu Recht das Sich-Zueignen verneint; denn wie **OLG Stuttgart NJW 1970, 66** ausführt:

„Der A wollte hiernach seiner Freundin nicht etwas schenken oder ihr gegenüber unter Ersparung eigener Aufwendungen als Wohltäter erscheinen, sondern er wollte ihr zu *ihrem* Geld verhelfen. Er wollte sich als der tüchtige Mann darstellen, dem es gelingt, das Recht ohne das komplizierte Verfahren und ohne Zeitverlust wieder herzustellen. Das ist aber keine Zueignungsabsicht, die auch bei weitester Auslegung des Gesetzes doch auf irgendwie wirtschaftlich gearteten Vorteil gerichtet sein müßte." Im gleichen Sinne bereits BGH NJW 1954, 1295; vgl. auch S/S-Eser § 242 Rn. 63 m. w. Nachw.

– Diesem Erfordernis eines wirtschaftlichen Vorteils würde zwar der Versuch des W, die Regreßdrohung des A abzuwenden, genügen, nicht dagegen seine Hoffnung, sich dadurch bei A beliebt zu machen.

11 **B. Teilnahmefragen.** Das Sich-Zueignen ist freilich nicht nur ein TBproblem, sondern hat auch Auswirkungen auf die Täterschaftsfrage. Verneint man nämlich eine

A eigene Zueignungsabsicht des W, stellt sich die Frage, ob er als sog. *absichtslos doloses* Werkzeug überhaupt noch Mittäter des A sein konnte. Typisch dafür der *Gummiball-Fall* RGSt 39, 37 (StrafR II Nr. 35). In solchen Fällen bedarf es einer gesonderten Behandlung des unmittelbar wegnehmenden Werkzeugs einerseits und des etwaigen Drittempfängers (Hintermann) andererseits:

12 – Versteht man die Zueignungsabsicht als ein gleichsam „eigenhändiges" subjektives Unrechtsmerkmal, so kann das absichtslose *Werkzeug* keinesfalls Täter, sondern allenfalls *Gehilfe* sein; und selbst dies immer nur unter der Voraussetzung, daß ein Haupttäter vorhanden ist, insbes. also der Begünstigte selbst die weggenommene Sache mit eigener Zueignungsabsicht entgegennimmt. – Demgemäß wäre W, wenn man nach den A 7 genannten Kriterien sein Sich-Zueignen verneint, nur wegen Beihilfe zu bestrafen gewesen (ebenso Schröder JR 1962, 347 sowie OLG Hamm MDR 1975, 772 im Halsketten-Fall).

13 – Was dagegen den Drittempfänger als *Hintermann* anbelangt, ist höchst strittig, ob dieser nun als Täter, mittelbarer Täter oder – trotz bloßer Gehilfenschaft des Werkzeugs – als Mittäter zu bestrafen ist. Im letzteren Sinne StrafR II Nr. 38 A 17f; näher zum Meinungsstand Heimann-Trosien LK § 242 Rn. 66.

14 C. **Gleichbehandlung** von **Selbst-Zueignung** und **Dritt-Zueignung?** Angesichts der komplizierten Teilnahmefragen, die auch durch die fragwürdige Ausweitung des Sich-Zueignens nicht völlig umgangen werden können, fragt es sich, ob es nicht eine glattere und ehrlichere Lösung wäre, ähnlich wie bei Betrug und Erpressung auch bei § 242 die Drittbegünstigung für tatbestandsmäßig zu erklären. Diese auch heute immer wieder erhobene Forderung (vgl. etwa Roxin, Täterschaft 339ff, Rudolphi GA 1965, 33/41/51, Tenckhoff JuS 1980, 725f), könnte sich dafür bereits auf die Motive zu § 242 berufen; denn die in einem der Entwürfe noch enthaltene Passage „sich oder einem Dritten" wurde nur deshalb auf das „sich" verkürzt, weil man die besondere Erwähnung des Dritten für überflüssig hielt, da niemand einem Dritten etwas zueignen könne, was er sich nicht zuvor selbst zugeeignet hat (vgl. Heimann-Trosien § 242 Rn. 63). Indes: wenn der Wortlaut tatsächlich die äußerste Grenze jeder Auslegung bleiben soll (StrafR I Nr. 2 A 56ff), wird man jedenfalls *de lege lata* nicht daran vorbeikommen, daß im Vergleich mit dem abw. Wortlaut bei §§ 253, 263 Diebstahl zumindest ansatzweise eine selbstbegünstigende Zueignung verlangt (vgl. Krey II 26), was bei unmittelbarer Drittzueignung zu verneinen ist (ebenso die h. M.: vgl. S/S-Eser § 242 Rn. 63 m. w. N.). Das schließt selbstverständlich nicht aus, *de lege ferenda* die Gleichstellung von Selbst- und Drittzueignung, wie in § 235 E 1962 vorgeschlagen, um so nachdrücklicher zu fordern.

15 *Zwischenergebnis* für den *Fall S:* Während nach der hier vertretenen Auffassung W allenfalls wegen Beihilfe zum Diebstahl strafbar wäre (A 11f), kam der BGH konsequent zu Mittäterschaft (E 17, A 7).

16 **II. Rechtswidrigkeit der Zueignung – Rechtfertigung.**

Die damit angesprochene Problematik stand im Mittelpunkt des Falles G. Dabei sind vor allem zwei Fragen auseinanderzuhalten: zum einen die *Sachfrage* nach den Kriterien, die für die Rechtswidrigkeit der Zueignung bzw. eine etwaige Rechtfertigung entscheidend sind (A); zum anderen die *Systemfrage* nach der Stellung dieser Elemente im Verbrechensaufbau (B).

17 A. Die maßgeblichen **Kriterien für die Rechtswidrigkeit der Zueignung:** Was läßt sich dazu dem vorliegenden Urteil an generalisierbaren Aussagen entnehmen?

1. Nach der bei E 1 anklingenden **Faustregel** ist die Zueignung rechtswidrig, wenn der Täter keinen Anspruch auf Herausgabe der weggenommenen Sache (bzw. ihres Sachwertes) hat. Oder ins Positive gewendet: die Zueignung ist rechtmäßig, wenn der Täter einen Zustand herstellen will, der im Ergebnis der materiellen Eigentumsordnung

18 entspricht (E 2, 3 i. S. der ganz h. M.). Das ist unzweifelhaft in den Fällen, in denen dem Täter ein **fälliger** und **unbedingter dinglicher Herausgabeanspruch** auf die weggenommenen Sachen zusteht; denn falls es in solchen Fällen, wie insbes. bei § 985 BGB, nicht ohnehin bereits an der „Fremdheit" der Sache fehlt, wird mit deren Überführung in das Vermögen des Täters doch letztlich ein Endzustand geschaffen, der materiell von der Rechtsordnung selbst gewollt ist (i. d. S. bereits RGSt 64, 213).

19 2. Liegt demgemäß die Zueignung *materiell* im Sinne der Rechtsordnung, so kann sie nicht allein dadurch rechtswidrig werden, daß sich der Täter zur Realisierung seines Anspruchs eigenmächtig **unerlaubter Mittel** bedient; denn wie bei E 3 angedeutet und

A im Urlaubs-Fall BGH GA 1966, 21/2 klar ausgesprochen, ,,kommt es *nicht* auf die Rechtswidrigkeit der *Art* und *Weise* der Zueignung, sondern allein auf die Rechtswidrigkeit *der Zueignung selbst* an" (i. E. ebenso D-Tröndle, Heimann-Trosien, Krey, Lackner, Maurach, Otto II § 40 II 8, Wessels II/2 § 2 IV 5 m. N.; eingehend Mohrbotter GA 1967, 199/212f).

20 – Demgegenüber wird jedoch von einer *Mindermeinung* verlangt, daß über die Unbedingtheit und Fälligkeit des materiellen Anspruchs hinaus auch noch die Voraussetzungen der **Selbsthilfe** (§ 229 BGB) vorliegen: so namentlich Bockelmann II/1 § 3 II 2e, Welzel § 47, 3 und (grundlegend) Hirsch JZ 1962, 149/152ff. – Was spricht dagegen? Einmal, daß das Selbsthilferecht in der Regel ohnehin *nur zur Sicherung*, nicht aber zur Befriedigung geltend gemacht werden könnte (vgl. E 4, A 30) und demzufolge allenfalls die *Wegnahme, nicht* dagegen eine *Zueignung* zulässig wäre; zum anderen die mögliche Vermengung unrechtsbegründender und rechtfertigender Elemente, wenn man die (tatbestandliche) Rechtswidrigkeit der Zueignung mit (rechtfertigenden) Selbsthilfevoraussetzungen verknüpft (vgl. dazu auch A 34ff).

21 Deshalb bleibt nach h. M. festzuhalten: Die Rechtswidrigkeit der Zueignung bestimmt sich allein danach, ob der Täter einen **materiell rechtmäßigen Endzustand** herbeiführen will (vgl. aber auch Samson SK § 242 Rn. 85); der Einsatz unerlaubter *Mittel* (Eigenmacht, Gewalt) ist jedenfalls für die Rechtswidrigkeit der Zueignung irrelevant.

22 3. Sonderprobleme bei **schuldrechtlichen Ansprüchen.** Versucht man die vorgenannten Kriterien auf den vorliegenden Fall anzuwenden, so wird noch eine weitere Differenzierung erforderlich; denn anders als bei *dinglichen* Herausgabeansprüchen hatte A lediglich einen schuldrechtlichen *Übereignungsanspruch* auf Geld in Höhe seiner Zechforderung. Kann dieser Anspruch gleich einem schon auf eine bestimmte Sache gerichteten Herausgabeanspruch (A 18) behandelt werden? Dies wird je nach dem Charakter des Anspruchs unterschiedlich beantwortet:

23 a) Soweit der Täter einen Übereignungsanspruch durchsetzen will, der sich gerade auf die weggenommene Sache konkretisiert hat (*Stückschuld, konkretisierte Gattungsschuld:* vgl. § 243 II BGB), der Schuldner also ohnehin keinerlei Auswahl- oder Dispositionsbefugnis mehr hat, ist die Rechtswidrigkeit der Zueignung zu verneinen, weil der Täter auch in diesem Fall ,,den von der Rechtsordnung gewollten Zustand" herbeiführen will (E 3); ebenso die h. M.

24 b) Kann aber gleiches auch bei bloßen *Gattungsschulden* gelten? Das wird von der h. M. verneint, weil hier der Schuldner noch eine (materiell-rechtliche) Auswahlbefugnis hat (§ 243 I BGB): Würde diese durch eigenmächtige Verwirklichung des Gattungsanspruches mißachtet, so stünde die Zueignung auch materiell nicht mehr im Einklang mit der Eigentumsordnung (E 2). Demgemäß wird die Zueignung von Gattungssachen grundsätzlich für rechtswidrig gehalten, ohne daß es hier (anders als bei Stückschulden) auf den Streit um etwaige zusätzliche Selbsthilfevoraussetzungen (A 20) überhaupt ankäme. Vgl. aber auch A 30.

25 c) Welcher Kategorie von Übereignungsansprüchen wäre nun der (hier interessierende) *Geldanspruch* des A zuzuschlagen? Da er nicht auf bestimmte Geldscheine fixiert ist, wird auch die Geldschuld als Gattungsschuld behandelt, mit der Folge, daß die eigenmächtige Eintreibung einer Geldforderung als rechtswidrig zu betrachen sei. Auf dem Boden dieser bislang vorherrschenden Meinung (vgl. Blei II § 53 V 3, D-Tröndle § 242 Rn. 21, Welzel § 47, 3) kommt daher auch der BGH konsequent zur objektiven Rechtswidrigkeit der Zueignung des Geldes durch A (E 2).

26 – Indes ist diese Gleichstellung der Geld- mit Gattungsschulden nicht unbestritten: Da es bei Geld weniger um Stück oder Gattung als um Schuldung einer Wertsumme geht, wird bei eigenmächtiger Realisierung einer solchen „*Wertsummenschuld*" dem Geldschuldner im Grunde nichts weggenommen, was zu behalten er im Ergebnis vernünftigerweise weder wollen noch legitimerweise beanspruchen könnte. Nach dieser neuerdings wieder von Roxin (H. Mayer-FS 467/479ff) vorgetragenen und inzwischen auch von Heimann-Trosien LK § 242 Rn. 71, Krey II Fall 19, Lackner § 242 Anm. 5d, Samson SK § 242 Rn. 86 und Tiedemann JuS 1970, 108/10ff übernommenen Auffassung, ist Rechtswidrigkeit der Zueignung insbes. auch in Fällen eigenmächtigen Geldwechsels zu verneinen. – Demzufolge würde es im vorliegenden Fall bereits an der objektiven Rechtswidrigkeit der Zueignung fehlen, so daß sowohl Diebstahl wie Raub zu verneinen wäre. Das schließt jedoch nicht aus, daß die Eigenmacht des A nach anderen Tatbeständen (insbes. Nötigung) strafbar wäre; dazu A 58.

27 d) Zusatzfrage: Wäre die wertmäßige Auswechselbarkeit von Geld auch auf *andere vertretbare Sachen* übertragbar? Gribbohm NJW 1968, 240/1 und Schönke-Schröder

A § 242 Rn. 4a halten eine derartige Ausweitung jedenfalls insoweit für zulässig, als der betroffene Eigentümer an der entzogenen Sache kein schutzwürdiges Interesse hat und der Sachentzug durch den Täter sofort wertmäßig voll ausgeglichen wird; demgemäß wäre etwa Rechtswidrigkeit der Zueignung zu verneinen, wenn der Kunde bei vorübergehender Abwesenheit des Ladeninhabers Zigaretten mitnimmt und den Kaufpreis hinterläßt oder eine 1-kg-Packung Kaffee bei gleichem Preis gegen 2 Pfundpackungen austauscht.

28 – Aber: was bei Geld durch den Wertsummengedanken recht sein mag, braucht bei sonstigen vertretbaren Gegenständen nicht ohne weiteres billig zu sein; denn während bei Geld die wertmäßige Austauschbarkeit geradezu eine bestimmungsmäßige Funktion darstellt, kann bei sonstigen Sachen (und zwar auch bei vertretbaren) die individuelle Zuordnungsfunktion nicht völlig ignoriert werden; tut man dies, so müßten konsequenterweise die Eigentums- zu bloßen „Wertentziehungsdelikten" umfunktioniert werden (vgl. Ebel JZ 1983, 184, Samson SK § 242 Rn. 99ff); eingehend zum Ganzen Rheineck aaO. – Daher wäre in den vorgenannten Beispielen dem Mangel eines Vermögensschadens allenfalls mit „mutmaßlicher Einwilligung" des Eigentümers Rechnung zu tragen (vgl. aber Sax Laufke-FS 321/3f). Damit ist zugleich ein allgemeines Problem angesprochen, das auch im vorliegenden Fall G von Bedeutung war:

29 **4. Rechtfertigung** einer der Eigentumsordnung an sich zuwiderlaufenden Zueignung? Folgt man dem BGH darin, daß die eigenmächtige Zueignung des Geldes als einer Gattungssache jedenfalls objektiv rechtswidrig war (E 2, A 24), bleibt die Frage, ob diese Rechtswidrigkeit nicht vielleicht durch rechtfertigende Selbsthilfe ausgeschlossen war. Stellen wir die damit verbundene Systemfrage nach den möglichen Konsequenzen einer derartigen Rechtfertigung einmal zurück (dazu A 37ff), so wären gegenüber einer die materielle Eigentumsordnung verletzenden und damit an sich rechtswidrigen Zueignung namentlich folgende Rechtfertigungsgründe in Erwägung zu ziehen:

30 a) *Selbsthilfe* nach § 229 BGB: vorliegend auch bereits vom BGH erwogen, aber dann doch zu Recht verworfen (E 4); denn auf diesem Wege ist regelmäßig nur Sicherstellung, nicht aber (zueignende) Befriedigung zu erlangen; letzteres könnte A daher nur durch Zwangsvollstreckung erreichen (§ 230 II BGB).

– Immerhin könnte aber bei Vorliegen der Selbsthilfevoraussetzungen zumindest die *Wegnahme* gerechtfertigt sein, so daß jedenfalls Diebstahl zu verneinen wäre; freilich käme dann (wegen der Rechtswidrigkeit der Zueignung) noch Unterschlagung in Betracht.

31 b) *Notwehr* (§ 32 StGB): Auch zu diesem Zweck mag eine eigenmächtige Wegnahme und Zueignung durchaus denkbar sein (z. B. gegenüber einem Schuldner, der sein letztes Vermögensstück der Zwangsvollstreckung zu entziehen sucht: § 288 StGB); doch auch derartige Voraussetzungen liegen hier nicht vor.

32 c) Ebensowenig ist hier für aggressiven *Notstand* (§ 904 BGB) oder *Einwilligung* Raum. Immerhin spielen aber diese Rechtfertigungsgründe gerade bei Eigentumsdelikten eine bedeutsame Rolle, so etwa bei Verbrauch fremder Sachen zu Hilfeleistungen bzw. bei Warenentnahmen aus Automaten, bei Aneignung der vor der Haustür abgestellten Sachen oder im Geschäftsleben, wo man gegen (vorgeleistetes oder nachträgliches) Entgelt zur Ansichnahme bestimmter Waren befugt ist, oder etwa auch bei endgültiger Aneignung entliehener Sachen. Daß in derartigen Fällen eine Strafbarkeit wegen eines Eigentumsdelikts im Ergebnis ausgeschlossen ist, darf als unstreitig gelten.

Wo aber wäre die Wirkung einer derartigen Rechtfertigung systematisch anzusetzen: auf der Tatbestands- oder der allgemeinen Rechtswidrigkeitsebene? Damit kommt eine Aufbaufrage ins Spiel:

33 **B. Die systematische Stellung von Rechtswidrigkeits- und Rechtfertigungselementen** bei den Eigentumsdelikten. Diese Systemfrage, die auch für den Rechtswidrigkeits-Irrtum bedeutsam ist (A 43ff), erscheint bei Eigentumsdelikten recht kompliziert, gibt es doch schon bei den einfachen Aneignungsdelikten (Unterschlagung) drei und bei den Wegnahmedelikten (Diebstahl, Raub) sogar vier Ansatzpunkte für das Einfließen etwaiger Rechtswidrigkeits- bzw. Rechtfertigungselemente: bei der Wegnahme, der Zueignung, der Rechtswidrigkeit der Zueignung und der allgemeinen Rechtswidrigkeit der Tat.

34 **1.** Um mit der letztgenannten und klarsten Kategorie zu beginnen: Ein etwaiger Unrechtsausschluß durch einen besonderen **Rechtfertigungsgrund** (Selbsthilfe, Notstand usw.) ist nach allgemeinem Verbrechensaufbau unstreitig eine Frage, die sich auf

A der allgemeinen Unrechtsebene der *Rechtswidrigkeit der Tat als Ganzer* bewegt. Diese RWprüfung setzt verbrechenssystematisch naturgemäß voraus, daß zunächst alle TB-elemente erfüllt sind. Diese klare Trennung von TB- und allgemeiner RW-ebene scheint jedoch bei den Eigentumsdelikten insoweit durchbrochen, als es TBmerkmale gibt, die durch Rechtfertigungselemente mitbestimmt scheinen:

35 a) So ist bereits die *Wegnahme tatbestandlich ausgeschlossen*, wenn der Gewahrsamsinhaber damit **einverstanden** ist; denn bei einem (der Einwilligung entsprechenden) „Einverständnis" des Gewahrsamsinhabers fehlt es bereits an dem für den „Bruch" fremden Gewahrsams erforderlichen Handeln gegen den Willen des Gewahrsamsinhabers (vgl. Nr. 2 A 6 sowie StrafR I Nr. 8 A 1ff).

36 b) Entsprechendes wird z. T. auch bei **Einwilligung in die Zueignung** angenommen. So versuchen Hirsch JZ 1963, 149/55, M-Schroeder II/1 § 34 III E und Welzel § 46, 2d hinsichtlich des Zueignungselements einen TBausschluß damit zu begründen, daß in der Einwilligung des Eigentümers und der Zueignung durch den Wegnehmenden eine „Einigung" i. S. von § 929 BGB zu erblicken sei und die „Übergabe" durch Gestattung der Ansichnahme der Sache (§§ 929, 931 BGB) erfolge. Dieser zivilrechtlichen Konstruktion wird jedoch entgegengehalten, daß das Einverständnis in die Zueignung auf unterschiedlichen Motiven (z. B. Dereliktion) oder Erwartungen (z. B. eines Entgelts beim Barkauf) beruhen und daher nicht ohne weiteres als Äußerung eines Einigungswillens verstanden werden kann (Heimann-Trosien LK § 242 Rn. 72); deshalb kann bei Einwilligung nicht schon die Zueignung als solche, sondern allenfalls ihre RW entfallen.

37 2. Wo aber ist nun diese **Rechtswidrigkeit der Zueignung** systematisch einzuordnen? a) Als normatives *Tatbestandsmerkmal* wird sie von der wohl vorherrschenden Meinung verstanden (Blei II § 53 V 3, VI, M-Schroeder II/1 § 34 III E). Für diese **„Tatbestandslösung"** spricht, daß auf diese Weise bereits auf TBebene jene Zueignungen aus dem Unrechtsbereich ausgeschieden werden, die – weil im materiellen Endzustand mit der Eigentumsordnung im Einklang stehend – von vornherein gar nicht als strafwürdig erscheinen. Allerdings wird damit die RWprüfung insofern kompliziert, als sie praktisch auf zwei Ebenen zu erfolgen hat:

38 – Im Rahmen der *Tatbestandsmäßigkeit* geht es zunächst nur um die *spezielle* Rechtswidrigkeit der Zueignung, und zwar gemessen an den bei A 17, 21 genannten Kriterien. Fehlt es daran, so entfällt bereits der Tatbestand.

39 – Ist die Rechtswidrigkeit der Zueignung hingegen zu bejahen, so bleibt noch die Gesamtbewertung der Tat auf der *allgemeinen Rechtswidrigkeits*ebene (A 29, 34). Greift hier ein Rechtfertigungsgrund durch (z. B. bei der zwar tatbestandsmäßig-rechtswidrigen, aber durch § 904 BGB gerechtfertigten Zueignung von Verbandsstoff), so entfällt damit lediglich die allgemeine Rechtswidrigkeit der Tat.

40 b) Demgegenüber wird insbes. von *Schröder* DRiZ 1956, 69/71 die Rechtswidrigkeit der Zueignung nicht als besonderes TBelement, sondern lediglich als allgemeines Verbrechensmerkmal verstanden, und zwar deshalb, weil damit nur die Notwendigkeit der Gesamtbewertung der Tat als rechtswidrig hervorgehoben werden solle. Folgt man dieser **„Rechtswidrigkeitslösung"**, so sind sowohl die Frage nach der speziellen Rechtswidrigkeit der Zueignung als auch die einer etwaigen Rechtfertigung auf der gleichen, nämlich der allgemeinen RWebene zu stellen. Kurz: die „Rechtswidrigkeit der Zueignung" ist dann kein TBmerkmal, sondern eine – auch etwaige Rechtfertigungsgründe umfassende – RWfrage.

41 – Ob den Vertretern dieser Auffassung allerdings auch *Hirsch* zugerechnet werden kann, wie dies immer wieder geschieht, erscheint zweifelhaft; denn obgleich Hirsch der Rechtswidrigkeit der Zueignung jeglichen TBcharakter abspricht, bleibt doch auch ihm eine RWprüfung auf TBebene insoweit nicht erspart, als er den Widerspruch zur Eigentumsordnung bereits als Begriffselement der Zueignung versteht (JZ 1963, 149/154f; ähnlich Welzel § 47, 3).

42 c) Wo ist nun innerhalb dieses Meinungsstreits der Standpunkt des **BGH** einzuordnen? Einerseits folgt er insoweit der „Tatbestandslösung" (A 37), als er die Rechtswidrigkeit der Zueignung als Tatbestandsmerkmal bezeichnet (E 7, 10); andererseits gerät er jedoch auch in die Nähe der „Rechtswidrigkeitslösung" (A 40), wenn er bei Vorliegen eines Rechtfertigungsgrundes nicht nur die allgemeine Rechtswidrigkeit der Tat, sondern sogar die spezielle Rechtswidrigkeit der Zueignung entfallen läßt (E 7, 10). Ob sich der BGH bei diesem „Rückwirkungseffekt" der Vermengung zweier verschiedener Wertungsebenen bewußt war, ist nicht klar ersichtlich; doch lassen sich aus der Behandlung des Rechtswidrigkeitsirrtums gewisse Rückschlüsse ziehen.

A 43 **III. Irrtumsfragen.**

Da in *objektiver* Hinsicht der BGH das Verhalten des A sowohl als rechtswidrig qualifizierte als ihm auch einen Rechtfertigungsgrund versagte (E 1–4), könnte A allenfalls noch aufgrund eines *subjektiven* Irrtums straffrei ausgehen. Welcher Art von Irrtum müßte nun A im Falle G erlegen sein, um dafür Straffreiheit (oder wenigstens Strafmilderung) erlangen zu können? Diese Frage läßt sich nicht einheitlich beantworten; sie hängt sowohl von der systematischen Stellung des Rechtswidrigkeitsirrtums als auch von der zugrundeliegenden allgemeinen Irrtumslehre ab. Geht man mit der h. M. von der *„eingeschränkten Schuldtheorie"* aus (StrafR I Nr. 13 E 34ff, A 50ff; Nr. 14), so ergeben sich im wesentlichen folgende Alternativen:

44 **1.** Begreift man die Rechtswidrigkeit der Zueignung i. S. der **„Tatbestandslösung"** als TBmerkmal (A 37), so wäre im Fall G folgendermaßen zu differenzieren:

45 a) Ein echter *Tatumstandsirrtum* mit Vorsatzausschluß käme nur dann infrage, wenn A glaubte, daß er einen Übereignungsanspruch gerade auf die weggenommenen Geldscheine hatte; denn nur bei einer derartigen *Stück*schuld würde, wenn sie objektiv vorläge, die Rechtswidrigkeit der Zueignung und damit die Tatbestandsmäßigkeit entfallen (vgl. Hirsch JZ 1963, 149). – Glaubte A hingegen, daß er nur einen *Gattungs*anspruch auf das Geld hatte, so würde ein Tatumstandsirrtum schon daran scheitern, daß selbst bei objektivem Vorliegen eines Gattungsanspruches die Rechtswidrigkeit der Zueignung nicht in Wegfall käme (so jedenfalls nach der h. M.: A 24).

46 b) Daher könnte bei Annahme einer *Gattungs*schuld der A nur noch über einen *Rechtfertigungsirrtum* Straffreiheit erlangen, etwa durch Annahme eines Selbsthilferechts. Freilich wäre dann auf dieser Ebene eine weitere Differenzierung notwendig:

47 – Ein vorsatzausschließender „Erlaubnis*sachverhalts*irrtum" (Irrtum über tatsächliche Rechtfertigungsvoraussetzungen) käme nur dann in Betracht, wenn bei objektivem Vorliegen der angenommenen Selbsthilfevoraussetzungen der A tatsächlich gerechtfertigt wäre (E 7, StrafR I Nr. 14 A 7ff, 31f). Doch das wäre vorliegend jedenfalls dann ausgeschlossen, wenn man mit dem BGH der Meinung ist, daß Selbsthilfe nur zur Sicherung, nicht aber zur endgültigen Befriedigung eines Gattungsanspruches berechtigen kann (E 4).

48 – Immerhin käme aber dann ein *Verbotsirrtum* in Betracht, und zwar entweder in Gestalt eine „Erlaubnis*grenz*irrtums": so wenn A aus seinem Selbsthilferecht nicht nur eine Sicherungs- sondern eine Befriedigungsbefugnis gefolgert hätte, oder i. S. eines „Erlaubnis*norm*irrtums": so wenn A einen sonstigen von der Rechtsordnung nicht vorgesehenen Rechtfertigungsgrund für gegeben hielt (StrafR I Nr. 14 A 9ff). Freilich bliebe in beiden Fällen immer noch die Frage nach der *Vermeidbarkeit* eines derartigen Verbotsirrtums zu stellen.

49 **2.** Versteht man demgegenüber die Rechtswidrigkeit der Zueignung als allgemeines **Rechtswidrigkeitsmerkmal** (A 40), so gestaltet sich auch die Irrtumsprüfung insofern einfacher, als auf dem Boden der eingeschränkten Schuldtheorie nur noch zwischen *tatsächlichen* und *rechtlichen* Fehlvorstellungen zu differenzieren ist:

50 – Bei Fehlvorstellungen auf *Tatsachenebene* führt dies zu vorsatzhaftausschließendem Erlaubnis*sachverhalts*irrtum (§ 16), und zwar gleichgültig, ob der Täter nun fälschlich die Voraussetzungen einer tatbestandsausschließenden Stückschuld oder eines rechtfertigenden Befriedigungsrechts angenommen hat (vgl. Schröder DRiZ 1956, 69/72).

51 – Hat der Täter dagegen lediglich über die *rechtlichen* Konsequenzen einer Gattungsschuld oder über den Umfang seines Selbsthilferechts geirrt, so kommt nur *Verbotsirrtum* (§ 17) in Betracht (vgl. S/S-Eser § 242 Rn. 62 m. w. N.).

52 **3.** Wie ist hier nun die vorliegende Begründung des **BGH** einzuordnen?

a) Da der BGH einerseits i. S. der „Tatbestandslösung" die Rechtswidrigkeit der Zueignung als TBmerkmal begreift, andererseits aber dann i. S. der „Rechtswidrigkeitslösung" bei Vorliegen eines Rechtfertigungsgrundes die Rechtswidrigkeit der Zueignung wiederum entfallen läßt (A 42), verläuft auch die Behandlung des Irrtums entsprechend „verquer".

53 – Soweit es um die irrtümliche Annahme einer *Gattungs*schuld bzw. eines (in dem vorgestellten Umfang nicht anerkannten) *Selbsthilferechts* geht, kommt in Übereinstimmung mit beiden vorerörterten Lösungen auch der BGH nur zu *Verbots*irrtum (E 8, 11).

54 – Hätte sich A dagegen einen *Stück*anspruch vorgestellt, so würde der BGH (entgegen der „Tatbestandslösung" A 44) keinen echten Tatumstandsirrtum, sondern (in

A Übereinstimmung mit der „Rechtswidrigkeitslösung" A 40, 50) lediglich einen *Erlaubnissachverhalts*irrtum zubilligen können: Warum? Weil der BGH das Vorliegen eines Stückanspruches als Rechtfertigungsgrund begreift (E 10).

55 Immerhin ist aber der praktische Unterschied minimal, weil ja sowohl der echte Tatumstands- wie auch der Erlaubnissachverhaltsirrtum letztlich zum Vorsatzausschluß führen (vgl. StrafR I Nr. 14 A 25ff). Insofern stellt sich der Täter auf jeden Fall besser, wenn er sich statt eines Geld (Gattungs)anspruches einen Stückanspruch vorgestellt hat.

56 b) Aber: Kann man von einem Laien überhaupt derart diffizile und folgenschwere Unterscheidungen erwarten? Da damit der **rechtsunkundige Täter** regelmäßig überfordert würde, hat vorliegend auch der BGH versucht, dem A eine Brücke zu einem Tatumstandsirrtum zu bauen: Selbst wenn dem A nur ein Selbsthilferecht vorgeschwebt habe (E 5), könne er aufgrunddessen doch geglaubt haben, einen Anspruch gerade auf das von G mitgeführte Geld zu haben (E 6); eine derartige Verwechslung von Gattungs- und Stückschuld könne einem rechtsunkundigen Täter namentlich bei Geld unterlaufen (E 9). – Daher müsse bei eigenmächtiger Durchsetzung von Geldansprüchen der Täter regelmäßig so behandelt werden, als habe er an das Vorliegen einer Stückschuld geglaubt, mit der Konsequenz, daß ihm – wegen Annahme rechtfertigender Umstände – ein Erlaubnis*sachverhalts*irrtum zuzubilligen sei (E 10; vgl. aber demgegenüber auch Geldbörse-Fall BGH NStZ 1982, 380). Vgl. zum Ganzen auch Samson SK § 242 Rn. 87ff.

57 **IV. Ergebnis – Sonstige Tatbestände.**

1. Auf *objektiver* Ebene bleibt es für den BGH dabei, daß der Geldanspruch als Gattungsanspruch behandelt wird, die eigenmächtige Zueignung daher *rechtswidrig* war. In *subjektiver* Hinsicht dagegen kann die Geldschuld durchaus als Stückschuld verstanden werden, so daß der Weg zu einem *Tatumstandsirrtum* offen bleibt. Da diese Möglichkeit vorliegend von der StrK nicht erkannt wurde, war die Sache zwecks weiterer Aufklärung zurückzuverweisen (E 11).

58 2. Gesetzt den Fall, daß die StrK aufgrund neuer Verhandlung zu einem Tatumstandsirrtum kommt, könnte dann A, wie bei E 10 angedeutet, tatsächlich völlig straffrei ausgehen?

59 – Zumindest wäre dann noch an **Nötigung** (§ 240) zu denken (so BGH GA 1962, 144/5). Vgl. aber auch Freier-Fall BGHSt 17, 329/31f.

60 – Inwieweit könnte ferner von Bedeutung sein, daß A bis zum Entdecken des Geldes davon ausgehen mußte, daß G möglicherweise mehr als den geschuldeten Geldbetrag mit sich führte? Käme dann etwa bis zur Entdeckung des Geldes **Raub**versuch (evtl. in vermeidbarem Verbotsirrtum) in Betracht? Näher dazu Hirsch JZ 1963, 49/50. Allgemein zu Raub der Armbanduhr – Fall Nr. 8.

Schrifttum: Allg. zu den **Diebstahlselementen** vgl. die Schrifttumshinweise zu Nr. 1. Speziell zu **Selbst- und Drittzueignung** vgl. u. a. *Lampe,* Objektiver und subjektiver Tatbestand beim Diebstahl, GA 1966, 225, insbes. 240f; *Roxin,* Täterschaft und Tatherrschaft 1975³, § 33 II 1 (S. 341ff); *Rudolphi,* Der Begriff der Zueignung, GA 1965, 31/41f, 51f. Zu den **Rechtswidrigkeitselementen** (einschl. der **Irrtums**fragen) vgl. *Gribbohm,* Die rechtswidrige Zueignung vertretbarer Sachen, NJW 1968, 240; *Mohrbotter,* Rechtswidrigkeit von Zueignung und Bereicherung im Strafrecht, GA 1967, 199. – Speziell zu **Übereignungsansprüchen** vgl. *H. J. Hirsch,* Eigenmächtige Zueignung geschuldeter Sachen, Rechtswidrigkeit und Irrtum bei den Zueignungsstrafbestimmungen, JZ 1963, 149; *Rheineck,* Zueignungsdelikte und Eigentümerinteresse, 1979; *Roxin,* Geld als Objekt von Eigentums- und Vermögensdelikten, in: H. Mayer-FS 467ff; *Schröder,* Rechtswidrigkeit und Irrtum bei Zueignungs- und Bereicherungsabsicht, DRiZ 1956, 69; *Tiedemann,* Die mutmaßliche Einwilligung, insbes. bei Unterschlagung amtlicher Gelder, JuS 1970, 108.

– **Speziell** zum *Moos-raus-Fall* vgl. neben *Hirsch* aaO *Schröder* JR 1962, 346 (= Urteilsanmerkungen 164ff).

Unterschlagung (§ 246) – erneute Zueignung – Veruntreuung – Verhältnis zu Betrug

BGHSt 14, 38: Inkasso-Fall

GSSt 1/59 vom 7. 12. 1959 = NJW 1960, 684

SV **Sachverhalt:** A hatte als Beamter eines städtischen chemischen Untersuchungsamtes den betroffenen Kaufleuten etwaige Beanstandungen mitzuteilen und die für die Untersuchung von Lebensmitteln anfallenden Rechnungen nebst einer Zahlkarte zuzustellen. Zum Inkasso selbst war er nicht befugt. Trotzdem kassierte er den Rechnungsbetrag bei mehreren Kaufleuten mit der vorgefaßten Absicht, das Geld für sich zu verbrauchen.

P **Zur Problemstellung:** Obgleich hier *Betrug* gegenüber den Kaufleuten vorlag, glaubte dies die StrK verneinen zu müssen, weil A nach allgemeinen Garantengrundsätzen keine Pflicht zur Offenbarung seiner Verbrauchsabsicht gehabt habe und es daher an seiner Täuschungshandlung fehle (vgl. Nr. 11 A 27ff). Der 5. StS hatte zwar diese Bedenken nicht. Doch stellt sich dann die Frage, ob neben Betrug auch noch (Amts-) *Unterschlagung* des Geldes in Betracht kam:

– Was könnte einem solchen Neben- bzw. Nacheinander von Betrug und Unterschlagung entgegenstehen? Etwa der Gedanke, daß Sachen, die *bereits deliktisch* (hier durch Betrug) *erlangt* sind, nicht noch einmal „zugeeignet" werden können?

– Ließe sich ein Ausschluß von Unterschlagung etwa bereits durch *tatbestandliche* Exklusivität oder erst aus *Konkurrenz*erwägungen (straflose Nachtat) begründen? Inwieweit könnte dabei dem Umstand, daß es sich nicht um einfache Unterschlagung (§ 246), sondern zur Tatzeit noch um *Amts*unterschlagung (§ 350 a. F.) gehandelt hatte, Bedeutung zukommen?

E **Aus den Gründen: [40]** II. „Die Entscheidung [ob an betrügerisch erlangten Sachen noch (Amts-)Unterschlagung begangen werden kann] macht die Klärung zweier Vorfragen notwendig.

1 1. Vom RG ist stets angenommen worden, daß die Amtsunterschlagung [§ 350 a. F.; jetzt qualifizierend nur noch erfaßbar als Veruntreuung i. S. von § 246 2. Alt.] den vollen äußeren und inneren Tatbestand der einfachen Unterschlagung nach § 246 [1. Alt.] voraussetzt (vgl. RGSt 2, 280; 44, 41; 58, 386) ... Infolgedessen muß, wenn der Tatbestand der einfachen Unterschlagung nicht erfüllt ist, auch Amtsunterschlagung entfallen.

2 2. Der 5. StS will das angefochtene Urteil dahin verstanden wissen, die StrK habe ‚ohne Rechtsirrtum' die Zueignung durch den A allein darin gesehen, **[41]** daß er die bei den Kaufleuten eingezogenen Gelder für sich verbrauchte. Dem liegt ersichtlich die Erwägung zugrunde, daß der schon bei der Empfangnahme vorhandene Wille des A zum eigenen Verbrauch für die Annahme einer Zueignung im Sinne der §§ 246, 350 [a. F.] deshalb nicht ausreiche, weil er nicht durch eine nach außen erkennbare Handlung betätigt worden sei. Der Zueignungswille ist jedoch ohne weiteres aus dem Vortäuschen der Einziehungsbefugnis erkennbar. Auf die Eindeutigkeit dieser Täuschungshandlung in dem Sinne, daß schon bei bloßer isolierter Betrachtung der nach außen in Erscheinung getretenen Handlung jeder andere Beweggrund, wie etwa Gefälligkeit oder Geltungsbedürfnis, ausgeschlossen sein müßte, kommt es nicht an. Rechtlich genügt jede Willens-

3 äußerung, die im Rahmen einer Würdigung *aller* Tatumstände eine Zueignungsabsicht offenbart und betätigt (vgl. RGSt 55, 145; 58, 230; 65, 147; 67, 78); nur durch bloßen Entschluß, der äußerlich in keiner Weise hervortritt, soll die Zueignung im Sinn des § 246 nicht vollzogen werden können. Deshalb sind als Zueignungshandlungen z. B. auch beurteilt worden die Verkaufsofferte und die Ableugnung des Besitzes, obwohl auch sie für sich allein genommen den Zueignungswillen nicht eindeutig zu bekunden brauchen; denn der ‚Täter' kann die Offerte mit dem unausgesprochenen Vorbehalt machen, daß der Eigentümer der Veräußerung zustimme, oder er kann den Besitz abgeleugnet haben, um den Verdacht einer anderweitigen strafbaren Handlung abzuwenden. Das Erschwindeln der Gelder mit dem Willen zum eigenen Verbrauch ist jedenfalls Zueignung; es fragt sich, ob eine Zueignung im Sinne des § 246.

4 III. Rspr und Lehre sind mit wenigen Ausnahmen der [verneinenden] Ansicht, allerdings aus zwei verschiedenen Gründen, die bisweilen nicht scharf genug getrennt werden. Einerseits wird die Tatbestandsmäßigkeit der Unterschlagung ... verneint; zum anderen **[42]** hält man die Strafbarkeit unter dem Gesichtspunkt der straflosen Nachtat für ausgeschlossen ...

5 **[43]** 1. Die Tatbestandsfrage geht dahin, ob man jede weitere Betätigung des Herrschaftswillens des Täters (hier des Betrügers, sonst auch des Diebes oder Erpressers), als

E gewissermaßen selbständigen Zueignungsakt beurteilen darf, der an sich den Tatbestand der Unterschlagung erfüllt. [Im Anschluß an die früheren Entscheidungen RGSt 15, 426 und 22, 306] ist der Senat der Ansicht, daß diese Frage nach dem Sinnzusammenhang der Tatbestände verneint werden muß. Jeder Dieb, Räuber, Erpresser und Betrüger nimmt regelmäßig mit seiner Beute Handlungen vor, die sich nach bereits vollzogener Zueignung als weitere Äußerung seines Herrschaftswillens darstellen. Alle diese Handlungen als immer neue Verwirklichungen des Tatbestandes der Unterschlagung zu beurteilen, deren strafrechtliche Selbständigkeit nur unter Konkurrenzgesichtspunkten ausgeschal-

6 tet werden könnte, ist verfehlt. Schon dem Wortsinn nach ist Zueignung Herstellung der Herrschaft über die Sache oder erstmalige Verfügung über sie, nicht bloße Ausnutzung dieser Herrschaftsstellung; Zueignung ist mit anderen Worten (schuldhafte und strafbare) Begründung des Eigenbesitzes unter Ausschluß des Berechtigten. Es ist nicht angängig, diesem eigentlichen und rechtlich wesentlichen Zueignungsakt spätere Herrschaftsbetätigungen im Gefolge der Zueignung gleichzustellen. Dafür gibt es weder einen dog-

7 matischen **[44]** noch einen rechtspolitischen Grund. Der Gesetzgeber hatte keinen hinreichenden Anlaß, dem Tatbestand der Unterschlagung neben seiner eigenständigen Aufgabe noch die weitere zuzuweisen, alle Akte der Herrschaftsausübung im Gefolge von Diebstahl, Raub, Erpressung und Betrug strafrechtlich noch besonders zu erfassen. Zwar hat in unserer Eigentumsordnung die Zueignung fast nie die völlige Verdrängung des Berechtigten zur Folge; seine Lage kann also durch wiederholte Betätigung des Herrschaftswillens noch verschlechtert werden. Auf solche Umstände, die zudem im Einzelfall oft schwer zu beurteilen wären, ist das Gesetz aber nicht abgestellt. Nachträgliche Äußerungen des Herrschaftswillens nach der Zueignung sind also in der Regel tatbestandlich bedeutungslos; sie sind nicht, wie vielfach gesagt wird, (straflose) Verwertungsdelikte, sondern nur noch Ausnutzung der zuvor deliktisch herbeigeführten eigentümerähnlichen Herrschaft. Alles dies gilt auch für die Unterschlagung selbst: wer sich eine fremde bewegliche Sache, die er in Gewahrsam hat, rechtswidrig zugeeignet hat, begeht durch weitere Herrschaftsbetätigung nicht nochmals Unterschlagung.

8 Die Besonderheit des vorliegenden Falles, daß nämlich die erschwindelten Geldbeträge nach § 116 BGB bei der Empfangnahme durch den A Eigentum der Stadt L geworden sind, führt zu keinem anderen Ergebnis. Ein Betrüger, der unter Vorspiegelung eines Einziehungsauftrags Forderungen einzieht in der Absicht, das Geld für sich zu verwenden, begeht auch nicht zusätzlich eine Unterschlagung. Für den Tatbestand des Betruges ist es gleichgültig, wer durch die Vermögensverfügung des Getäuschten geschädigt wird. Der Täter eignet sich mit Hilfe der erschlichenen Vermögensverfügung die Gelder zu; weitere ‚Zueignungshandlungen' **[45]** sind tatbestandlich auch dann ohne Belang, wenn der Betrüger durch die Vermögensverfügung kein (anfechtbares) Eigentum erwirbt. Nach allem setzt die Unterschlagung schon *tatbestandlich* voraus, daß sich der Täter die fremde Sache nicht bereits durch eine strafbare Handlung zugeeignet hat (Diebstahl, Raub, Erpressung, Besitzbetrug) ...

9 2. Die gegenteilige [RGSt 68, 204; 73, 6 zugrunde liegende] Auffassung, auch jede spätere Betätigung des Herrschaftswillens sei tatbestandlich Unterschlagung, nur ihre Strafbarkeit sei ausgeschlossen, führt zu unbilligen Ergebnissen. Die Unbilligkeit liegt darin, daß die Unterschlagung als sog. unselbständiges Verwertungsdelikt unter bestimmten Voraussetzungen, weil ja Tatbestandsmäßigkeit an sich gegeben ist, wieder strafrechtliche Selbständigkeit erlangen kann. Auf diese Folgen hat vor allem Maurach BT 2. Aufl. S. 212 hingewiesen: Wer die Verwertungstat fördere, könne sich dadurch der strafbaren Beihilfe zur Unterschlagung schuldig machen, obwohl der Haupttäter nicht wegen Unterschlagung bestraft werde; Veräußerung der Sache durch den Dieb nach Verjährung des Diebstahls sei eine selbständige strafbare Unterschlagung; wenn der Stichtag einer Amnestie zwischen Haupttat und Verwertungstat falle, trete die suspendierte Strafdrohung wieder in ihre Rechte ein (vgl. BGH MDR 1955, 269). Solche Folgen können **[46]** aber nicht gebilligt werden. Wer dem Dieb ohne Vorteilsabsicht beim Absatz hilft, darf nur nach der milderen Strafdrohung des § 257 [a. F.] und nicht wegen Beihilfe zur Unterschlagung bestraft werden (vgl. BGHSt 2, 362; 4, 122). Sonst wären der Anwendbarkeit des § 257 [a. F.] wesentlich engere Grenzen gesetzt, als ersichtlich vom Gesetz gewollt ist; insbesondere wären die mit Vorbedacht gewählten engeren Voraussetzungen des inneren Tatbestandes ausgeschaltet. Besonders ungerecht wäre die praktisch unbegrenzte Verlängerung der Verjährungsfrist für Diebstahl, wenn man mit jeder weiteren Betätigung des Herrschaftswillens eine neue Frist bezüglich der Unterschlagung beginnen ließe, zumal da diese Betätigung nicht notwendig im Veräußern bestehen muß. Diese Beispiele lassen sich leicht vermehren. Überall, wo Rechtsvorschriften an die Vollendung oder Beendigung eines Vermögensdelikts anknüpfen müssen, könnte ihre Wirkung hinausgeschoben oder beseitigt werden, wenn trotz Beendigung dieses Vermögensdelikts jede weitere Herrschaftsbetätigung Unterschlagung wäre.

10 3. Ebensowenig wie in der Verwertung der erschwindelten Gelder kann schon in ihrer Erlangung eine Unterschlagung gefunden werden, die mit dem Betrug in Tateinheit stände. Für die Gegner der ‚berichtigenden' Auslegung des Unterschlagungstatbestandes versteht sich dieses Ergebnis von selbst; denn die Zueignung folgt hier der Gewahrsams-

E erlangung nicht nach. Diese Streitfrage braucht indessen nicht erörtert zu werden; auch wenn man die berichtigende Auslegung für zulässig hält, kann das Ergebnis nicht anders sein. Da die weitaus größte Zahl aller Vermögensdelikte mit Zueignungsabsicht begangen wird, kann es nicht der Sinn des Unterschlagungstatbestandes sein, in allen diesen Fällen zusätzlich angewendet zu werden. Das nehmen auch die Anhänger der berichtigenden Auslegung, die an sich dem § 246 einen sehr viel weiteren Anwendungsbereich eröffnen würde, nicht an; sie suchen in anderer Richtung wieder eine Einschränkung. So versteht Welzel (6. Aufl. S. 279) die Unterschlagung als Zueignung einer fremden beweglichen Sache ohne Gewahrsamsbruch, so daß die Anwendung des § 246 neben der Bestrafung wegen Diebstahls stets ausscheidet. Indessen ist diese negative Abgrenzung zu eng. Es besteht kein Grund, Unterschlagung tatbestandlich nur neben Diebstahl auszuschalten, nicht aber neben anderen regelmäßig mit Zueignungsabsicht verbundenen Vermögensdelikten, wie Sachbetrug und Sacherpressung (vgl. Bockelmann, MDR 1953, 3).

11 Daher hat auch die GrStrafRKomm., die in § 240 E 1959 II als Unterschlagung allgemein die widerrechtliche Zueignung einer fremden beweglichen Sache versteht und damit den Forderungen der berichtigenden Auslegung entspricht, die negative Abgrenzung ebenso allgemein gegenüber allen Vermögensdelikten vorgenommen und ausdrücklich bestimmt, daß nicht Unterschlagung ist, was als Diebstahl, Raub, Betrug, Erpressung oder Untreue mit Strafe bedroht ist. Dasselbe ergibt sich schon für das geltende Recht unmittelbar aus dem Sinnzusammenhang der Tatbestände.

12 IV. In Fällen der vorliegenden Art können daher die Strafdrohungen der §§ 350, 351 [a. F. jetzt § 246 2. Alt.] unter keinem gleichwie gearteten Gesichtspunkt angewendet werden. Rechtspolitisch ist das kein Nachteil. Der Schuldspruch wegen Betruges ermöglicht stets ausreichende Bestrafung. Es besteht deshalb kein Bedürfnis, dem § 350 [a. F.; § 246] einen möglichst weiten Anwendungsbereich zu sichern."

A 1 **Zur Erläuterung und Vertiefung.** Wohl wenige Entscheidungen des GSSt haben eine so herbe Kritik hinnehmen müssen wie diese (vgl. insbes. die Anm. von Baumann NJW 1961, 1141, Schröder JR 1960, 308 und – wenn auch differenzierend – Bockelmann JZ 1960, 621 und Schünemann JuS 1968, 114). Zu Recht? Statt einer vorschnellen Antwort darauf, empfiehlt es sich, die im Mittelpunkt der Entscheidung stehenden Fragen aus der Systematik des UnterschlagungsTB heraus zu erörtern (I). Im Anschluß daran wird noch kurz auf die qualifizierende „Veruntreuung" (II) hinzuweisen sein.

I. Einfache Unterschlagung (§ 246 1. Alt.)

1 a **A.** Für die **Unrechtsbegründung** sind drei TBelemente wesentlich: ein bestimmtes Tatobjekt (1), das Gewahrsamselement (2) sowie die Zueignung (3).

1 b 1. *Tatobjekt:* eine **fremde bewegliche Sache.** Insoweit gilt hier gleiches wie bei den anderen Eigentumsdelikten (Nr. 1 A 34ff). – Vorliegend hätte dieses Merkmal allenfalls dann zweifelhaft sein können, wenn die Kaufleute das Geld unmittelbar an A hätten übereignen wollen, wofür hier der BGH zu Recht keinerlei Anhaltspunkt sah (E 8).

2 2. Das **Gewahrsamskriterium.** Während die für Diebstahl erforderliche Wegnahme nur gegenüber fremdem Gewahrsam möglich ist, setzt § 246 nach seinem Wortlaut gerade umgekehrt voraus, daß der Unterschlagende die Sache „im Besitz oder Gewahrsam hat". Gehen wir einmal davon aus, daß dabei Besitz und Gewahrsam im gleichen Sinne zu verstehen sind, nämlich als faktische Herrschaftsmacht über die Sache (so die h. M.; vgl. aber auch A 7), so bleibt doch die Frage, welche Funktion diesem Gewahrsamserfordernis zukommen soll: Setzt danach die Unterschlagung unbedingt *Vor*besitz des Täters voraus? Oder würde auch eine lockerere Gewahrsamsbeziehung genügen? Oder ist dieses Kriterium möglicherweise sogar verzichtbar? Zu dieser Streitfrage, die vorliegend auch der BGH angesprochen hat (E 10), haben sich im wesentlichen drei Meinungen herausgebildet:

3 a) Nach einer streng am *Wortlaut* haftenden Auslegung setzt die Zueignung **bereits bestehenden Gewahrsam** des Täters voraus (so namentlich Bockelmann II/1 § 4 II, Otto II § 42 I 3, Samson SK § 246 Rn. 17ff, Schünemann JuS 1968, 115f). Danach ist die Unterschlagung ein gleichsam zweiaktiger Vorgang: erst die *Gewahrsamsbegründung* durch den Täter (wobei dann freilich zweifelhaft sein kann, ob dieser Gewahrsam sowohl rechtmäßig wie auch deliktisch begründet werden kann: dazu A 16ff); sodann die *Zueignung* der im Gewahrsam des Täters befindlichen Sache.

– Was hat das zur Konsequenz? Zum einen bleiben alle Fälle straflos, in denen weder fremder Gewahrsam gebrochen wird noch der Täter selbst Gewahrsam hat: so etwa dort, wo er einem gutgläubigen Dritten die bereits in dessen Besitz befindliche Sache als angeblicher Eigentümer „schenkweise" überläßt; zum anderen bei *Fundunterschlagung,* wo der Finder die Sache bereits mit Zueignungsabsicht an sich nimmt (so daß

A allenfalls noch durch einen späteren Zueignungsakt, wie etwa durch Verkauf oder Ableugnen des Besitzes, Unterschlagung denkbar wäre).

4 – Zudem könnte *Mittäter* dann auch nur jener sein, der *selbst* Gewahrsam hat. So ausdrücklich **BGHSt 2, 317** im *Zeitungsrollen-Fall:*

> Dort wirkte ein Trio in der Weise zusammen, daß A als Auslieferer von Papierrollen jeweils einige Stücke zurückbehielt, sich jedoch von M und B für deren Firma den Empfang ordnungsgemäß bestätigen ließ und den Verkaufserlös brüderlich mit ihnen teilte. Da M und B zu keiner Zeit Gewahrsam an den Rollen hatten, hielt der BGH Mittäterschaft für ausgeschlossen, denn:
>
> **[320]** „Der fehlende Gewahrsam kann nicht dadurch ersetzt werden, daß mehrere Beteiligte ihre Tätigkeit zu einem von ihnen gemeinschaftlich gewollten und erstrebten Ziel vereinigen. Es genügt für die Mittäterschaft auch nicht, wenn nur einer der Teilnehmer Besitz oder Gewahrsam hat unter der Voraussetzung, daß sämtliche Mittäter zur gemeinschaftlichen Aneignung mitwirken (OLG Bremen SJZ 50, 357). Diese Ansicht übersieht, daß die Tatbeteiligungen der Mittäter sich nur ergänzen können, soweit die Ausführung der Tat in Betracht kommt. Voraussetzung ist jedoch, daß jeder in eigener Person den Tatbestand der Straftat verwirklichen kann. Dies ist nicht der Fall, wenn dieser ein bestimmtes Verhältnis des Täters zum Tatgegenstand fordert. Mittäter kann bei der Unterschlagung demnach nur sein, wer den Tatbestand auch allein zu erfüllen vermag, also Mitbesitz oder Mitgewahrsam hat (Busch SJZ 50, 360; RGSt 72, 326/7; OGH 1, 253/9)."

Demzufolge können nach dieser Auffassung M und B nur Anstifter oder Gehilfe sein. Da diese Lücken von der h. M. für unerträglich gehalten werden, versucht man eine Korrektur, wobei jedoch unterschiedlich weit gegangen wird:

5 b) Die sog. *„kleine berichtigende Auslegung"* hält zwar grundsätzlich am Gewahrsamserfordernis des Täters fest, läßt jedoch ausreichen, daß **Gewahrsamserlangung** und **Zueignung** in einem Akt **zusammenfallen:** so BGH LM Nr. 3 zu § 246 im *Drahtrollen-Fall,* nach dessen Leitsatz Unterschlagung auch dann vorliegt, „wenn der Täter eigenen Gewahrsam in Zueignungsabsicht begründet" (bestätigt in BGHSt 4, 76/7; ebenso D-Tröndle § 246 Rn. 10, Krey II Fall 27, Lackner § 246 Anm. 3, Wessels II/2 § 5 I 3).

– Danach ist sowohl die Fundunterschlagung als auch die Leichenfledderei und die Zueignung einer vom Dieb aufgegebenen Sache erfaßbar (vgl. BGHSt 13, 43), während im Zeitungsrollen-Fall (A 4) Mittäterschaft nach wie vor abzulehnen wäre. Denn eine Schließung solcher Lücken wird erst durch eine radikale Lösung möglich:

6 c) Die sog. *„große berichtigende Auslegung"*, die auf das Gewahrsamserfordernis völlig verzichtet, da dieses *kein TBelement* sei, sondern lediglich ein „schlecht formuliertes Abgrenzungskriterium zum Diebstahl" (Schönke-Schröder § 246 Rn. 1). Danach ist Unterschlagung das allgemeinste Zueignungsdelikt und als **Zueignung ohne Bruch fremden Gewahrsams** zu verstehen (so im Anschluß an Binding auch heute noch Heimann-Trosien LK § 246 Rn. 15, M-Schroeder II/1 § 35 I A 2, Welzel §§ 46, 47 1 b und mit Vorbehalt auch Blei II § 56 I).

7 d) *Eigene Auffassung:* So sehr die lückenlose Erfassung aller Zueignungsfälle, die mangels Gewahrsamsbruch nicht Diebstahl sein können, sowohl kriminalpolitischen Bedürfnissen wie auch systematischen Anliegen entsprechen mag, ist die „große berichtigende Lösung" mit dem Wortlaut des § 246 – da diesem ja gerade zuwiderlaufend – schwerlich vereinbar (insofern zutr. Schünemann JuS 1968, 115 f). Dem Analogieverbot vermag daher allenfalls die „kleine berichtigende Auslegung" zu entgehen (zust. Krey II Fall 27), da dort immerhin am Gewahrsamserfordernis, und sei es auch nur für eine juristische Sekunde, festgehalten wird. (Zur Grenzfunktion des Wortlauts näher StrafR I Nr. 1 A 18; Nr. 2 A 54 ff). Zudem könnte diese Streitfrage auch dadurch noch weiter entschärft werden, daß man mit einer im Vordringen begriffenen Auffassung neben dem faktischen Gewahrsam auch dem ausdrücklich erwähnten „Besitz" seine Eigenbedeutung wiedergibt und dafür, wie vom Gesetzgeber vielleicht sogar intuitiv gewollt, ein *mittelbares BGB-Besitzverhältnis* ausreichen läßt: so u. a. Louven MDR 1960, 268 f, Post 50 ff/59, Otto II § 42 II 3 b, Rutkowsky NJW 1954, 180. Vgl. zum Ganzen auch – mit freilich nicht völlig korrektem Meinungsstand – Diamanten-Fall OLG Schleswig NJW 1979, 883 m. Anm. Ostendorf.

8 e) Inwieweit ist nun dieser Meinungsstreit für den vorliegenden Fall von Bedeutung? Wie der BGH (trotz scheinbar gegenteiliger Beteuerung) bei E 10 selbst andeutet, würde je nach der Einstellung zum Gewahrsamserfordernis auch vorliegend eine Unterschlagung unterschiedlich zu begründen sein, denn:

8a – Folgt man der strengen Auslegung (A 3), so könnte A keinesfalls bereits mit Entgegennahme des Geldes Unterschlagung begehen, sondern erst durch einen nachfolgenden Zueignungsakt.

A 8b – Folgt man dagegen den berichtigenden Auslegungen (A 5 und 6), so wäre eine Zueignung bereits mit der Erlangung des Geldes denkbar. Allerdings kommt hier noch hinzu, daß nach BGH der Erwerbsakt zugleich einen Betrug darstellt: Könnte das der gleichzeitigen Annahme einer Unterschlagung entgegenstehen? Um diese im Mittelpunkt des vorliegenden Falles stehende Frage beantworten zu können, ist ein weiteres Unterschlagungselement zu prüfen:

9 3. Die *Tathandlung:* **Zueignung** der Sache.

a) Die **allgemeinen** Bestandteile des Zueignungsbegriffes sind bei Unterschlagung naturgemäß die gleichen wie beim Diebstahl:

- negativ die dauernde *Entziehung* der Sache,
- positiv die *Aneignung* durch den Täter,
- formal gerade durch Anmaßung einer *eigentumsähnlichen* Stellung,
- wobei auf dem Boden der *Vereinigungsformel* sowohl die Sache selbst wie auch ihr Sachwert Gegenstand der Zueignung sein kann (vgl. im einzelnen Krimi-Fall Nr. 3 A 14ff).

10 In Fällen der vorliegenden Art, wo der Täter das weggenommene Geld mit eigenem vermischt und dann auch für eigene Zwecke verbrauchen will, dürften alle diese Zueignungskriterien gegeben sein. Problematisch wird es jedoch dann, wenn der Täter amtlich erlangtes Geld nur *vorübergehend gebrauchen* und bis zum vorgeschriebenen Abrechnungszeitpunkt wieder ersetzen will (vgl. Oberwachtmeister-Fall OLG Köln NJW 1968, 2348). Selbst wenn in solchen Fällen nach den Verbindungs- und Vermischungsregeln des BGB (insbes. § 947 II) das Eigentum an den Täter fällt, ist zumindest das formale Anmaßungskriterium zweifelhaft, da im Grunde der Täter mit dem fremden Geld lediglich ordnungswidrig verfährt; doch wird möglicherweise bereits das Entziehungskriterium zu verneinen sein, da das Geld zumindest seinem Wert nach wieder an den Eigentümer zurückgelangen soll (so Tiedemann JuS 1970, 108/111; i. gl. S. OLG Celle NJW 1974, 1833). Vgl. auch Nr. 1 A 36. – Zudem ist in derartigen Fällen noch ein besonderes Unterschlagungskriterium zweifelhaft:

11 b) Die **Manifestierung des Zueignungswillens.** Während für Diebstahl schon die *Absicht* einer Zueignung genügt, scheint § 246 einen *objektiven* Zueignungsakt zu verlangen. Warum? Während bei Diebstahl der Zueignungswille regelmäßig schon durch die Wegnahme nach außen hin zum Ausdruck kommt, wäre ein solcher Wille bei Unterschlagung oft nur schwer nachweisbar, da hier der Täter ja regelmäßig bereits Gewahrsam an der Sache hat. Deshalb bedarf es bei § 246 einer „Betätigung des Zueignungswillens in objektiv erkennbarer Weise" (S/S-Eser § 246 Rn. 11 m. w. N.): Der im Innern vollzogene Aneignungsakt bedarf der „indiziellen Publizität" durch äußere Manifestierung (M-Schroeder II/1 § 35 II 2 c cc; krit. Samson SK § 246 Rn. 40ff).

12 Zu welchem *Zeitpunkt* und unter welchen Umständen dies anzunehmen ist, kann jedoch im Einzelfall recht schwierig zu bestimmen sein: So etwa vorliegend bereits mit Abkassieren der Gebühren? Oder erst aufgrund Vermischung mit dem eigenen Geld? Oder erst bei Verbrauch für eigene Zwecke? In letzterem liegt zweifellos eine eindeutige Manifestation des Zueignungswillens; jedoch glaubt offenbar der BGH eine Zueignung bereits im Erschwindeln des Geldes mit Verbrauchsabsicht entnehmen zu können (E 3; dort auch weiteres Beispielsmaterial). Eingehend zu den Vermischungs- und Verarbeitungsfällen Heimann-Trosien LK § 246 Rn. 30. – Zudem sind für die Zueignung durch Unterschlagung noch folgende Punkte zu beachten:

13 aa) Die **Unbedingtheit** des Zueignungswillens: Diese kann etwa zweifelhaft sein bei *Verpfändung,* wenn der Täter davon ausgeht, daß er das Pfand noch rechtzeitig wieder einlösen kann (vgl. BGHSt 12, 299 m. krit. Anm. Bockelmann JZ 1959, 495), oder bei nochmaliger *Sicherungsübereignung* einer bereits sicherungshalber übereigneten Sache: Hier wird in der Regel Zueignung nur dann anzunehmen sein, wenn der Täter die Zweitübereignung für wirksam und demzufolge den ersten Sicherungsnehmer als aus seinem Recht verdrängt ansieht (vgl. BGHSt 1, 262), oder wenn er zwar von der Unwirksamkeit der zweiten Sicherungsübereignung ausgeht, es ihm aber ernstlich um die Ausschaltung des ersten Sicherungsnehmers geht (BGH GA 1965, 207). – Ähnlich ist bei *Veräußerung* von Vorbehaltseigentum Zueignung anzunehmen, und zwar bereits im Zeitpunkt eines ernsthaften Verkaufsangebots (Möbel-Fall BGHSt 16, 280), es sei denn, daß Weiterzahlung der Raten durch den Erwerber sichergestellt ist (OLG Hamm JMBlNRW 1961, 44). Näher zu diesen Fällen Heimann-Trosien LK § 246 Rn. 25f, S/S-Eser § 246 Rn. 13a. Zur Zueignung bei Vorbehalt des Ausgleichs von Kassenfehlbeträgen eingehend Wessels II/2 § 5 III.

A 14 bb) An der **Konkretheit** des Zueignungswillens kann es fehlen, solange das Verkaufsangebot noch nicht auf eine bestimmte Sache spezifiziert ist; deshalb wird bei *Gattungssachen* oder Teilen von Sachgesamtheiten (z. B. 10 Liter Benzin aus dem vollen Tank) der Zueignungswille erst mit Aussonderung hinreichend manifest (h. M.; vgl. D-Tröndle § 246 Rn. 13, 15 gegen RGSt 73, 253: Zement-Fall).

15 cc) Ob auch durch **Unterlassen** zugeeignet werden kann, ist strittig: bejahend bei Duldung der *Pfändung* einer unter Eigentumsvorbehalt gekauften Sache etwa OLG Oldenburg NJW 1952, 1267, Heimann-Trosien LK § 246 Rn. 28, M-Schroeder II/1 § 35 II 2c cc, Meyer MDR 1974, 809. Dies setzt freilich nach allgemeinen Regeln sowohl eine entsprechende Aufklärungspflicht über die Eigentumsverhältnisse voraus, was etwa in Pfändungsfällen zu verneinen wäre (vgl. S/S-Eser § 246 Rn. 14), wie auch entsprechende Kausalität der Nichtaufklärung (nämlich Unterbleiben der Pfändung bei Aufdecken der Eigentumsverhältnisse); letzteres wird dem Gerichtsvollzieher gegenüber regelmäßig zweifelhaft sein, da für seine Pfändungsbefugnis nicht das Eigentum, sondern der Gewahrsam des Schuldners maßgeblich ist (vgl. § 808 ZPO). Dagegen wäre Zueignung durch Nichtanzeigen der Pfändung beim Eigentümer denkbar, da diesem dadurch die Möglichkeit einer Drittwiderspruchsklage nach § 771 ZPO genommen wird. Macht der Sicherungsgeber sogar unrichtige Angaben über den Standort des zu verwertenden Gutes, liegt nicht nur Unterlassen, sondern bereits Zueignung durch positives Tun vor (vgl. Porsche-Fall OLG Celle NJW 1974, 2326).

16 – Im bloßen *Preisgeben* einer Sache liegt in der Regel keine Zueignung (vgl. Wegwerf-Fall BGH MDR/H 1977, 461). Vgl. aber auch Nr. 6 A 16ff zum Stehenlassen eines PKW.

17 c) **Wiederholte Zueignung.** Käme es nur auf die vorgenannten Zueignungskriterien an, könnte vorliegend die Annahme einer Unterschlagung kaum zweifelhaft sein; denn daß spätestens mit Verbrauch des Geldes die Stadt um ihr Eigentumsrecht gebracht wurde, erscheint offensichtlich. Indes: Könnte der Annahme einer Zueignung entgegenstehen, daß das Geld bereits deliktisch (hier durch Betrug) erlangt war? Damit stellt sich die allgemeine Frage, ob derselbe Gegenstand auch wiederholt zugeeignet werden kann, sei es durch erneute Unterschlagung einer bereits unterschlagenen Sache (z. B. Verkauf eines bereits verheimlichten Gegenstandes) oder (wie vorliegend) durch Verwertung eines betrügerisch erlangten Gegenstandes. Wie ist in derartigen Fällen die zweite (oder weitere) Unterschlagung zu behandeln? Diese Frage ist strittig, freilich weniger im Ergebnis als im Begründungsweg. Denn im *Ergebnis* besteht Einigkeit darüber, daß die *zweite* (oder weitere) Unterschlagung jedenfalls beim *selben* Täter *nicht* mehr gesondert in Ansatz gebracht werden kann (vgl. E 4). Umstritten ist jedoch, auf welchem *Wege* die weitere Unterschlagung verdrängt werden kann:

18 aa) Nach der **„Tatbestandslösung"** ist die weitere Zueignung einer bereits zugeeigneten Sache schon tatbestandlich ausgeschlossen: so im Anschluß an die frühe RG-Rspr. vorliegend der BGH, dem sich inzwischen auch Krey II Fall 29, Lackner § 246 Anm. 4a bb, Otto II § 42 I 6 und (i. E. wohl auch) Schünemann JuS 1968, 114ff angeschlossen haben. Was wird dafür ins Feld geführt?

– Nach dem *Wortsinn* der Zueignung wie auch nach dem Sinnzusammenhang der Tatbestände ist durch Begründung einer eigentumsähnlichen Herrschaftsmacht über die Sache die Zueignung praktisch abgeschlossen, spätere Verwertungsakte, die nur der Ausnutzung einer zuvor bereits deliktisch herbeigeführten eigentumsähnlichen Stellung dienen, können dem ersten Zueignungsakt nicht gleichgestellt werden (E 5f).

– Auch *rechtspolitisch* bestehe kein Bedürfnis, die Unterschlagung als AuffangTB für etwaige Folgeakte von Eigentums- oder Vermögensdelikten zu begreifen (E 7).

– Ferner wäre es *unbillig*, die *Verjährung* jeweils mit jeder neuen Manifestation des Zueignungswillens neu beginnen zu lassen bzw. die *Teilnahme* am Verwertungsakt als Beihilfe zu Unterschlagung zu bestrafen, während der Haupttäter möglicherweise nur wegen Betrugs bei Ersterlangung der Sache strafbar wäre (E 9).

19 bb) Nach der **„Konkurrenzlösung"** hingegen kann die wiederholte Manifestierung des Zueignungswillens über bereits deliktisch erlangte Sachen zwar tatbestandlich erneut eine Unterschlagung sein; soweit dadurch jedoch keine weitere Intensivierung des Schadens eintritt, soll Unterschlagung als straflose Nachtat hinter dem ersten deliktischen Erlangungsakt zurücktreten (Konsumtion): so die h. L. (u.a. Baumann NJW 1961, 1141, Bockelmann II/1 § 4 V, Heimann-Trosien LK § 246 Rn. 84, M-Schroeder II/1 § 35 II 2c aa, Schröder JR 1960, 308, Welzel § 48 V, Wessels II/2 § 5 IV 2). Was sind die Gründe dafür?

A 20 – *Schutzgedanke:* Eine deliktisch (z. B. durch Betrug) entzogene Sache müsse auch gegen weitere Eigentumsverletzungen (wie z. B. gegen Zueignung durch Verbrauch) geschützt bleiben.

21 – Kriminalpolitisch die Vermeidung von *Lücken:* Falls ein Tatbeteiligter lediglich an der Verwertung einer deliktisch erlangten Sache beteiligt war (z. B. bei bloßem Mitverzehr oder bei Anstiftung zum Weiterverkauf gestohlener Ware), kommt eine Strafbarkeit wegen Beihilfe oder Anstiftung zur Unterschlagung nur dann in Betracht, wenn auch der Verwertungsakt als solcher tatbestandlich Unterschlagung sein kann; dies aber wäre nach der „Tatbestandslösung" ausgeschlossen. Ähnliche Lücken gelte es beim Haupttäter zu schließen, so z. B. wenn dieser bei der Erstzueignung zwar rechtswidrig, aber – weil über die Fremdheit der Sache irrend – schuldlos handelte, beim Weiterverkauf hingegen bereits bösgläubig war.

22 cc) *Eigene Auffassung:* Gegen das „Lückenargument" der Konkurrenzlösung (A 21) wäre einzuwenden, daß Verwertungs- und Perpetuierungsakte funktionsgerechter durch Hehlerei (§ 259) bzw. Begünstigung (§ 257) zu erfassen sind. Aber selbst soweit diese Tatbestände nicht durchzugreifen vermögen, erscheint eine solche Lücke kriminalpolitisch noch eher erträglich als ein Zueignungsverständnis, das rein formale Manifestationsakte, die eine bereits eingetretene Eigentumsverletzung material in keiner Weise weitervertiefen, genügen lassen will. Dies um so mehr, als für einen derart formalen Auffangtatbestand, der ja auf Konkurrenzebene dann doch regelmäßig wieder ausgeschlossen wird, auch das kriminalpolitische Bedürfnis nicht allzu groß sein kann. Das zeigen auch die *Reformentwürfe,* wonach Unterschlagung auf Zueignungsakte beschränkt bleiben soll, die nicht bereits „als Diebstahl, Raub, Betrug, Erpressung, Untreue oder Hehlerei mit Strafe bedroht" sind (vgl. E 11; ebenso § 240 I E 1962).

23 Daher dürften die besseren Gründe für die „*Tatbestandslösung*" (A 18) sprechen, freilich mit dem Vorbehalt, daß es sich beim Ersterlangungsakt bereits um eine Zueignung handelt, deren Enteignungseffekt durch die nachfolgenden Manifestationsakte materiell nicht weiter vertieft wird (zust. Samson SK § 246 Rn. 52). Demgemäß wäre die „Tatbestandslösung" folgendermaßen zu *modifizieren:* Der erste, spätere Zueignungen ausschließende Erlangungsakt muß bereits auf die **Begründung einer spezifisch eigentumsähnlichen Herrschaftsmacht** an der Sache unter Verdrängung des Eigentümers, und nicht nur auf Besitzbegründung, gerichtet sein (insofern mißverständlich E 6). Daran fehlt es beispielsweise im *Möbel-Fall* **BGHSt 16, 280:**

Dort hatte A unter Vortäuschung von Kreditwürdigkeit Vorbehaltseigentum und Besitz an Möbeln erlangt, die er später vertragswidrig weiterverkaufte. Da sich A durch den Betrug zunächst nur den Fremdbesitz der Sache verschafft hatte, ohne dabei bereits das Vorbehaltseigentum der Verkäuferin anzutasten, hat der BGH diesem Erlangungsakt zu Recht Zueignungscharakter abgesprochen, so daß er in der nachfolgenden Veräußerung der Möbel eine Unterschlagung erblicken konnte, ohne sich damit in Widerspruch zu seiner „Tatbestandslösung" zu setzen.

24 Welche *Konsequenzen* ergeben sich daraus für den *Inkasso-Fall?* Hier wird zu unterscheiden sein:

– Soweit es um den **Verbrauch** des Geldes geht, wird mit dem BGH schon tatbestandlich Unterschlagung zu verneinen sein. Denn da es dem A bereits bei seinem betrügerischen Kassieren nicht nur auf Fremdbesitz, sondern auf eigentumsgleiche Einverleibung des Geldes ankam, lag darin bereits eine Zueignung, die auch durch den nachherigen Verbrauch nicht noch weiter intensiviert werden konnte.

25 – Soweit es dagegen um die erstmalige **Empfangnahme** des Geldes geht, kann entgegen dem BGH (E 10) Unterschlagung tatbestandlich nicht ohne weiteres verneint werden. Folgt man nämlich einer der „berichtigenden" Auslegungen, wonach Gewahrsamserlangung und Zueignung zusammenfallen können (A 5 f), so kann grundsätzlich bereits in der Ersterlangung des Geldes eine Unterschlagung liegen. Falls damit ein gleichzeitiger Betrug gegenüber dem Geldgeber einhergeht, handelt es sich nicht um den Fall einer (nicht möglichen) „wiederholten" Zueignung, sondern lediglich um das gleichaktige Zusammentreffen von Unterschlagung und sonstiger deliktischer Erlangung. Für diesen Fall jedoch trifft das Argument mangelnder Intensivierung (A 23) schon deshalb nicht zu, weil dieses Kriterium naturgemäß eine bereits erfolgte Zueignung voraussetzt, diese aber gerade durch die Empfangnahme des Geldes überhaupt erst begründet werden soll (vgl. Baumann NJW 1961, 1141, Schröder NJW 1963, 1958/61).

26 e) Als *Zwischenergebnis* bleibt somit festzuhalten: Unterschlagung ist auf TB-ebene allenfalls hinsichtlich des Verwertungsaktes zu verneinen, vorausgesetzt, daß

A man mit dem BGH die nochmalige Zueignung einer bereits zugeeigneten Sache für ausgeschlossen hält (A 18). Dagegen kann im Ersterwerb eine tatbestandliche Unterschlagung erblickt werden. Folgt man dagegen der h. L., welche die nochmalige Zueignung bereits zugeeigneter Sachen für möglich hält, so liegt auch im Verwertungsakt eine tatbestandliche Unterschlagung. Allerdings bleiben dann – wie bei jedem Unterschlagungsfall – noch folgende Punkte zu prüfen:

27 **B. Rechtswidrigkeit der Zueignung und Rechtfertigung.**

1. Ebenso wie bei Diebstahl muß auch bei Unterschlagung die *Zueignung* als solche **rechtswidrig** sein. Die dafür maßgeblichen Kriterien sind die gleichen wie beim § 242 (Moos-raus-Fall Nr. 4 A 17ff). Danach war der eigennützige Empfang bzw. Verbrauch durch A unzweifelhaft rechtswidrig, da er keinerlei Anspruch auf die eingezogenen Gebühren hatte.

28 – Problematisch kann die Rechtswidrigkeit der Zueignung aber vor allem in den *Wechselgeldfällen* werden, so etwa wenn der Kassierer eigenmächtig einen privaten Geldschein gegen Kleingeld aus seiner Amtskasse wechselt. Falls man dort nicht bereits die Zueignung verneinen will (A 10), könnte die Rechtswidrigkeit mit dem Argument bezweifelt werden, daß wertsummenmäßig das Eigentumsinteresse letztlich unangetastet bleibt (Nr. 4 A 26). Wer darin freilich bereits eine zu weitgehende „Verwirtschaftlichung" des Eigentumsbegriffes sieht (so wohl die h.M.: vgl. Nr. 1 A 36), kann den Geldwechsler nur noch auf mutmaßliche Einwilligung des Eigentümers verweisen.

29 **2.** Damit aber ist bereits die Frage nach einer etwaigen **Rechtfertigung** angesprochen (Nr. 4 A 29ff). Versteht man dabei die mutmaßliche Einwilligung als bloßen „Einwilligungsersatz" (StrafR I Nr. 8 A 32ff), so könnte deren Annahme u. U. zweierlei entgegenstehen: zum einen die mangelnde Disponibilität des Rechtsguts (so bei Verwarnungsgeldern OLG Köln NJW 1968, 2348 im Oberwachtmeister-Fall), zum anderen ein tatsächlich erklärter oder aufgrund von Dienstvorschriften zu vermutender gegenteiliger Wille des Rechtsgutsträgers (vgl. Postschaffner-Fall BGHSt 24, 115/25). Vgl. aber demgegenüber auch Tiedemann JuS 1970, 108/11f, der durch die interessante Verbindung „weichenden Interessenschutzes" mit dem „Bagatellprinzip" jedenfalls beim bloßen Umwechseln mutmaßliche Einwilligung durchgreifen läßt; ebenso i. E. Lackner § 246 Anm. 5a; vgl. auch S/S-Eser § 246 Rn. 17f sowie Krey II Fall 30.

30 – Unzweifelhaft ist aber Rechtfertigung bei Verarbeitung oder Weiterveräußerung von Vorbehaltseigentum aufgrund eines *verlängerten Eigentumsvorbehalts* anzunehmen: Einwilligung oder zumindest mutmaßliche Einwilligung. Rechtfertigend wirken ferner gesetzliche *Verwertungsbefugnisse*, wie z. B. Befriedigung durch Pfandverkauf nach § 1228 BGB bzw. Befriedigungsrecht des Gläubigers nach § 371 BGB.

31 *Zwischenergebnis:* Da im vorliegenden *Inkasso-Fall* keiner dieser oder sonstiger Rechtfertigungsgründe durchgreift, war die Unterschlagung des A – falls man sie wegen des deliktischen Ersterwerbs nicht bereits tatbestandlich ausschließt (A 18) – auch rechtwidrig.

32 **C.** Für die **subjektive Tatseite** verlangt Unterschlagung **Vorsatz,** der sich insbes. auch auf die Manifestierung der Zueignung erstrecken muß.

33 – Bei *Irrtum* über die Rechtswidrigkeit der Zueignung hängt dessen Behandlung davon ab, wo dieses Rechtswidrigkeitskriterium systematisch einzuordnen ist. Insofern gilt das im Moos-raus-Fall (Nr. 4 A 43ff) zum Diebstahl Ausgeführte hier entsprechend (näher S/S-Eser § 246 Rn. 18f; teils abw. M-Schroeder II/1 § 35 II 3).

34 **II. Qualifizierungen** der Unterschlagung: **Veruntreuung (§ 246 2. Alt.).**

Sofern der Täter Gewahrsam an der unterschlagenen Sache durch einverständliche Übernahme von einem anderen erlangt hatte, kann zugleich die strafschärfende Qualifizierung einer „Veruntreuung" gegeben sein. Dies setzt eine **„Anvertrauung"** der Sache voraus, und zwar gleichgültig, ob vom Eigentümer selbst oder von einer anderen Person.

35 Im *Möbel-Fall* **BGHSt 16, 280,** wo der A aufgrund Vorspiegelung seiner Kreditfähigkeit Möbel unter Eigentumsvorbehalt geliefert erhielt und nachher veräußerte, wurde diese Qualifizierung folgendermaßen begründet: **[282]** „Anvertraut sind Sachen, deren Besitz oder Gewahrsam dem Täter in dem Vertrauen eingeräumt worden ist, er werde die Gewalt über sie nur im Sinne des Einräumenden ausüben. Hierfür genügt es, daß er Besitz oder Gewahrsam kraft eines Rechtsgeschäfts mit der Verpflichtung erlangt hat, sie zurückzugeben oder zu einem bestimmten Zweck zu verwenden (Nachw.). Diese Voraussetzungen liegen hier vor. Nach der bei dem Verkauf unter Eigentumsvorbehalt getroffenen Absprа-

A che der Parteien überließ die V dem A die Möbel zur sofortigen Nutzung, behielt sich jedoch zur Sicherung ihrer Kaufpreisforderung bis zu deren vollständigen Erfüllung das Eigentum an den Sachen vor, um sie jederzeit zurücknehmen zu können, wenn der A seine Zahlungspflicht nicht erfüllte. Diesen vereinbarten Vertragszweck vereitelte der A, indem er die Möbel vor der Bezahlung ihres Kaufpreises an einen Unbekannten veräußerte".

36 Nach dieser allgemein anerkannten Formel wäre Anvertrautsein insbesondere auch bei *Miet-* oder *Leihverhältnissen* anzunehmen (Wessels II/2 § 5 II 1). – Auch könnte ein solches jedenfalls dann angenommen werden, wenn die betroffenen Kaufleute die Gebühren an den A im Vertrauen darauf gezahlt haben, daß er das Geld unmittelbar an seine Behörde abführen werde. Daß der A demgegenüber deliktische Zwecke verfolgte, muß im Hinblick auf das Schutzinteresse des Anvertrauten unbeachtlich sein, zumal sogar bei Nichtigkeit des Vertrages wegen Sittenwidrigkeit „Anvertrautsein" bejaht wird: so bei Unterschlagung von Geld, das zum Ankauf von Falschgeld empfangen worden war (BGH NJW 1954, 889; vgl. im einzelnen S/S-Eser § 246 Rn. 24ff). Über „Veruntreuung" hinaus, kam zur Tatzeit jedoch noch eine besondere Deliktsart in Betracht:

37 **III.** Die zur Tatzeit noch gesondert qualifizierte **Amtsunterschlagung** (§§ 350, 351 a. F.; vgl. E 1): Diese ist zwar durch das EGStGB ersatzlos gestrichen worden, läßt sich aber u. U. über § 246 Alt. 2 strafverschärfend erfassen (vgl. S/S-Eser § 246 Rn. 2, 11a, 24ff).

38 **IV. Ergebnis:** Soweit vorliegend tatbestandlich einfache *Unterschlagung* in Betracht kommt (A 25, 26), ist diese auch in der qualifizierten Form einer Veruntreuung (§ 246 2. Alt.) bzw. einer Amtsunterschlagung (§§ 350, 351 a. F.) begangen.

39 – Sofern darüber hinaus in der Empfangnahme des Geldes unter Verschweigen des Inkassoverbots bzw. der eigennützigen Verbrauchsabsicht zugleich ein *Betrug* zu Lasten der Kunden zu erblicken ist, tritt die Unterschlagung spätestens auf Konkurrenzebene hinter den Betrug zurück, und zwar hinsichtlich der Empfangnahme des Geldes als mitbestrafte Begleittat, hinsichtlich des Verbrauchs als mitbestrafte Nachtat (straflose Verwertungshandlung).

Schrifttum: Allg. zur **Unterschlagung** die Kommentare zu § 246, ferner *Arzt* III G; *Blei* II § 56, *Bockelmann* II/1 § 4; *Haft* II § 21; *Krey* II § 2; *M-Schroeder* II/1 § 35; *Otto* II § 42; *Schmidhäuser* II 8/40–47; *Welzel* §§ 46, 47; *Wessels* II/2 § 5.

Speziell zum **Gewahrsamsproblem:** *Bockelmann,* Ist eine berichtigende Auslegung des § 246 statthaft?, MDR 1953, 3; *Louven,* Fällt der mittelbare Besitz unter die Begriffe „Besitz oder Gewahrsam" in § 246?, MDR 1960, 268; *Otto,* Vermögensschutz 256f; *Post,* Der Anwendungsbereich des Unterschlagungstatbestandes, 1956, 50ff; *Schünemann,* Die Stellung der Unterschlagungstatbestände im System der Vermögensdelikte, JuS 1968, 114. – Zum Problem **wiederholter Zueignung:** *Otto,* Vermögensschutz 107ff, 135f; *Maiwald,* Zueignungsbegriff 261. – Zu **sonstigen Einzelfragen:** *Gribbohm,* Zur Problematik des Zueignungsbegriffs, JuS 1963, 107; *Haffke,* Mitgewahrsam, Gewahrsamsgehilfenschaft und Unterschlagung, GA 1972, 225; *Meyer,* Die Nichtbenachrichtigung des Sicherungs(Vorbehalts)Eigentümers usw., MDR 1974, 809; *Tiedemann,* Die mutmaßliche Einwilligung bei Unterschlagung amtlicher Gelder, JuS 1970, 108.

– **Speziell** zum *Inkasso-Fall* BGHSt 14, 38 vgl. *Baumann,* Amtsunterschlagung und Betrug, NJW 1961, 1141; *Bockelmann,* Zur Konkurrenz der Vermögensdelikte, JZ 1960, 621; *Haß,* Gibt es eine Zueignung nach der Zueignung? SchlHA 1972, 176; *Schröder* JR 1960, 308; *ders.,* Konkurrenzprobleme bei Untreue und Unterschlagung, NJW 1963, 1958 sowie *Schünemann* JuS 1968, 114.

Gebrauchsanmaßung (§§ 248b, 290) – Abgrenzung gegenüber Sachentziehung, Sachbeschädigung und Zueignung

BGHSt 11, 47: Besorgungsfahrt-Fall

4 StR 523/57 vom 17. 10. 1957 = NJW 1958, 151

SV **Sachverhalt:** Bei einer Polizeikontrolle wurde A mit einem Pkw angetroffen, der ihm nicht gehörte. Er gab an, daß ihm der Wagen von einem gewissen „Paul" geliehen worden sei, um damit eine Besorgung zu machen. Erst unterwegs habe er im Handschuhkasten eine größere Anzahl verschiedenartiger Autoschlüssel bemerkt, woraus er schloß, daß jener „Paul" nicht der rechtmäßige Besitzer des Wagens sein könne. Doch habe er zwecks Erledigung seiner Besorgung die Fahrt fortgesetzt.

P **Problemstellung:** Unterstellt man einmal, daß A den Wagen tatsächlich gutgläubig in Empfang nahm, so ist mangels Gewahrsamsbruchs sicherlich *Diebstahl* zu verneinen. Käme aber wegen Weiterfahrens etwa *Unterschlagung* in Betracht? Oder fehlte es dafür an einer Zueignung i. S. vom § 246? Worauf käme es dafür an: etwa daß der Wagen nicht mehr zurückgebracht wird?

– Kommt aber stattdessen *unbefugter Gebrauch eines Fahrzeugs* nach § 248b in Betracht? Oder könnte dem entgegenstehen, daß A bei Beginn der Ingebrauchnahme gutgläubig war? Oder genügt bereits, daß der Gebrauch bösgläubig fortgesetzt wird?

E 1 **Aus den Gründen: [48]** „§ 248b StGB stellt den unter Strafe, der ein Kraftfahrzeug oder ein Fahrrad gegen den Willen des Berechtigten in Gebrauch nimmt. Dies ist in Schrifttum
2 und Rspr dahin verstanden worden, daß sich nicht strafbar macht, wer beim Beginn der Fahrt an das Einverständnis des Berechtigten mit der Ingebrauchnahme des Fahrzeugs glaubt, im Laufe der Fahrt jedoch bösgläubig wird und dennoch weiterfährt. [Denn nach
3 BayObLG NJW 1953, 193 sei] aus der vom Gesetzgeber benutzten umständlichen Fassung ‚in Gebrauch nimmt' anstatt ‚gebraucht' zu schließen, daß er auf den Beginn des Gebrauchs abstelle; es komme mithin für die Strafbarkeit entscheidend auf die Rechtslage beim ‚Ingebrauchnehmen', also beim Beginn des Gebrauchs an; bereits zu diesem Zeitpunkt müsse das weitere Tatbestandsmerkmal ‚gegen den Willen des Berechtigten'
4 erfüllt sein; ein Gebrauch, der befugt begonnen aber unbefugt fortgesetzt werde, sei mithin nicht strafbar.

5 Dieser Auffassung kann der Senat nicht beitreten. Die allgemeine Gesetzessprache kennt keinen ein für allemal feststehenden Begriff einer ‚Ingebrauchnahme'. Wohl ist er im § 290 zu finden, der öffentliche Pfandleiher mit Strafe bedroht, die einen von ihnen in Pfand genommenen Gegenstand ‚unbefugt in Gebrauch nehmen'. Verstanden wird darunter **[49]** jede nutzbare Verwendung des Pfandgegenstandes, die mit seiner Beschaffenheit verträglich ist (LK 6./7. Aufl. II zu § 290). Daraus ergibt sich jedoch nicht, ob eine unbefugte Ingebrauchnahme nur dann gegeben ist, wenn der Pfandleiher schon bei Beginn der Verwendung des Pfandes wußte, daß der Verpfänder nicht mit ihr einverstan-
6 den sei. Angesichts des verschieden gearteten Straftatbestandes könnte überdies für die Auslegung des § 248b aus jener Vorschrift nichts Entscheidendes gewonnen werden. Da der Gesetzeswortlaut nicht eindeutig ist, müssen auch die Entstehungsgeschichte sowie Sinn und Zweck der Strafbestimmung bei der Auslegung mit herangezogen werden.

7 Die Entstehungsgeschichte [des § 248b] ergibt, daß die Bestimmungen des StGB als nicht ausreichend angesehen wurden, um die als Gefährdung und Störung der öffentlichen Sicherheit empfundenen Schwarzfahrten unter Strafe zu stellen, die [zuvor] häufig straffrei bleiben mußten. Die neue Bestimmung sollte abschreckend und vorbeugend wirken, der Verkehrssicherheit dienen, weil die Zahl der Verkehrsunfälle auf Schwarzfahrten unverhältnismäßig groß ist, das öffentliche Vertrauen auf die Sicherheit der auf den Straßen abgestellten Fahrzeugen stärken und sowohl die Privatrechtsordnung als solche wie auch den einzelnen strafrechtlich schützen, der seine Rechte aus ihr herleitet.

8 Weil nur Schwarzfahrten entgegengetreten werden sollte, bezweckt die gegen sie erlassene Strafbestimmung nicht, eine Benutzung in den Straftatbestand einzubeziehen, die keine Schwarzfahrt darstellt. Unter sie fällt daher beispielsweise nicht, wer in einem parkenden Kraftfahrzeug unbefugt nächtigt, wer in einem Autobus als blinder Passagier mitfährt oder **[50]** wer sein Kraftfahrzeug oder sein Rad unbefugt an ein Kraftfahrzeug anhängt.

9 Dadurch erklärt sich, daß in § 248b I nicht von einer Benutzung die Rede ist. Benutzung bedeutet jede beliebige Art der Verwendung, ‚Ingebrauchnahme' dagegen ist nur die Benutzung zu dem bestimmungsgemäßen Zweck des Fahrzeugs. Die Ingebrauchnahme kann deshalb nur eine Benutzung sein, bei der der Täter sich des Fahrzeugs unter Einwir-

E kenlassen der zur Ingangsetzung und Inganghaltung geeigneten Kräfte als Fortbewegungsmittel bedient (Schönke-Schröder II 2 zu § 248b) und dabei eine (ihm nicht zustehende) Herrschaftsgewalt über das ganze Fahrzeug ausübt. Diese Ingebrauchnahme liegt schon bei der Ingangsetzung, jedoch ebenso später vor; denn die immer wieder erneuerten Kräfte zur Fortbewegung wirken bis zur Außerbetriebnahme weiter, und die Herrschaftsgewalt setzt sich ebenso fort, nachdem das Fahrzeug in Gang gebracht worden ist. Ingangsetzen und Inganghalten fallen mithin gleicherweise unter den Begriff der Ingebrauchnahme. Daraus folgt: Von dem Augenblick an, in dem der Täter nach seiner Vorstellung das Fahrzeug gegen den Willen des Berechtigten in Gang setzt oder in Gang hält, beginnt seine Strafbarkeit. Grundsätzlich unerheblich ist es nach alledem, ob der Täter seine mangelnde Berechtigung schon bei der Ingangsetzung des Fahrzeugs kennt oder ob er sie erst später erkennt, aber das Fahrzeug gleichwohl in Gang hält.

10 Nur diese Auslegung entspricht dem dargelegten gesetzgeberischen Zweck, jedweder Schwarzfahrt entgegenzuwirken. Die enge Auslegung des BayObLG dagegen führt zu unbefriedigenden Ergebnissen. Nach ihr würden Fahrten, die beim Ingangsetzen nicht als Schwarzfahrten geplant waren, auf Grund eines erst unterwegs gefaßten Entschlusses nicht zu Schwarzfahrten werden können. So würde beispielsweise der angestellte Kraftfahrer, der sich erst während der ihm aufgetragenen Fahrt entschließt, sogleich nach Ausführung des Auftrags **[51]** eine dem Willen seines Dienstherrn nicht entsprechende Schwarzfahrt zu machen, nach § 248b straffrei bleiben müssen. Das Verhalten dieses Kraftfahrers ist jedoch nicht weniger strafwürdig als dann, wenn er den Entschluß, gegen den Willen seines Dienstherrn zu handeln, bereits bei Ingangsetzung des Kraftfahrzeugs gefaßt hätte.

11 Der Auffassung des Senats steht auch nicht entgegen, daß der Gesetzgeber keinen Anlaß gehabt habe, die Erfüllung der bürgerlich-rechtlichen Herausgabepflicht des Besitzers, dessen Besitz rechtmäßig begründet worden sei, durch Strafandrohung zu sichern (BayObLG aaO), dies um so weniger, als auch das BGB den Besitzer nur dann nach den Bestimmungen über unerlaubte Handlungen haften lasse, wenn er den Besitz durch strafbare Handlung oder verbotene Eigenmacht erlangt habe (§ 992 BGB).

12 Diese Überlegung läßt außer acht, daß der Berechtigte i.S. der Strafbestimmung nicht bloß der Eigentümer, sondern jeder Gebrauchsberechtigte ist. Dazu gehört jeder, der ‚als Eigentümer, Fahrzeughalter oder sonst kraft dinglichen, obligatorischen oder sonstigen Rechts befugt ist, das Kraftfahrzeug als Fortbewegungsmittel zu benutzen' (Wagner). Somit darf nicht auf die bürgerlich-rechtlich geregelten Beziehungen zwischen Eigentümer und Besitzer abgestellt werden. Vor allem aber steht bei der in § 248b StGB getroffenen Regelung nicht der strafrechtliche Schutz eines *zivil*rechtlichen Verhältnisses im Vordergrund, so daß für die Auslegung der Strafbestimmungen nicht maßgebend sein darf, welchen Schutz die zivilrechtliche Ordnung dem verletzten Rechtsgut zuteil werden läßt. Die durch § 248b getroffene Regelung verdankt ihre Entstehung dem Interesse des Staates, die bisher strafrechtlich nicht zu erfassende, aber strafwürdige Ingebrauchnah-

13 me von Kraftfahrzeugen und Fahrrädern zum Schutze der Allgemeinheit, insbesondere des öffentlichen Verkehrs unter Strafe zu stellen. Der Regelung in § 248b entsprechen in ihrem Grundgedanken insoweit § 114 SeemannsG **[52]** 1957 und § 290 StGB. Das Entweichen eines Besatzungsmitgliedes von Bord eines Schiffes an einem Ort außerhalb des Geltungsbereichs des GG und die Gebrauchsanmaßung der Pfandleiher berühren ebenfalls öffentliche Belange. Deswegen ist in diesen Fällen ein Verhalten unter Strafe gestellt, das bürgerlichrechtlich einen Vertragsbruch darstellt.

14 Nach allem hat das LG § 248b auf das Verhalten des A zutreffend angewandt. Er setzte seine gutgläubig begonnene Fahrt fort, obwohl er, nachdem er erkannt hatte, daß ‚Paul' nicht Gebrauchsberechtigter sei, damit rechnete, daß er dies gegen den Willen des bestohlenen Eigentümers (Gebrauchsberechtigten) tue.

15 Die Voraussetzungen für die Anwendung des § 248b liegen auch insoweit vor, als der A kein anderes Strafgesetz verletzt hat, das eine schwerere Strafe androht. [Insbesondere] für die Anwendung des § 242 wegen Entwendung von Treibstoff gibt der Sachverhalt keine genügenden Anhaltspunkte."

A 1 **Zur Erläuterung und Vertiefung:** Um die im Mittelpunkt der Entscheidung stehende Frage nach dem maßgeblichen *Zeitpunkt* unbefugten Gebrauchs sachgerecht einordnen zu können, empfiehlt sich zunächst ein Blick auf die Strafbarkeit bloßer *Gebrauchsanmaßung* überhaupt (I). Bei den einzelnen TBmerkmalen des § 248b bedarf dann insbesondere die Abgrenzung von bloßem „Gebrauch" gegenüber (*sachbeschädigendem* bzw. *zueignendem*) „Verbrauch" näherer Betrachtung (II).

2 **I. Fälle strafbarer Gebrauchsanmaßung – Schutzgut.**

1. Im Unterschied zur generell strafbaren Sachbeschädigung und Zueignung ist der sog. furtum usus („Diebstahl" zum bloßen Gebrauch) *grundsätzlich straflos*. Doch finden sich auch im StGB zwei Fälle, in denen schon bloße Gebrauchsanmaßung *ausnahmsweise* strafbar ist:

A – Unbefugter Fahrzeuggebrauch (§ 248b),
– Unbefugter Pfandgebrauch durch öffentliche Pfandleiher (§ 290).

3 2. **Ratio:** Woraus läßt sich diese ausnahmsweise Strafbarkeit begründen? Keinesfalls allein damit, daß durch den unbefugten Gebrauch zugleich das Eigentum tangiert werde; denn da dies für jeden Fall von Gebrauchsanmaßung gelten würde, müßte sie – wie das früher in der Tat der Fall war – als Eigentumsverletzung generell strafbar sein. Wenn das StGB davon abgesehen hat, kann das Schutzgut bei strafbarer Gebrauchsanmaßung nicht allein im Eigentum, sondern muß speziell im *Gebrauchs-* oder *Nutzungsrecht* der Sache liegen. Insoweit handelt es sich bei Gebrauchsanmaßung um Delikte gegen *spezialisierte Vermögenswerte,* so daß sie zwischen den eigentlichen Eigentums- und den allgemeinen Vermögensdelikten stehen (vgl. Nr. 1 A 23 sowie M-Schroeder II/1 § 37).

4 – Warum aber sollen solche Gebrauchsrechte nur in den genannten Ausnahmefällen strafrechtlichen Schutz genießen? Der BGH hat dies im Blick auf die Entstehungsgeschichte (E 7) mit öffentlichen Belangen erklärt, und zwar zwecks Verhinderung von Schwarzfahrten durch § 248b (E 12) bzw. zum Vertrauensschutz gegenüber öffentlichen Pfandleihern durch § 290 (vgl. E 13). Doch bleibt daneben auch der Eigentumsschutz noch von gewisser Bedeutung, was sich freilich nur bei der Frage nach der Gebrauchsberechtigung auswirkt (dazu A 14, 30f).

5 Da es sich bei der Strafbarkeit von Gebrauchsanmaßung um Ausnahmefälle handelt, ist diese im Vergleich zu den Aneignungs- bzw. Sachbeschädigungsdelikten in zweifacher Hinsicht *beschränkt:* sowohl hinsichtlich der geschützten *Tatobjekte* als auch hinsichtlich der *Tathandlung.* Dies sei an dem praktisch wichtigsten Fall strafbaren furtum usus kurz demonstriert:

6 **II. Der unbefugte Fahrzeuggebrauch (§ 248b).**

A. Tatobjekt können nur Fahrzeuge einer bestimmten technischen Bauart sein, nämlich **Fahrräder** und **Kraftfahrzeuge.** Nach der Legaldefinition von Abs. IV gehören dazu namentlich Autos, Motorräder, Flugzeuge, Schiffe, nicht dagegen Fuhrwerke oder Autoanhänger, die keinen eigenen Antrieb haben, bzw. Straßenbahnen, da sie an Bahngeleise gebunden sind.

7 1. Was das *Eigentumsverhältnis* betrifft, ist an sich *gleichgültig,* wem das Fahrzeug gehört; denn geschützt soll ja der **Gebrauchsberechtigte** sein. Doch wird die Eigentumsfrage dort problematisch, wo der Eigentümer sein vermietetes Fahrzeug dem Mieter gegen dessen Willen vorzeitig wieder wegnimmt und selbst gebraucht: nur Vertragsverletzung? oder § 248b seitens des Eigentümers? Die Entscheidung hängt davon ab,
– ob man im *Gebrauchsrecht* ein selbständiges und *ausschließliches* Schutzgut erblickt (so wohl die h.M.; vgl. D-Tröndle, Heimann-Trosien, Lackner, Preisendanz, Wessels II/2 § 10 I 2 m.N.): dann könnte sich auch der Eigentümer gegenüber dem Gebrauchsberechtigten strafbar machen;

8 – oder ob man in der Gebrauchsberechtigung lediglich einen Ausfluß des *Eigentums* sieht, mit der Folge, daß der Eigentümer jeweils *mitverletzt* ist und demnach schwerlich gegenüber sich selbst Täter sein kann (so zu Recht Franke NJW 1974, 1803/4, Otto II § 48 I 3, Samson SK § 248b Rn. 14). Vgl. auch unten A 31.

9 2. Völlig *unerheblich* sind dagegen die *Gewahrsamsverhältnisse*; denn gleich, ob das Fahrzeug etwa aus der Garage des Berechtigten entwendet, von einem öffentlichen Parkplatz entführt wird oder sich gar bereits im Gewahrsam des Täters befindet: erforderlich ist lediglich die unbefugte Ingebrauchnahme.

10 **B.** Die **Tathandlung** des **Ingebrauchnehmens** ist freilich in mehrfacher Hinsicht problematisch:

1. Hinsichtlich der **Art** des Gebrauchs: Da die Norm lediglich die Verhinderung des Schwarzfahrens bezweckt (E 7f), ist nur die Benutzung des Fahrzeugs als *Fortbewegungsmittel* strafbar, nicht dagegen das Nächtigen in einem geparkten Fahrzeug (E 8) oder die Ausnutzung der Hebekraft eines Autokrans. Ebensowenig kann bei bloßer Beförderungserschleichung durch einen „blinden Passagier" von einem Gebrauch des Fahrzeugs die Rede sein (dann aber § 265a: M-Schroeder II/1 § 38 II 1). Sofern jedoch ein Fortbewegen vorliegt, ist nicht erforderlich, daß dies gerade durch Einsatz der Motorkraft geschieht; daher genügt schon das Abrollenlassen im Leerlauf (Motorrad-Fall BGHSt 11, 44).

A 11 2. Hinsichtlich des **Zeitpunkts** der Ingebrauchnahme ist strittig, ob bereits die Ingangsetzung unbefugt sein muß oder ob auch das unbefugte Inganghalten ausreicht. Um diese Frage ging es im vorliegenden Fall:

12 – Stellt man auf das Ingang*setzen* ab (so D-Tröndle § 248b Rn. 5, Franke NJW 1974, 1803), dann ist nicht nur die vertragswidrige Weiterbenutzung nach Ablauf eines Mietverhältnisses straflos, sondern auch dem Schwarzfahrer die Ausrede eröffnet, bei Fahrtbeginn gutgläubig gewesen zu sein (vgl. E 10).

13 – Läßt man jedoch auch das unbefugte Ingang*halten* genügen (zu den Gründen vgl. E 7ff), so würde auch vorliegend § 248b zu Recht bejaht (vgl. Heimann-Trosien Rn. 7, Lackner Anm. 3, Samson SK Rn. 11, je zu § 248b). Dem ist im Hinblick auf den Charakter des § 248b beizutreten (vgl. S/S-Eser § 248b Rn. 4a): Danach ist das unbefugte Inganghalten als erneutes Ingebrauchnehmen zu begreifen (ebenso Otto II § 48 I 2a bb).

14 3. Soweit und solange der Täter jedoch tatsächlich zum Gebrauch berechtigt ist, ist die Verletzung etwaiger Weisungen des Eigentümers unschädlich: so etwa bei zeitweiligem Überlassen des Steuers an einen Mitfahrer oder bei Miterledigung privater Besorgungen bei einer Dienstfahrt; instruktiv auch Abmelde-Fall BGH VRS 39, 199. Wo aber liegt hier die Grenze? Dort, wo die Art und Zeit der Benutzung schon in ihrer äußeren Erscheinung von dem gestatteten Verhalten abweicht: Danach kann sich auch ein Werkfahrer strafbar machen, wenn er sich den Firmenwagen zu einer sonntäglichen Spazierfahrt aus der Werksgarage holt (vgl. S/S-Eser § 248b Rn. 4a).

15 C. Auch hinsichtlich der **Intensität und Dauer** des Gebrauchs kann es Abgrenzungsschwierigkeiten geben: Würde etwa A den Wagen – anstatt ihn nach Erledigung seiner Geschäfte zurückzubringen – irgendwo stehenlassen oder gar zu Schrott fahren, läge auch dann nur § 248b vor? Oder käme dann Diebstahl (oder Unterschlagung) bzw. Sachbeschädigung in Betracht? Dies hängt davon ab, wo bloßer *Gebrauch* aufhört und sachbeschädigender *Verbrauch* bzw. diebstahlsbegründende *Zueignung* beginnt.

Diese Grenze ist deshalb schwer zu finden, weil sich Gebrauch, Verbrauch und Zueignung in mancherlei Weise zu *decken* scheinen (vgl. Nr. 3 A 31ff): so

- durch Anmaßung einer Herrschaftsstellung über die Sache: also vergleichbar dem formalen „se ut dominum gerere" bei der Zueignung?
- durch Ausnutzung des Gebrauchswerts des Fahrzeugs: also Sachwertentziehung im Sinne einer *Aneignung?*
- durch (zumindest zeitweilige) *Verdrängung* des Eigentümers bzw. Gebrauchsberechtigten: also vergleichbar dem *Enteignungs*kriterium? (Näher Nr. 3 A 28).

Worin könnten dennoch etwaige *Unterschiede* liegen?

16 1. Was das Verhältnis von bloßem **Gebrauch** (§ 248b) und **Zueignung** (§§ 242, 246) betrifft, so wurde im *Spazierfahrt-Fall* **BGHSt 22, 45** folgende *Grenzziehung* versucht:

> A hatte einen PKW entwendet, um ihn nach einer Spritztour durch das dichtbesiedelte Ruhrgebiet „irgendwo" stehenzulassen. Nach BGH soll für die Abgrenzung entscheidend sein, **[46]** „ob der Täter über das fremde Fahrzeug selbstherrlich wie ein Eigentümer unter dauerndem Ausschluß des Berechtigten verfügen und zu diesem Zweck von vornherein den fremden Gewahrsam zugunsten des eigenen endgültig brechen will (Diebstahl) oder ob er sich von Beginn an mit der vorübergehenden eigenmächtigen Benutzung eines fremden Fahrzeugs und deshalb, soweit erforderlich, mit nur zeitweiliger Brechung des fremden Gewahrsams begnügen, diesen also nach Beendigung seines Gebrauchs wieder herstellen will (unbefugte Ingebrauchnahme). Danach unterscheiden sich beide Straftatbestände u. a. durch den für die unbefugte Ingebrauchnahme wesentlichen Willen zur Rückführung des Fahrzeugs in den Herrschaftsbereich des bisherigen Gewahrsamsinhabers. Eine solche Rückführung ist nur dann gegeben, wenn dieser ohne besondere Mühe seine ursprüngliche Verfügungsgewalt über das Fahrzeug wieder ausüben kann".

16a Diese Grenzziehung hat auch in der Lehre grundsätzlich Zustimmung gefunden (vgl. D-Tröndle Rn. 24, Lackner Anm. 5a, bb, Samson SK Rn. 79, je zu § 242, ferner M-Schroeder II/1 § 38 II 2, Otto II § 48 I 2a cc, Welzel § 46, 2b; zu Gegenauffassungen vgl. A 22). Danach ist folgendes festzuhalten:

17 a) Hinsichtlich des *Aneignungsmoments* ist kein wesentlicher Unterschied auszumachen; denn da auch für Zueignung schon eine vorübergehende bzw. geringfügige Sachwertentziehung genügen soll (Heizdampf, Batterie, Lesewert eines Buches: vgl. Nr. 3 A 33), können derartige Wertverschiebungen im Grunde auch schon mit jeder Pkw-Benutzung verbunden sein.

A 18 b) Dagegen genügt für Ingebrauchnahme schon die Erlangung einer *Nutzer*position, während für Zueignung die Anmaßung einer *Eigentümer*stellung wesentlich ist (Nr. 3 A 6f, 27). Freilich wird diesem Unterschied in der Praxis keine große Bedeutung zukommen, da sich der Täter über die Art der angemaßten Stellung nur selten Gedanken machen wird.

19 c) Um so wesentlicher, ja eigentlich allein *entscheidend* ist daher das negative *Entziehungs*moment: Während bei Gebrauchsanmaßung der Berechtigte nur vorübergehend verdrängt werden soll, zielt die Zueignung auf eine dauernde Enteignung (Nr. 3 A 28). Und dies wird dort angenommen, wo dem Täter der **Rückführungswille** fehlt. – Aber: Kann von einer solchen Entziehung auf Dauer auch dort die Rede sein, wo der Täter das Fahrzeug nach vorübergehendem Gebrauch einfach stehen läßt, aber dabei hofft oder vielleicht sogar wünscht, daß es an den Eigentümer zurückgelangt? Hier ist trotzdem Zueignung begründbar, und zwar auf folgendem Wege:

20 – Da für Diebstahl schon die *Absicht* der Zueignung genügt, braucht das Fahrzeug dem Eigentümer nicht tatsächlich auf Dauer verlorenzugehen; vielmehr reicht schon die *subjektive* Vorstellung des Täters von einem derartigen Verlust.

– Und da für diese Vorstellung bereits *Eventualvorsatz* genügen soll (Nr. 3 A 50ff; h. M.: näher Heimann-Trosien LK § 242 Rn. 44 m. w. N.), ist Zueignungsabsicht schon dann annehmbar, wenn der Täter in Kauf nimmt, daß der abgestellte Wagen möglicherweise nicht mehr an den Eigentümer zurückgelangt.

21 d) Freilich ist ein solcher bedingter Entziehungsvorsatz u. U. nur schwer nachzuweisen. Deshalb hat die Rspr. **Beweisanzeichen** entwickelt, aus denen auf den Mangel des Rückführwillens (und damit auf das Vorliegen von Diebstahl) geschlossen werden soll. Auch dazu instruktiv der *Spazierfahrt-Fall* **BGHSt 22, 45** (A 16):

[46] „Als Beweisanzeichen für den Mangel des Rückführwillens (also für das Vorliegen von Diebstahl) hat die Rspr. namentlich das Stehenlassen des benutzten Fahrzeugs an einer Stelle angesehen, wo es dem beliebigen Zugriff Dritter preisgegeben ist (RGSt 64, 260; BGH VRS 5, 615; 17, 56). Sie hat u. a. dem Umstand Bedeutung beigemessen, daß das Fahrzeug in einer Großstadt oder in einer größeren Mittelstadt in einer anderen Straße derselben Gemeinde abgestellt worden ist (BGH VRS 13, 41; 14, 363; 19, 441). Der Tatrichter ist jedoch auf diese Anhaltspunkte bei der Beurteilung des auf Wiederherstellung des früheren Gewahrsams gerichteten Täterwillens nicht beschränkt. Er ist insbesondere nicht genötigt, bei der Beantwortung dieser Frage allein auf die Größe der Ortschaft abzuheben, in der das Fahrzeug nach **[47]** Benutzung durch den Täter abgestellt worden ist. Wesentlich ist vielmehr, ob das Fahrzeug in einer Lage hinterlassen wurde, die es dem Berechtigten ohne ungewöhnlichen Aufwand und ohne die Hilfe des reinen Zufalls ermöglicht, seine Verfügungsgewalt an dem Fahrzeug wieder zu erlangen. Das kann in Anbetracht der ständigen Zunahme serienmäßig hergestellter Personenwagen gleicher Bauart und äußerer Ausstattung beim Abstellen in einer anderen stark mit Wagen besetzten Straße selbst schon in verhältnismäßig kleinen Orten so erschwert sein, daß von einer Wiederherstellung des Gewahrsams auch nach der Vorstellung des Täters keine Rede sein kann. Auch das Hinstellen etwa eines Volkswagens auf einen großen, mit Fahrzeugen dicht bestandenen Parkplatz kann schon das Auffinden des Wagens und damit die Ausübung der Verfügungsgewalt des Berechtigten in Frage stellen. Im Gegensatz dazu wird man beispielsweise bei der anderweitigen Abstellung eines auffälligen Sportwagens sehr viel eher zur Bejahung des Wiederherstellungswillens kommen können. Von Bedeutung kann in diesem Zusammenhang ferner sein, ob der Täter den Wagen gegen den Zugriff unbefugter Dritter durch Abschließen gesichert hat. Ist das, wie häufig, nicht der Fall, so kann auch dieser Umstand in Verbindung mit dem Ort der Preisgabe auf den Mangel des Rückführungswillens schließen lassen."

Da im Entscheidungsfall der entwendete Pkw „im dicht bevölkerten Ruhrgebiet außerhalb des Herrschaftsbereichs des Berechtigten sich selbst überlassen" werden sollte, sah der BGH keine Bedenken gegen die Annahme eines Diebstahls, und zwar gleichgültig, **[48]** „ob der Wagen in einer Groß- oder Mittelstadt abgestellt werden sollte." – Vgl. auch Polo-Fall BGH NStZ 1982, 420.

22 Diese Rspr. ist allerdings nicht ohne Widerspruch geblieben: Trifft es eigentlich zu, daß ein auf öffentlicher Straße abgestellter Pkw für den Eigentümer tatsächlich in der Regel verloren ist? Wenn man dies verneint, was nach neueren Erfahrungen naheliegt (vgl. Heimann-Trosien LK § 242 Rn. 53), so wird bei Abstellen auf belebten Straßen oder sonst allgemein zugänglichen Orten dem Täter regelmäßig der Wille fehlen, den Verfügungsberechtigten dauernd auszuschließen (vgl. S/S-Eser § 242 Rn. 55; zurückhaltend auch Krey II Fall 13; generell gegen Zueignung in solchen Fällen Rudolphi GA 1965, 33/50f). Daher ist auch im Feuerwehrwagen-Fall – entgegen OLG Koblenz VRS 46, 33 – § 242 zu verneinen, da solche Fahrzeuge ohne sonderliche Schwierigkeiten an den Eigentümer zurückgelangen können.

A 23 e) Folgt man jedoch der dem BGH zust. h. M. (Nachw. oben A 16a sowie Schaffstein GA 1964, 97/100), so bleibt folgendes **Fazit** zu ziehen: Zueignung schon dann, wenn bei Stehenlassen des Fahrzeugs dessen Rückführung an den Eigentümer unsicher ist. Um dafür wegen *Diebstahls* strafbar zu sein, muß der Täter diese Absicht freilich bereits bei *Wegnahme* gehabt haben. Entschließt er sich erst während der Fahrt zum späteren Stehenlassen, kommt allenfalls *Unterschlagung* in Betracht. Faßt er diesen Entschluß dagegen erst nach Beendigung der Fahrt, etwa nach Verbrauch des Benzins, scheidet auch Unterschlagung aus, da es dann am Aneignungsmoment fehlen würde. Sonach bleibt für § 248b nur dort Raum, wo der Täter den Wagen wieder in den Herrschaftsbereich des Berechtigten zurückbringt bzw. zurückführen will und sich erst nach Fahrtende zum Stehenlassen entschließt.

24 2. Der Gebrauch kann jedoch auch zu **Sachbeschädigung** führen. Sieht man den Schutzzweck des **§ 303** in der Erhaltung der wirtschaftlichen Brauchbarkeit der Sache (M-Schroeder II/1 § 33 II 1, S/S-Stree § 303 Rn. 1), so läßt sich mit **BGHSt 13, 207/8** das *Beschädigen* oder *Zerstören* der Reifen als „jede nicht ganz unerhebliche körperliche Einwirkung auf die Sache, durch die ihre stoffliche Zusammensetzung verändert oder ihre Unversehrtheit derart aufgehoben wird, daß die Brauchbarkeit für ihre Zwekke gemindert ist," beschreiben. Nach dieser h. M. sind als **Modalitäten** der Sachbeschädigung im wesentlichen vier Formen möglich und demgemäß jeweils auch bei Fahrzeuggebrauch mitzubedenken:

25 a) *Substanzverringerung:* Etwa durch eine lange Afrikareise, auf der die Reifen völlig abgefahren werden. Soweit hier der *Ge*brauch in *Ver*brauch übergeht, kommt über § 248b hinaus auch Sachbeschädigung in Betracht: so namentlich hinsichtlich der Reifen oder sonstiger Verschleißteile. In der Regel wird jedoch bei längerer Benutzung sogar Zueignung und damit Diebstahl oder Unterschlagung anzunehmen sein.

26 b) *Stoffliche Veränderungen oder Verformungen:* Etwa durch Unfall, aber auch durch Ablassen der Luft aus der Bereifung, sofern ein Wiederaufpumpen nicht ohne weiteres möglich ist (BGHSt 13, 207/8 m. Anm. Klug JZ 1960, 226; M-Schroeder II/1 § 33 III 2; S/S-Stree § 303 Rn. 8; a. A. OLG Düsseldorf NJW 1957, 1246/7, da lediglich die „Gebrauchsbereitschaft" beeinträchtigt sei).

27 c) *Störung oder Aufhebung des Funktionszusammenhanges:* etwa durch Auseinanderlegen des Motor, wenn die Wiederherstellung nur mit größerer Mühe möglich ist (vgl. OLG Hamm VRS 28, 437).

28 d) *Funktionswidriges Hinzufügen von Elementen:* Zucker ins Benzin, Umlackierung, um eine Entdeckung des Fahrzeugs zu erschweren oder es für eigene Zwecke besser verwendbar zu machen (allerdings str.; vgl. M-Schroeder II/1 § 33 III 2, S/S-Stree § 303 Rn. 9).

28a Nach diesen Grundsätzen kann auch im Bekleben einer Wandfläche aus Sichtbeton mit Plakaten eine Sachbeschädigung liegen. Instruktiv dazu der *Plakatkleber-Fall* **OLG Karlsruhe JZ 1975, 642/3:**

[Sowohl in der Rspr wie auch im Schrifttum ist] „anerkannt, daß Sachbeschädigung auch durch zweckwidriges ‚Dazutun' (Beschmieren, Bekleben) begangen werden kann, selbst wenn dadurch die Sache nur verunstaltet wird, ohne daß es zu einer Einwirkung auf die Substanz der Sache selbst kommt (Nachw.). Entscheidend ist hierbei die Veränderung oder Vereitelung der der Sache vom Berechtigten beigelegten Funktion (Maurach BT 5. Aufl. § 25 II A 2). Auch darf die Beeinträchtigung der äußeren Erscheinung nicht unerheblich sein (RGSt 13, 27; 39, 223; 43, 205). Eine nicht unerhebliche Beeinträchtigung ist in der Regel gegeben, wenn der frühere Zustand entweder überhaupt nicht oder nur mit einem nicht geringfügigen Aufwand an Zeit, Arbeit oder Kosten wiederhergestellt werden kann (vgl. Busch LK § 303 Anm. 6 m. w. N.)." I. gl. S. auch OLG Hamburg NJW 1975, 1981, Blei JA 1976, 36. Vgl. ferner Anm. Schroeder JR 1976, 338 sowie krit. zum Ganzen Haas JuS 1978, 14ff, Thoss NJW 1978, 1612, je m. w. N.

29 3. *Zwischenergebnis:* Für § 248b bleibt nach alledem in der Regel nur insoweit Raum, als der Täter das Fahrzeug von vornherein nur für eine begrenzte Zeit benutzen und in den Herrschaftsbereich des Berechtigten zurückbringen will. Bei jeder weitergehenden Beeinträchtigung des Eigentums sind die Grenzen bloßen Gebrauchs überschritten und daher Zueignungs- oder Beschädigungsdelikte in Betracht zu ziehen. – Da für derartige weitergehende Absichten oder Beeinträchtigungen im vorliegenden *Besorgungsfahrt-Fall* kein Anhaltspunkt bestand, wurde zu Recht nur Fahrzeuggebrauch angenommen. Dessen Tatbestandsmäßigkeit setzt aber ferner noch voraus:

30 D. Die Ingebrauchnahme **„gegen den Willen des Berechtigten".** Bei diesem Unbefugtheits-Kriterium handelt es sich um ein normatives TBmerkmal, dessen Funktion

A mit der des Fremdheitsmerkmals beim Diebstahl vergleichbar ist: War also der Berechtigte einverstanden, entfällt nicht erst die Rechtswidrigkeit, sondern bereits die Tatbestandsmäßigkeit (M-Schroeder II/1 § 38 II 1).

31 1. **Berechtigter** ist jeder, der aus irgendeinem rechtlichen Grunde (z. B. als Eigentümer, Halter, Mieter) befugt ist, das Fahrzeug als Fortbewegungsmittel zu benutzen (E 12). Sieht man in der Gebrauchsberechtigung lediglich einen Ausfluß des Eigentums (A 8), so wird dort, wo Eigentümer und Gebrauchsberechtigter verschiedene Personen sind, die Befugnis nicht gegen den Willen des Eigentümers erteilt werden können (vgl. OLG Neustadt MDR 1961, 708, aber auch S/S-Eser § 248b Rn. 7).

32 2. Der **entgegenstehende Wille** braucht nicht ausdrücklich erklärt zu werden, sondern kann aus den Umständen *vermutet* werden. Deshalb wurde vorliegend für A das Weiterfahren auch subjektiv unbefugt, sobald er erkannte, daß das Fahrzeug in Wirklichkeit nicht dem „Paul" gehören konnte, also gegen den Willen des wahren Berechtigten benutzt wurde.

33 **E.** Erfolgt der Gebrauch unbefugt, so ist die Tat *rechtswidrig*. Doch kommt eine **Rechtfertigung** nach allgemeinen Regeln in Betracht, etwa zum Noteinsatz des Fahrzeugs (§ 904 BGB).

34 **F.** Für den **Vorsatz,** der sich insbes. auch auf die Benutzung gegen den Willen des Berechtigten erstrecken muß, genügt dolus eventualis. Da die Unbefugtheit TBelement ist (A 30), führt die irrige Annahme einer Gebrauchserlaubnis zum TBirrtum. Umgekehrt kommt aber dann bei Unkenntnis des Täters von einer tatsächlich erteilten Einwilligung strafbarer Versuch in Betracht (M-Schroeder II/1 § 38 II 1; StrafR I Nr. 11 A 8ff).

35 **G. Sonstige Strafbarkeitsvoraussetzungen.** Obgleich der unbefugte Fahrzeuggebrauch bereits eine Ausnahme von der an sich straflosen Gebrauchsanmaßung darstellt, ist die praktische Anwendbarkeit des § 248b noch durch weitere Hürden beschränkt:

36 1. **Strafantragserfordernis** (§ 248b III): Dazu soll nach h. M. jeder Gebrauchsberechtigte (A 7, 31) berechtigt sein (D-Tröndle § 248b Rn. 8); nach der hier vertretenen Auffassung (A 8) jedoch nur in Übereinstimmung mit dem Eigentümer (vgl. S/S-Eser § 248b Rn. 11, Otto II § 48 I 3).

37 2. Ausdrückliche **Subsidiarität** des § 248b gegenüber schwerer bedrohten Delikten, insbes. also gegenüber § 242 und § 246. *Frage:* Könnte hier § 248b schon dadurch verdrängt werden, daß A den im Tank befindlichen fremden Treibstoff mitverbraucht hat? Da dies zwangsläufig fast bei jedem unbefugten Fahrzeuggebrauch der Fall ist, würde § 248b praktisch unanwendbar, wenn der Verbrauch von Kraftstoff und Schmiermittel eigenständig als Zueignung strafbar wäre. Daher wird darin ein „vom Tatbestand des § 248b mitumfaßter Vorgang" erblickt (vgl. Taxi-Fall Nr. 16 E 2).

III. Ergebnis: A wurde zu Recht nach § 248b bestraft (E 15).

Schrifttum: Allg. zu den pönalisierten Formen der **Gebrauchsanmaßung (§§ 248b, 290)** sowie speziell zur **Abgrenzung von Zueignung** vgl. neben den Kommentaren zu §§ 248b, 290 noch *Arzt* III F; *Blei* II § 53 V 1a; *Bockelmann* II/1 § 6; *Krey* II § 1 VI; *M-Schroeder* II/1 § 38 II 2, III; *Otto* II § 48; *Welzel* § 46, 2b, § 49 V 3; *Wessels* II/2 § 2 IV 3b, § 10. Vgl. ferner *Franke,* Zur unbefugten Ingebrauchnahme eines Fahrzeugs, NJW 1974, 1803; *Geerds,* Über Diebstahl und unbefugten Gebrauch von Kraftfahrzeugen, Kriminalistik 14 (1960) 106, 172, 212; *Rudolphi,* Der Begriff der Zueignung, GA 1965, 33/50ff; *Schaffstein,* Zur Abgrenzung von Diebstahl und Gebrauchsanmaßung, GA 1964, 97.

Zur **Sachbeschädigung** vgl. die Kommentare zu §§ 303–305, ferner *Arzt* III B; *Blei* II § 59; *Bockelmann* II/1 § 24; *Haft* II § 33; *Krey* II § 5; *M-Schroeder* II/1 § 33; *Otto* II § 47; *Welzel* § 51; *Wessels* II/2 § 1, sowie *Haas,* Sachbeschädigung durch wildes Plakatieren?, JuS 1978, 14; *Maiwald,* Unbefugtes Plakatieren ohne Substanzverletzung keine Sachbeschädigung?, JZ 1980, 256.

– **Speziell** zum *Besorgungs-Fall* BGHSt 11, 47 vgl. *Krumme* LM Nr. 1 zu § 248b; zum *Reifen-Fall* BGHSt 13, 207 (A 24) vgl. *Klug* JZ 1960, 226; zum *Spazierfahrt-Fall* BGHSt 22, 45 (A 21) vgl. *Willms* LM Nr. 41 zu § 242.

Qualifizierungen (§§ 243, 244) und Privilegierungen (§§ 247, 248 a) des Diebstahls und der Unterschlagung

BGHSt 23, 239: Mittagsbande-Fall

2 StR 419/69 vom 3. April 1970 = NJW 1970, 1279

SV **Sachverhalt:** A hatte sich im Jahre 1966 mit B zur fortgesetzten Begehung von Diebstählen verbunden. Beide führten jeweils zur Mittagszeit zahlreiche Diebstähle aus Wohnungen durch, indem sie sich mittels Einbruchs, Einsteigens oder Gebrauchs falscher Schlüssel Zugang verschafft hatten. Die Strafkammer hat sie dafür des schweren Diebstahls in 36 Fällen nach § 243 I Nr. 2, 3 und 6 StGB a. F. für schuldig befunden.

P **Zur Problemstellung:** Daß A und B jedenfalls einfachen Diebstahl nach § 242 begangen haben, ist unstreitig. Aber kommt darüber hinaus auch eine Strafschärfung wegen Einsatzes bestimmter *Tatmittel* (Einbruch, Einsteigen, falsche Schlüssel) bzw. *gemeinschaftlicher* Begehung in Betracht?

– Wäre dafür der zur *Tatzeit* noch geltende QualifizierungsTB des § 243 a. F. anwendbar? Oder die im Urteilszeitpunkt geltende n. F. der §§ 243, 244 (aufgrund des 1. StrRG von 1969)?

– Worin liegen die wesentlichen Unterschiede: nur in der TBfassung? Oder in der unterschiedlich hohen Strafdrohung? Oder gar in einer Änderung des Deliktcharakters?

– Was ist unter *Bande* i. S. von § 244 I Nr. 3 zu verstehen? Das gleiche wie unter „Verbindung zur fortgesetzten Begehung" von Diebstahl i. S. von § 243 I Nr. 6 a. F.?

Zu einigen dieser Fragen meint der BGH:

E 1 **Aus den Gründen: [239]** „Der A ist auch nach jetzt geltendem Recht des Bandendiebstahls schuldig (§ 244 I Nr. 3 StGB n. F.). Zu § 243 I Nr. 6 StGB a. F. ging die Rspr – im Schrifttum unwidersprochen – davon aus, daß eine Verbindung i. S. dieser Vorschrift
2 auch aus zwei Mitgliedern bestehen kann (RGSt 66, 236, 242; BGH, MDR 67, 369). In die Neufassung ist nunmehr das Wort ‚Bande' aufgenommen worden. Aus der amtlichen Begründung ergibt sich **[240]** nicht, daß dies mit dem Ziel geschehen sei, die Rspr. zu einer Änderung des bisherigen Standpunkts zu veranlassen. Auch der Wortsinn zwingt nicht zu solcher Änderung. Sachliche Gründe sprechen entscheidend dagegen. § 244 I Nr. 3 geht von der besonderen Gefährlichkeit der Verbindung zur fortgesetzten Begehung von Raub oder Diebstahl aus. Im neuen Gesetz ist dies deutlich zum Ausdruck gebracht, indem die bandenmäßige Begehung nicht bei den bloßen Erschwerungsgründen des § 243 belassen, sondern ein selbständiger Tatbestand mit nochmals verschärfter
3 Strafdrohung geschaffen worden ist. Nicht in der Vielzahl allein liegt aber die wesentliche Ursache der besonderen Gefährlichkeit, sondern vor allem in der engen Bindung, die die Mitglieder für die Zukunft eingehen und die einen ständigen Anreiz zur Fortsetzung bildet. Diese besondere Gefährlichkeit liegt schon in der Verbindung von zwei Mitgliedern. Die Erfahrung lehrt, daß gerade bei den Zweiergruppen von Spezialisten (Taschendiebe, Trickdiebe, Tresorbrecher) solche gegenseitige Bindung besteht, wie sie auch hier zur intensiven und pausenlosen Ausführung der gemeinsamen Abrede geführt hat.
4 **[NJW 70, 1280]** Der A und sein Mittäter haben bandenmäßig mittels Einbruchs, Einsteigens oder Gebrauchs falscher Schlüssel gestohlen. Die Erschwerungsgründe nach § 243 gehen jedoch in den Tatbeständen des § 244 mit nochmals verschärfter Strafdrohung auf. Die Schärfungsgründe beider Vorschriften können zwar zusammentreffen; das Ge-
5 samtbild der Tat wird aber von der schwersten Begehungsform bestimmt. In demselben Sinne hat der BGH bereits für das Verhältnis des § 251 [a. F.] zu den Tatbeständen des § 250 [a. F.] entschieden (BGHSt 21, 183)."

A 1 **Zur Erläuterung und Vertiefung:** Der BGH brauchte sich als RevG ausdrücklich nur mit den unmittelbar entscheidungserheblichen Fragen zu befassen: mit der Qualifizierung fortgesetzt gemeinschaftlichen Diebstahls als „Bande" i. S. von § 244 I Nr. 3 (E 1–3); zum anderen mit dem Vorrang des § 244 vor dem gleichzeitig verwirklichten § 243 (E 4–5). Will man darüber hinaus auch die stillschweigend vorausgesetzten Elemente des qualifizierten Diebstahls allseitig erfassen, so ist etwas weiter auszuholen: Dazu zunächst ein kurzer Blick auf die *Qualifizierungsstufen* beim Diebstahl im allgemeinen (I), um sodann die einzelnen Straferhöhungsgründe des *§ 243* (II) und des *§ 244* (III) sowie deren *Verhältnis* zueinander (IV) zu betrachten. Schließlich ist noch auf das Verhältnis zu den wichtigsten *Privilegierungen* (§§ 247, 248 a) einzugehen (V).

A **I. Qualifizierungsstufen des Diebstahls im allgemeinen.**

2 1. **Ratio:** Warum braucht man überhaupt Strafschärfungsmöglichkeiten beim Diebstahl? Gäbe es nur den einfachen DiebstahlsTB des § 242, so hätte dieser eine ungeheure Bandbreite denkbarer Begehungsmodalitäten zu erfassen; denn abgesehen von jenen Gelegenheitsfällen, in denen eine Sache so dem Zugriff offensteht, daß sie nur weggenommen zu werden braucht, wird der Dieb meist noch besondere Tricks einsetzen müssen, um an die erstrebte Sache heranzukommen. Um hier spätestens für die Strafzumessung eine Differenzierung nach dem unterschiedlichen Unrechtsgehalt zu ermöglichen, ist man seit längerem um Herausfilterung jener Faktoren bemüht, die den Diebstahl als so gravierend erscheinen lassen, daß er eine schärfere Strafe als bei einfachem Wegnehmen verdient. Dazu sah sich der Gesetzgeber vor allem bei folgenden Faktoren veranlaßt:

– bei *Gefährlichkeit der Handlungsmodalität:* so bei Diebstahl durch Einbruch, Einsteigen, Ausnutzung der Dunkelheit oder der erleichterten Zugänglichkeit des Aufbewahrungsortes, Einsatz von Waffen oder bandenmäßigem Zusammenschluß;

– bei besonderem *Wert* des Diebstahls*objekts:* Sachen von wissenschaftlichem oder künstlerischem Wert bzw. Gegenstände gottesdienstlichen Gebrauchs;

– bei besonderer *Verwerflichkeit* der *Motivation:* Ausnutzung von Notfällen.

3 2. Wie läßt sich **gesetzestechnisch** diesen Erschwerungsgründen Rechnung tragen? Das StGB in seiner Urfassung versuchte es durch Abschichtung der Fälle „schweren Diebstahls" in abschließend umschriebenen *Qualifikationstatbeständen* (§ 243 a. F.), mit der Folge, daß bei Vorliegen eines qualifizierenden Umstandes (wie hier bei Diebstahl aus einem Gebäude mittels Einbruchs bzw. bei Verbindung mehrerer zu fortgesetzter Tatbegehung: Nr. 2, 6 a. F.) zwingend ein strafverschärftes *Verbrechen* anzunehmen war. Diese Regelung erwies sich jedoch bald als *kriminalpolitisch bedenklich:*

4 – Infolge der gesetzlichen *Kasuistik* war die Rspr. zu geradezu wunderlichen Differenzierungen gezwungen: Da der Einbruchsdiebstahl Wegnahme „aus einem Gebäude" voraussetzte, sollte der Diebstahl aus einem Schaukasten nur dann als schwer qualifiziert sein, wenn der Schaukasten fest in ein Gebäude eingelassen war; war er dagegen lediglich an der Hauswand befestigt, nur einfacher Diebstahl. Oder bei Diebstahl aus einem Pkw: schwerer Diebstahl nur dann, wenn Sachen aus dem Insassenraum gestohlen wurden, da dieser ein „umschlossener Raum" sei; dagegen lediglich § 242 bei Diebstahl aus dem Kofferraum, ja selbst dann, wenn der Täter statt des Autoradios gleich den ganzen Pkw entwendete (Nachw. bei S/S-Eser § 243 Rn. 26ff).

5 – Diese *Starrheit der Abgrenzung,* wie sie mit jeder abschließenden Kasuistik zwangsläufig verbunden ist, konnte dem Anliegen des § 243, Diebstähle von besonderer verbrecherischer Intensität strafschärfend herauszufiltern, nur unvollkommen gerecht werden: einerseits Strafschärfung etwa selbst dort, wo die durch Einsteigen erbeutete Sache nur geringen Wert hat; andererseits § 243 selbst dort nicht, wo eine offenstehende Wohnung restlos ausgehoben wird.

6 – Diese Diskrepanzen erfuhren schließlich eine unerträgliche Verschärfung noch dadurch, daß schwerer Diebstahl *Verbrechens*charakter hatte: mit Mindeststrafe von 1 Jahr – eine Konsequenz, deren Überhärte nur dadurch abgeholfen werden konnte, daß die Rspr. in großzügigster Weise von der allgemeinen Milderungsklausel des § 243 II a. F. (Herabsetzung der Mindeststrafe auf 3 Monate) Gebrauch machte (Heimann-Trosien LK § 243 Rn. 2).

7 3. Der demnach überfälligen **Reform** der Diebstahlsqualifizierungen versuchte das 1. StrRG von 1969 auf dreierlei Weise Rechnung zu tragen:

a) Auf einer ersten Stufe durch eine *allgemeine Strafschärfungsklausel,* verbunden mit einem Katalog von *Regelbeispielen,* in denen ein „besonders schwerer Fall des Diebstahls" vorliegen kann, aber nicht unbedingt angenommen werden muß (§ 243): Methode beispielhaft typisierender Strafzumessungsregeln. Zu den Konsequenzen dieser Konstruktion näher A 37ff.

8 b) Auf einer zweiten Stufe jedoch hat es auch der Reformgesetzgeber bei abgeschlossenen *Qualifizierungstatbeständen* belassen, und zwar beim Waffen- und Bandendiebstahl (§ 244). Liegt ein solcher Fall vor, so ist *zwingend* schwerer Diebstahl anzunehmen; für eine gegenteilige richterliche Gesamtbewertung bleibt dann kein Raum.

9 c) Zudem sind die Folgen dieser Regelung noch dadurch wesentlich entschärft, daß der schwere Diebstahl generell nicht mehr Verbrechen, sondern nur noch *Vergehen* ist und die Mindeststrafe auf 3 Monate (§ 243) bzw. auf 6 Monate (§ 244) Freiheitsstrafe herabgesetzt ist.

A 10 4. Welche *Konsequenz* hat diese Gesetzesänderung (die allerdings erst nach den vorliegend im Jahre 1966 begangenen Taten eingetreten war)? Gleich welcher Erschwerungsgrund auf die Einbruchs- und Nachschlüsseldiebstähle der Mittagsbande anwendbar ist, schon allein infolge Herabstufung des schweren Diebstahls zum Vergehen und der damit verbundenen Strafentschärfung sind die neugefaßten §§ 243, 244 als **milderes Gesetz** anzusehen (näher S/S-Eser § 2 Rn. 17ff). Das hat zur Folge, daß nach § 2 III nicht die zur Tatzeit geltende alte Fassung, sondern die im *Entscheidungszeitpunkt* eingetretene **Neufassung** anzuwenden ist, und zwar selbst dann, wenn die Änderung erst *nach* der tatrichterlichen Aburteilung aber noch vor der RevEntscheidung inkraftgetreten ist (§ 354a StPO; BGHSt 20, 116).

11 **II. Die Regelbeispiele des „besonders schweren Falls des Diebstahls" (§ 243).**

A. Obgleich es sich bei den Strafschärfungsgründen des § 243 der Struktur nach *nicht* mehr um *abgeschlossene* Qualifizierungstatbestände, sondern nur noch um strafrahmenerweiternde *Zumessungsregeln* des einfachen Diebstahls handelt (h. M.: eingehend Wessels, Maurach-FS 295ff m. w. N.), sind diese doch inhaltlich weithin der Kasuistik des alten § 243 nachgebildet. Insoweit bleibt daher die frühere Rspr. weiterhin bedeutsam. Im **einzelnen** sind nach § 243 I folgende Regelfälle strafverschärft:

12 **Nr. 1: Einbruchs- und Nachschlüsseldiebstahl.** Dieser praktisch häufigsten Gruppe von Erschwerungsfällen ist gemeinsam, daß der Dieb auf illegale Weise in eine räumliche Schutzsphäre eindringt.

13 1. Als **geschützte Bereiche** nennt das Gesetz Gebäude, Wohnungen, Dienst- oder Geschäftsräume oder einen sonstigen „umschlossenen Raum". Bei ersteren handelt es sich lediglich um Illustrationen des umschlossenen Raumes, der den Oberbegriff bildet. Nach der Grundsatzentscheidung im *Wohnwagen-Fall* **BGHSt 1, 158** (vgl. StrafR I Nr. 1 A 16, 16c) sind für den **umschlossenen Raum** zwei Kriterien wesentlich:

a) Die Geeignetheit des Raumgebildes zum *Betreten* durch Menschen: Insoweit unterscheidet es sich vom „Behältnis" i. S. von § 243 Nr. 2 (A 27).

b) Die Ausstattung mit *künstlichen Hindernissen* gegen das Betreten durch Unbefugte. Da der Abwehrwille des Berechtigten irgendwie nach außen erkennbar sein muß, genügt daher nicht schon jedes natürliche Hindernis (Bach, Felshang); vielmehr ist zumindest irgendeine Vorrichtung erforderlich, durch die sich für Dritte der Wille zur Einfriedung des fraglichen Bereiches manifestiert: so etwa durch Zäune, Hecken, Wassergräben: vgl. BGH NStZ 1983, 168.

14 – Da aber der Raum *nicht verschlossen,* sondern lediglich *umschlossen* sein muß, geht die Räumlichkeit nicht dadurch ihres Schutzes verlustig, daß der Eingang unbewacht ist oder gar offensteht; denn wie in **BGH NJW 1954, 1897/8** zu einem allseits umzäunten Friedhof, dessen Tor jedoch nicht verschlossen war, festgestellt wird:

„Erforderlich ist nur, daß nicht jedermann erkennbare und von jedermann ungehindert benutzbare Zugänge derart zu dem Raum führen, daß allgemein verständigerweise das Fehlen eines Ausschlußwillens des Berechtigten angenommen werden darf".

Ein derartiger Ausschlußwille fehlt regelmäßig dort, wo jedermann *freien Zutritt* hat (Telefonzelle: OLG Hamburg NJW 1962, 1453; zw. M-Schroeder II/1 § 34 IV B 2abb) oder wo die Umzäunung nicht das Eindringen von außen nach innen, sondern lediglich das *Ausbrechen* nach außen verhindern soll (Weidezaun).

15 – Selbstverständlich kann es *innerhalb eines Gebäudes* Räumlichkeiten oder Abteilungen geben, die ihrerseits *selbständig schutzwürdige* „umschlossene Räume" bilden. Das ist insbesondere dann bedeutsam, wenn der Dieb auf ordnungsmäßigem Weg in das Gebäude gelangt ist oder sich in einer Abteilung berechtigterweise aufhält, jedoch von dort in einen seinem Zutritt verwehrten anderen Raum vordringt (vgl. Werkswohnung-Fall BGHSt 22, 127 m. Anm. H. Säcker NJW 1968, 2116).

16 c) Nicht erforderlich dagegen ist eine Verbindung des umschlossenen Raumes mit *Grund und Boden* (insofern anders noch das RG). Daher kam der BGH im *Wohnwagen-Fall* (A 13) konsequent zu schwerem Diebstahl. Dementsprechend gehören auch Eisenbahnwagen, der Insassenraum eines Pkws wie auch Schiffe zu umschlossenen Räumen (vgl. Wessels II/2 § 3 II 1a m. w. N.). – Hinsichtlich dieses Verzichts auf „Grundverbundenheit" besteht jedoch ein Unterschied zu einem der Unterfälle der geschützten Sphären, nämlich zum

17 d) *Gebäude:* Darunter versteht **BGHSt 1, 158/63** (StrafR I Nr. 1 A 16a)

A „ein durch Wände und Dach begrenztes, mit dem Erdboden fest – wenn auch nur durch die eigene Schwere – verbundenes Bauwerk, das den Eintritt von Menschen gestattet und das Unbefugte abhalten soll".

Da jedoch auch dafür keine dauernde Verbindung mit Grund und Boden erforderlich ist, sondern diese schon durch das Eigengewicht des Aufbaues hergestellt werden kann, zählen dazu etwa auch Baracken, Arbeiterbuden, ja sogar Ausstellungs- und Zirkuszelte.

18 e) Für die „*Wohnung*", (als weiterem Unterfall des umschlossenen Raumes) ist kennzeichnend, daß er wenigstens einem Menschen auch zur Nachtruhe dient, so etwa ein Hotelzimmer.

19 f) „*Dienst-* und *Geschäftsräume*" schließlich sind solche, die wenigstens für eine gewisse Zeit auch zur Abwicklung von Geschäften dienen. Insoweit gilt gleiches wie für § 123 (näher S/S-Lenckner § 123 Rn. 5).

20 *Konsequenz* für den vorliegenden Fall: Da die Mittagsbande aus Wohnungen gestohlen hat, ist hinsichtlich der Schutzsphäre der Erschwerungsgrund gegeben. – Darüber hinaus verlangt das Gesetz jedoch auch eine besondere Begehungsweise:

21 **2. Modalitäten der Tathandlung bei Nr. 1:** Einbrechen – Einsteigen – Gebrauch falscher Schlüssel – Verborgenhalten.

a) Unter **Einbrechen** versteht man das gewaltsame, aber nicht notwendig substanzverletzende Öffnen einer dem Eintritt entgegenstehenden Umschließung. Eine besondere *Kraftanstrengung* ist dafür *nicht* unbedingt erforderlich; jedoch wird von Gewaltsamkeit nicht schon bei ganz leicht zu bewerkstelligendem Wegdrücken oder Wegschieben einer Sicherung die Rede sein können. Wer etwa das unverriegelte Seitenfenster eines Autos ohne Mühe aufdrücken kann, um dann die Wagentür von innen zu öffnen, ‚bricht' nicht ein (so zu Recht M-Schroeder II/1 § 34 IV B 2 a dd, Lackner § 243 Anm. 4 a bb, Krey II Fall 20, Samson SK § 243 Rn. 12; a. A. BGH NJW 1956, 389 im Lüftungsfenster-Fall). Ein *Betreten* des erbrochenen Raumes durch den Täter ist *nicht* unbedingt erforderlich; es genügt bereits das Aufbrechen und Hineingreifen von außen z. B. in einen PKW oder in ein Schaufenster (vgl. aber auch Heimann-Trosien LK § 243 Rn. 14). Insofern unterscheidet sich das Einbrechen vom Einsteigen:

22 b) Das **Einsteigen** setzt voraus, daß der Täter wenigstens mit einem Teil seines Körpers in den geschützten Raum hineingelangt (etwa indem er sich dort einen Stützpunkt verschafft; vgl. OLG Hamm NJW 1960, 1359), und zwar auf einem dafür nicht vorgesehenen Wege: so durch Überwindung von Hindernissen, die sich aus der Eigenart des umschlossenen Raumes ergeben (instruktiv dazu Schuppen-Fall BGHSt 10, 132/3). Doch ist keineswegs eine „*steigende*" Tätigkeit erforderlich; denn da das Überwinden von Hindernissen ohne deren Erbrechen gemeint ist, fällt auch das Hineinkriechen oder Überspringen unter diese Modalität des Eindringens.

23 c) Die Überwindung von Verschlüssen mit Hilfe **falscher Schlüssel** oder sonstiger nicht zu ordnungsgemäßer Öffnung bestimmter Werkzeuge (sog. *Nachschlüsseldiebstahl)* ist mit dem Einbrechen nahe verwandt; denn, „anstelle der technischen Gewalt setzt der Nachschlüsseldieb die technische List" (M-Schroeder II/1 § 34 IV B 2 a ff). Zu derartigen *Werkzeugen* zählen daher alle Geräte, die geeignet sind, die Verschlußmechanismen der geschützten Räume „zu überlisten": etwa Dietriche, Haken, nachgeschliffene Vierkantschlüssel, Schraubenzieher, Kneifzangen. Auch der *falsche Schlüssel* ist lediglich ein Unterfall des nicht ordnungsgemäßen Werkzeugs. Der Schlüssel ist „falsch", wenn er zur Tatzeit vom Berechtigten nicht oder nicht mehr zur Öffnung des fraglichen Verschlusses bestimmt war. Das ist nicht nur bei nachgemachten Schlüsseln der Fall, sondern auch bei ursprünglich ordnungsgemäßen, sobald sie nach außen erkennbar „entwidmet" sind: so die nach Auszug des Mieters vertragswidrig nicht zurückgegebenen Schlüssel, oder verlorene Schlüssel, sobald sich der Berechtigte des Verlustes bewußt wird (vgl. BGHSt 21, 189/90). Dagegen genügt für diese Modalität nicht schon die deliktische Verwendung eines an sich befugtermaßen in Besitz befindlichen Schlüssels (vgl. Tresorschlüssel-Fall OLG Hamm NJW 1982, 777).

– Für das *Eindringen* genügt (wie bei § 123) Betreten des Raumes ohne den Willen des Berechtigten (vgl. StrafR III Nr. 14 A 21 ff); eines „Einschleichens" bedarf es heute nicht mehr.

24 d) Schließlich kann schon das **Verborgenhalten** in dem geschützten Raum schweren Diebstahl begründen. Dafür genügt jegliche Verschleierung der Anwesenheit, ohne daß dafür planmäßiges Verstecken erforderlich wäre. Auch die Art und Weise, auf die der Täter in den Raum gelangt, ist ohne Bedeutung. Verborgen hält sich insbesondere der Warenhausdieb, der sich nach Geschäftsschluß einschließen läßt.

A 25 *Konsequenz* für den vorliegenden Fall: Da der BGH (allerdings ohne nähere tatsächliche Angaben) sowohl Einbrechen wie auch Einsteigen und Benutzen von Nachschlüsseln als gegeben ansah, ist an sich der Regelfall dieses Erschwerungsgrundes gegeben. Vor der abschließenden Gesamtbewertung (A 40) seien jedoch zunächst auch die übrigen Erschwerungsgründe des § 243 noch kurz beleuchtet:

26 **Nr. 2:** sog. **Verschlußsachendiebstahl.** Hier liegt der Erschwerungsgrund in der Mißachtung eines durch besondere Schutzvorrichtungen manifestierten gesteigerten Gewahrsamswillen des Berechtigten (M-Schroeder II/1 § 34 IV B 2b).

27 1. Als wichtigste Schutzvorrichtung nennt das Gesetz selbst das *„verschlossene Behältnis"*. Nach der allgemein akzeptierten Definition im *Wohnwagen-Fall* **BGHSt 1, 158/63** (StrafR I Nr. 1 A 16ff) ist **Behältnis** „ein zur Aufnahme von Sachen dienendes und sie umschließendes Raumgebilde, das nicht dazu bestimmt ist, von Menschen betreten zu werden".

– Vom „umschlossenen Raum" unterscheidet sich demnach das Behältnis allein dadurch, daß es *nicht zum Betreten bestimmt* ist. Typische Beispiele: Koffer, Kassetten, Panzerschränke, Kofferräume von Fahrzeugen, Säcke, Münzautomaten.

28 – Anders als bei dem nur „umschlossenen" Raum muß das Behältnis **verschlossen** sein. Dazu ist in der Regel eine besondere technische Schließvorrichtung gleich welcher Art (eingebautes Schloß, Vorhängeschloß, u. U. auch Verschnürung) erforderlich. Ist der Schlüssel jedoch leicht erreichbar, etwa weil er sogar steckt, so kann von „verschlossen" keine Rede sein (vgl. M-Schroeder II/1 § 34 IV B 2b), ebensowenig bei einer durch einfaches Kurbeln zu öffnenden Registrierkasse (BGH NJW 1974, 567).

29 2. Neben den dreidimensionalen Behältnissen genügen jedoch auch **andere technische Schutzvorrichtungen:** Fahrrad- oder Lenkradschlösser; Ankettung von Mänteln am Garderobenständer. Vom Schutzwerk her ist aber dabei immer wesentlich, daß das Behältnis bzw. die Vorrichtung nicht nur der Aufbewahrung, Verhüllung oder Transportierung, sondern zumindest auch zur *gesteigerten Sicherung* der Sache vor Wegnahme dienen soll. Das ist jedenfalls bei einfachen Briefumschlägen zu verneinen (vgl. Einschreibebrief-Fall OLG Stuttgart NJW 1964, 738) und in der Regel wohl auch bei einem nur mit Klebestreifen verschlossenen Karton. Im übrigen kommt es entscheidend auf die Einzelumstände an (Wessels II/2 § 3 II 2). Auch muß die Vorrichtung jeweils eine *besondere*, d. h. gerade den Schutz der betroffenen Sache bezweckende sein: Dies wurde z. B. beim Drahtzaun eines Schrottplatzes verneint (BayObLG NJW 1963, 1205). Jedoch braucht die Sicherung nicht der einzige Verpackungszweck zu sein (vgl. Paket-Fall OLG Hamm NJW 1978, 769).

30 3. Zudem muß die Wegnahme gerade unter **Überwindung der Sicherheitsvorkehrungen** erfolgen. Instruktiv dazu Spielautomat-Fall OLG Stuttgart NJW 1982, 1659 m. Anm. Albrecht JuS 1983, 103.

31 4. Strittig ist jedoch nach wie vor ein örtliches Erfordernis: muß das Behältnis (bzw. die Schutzvorrichtung) noch **am Ort der Wegnahme eröffnet** werden? So in Fortführung der früheren Rechtslage auch heute noch Blei JA 1970, 278; 1972, 171, Samson SK § 243 Rn. 22, Schröder NJW 1972, 778: Demzufolge nur einfacher Diebstahl dort, wo der Dieb den auf einem Bahnsteig abgestellten Koffer als ganzen entwendet, um sich dessen Inhalt erst zu Hause anzueignen, oder wenn er das mit einem Schloß gesicherte Fahrrad auf einen LKW lädt und die Sicherung erst später entfernt.

32 – Demgegenüber läßt die h. M. für den Verschlußsachendiebstahl genügen, daß eine besonders gesicherte Sache weggenommen wird, *gleichgültig wann und wo* der Dieb durch Beseitigung der Schutzvorrichtung an den Inhalt selbst herankommt (D-Tröndle Rn. 25, Heimann-Trosien LK Rn. 24, Lackner Anm. 4bcc, je zu § 243, M-Schroeder II/1 § 34 IV B 2b, Wessels II/2 § 3 II 2): So auch **BGHSt 24, 248,** wo der Täter die auf einem Gasthaustisch stehende *Nußglocke* mit nach Hause nahm, um dort das Münzgeld zu entwenden, das zwecks Entnahme von Nüssen in das unter der Nußglocke befindliche Behältnis einzuwerfen war; denn:

„Nach der Neufassung [des § 243] ist es nämlich nicht mehr entscheidend, daß die Nußglocke erst im Anschluß an ihre Wegnahme an einem anderen Ort aufgebrochen und das Geld dort entnommen worden ist (Nachw.). Dies folgt zwar nicht zwingend aus dem jetzigen Wortlaut der Bestimmung, wohl aber aus den kriminalpolitischen Motiven des Gesetzgebers, ... der den Fall, daß der Dieb die verschlossene Kassette aus einem Haus stiehlt und erst an einem anderen Ort aufbricht', § 243 zuordnen wollte (E 1962, S. 403; ... Corves JZ 1970, 156/8). **[249]** Daß das Behältnis als solches bis zur Tatvollendung mögli-

A cherweise keine den Gewahrsam des Berechtigten schützende Funktion mehr erfüllt, ist nunmehr von untergeordneter Bedeutung (a. A. Schönke-Schröder 15. Aufl. § 243 Rdn. 25). Diesem Umstand kann jedenfalls bei der Strafzumessung Rechnung getragen werden ..."

32a – Richtigerweise wird jedoch zu *differenzieren* sein: Soweit ein zwar verschlossenes, jedoch als Ganzes mühelos entwendbares bzw. *transportables* Behältnis mit Inhalt entwendet wird, ist Nr. 2 regelmäßig zu verneinen, da bei solchen Gegenständen der Verschluß schwerlich als hinreichende Schutzvorrichtung zugunsten des Inhalts angesehen werden kann (vgl. Krüger NJW 1972, 648). An einer solchen besonderen Sicherungsfunktion dürfte es auch im Nußglocken-Fall (A 32) gefehlt haben. Dagegen kommt bei Wegnahme von oder aus *festmontierten*, relativ *schweren* oder sperrigen verschlossenen Behältnissen Nr. 2 regelmäßig in Betracht, da hier dem Verschluß unter Mitberücksichtigung der Eigenschaften des Behältnisses eine besondere Sicherungsfunktion zukommt (vgl. S/S-Eser § 243 Rn. 25; differenzierend auch Blei II § 54 I 2).

33 **Nr. 3:** Der **gewerbsmäßige Diebstahl** ist vor allem deshalb strafverschärft, weil gerade bei Diebstahl die Verlockung zu fortlaufender Wiederholung sehr stark sein kann. Gewerbsmäßig handelt, wer sich durch wiederholte Begehung eine fortlaufende Einnahmequelle von einiger Dauer verschaffen will. Hat der Dieb diese Absicht, so kann bereits seine erste Tat gewerbsmäßig sein (näher Heimann-Trosien LK § 243 Rn. 27, S/S-Stree Rn. 95f vor § 52; and. Samson SK § 243 Rn. 23).

34 **Nr. 4:** sog. **Kirchendiebstahl.** Hier wird die Erschwerung durch zwei Faktoren begründet:

– zum einen durch die besondere *Schutzwürdigkeit* der entwendeten Sachen: Gegenstände die *unmittelbar* dem Gottesdienst (Kelche, Altarkerzen) oder der religiösen Verehrung (Madonnenstatue; vgl. Votivbild-Fall BGHSt 21, 64) gewidmet sind, nicht dagegen Gegenstände, die lediglich der mittelbaren Religionsausübung dienen (Gesangbücher, Kollekten, Inventar);

– zum andern durch die besondere räumliche Schutz*sphäre* des Tatortes: Kirchen bzw. sonstige der Religionsausübung dienende Gebäude; dazu können auch Nebenräume (z. B. eine angebaute Sakristei) gehören. Frage: Kommen auch Kultgegenstände von Weltanschauungsvereinigungen in den Genuß dieser verschärften Schutzvorschrift? Vgl. dazu A 39.

35 **Nr. 5:** sog. **gemeinschädlicher Diebstahl.** Auch dieser enthält sowohl objektbezogene wie auch räumliche Qualifizierungsmomente:

– Das *Schutzobjekt* muß „von Bedeutung für" Wissenschaft, Kunst, Geschichte oder für die technische Entwicklung sein; ein bloßer Zusammenhang damit reicht also nicht aus, deshalb muß die Entwendung eines solchen Gegenstandes eine empfindliche Einbuße für den betroffenen Bereich bedeuten.

– In *räumlicher* Hinsicht müssen sich diese Gegenstände in einem Zustand „relativer Schutzlosigkeit" befinden, sei es im Rahmen einer allgemein zugänglichen Sammlung (gleich ob mit oder ohne Entgelt: Museum, Privatgalerie) oder aufgrund öffentlicher Ausstellung (Statue vor dem Rathaus). Der Diebstahl aus einer geschlossenen Privatsammlung oder einem Museumslager ist daher allenfalls über Nr. 1 bzw. 2 erfaßbar.

36 **Nr. 6:** Beim sog. **Schmarotzerdiebstahl** geht es um die Ausnutzung einer gesteigerten Bedrängnis des Opfers: „*Hilflosigkeit*" ist gegeben, wenn sich das Opfer nicht aus eigener Kraft gegen Bedrohungen schützen kann (instruktiv Blinden-Fall BayObLG JZ 1973, 384), „*Unglücksfall*" ist ein plötzliches gefahrbringendes Ereignis (vgl. § 323c), „*gemeine Gefahr*" ein Zustand mit erheblichem Schädigungsgrad gegenüber einer unbestimmten Zahl von Personen (Lackner § 243 Anm. 4f aa). Der Schutzrichtung dieser Qualifizierung entsprechend genügt natürlich nicht schon jede Art verminderter Schutzlosigkeit, sondern nur eine solche, infolge der das Opfer gerade zur *Abwehr von Gewahrsamsverletzungen* nicht in der Lage ist: etwa bei Beraubung eines von einem Gewalttäter zusammengeschlagenen Opfers oder bei Plünderung eines verunglückten Fahrzeuges. Doch kommt es keinesfalls auf den Grund der Hilflosigkeit an; daher kann dieser Erschwerungsgrund durchaus auch bei *selbstverschuldeten* Unfällen des Opfers durchgreifen (vgl. Heimann-Trosien LK § 243 Rn. 40ff; zw. M-Schroeder II/1 § 34 IV B 2f). Allerdings wird ein „*Ausnutzen*" regelmäßig nur dann anzunehmen sein, wenn der Dieb in Kenntnis der Umstände gerade die gesteigerte Schutzlosigkeit als Anlaß und Mittel zur Tat benutzt.

A 37 **B. Indizwirkung – Gesamtbewertung – Geringwertigkeit der Sache.**
Da es sich bei den Regelbeispielen des § 243 nicht um abgeschlossene Tatbestände, sondern lediglich um typisierte Strafzumessungsregeln handelt (A 7), ist bei Verwirklichung eines Regelbeispiels noch nicht zwingend ein schwerer Fall anzunehmen; denn wie im *Schankraum-Fall* **BGHSt 23, 254/7** knapp aber treffend ausgeführt wird:

„Den in den Nrn. 1 bis 6 genannten Regelbeispielen kommt nur indizielle Bedeutung zu; sie stellen auch keinen abschließenden Katalog dar. Trotz Vorliegens der Merkmale eines Regelbeispiels kann daher ein schwerer Fall zu verneinen sein. Ebenso kann bei Fehlen eines Regelbeispiels ein schwerer Fall gegeben sein. Diese Frage ist jeweils unter Abwägung aller Zumessungstatsachen aufgrund einer *Gesamtbewertung* der wesentlichen tat- und täterbezogenen Umstände zu entscheiden." – Vgl. dazu OLG Schleswig NJW 1979, 2057, aber auch BGHSt 29, 359ff.

Das hat insbes. folgende *Konsequenzen* (vgl. zur praktischen Handhabung auch Arzt JuS 1972, 385ff, 515f):

38 **1.** Selbst dort, wo an sich ein **Regelbeispiel erfüllt** ist (Einbruch oder Einsteigen in eine Wohnung: Nr. 1), können gegenläufige unrechts- oder schuldmindernde Faktoren (z.B. notstandsähnliche Lage des Täters, starke Verlockung zum Einsteigen) der Annahme eines schweren Falles widersprechen: *Entkräftung der Indizwirkung* durch strafmildernde Gegenindizien (vgl. M-Schroeder II/1 § 34 IV B 1a). In diesem Sinn hielt es der BGH im Nußglocken-Fall (A 25) für möglich, daß im Wegschaffen eines Behältnisses vom Tatort, um es erst zu Hause zu öffnen, ein derartiger, den Regelfall der Nr. 2 ausschließender Faktor liegen könne (BGHSt 24, 248/9). Entsprechendes gilt insbes. bei *Geringwertigkeit* des Tatobjekts (vgl. A 41) oder bei besonderer Sorglosigkeit des Geschädigten (vgl. Albrecht JuS 1983, 104).

39 **2.** Umgekehrt aber kommt ein schwerer Fall selbst dort in Betracht, wo an sich **kein Regelbeispiel** erfüllt ist, jedoch sonstige Umstände die Tat als schwer erscheinen lassen (vgl. Banknoten-Fall BGHSt 29, 319 m. Anm. Bruns JR 1981, 334). Eine derartige „legalisierte Analogie" erscheint freilich nur dann vertretbar, wenn die fraglichen Strafschärfungsfaktoren im Rahmen der *Bewertungsmaßstäbe* liegen, die sich dem § 243 entnehmen lassen, m.a.W. dort, wo der fragliche Fall einem der den Regelbeispielen zugrundeliegenden Leitbilder vergleichbar ist: so etwa bei Entwendung eines Kultgegenstandes von Weltanschauungsvereinigungen (i.S.v. Nr. 4: Lackner § 243 Anm. 4d), bei großangelegten Diebstahlsunternehmungen (ähnlich Nr. 3; vgl. BGH aaO sowie Spielautomat-Fall OLG Stuttgart NJW 1982, 1659 m. Anm. Albrecht JuS 1983, 103f), oder bei Entwendung von Gegenständen, die wegen Mißbrauchs einer Vertrauensstellung dem Zugriff des Täters ausgeliefert sind (nach dem Grundgedanken von Nr. 6; vgl. BGH aaO zu Amtsträgereigenschaft). Mit gleicher Tendenz Samson SK § 243 Rn. 34, Wessels II/2 § 3 I 2; weitergehend Heimann-Trosien LK § 243 Rn. 4.

40 **3.** Erforderlich ist daher stets eine **Gesamtbewertung** der Tat, wobei alle unrechts- und schuldmindernden Faktoren zu berücksichtigen sind.

41 **4.** Von diesem Gesamtbewertungserfordernis gibt es allerdings eine wichtige Ausnahme: die **Geringwertigkeitsklausel nach § 243 II.** Danach ist – und zwar selbst bei Vorliegen eines Regelbeispiels i.S. von Abs. I oder sonstiger ähnlich erschwerender Umstände – ein *besonders schwerer Fall* **zwingend** *ausgeschlossen*, „wenn sich die Tat auf eine geringwertige Sache bezieht". Damit ist der Geringwertigkeitsbezug der Tat gleichsam eine unwiderlegliche Gegenindikation gegen die Schwere eines Falles (Wessels II/2 § 3 III 1). Diese scheinbar klare Regelung führt allerdings nur dort zu zweifelsfreien Ergebnissen, wo der Tatplan von vorneherein auf die Entwendung einer geringwertigen Sache gerichtet ist und auch die Tatausführung dementsprechend verläuft (zur „Geringwertigkeit" vgl. unten A 70). Wie aber, wenn der Täter *statt* (oder neben) der *geringwertigen* auch noch *höherwertige* Sachen mitgehen läßt, oder umgekehrt statt der erstrebten hochwertigen nur geringwertige Gegenstände vorfindet? Hinsichtlich der verschiedenartigen Möglichkeiten eines solchen Vorsatzwechsels wie auch etwaiger Irrtümer über den Wert des Entwendeten ist von folgenden Grundsätzen auszugehen:

41a a) Die Frage, ob sich die Tat auf eine geringwertige Sache **bezieht,** ist weder einerseits nach *objektiven* Gegebenheiten (tatsächliche Geringwertigkeit des Weggenommenen: so aber Braunsteffer NJW 1975, 1571) noch allein nach *subjektiven* Tätervorstellungen (Erstrebung einer geringwertigen Sache: so Gribbohm NJW 1975, 1153, 1213; vgl. auch OLG Karlsruhe MDR 1976, 335) zu bestimmen. Entscheidend für den zwingenden Ausschluß eines schweren Falles nach § 243 II ist vielmehr, daß sowohl die entwendete

Sache selbst eine geringwertige ist wie auch die Vorstellung des Täters auf eine solche gerichtet war (ebenso Otto II § 41 I 3c, Wessels II/2 § 3 III 1). **A**

b) Für den Fall eines **Vorsatzwechsels** hat das zur Folge, daß sowohl dort, wo der Täter statt der erhofften hochwertigen nur geringwertige Sachen vorfindet und mitnimmt, wie auch umgekehrt da, wo er seinen zunächst beschränkten Tatplan auch auf hochwertige Sachen ausweitet, für die Annahme von § 243 II kein Raum ist. Daher verbleibt es in solchen Fällen bei der Gesamtbewertung nach den allgemeinen Regeln des § 243 I (A 38–40). Im gleichen Sinne bereits BGHSt 26, 104 im Seriendiebstahl-Fall; vgl. auch Wessels II/2 § 3 III 3. **41b**

c) Ebenso fehlt es am Geringwertigkeitsbezug dort, wo der Täter eine minderwertige Sache (billigen Modeschmuck) **irrtümlich** für ein hochwertiges Schmuckstück hält, wie auch im umgekehrten Falle. Daher vermag auch in solchen Fällen § 243 II nicht durchzugreifen. Doch kann hier u. U. über die Gesamtbewertung nach § 243 II in der Weise abgeholfen werden, daß man bei tatsächlich geringwertigen Sachen den Erfolgsunwert, bei vermeintlich geringwertigen den Handlungsunwert als gemindert ansieht. Dazu wie auch zu weiteren Einzelproblemen der Geringswertigkeitsklausel eingehend S/S-Eser § 243 Rn. 48ff sowie (teils abw.) Blei JA 1975, 181, Gribbohm NJW 1975, 1153, Samson SK § 243 Rn. 43ff, Zipf Dreher-FS 389ff. **41c**

Zwischenergebnis für den *Mittagsbande-Fall:* Durch Einsteigen und Verwenden falscher Schlüssel haben A und B das Regelbeispiel von Nr. 1 erfüllt (A 25). Da weder ein Geringswertigkeitsfall i. S. von § 243 II vorliegt noch sonstige entlastende Gegenindizien ersichtlich sind, konnte aus der Erfüllung des Regelbeispiels auf das objektive Vorliegen eines „besonders schweren Falles" i. S. von § 243 geschlossen werden (vgl. E 4). Indes: damit diese Erschwerungsfaktoren den Tätern strafschärfend angelastet werden können, bleibt noch ein weiteres zu beachten: **41d**

C. Die **Zurechenbarkeit von Erschwerungsgründen.** Diese Frage stellt sich vor allem in zweierlei Hinsicht: **42**

1. Vorsatzerfordernis: Da es sich bei § 243 nicht um eigentliche TBmerkmale, sondern lediglich um Strafzumessungsfaktoren handelt (A 11), müssen sie vom Tatvorsatz an sich nicht mitumfaßt sein. Soweit es sich jedoch um unrechts- oder schuldbezogene Verschärfungsfaktoren handelt – und das ist bei § 243 durchgängig der Fall –, können solche nach allgemeinen Zumessungsgrundsätzen (dazu insbes. Bruns AT 392ff) dem Täter nur dann angelastet werden, wenn er um das Vorliegen der tatsächlichen Umstände, aus denen sich der Erschwerungsgrund ergibt, wenigstens im Sinne bedingten Vorsatzes wußte (vgl. S/S-Eser § 243 Rn. 43).

2. Teilnehmerhaftung: Ähnlich sind auch bei Tatbeteiligung mehrerer die Akzessorietätsregeln des § 28 zwar nicht unmittelbar anwendbar (mangelnde Tatbestandsqualität der Regelbeispiele!). Dennoch wird etwa der Einbruch des einen Mittäters dem anderen nur dann strafschärfend anzulasten sein, wenn dieser um den Einbruchsplan seines Komplizen wußte. Ähnlich ist der Grundgedanke von § 28 II jedenfalls auf persönliche Schärfungsgründe, wie etwa bei Gewerbsmäßigkeit nach § 243 Nr. 3, entsprechend anwendbar (D-Tröndle § 243 Rn. 44; S/S-Eser § 243 Rn. 47; i. gl. S. für „Quasiakzessorietät" Arzt JuS 1972, 577). **42a**

Zwischenergebnis: Da vorliegend an der gegenseitigen Kenntnis des Tatplans kein Zweifel bestand, kam für beide Einbruchsdiebe eine Strafschärfung nach § 243 Nr. 1 in Betracht. Aber: inwieweit kommt darüber hinaus sogar § 244 zum Zuge, nachdem sich A und B zu fortgesetzter Tatbegehung verbunden hatten? Damit ist die zweite Qualifizierungsstufe des Diebstahls angesprochen: **43**

III. Qualifizierungen nach § 244. **44**

Im Unterschied zu den beispielhaften Zumessungsregeln des § 243 handelt es sich bei den drei Tatmodalitäten des § 244 um abgeschlossene QualifizierungsTBe des § 242. Der Strafschärfungsgrund liegt jeweils in der besonderen Gefährlichkeit des Diebstahls mit Waffen (Nr. 1 und 2) bzw. des bandenmäßigen Zusammenwirkens mehrerer Tatbeteiligter (Nr. 3).

Nr. 1: Beim sog. **Schußwaffendiebstahl** tritt Strafschärfung schon dann ein, wenn der Täter oder ein anderer Tatbeteiligter eine Schußwaffe mit sich führt. Dies setzt dreierlei voraus: **45**

1. Das mitgeführte Werkzeug muß eine **Schußwaffe** sein. Da sonstige Waffen durch Nr. 2 noch gesondert erfaßt sind, genügt für Nr. 1 nicht irgendein waffenartiges Werkzeug, sondern nur eine Schußwaffe im *technischen* Sinne. Dazu sind nach einhelliger

A Meinung jedenfalls alle Instrumente zu zählen, bei denen mittels Explosions- oder Luftdruck ein mechanisch wirkendes Geschoß aus einem Lauf gegen den Körper eines anderen abgefeuert werden kann. Das ist auch bei Luft- und Kleinkalibergewehren der Fall. Wie aber steht es etwa mit Gaspistolen? Obwohl dort kein fester Körper den Lauf verläßt, sondern lediglich ein chemischer Stoff verschossen wird, glaubte der BGH eine Schußwaffe annehmen zu müssen; denn wie er im *Gaspistolen-Fall* **BGHSt 24, 136** ausführt:

„Als ‚Geschosse' gelten heute nicht nur feste Körper, sondern auch Flüssigkeiten und Gase, wenn sie sich in Umhüllungen befinden und in diesen verschossen werden (§ 2 II BWaffG) ... Entscheidend ist, daß im Lauf der Gaspistole bestimmungsgemäß Gaspatronen, also in Umhüllungen befindliche Gase in diesen Umhüllungen (im Gegensatz zu Flüssigkeiten, die unmittelbar aus Sprühgeräten versprüht werden ...) mittels eines Zünd- und Treibsatzes (Patronenmunition) mit der Bewegungsrichtung nach vorne verschossen werden (Nachw.). Daß die leere Patronenhülse selbst den Lauf mit dem Schuß nicht verläßt, ist dagegen ohne Bedeutung" ... [Auch findet die Strafschärfung bei § 244 Nr. 1 ihre innere Rechtfertigung darin], „daß der mit einer Schußwaffe versehene Dieb besonders gefährlich und daher auch ohne den Nachweis der Gebrauchsabsicht im Einzelfall strenger zu bestrafen ist. Dabei liegt **[140]** die ins Auge gefaßte erhöhte abstrakte Gefährlichkeit der Schußwaffe bei einer Gaspistole in ihrer unauffälligen Handhabung und schnellen Einsatzbereitschaft sowie ihrer ausschließlichen Zweckbestimmung, den Gegner über eine nicht unbeachtliche Reichweite hinweg auf chemischem Wege körperlich nicht unerheblich – wenn auch nicht lebensgefährlich – zu verletzen. Im übrigen kann der Begriff der Schußwaffe nicht von der größeren oder geringeren Gefährlichkeit der im Einzelfall verwendeten Waffenart oder Waffe abhängig gemacht werden (vgl. BGH NJW 1963, 2171/2)." – Ebenso Schlagbolzen-Fall BGH NStZ 1981, 301.

46 *Frage:* Was wäre gegen diese Auffassung des BGH (die auch von D-Tröndle § 244 Rn. 3 und Wessels II/2 § 4 I 1 geteilt wird) einzuwenden? Soweit sich der BGH auf das BWaffG beruft, übersieht er, daß das polizeirechtlich orientierte Waffenrecht für den strafrechtlichen Schußwaffenbegriff nicht zwingend ist. Und soweit er auf die besondere Gefährlichkeit einer Gaspistole abhebt, verkennt er, daß Gleiches auch bei einer mit Gas gefüllten Sprühdose anzunehmen wäre und die Gefährlichkeit beider weniger von der abstrakten Beschaffenheit als von der konkreten Art der Anwendung (z. B. geringe Nähe des Gegners) abhängt: Faktoren also, wie sie auch für den einfachen Waffendiebstahl nach § 244 Nr. 2 bestimmend sind (vgl. Schröder JR 1971, 382f). Will man also den Schußwaffenbegriff nicht ausufern lassen, so ist er mit der h. L. auf Schußwerkzeuge zu beschränken, in denen *mechanisch wirkende Geschosse* (also insbes. feste Körper), nicht dagegen nur chemisch wirkende Substanzen abgefeuert werden (Heimann-Trosien LK § 244 Rn. 3, Krey II Fall 24, Lackner § 244 Anm. 2b, Samson SK § 244 Rn. 5; ebenso BayObLG NJW 1971, 392/3 im Falle einer Tränengaspistole).

47 2. Die **Einsatzfähigkeit** der Schußwaffe: Obgleich dieses Kriterium im Gesetz nicht ausdrücklich genannt ist, läßt es sich doch unschwer aus dem Zweck der Nr. 1 entnehmen; denn soll diese Qualifizierung gerade gegen die erhöhte abstrakte Gefährlichkeit von Schußwaffen schützen, so kann davon nur dort die Rede sein, wo die Waffe funktionsfähig, d. h. zum sofortigen Einsatz geeignet ist (Schröder NJW 1972, 1833). Das mag zwar dann noch der Fall sein, wenn eine ungeladene Pistole mit Munition eines Mittäters noch schnell schußbereit gemacht oder eine Ladehemmung leicht beseitigt werden kann (vgl. Schlagbolzen-Fall BGH NStZ 1981, 301), nicht dagegen dort, wo keiner der Tatbeteiligten Munition bei sich hat oder der Verschluß irreparabel defekt ist (vgl. BGH NJW 1965, 2115, Wessels II/2 § 4 I 1).

48 3. Die **Tathandlung** erfordert **Beisichführen** der einsatzfähigen Schußwaffe:

– In *räumlicher* Hinsicht bedeutet dies, daß die Waffe zwar nicht ständig griffbereit mitgeführt bzw. am Körper getragen werden müßte; erforderlich ist jedoch, daß sie von einem Tatbeteiligten jederzeit unschwer erreicht werden kann: so etwa aus einem neben dem Einbruchsort abgestellten Pkw (vgl. RGSt 55, 17, aber auch Kassenboten-Fall BGHSt 31, 105 m. Anm. Hruschka JZ 1983, 216).

49 – In *zeitlicher* Hinsicht muß die Waffe *bei Begehung der Tat* mitgeführt werden. Diese reicht unstreitig bereits vom Beginn des Versuchs bis zur Vollendung des Diebstahls. Wie aber, wenn die Waffe erst *nach Tatvollendung* ergriffen und zur Sicherung der Beute mitgeführt wird? Im *Kartoffelkeller-Fall* **BGHSt 20, 194,** wo sich der Täter erst bei seiner Flucht aus dem Haus entschloß, eine Spielzeugpistole zum Schlagen einzusetzen, wird zu dem (insoweit inhaltsgleichen) § 250 I Nr. 1 ausgeführt:

A [197] „‚Bei Begehung der Tat' ... bedeutet nicht, daß der Täter die Waffe von Anfang an bei sich führen müßte. Es genügt, daß er sie in irgendeinem Zeitpunkt während des *ganzen* Tatherganges derart bei sich hat, daß er sich ihrer jederzeit bedienen kann. Schon das begründet die besondere Gefährlichkeit des Raubes mit Waffen, derentwegen das Gesetz diese Begehungsweise mit schwererer Strafe bedroht (Nachw.). Unter Tathergang ist dabei nicht nur die Verwirklichung der Tatbestandsmerkmale bis zur Vollendung des Raubes, sondern das ganze Geschehen bis zu dessen tatsächlicher Beendigung zu verstehen."

50 4. Was die *subjektive* Seite betrifft, macht sich jeder Tatbeteiligte wegen Schußwaffengebrauchs strafbar, der weiß, daß ein anderer Mittäter oder Gehilfe eine einsatzbereite Schußwaffe bei sich führt: **Bewußtsein der Gebrauchsfähigkeit.** An der bereits damit begründeten Gefährlichkeitsvermutung kann es jedoch dort fehlen, wo eine Schußwaffe nicht aus irgendwelchen deliktischen Hintergründen oder Motiven, sondern – wie etwa von einem Polizeibeamten oder Wachsoldaten – allein aus dienstlichen Gründen und ohne jeglichen Bezug zum Diebstahl mitgeführt wird (i. E. ebenso D-Tröndle § 244 Rn. 4, Kotz JuS 1982, 97; and. im Dienstwaffe-Fall BGHSt 30, 44 m. Anm. Lenckner JR 1982, 424, Hettinger GA 1982, 525ff m. w. N.). Im übrigen ist jedenfalls *keine* konkrete *Gebrauchsabsicht* erforderlich; insofern unterscheidet sich der Schußwaffendiebstahl vom nächsten QualifizierungsTB des § 244:

51 Nr. 2: Für den sog. **Waffendiebstahl** ist erforderlich, daß der Täter eine Waffe oder ein sonstiges gefährliches Werkzeug als Gewalt- oder Drohungsmittel bei sich führt. Im Vergleich zu Nr. 1 ist diese Qualifizierung objektiv weiter, subjektiv dagegen enger.

52 1. Als *Tatmittel* genügt hier jede **„Waffe** *oder sonst ein Werkzeug oder Mittel*". Daher werden hier *nicht* nur Waffen im *technischen* Sinne, sondern auch sonstige Gegenstände erfaßt, die zur Einschüchterung oder Überwältigung des Opfers dienen sollen, wie etwa Messer, Gaspistolen, Eisenstangen, nach BGHSt 30, 375 u. U. auch schon ein „beschuhter" Fuß (krit. dazu Hettinger JuS 1982, 895). Aber: kommt es dafür jeweils auf die objektive Gefährlichkeit des Werkzeugs an? Oder würde auch schon der subjektiv gefährliche Einsatzwille des Täters genügen? Diese Frage ist noch sehr umstritten:

52a – Nach vordringender Lehre ist der Strafschärfungsgrund vornehmlich in der *objektiven Gefährlichkeit* des Tatmittels zu erblicken. Demzufolge ist Nr. 2 nur dann anwendbar, wenn das Werkzeug objektiv geeignet ist, das Opfer einer erheblichen Gefährdung auszusetzen (Blei JA 1970, 278, Krey II Fall 25, Küper JuS 1976, 645, Lackner § 244 Anm. 2c, Schröder NJW 1972, 1833). Danach ist Nr. 2 bei Mitführen von bloßen Attrappen, Spielzeugpistolen oder unbrauchbaren Schußwaffen nicht anwendbar.

53 – Demgegenüber meint der BGH im *Leerpistolen-Fall* **BGHSt 24, 339/41:**

„Der Wortlaut dieser Bestimmung [Nr. 2], die ... einen Fall des ‚vorbereiteten Raubes' enthält, ... erfaßt also – von der gebrauchsfertigen Schußwaffe abgesehen (Nr. 1) – jedes Mittel, das den Täter in den Stand versetzt, den Widerstand des anderen, sei es durch Gewalt, sei es durch Drohung mit ihr, zu brechen. Dazu gehört auch ein Gegenstand, der, wie hier die ungeladene Pistole, zwar objektiv nicht gefährlich ist, seiner Art nach sich aber dazu eignet, bei dem anderen den Eindruck hervorzurufen, er könne zur Gewaltanwendung verwendet werden und deshalb für ihn gefährlich sein ... Die Strafschärfung in § 244 I Nr. 2 n. F. hat damit ihren Grund nicht nur in der objektiven Gefährlichkeit von Täter und Tat, sondern außerdem in dem stärkeren verbrecherischen Willen des Täters und in dem Schutzbedürfnis des sich möglicherweise Entgegenstellenden. Dieser soll nicht erst vor Gewalt, sondern schon vor der Bedrohung mit ihr bewahrt werden. Der Dieb, der entschlossen ist, im Fall eines Widerstandes Gewalt anzuwenden oder mit Gewaltanwendung zu drohen, und deshalb einen Gegenstand mit sich führt, den er gegebenenfalls zu diesem Zweck als geeignetes Mittel verwenden will, soll schärfer bestraft werden als derjenige, der sich auf die gewaltlose Wegnahme der Sache beschränken und bei auftretendem Widerstand von seinem Vorhaben Abstand nehmen will. Ebenso wie beim Raub, bei dem der Widerstand durch entsprechende Drohung überwunden worden ist, kann es aber auch für die höhere Strafwürdigkeit der Tat des Diebes, der bereit ist, **[342]** zum Räuber zu werden, keinen entscheidenden Unterschied machen, ob der zur Androhung von Gewalt mitgeführte Gegenstand objektiv gefährlich ist oder nach dem Willen des Täters von dem Widerstandsleistenden nur für gefährlich gehalten werden soll." – I. gl. S. BGH NStZ 1981, 436 m. Anm. Küper NStZ 1982, 82.

54 – Stellt man in dieser Weise auch auf das Schutzbedürfnis des Opfers ab, das nicht nur durch objektiv gefährliche, sondern auch durch gefährlich erscheinende Werkzeuge eingeschüchtert werden kann, und nimmt man hinzu, daß es dem Gesetzgeber offensichtlich entscheidend auf die subjektive Zielsetzung des Täters („um zu") ankam, so

A scheinen in der Tat gute Gründe für die Auffassung des BGH zu sprechen (ebenso D-Tröndle § 244 Rn. 7f, Heimann-Trosien LK § 244 Rn. 10, M-Schroeder II/1 § 34 IV 63, Otto II § 41 II 2abb, Wessels II/2 § 4 I 2; vgl. auch Schreckschußpistolen-Fall BGH NJW 1976, 248). Bedenkt man jedoch die Parallele zu § 250 I Nr. 2 mit der dann ungewöhnlich hohen Strafdrohung für objektiv ungefährliche Gewaltmittel, so ist auch die Strafschärfung für Waffendiebstahl bzw. -raub auf „brauchbare" bzw. einsatzfähige Waffen zu beschränken (ebenso Samson SK § 244 Rn. 11; grdl. dazu Eser JZ 1981, 761ff).

55 2. Für das **Beisichführen** der Waffe gilt gleiches wie beim Schußwaffendiebstahl (A 48f).

56 3. In *subjektiver* Hinsicht aber muß hier noch die **Gebrauchsabsicht** hinzukommen. Damit ist gemeint, daß die Waffe in der Vorstellung mitgeführt wird, sie notfalls zur Überwindung bzw. Verhinderung eines etwaigen Widerstandes einzusetzen, und zwar entweder in Form von *Gewalt* oder zwecks *Drohung* mit Gewalt. Letzteres hielt der BGH im Leerpistolen-Fall (A 53) für gegeben.

57 – Die Gewalt muß nicht unbedingt gegen den Gewahrsamsinhaber eingesetzt werden; vielmehr kann *Gewaltopfer* – ähnlich wie beim Raub – jede Person sein, von der Widerstand gegen die Durchführung des Diebstahls erwartet wird (vgl. Nr. 8 A 24). Bedingter Einsatzwille genügt (Heimann-Trosien LK § 244 Rn. 9). Nicht erforderlich ist, daß bei *mehreren Tatbeteiligten* jeder eine Waffe mit Gebrauchsabsicht mitführt. Vielmehr findet Nr. 2 auf jeden Tatbeteiligten Anwendung, der von der mitgeführten Waffe des anderen Kenntnis hat.

Zwischenergebnis: Im vorliegenden Fall bestehen für solch eine Qualifizierung nach Nr. 1 oder 2 keine Anhaltspunkte. Dagegen kommt in Betracht:

58 **Nr. 3:** sog. **Bandendiebstahl** (grdl. dazu Schild GA 1982, 55ff). *Qualifizierungsgrund* ist hier eine doppelte Gefährlichkeit. Schon in der bandenmäßigen Verbindung zu fortgesetztem Raub oder Diebstahl liegt eine erhöhte Gefährdung der Allgemeinheit: Wirken wenigstens zwei Mitglieder bei einer Tat zusammen, so verdichtet sich die allgemeine Gefahr noch zu einer gesteigerten konkreten Gefährdung des einzelnen Opfers. Von diesem kombinierten Schutzzweck her sind auch die drei wesentlichen Qualifizierungselemente zu verstehen:

59 1. Die *Mitgliedschaft* in einer **Bande.** Unstreitig setzt diese eine zweckgerichtete Verbindung mehrerer zu einem bestimmten Tun voraus. Aber genügen dafür, wie im vorliegenden Fall, schon zwei Personen? Oder müßten sich nicht mindestens drei zusammentun? Diese Frage ist umstritten:

– Im Sinne eines „*tres faciunt collegium*" vor allem Dreher NJW 1970, 1802 (sowie D-Tröndle § 244 Rn. 9, ferner Geilen Jura 1979, 446, Otto II § 41 II 2c); denn sowohl sprachlich gehörten zu einer Gruppe (und dementsprechend zu einer Bande) mehr Personen als zu einem Paar; auch liege die besondere Gefährlichkeit einer mehr als 2köpfigen Bande gerade darin, daß man sich schwerer daraus lösen könne als aus einer Zweierverbindung. – Folgt man dieser Deutung, für die *Dreher* noch weitere Gründe ins Feld führt, so wäre im vorliegenden Fall Bandendiebstahl zu verneinen.

60 – Demgegenüber will die h. M. bereits *zwei* Personen für eine Bande genügen lassen. Das gewichtigste Argument des BGH dafür: Vom Schutz des einzelnen her liegt die besondere Gefährlichkeit der Bande weniger in der Vielzahl der Beteiligten, als vielmehr in der Intensität der Bindung, die gerade bei Zweiergruppen aufgrund arbeitsteiligen Zusammenwirkens besonders eng sein könne (E 3; ebenso u. a. Heimann-Trosien § 244 Rn. 14, Schröder JR 1970, 388/9, Wessels II/2 § 4 II 1). – Folgt man dieser (zwar nicht bedenkenfreien, aber sicherlich vom Wortlaut noch gedeckten) Auffassung, so konnten vorliegend schon A und B zusammen eine Bande bilden.

61 2. Die zweckgerichtete Verbindung zu **fortgesetzter Begehung** von Raub oder Diebstahl: Auch diese Voraussetzung sah vorliegend der BGH als gegeben an. Freilich bleibt zu beachten, daß entgegen dem mißverständlichen Wortlaut nicht schon die Verbindung zu einem Fortsetzungsdelikt genügt, sondern *mehrere selbständige,* im einzelnen noch *unbestimmte* Diebstahls- bzw. Raubtaten geplant sein müssen (vgl. Weihnachtsgeschenk-Fall OLG Hamm NJW 1981, 2207 m. Anm. Tenckhoff JR 1982, 208; näher S/S-Eser § 244 Rn. 25). Besteht in diesem Sinne eine Bande, so genügt bereits die Begehung einer einzigen Tat, freilich unter folgender Voraussetzung:

62 3. An der *Tatausführung* müssen von den Bandenmitgliedern **mindestens zwei tatsächlich mitwirken.** Umfaßt also die Bande (wie hier) ohnehin nur 2 Personen, so

A müssen sie beide an der Tatausführung beteiligt sein. Ob dabei das eine Mitglied als Täter, das andere nur als Gehilfe beteiligt war, ist unerheblich. Da es jedoch gerade auf die konkrete Gefährlichkeit des gleichzeitigen Auftretens mehrerer ankommt (vgl. A 58), ist zumindest ein *zeitliches und räumliches Zusammenwirken* der beiden Bandenmitglieder erforderlich (Lackner § 244 Anm. 3c).

63 Sind darüber hinaus noch **weitere Personen** an der Tat beteiligt, können sich hinsichtlich der Qualifizierung als *Täter* oder *Teilnehmer* Schwierigkeiten ergeben. Vor allem sind zwei Fallkonstellationen auseinanderzuhalten:

a) Wie ist ein *Bandenmitglied* zu behandeln, das zwar *nicht am Tatort* mitwirkt, jedoch nach allgemeinen Grundsätzen (z. B. aufgrund leitender Mitplanung oder Fluchtsicherung) Mittäter wäre? Nach h. M. soll dieser trotzdem nur wegen Beihilfe zum Bandendiebstahl strafbar sein, da Täter nach Nr. 3 nur derjenige sein könne, der im vorgenannten zeitlichen und räumlichen Zusammenhang an der Tatausführung mitwirkt (D-Tröndle § 244 Rn. 13, Heimann-Trosien LK § 244 Rn. 16, Otto II § 41 II 2c, Wessels II/2 § 4 II 2). Demzufolge wäre der abwesende Bandenchef nur Gehilfe. – Indes wären derartige kriminalpolitische Ungereimtheiten weder durch den Wortlaut noch durch den Zweck der Bestimmung gedeckt; deshalb verdient die Gegenauffassung den Vorzug, wonach sich das Beteiligungsverhältnis der nichtanwesenden Bandenmitglieder nach den allgemeinen Abgrenzungskriterien von Mittäterschaft und Teilnahme zu bestimmen hat (näher S/S-Eser § 244 Rn. 27; zust. Samson SK § 244 Rn. 28, Schild GA 1982, 83).

64 b) Wie ist umgekehrt ein an der Tatausführung unmittelbar Beteiligter zu bestrafen, der jedoch selbst *nicht Bandenmitglied* ist? Die Entscheidung hängt davon ab, ob die Bandenmitgliedschaft ein persönliches Merkmal i. S. von § 28 II ist. Bejaht man dies (so die h. M.: Arzt JuS 1972, 576/9, Heimann-Trosien LK § 244 Rn. 16, Lackner § 244 Anm. 3b, M-Schroeder II/1 § 34 IV C 4), so ist der Außenstehende immer nur nach §§ 242, 243 strafbar. Erblickt man dagegen in der Bandenmitgliedschaft – wohl zu Recht – ein rein tatbezogenes Merkmal (Krey II Fall 25, Otto II § 41 II 2cdd), so ist der am Tatort mitwirkende Außenstehende als Teilnehmer nach § 244 I Nr. 3 strafbar.

64a Vorliegend brauchte der BGH diesen Fragen jedoch nicht nachzugehen, da beide Bandenmitglieder die Mittagsdiebstähle stets gemeinsam mittäterschaftlich ausführten. Somit haben beide über § 243 hinaus (A 43) auch § 244 I Nr. 3 verwirklicht. Damit stellt sich die Konkurrenzfrage:

65 IV. Zum **Verhältnis** von einfachem (§ 242), besonders schwerem (§ 243) sowie von Waffen- und Bandendiebstahl (§ 244).

1. Zwischen § 242 und § 243 kann von einem Konkurrenzverhältnis keine Rede mehr sein, da § 243 keine abschließende Qualifizierung, sondern nur noch eine Strafzumessungsregel des § 242 bildet (vgl. A 7). Daher soll nach BGHSt 23, 254 (Schankraum-Fall A 37) die Kennzeichnung als schwerer Fall nicht einmal in den Urteilsspruch aufgenommen werden (vgl. aber demgegenüber BGH MDR/D 1975, 543). Auch ist danach insbesondere kein Raum mehr für die Annahme einer Idealkonkurrenz zwischen vollendetem einfachen und *versuchten* schwerem Diebstahl. Demzufolge spielt auch die Konkurrenzproblematik bei *Vorsatzwechsel* keine Rolle mehr; denn selbst wenn der Täter statt der zunächst erstrebten Gegenstände dann nach dem Einbruch andere wegnimmt, bleibt er wegen vollendeten Diebstahls in einem besonders schweren Fall (§§ 242, 243) strafbar (näher S/S-Eser § 243 Rn. 60).

66 – Soweit freilich, wie möglicherweise vorliegend, durch den Einbruch zugleich *Hausfriedensbruch* oder *Sachbeschädigung* begangen wurde, haben diese Tatbestände jedenfalls dann zurückzutreten, wenn ihr Unrechtsgehalt durch strafschärfende Anwendung des § 243 mitberücksichtigt wird (vgl. Präservativautomat-Fall KG JR 1979, 249 m. Anm. Geerds sowie S/S-Eser § 243 Rn. 61 m. w. N.).

67 2. Was das **Verhältnis zu § 244** betrifft, so geht dieser sowohl dem § 242 als auch dem § 243 vor: ersterem nach den Regeln der Spezialität; letzterem weil es sich bei § 243 lediglich um Strafzumessungsfaktoren handelt, die auch bei der Verurteilung aus § 244 mitberücksichtigt werden können. Daher wurden A und B i. E. zu Recht nur aus § 244 verurteilt (vgl. E 5, aber auch Schröder JR 1970, 388f und BGH NJW 1973, 63). *Frage:* Würde sich an diesem Ergebnis etwas ändern, wenn die Mittagsdiebe nicht irgendwelche Sachen, sondern Lebensmittel von geringem Wert zum alsbaldigen Verbrauch entwendet hätten? Damit ist die Frage nach etwaigen Privilegierungen und deren Verhältnis zu gleichzeitigen Qualifizierungen aufgeworfen.

A 68 **V. Privilegierungen von Diebstahl und Unterschlagung (§§ 247, 248a).**

Bis zum 31. 12. 1974 kannte das StGB drei Arten von Privilegierungen: (teilweise) Straffreiheit bei Entwendungen innerhalb häuslicher Verhältnisse (§ 247 a. F.), strafgemilderte „Notentwendung" (§ 248 a. F.), sowie als bloße Übertretung den sog. „Mundraub" (§ 370 I Nr. 5 a. F.; vgl. 1. Aufl. A 68–75). Davon ist lediglich der **§ 247** als **„Haus- und Familiendiebstahl"** in Gestalt eines einheitlichen Strafantragsdelikts geblieben (Einzelheiten bei S/S-Eser § 247 Rn. 3ff; zum Angehörigenbegriff vgl. StrafR I Nr. 20 A 2f; zur „häuslichen Gemeinschaft" instruktiv BGHSt 29, 54). Dagegen wurden die „Notentwendung" und der „Mundraub" erheblich umgestaltet und als **„Diebstahl und Unterschlagung geringwertiger Sachen"** im neuen § 248a zusammengefaßt.

69 Das wesentlich Neue bei **§ 248a** besteht zum einen darin, daß die Privilegierung *nicht* mehr von irgendwelchen *subjektiven* Motiven des Täters (Absicht alsbaldigen Verbrauchs bzw. Handeln aus Not), sondern nur noch von der *objektiven Geringwertigkeit* der entwendeten Sache abhängt; zum anderen darin, daß sich die Privilegierung lediglich in einem *Strafantrags*erfordernis erschöpft. Für die Anwendbarkeit des § 248a ist im wesentlichen von folgenden Grundsätzen auszugehen:

70 1. Ob die entwendete Sache **geringwertig** ist, bemißt sich nach ihrem *allgemeinen Verkehrswert,* wobei grds. ein objektiv-generalisierender Maßstab anzulegen ist und daher besondere Verhältnisse der Beteiligten (wie etwa Armut des Täters oder ein spezielles Affektionsinteresse des Opfers) grundsätzlich außer Betracht bleiben (vgl. D-Tröndle Rn. 5, Samson SK Rn. 13, je zu § 248a; aber auch Winterbeihilfe-Fall BGHSt 6, 41/3, Wessels II/2 § 3 III 2); Gleiches gilt für die (wertsteigernde) Veränderbarkeit einer Sache (vgl. Briefkopf-Fall BGH NStZ 1981, 62). Da der Verkehrswert von den Marktverhältnissen abhängig ist, läßt sich somit keine ein für allemal feststehende wertmäßige Grenze ziehen (BGH MDR/D 1975, 543). So wurden z. B. 3 Sack Zement im Wert von 15 DM, Pralinen für 20 DM sowie Käse für 30 DM als geringwertig angesehen (instruktiv dazu Kaffee-Fall OLG Hamm NJW 1971, 1954/5 sowie die Wertetabelle bei Schwind Rpfleger 1970, 126/8). Dagegen wird die von AG Landstuhl MDR 1975, 509 bei 40 DM gezogene Grenze von OLG Hamm MDR 1977, 424 noch als zu hoch betrachtet, während LG Kempten NJW 1981, 933 und AG Köln MDR 1981, 780 bereits bis zu 50 DM gehen. Zu nicht meßbarem „Funktionswert" vgl. Strafakte-Fall BGH NJW 1977, 1460 m. Anm. Joecks JA 1978, 525. Weitere Beispiele bei S/S-Eser § 248a Rn. 9.

71 2. Besondere Bemessungsprobleme treten bei **fortgesetzten** Entwendungen bzw. bei **Tatbeteiligung mehrerer** auf: Soll hier der Gesamtwert entscheidend sein oder eine Aufteilung nach einzelnen Taten bzw. Tatbeteiligten vorgenommen werden? Da es nicht mehr auf irgendwelche subjektiven Verbrauchsabsichten sondern allein auf den objektiven Wert ankommt, dürfte grundsätzlich auf den *Gesamtwert* abzustellen sein (Lackner § 248a Anm. 3). Zu etwaigen Differenzierungen bei bloßem Fortsetzungsvorsatz bzw. Beschränkung der Teilnahme auf Teilakte vgl. S/S-Eser § 248a Rn. 13ff.

72 3. Bei **Vorsatzwechsel während der Tatausführung** soll es nach h. M. allein darauf ankommen, was letztlich entwendet wird: Ist die Sache geringwertig, so komme dem Täter § 248a selbst dann zugute, wenn er ursprünglich höherwertige Gegenstände stehlen wollte. Entschließt er sich umgekehrt während der Tat zur Mitnahme höherwertiger Gegenstände, so komme dadurch § 248a in Wegfall (vgl. D-Tröndle § 248a Rn. 6). Dies führt jedoch jedenfalls in der ersten Variante zu dem schwerlich akzeptablen Ergebnis, daß bei einem auf eine höherwertige Sache gerichteten Versuch, der fehlschlägt, der Täter nach §§ 242, 23 strafbar wäre, dagegen in den Genuß von § 248a käme, wenn er statt der nicht erlangbaren höherwertigen Sache eine geringwertige mitgehen läßt. Deshalb wäre zu bedenken, ob nicht auch bei § 248a der Vorsatzwechsel in gleicher Weise zu behandeln wäre wie in Fällen von § 243 II (A 41ff; vgl. S/S-Eser § 248a Rn. 17).

73 4. Auch bei etwaigem **Irrtum über den Wert des Tatobjekts** kommt es allein auf die objektiven Gegebenheiten an, da die Geringwertigkeit weder direkt noch analog als (privilegierendes) TBmerkmal i. S. von § 16 angesehen werden kann (vgl. dazu StrafR I Nr. 20 A 6a, 14ff). Daher kann der Vorstellung des Täters, sich auf eine geringwertige Sache beschränkt zu haben, nur über die Strafzumessung Rechnung getragen werden (vgl. S/S-Eser § 248a Rn. 16).

74 **VI. Konkurrenz von qualifizierenden und privilegierenden Tatumständen.**

Dabei geht es um die bereits bei A 67 angesprochene Frage, wie beispielsweise zu entscheiden wäre, wenn vorliegend die Mittagsbande jeweils nur geringwertige Gegen-

A stände durch Einbruch bzw. mit Waffengewalt entwendet hätte. Würde es sich bei § 248a nicht nur um ein Strafantragserfordernis, sondern um einen echten PrivilegierungsTB handeln, so wären nach allgemeinen Konkurrenzregeln etwaige Qualifizierungen durch gleichzeitige Privilegierungen als verdrängt anzusehen (vgl. StrafR III Nr. 1 A 18, M-Zipf I/1 § 20 IV 2). Für einen solchen Privilegierungsvorrang, wie er kriminalpolitisch erwünscht wäre (vgl. Burkhardt NJW 1975, 1687), ist jedoch nur in differenzierter Weise Raum:

75 1. Soweit es um den Diebstahl geringwertiger Sachen unter Erschwerungsgründen i. S. von *§ 243* geht, wird durch dessen Geringwertigkeitsklausel in Abs. II der Weg zu § 248a dadurch eröffnet, daß bei Geringwertigkeit des Tatobjekts die Anwendung von § 243 I zwingend ausgeschlossen ist (A 41) und sich damit die Tat als einfacher Diebstahl i. S. von § 242 darstellt.

76 2. Soweit es dagegen um Waffen- bzw. Bandendiebstahl i. S. von *§ 244* geht, ist der Weg zu § 248a verschlossen, da dieser ausdrücklich einen einfachen Diebstahl i. S. von § 242 voraussetzt (vgl. S/S-Eser § 248a Rn. 4). Daher kann hier die Geringwertigkeit des Tatobjekts allenfalls über die Strafzumessung berücksichtigt werden. Instruktiv dazu Wachdienst-Fall OLG Köln NJW 1978, 652 m. Anm. Hruschka NJW 1978, 1338.

77 **VII. Ergebnis** für den vorliegenden Fall: Selbst wenn sich die Mittagsdiebe auf geringwertige Gegenstände beschränkt hätten, wären sie nach § 244 zu verurteilen.

Schrifttum: Zu den Regelbeispielen des **§ 243,** den Qualifizierungen des **§ 244** sowie den Privilegierungen der **§§ 247, 248a** vgl. neben den einschlägigen Kommentaren allg. *Arzt* III D, E; *Blei* II §§ 54, 55; *Bockelmann* II/1 §§ 3 IV, V, 5; *Haft* II § 20; *Krey* II § 1 II–V; *M-Schroeder* II/1 § 34 IV, V; *Otto* II §§ 41, 43, 44; *Schmidhäuser* II 8/31–39; *Welzel* § 49 I, II, IV 2; *Wessels* II/2 §§ 3, 4, 6. Zu **Einzelfragen** vgl. ferner: *Arzt,* Die Neufassung der Diebstahlsbestimmungen, JuS 1972, 385, 515, 576; *Bittner,* Schwerer Diebstahl nach § 243 Ziff. 2, MDR 1971, 104; *Blei,* Die Regelbeispieltechnik der schweren Fälle und §§ 243, 244 n. F. StGB, Heinitz-FS 419; *Calließ,* Die Rechtsnatur der „besonderen schweren Fälle" und Regelbeispiele im Strafrecht, JZ 1975, 112; *Gribbohm,* Der Bezug der Tat auf eine geringwertige Sache als subjektives Merkmal minderer Schuld (§ 243 II StGB), NJW 1975, 1153; *Küper,* Zum Raub mit einer „Scheinwaffe" (§ 250 I Nr. 2 StGB), JuS 1976, 645; *v. Löbbecke,* Strafbarkeit des versuchten Diebstahls in einem schweren Falle, MDR 1973, 374; *Maiwald,* Bestimmtheitsgebot, tatbestandliche Typisierung und die Technik der Regelbeispiele, Gallas-FS 137; *Schild,* Der strafrechtsdogmatische Begriff der „Bande", GA 1982, 55; *Schroeder,* Die Zusammenrechnung im Rahmen von Quantitätsbegriffen bei Fortsetzungstat und Mittäterschaft, GA 1964, 225; *Schwind,* Der unbedeutende Wert als Grenze der Verbrauchsmittelentwendung, Rpfleger 1970, 126; *Wessels,* Zur Problematik der Regelbeispiele für „schwere" und „besonders schwere Fälle", Maurach-FS 295; *Zipf,* Dogmatische und kriminalpolitische Fragen bei § 243 Abs. 2 StGB, Dreher-FS 389.

– **Speziell** zum *Mittagsbande-Fall* BGHSt 23, 239 vgl. *Blei* JA 1970, 528, *Dreher* NJW 1970, 1802, *Schröder* JR 1970, 388 (= Urteilsanmerkungen S. 157); zum *Gaspistolen-Fall* BGHSt 24, 136 (A 45) vgl. *Blei* JA 1971, 591, *Schneider* NJW 1971, 1663, *Schröder* JR 1971, 382; zum *Kartoffelkeller-Fall* BGHSt 20, 194 (A 49) vgl. *Weber* JZ 1965, 418; zum *Leerpistolen-Fall* BGHSt 24, 339 (A 53) vgl. *Blei* JA 1972, 574, *Schröder,* Diebstahl und Raub mit Waffen, NJW 1972, 1833; zum *Nußglocken-Fall* BGHSt 24, 248 (A 32) vgl. *Blei* JA 1972, 171, 373, *Krüger* NJW 1972, 648, *Schröder* JR 1971, 382; zum *Wohnwagen-Fall* BGHSt 1, 158 (A 13) vgl. *Bockelmann,* Zur Problematik des Diebstahls aus Fahrzeugen, JZ 1959, 653; zum *Kaffee-Fall* OLG Hamm NJW 1971, 1954 u. *Torfballen-Fall* OLG Hamm NJW 1971, 1953 (A 70) vgl. *Blei* JA 1971, 786f, *Schröder* JR 1972, 253f; zum *Seriendiebstahl-Fall* BGHSt 26, 104 (A 41b) vgl. *Braunsteffer* NJW 1975, 1570 und *Gribbohm* NJW 1975, 2213; zum *Dienstwaffe-Fall* BGHSt 30, 44 (A 50) vgl. *Hettinger* GA 1982, 525, *Katzer* NStZ 1982, 236, *Katz* JuS 1982, 97, *Lenckner* JR 1982, 424.

Zur **kriminalpolitischen** Problematik der Bagatelldiebstähle vgl. *Alternativ-Entwurf* eines „Gesetzes gegen Ladendiebstahl" 1974, sowie eines „Gesetzes zur Regelung der Betriebsjustiz", 1975; *Arzt,* Zur Bekämpfung der Vermögensdelikte mit zivilrechtlichen Mitteln, JuS 1974, 693; *Dencker,* Die Bagatelldelikte im Entwurf eines EGStGB, JZ 1973, 144; *Kramer,* Ladendiebstahl und Privatjustiz, ZRP 1974, 62; *Metzger-Pregizer,* Betriebsjustiz und Betriebskriminalität, ZRP 1974, 167.

Raub (§ 249) – Gewalt und Drohung – gegenüber einer Person – Zweckbeziehung zwischen Gewaltanwendung und Wegnahme

BGHSt 20, 32: Armbanduhr-Fall
1 StR 267/64 vom 15. 9. 1964 = NJW 1965, 115

SV **Sachverhalt:** Um die 18jährige M an sich zu ziehen und zu küssen, faßte sie der A von hinten an ihrer Kleidung. M wehrte sich dagegen, indem sie den A mit beiden Händen von sich abzudrängen versuchte. Infolgedessen konnte A seinen Plan nicht durchführen. Jedoch bekam er beim Gerangel den linken Arm der M zu fassen und bemerkte unter dem Ärmel ihrer Wolljacke eine Armbanduhr. Da kam er auf den Gedanken, ihr die Uhr vom Arm zu streifen. Dies gelang ihm auch, ohne daß die M davon zunächst etwas bemerkte. Erst als sie ihn mit Hilfe ihrer Begleiterin abgedrängt hatte, stellte sie den Verlust fest. Nunmehr zur Rückgabe aufgefordert, lief der A davon.

P **Zur Problemstellung:** Daß sich A dadurch einer tätlichen *Beleidigung* (§ 185: dazu StrafR III Nr. 15) wie auch – falls das Küssen nur Vorspiel zu weitergehenden sexuellen Handlungen sein sollte – versuchter *sexueller Nötigung* (§ 178) schuldig gemacht hat, soll hier nicht weiter problematisiert werden. Auch daß jedenfalls einfacher *Diebstahl* (§ 242) an der Uhr vorliegt, steht außer Frage. Aber könnte darüber hinaus sogar *Raub* (§ 249) vorliegen? Aufgrund von Gewaltanwendung?

– Worin liegen die maßgeblichen *Gewalt*kriterien? Abgrenzung gegenüber bloßer *Drohung?* Inwieweit muß das Nötigungsmittel qualifiziert, nämlich gegen eine „Person" gerichtet sein?

– In welchem *Verhältnis* müssen *Nötigung* und *Wegnahme* zueinander stehen? *Objektive* Kausalbeziehung erforderlich? Oder vielleicht schon *subjektive* Zwecksetzung durch den Täter ausreichend? Wie, wenn diese während der Gewaltanwendung (von Sexual- zu Wegnahmeabsicht) verändert wurde?

– Inwieweit könnte von Bedeutung sein, daß das Opfer von der Wegnahme nichts bemerkte?

Zu einigen dieser Fragen bemerkt der BGH:

E 1 **Aus den Gründen: [33]** „Zwischen dem A und der M ist es zu einem Handgemenge gekommen. Der A hat sie zu sich hinzuziehen versucht, indem er sie zuerst an ihrer Wolljacke und dann an ihrem Arm packte, während andererseits das Mädchen ihn mit
2 den Händen wegzudrängen versuchte. Der A hat also Gewalt angewendet, die auch nicht ganz unbedeutend war, denn M konnte sich seiner erst mit Hilfe ihrer Begleiterin erweh-
3 ren. Sie hat auch eine Schürfwunde am linken Handgelenk davongetragen. Der Tatbestand des Raubes erfordert allerdings, daß die Gewalt das Mittel sein muß, um die Wegnahme der Sache zu ermöglichen; die Gewalt muß also zum Zweck der Wegnahme
4 angewendet werden (BGHSt 4, 210/1; RGSt 67, 183, 186). Nun hat freilich der A zunächst nur die Absicht verfolgt, das Mädchen in sittlicher Hinsicht zu belästigen. Als er aber die Armbanduhr bemerkt und sich entschlossen hatte, sie wegzunehmen, hat er die – fortdauernde – Gewaltanwendung bewußt dazu benutzt, die Uhr vom Arm des Mädchens zu ziehen und an sich zu nehmen. Die Gewalt war ihm also *dann* das Mittel zur Wegnahme.
5 Daß M – mit der Abwehr des A beschäftigt – die Wegnahme nicht sofort bemerkte, zumal da sie auch zunächst nicht wußte, was der A überhaupt von ihr wollte, schließt die Anwendung des § 249 nicht aus. Denn das Bewußtsein des Opfers von der Wegnahmeabsicht des Täters oder von der Wegnahme setzen diese Vorschriften nicht voraus. Auch ein Schlafender oder Bewußtloser kann beraubt werden (vgl. RGSt 67, 183/6; BGHSt 4, 210)."

A **Zur Erläuterung und Vertiefung:** Im Mittelpunkt der Entscheidung steht an sich nur die Frage, ob Raub auch dann noch möglich ist, wenn der Täter eine zunächst zu anderen Zwecken begonnene Gewalt erst nachträglich auf die Wegnahme von Sachen richtet. Um diese Spezialfrage zum Verhältnis von Nötigungshandlung und *Wegnahme* (III) richtig einordnen zu können, ist erst auf die *allgemeine Struktur* des § 249 (I) und dann näherhin auf die *Nötigungs*handlung einzugehen (II). Abschließend ist noch auf *Qualifizierungen* des Raubes und deren Verhältnis zu etwaigen Privilegierungen des Diebstahls hinzuweisen (IV).

A 1 **I. Strukturelemente des § 249.**

Raub ist ein mehraktiges, aus Diebstahl und Nötigung zusammengesetztes Delikt: nämlich *Nötigung zwecks Wegnahme*. Dementsprechend geht es bei § 249 sowohl um den Schutz des *Eigentums* wie auch der *Freiheit*, wobei diese beiden Rechtsgüter freilich nicht isoliert nebeneinander sondern in innerem Zusammenhang stehen: Schutz des Eigentums gegen Beeinträchtigung durch Zwangsmittel. Infolgedessen handelt es sich bei Raub nicht um eine bloße Qualifizierung des Diebstahls, sondern um eine *selbständige Deliktseinheit* (h. M., vgl. Herdegen LK § 249 Rn. 1 m. w. N.; zur Verwandtschaft mit Erpressung vgl. Schünemann JA 1980, 349). Demgemäß sind für den RaubTB drei Strukturmerkmale wesentlich:

2 1. **Wegnahme** einer Sache in Zueignungsabsicht als Deliktsz*iel:* Insofern handelt es sich um einen Sachangriff, für den *alle Diebstahlselemente* des § 242 vorliegen müssen (dazu die Fälle Nr. 2–4).

3 2. **Nötigung** als *Mittel* der Wegnahme: Insofern handelt es sich um einen Personenangriff, der nachfolgend noch näher zu beschreiben ist (II).

4 3. **Zweckbeziehung** zwischen Nötigung und Wegnahme: Da Gewalt und Drohung nicht nur Begleitfolge, sondern Mittel der Wegnahme sein sollen, so muß eine entsprechende Zweck-Mittel-Relation zwischen Personen- und Sachangriff bestehen (III).

4a 4. *Konsequenzen:* Fehlt es an einem der vorgenannten Kriterien, so ist für § 249 kein Raum. Allerdings bleibt dann zu prüfen, ob nicht u. U. ein anderer Tatbestand in Betracht kommt: So etwa §§ 253, 255 (räuberische Erpressung), wenn der Täter keine Zueignungs- sondern lediglich Gebrauchsabsicht hatte oder es wegen Freiwilligkeit der Herausgabe durch den Genötigten am Gewahrsamsbruch fehlt (Taxi-Fall Nr. 16 E 1, A 49).

5 **II. Die Nötigungsmittel im einzelnen.**

§ 249 verlangt dafür alternativ entweder „Gewalt gegen eine Person" oder „Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben". Genau besehen stecken darin jeweils zwei Erfordernisse: zum einen das Vorliegen von *Gewalt* (A, B) oder *Drohung* (C) überhaupt, zum anderen der jeweilige *Personbezug* dieser Zwangsmittel (D). Lassen wir letzteren einmal zurückgestellt, so wären zunächst die Nötigungsmittel als solche näher ins Auge zu fassen:

6 **A. Die allgemeinen Gewaltkriterien.** Nach herkömmlicher Auffassung war als Gewalt „die unter Anwendung körperlicher Kräfte erfolgende Einwirkung auf einen anderen zur Beseitigung eines tatsächlich geleisteten oder bestimmt erwarteten Widerstandes" zu verstehen. Nach dieser seinerzeit allgemein anerkannten Formel des RG wären demnach für Gewalt 3 Kriterien wesentlich:

- körperliche Kraftentfaltung (1)
- zwecks Brechung eines (tatsächlich oder vermeintlich) entgegenstehenden Widerstandes (2)
- mittels Einwirkung auf den Körper des Opfers (3).

Obgleich diese Elemente auch in den heutigen Gewaltdefinitionen immer wieder auftauchen, sind sie durch die neuere Rspr doch schon weitgehend verwässert, wenn nicht gänzlich aufgegeben. Dazu einige typische Beispiele (näher zu dieser Entwicklung auch Krey JuS 1974, 418ff, Müller-Dietz GA 1974, 33ff):

7 1. **Körperliche Kraftentfaltung durch den Täter?** Während dafür das RG etwa die Beibringung *narkotischer* Mittel oder widerstandsüberwindende *Hypnose* nicht ausreichen ließ, weil dafür kein sonderlicher Kraftaufwand erforderlich sei (vgl. Chloroform-Fall RGSt 58, 98/9; 64, 113), hat der BGH diese Auffassung bereits im *Chloraethyl-Fall* **BGHSt 1, 145** aufgegeben. Denn:

[147] „Auch wenn eine solche Kraftanwendung der Regelfall sein mag, so kann sich nach dem Sinn des Gesetzes der Gewaltbegriff darin nicht erschöpfen. Entscheidend nach dem Zwecke der Strafdrohungen der §§ 249ff muß vielmehr sein, ob der Täter durch körperliche Handlung die Ursache dafür setzt, daß der wirkliche oder erwartete Widerstand des Angegriffenen durch ein unmittelbar auf dessen Körper einwirkendes Mittel gebrochen oder verhindert wird, gleichviel, ob der Täter dazu größere oder nur geringere Körperkraft braucht. Vom Opfer her gesehen ist die rasch lähmende Wirkung eines Betäubungsmittels ebenso eine körperliche Überwindung oder Verhinderung des Widerstandes wie etwa ein betäubender Schlag oder anderer Körperzwang, dessen Eigen-

A schaft als Gewaltanwendung nicht bezweifelt wird. Auch eine mechanische Körperverletzung wird die den Widerstand brechende Wirkung – auf die es hier allein ankommt – häufig nicht durch Verletzungen, sondern durch eine Lähmung im Nervensystem ausüben. Wird die den Widerstand brechende Lähmung durch ein Betäubungsmittel herbeigeführt, dann ist es für die strafrechtliche Beurteilung unwesentlich, welches Maß körperlicher Betätigung der Täter zur Beibringung des Betäubungsmittels aufwenden muß.

Für diese Auslegung sprechen im Grundgedanken schon die Entscheidungen des RG in den Schreckschußfällen, bei denen ebenfalls nicht der Fingerdruck des Täters, sondern die durch den Schuß verursachte lähmende Angst auf den Körper des Bedrohten wirkt [RGSt 60, 157/8; 66, 353/5 f]. Die Auslegung entspricht aber auch allein der natürlichen Betrachtung, und zwar ganz besonders, nachdem auch im allgemeinen Leben die Betätigung reiner Körperkraft hinter der Heranziehung anderer Naturkräfte immer mehr zurückgetreten ist. Für die natürliche Betrachtung als Gewaltanwendung bleibt es gleich, ob sich der Täter zur körperlichen Überwältigung nur seiner Muskelkraft – in größerem oder geringerem Umfange – oder auch anderer Naturkräfte bedient, etwa solcher physikalischer, chemischer **[148]** oder anderer Art. Für die Ausnutzung der Schwerkraft oder der Hebelwirkung durch Schlagwerkzeuge ist das von jeher anerkannt. Es muß aber auch für solche nachdrückliche Einwirkungen auf das Nervensystem oder sonst den Körper des Betroffenen gelten, für die chemische Stoffe oder der elektrische Strom benutzt werden."

8 Nach dieser inzwischen weithin anerkannten Auffassung (vgl. Schäfer LK § 240 Rn. 11, S/S-Eser 7 vor § 234, je m. w. N.) kommt es also weniger auf eine *besondere* Kraftentfaltung durch den Täter an (zumindest aber sei physische Kraftentfaltung *überhaupt* zu fordern: so BGH NStZ 1981, 218); entscheidend ist vielmehr der Bruch der Widerstandskraft auf seiten des Opfers. Mit welchen Mitteln dieser *Zwangseffekt* herbeigeführt wird, sei es (wie vorliegend) mit Brachialgewalt, durch Betäubungsmittel oder durch einen Schreckschuß, ist insoweit letztlich gleichgültig. – Diese „Entmaterialisierung" oder „Vergeistigung" des Gewaltbegriffes (Schäfer LK § 240 Rn. 11) macht aber auch vor dem nächsten Gewaltelement nicht halt:

9 **2. Körperliche Einwirkung auf das Opfer?** Auch die Abschwächung dieses Gewaltelements kündigte sich bereits im *Sargträger-Fall* **RGSt 45, 153/6** an: Zwar solle ein lediglich psychischer Zwang noch nicht ausreichen; doch genüge jede Art von Einwirkung, sofern sie nur körperlich empfunden werde. Dementsprechend wurde das dichte Zusammenstehen einer Menschenmenge, die als gewissermaßen „lebende Mauer" mehreren Sargträgern den Weg versperrte, im Sinne mechanisch wirkenden äußeren Zwanges als körperlich zu empfindende Einwirkung angesehen und damit als Gewalt i. S. des
10 § 125 gewertet. In die gleiche Richtung einer *Psychologisierung* des Körperlichkeitselements geht der *Schreckschuß-Fall* **RGSt 60, 157/8:**

„Erst recht müssen Schreckschüsse, wenn sie aus nächster Nähe in die Richtung nach dem Betroffenen abgegeben werden, deren tatsächliche Ungefährlichkeit er nicht erkennen kann und nach dem Willen des Schützen auch gar nicht erkennen soll, den Begriff dieses Zwangsmittels erfüllen. Sie wirken unmittelbar auf seine Sinne (Gesicht, Gehör und Geruch) ein, versetzen ihn in Verbindung hiermit in einen Zustand starker Nervenerregung und beeinflussen so sein ganzes körperliches Befinden und damit auch die *körperlichen* Voraussetzungen der Freiheit seiner Willensentschließung oder seiner Willensbetätigung in hohem Maße."

11 Den vorläufigen Abschluß dieser Entwicklung bildet der *Sitzstreik-Fall* **BGHSt 23, 46,** wo es um Gewalt durch eine Straßenbahnblockade ging (vgl. StrafR III Nr. 12). Dazu führt der BGH aus:

[54] „Die Studenten, die sich auf den Gleiskörper der Straßenbahn setzten oder stellten, um damit den Straßenbahnverkehr zu blockieren, nötigten die Führer der Straßenbahn mit Gewalt, ihre Fahrzeuge anzuhalten. Dieser Bewertung steht nicht entgegen, daß die Studenten die Straßenbahn nicht durch unmittelbaren Einsatz körperlicher Kräfte aufhielten, sondern nur mit geringem körperlichen Kraftaufwand einen *psychisch* determinierten Prozeß in Lauf setzten. Entscheidend ist hierbei, welches *Gewicht* der von ihnen ausgeübten psychischen Einwirkung zukam. Ob das Anbinden eines Hundes auf den Geleisen ausreichen würde, weil hier einem Weiterfahren nur psychische Hemmungen weit geringeren Gewichts entgegenwirken, kann dahinstehen. Stellt sich ein *Mensch* der Bahn auf den Schienen entgegen, so liegt darin die Ausübung eines Zwanges, der für den Fahrer sogar unwiderstehlich ist; denn er *muß* halten, weil er sonst einen Totschlag beginge. Durch den gleichzeitigen massierten Einsatz vieler Personen auf dem Gleiskörper wird die Zwangswirkung noch gesteigert."

Mit dieser Anerkennung „psychischen Zwanges" als Gewalt ist im Grunde auch das ursprüngliche Körperlichkeitselement aufgegeben. Vgl. aber demgegenüber auch Lie-

A ferwagen-Fall BGH NJW 1981, 2204 (m. Anm. Otto JR 1982, 115), wonach selbst im Einschließen des Opfers nicht ohne weiteres Gewalt i. S. von § 177 zu erblicken sei.

12 3. **Widerstandselement:** Auch dieses Gewaltkriterium ist bereits dadurch relativiert, daß es *nicht* unbedingt auf die Überwindung *tatsächlich* geleisteten Widerstandes ankommt, sondern bereits ausreichen soll, daß ein *erwarteter* Widerstand von vornherein verhindert oder absolut ausgeschaltet werden soll. Dies ist nicht nur für den sog. Handtaschenraub bedeutsam (A 27), sondern auch bei *Bewußtlosigkeit* des Opfers.

a) Typisch dafür **BGHSt 4, 210,** wo der völlig betrunken vor dem Bahnhof liegende G von A zwecks Ausplünderung an einen dafür geeigneten Ort weggeschleppt und dort so zusammengeschlagen wurde, daß er blutüberströmt mit einer Gehirnerschütterung liegenblieb. Daß hier spätestens in den Faustschlägen eine Gewaltanwendung lag, steht außer Frage. Doch der BGH würde die Gewalt schon weitaus früher ansetzen; denn:

[212] „Eine Gewaltanwendung i. S. des § 249 lag aber auch schon darin, daß der A den besinnungslosen G in Diebstahlsabsicht vom Bahnhof, wo er unter dem Schutze der Öffentlichkeit stand, an einen finsteren und einsamen Ort wegschleppte. Daß das Opfer die Anwendung der unmittelbar gegen seine Person gerichteten Gewalt empfindet, gehört nicht zum Begriff der Gewaltanwendung; es ist daher ohne Belang, daß G bewußtlos war, als er zum Zwecke seiner Beraubung weggebracht wurde (BGH NJW 1953, 350). Ersichtlich kam es dem A hierbei insbesondere darauf an, eine Störung durch Dritte zu verhindern und etwaige Hilferufe von vornherein aussichtslos zu machen. Daß der Widerstand nicht tatsächlich geleistet, sondern nur erwartet wurde und von vorherein unmöglich gemacht werden sollte, genügt für die Annahme des Tatbestandes des § 249 (RGSt 67, 183/6); auch ist es in der Rspr anerkannt, daß ein dem Schutz der Habe dienender Hilferuf als Widerstandsleistung gegen deren Wegnahme angesehen werden kann."

13 – Aber: kann bei derartiger Bewußtlosigkeit ein Widerstand des Opfers selbst eigentlich ernsthaft erwartet werden? Wenn nein, soll dann schon der mögliche Hilfswille etwaiger Passanten ausreichen? Oder soll es ohnehin nur darauf ankommen, daß das Opfer – falls es sich seiner Lage bewußt wäre – tatsächlich Widerstand leisten würde? Bei solcher Deutung der (insoweit nicht ganz klaren) BGH-Begründung ist also schon bei Überwindung eines *mutmaßlichen Widerstandes* Gewalt anzunahmen. In diesem Sinne wohl auch die h. M.: vgl. M-Schroeder II/1 § 14 II A 1a, ferner BGHSt 16, 341/3; 25, 237; zurückhaltender dagegen Herdegen LK § 249 Rn. 5, Welzel § 50 I 1b.

14 b) Eine andere Frage hingegen ist, ob sich der Widerstand des Opfers *speziell* gegen das Angriffs*ziel* des Täters richten muß. In dieser Hinsicht besteht Einigkeit darüber, daß bereits ein **genereller Abwehrwille** des Opfers genügt. Das ist namentlich dort bedeutsam, wo das Opfer das Angriffsziel des Täters nicht durchschaut, sich aber instinktiv gegen jeden Zwang wehrt. Demzufolge war es auch im vorliegenden Armbanduhr-Fall unerheblich, daß sich das Angriffsziel des A änderte; denn auch gegen die Wegnahme der Uhr hätte die M, wenn sie die Absichtsänderung des A erkannt hätte, Widerstand geleistet. Zutr. daher insoweit E 4 (näher dazu Eser NJW 1965, 377/8).

15 4. Welches **Fazit** ist daraus für den allgemeinen Gewaltbegriff zu ziehen? Da es weder auf das Ausmaß der Kraftentfaltung des Täters noch auf eine unmittelbare körperliche Einwirkung auf das Opfer, sondern im wesentlichen nur noch auf den widerstandsbrechenden Zwangseffekt ankommen soll, genügt demnach für Gewalt *jedes Mittel, mit dem zwecks Überwindung oder Ausschaltung eines tatsächlichen oder mutmaßlichen Widerstandes eine physische oder psychische Zwangswirkung auf das Opfer ausgeübt wird.* In diesem Sinne entscheidend auf den *Zwangseffekt* abstellend vor allem Knodel, Gewaltbegriff 59ff, M-Schroeder II/1 §§ 14 II A 1a, 36 II A 2baa; vgl. auch Horn SK § 240 Rn. 9ff, Wessels II/1 § 8 III 2a m. w. N.

16 Indes: Obgleich dieser umfassende Gewaltbegriff den raffinierteren Methoden moderner Zwangsmittel (Drogen, Hypnose, Absperren der Stromzufuhr, Sitzstreik) zweifellos besser gerecht zu werden vermag als das „kraftstrotzende" Gewaltverständnis alter Art, stößt diese vergeistigende „Zersetzung" doch auf immer schärfere Kritik (vgl. insbes. Arzt I 187ff, Blei JA 1970, 19, 77, 141, Calliess, Geilen JZ 1970, 521ff). Die wichtigsten Einwände:

– Die Konturlosigkeit führt zur Tatbestandsunbestimmtheit (wodurch insbes. der ohnehin schon recht vage Nötigungstatbestand des § 240 noch unbestimmter wird).

–Völlige Einebnung der Grenze zwischen Gewalt und Drohung. Um dies zu verdeutlichen, ist zunächst noch eine den Gewaltbegriff betreffende Vorfrage zu klären:

17 **B. Formen der Gewalt.** Nach herkömmlicher Zweiteilung ist Gewalt als Vis absoluta und als Vis compulsiva denkbar:

A a) Bei **Vis absoluta** wird der Wille des Opfers völlig ausgeschlossen: sei es, daß bereits seine Willens*bildung* unmöglich gemacht wird (z. B. durch Betäubung, Hypnose), oder sei es, daß es an der Willens*betätigung* gehindert wird, und zwar so, daß ihm überhaupt keine andere Handlungsmöglichkeit mehr bleibt (Fesselung, Führen der Hand mit Brachialgewalt, Versperren des Weges durch quergestellten Pkw), kurz: der Wille des Opfers wird praktisch durch den Willen des Täters ersetzt.

18 b) Bei **Vis compulsiva** hingegen bleibt dem Opfer theoretisch noch eine Wahlmöglichkeit, jedoch wird sein Wille durch Zufügung von Übeln in die vom Täter gewünschte Richtung gelenkt: z. B. statt aus dem auszuraubenden Zimmer hinausgeworfen zu werden, wird das Opfer solange geprügelt, bis es von selbst geht; angesichts der auf seine Brust gesetzten Waffe gibt das Opfer die Sache frei (vgl. Pistolen-Fall BGHSt 23, 126; enger Schünemann JA 1980, 350f).

19 c) Vor allem aus der Vis compulsiva ergibt sich zweierlei:

– Die Gewalt braucht *nicht* faktisch *unwiderstehlich* zu sein; auch wenn das Opfer „vernünftigerweise" sofort nachgibt, ohne überhaupt Widerstand versucht zu haben, kann Gewalt vorliegen (vgl. Wessels II/1 § 8 III 3b).

– Der Zwangseffekt wird oft ein rein *psychischer* sein, ohne sich körperlich zu äußern. Damit aber ergeben sich wesentliche Überschneidungen mit dem zweiten Nötigungsmittel:

20 C. **Drohung:** sie wird allgemein verstanden als *Inaussichtstellen eines Übels, auf dessen Eintritt der Drohende Einfluß zu haben behauptet* (vgl. M-Schroeder II/1 § 14 II A 1b; über den Unterschied zur bloßen *Warnung* vgl. StrafR III Nr. 12 A 27). Danach sind Drohung und Vis compulsiva jedenfalls in ihrer Zwangs*wirkung* deckungsgleich. Denn in beiden Fällen wird der Genötigte zumindest in eine psychische Zwangslage versetzt, der er sich nur durch Nachgeben glaubt entziehen zu können. Ebensowenig läßt sich – entgegen einer weitverbreiteten Meinung – innerhalb dieser Zwangswirkung nach *Gegenwärtigkeit* (dann Gewalt) bzw. nach *Zukünftigkeit* (dann Drohung) differenzieren; denn genau besehen wirkt auch bei Drohung der Zwangseffekt auf den Zeitpunkt voraus, in dem sich der Genötigte zu entscheiden hat; selbst wenn also das Übel als für einen späteren Zeitpunkt in Aussicht gestellt ist, ist die *Zwangswirkung* in der Entscheidungssituation bereits eine *gegenwärtige*.

21 *Konsequenz?* Stellt man beim Gewaltbegriff allein auf die Zwangswirkung ab, so bleibt als **Grenzkriterium** gegenüber der Drohung allenfalls noch die *Zeitverschiebung* hinsichtlich der *Übelzufügung:*

– Ist das Übel selbst bereits *gegenwärtig* (die Pistole auf der Brust), handelt es sich um *Gewalt.*

– Wird das Übel für einen *künftigen* Zeitpunkt in Aussicht gestellt (Erschießung bei nächster Gelegenheit), so handelt es sich lediglich um eine *Drohung* (in diesem Sinne Pistolen-Fall BGHSt 23, 126, Knodel, Gewaltbegriff 61ff; vgl. S/S-Eser 10ff, 20 vor § 234).

22 Indes: Ist dieses *Zeitkriterium* eigentlich noch bei Raub haltbar, wenn dafür als angedrohtes Übel eine „gegenwärtige" Gefahr für Leib oder Leben verlangt wird? Diese und ähnliche Zweifel legen die Frage nahe, ob nicht der *Gewalt*begriff tatsächlich wieder auf die Fälle körperlicher Einwirkung zu beschränken und die Fälle psychischen Zwanges durch die Drohung zu erfassen wären (in diesem Sinne etwa auch Krey JuS 1974, 421f).

Nach diesem Überblick über den allgemeinen Gewalt- bzw. Drohungsbegriff sind nunmehr dessen *Besonderheiten* beim *Raub* zu betrachten:

23 **D. Personbezug der Zwangsmittel bei § 249.** Im Unterschied zur Nötigung (§ 240) und Erpressung (§ 253), wo jede Form von Gewalt oder Drohung mit einem empfindlichen Übel ausreicht (ähnlich §§ 234, 237), ist für Raub – und entsprechendes gilt für räuberische Erpressung (§ 255) – eine **qualifizierte** Gewalt „gegen eine *Person*" bzw. Drohung „mit gegenwärtiger Gefahr für *Leib* oder *Leben*" erforderlich. Um hier gleich vor einem häufigen Mißverständnis zu warnen: Soweit sich dabei erneut die Frage körperlicher Einwirkung stellt, geht es nicht mehr um die zuvor erörterte Körperlichkeitsproblematik des allgemeinen Gewaltbegriffes (A 9, 16), sondern um die *besondere Personengewalt* des Raubes; daß dies nicht immer beachtet wird, könnte für manche Begriffsverwirrungen auf diesem Gebiet mitursächlich sein.

24 1. Das *Opfer* einer derartigen qualifizierten Gewalt oder Drohung wird i. d. R. der *Eigentümer* bzw. **Gewahrsamsinhaber** sein. Doch ist dies nicht unbedingt erforderlich;

A denn auch sonstige *Dritte*, die z. B. einen Diebstahl verhindern wollen, kommen als Objekt einer räuberischen Nötigung in Betracht (Herdegen LK § 249 Rn. 3).

25 2. Soweit die **Gewalt unmittelbar** auf den Körper des Opfers einwirkt, handelt es sich unzweifelhaft um Gewalt gegen eine „Person": so hier, da die M sogar verletzt wurde (E 2). Problematischer sind aber folgende Fälle:

26 a) **Mittelbare Personengewalt:** Eine solche reicht nach h. M. jedenfalls dann aus, wenn die Gewalteinwirkung auch körperlich empfunden wird.

So im *Pistolen-Fall* **BGHSt 23, 126,** wo der A seinem Opfer die durchgeladene und entsicherte Waffe aus unmittelbarer Nähe vorhielt. Obgleich es hier zu keiner körperlichen Berührung kam, hat der BGH Personengewalt bejaht; denn:

[127] „Eine Gewaltanwendung [i. S. von Personengewalt] erfordert nicht die unmittelbare Einwirkung auf den Körper des Vergewaltigten, sei es durch Berührung, sei es durch eine andere die Sinne beeinflussende Tätigkeit. Es genügen vielmehr alle eine gewisse – nicht notwendig erhebliche – körperliche Kraftanwendung darstellenden Handlungen, die von der Person, gegen die sie unmittelbar oder auch nur mittelbar gerichtet sind, als ein nicht nur seelischer, sondern auch körperlicher Zwang empfunden werden. [Auch handele es sich dabei nicht nur um Drohung, sondern bereits um Gewalt; denn:] Richtet der Täter eine durchgeladene und entsicherte Schußwaffe mit dem Finger am Abzug aus nächster Entfernung auf einen anderen, so droht er nicht nur mit der Anwendung von Gewalt, sondern er übt unmittelbar körperlichen Zwang aus, wendet also Gewalt an. Er wirkt ... unmittelbar auf die Sinne des Vergewaltigten ein und versetzt ihn hierdurch in einen Zustand starker seelischer Erregung und beeinflußt so sein ganzes körperliches Befinden und damit auch die körperlichen Voraussetzungen der Freiheit seiner Willensentschließung oder seine Willensbetätigung in hohem Maße ... [Daher Annahme gegenwärtiger Gewaltanwendung, weil das Verhalten des A von B], schon als *gegenwärtiges* Übel (sinnlich) empfunden wurde, während die Gewaltanwendung bei der Drohung erst *für die Zukunft* befürchtet wird'."

27 b) Ist auf diesem Wege auch mittelbare Personengewalt durch **unmittelbare Gewalt gegen Sachen** begründbar? In **BGHSt 18, 329,** wo dem Opfer die *Handtasche* aus der Hand geschlagen wurde, wurde dies bejaht; denn:

[330] „Bei der Gewaltanwendung verursacht der Täter durch seine körperliche Handlung, daß der wirkliche oder erwartete Widerstand des Angegriffenen durch ein auf dessen Körper einwirkendes Mittel gebrochen oder verhindert wird, mag der **[331]** Täter dazu größere oder nur geringere Körperkraft entfalten. Das trifft für ein Aus-der-Hand-schlagen zu, mag dazu wegen der Überraschungswirkung oder aus anderen Gründen auch kein besonderer Kraftaufwand gehören und angewendet werden."

28 Diese Entscheidung ist jedoch zu Recht auf Widerspruch gestoßen, da der Täter allenfalls mittels *List* etwaigem Widerstand zuvorgekommen sei, ein solcher aber im Überraschungsmoment keinesfalls schon aktualisierbar war (vgl. Herdegen LK § 249 Rn. 6). Daher wird für Personengewalt durch Sacheinwirkung zumindest vorauszusetzen sein, daß das Opfer die weggerissene Sache bereits in Erwartung des Angriffs festgehalten hat (so dann auch BGH GA 1968, 338; vgl. S/S-Eser § 249 Rn. 4a m. w. N.) oder durch Überrumpelung eine Schockwirkung beim Opfer erstrebt wird (M-Schroeder II/1 § 36 II A 2baa). Ähnlich ist mittelbare Personengewalt dort anzunehmen, wo das Opfer durch Einwirkung auf Sachen an der Fortbewegung gehindert wird (vgl. etwa BGHSt 20, 194: Einsperrung der Bauersleute im Kartoffelkeller, um in der Wohnung stehlen zu können). Dagegen ist dort, wo die Wegnahme vorwiegend durch List, Geschicklichkeit oder Schnelligkeit erreicht werden soll, Gewalt zu verneinen (so dann auch der BGH MDR/D 1975, 543).

29 c) Zudem kann von Personengewalt – und das gilt für alle vorgenannten Fälle – immer nur dann die Rede sein, wenn es sich *nicht* nur um eine **ganz unbedeutende Beeinträchtigung** der körperlichen Unversehrtheit handelt (vgl. Schlosser-Fall BGHSt 7, 252/4). Da vorliegend die M sogar Schürfwunden davontrug, konnte Personengewalt unbedenklich bejaht werden (E 2).

30 3. Erfolgt die Nötigung mittels **Drohung,** so muß das *„mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben"* geschehen.

a) Wird dabei die sich der Wegnahme entgegenstellende Person (Gewahrsamsinhaber, schutzbereiter Dritter) selbst lebensgefährdend bedroht, handelt es sich um *unmittelbare* Drohung. – Doch kommt auch *mittelbare* Drohung in Betracht, und zwar vor allem dadurch, daß für einen Dritten ein Übel in Aussicht gestellt wird, das auch der Bedrohte selbst – etwa aufgrund persönlicher Beziehungen zu dem Dritten – als (mittelbare) Übelszufügung empfindet (vgl. Geilen Jura 1979, 110). Typisch dafür der Raub

A durch Geiselnahme, wobei allerdings meist die §§ 239a, 239b, 255 durchgreifen werden: vgl. Lösegeld-Fall BGHSt 16, 316/8 bei Nr. 16 A 37. Zur „Gegenwärtigkeit" der Lebensgefahr instruktiv (aber zu eng?) Italiener-Fall BGH StV 1982, 517.

31 b) Anders als bei Gewalt, wo die körperliche Einwirkung auf das Opfer tatsächlich vorliegen muß, braucht bei Drohung eine Leibes- oder Lebensgefährdung *nicht objektiv* eingetreten zu sein. Vielmehr genügt hier – insoweit ähnlich wie für die Realisierbarkeit der Drohung selbst –, daß die Gefahr von dem Bedrohten als **ernstlich** aufgefaßt werden konnte; denn schon dadurch kann sie ihre Zwangswirkung, auf die es ja allein ankommt, zur Entfaltung bringen (h. M.: vgl. Schreckschuß-Fall RGSt 66, 353/5; S/S-Eser 22f vor § 234, § 249 Rn. 5). – Mit dieser *subjektiven* Sicht des Drohungseffekts ist zugleich ein strukturelles Charakteristikum des RaubTB angesprochen, das gerade im vorliegenden Fall in Frage stand:

32 **III. Zweck-Mittel-Bezug zwischen Wegnahme und Nötigung.**

Diese gegenseitige Abhängigkeit ergibt sich daraus, daß die Nötigung nicht eine bloße Begleitfolge, sondern gerade das *Mittel* zur Wegnahme bildet: Denn nicht Gewaltanwendung *und* Wegnahme, sondern Wegnahme *mittels* Gewalt ist in § 249 gemeint (A 3; vgl. Gewinndieb-Fall in Nr. 9 A 8). Aus dieser Zwecksetzung folgt namentlich zweierlei:

33 1. Was das **zeitliche** Verhältnis betrifft, können überhaupt nur solche Gewalt- oder Drohungshandlungen Raub begründen, die *noch während der Wegnahme,* also spätestens bis zu deren Vollendung einsetzen; denn sobald die Gewalt nicht mehr der *Durchführung,* sondern nur noch der Aufrechterhaltung einer bereits abgeschlossenen Wegnahme dienen soll, kommt anstelle von Raub allenfalls noch räuberischer Diebstahl (§ 252) in Betracht (näher Kleiderversteck-Fall Nr. 9).

– Demgemäß wäre nach BGHSt 14, 114 Raub zu Recht auch dort zu verneinen, wo der Dieb dem beim Durchsuchen aufgewachten Parkschläfer die Schläge lediglich deshalb versetzt, um leichter fliehen zu können.

34 – Doch selbst dort, wo die Nötigung der Wegnahme tatsächlich vorausgeht, wird der Zweck-Mittel-Bezug i. d. R. nur dann gewahrt sein, wenn zwischen Nötigung und Wegnahme wenigstens ein gewisser *zeitlicher und räumlicher Zusammenhang* besteht. Dies ist etwa zweifelhaft dort, wo mit dem heute durch Gewalt erlangten Schlüssel erst für morgen ein Diebstahl ermöglicht werden soll (M-Schroeder II/1 § 36 II A 2c).

35 2. In diesem Zweckbezug liegt zugleich ein **Kausalitätsmoment:** Soll die Nötigung Mittel zur Wegnahme sein, muß sie dafür kausal werden können. Fraglich ist jedoch,

– ob es dazu auf die Feststellung eines *objektiven* Ursachenzusammenhanges ankommen soll (Nötigung als objektive Bedingung der Wegnahme), mit der Folge, daß Raub überall dort zu verneinen wäre, wo die Wegnahme möglicherweise auch ohne Gewaltanwendung durchführbar gewesen wäre (Ausplünderung eines bereits Bewußtlosen): so Bockelmann II/1 § 8 III 1d, Samson SK § 249 Rn. 18),

36 – oder ob genügen soll, daß die Gewaltanwendung für den Täter lediglich das *subjektive* Mittel zum Zweck der Wegnahme darstellt, mit der Folge, daß Raub bereits dort anzunehmen ist, wo der Täter die Anwendung von Gewalt für notwendig und geeignet hält, die Wegnahme zu ermöglichen. Grundlegend im Sinne einer solchen „subjektiven Kausalität" der *Besinnungslosen-Fall* **BGHSt 4, 210** (A 12), denn:

[211] „Für das Tatbestandsmerkmal des Raubes, daß die Sache ‚mit Gewalt' gegen eine Person weggenommen wird, ist eine tatsächliche Ursachenbeziehung zwischen der Gewaltanwendung und der Wegnahme nicht wesentlich. Es genügt vielmehr, wenn der Täter die Gewalt deshalb anwendet, weil er sie für geeignet hält, die Wegnahme zu ermöglichen; ob sie dazu wirklich erforderlich war, ist ohne Belang (vgl. RGSt 69, 327/30). Maßgebend ist somit allein die Vorstellung und der Wille des Täters."

37 Dem ist mit der h. M. zuzustimmen (vgl. Krey II Fall 32, Lackner § 249 Anm. 1, Otto II § 46 II 1acc, Wessels II/2 § 7 I 2); denn nicht nur, daß die gefährlichere verbrecherische Intensität des Räubers schon durch die subjektive Gewaltabsicht manifest wird; auch wird – anders als für die Nötigung „durch" Drohung bei § 240 – für § 249 lediglich Wegnahme „unter Anwendung" von Drohung vorausgesetzt (vgl. zum Ganzen Eser NJW 1965, 377/8). – Demzufolge hätte man im vorliegenden Fall Raub selbst dann bejahen können, wenn nicht festzustellen gewesen wäre, ob sich die M auch gegen die Wegnahme der Uhr gewehrt hätte (E 5). Aber: inwieweit ist dabei von Bedeutung, daß der Täter selbst während der Gewaltanwendung sein *Nötigungsziel geändert* hat?

A Damit kommen wir zu einem Fragenkomplex, in dem sowohl Zeit- als auch Kausalitätsmomente problematisch erscheinen:

38 **3. Ausnutzung einer bereits bestehenden Gewaltlage** aufgrund eines neuen oder **veränderten Tatziels.** Hier ist für die rechtliche Würdigung im wesentlichen in dreifacher Weise zu differenzieren:

a) Der Täter ändert zwar sein Angriffsziel (statt Vergewaltigungs- nunmehr Diebstahlsabsicht), muß aber zu dessen Realisierung die bereits begonnene *Gewaltanwendung aktiv fortsetzen:* Hier kann unbedenklich Raub bejaht werden, weil jedenfalls in der fortgesetzten Einwirkung auf das Opfer noch eine mit Wegnahmeabsicht verübte Gewalt liegt. Danach wurde im vorliegenden Fall Raub zutreffend bejaht, da dem A das weitere Ringen mit der M auch noch zur Wegnahme der Uhr notwendig erschien (E 4; zust. Herdegen LK § 249 Rn. 16, M-Schroeder II/1 § 36 II 2baa, Wessels II/2 § 7 II 1).

39 b) Gleiches gilt im Ergebnis für den Fall, daß der Täter eine zwecks Vergewaltigung geschaffene Wehrlosigkeit der Frau (z. B. durch Fesselung) *fortbestehen läßt,* weil er sie aufgrund eines neuen Entschlusses auch noch ausplündern will. Für die Aufrechterhaltung einer derartigen, zu anderen Zwecken geschaffenen Gewaltlage bedarf es zwar keines weiteren aktiven Zutuns des Täters mehr; immerhin *unterläßt* er es aber *pflichtwidrig,* jene Gewaltlage der Frau wieder *aufzuheben* (vgl. Notzucht-Fall BGH NStZ 1981, 344). Und da Gewalt nach h. M. (Schäfer LK § 240 Rn. 42) auch durch pflichtwidriges Unterlassen möglich ist (in derartigen Fällen meist aufgrund *Ingerenz*) und der Täter die Gewaltsituation ja gerade zur Realisierung seiner Wegnahmeabsicht aufrechterhält, ist auch bei dieser Fallgruppe Raub denkbar (vgl. S/S-Eser § 249 Rn. 6, Herdegen LK § 249 Rn. 16, Samson SK § 249, Rn. 26).

40 c) Eine solche Gleichbehandlung von aktiver Gewaltfortsetzung (A 38) und pflichtwidriger Nichtbeendigung der Gewalt (A 39) findet freilich dort ihre Grenze, wo dem Täter eine *Aufhebung* der Wehrlosigkeit des Opfers *nicht möglich* ist: so etwa weil das Opfer bereits bewußtlos geschlagen ist oder unter Schockwirkung steht (vgl. Geldbörse-Fall BGH NStZ 1982, 380 m. Anm. Seier JA 1982, 617). Zwar wird auch in derartigen Fällen eine Gewaltwirkung ausgenutzt. Doch während in der vorigen Fallgruppe die Gewaltwirkung gerade wegen der neugefaßten Wegnahmeabsicht nicht aufgehoben wird, wirkt sie hier unabhängig von den Absichten des Täters fort, m. a. W.: Zwar wird die Wegnahme durch Fortwirken der Gewalt objektiv erleichtert, aber deren Nichtbeendigung vom Täter subjektiv nicht bezweckt.

41 Weil es an diesem subjektiven Zweckbezug der Gewaltausnutzung fehlte, wurde im *Handtäschchen-Fall* **BGH NJW 1969, 619** Raub verneint: Dort hatte A nach Vergewaltigung eines minderjährigen Mädchens aufgrund eines neuen Entschlusses aus dessen Handtäschchen stehlenswerte Gegenstände entwendet, ohne daß dies von dem noch unter dem Eindruck der Vergewaltigung stehenden Opfer bemerkt wurde. In Abgrenzung vom vorliegenden Armbanduhr-Fall führt der BGH dazu aus: „Der Tatbestand des Raubes erfordert bei Gewaltanwendung, daß die Gewalt als Mittel eingesetzt wird, um die Wegnahme der Sache zu ermöglichen; die Gewalt muß also zum Zweck der Wegnahme angewendet werden (BGHSt 4, 210). Von einem räuberischen Vorgehen kann daher nicht die Rede sein, wenn der Täter nur eine mit anderer Zielsetzung durch Gewaltanwendung geschaffene Lage dazu ausnutzt, dem Betroffenen – ohne dessen Wissen und Widerstand – eine Sache wegzunehmen (BGH MDR/D 1968, 17/8). Ebensowenig kann dann aber Raub angenommen werden, wenn das durch Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben herbeigeführte widerstandslose Verhalten des in seiner Geschlechtsehre angegriffenen Opfers dem Täter lediglich Gelegenheit schafft, aufgrund eines neuen Entschlusses unbemerkt Aneignungshandlungen zu begehen. Denn auch in einem solchen Fall ist die Drohung nicht als Mittel zur Brechung eines entgegenstehenden Willens des Eigentümers und damit zur Ermöglichung der Wegnahme eingesetzt."

42 Dieser beifällig aufgenommenen Entscheidung (Herdegen LK § 249 Rn. 16, Lackner § 249 Anm. 2c) ist freilich nur dann zuzustimmen, wenn es sich tatsächlich nur um *listige* Ausnutzung einer im Tatzeitpunkt nicht aufhebbaren Wehrlosigkeit des Opfers handelt; denn dann kommt in der Tat nur Diebstahl in Tatmehrheit mit dem vorangehenden Gewalt(sexual)delikt in Betracht (vgl. Wessels II/2 § 7 II 2). Deshalb kommt es jeweils entscheidend auf die Umstände des Einzelfalles an. Eingehend zum Ganzen Eser NJW 1965, 377ff, Schünemann JA 1980, 351f.

43 **IV. Ergebnis – Qualifizierungen und Privilegierungen.**

1. Da A die Brachialgewalt gegen die M in Form von Vis absoluta zum Zwecke der Wegnahme der Uhr aktiv fortgesetzt hat, somit sowohl alle Merkmale gewaltsamer

A Nötigung einer Person wie auch die des Diebstahls und auch die die beiden TBteile verbindende Zweck-Mittel-Relation vorlag, war Raub zu bejahen. Wegen gleichzeitiger Verletzung der M durch Schürfwunden (E 2) ist tateinheitlich zugleich eine **Körperverletzung** (§ 223) verwirklicht.

44 2. **Zusatzfrage:** Für den Fall, daß A der M nicht eine Uhr, sondern einen geringwertigen Gegenstand i. S. von § 248a weggenommen hätte, wäre er dann trotzdem nach § 249 zu bestrafen? Damit ist die allgemeine Frage nach dem **Verhältnis** strafschärfender bzw. **privilegierender** Abwandlungen eines Grunddeliktes aufgeworfen. Soweit es dabei um das Verhältnis eines mit Raubmitteln verwirklichten „Mundraubes" (§ 370 I Nr. 5 a. F.) ging, hielt die h. M. § 249 für anwendbar, da dieser Tatbestand gegenüber Diebstahl und seinen Abwandlungen ein delictum sui generis und „Mundraub" eben auch eine Form des Diebstahls sei (Herdegen LK § 249 Rn. 1 m. w. N.) Doch trotz formaler Richtigkeit dieser Argumentation war schon bislang fraglich, ob damit der hinter einer Privilegierung steckenden Wertung wirklich voll Rechnung getragen wurde (vgl. Burkhardt JZ 1973, 110ff.) Jedenfalls wird künftig bei Raub einer geringwertigen Sache zu bedenken sein, ob sich nicht die Geringwertigkeitsklausel des § 243 II analog heranziehen ließe (so Burkhardt NJW 1975, 1687f). Danach wäre bei Wegnahme einer geringwertigen Sache mittels Nötigung lediglich ein strafantragsbedürftiger Diebstahl nach §§ 242, 248a in Idealkonkurrenz mit § 240 anzunehmen (vgl. aber dazu auch S/S-Eser § 249 Rn. 1).

45 3. Zu etwaigen Raubqualifizierungen nach **§§ 250, 251** vgl. Kleiderversteck-Fall Nr. 9 A 23ff.

Schrifttum: Allg. zu **Raub** vgl. neben den Kommentaren zu § 249 *Arzt* III K; *Blei* II § 57; *Bockelmann* II/1 § 8; *Haft* II § 22; *Krey* II § 3; *M-Schroeder* II/1 § 36; Otto II § 46; *Schmidhäuser* II 8/48–54; *Welzel* § 50; *Wessels* II/2 § 7; ferner *Geilen,* Raub und Erpressung, Jura 1979, 53, 109, 165, 221, 277, 333, 389, 446, 501, 557, 613, 669; 1980, 43; *Schünemann,* Raub und Erpressung, JA 1980, 349, 393, 486. Speziell zu **Gewalt** und **Drohung** vgl. *Blei,* Zum strafrechtlichen Gewaltbegriff, NJW 1954, 583; *ders.,* Die Auflösung des strafrechtlichen Gewaltbegriffs, JA 1970, 19, 77, 141; *Burkhardt,* Gewaltanwendung bei Vermögensdelikten mit Bagatellcharakter, JZ 1973, 110; *ders.,* Zur Geringwertigkeit des Weggenommenen bei Raub und raubgleichen Delikten, NJW 1975, 1687; *Calließ,* Der Begriff der Gewalt im Systemzusammenhang der Straftatbestände, 1974; *Eser,* Zum Verhältnis von Gewaltanwendung und Wegnahme beim Raub, NJW 1965, 377; *Geilen,* Neue Entwicklungen beim strafrechtlichen Gewaltbegriff, 445; *Haffke,* Gewaltbegriff und Verwerflichkeitsklausel, ZStW 84, 37; *Krey,* Probleme der Nötigung mit Gewalt, JuS 1974, 418; *Müller-Dietz,* Zur Entwicklung des strafrechtlichen Gewaltbegriffes, GA 1974, 33.

– **Speziell** zum *Armbanduhr-Fall* BGHSt 20, 32 vgl. *Hengsberger* LM Nr. 22 zu § 249; zum *Chloraethyl-Fall* BGHSt 1, 145 (A 7) vgl. *Jagusch* LM Nr. 1 zu § 249; zum *(Damen-) Handtaschen-Fall* BGHSt 18, 329 (A 27) vgl. *Knodel,* Zum Gewaltbegriff in § 249, JZ 1963, 701; zum *Sitzstreik-Fall* BGHSt 23, 46 (A 11) vgl. StrafR III Nr. 12 sowie *Eilsberger,* Die Kölner Straßenbahnblockade, JuS 1970, 164, *Ott* NJW 1969, 2023; zum *Pistolen-Fall* BGHSt 23, 126 (A 26) vgl. *Geilen,* Lebensgefährdende Drohung als Gewalt in § 251 StGB, JZ 1970, 521.

Räuberischer Diebstahl (§ 252) – Schwerer Raub (§ 250) – Raub mit Todesfolge (§ 251)

BGHSt 21, 377: Kleiderversteck-Fall

1 StR 345/67 vom 21. 11. 1967 = NJW 1968, 260

SV **Sachverhalt:** Der mit seinen Schwiegereltern in Hausgemeinschaft lebende A wollte sich des Geldes bemächtigen, das seine Schwiegermutter S unter ihrer Kleidung versteckt bei sich trug. A warf die S auf eine Couch und würgte sie solange, bis sie bewußtlos wurde, und nahm das Geld an sich. Als er sich umgezogen hatte und gerade das Haus verlassen wollte, trat ihm auf dem Hausflur die inzwischen wieder zu Bewußtsein gekommene S entgegen und verlangte ihr Geld zurück. Darauf schlug ihr A mit einer Schreckschußpistole und, als ihm diese infolge Gegenwehr der S aus der Hand fiel, mit einem Meißel auf den Kopf, bis sie wiederum zu Boden fiel und das Bewußtsein verlor. Dabei nahm er billigend in Kauf, daß S durch diese Schläge auch tödlich verletzt werden könnte.

P **Zur Problemstellung:** Daß A jedenfalls des *versuchten Mordes* schuldig ist, steht außer Frage. Wie aber steht es mit dem *Raub*komplex?

– Durfte A nur wegen *einfachen* Raubes (§ 249) verurteilt werden?

– Oder kam, wie das SchwG glaubte, wegen Mitführens von Waffen auch *schwerer* Raub nach § 250 I Nr. 1 in Betracht? Aber: hat A diese Waffe eigentlich schon beim Raub selbst „bei sich geführt"?

– Käme hinsichtlich der gewaltsamen Abwehr der S auch *räuberischer Diebstahl* (§ 252) in Frage, und zwar obgleich dessen Wortlaut von einem ‚Diebstahl' als Vortat spricht?

– Falls § 252 eingreift, können dann auch die Raub*qualifizierungen* der §§ 250, 251 zum Zuge kommen?

– Wenn also sowohl die Erlangung der Beute (§ 249) als auch deren Verteidigung (§ 252) tatbestandlich gesondert erfaßt wird, in welchem *Konkorrenz*verhältnis wären dann beide zu sehen?

E 1 **Aus den Gründen: [378]** „Wie das SchwG zutreffend annimmt, hat der A, indem er die S würgte und ihr das Geld wegnahm, um es selbst zu verbrauchen, ein Verbrechen des Raubes nach § 249 begangen. Daß er zu dieser Zeit schon eine Waffe, etwa die Schreck-
2 schußpistole bei sich führte, ist nicht festgestellt. Das SchwG sieht ferner den Tatbestand des räuberischen Diebstahls als erfüllt an, weil der A gegen die S gewalttätig wurde, als sie bald darauf ihr Geld zurückverlangte. Auch hiergegen sind rechtliche Bedenken nicht zu erheben.

3 Der Sachverhalt liegt hier anders als ... in BGHSt 20, 194. Denn der A wohnte in demselben Haus, in dem er den Raub beging, so daß dieser nicht nur vollendet, sondern auch beendet war, als der A sich mit dem geraubten Geldbetrag in sein Zimmer begab. Zwar wollte er das Haus verlassen, und hat dies auch bald darauf getan und das Geld in der darauffolgenden Nacht fast völlig **[379]** durchgebracht. Aber die Verwendung des gestohlenen oder geraubten Gutes gehört regelmäßig nicht mehr zur Beendigung der Straftat. Der Gebrauch des Meißels als Waffe kann daher nicht mehr als Führen einer Waffe ‚bei Begehung der Tat', nämlich des Raubes, angesehen werden. Der Senat braucht deshalb hier auf die angeführte Entscheidung und die dagegen im Schrifttum erhobenen Einwände nicht näher einzugehen.

4 Nach § 252 wird ‚gleich einem Räuber' bestraft, wer bei einem *Diebstahl* auf frischer Tat betroffen, gegen eine Person Gewalt verübt oder Drohungen mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben anwendet, um sich im Besitz des gestohlenen Gutes zu erhalten. Wörtlich genommen trifft das hier nicht zu; denn die Vortat war ein Raub. Regelmäßig wird in diesem Falle auch kein Bedürfnis zur Anwendung des § 252 bestehen, da der Täter ohnehin als Räuber bestraft wird, also nicht erst ‚gleich einem Räuber' bestraft zu
5 werden braucht. Von wesentlicher Bedeutung wird die spätere Gewaltanwendung erst, wenn nicht schon beim Raub, sondern erst beim Tatbestand des § 252 die erschwerenden Umstände der §§ 250, 251 gegeben sind. In diesem Fall wäre es unverständlich und ungerecht, wenn auf den Täter nicht auch diese Strafbestimmungen angewendet würden, obwohl er mit seiner Vortat, dem Raub, zugleich den Tatbestand des Diebstahl erfüllt hat, wenn dieser auch mit dem Raub in Gesetzeseinheit steht (BGHSt 20, 235).

6 Das RG hat zwar in GA 48, 355 den § 252 nicht für anwendbar gehalten, wenn die Vortat kein Diebstahl, sondern ein Raub ist. Die Begründung hierfür, daß der Diebstahl im Raub seine selbständige strafrechtliche Bedeutung verliere, so daß zwischen beiden Gesetzes-

E 7 konkurrenz besteht, vermag jedoch nicht zu überzeugen. Denn auch gesetzlich konkurrierende Strafbestimmungen sind nicht stets ohne rechtliche Bedeutung. So ist anerkannt, daß die Mindeststrafe der gesetzlich konkurrierenden milderen Norm nicht unter-
8 schritten werden darf (BGHSt 1, 152). Die Rspr. hat ferner keine Bedenken getragen, den § 252 auf die Fälle des Mundraubs (§ 370 I Nr. 5 StGB [a. F.]) und **[380]** der landesgesetzli-
9 chen Feldfrüchteentwendung anzuwenden (vgl. BGHSt 3, 76; RGSt 6, 325; 66, 353), obwohl auch hier mit den §§ 242ff Gesetzeseinheit besteht. Läßt man diese privilegierten Diebstahlformen als ‚Diebstahl' i. S. des § 252 gelten, so besteht kein Grund, den Raub als Vortat auszuschließen, wenn es sich bei ihm auch nicht um einen bloß qualifizierten Fall des Diebstahl, sondern um ein eigenständiges Delikt handelt. Denn das ändert nichts daran, daß in ihm der Tatbestand des Diebstahls enthalten ist. Die Auffassung, daß auch Raub Vortat des räuberischen Diebstahls sein kann, wird denn auch im Schrifttum (Schönke/Schröder, StGB 13. Aufl. § 252 Anm. 3; Weber JZ 1965, 418/9; Isenbeck NJW 1965, 2326/8) ... vertreten.

10 Die Ansicht des SchwG, daß im gegebenen Fall wegen schweren Raubes zu verurteilen sei (so auch Schönke/Schröder aaO), vermag der Senat allerdings nicht zu teilen. Der Schuldspruch ist vielmehr dahin zu berichtigen, daß der A statt wegen schweren Raubes wegen schweren räuberischen Diebstahls verurteilt ist."

A **Zur Erläuterung und Vertiefung.** Der BGH als RevG konnte sich naturgemäß auf die strittigen Fragen beschränken: den zeitlichen Anwendungsbereich des § 252 (E 2–3) und etwaiger Raubqualifizierungen (E 5), Raub als Vortat von § 252 (E 4–9) und schließlich das Verhältnis von Raub und (qualifiziertem) räuberischen Diebstahl (E 10). Um jedoch den strukturellen Standort dieser Einzelfragen richtig einordnen zu können, empfiehlt sich zunächst ein Blick auf den *Charakter* und den tatbestandlichen *Aufbau* des *räuberischen Diebstahls* (I). Bei der Frage nach der Anwendbarkeit etwaiger *Raubqualifizierungen* (§§ 250, 251) sind auch diese selbst in ihren wesentlichen Kriterien vorzustellen (II). Schließlich wird noch auf einige *Konkurrenz*probleme einzugehen sein (III).

1 **I. Charakter und Aufbau des räuberischen Diebstahls (§ 252).**

Ähnlich dem Raub ist auch der sog. räuberische Diebstahl aus Nötigungs- und Diebstahlselementen zusammengesetzt, freilich in zeitlich umgekehrter Reihenfolge: Während der Räuber nötigt, um eine Sache zu *erlangen,* nötigt der Täter des § 252, um eine bereits erlangte Sache zu *behalten:* also nicht Erlangung sondern *Verteidigung der Diebesbeute mit Raubmitteln.* Schon wegen des strukturellen Unterschieds handelt es sich bei § 252 nicht bloß um eine Qualifizierung des Diebstahls (so noch Welzel § 49 III) oder Raubes, sondern um ein räuberisches **Sonderdelikt** (h. M.: vgl. S/S-Eser § 252 Rn. 1 m. w. N.), das jedoch hinsichtlich seiner Straffolge dem Raub gleichgestellt ist; denn der Täter des § 252 ist ‚gleich einem Räuber zu bestrafen'. Daraus ergeben sich auch für den Anwendungsbereich des § 252 noch gewisse Konsequenzen. Im einzelnen sind für den TB-Aufbau folgende Elemente wesentlich:

2 **1. „Diebstahl" als Vortat.** Diese Frage stand im Mittelpunkt der vorliegenden Entscheidung; denn da das Gesetz nur von ‚Diebstahl' spricht, dessen Beute verteidigt werden soll, war zweifelhaft, ob auch (wie hier) ein *Raub* Vortat sein könnte (E 4):

3 – Den engeren Standpunkt: *nur Diebstahl i. S. von § 242* als geeignete Vortat, hatte in Übereinstimmung mit der damaligen h. L. (Frank, Olshausen) noch die bei E 6 referierte RG-Entscheidung vertreten, und zwar aus Konkurrenzerwägungen, die jedoch heute nicht mehr durchschlagen (so zutr. E 7).

4 – Dagegen läßt die heute h. M. *jede Vortat* genügen, in welcher der *Diebstahls*TB enthalten ist; und das trifft auch für den hier infrage stehenden Raub zu (E 9; Herdegen LK § 252 Rn. 5 m. w. N.).

5 – Aber: können dementsprechend auch *privilegierte* Diebstähle taugliche Vortat von § 252 sein? Der BGH hat auch dies inzidenter bejaht (E 8), so daß auch der ‚Familiendieb' (§ 247) oder der Entwender geringwertiger Sachen (§ 248a) ebenso wie früher der ‚Mundräuber' (§ 370 I Nr. 5 a. F.) „gleich einem Räuber" zu bestrafen sind (schon bisland h. M.: vgl. Herdegen LK § 252 Rn. 4 m. w. N.). Die dagegen in der 1. Aufl. erhobenen Einwände schlagen nicht mehr durch, nachdem es sich bei den §§ 247, 248a nicht mehr um echte PrivilegierungsTBe handelt (vgl. Nr. 7 A 68f sowie Krey II Fall 33, S/S-Eser § 252 Rn. 3 m. w. N.).

6 – Soweit es um Raub als Vortat geht, tritt zu dem strukturellen Argument (A 4) aber auch noch ein *kriminalpolitisches:* Könnte nämlich der Raub keine taugliche Vortat sein, so wäre die Verteidigung der Raubbeute mit den qualifizierten Mitteln der §§ 250, 251 allenfalls nach §§ 223, 240 strafbar, während der mit gleichen Mitteln seine Beute

A verteidigende Dieb mit Bestrafung nach § 252 i. V. m. §§ 250, 251 zu rechnen hätte (vgl. A 43f) – ein in der Tat unerträgliches Ergebnis (E 5; vgl. aber auch Arzt III K III 1c).

7 **2. Der zeitliche Anwendungsbereich von § 252.** Dabei geht es um die Frage, wie weit zu dem Zeitpunkt, in dem der Täter zu Gewaltmitteln greift, die Vortat gediehen sein muß bzw. darf, damit § 252 bereits bzw. noch anwendbar ist. Auch zu dieser – bei E 2, 3 angesprochenen – Frage nach dem *Verwirklichungsgrad der Vortat* gibt der Wortlaut von § 252 selbst wenig her. Da jedoch einerseits der Täter die Beute, um sie verteidigen zu können, bereits erlangt haben und andererseits noch „auf frischer Tat" betroffen sein muß, lassen sich dem Gesetz zumindest die zeitlichen ‚Eckwerte' entnehmen: § 252 setzt frühestens dann ein, wenn die Vortat durch Wegnahme *vollendet* ist, und endet spätestens dort, wo sich der Täter zeitlich oder örtlich bereits so weit entfernt hat, daß bei seinem Betroffenenwerden die *Vortat nicht mehr „frisch"* ist. Das ist in zweifacher Hinsicht von Bedeutung:

8 a) Demnach bildet die **Vollendung der Wegnahme** die maßgebliche **Grenze zwischen Raub und räuberischem Diebstahl.** Denn solange der Täter Gewaltmittel noch zur *Erlangung* der Sache einsetzt und somit die Nötigung noch zur Vollendung der Wegnahme dient, ist er noch nach § 249 und nicht schon nach § 252 strafbar (so schon seit längerem die h. L.: Herdegen LK 6, S/S-Eser 3, je zu § 252 m. w. N.). Hätte also im vorliegenden Fall der A die S noch vor Verlassen des Zimmers mit dem Meißel geschlagen, wäre er bereits dafür wegen schweren Raubes nach §§ 249, 250 I Nr. 1 zu bestrafen. Das nachherige nochmalige Schlagen zur Verteidigung der Beute würde zwar auch den § 252 erfüllen; doch würde dieser hinter § 249 zurücktreten (A 41f).

9 Diese Grenzziehung ist nunmehr auch vom BGH wiederum klar anerkannt. Zwischenzeitlich schien es jedoch, als ob er erst bei *Beendigung* der Wegnahme die entscheidende Zäsur zwischen § 249 und § 252 ziehen wolle; dies glaubte man dem bei E 3 angesprochenen *Kartoffelkeller-Fall* **BGHSt 20, 194** entnehmen zu können:

> Dort hatte der A ein älteres Bauernehepaar, von dem er angeblich Kartoffeln kaufen wollte, im Keller eingeschlossen und darauf das Schlafzimmer nach Geld durchsucht. Als er mit einer größeren Beute an Bargeld verschwinden wollte, traten ihm auf dem Flur die alten Leute entgegen, die sich inzwischen befreit hatten und ihn arglos fragten, weshalb er sie eingesperrt habe. Nun zog A plötzlich einen Spielzeugrevolver, mit dem er seine Opfer ursprünglich nur einschüchtern wollte, und schlug damit auf diese ein. Darauf gelang ihm die Flucht. – Dafür war A wegen schweren Raubes nach § 250 I Nr. 1 (Beisichführen einer Waffe) für schuldig befunden worden. Zu Recht? Oder wäre stattdessen bereits § 252 in Frage gekommen? Ohne auf letztere Frage überhaupt einzugehen, bestätigt der BGH die Verurteilung wegen schweren Raubes, wobei er jedoch ausdrücklich dahingestellt sein läßt, ob beim erstmaligen Ziehen der Spielzeugpistole der Raub bereits vollendet war; denn:
>
> **[196]** „Die Straftat war in diesem Zeitpunkt nämlich nicht *beendet.* Der A hatte die gewaltsame Wegnahme des fremden Geldes noch nicht abgeschlossen. Er befand sich noch in dem Hause der Beraubten und wollte gerade, das Anwesen verlassend, die soeben erlangte Herrschaft an dem Geld festigen und sichern und so seine Zueignungsabsicht weiter verwirklichen. Damit hatte er die Wegnahme der Geldscheine jedenfalls nicht beendet (BGHSt 4, 132/3; 6, 248/51). Während dieses Tatabschnittes benutzte der A aufgrund eines erst jetzt gefaßten Entschlusses die ... Kinderpistole zum Schlagen ... **[197]** ‚Bei Begehung der Tat' in § 250 I Nr. 1 [a. F.] bedeutet nicht, daß der Täter die Waffe von Anfang an bei sich führen müßte. Es genügt, daß er sie in irgendeinem Zeitpunkt während des *ganzen* Tathergangs derart bei sich hat, daß er sich ihrer jederzeit bedienen kann ... Unter Tathergang ist dabei nicht nur die Verwirklichung der Tatbestandsmerkmale bis zur Vollendung des Raubes, sondern das ganze Geschehen bis zu dessen tatsächlicher Beendigung zu verstehen."

10 Aus dieser Begründung glaubte man schließen zu können, daß für § 252 nicht schon bei Vollendung sondern erst mit *Beendigung* der Vortat Raum sei (so Dreher MDR 1976, 529). Zwar hätte dies einerseits positiv zur Folge, daß der Einsatz von Raubmitteln weitgehend nach § 249 erfaßt und dementsprechend die sonst zu befürchtende Lücke (A 6) geschlossen wäre. Aber bliebe damit für § 252 praktisch überhaupt noch Raum, wenn er mit Beendigung der Vortat überhaupt erst einsetzen könnte, jedoch mit dem Betroffenwerden auf frischer Tat bereits wieder zu enden hat und diese beiden Zeitpunkte idR zusammenfallen werden (vgl. A 15b, 16b)? Schon deshalb hat diese Grenzziehung allgemeine Ablehnung erfahren (vgl. Lackner, Samson SK, je Rn. 3 zu § 252). Genau besehen ging es jedoch dem BGH im Kartoffelkeller-Fall weniger um die Grenzziehung zwischen § 249 und § 252 als vielmehr um den zeitlichen Rahmen, innerhalb dessen die Raubqualifizierungen der §§ 250, 251 noch eingreifen können.

A 10a Dies ist nunmehr im *Gewinndieb-Fall* **BGHSt 28, 224** klargestellt: Zwar kam es dort eigentlich nur darauf an, ob im Zeitpunkt der Gewaltanwendung die Tat noch als „frisch" anzusehen war (vgl. A 14). Zuvor jedoch wird gegenüber Dreher, der § 252 erst mit Beendigung der Vortat eingreifen lassen will (A 10) eingewandt, damit werde dem Umstand nicht ausreichend Rechnung getragen, **[226]** „daß der Raubtatbestand die Anwendung von Gewalt (oder bestimmt gearteter Drohungen) als *Mittel* der Wegnahme voraussetzt (Eser in Schönke/Schröder, StGB 19. Aufl. § 252 Rn. 3). Zwar ist das Mitführen einer Waffe i. S. des § 244 I Nr. 1, 2 auch noch nach Vollendung, aber vor Beendigung der Tat ein Mitführen *beim* Diebstahl, weil in diesem Stadium der Ausführung die Tat noch nicht endgültig abgeschlossen ist. Dagegen kann die Anwendung von Gewalt nach Vollendung der Wegnahme – etwa durch Einsatz einer mitgeführten Waffe – nicht mehr als deren Mittel angesehen werden, weil die Wegnahme ja schon vorher vollendet war und lediglich die *Sicherung* des bereits gewonnenen Gewahrsams noch aussteht. Auf BGHSt 20, 194 kann sich die Gegenansicht nicht berufen. In dem dort entschiedenen Fall hat der 1. StS das Mitführen einer Waffe nach Vollendung und vor Beendigung des Raubes als die Tat zum schweren Raub qualifizierenden Umstand anerkannt. Dem entspricht auch BGHSt 22, 227, in dem der 4. StS eine räuberische Erpressung, die auf einem nichtöffentlichen Weg vollendet und auf öffentlicher Straße beendet wurde, als schwere räuberische Erpressung nach §§ 253, 255, 250 I Nr. 3 a. F. gewürdigt hat."

Danach sind *zwei Fallgruppen* zu unterscheiden:

11 – Wenn die Wegnahme *zunächst ohne Raubmittel* erfolgt, der Täter jedoch im weiteren Verlauf zu Gewalt oder Drohung übergeht, wird die Tat zum Raub, solange die Gewalt noch zur Vollendung der Wegnahme dient. Wird die Nötigung dagegen erst zur Verteidigung der bereits vollendeten Wegnahme eingesetzt, kommt nur noch § 252 zum Zuge.

12 – Falls dagegen bereits die Wegnahme *mit* (zunächst noch nicht qualifizierten) *Raubmitteln* erfolgt und dann zu qualifizierter Gewalt oder Drohung i. S. der §§ 250, 251 gegriffen wird, spielt der Zeitpunkt der Wegnahmevollendung keine Rolle mehr; denn wenn bereits die Ausgangstat einen Raub darstellt (wie im Kartoffelkeller-Fall durch Einsperren des Opfers: A 9), steht nach allgemeinen Grundsätzen in der Tat nichts entgegen, etwaige Qualifizierungen (wie dort das Einsetzen einer Waffe) bis zur Tatbeendigung eingreifen zu lassen (vgl. Nr. 7 A 49). Auch würde dies nicht ausschließen, § 252 bereits nach Vollendung der Raub-Vortat eingreifen, dann aber aus Konkurrenzgründen zurücktreten zu lassen (so wohl auch Herdegen LK § 252 Rn. 5; vgl. auch unten A 40).

13 – Konsequenz für den vorliegenden Fall? Da der BGH mit Ergreifen der Schreckschußpistole die Raubvortat (zu Recht?) bereits als beendet ansah, konnte er den Streit um BGHSt 20, 194 dahingestellt sein lassen; denn auf dieser tatsächlichen Basis war nach jeder denkbaren Auffassung das Tor für § 252 offen.

14 b) Andererseits muß der Täter noch **„auf frischer Tat betroffen"** werden. Wird also die Beute erst zu einem Zeitpunkt oder an einem Ort, wo die Tat nicht mehr „frisch" ist, mit Raubmitteln verteidigt, so sind mit der Beutesicherung verbundene Nötigungen oder Verletzungen allenfalls nach § 240 bzw. §§ 211, 223 ff erfaßbar.

15 Um diese Grenzziehung ging es auch bei dem bereits (bei A 10a) erwähnten *Gewinndieb-Fall* **BGHSt 28, 224,** wo der A beobachtet hatte, daß B in einem Spielclub eine größere Menge Geld gewonnen hatte: Unter dem Vorwand, ihn von Stuttgart nach Hamm zu bringen, lockte A den B in seinen Pkw und nutzte das Aussteigen des B an einer Autobahntankstelle, um diesem aus seiner Jackentasche die Brieftasche mit 15000 DM zu entwenden und in seine eigene Gesäßtasche zu stecken. Um danach den Bestohlenen so schnell wie möglich „aus dem Wagen zu bekommen", verließ er nach weiteren 50 km die Autobahn und suchte immer einsamere Wege. Als der darauf immer ängstlicher werdende B fragte, ob A ihn töten wolle, fürchtete dieser, daß B nunmehr sogleich den Verlust seines Geldes bemerken werde. Um zu verhindern, daß B ihn zur Rede stellen oder Hilfe herbeiholen könnte, schlug er auf ihn ein, würgte ihn und stieß ihn schließlich aus dem Wagen. Zu der Frage, ob im Zeitpunkt der Gewaltanwendung der A, obwohl sein Diebstahl von B noch nicht bemerkt worden war, bereits bei der Tat „betroffen" war und trotz der inzwischen zurückgelegten weiteren 50 km die Tat noch „frisch" war, kommt der BGH – entgegen dem LG – zu einem verneinenden Ergebnis:

15a **[227]** „Das LG hält dieses Merkmal mit Rücksicht auf BGHSt 26, 95 für gegeben, wonach auf frischer Tat auch der Dieb betroffen wird, der durch schnelles Zuschlagen dem Bemerktwerden zuvorkommt. Jene Entscheidung läßt sich jedoch auf den hier zu beurteilenden SV nicht übertragen. Sie betraf einen Fall, in dem der Diebstahl in den Räumen der Bestohlenen bereits vollendet war, als diese ihre Wohnung betrat. [Dort wurde] das ‚raumzeitliche Zusammentreffen einer Person mit dem Dieb' als von dem Sinn des Wortes ‚betreffen' gedeckt angesehen und auf das bis dahin allgemein für erforderlich erachtete

A Gesehenwerden oder doch wenigstens Gehörtwerden des Diebes verzichtet... [Demgegenüber ist hier] das Opfer nicht hinzugekommen, als der Dieb seine Tat ausgeführt hatte, sondern ist um Sachen, die es am Leibe trug, bestohlen worden und war anschließend bis zur Gewaltanwendung gegen ihn immer mit dem Dieb zusammen. Bei einer solchen Fallgestaltung kann von einem ‚Betreffen' auf frischer Tat als ‚raumzeitliches Zusammentreffen' nicht mehr die Rede sein"...

15b **[228]** Zudem war die Tat „im Augenblick der Anwendung von Gewalt durch den A nicht mehr ‚frisch'. Wie lange der Diebstahl seinen Charakter als ‚frische Tat' behält, ist in Rspr. und Schrifttum nicht eindeutig geklärt. Einerseits wird von der h.M. vorausgesetzt, daß der Täter sich alsbald nach Vollendung der Tat am Tatort oder doch in dessen Nähe aufhält (RGSt 73, 343, 345; BGHSt 26, 95; Dreher/Tröndle § 252 Rn. 5, Samson SK § 252 Rn. 4; Eser in Schönke/Schröder, StGB 19. Aufl., § 252 Rn. 4; Baldus in LK 9. Aufl., § 252 Rn. 8; OLG Oldenburg HESt 2, 312). Andererseits wird hierzu vielfach auch auf BGHSt 9, 255, 257 Bezug genommen, die einen solchen engen räumlichen und zeitlichen Zusammenhang zwar für die Anwendung des § 252 genügend erklärte, aber die vom OLG Celle (HESt 1, 12) bejahte Frage ausdrücklich unentschieden ließ, ob nicht der Diebstahl im gesamten Zeitraum zwischen seiner Vollendung und seiner Beendigung als ‚frische Tat' anzusehen sei. **[229]** Es trifft zwar zu, daß die Beendigung des ganzen Unternehmens noch aussteht, solange die Tat noch frisch ist; das bedeutet aber nicht auch umgekehrt, daß die Tat frisch ist, solange die Beendigung des Diebstahls noch fehlt. Das zeigt sich deutlich an einem Fall wie dem vorliegenden, in dem zwischen der Wegnahme des Diebesguts und der Gewaltanwendung eine lange Zeit vergangen und eine große Entfernung überbrückt worden ist. Es ließe sich leicht eine Fallgestaltung denken, bei welcher der zeitliche und räumliche Abstand zwischen Diebstahl und Gewaltanwendung noch weit größer wird, ohne daß der Täter zuvor den an dem Diebesgut erlangten Gewahrsam i.S. der Beendigung gesichert hätte. Da sich der Begriff der ‚Frische' nicht auf das gesamte mit der Schädigung des Opfers zusammenhängende Geschehen, sondern nur auf den Diebstahl bezieht, muß er deshalb bereits vor dessen Beendigung wegen Zeitablaufs unanwendbar werden können. Es ist aus diesem Grunde Baldus (LK 9. Aufl. § 252 Rn. 5) zu folgen, der die Beendigung des Diebstahls lediglich als zeitliche Grenze ansieht, jenseits derer der Täter nicht mehr ‚auf frischer Tat' betroffen wird; meist höre die Tat schon auf, eine ‚frische' zu sein, bevor die Beute gesichert ist. Der Umstand, daß der A den Diebstahl noch nicht beendet hatte, als er den Bestohlenen tätlich angriff, könnte daher ... noch nicht die Anwendung des § 252 rechtfertigen.

15c Der maßgebende Zeitpunkt, bis zu dem die Tat ‚frisch' ... bleibt, hängt von den Umständen des Einzelfalles ab (BGHSt 9, 255, 257). Der Senat ist der Meinung, daß der in Rechtsprechung und Lehre verwendete Begriff des engen zeitlichen und räumlichen Zusammenhangs mit dem Diebstahl den Zeitraum, in dem der Täter betroffen sein muß, damit § 252 angewendet werden kann, hinreichend sicher bestimmt. Wollte man ... das Fortbestehen der ‚eigentlichen Tatsituation', hier der zum Diebstahl ausgenutzten gemeinsamen **[230]** Autofahrt, für die Annahme des Tatbestandsmerkmals ‚frische Tat' genügen lassen, so geriete man in einen von den anerkannten Auslegungsgrundsätzen nicht mehr gedeckten Gegensatz zum Wortsinn dieses Begriffs. Wie schon dargelegt, kann sich die Tatsituation, wie sie hier nach dem Diebstahl gegeben war, über einen langen Zeitraum hinziehen und zu einer großen Entfernung des – vom Opfer begleiteten – Täters vom Tatort führen. Von einer ‚frischen Tat' könnte dann, da sich der Begriff immer gerade auf den Diebstahl beziehen muß, nicht mehr die Rede sein. Der Umstand, daß Täter und Opfer im vorliegenden Fall nach dem Diebstahl zusammenblieben, ist daher nicht geeignet, dem Begriff der ‚frischen Tat' hier einen besonderen Inhalt zu geben. Es muß vielmehr auch unter solchen Umständen dabei bleiben, daß räuberischer Diebstahl nur dann vorliegen kann, wenn der Täter alsbald nach der Tat am Tatort oder in dessen Nähe Nötigungsmittel einsetzt." – Demzufolge wurde i.E. § 252 verneint, um stattdessen § 242 mit tatmehrheitlich nachfolgendem § 240 anzunehmen. Wäre aber dann nicht zumindest noch § 255 zu erwägen gewesen? Dazu Seier JuS 1979, 338, NJW 1981, 2152.

16 Was ist von diesen Abgrenzungsversuchen des BGH zu halten? Bei dem an sich verständlichen Bemühen, den Ausuferungen des § 252 wiederum gewisse Konturen zu verleihen, dürfte er in Einzelpunkten die Grenzlinie zu eng gezogen haben:

16a aa) Für das **„Betroffensein"** kommt es nach h.M. lediglich darauf an, daß der Täter von einem anderen – und zwar gleich, ob vom Diebstahlopfer oder einem Dritten – bei seiner Tat sinnlich wahrgenommen, insbes. gesehen oder auch nur gehört wird: wie etwa durch ein verdächtiges Geräusch im Gebüsch (vgl. Lackner § 252 Anm. 4, Schünemann JA 1980, 398). Auch braucht dabei nicht einmal der Diebstahlscharakter der Tat erkannt zu sein, sofern nur der verdächtige Vorgang für einen objektiven Betrachter den Schluß zuläßt, daß ein strafbares Verhalten unmittelbar bevorsteht, im Gange ist oder gerade abgeschlossen wurde (Schnarr JR 1979, 315f). Auch kann es dabei – entgegen dem BGH bei A 15a – keinen Unterschied machen, ob die den Täter „antreffende"

A Person erst hinzukommt oder sich bereits am Tatort befindet. Deshalb wäre im Gewinndieb-Fall keinesfalls das „Betreffen" zu verneinen gewesen, nachdem der B spätestens im Zeitpunkt seiner aufkommenden Angst mit einem deliktischen Angriff des A rechnete (Schnarr aaO; insoweit ebenso D-Tröndle § 252 Rn. 5, Geilen Jura 1980, 43). Darüber hinaus kann der Täter schon dann als „betroffen" gelten, wenn er – wie in dem bei A 15a erwähnten Übertölpelungs-Fall BGHSt 26, 95 – dem unmittelbar bevorstehenden Bemerktwerden durch schnelles Zuschlagen zuvorkommen will (ebenso Herdegen LK 12, Lackner 4, je zu § 252, Wessels II/2 § 9 I 2c; anders D-Tröndle aaO, Fezer JZ 1975, 609, Samson SK § 252 Rn. 5); denn „betroffen" ist der Täter bereits dann, wenn er sich einer Person gegenüber weiß, die ihm sofort entgegentreten und keinen ungehinderten Ausweg lassen wird.

16b bb) **„Frisch"**, ist die Tat solange, als im Zeitpunkt der Wahrnehmung noch ein enger – sowohl örtlicher wie zeitlicher – Zusammenhang mit der Wegnahme besteht (h. M.: vgl. die Nachw. bei A 15b). Das setzt einerseits nicht unbedingt voraus, daß der Täter noch am Tatort selbst betroffen wird, ebenso wie anderseits die „Tatfrische" nicht unbedingt bis zur Tatbeendigung andauert; insofern verdient der BGH im Gewinndieb-Fall (A 15b) grundsätzlich Zustimmung. Ebenso ist aber umgekehrt – insoweit entgegen dem BGH aaO – die Beendigung auch nicht unbedingt die äußerste Grenze der „Tatfrische"; denn wie gerade im vorliegenden Kleiderversteck-Fall kam noch § 252 in Betracht, obgleich die Wegnahme bereits als beendet galt (ebenso Lackner § 252 Anm. 4). Deshalb wäre richtigerweise auf das – vom BGH bei A 15c abgelehnte – „Fortbestehen der eigentlichen Tatsituation" abzuheben, wonach es weniger auf die Zahl der zwischenzeitlich zurückgelegten km als vielmehr darauf ankommt, daß sich der Täter noch vergleichsweise zeitnah im sozialen Raum der Tatbegehung befindet. Im Sinne eines solchen „fliegenden Tatorts" (Schnarr JA 1979, 317) aber wäre im Gewinndieb-Fall im Zeitpunkt der Gewaltanwendung durchaus noch Tatfrische annehmbar gewesen.

16c *Zwischenergebnis für den vorliegenden Fall?* Da sich die S dem A unmittelbar nach Beendigung der Wegnahme noch im gleichen Haus dem A entgegenstellte, kann am „Betreffen auf frischer Tat" kein Zweifel sein. – Während die bis hierher erörterten Kriterien mit der Vortat und ihrer Entdeckung, also mit dem *Wegnahme*element des § 252 zu tun hatten, beziehen sich die nachfolgenden auf das *Nötigungs*element:

17 3. *Tatmittel:* **Gewaltanwendung** gegen eine Person bzw. **Drohung** mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben.

a) Als *Gewalt* oder *Drohung* kommen hier die gleichen Formen wie bei Raub in Betracht (vgl. Nr. 8 A 5ff).

18 b) Entsprechendes gilt für das *Opfer* der Gewalt bzw. Drohung: Es kann sowohl der Eigentümer als auch der die Tat Entdeckende wie ein sonstiger Dritter sein; erforderlich, daß es sich um eine *schutzbereite Person* handelt, die zugunsten des Berechtigten eingreifen will. Daher wäre § 252 nur dann ausgeschlossen, wenn sich der Täter gegen die übermäßigen Beutegelüste eines Mittäters wehren wollte (Herdegen LK § 252 Rn. 15 m. N.).

19 c) Ebenso genügt hier – wie bei Raub – schon die *subjektive* Vorstellung des Täters, daß es sich bei dem Abgewehrten um eine schutzbereite Person handele (vgl. Nr. 8 A 24, Otto II § 46 II 2c, Schnarr JR 1979, 315).

20 4. In **subjektiver** Hinsicht reicht bereits („um zu") die **Absicht der Beuteerhaltung.** Diese Zielsetzung braucht zwar nicht das einzige Motiv zu sein; deshalb wäre § 252 nicht schon dadurch ausgeschlossen, daß der Täter neben der Sicherung der Beute auch seine Ergreifung verhindern will (Motivbündelung: vgl. Geldbörsen-Fall BGHSt 13, 64). Kommt es ihm dagegen allein auf die Vernichtung der Diebesbeute als belastendes Beweismaterial an, so bleibt nur Bestrafung wegen Nötigung in Verbindung mit der Vortat (Herdegen LK § 252 Rn. 17, S/S-Eser § 252 Rn. 7; zust. Samson SK § 252 Rn. 11; abw. Butter-Fall OLG Köln NJW 1967, 739 m. abl. Anm. Schröder S. 1335).

21 – Ob der Täter dagegen mit seiner Verteidigung auch *Erfolg* hat, ist *unerheblich*, da es allein auf die Absicht ankommt.

22 *Zwischenergebnis:* Da A alle diese Kriterien in eigener Person erfüllt hat, ist § 252 verwirklicht. – Über die zum Teil recht schwierigen *Täterschafts-* und *Teilnahmeprobleme* bei Beteiligung verschiedener Personen an der Vortat einerseits und der Beutesicherung andererseits instruktiv der Zigeuner-Fall BGHSt 6, 248; eingehend dazu Blei II § 58 IV, S/S-Eser § 252 Rn. 9ff.

A 23 **II. Qualifizierungen nach §§ 250, 251.**

Frage: Inwieweit könnte dem Umstand, daß A zur Verteidigung seiner Beute nicht nur seine Fäuste, sondern auch Schreckschußpistole und Meißel einsetzte und dabei sogar tödliche Verletzungen der S in Kauf nahm, strafschärfende Bedeutung zukommen?

23a **A. Strafschärfungen** bei Raub finden sich in dreifacher Hinsicht:
– bei besonders *gefährlichen* Tat*modalitäten:* „schwerer Raub" nach § 250 (unten B);
– bei besonders *schweren* Tat*folgen:* „Raub mit Todesfolge" nach § 251 (unten C);
– bei bestimmten *Vorbereitungs*handlungen: so bei „räuberischem Angriff auf Kraftfahrer" nach § 316a (vgl. Nr. 16 E 15, A 67). Insoweit handelt es sich um einen (zumindest auch) dem Schutz der Verkehrssicherheit dienenden SonderTB gegen räuberische Unternehmungen im Straßenverkehr; zu Einzelheiten vgl. M-Schroeder II/1 § 36 IV, S/S-Cramer § 316a Rn. 1ff.

23b *Vorliegend* kommen allenfalls die Raubqualifizierungen nach §§ 250, 251 in Betracht. Zwar sind diese – da an § 249 ausgerichtet – primär auf die Gewahrsams*erlangung* abgestellt. Jedoch kommen auch bei *Verteidigung* der erlangten Beute (§ 252) mit qualifizierter Gewalt die §§ 250, 251 zum Zuge, da der räuberische Dieb „gleich einem Räuber zu bestrafen" ist. Von dieser h.M. (Herdegen LK § 252 Rn. 3 m.w.N.) ist vorliegend auch der BGH stillschweigend ausgegangen (E 5, 10). Für die einzelnen Raubqualifizierungen ist folgendes wesentlich:

24 **B. Schwerer Raub** (§ 250). Strukturell handelt es sich bei diesen Strafschärfungsgründen nicht um bloße Strafzumessungsregeln, sondern – ebenso wie bei § 244 – um abschließende *Qualifizierungs*TBe. Auch inhaltlich entsprechen sie denen bei Diebstahl (abgesehen davon, daß die Todes- oder Körperverletzungsgefahr nach Nr. 3 bei § 244 keine Parallele hat). Dies spricht für eine grundsätzlich gleichartige Auslegung der gemeinsamen Diebstahls- und Raubqualifizierungen (vgl. Küper NJW 1972, 1059f, Blei JA 1974, 55f, aber auch Eser JZ 1981, 762ff, Schünemann JA 1980, 353ff). Nach den im Mittagsbanden-Fall Nr. 7 A 44ff zu § 244 entwickelten Grundsätzen ist daher auch hier folgendes zu beachten:

25 **1. Raub mit Schußwaffen** (§ 250 I **Nr. 1**) setzt das Beisichführen einer einsatzfähigen Schußwaffe im technischen Sinne voraus, *ohne* daß aber dafür eine subjektive *Gebrauchsabsicht* nachzuweisen wäre.

26 2. Für **Raub mit sonstigen Waffen** (**Nr. 2**) genügt an sich jedes Werkzeug, das als Gewalt- oder Drohungsmittel geeignet ist. Doch ebensowenig wie bei § 244 reicht dafür nicht schon eine nur gefährlich erscheinende Waffe (Spielzeugpistole, Waffenattrappe (vgl. Nr. 7 A 52ff); vielmehr muß die Waffe *objektiv geeignet* sein, eine Gefahr für Leib oder Leben des Opfers zu schaffen (h.L.: eingehend Eser JZ 1981, 761ff m.w.N.; ebenso LG Hamburg NJW 1977, 1931 im Pistolenattrappe-Fall). Demgegenüber will der BGH auch eine bloße „Scheinwaffe' genügen lassen (NJW 1976, 248, NStZ 1981, 436 m. Anm. Küper NStZ 1982, 82); doch soll dies immerhin zugleich ein „minder schwerer Fall" i.S. von § 250 II sein (BGH StV 1981, 68; JZ 1982, 868 m. Anm. Hettinger JZ 1982, 849; allg. dazu Eser aaO 821ff).

27 – Zudem muß bei Nr. 2 die Waffe *subjektiv in Gebrauchsabsicht* mitgeführt werden. Dafür genügt jedoch der bereits beabsichtigte Einsatz der Waffe als *Einschüchterungsmittel.* Das bedeutet, daß sie nicht unbedingt zur Gewaltanwendung dienen muß, sondern auch zur Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben eingesetzt werden kann (vgl. Fleischgabel-Fall BGH NJW 1972, 731 m. insoweit zust. Anm. Schröder).

28 *Konsequenz* für den vorliegenden Kleiderversteck-Fall? Da es sich jedenfalls bei dem Meißel um ein objektiv gefährliches Werkzeug handelt, wäre auch nach jetzigem Recht ein schwerer Raub nach § 250 Nr. 2 erfüllt.

29 3. Die Qualifizierung als **Raub mit Todes- oder Körperverletzungsgefahr** (**Nr. 3**) kommt in Betracht, wenn der Täter oder ein anderer Beteiligter am Raube durch die Tat einen anderen in die (konkrete) Gefahr des Todes oder einer schweren Körperverletzung (§ 224: dazu StrafR III Nr. 8 A 7ff) bringt. Dieser „andere" muß nicht unbedingt der Genötigte bzw. der Gewahrsamsinhaber sein; vielmehr sind auch Dritte (wie etwa eine Geisel) mitgeschützt.

30 In *subjektiver* Hinsicht muß die Todes- bzw. Körperverletzungsgefahr vom *Vorsatz* umfaßt sein, da es sich dabei nicht um bloße Erfolgsqualifizierungen i.S. von § 18,

A sondern um ein der „lebensgefährdenden Behandlung" i. S. von § 223a vergleichbares TB-Element handelt (vgl. StrafR III Nr. 6 A 56 sowie S/S-Eser § 250 Rn. 24 m. w. N.).

31 4. Für den **Bandenraub** (Nr. 4) gilt Gleiches wie für den Bandendiebstahl nach § 244 (vgl. Nr. 7 A 58ff).

32 5. *Zwischenergebnis:* Von den Qualifizierungen des § 250 kommt vorliegend jedenfalls Waffenraub nach Nr. 2 (A 26ff), aber u. U. auch „lebensgefährdender" Raub nach Nr. 3 (A 29f) in Betracht. – Darüberhinaus bleibt allerdings noch die Tatsache zu berücksichtigen, daß A bei seinen Meißelschlägen den Tod der S in Kauf genommen hat. Das könnte zu einer noch schärferen Raubqualifizierung führen:

33 C. **Raub mit Todesfolge** (§ 251). Nachdem der frühere *„Raub mit Marterung"* durch das EGStGB ersatzlos gestrichen wurde, ist jetzt nur noch der Raub mit Todesfolge qualifiziert. Im Unterschied zu § 251 a F., wo die Todesfolge gerade auf die gegen das Opfer verübte *Gewalt rückführbar* sein mußte (vgl. Rentner-Fall BGHSt 22, 362), wird nunmehr auch der schon durch bloße *Drohung* verursachte Tod (z. B. wegen Schock des Opfers) erfaßt (D-Tröndle § 251 Rn. 2). Dagegen ist der lediglich durch die *Wegnahme* verursachte Tod (etwa durch Erfrieren des seiner Kleider beraubten Opfers) nur durch Tateinheit mit §§ 211f, 222 erfaßbar (näher S/S-Eser § 251 Rn. 4; and. Voraufl., Wessels II/2 § 8 II 1).

34 – Ebenso dürfte unerheblich sein, ob der Tod bereits im Zusammenhang mit der Gewahrsams*erlangung* oder erst bei der *Beutesicherung* herbeigeführt wurde (D-Tröndle § 251 Rn. 2; enger Blei JA 1974, 58; vgl. auch Geilen Jura 1979, 501f, Samson SK § 251 Rn. 6). Daher würde vorliegend der Annahme von § 251 nicht entgegenstehen, daß A seine lebensgefährlichen Meißelschläge erst zur Verteidigung seiner Beute eingesetzt hat.

35 – Doch scheitert vorliegend § 251 (und zwar sowohl in seiner früheren wie auch in seiner jetzigen Fassung) an einem anderen Kriterium: Da es sich um ein sog. *erfolgsqualifiziertes* Delikt handelt (allg. dazu StrafR III Nr. 8 A 5, 16ff, Nr. 9 A 1ff), kommt § 251 nur dann zur Anwendung, wenn die Todesfolge *objektiv* eingetreten ist. Ist dies nicht der Fall, so ist auch für die Annahme eines Versuchs kein Raum, und zwar nach richtiger Auffassung selbst dann nicht, wenn die qualifizierende Folge beabsichtigt war (vgl. StrafR III Nr. 8 A 28ff). Da im vorliegenden Fall die S am Leben blieb, kommt § 251 nicht zum Zuge.

36 – Wäre die S hingegen gestorben, so wäre diese Folge dem A selbst dann zurechenbar, wenn er sie nicht mit Eventualvorsatz in Kauf genommen hätte. Denn in *subjektiver* Hinsicht läßt § 251 **Leichtfertigkeit** genügen, ist aber damit immerhin strenger als bei sonstigen erfolgsqualifizierten Delikten i. S. von § 18. Andererseits wird § 251 nicht dadurch ausgeschlossen, daß der Tod sogar beabsichtigt war (so – entgegen BGHSt 26, 175 – zu Recht Geilen Jura 1979, 557 m. w. N.).

37 **III. Konkurrenzprobleme bei räuberischem Diebstahl.**

Im Ergebnis ist also der Einsatz von Schreckschußpistole und Meißel zur Beutesicherung nach § 250 I Nr. 2 erfaßbar. Doch stellt sich damit die Frage nach dem *Verhältnis*, in dem diese *Qualifizierung* zum *Raub* zwecks Gewahrsamserlangung einerseits bzw. zum *räuberischen Diebstahl* zwecks Beutesicherung andererseits steht. Der BGH würde den A letztlich nur wegen „schwerem räuberischen Diebstahl" (§§ 252, 250) unter Verdrängung von § 249 verurteilen (E 10). Ist dies richtig? Dazu empfiehlt sich ein Blick auf die Konkurrenzprobleme, die sich aus der besonderen Struktur und Rechtsfolgeverweisung des § 252 ergeben:

38 1. Aus der **Strafkoppelung** des § 252 an den § 249 (räuberischer Dieb „gleich einem Räuber" zu bestrafen) ergibt sich zumindest zweierlei: zum einen, daß die Strafdrohung dem § 249 zu entnehmen ist, zum anderen, daß die Qualifizierungen des Raubes (§§ 250, 251) auch dann noch anwendbar sind, wenn sie erst bei der Beutesicherung i. S. von § 252 verwirklicht werden (A 23). Soweit im Einzelfall sowohl § 250 wie auch § 251 verwirklicht ist, soll nach h. M. letztere durchwegs den ersteren verdrängen (Stellmesser-Fall BGHSt 21, 183; M-Schroeder II/1 § 36 II C 3); doch ist u. U. auch Idealkonkurrenz denkbar (vgl. S/S-Eser § 251 Rn. 10).

39 2. Aus der **Struktur** des § 252, der jeweils auf einer Vortat aufbaut und eine Kombination von Diebstahlssicherung durch Nötigung darstellt, wird zu entnehmen sein, daß *keinesfalls gleiche Unrechtselemente doppelt* in Ansatz gebracht werden dürfen. Dazu sind vor allem folgende Fallkonstellationen auseinanderzuhalten:

A a) Soweit die *Vortat* lediglich einen *einfachen Diebstahl* darstellt, muß dieser im nachfolgenden § 252 aufgehen, da sonst das Diebstahlselement doppelt in Ansatz gebracht wäre (h. M.). Etwaige Qualifizierungen nach § 244 können durch den nunmehr (abgesehen von Nr. 3) inhaltsgleichen § 250 erfaßt werden.

40 b) Soweit die *Vortat* einen *Raub* darstellt, würden ebenfalls das sowohl in § 249 als auch in § 252 enthaltene Diebstahlselement zweifach in Ansatz gebracht, wenn man nach beiden Bestimmungen bestrafen wollte. Welchem Tatbestand aber soll zur Vermeidung dieses Ergebnisses der Vorrang gebühren? Da man aus dem Rechtsfolgenverweis auf § 249 eine gewisse Subsidiarität des § 252 herauslesen kann, soll nach h. M. der räuberische Diebstahl im vorangehenden Raub aufgehen. Doch wäre jedenfalls die in der gewaltsamen Beutesicherung enthaltene Nötigung durch Idealkonkurrenz mit § 240 in Ansatz zu bringen (vgl. S/S-Eser § 252 Rn. 15).

41 c) Kontrovers sind hingegen die Fälle, in denen entweder die Raubvortat oder (wie vorliegend) die Beutesicherung unter *qualifizierenden Umständen* nach §§ 250, 251 erfolgte:

– Die h. L. würde auch in einem solchen Fall dem § 249 i. V. m. §§ 250, 251 den Vorrang einräumen (Herdegen LK § 252 Rn. 22). Dafür scheint in der Tat die Rechtsfolgeverweisung auf § 249 zu sprechen.

42 – Demgegenüber will der BGH differenzieren: War bereits die Raubvortat unter erschwerenden Kriterien der §§ 250, 251 begangen, so daß der Täter ohnehin bereits wegen schweren Raubes zu bestrafen ist, soll § 252 zurücktreten. Ist dagegen erst die *Beutesicherung* qualifiziert, so wird „auch der Raub als Vortat durch das Verbrechen nach § 252 aufgezehrt" (BGH GA 1969, 347/8). Das verdient Zustimmung, da sich hier das Schwergewicht des Unrechts auf die Nachtat verlagert hat (vgl. Samson SK § 252 Rn. 17, S/S-Eser § 250 Rn. 28).

43 3. Im **Ergebnis** wurde daher A zu Recht wegen „schweren räuberischen Diebstahls" (§§ 252, 250) verurteilt. In Idealkonkurrenz dazu steht – wegen bedingter Inkaufnahme des Todes der S – der Mordversuch (Tötung aus Habgier und zur Verdeckung einer anderen Straftat: §§ 211, 22). Die gleichzeitig verwirklichte zweifache gefährliche Körperverletzung (Würgen bzw. Schläge mit Schreckschußpistole und Meißel i. S. von § 223 a) hat der BGH in diesem Fall zu Recht für subsidiär erklärt (BGHSt 21, 265; 377/8).

Schrifttum: Zum **räuberischen Diebstahl** vgl. neben den Kommentaren zu § 252 *Arzt* III K III; *Blei* II § 58; *Krey* II § 3 III; *M-Schroeder* II/1 § 36 III; *Otto* II § 46 V; *Welzel* § 49 III; *Wessels* II/2 § 9 I. Zu **Einzelfragen** ferner: *Arndt,* Die Teilnahme am räuberischen Diebstahl, GA 1954, 269; *Bach,* Zur Problematik des räuberischen Diebstahls, MDR 1957, 402; *Dreher,* Die Malaise mit § 252 StGB, MDR 1976, 529; *ders.,* Im Gestrüpp des § 252 StGB, MDR 1979, 529; *Isenbeck,* Beendigung der Tat bei Raub und Diebstahl, NJW 1965, 2326; *Schnarr,* Kann ein Dieb von einem Ahnungslosen i. S. von § 252 StGB betroffen werden?, JR 1979, 315; *Seier,* Probleme der Abgrenzung und der Reichweite von Raub und räuberischem Diebstahl, NJW 1979, 726.

Zu den **Raubqualifizierungen** und ihrem **Verhältnis zu § 252** vgl. neben den Kommentaren zu §§ 250, 251 *Blei* II § 58 VI; *Krey* II § 3 II; *M-Schroeder* II/1 § 36 II B; *Otto* II § 46 III, IV; *Welzel* § 50 II; *Wessels* II/2 § 8. Zu **Einzelfragen** ferner: *Blei,* Die Neugestaltung der Raubtatbestände (EGStGB 1975), JA 1974, 55; *Braunsteffer,* Schwerer Raub gemäß § 250 I Nr. 2 StGB, NJW 1975, 623; *Eser,* „Scheinwaffe" und „Schwerer Raub", JZ 1981, 761, 821; *Küper,* Zum Raub mit einer „Scheinwaffe" (§ 250 I Nr. 2 StGB), JuS 1976, 645.

– **Speziell** zum *Kartoffelkeller-Fall* BGHSt 20, 194 (A 10) vgl. *Weber* JZ 1965, 418; zum *Mauer-Fall* BGHSt 9, 255 vgl. *Bindokat* NJW 1956, 1686, *Salger* MDR 1956, 690; zum *Rentner-Fall* BGHSt 22, 362 (A 33) vgl. *Maurach* JR 1970, 70.

Vermögensdelikte i. e. S. – Schutzgut – Vermögensbegriff – Schadensberechnung

BGHSt 16, 220: Zellwollhose-Fall

1 StR 606/60 vom 18. 7. 1961 = NJW 1961, 1876

SV **Sachverhalt:** Textilhändler A pries in der Zeitung reinwollene Gabardinehosen für 26 DM an und verkaufte zu diesem Preis eine solche Hose an einen Konkurrenten K unter der mündlich wiederholten Zusicherung, sie sei aus reiner Wolle. Tatsächlich bestand die Hose, wie er wußte, jedoch aus Zellwolle, war allerdings ihren – damals marktüblichen – Preis wert.

P **Zur Problemstellung:** In den Tatsacheninstanzen war A eines *Betruges* für schuldig befunden worden. Das OLG Stuttgart als RevG zweifelte jedoch, ob dem Käufer im Hinblick darauf, daß die Hose nach damaliger Preislage ihr Geld wert war, überhaupt ein Vermögensschaden i. S. von § 263 entstanden sei.

– Welche Kriterien könnten für den Vermögens*schaden* maßgeblich sein? Hängt dies vom zugrundegelegten *Vermögens*begriff ab? Wenn ja, wie wäre dieser zu bestimmen? Nach rein *rechtlichen* Gesichtspunkten? Oder nach *wirtschaftlichen* Maßstäben?

– Könnte vorliegend der Käufer – und zwar unabhängig vom Wert oder von der Verwendbarkeit der Hose für ihn – schon dadurch geschädigt sein, daß der Hose eine vom Verkäufer *zugesicherte Eigenschaft* (Reinwollgabardinequalität) fehlt, so wie dies OLG Köln in dem ähnlich gelagerten Teppich-Fall NJW 1959, 1980 angenommen hatte?

Der BGH trat der – einen Vermögensschaden verneinenden – Ansicht des OLG Stuttgart bei und führt dazu aus:

E 1 **Aus den Gründen: [221]** „1. In der Rechtsprechung steht fest: Der Betrug ist kein bloßes Vergehen gegen die Wahrheit und das Vertrauen im Geschäftsverkehr, sondern eine Vermögensstraftat. Nicht die Täuschung an und für sich, sondern die vermögensschädigende Täuschung ist strafbar (RGSt 74, 167/8; BGHSt 3, 99).

2 Vermögen ist die Summe aller geldwerten Güter nach Abzug der Verbindlichkeiten.

3 Vermögensschaden beim Betrug ist die Vermögensminderung infolge der Täuschung, also der Unterschied zwischen dem Wert des Vermögens vor und nach der Vermögensverfügung des Getäuschten (RGSt 16, 1/3). Beim Betrug durch Abschluß eines Vertrages, wie er hier in Rede steht, ergibt ein Vergleich der Vermögenslage vor und nach dem Vertragsschluß, ob ein Vermögensschaden eingetreten ist. Zu vergleichen sind demnach die beiderseitigen Vertragsverpflichtungen (RGSt 73, 382; BGH bei Dallinger MDR 1952, 408/9). Nur wenn der Anspruch auf die Leistung des Täuschenden in seinem Wert hinter der Verpflichtung zur Gegenleistung des Getäuschten zurückbleibt, ist dieser geschädigt. Entsprechen sich die beiden Werte, dann ist sein Vermögen nur in den Bestandteilen verändert, im Werte aber ausgeglichen (RGSt 28, 310; BGHSt 3, 99).

4 Der Wert eines Vermögens bemißt sich nicht nach der persönlichen **[222]** Einschätzung seines Inhabers (RGSt 73, 382; 76, 49; BGH MDR 1952, 408/9). Da es in seinen Bestandteilen ständigem Wechsel unterworfen ist, insbesondere auch solchem rechtsgeschäftlicher Art, beeinflußt es seinen Wert maßgeblich, wie ihn andere einschätzen, im Handel, im Gewerbe oder sonst im Rechtsverkehr. Mindestens für Umlaufvermögen, wie es hier in Betracht kommt, gilt, daß es nicht den verlangten, gebotenen oder vereinbarten, sondern den nachhaltig erzielbaren Preis wert ist. Solche allgemeineren Maßstäbe bestimmen daher auch die Antwort auf die Frage, ob jemand durch einen Vertrag betrügerisch an

5 seinem Vermögen geschädigt ist. Freilich entscheiden sie nicht allein. Nicht jeder Vermögensgegenstand hat gleichen Wert für jedermann. Vor allem kann der Gebrauchswert je nach den Lebensverhältnissen des einzelnen verschieden sein. Was für den einen von hohem Nutzen und dementsprechend wertvoll ist, kann für den anderen unbrauchbar und wertlos oder doch im Werte herabgesetzt sein. Solche besonderen Umstände darf die Bewertung gerechterweise nicht außer acht lassen. Daher kann der Käufer einer Sache, sofern Umstände dieser Art gegeben sind, trotz Gleichwertigkeit von Leistung und

6 Gegenleistung geschädigt sein. Auch dabei entscheidet jedoch nicht die persönliche Einschätzung des Betroffenen, sondern das vernünftige Urteil eines unbeteiligten Dritten (RGSt 16, 1/7 ff; 76, 49; BGHSt 3, 99; BGH LM § 263 Nr. 24 u. 50).

7 An diesen Rechtsgrundsätzen hält der Senat fest. Danach wird zwar regelmäßig betrügerisch geschädigt sein, wer eine Sache auf die falsche Zusicherung einer bestimmten Eigenschaft hin käuflich erwirbt. Denn gewöhnlich wird die Sache, wenn ihr die zugesi-

E cherte Eigenschaft fehlt, in ihrer Brauchbarkeit und demgemäß in ihrem wirtschaftlichen Wert für ihn gemindert oder gar unverwendbar und deshalb überhaupt wertlos sein. Das kann selbst dann zutreffen, wenn **[223]** die Sache in ihrer tatsächlichen Beschaffenheit, ohne die zugesicherte Eigenschaft, ihren Preis wert ist. Dann müssen aber besondere Gründe für eine solche Annahme gegeben sein. Schlechthin und unter allen Umständen, allein deswegen, weil der gekauften Sache eine vom Verkäufer betrügerisch zugesicherte Eigenschaft fehlt, kann der Käufer nicht als geschädigt angesehen werden, sofern die Sache ohne die zugesicherte Eigenschaft einen Wert hat, der dem Kaufpreis entspricht. In solchen Fällen besteht auch – unter dem Gesichtspunkt des Betruges – kein Strafbedürfnis, sei es, daß (wie hier) in anderer Weise hinreichender Strafschutz besteht, sei es, daß schon bürgerlich-rechtliche Regeln (§§ 123, 459II BGB) den Getäuschten ausrei-

8 chend sichern. Der Vorlegungsfall ist ein Beispiel dafür. Dem Käufer war es hier gerade darum zu tun, die Hose in ihrer tatsächlichen Beschaffenheit, ohne die zugesicherte Eigenschaft zu erwerben. Sonst wäre sein Vorhaben mißlungen, den A des unlauteren Wettbewerbs zu überführen.

9 2. Die Ansicht des OLG Köln [NJW 1959, 1980] läuft auf eine Änderung des Straftatbestandes des § 263 hinaus. Sie deutet das Merkmal der betrügerischen Vermögensschädigungen in die Vereitelung einer Vermögensvermehrung um. Wie RG und BGH stets betont haben, genügt es jedoch für § 263 nicht, daß sich der Käufer durch die Täuschung um den erwarteten Vorteil gebracht sieht. Vielmehr kommt es darauf an, ob er aus dem Bestand seines Vermögens durch den Vertrag mehr weggibt als zurückerhält (RGSt 9, 362). Das trifft in Fällen der hier vorliegenden Art nicht zu. Vor Abschluß des Vertrages stehen dem Käufer keine irgendwie gearteten Rechte auf Lieferung der Sache mit der zugesicherten Eigenschaft zu. Entgegen der Ansicht des OLG Köln erwirbt er durch eine vorvertragliche ‚Zusicherung' der Eigenschaft auch keine rechtliche Anwartschaft auf eine solche Leistung. Er erlangt nicht einmal eine tatsächliche Anwartschaft auf sie. Jedenfalls wäre diese nicht von solcher Gewißheit, daß sie seinem Vermögen zugerechnet werden könnte, wie das **[224]** in RGSt 73, 382 für einen in sicherer Aussicht stehenden ordnungsmäßigen Vertragsabschluß des Getäuschten mit einem Dritten angenommen wurde; denn der Verkäufer sichert die Eigenschaft betrügerisch zu. Hiernach büßt der Käufer durch den Vertrag nichts von seinem Vermögensbestande ein. Dieser verändert sich bloß nicht in der erwarteten Weise; der etwa erhoffte Vermögenszuwachs bleibt aus.

10 ... Der Senat kann ferner nicht der Ansicht des GenBA folgen, beim Betrug durch einen gegenseitigen Vertrag sei die Frage des Vermögensschadens nach dem Wertmaßstab zu beurteilen, den die Vertragsschließenden selbst kraft der Vertragsfreiheit festsetzten: daß nämlich Leistung und Gegenleistung einander entsprechen müßten. Immer, wenn dies nicht zutreffe, sei der betroffene Vertragsteil geschädigt. Diese Meinung führt einmal zu neuen Schwierigkeiten. Für nichtige, z. B. wucherische Verträge will der GenBA selbst die Wertvereinbarung der Parteien nicht gelten lassen; er hat offen gelassen, was für ein Maßstab dann angelegt werden soll. Es bestehen aber auch Bedenken, eine anfechtbare oder sonst rechtlich nicht einwandfreie Wertvereinbarung zum gültigen Wertmesser zu nehmen; dann würden die Fälle des Betruges nicht erfaßt, für die sie gerade gelten soll. Zum anderen kommt jene Ansicht darauf hinaus, den Preis einer Ware ihrem Wert gleichzusetzen. Das geht nicht an. Beide Begriffe haben zwar manches gemeinsam, sind aber verschieden und folgen auch nicht durchweg gleichen wirtschaftlichen Gesetzen. Willkürlicher Vereinbarung ist nur der Preis unterworfen; der Wert entzieht sich ihr. Er ist der Einzelvereinbarung vorgegeben und besteht unabhängig von ihr. Für dieselbe Ware gibt es billige, angemessene und teure Preise. Nicht selten wird eine Sache unter ihrem Wert veräußert, z. B. bei Not- oder Zwangsverkäufen. **[225]** Häufig erbringt ein Verkauf unter Ausnutzung besonders günstiger Umstände einen Preis, der durch den Sachwert nicht gerechtfertigt ist. Daher ist die Parteivereinbarung kein gültiger Wertmesser. An ihr kann, ob ein Vermögensschaden eingetreten ist, ebensowenig abgelesen werden wie an dem Empfinden des getäuschten Vertragsteils, geschädigt zu sein. Unannehmbar wäre auch die Folge, daß der Käufer beim Fehlen der zugesicherten Eigenschaft selbst dann als geschädigt angesehen werden müßte, wenn die Sache weit mehr als den vereinbarten Preis wert ist ..." [Demnach wurde im Sinne des vorlegenden OLG Stuttgart ein Vermögensschaden verneint].

A **Zur Erläuterung und Vertiefung.** Dieser Fall hat uns bereits mitten in einen der diffizilsten Problemkreise des Betruges geführt: den des Vermögensschadens. Bevor jedoch darauf näher einzugehen ist (III), sei zunächst das für alle Vermögensdelikte gemeinsame Schutzgut (I), und zwar näherhin der Begriff des „Vermögens" (II) herausgearbeitet.

1 **I. Schutzgut und Struktur der Vermögensdelikte i. e. S.**

1. Das Vermögen als Ganzes. Obgleich es auch in den zuvor erörterten Tatbeständen letztlich um den Schutz vor wirtschaftlichen Nachteilen geht, ist unmittelbares An-

A griffsobjekt doch jeweils eine ganz bestimmte Sache oder ein spezialisierter Vermögenswert: so bei den Aneignungsdelikten (Diebstahl, Unterschlagung, Raub) und den Sachbeschädigungstatbeständen das *Eigentum,* bei unbefugter Gebrauchsanmaßung (§§ 248b, 290) das *Nutzungsrecht* des Gebrauchsberechtigten, bei Wilderei (§§ 292 bis 295) das *Aneignungsrecht* des Jagdberechtigten, sowie bei §§ 288, 289 und §§ 283–283d etwaige *Sicherungs-* und *Vollstreckungsrechte* (vgl. Dirnenlohn-Fall Nr. 1 A 25).

2 Demgegenüber ist für Betrug (§ 263), Erpressung (§ 253) und Untreue (§ 266) als den wichtigsten Vermögensdelikten i. e. S. charakteristisch, daß sie weniger auf *bestimmte Einzelobjekte* als vielmehr auf das *Vermögen als Ganzes* bezogen sind. Das muß zwar nicht heißen, daß nicht auch bei Vermögensdelikten die Absicht des Täters auf einen bestimmten Gegenstand gerichtet sein könnte; um das etwa am *Dirnenlohn-Fall* (Nr. 1) zu demonstrieren: Hätte die Dirne den von A erhaltenen Fünfmarkschein sofort mit ihrem übrigen Bargeld vermischt, so daß er nicht mehr identifizierbar gewesen wäre, und würde sich A unter dem Vorwand des Geldwechselns 5 Markstücke geben lassen und ohne Hingabe des Gegenwertes verschwinden, so wäre zwar die D ebenso wie bei Diebstahl um den Besitz dieser 5 DM gebracht; doch anders als bei § 242, wo es auf subtile Eigentumserörterungen ankam (Nr. 1 E 1ff, A 34, 41ff), spielen im Betrugsfall die Eigentumsverhältnisse an dem Geld keine maßgebliche Rolle; entscheidend ist vielmehr, ob die D durch Herausgabe des Geldes eine Vermögenseinbuße erlitten hat. Allein auf diese *generell vermögensbezogene Schadensfrage* – im Unterschied zu den speziell gegenstandsbezogenen Eigentumsdelikten – kam es auch im vorliegenden Zellwollhose-Fall an: In Frage stand, ob das Gesamtvermögen des K infolge seiner Leistung (26 DM) unter Berücksichtigung der Gegenleistung des A (Zellwollhose) eine Minderung erfahren hat (vgl. E 3).

3 2. Aus diesem generellen Vermögensbezug lassen sich für die **Struktur** der Vermögensdelikte i. e. S. schon jetzt zwei Charakteristika festhalten:

a) Während zum einen *objektiv* bei Eigentumsdelikten die typische Rechtsgutsverletzung bereits in der Mißachtung der Eigentümerrechte an einer bestimmten Sache liegt (und zwar ungeachtet der wirtschaftlichen Folgen), ist für Vermögensdelikte i. e. S. eine Verschlechterung der wirtschaftlichen Gesamtlage notwendig, aber auch ausreichend: **Schadenskriterium – Saldogedanke.**

4 b) Während zum anderen *subjektiv* bei Aneignungsdelikten die Anmaßung einer eigentumsähnlichen Stellung über die Sache erstrebt wird (Zueignungsabsicht), ist bei Betrug und Erpressung die Absicht des Täters lediglich auf Vermögensmehrung gerichtet: **Bereicherungsabsicht – Vorteilsgedanke.** Die Untreue allerdings weicht davon insoweit ab, als für § 266 bereits eine auf Mißbrauch oder Treubruch zurückzuführende Vermögensschädigung ausreicht, ohne daß es dabei auf eine Vorteilsabsicht des Täters ankäme (Nr. 17 A 3).

5 3. **Unterschiedliche Schutzrichtungen.** Schutz des Vermögens als Ganzem bedeutet jedoch *nicht,* daß damit das Vermögen *absolut* oder in jeder Hinsicht geschützt wäre. Vielmehr geschieht es nur gegen *besonders gefährliche* oder *gravierende Formen der Vermögensschädigung;* denn sonst könnte das Strafrecht auf eine allgemeine Sanktionierung jedweder zivilrechtlicher Vertragswidrigkeit oder unerlaubter Handlungen hinauslaufen, was sich weiterhin auf die wirtschaftliche Bewegungsfreiheit und Initiative hemmend auswirken müßte. Daher wird das Vermögen als solches strafrechtlich lediglich in folgender Richtung geschützt (eingehend Otto, Vermögensschutz, insbes. 90ff, 253ff):

- bei *Betrug* (§§ 263–265a): gegen Vermögensschädigung mittels *Täuschung;*
- bei *Erpressung* (§§ 253, 255); gegen Vermögensschädigung mittels *Nötigung;*
- bei *Untreue* (§ 266): gegen Vermögensschädigung durch *Vertrauensbruch;*
- bei *Glücksspiel* und *Wucher* (§§ 284–286, §§ 302a–302f): gegen Vermögensgefährdung durch *Ausbeutung* menschlicher Schwächen oder Notlagen;
- bei *Begünstigung* und *Hehlerei* (§§ 257, 259, 260): gegen *Perpetuierung* eines rechtswidrigen Vermögenszustandes (vgl. Nr. 1 A 21).

6 4. **Zusätzliche Schutzgüter?** Im Hinblick auf die jeweils andere Schutzrichtung der verschiedenen Deliktstypen stellt sich die Frage, ob damit neben dem Vermögen nicht auch andere Rechtsgüter mitgeschützt sein könnten.

– Bei der *Erpressung* liegt dies auf der Hand: durch den Nötigungsakt wird unstreitig zugleich auch die *Willensfreiheit* verletzt.

– Gegenüber *Begünstigung* soll auch die *Rechtspflege* mit geschützt sein (h. M.; vgl. Aluhandel-Fall Nr. 18 A 82ff).

A – Bei *Untreue* hingegen ist bereits zweifelhaft, ob neben dem Vermögen auch das besondere *Vertrauensverhältnis* geschützt sein soll (vgl. S/S-Lenckner § 266 Rn. 1; entschieden verneinend M-Schroeder II/1 § 47 I A, näher Nr. 17 A 5f).

7 – Bei *Betrug* käme neben dem Vermögen im Hinblick auf das Täuschungselement noch der Schutz von *Wahrheit* und *Redlichkeit* im Verkehr in Betracht. So in der Tat das historische Verständnis des aus dem allgemeinen „delictum falsi" bzw. dem Schuftereidelikt des „stellionatus" erst im 19. Jahrhundert herausgewachsenen BetrugsTB, der selbst noch im Bayrischen StGB 1813 von *Feuerbach* als ein gegen die Redlichkeit gerichtetes Fälschungsdelikt verstanden wurde (näher Lackner LK § 263 Rn. 1ff, M-Schroeder II/1 § 47 I B). Inzwischen jedoch wurde (wie bei E 1 lapidar festgestellt) der Vertrauensschutz völlig verdrängt, und zwar nach **RGSt 74, 167** *(Richtertäuschungs-Fall)* aus folgenden Gründen:

[169] „Durch das Tatbestandsmerkmal der Täuschung soll nur das Mittel bezeichnet werden, mit dem der Täter gegen das geschützte Rechtsgut, das Vermögen eines anderen, vorgeht; nicht aber soll damit eine weitere Richtung des Schutzes bezeichnet werden. Wollte man nämlich den Getäuschten um der Täuschung willen als Mitverletzten ansehen, so würde das voraussetzen, daß durch die Bestrafung des Betruges die Pflicht zur Angabe der Wahrheit vertieft und das Recht auf die Wahrheit als solches geschützt werden sollte. Dieser Gedanke hat aber dem Gesetzgeber bei der Aufstellung des Tatbestandes des § 263 ferngelegen. Die neuere Gesetzgebung ist zwar bestrebt, auf allen Rechtsgebieten der Wahrheit zum Siege zu verhelfen; sie hat aber bis jetzt noch kein Strafgesetz erlassen, das unmittelbar dem Schutze des Rechtes auf Wahrheit diente."

Fazit: Nicht die Täuschung an sich, sondern nur die *vermögensschädigende Täuschung* ist strafbar. Demzufolge setzt Betrug in jedem Falle eine Vermögensschädigung voraus, deren Mangel durch keine noch so häßliche Unredlichkeit ersetzt werden kann, und zwar auch nicht durch Herleitung eines Schadens aus einer Verletzung von Treu und Glauben im Rechtsverkehr; denn „ein Vorgang, der den Wert des Gesamtvermögens nicht vermindert, wird nicht dadurch zu einer Vermögensbeschädigung, daß er auf einer Täuschung beruht" (**BGHSt 3, 99/102** im *Preisrätsel-Fall*).

8 Demzufolge kann auch *nicht* die *personale Dispositionsfreiheit* als solche Schutzgut des Betruges sein, da diese schon allein aufgrund der Täuschung, also auch ohne weiteren materiellen Schadensnachweis als verletzt anzusehen wäre (deshalb entschieden abl. RGSt 16, 1/4). Wegen dieser Ausweitungsgefahr sind daher auch die sog. *personalen Vermögenstheorien* mit unterschiedlichen Nuancierungen (vgl. Bockelmann II/1 § 11 A II 3e cc, Hardwig GA 1956, 6/17ff, Jakobs JuS 1977, 228/231, Otto II § 51 II 5b) weithin auf Ablehnung gestoßen (vgl. M-Schroeder II/1 § 46 II A 4d cc). Gegen die *„wirtschaftliche Bewegungsfreiheit"* hingegen vermögen solche Bedenken nicht durchzuschlagen; denn diese hat – entgegen einem weitverbreiteten Mißverständnis – einen unmittelbaren Vermögensbezug (vgl. Melkmaschinen-Fall Nr. 13 A 15f; näher Eser GA 1962, 293ff).

8a *Zwischenergebnis:* Ist das Vermögen maßgebliches Schutzgut des Betrugs, durfte sich der BGH vorliegend zu Recht nicht mit einer die Wettbewerbsregeln verletzenden Täuschung begnügen, sondern mußte nach einem Vermögensschaden des K fragen. Ob und inwieweit ein solcher vorliegt, hängt naturgemäß von dem zugrundegelegten Vermögensbegriff ab. Das führt zum Zentralkriterium der Vermögensdelikte:

9 **II. Der strafrechtliche Vermögensbegriff.**

Obgleich dieser Begriff hauptsächlich aus dem *Betrugs*TB entwickelt wurde, hat er als *Zentralbegriff des gesamten Vermögensstrafrechts* gleichwohl auch für die *Erpressung* und (mit gewissen noch zu erörternden Abstrichen) auch für die *Untreue* Gültigkeit. Wenn nun der BGH das Vermögen als „Summe aller geldwerten Güter nach Abzug der Verbindlichkeiten" bezeichnet hat (E 2), so ist in dieser Formel freilich nur eine von mehreren denkbaren Deutungen des Vermögensbegriffes komprimiert, und zwar die in der Rspr. vorherrschende „wirtschaftliche Vermögenstheorie". Selbst wenn man diese (wie hier) im Prinzip für richtig hält, empfiehlt sich zur besseren Erfassung der damit aufgeworfenen Probleme ein kurzer Blick auf die Entwicklungsgeschichte, die mit einer rein juristischen Vermögenstheorie begann (A) und über das rein wirtschaftliche Verständnis (B) hinweg jetzt wieder auf juristisch-ökonomische Vermittlungslehren (C) hinauszulaufen scheint.

10 **1.** Nach der **juristischen Vermögenstheorie,** wie sie bei Inkrafttreten des StGB sowohl in der Rspr. (bis vor RGSt 16, 1) als auch in der Lehre (Binding, Merkel) vorherrschte, ist Vermögen „die Summe der Vermögensrechte und Vermögenspflichten,

A und zwar ohne Rücksicht auf ihren wirtschaftlichen Wert". Vermögensschaden ist daher jeder (aber auch nur ein solcher) *Rechts*verlust. Diese Gleichsetzung des strafrechtlichen Vermögensbegriffs mit (privat- oder öffentlichrechtlichen) *subjektiven Vermögensrechten* hat sich bald als teils zu weit, teils zu eng erwiesen:

11 – Zu *weit* insofern, als danach auch **Rechtspositionen ohne jeden wirtschaftlichen Wert** (dubiose Forderungen) zu schützen wären, und damit der Betrug in die Nähe der an formalen Herrschaftskriterien ausgerichteten Eigentumsdelikte gerückt würde: Ähnlich wie daher in eigenmächtigem Auswechseln eines Geldscheins gegen Münzen nach h.M. Unterschlagung liegen würde (Nr. 4 A 26ff, Nr. 5 A 27), wäre bei einem durch Täuschung bewirkten Auswechseln Betrug in Betracht zu ziehen. Hinzu kommt, daß ein Ausgleich des Rechtsverlustes durch etwaige gleichzeitige Vorteile (z. B. für das abgeschwindelte Geld Erlangung einer preisgünstigen Ware) *ausgeschlossen* wäre; denn wenn der Eintritt eines Rechtsverlustes bzw. die Nicht- oder Schlechterfüllung eines Rechtsanspruches das allein Entscheidende ist, bleibt für eine wirtschaftliche Abwägung von Leistung und Gegenleistung kein Raum. – Welche Konsequenz hätte das für den Zellwollhose-Fall? Danach wäre ein Vermögensschaden schon allein deshalb zu bejahen, weil der Anspruch des K auf Erhalt einer reinwollenen Gabardinehose nicht erfüllt wurde; daß die gelieferte Zellwollhose durchaus ihr Geld wert war, wäre demgegenüber völlig unbeachtlich.

12 – Andererseits ist aber der juristische Vermögenbegriff insofern zu *eng*, als er wirtschaftliche Wertpositionen ungeschützt läßt, die sich noch nicht zu einem **subjektiven Recht** verdichtet haben: so z. B. die Arbeitskraft, Exspektanzen und (nach damaliger Auffassung) bloße Anwartschaften. Auch nichtige Forderungen oder deliktischer Besitz (Diebesgut) müßten danach selbstverständlich ungeschützt bleiben.

– Diese scheinbar gegenläufigen Mängel ergeben sich im Grunde aus der *strukturellen Schwäche* einer rein juristischen Betrachtung: Während bei wirtschaftlich „bilanzierender" Gesamtbewertung das Vermögen als einheitliche Wertsumme zu behandeln ist, erlaubt die juristische Betrachtung lediglich eine *„inventarisierende Addition"* der einzelnen Vermögensrechte. Damit aber bleibt der Betrug in ähnlicher Weise ein speziell gegenstandbezogenes Delikt wie der Diebstahl: Ein Schutz des Vermögens als Ganzem wäre ausgeschlossen. Grundlegend dazu Cramer, Vermögensbegriff 35ff, 71ff; ferner Lackner LK § 263 Rn. 121.

13 **2.** Angesichts derartiger Unzulänglichkeiten der juristischen Vermögenstheorie setzte das RG schon bald zu deren Überwindung an, und zwar erstmals 1887 im *Prämien-Fall* **RGSt 16, 1:** Hier geben die Vereinigten Strafsenate wirtschaftlichen Faktoren jedenfalls insoweit Raum, als sie eine **Gesamtbewertung der Wirkungen,** die von der Täuschung auf das Vermögen des Opfers ausgegangen sind, fordern:

> **[5]** „Diese Wirkungen können einerseits den Wert des Vermögens vermindert, andererseits vergrößert haben, dann kommt es auf das Verhältnis der Wertsverminderung zu der Wertsvergrößerung an und ist eine Vermögensbeschädigung ... nur dann vorhanden, wenn die erstere die letztere im Geldwerte überwiegt. U.a. wird eine Abmessung dieser Art eintreten müssen, wenn bei zweiseitigen onerosen Geschäften Leistung und Gegenleistung oder Verpflichtung und Gegenverpflichtung sich einander gegenüberstehen"... **[12ff]** Demzufolge müsse ein Vermögensschaden nicht bereits darin liegen, daß statt einer Versicherung auf feste Prämien der Versicherungsnehmer infolge Täuschung eine Versicherung mit Nachschußpflicht abschloß, vielmehr hänge der Schaden u.a. davon ab, ob der Versicherungsnehmer damit in gleichwertiger und prämiengerechter Weise abgesichert werde, wobei neben dem individuellen Gebrauchswert insbesondere auch die Vermögenslage der Gesellschaft, die Höhe des Ausfallrisikos und ähnliche Bewertungsfaktoren zu berücksichtigen seien.

14 Obgleich damit neben der juristischen *Verität* auch die wirtschaftliche *Bonität* Eingang in den Schadensbegriff gefunden hatte, kam der volle Durchbruch zu einem **rein wirtschaftlichen Vermögensbegriff** freilich erst 1910 mit dem *Abtreibungspulver-Fall* **RGSt 44, 230:**

> Dort hatte A schwangeren Frauen ein für Abtreibungszwecke völlig unbrauchbares Pulver geliefert und sich dessen Verkaufswert von etwa 30 bis 40 Pfennig in der Regel mit je 10 Mark entgelten lassen. Hätte hier das RG die juristische Vermögenstheorie zugrunde gelegt, so wäre ein Vermögensschaden der getäuschten Frauen zu verneinen gewesen; denn:
>
> – Was zum einen die von den Frauen erwartete Leistung des A betrifft, hatten sie wegen der Sittenwidrigkeit des Geschäfts darauf keinen Anspruch; der „Anspruch" hierauf gehöre also *nicht* zu ihrem *rechtlich geschützten Vermögen;* deshalb könnten die Getäuschten auch nicht durch Ausbleiben der Gegenleistung in ihrem Vermögen „im

A Rechtsinne geschädigt" sein **[235 f]**; oder wie es in RG GA 42, 119/20 formuliert wird: „Der Verlust des Getäuschten besteht in der Nichterlangung einer rechtlich überhaupt nicht erlangbaren Äquivalenz."

– Zum anderen fehlte es in derartigen Fällen an der für Betrug erforderlichen *Kausalität* zwischen Täuschung und unbewußter Selbstschädigung. Wenn der Getäuschte weiß, daß er auf die Gegenleistung keinen Anspruch hat, aber trotzdem leistet, so sei das als bewußte Selbstschädigung zu behandeln [**243 f** in Auseinandersetzung mit RG GA 54, 418/9; so neuerdings wieder Cramer, Vermögensbegriff 97].

15 Gegenüber diesen *zivilistisch-begrifflichen* Konstruktionen erklärt sich das RG im *Abtreibungspulver-Fall* mit bemerkenswert selbstkritischer Entschiedenheit darüber einig, **[232]** „daß der Begriff des rechtlich geschützten Vermögens irreführend und darum fallen zu lassen ist. Er erweckt die Vorstellung, als gebe es auch ein Vermögen, das rechtlich nicht geschützt sei. Und das wäre ein Widerspruch in sich selbst, da dasjenige, was dem Vermögen einer Person angehört und was Bestandteil ihres Vermögens ist, unter allen Umständen rechtlichen Schutz genießt". ... **[233]** Und mit Berufung darauf, daß der Schaden „zunächst immer etwas Tatsächliches, etwas dem Menschen wirtschaftlich Fühlbares" sei, wird konstatiert: „Der Vermögensbegriff ist in erster Linie ein Begriff des wirtschaftlichen Lebens. Vermögen ist wirtschaftliche Macht, ist alles das, was für die wirtschaftlichen Verhältnisse einer Person Wert hat, ist somit ein *Inbegriff von Werten,* oder, da im System der Geldwirtschaft jeder Wert in Geld ausgedrückt werden kann: die Summe der geldwerten Güter einer Person" ... **[234]** Demzufolge komme der privatrechtlichen Seite des Vermögensbegriffes „nur eine untergeordnete Bedeutung zu. Der Schwerpunkt liegt auf der *wirtschaftlichen* Seite".

16 Diese primär wirtschaftliche Betrachtung wird seitdem von der Rspr ständig praktiziert (vgl. neben E 2 etwa BGHSt 1, 262/4; 15, 83/5 f) und auch vom Schrifttum noch überwiegend akzeptiert (so u. a. Blei II § 61 V 1, D-Tröndle § 263 Rn. 27, Krey II Fall 58 a, M-Schroeder II/1 § 46 II A 4 d, Wessels II/2 § 13 II 4 a; vgl. S/S-Cramer § 263 Rn. 78 ff m. w. N.). Die wichtigsten *Konsequenzen:*

17 a) Was den **Umfang** des Vermögensbegriffes anbelangt, hat die **Bemessung nach wirtschaftlichen Maßstäben** sowohl einschränkende als auch ausweitende Wirkung:

– Einschränkend insofern, als selbst Rechte (wie Eigentumsforderungen) nicht schon aufgrund ihrer *juristischen Existenz,* sondern nur insoweit zum strafrechtlichen Vermögen gehören, als ihnen im Wirtschaftsleben ein Wert beigemessen wird. Das wird etwa bei dubiosen oder faktisch nicht realisierbaren Forderungen regelmäßig zu verneinen sein.

18 – Umgekehrt wirkt die wirtschaftliche Betrachtung insofern ausweitend, als *jedwede tatsächlich wirtschaftlich werthafte Position* unabhängig von ihrer Rechtsnatur dem Vermögen zuzurechnen ist. Und dazu zählen namentlich der Besitz (vgl. Taxi-Fall Nr. 16 E 5, A 33), die Arbeitskraft, Anwartschaften und Exspektanzen (wie etwa die Klientel eines Anwalts, die Kundschaft eines Kaufmanns, die sichere Aussicht auf Zuschlag bei einer Ausschreibung), der „gute Ruf" eines Mietshauses (vgl. Callgirl-Fall LG Mannheim NJW 1977, 160, aber dazu auch 13 A 35), ja sogar nichtige Forderungen, sofern der „Schuldner" trotzdem leistungsfähig und leistungsbereit ist (vgl. Freier-Fall OLG Hamburg NJW 1966, 1525/6: unten A 25).

19 b) Ist die rechtliche Anerkennung einer wirtschaftlichen Position irrelevant, so folgt daraus der Satz: „Es gibt grundsätzlich **kein gegen Betrug ungeschütztes Vermögen".** Demzufolge ist nicht nur der *deliktische Besitz* eines Diebes gegen Abschwindelung geschützt (was freilich nur gegenüber einem Dritten als Betrüger, nicht aber gegenüber dem Eigentümer bedeutsam werden kann, da letzterem bei Rückholung der Diebesbeute durch Täuschung zumindest die Rechtswidrigkeit der Bereicherungsabsicht fehlen würde: vgl. Nr. 14 A 32); vielmehr können dann auch Ansprüche aus *sittenwidrigen Geschäften* wie im *Abtreibungspulver-Fall* (A 14) Gegenstand eines Betruges sein; denn wie in **RGSt 44, 230** aus der Maßgeblichkeit der wirtschaftlichen Wirkung der Täuschung gefolgert wird:

[235] Die getäuschten Frauen sind „rein wirtschaftlich betrachtet, um 10 M ärmer geworden. Der Gesamtbestand ihres Vermögens hat sich um den gezahlten Geldbetrag verringert ... **[236]** Sie haben Geld aufgewendet, ohne einen Gegenwert dafür einzutauschen, ja sogar ohne auch nur einen Anspruch auf den Gegenwert zu erwerben ... **[237]** Sie haben 10 M aus ihrem Vermögen geopfert für ein wirtschaftliches Nichts" ... Demgemäß liege der Grund des Vermögensschadens in der „dem Vertrage gemäß bewirkten *Vorleistung, ohne* die gleichzeitige Erlangung eines sie wettmachenden Anspruchs auf die *Gegenleistung;* er liegt darin, daß geleistet worden ist, trotz mangelnden Gegenan-

20 spruchs". Damit entfällt denn auch hier der von der juristischen Vermögenstheorie erho-

A bene *Kausalitäts*einwand (A 14). Ist nämlich auch dem sittenwidrigen Anspruch immerhin wirtschaftliche Werthaftigkeit zuzubilligen, so kann man sich durchaus unbewußt selbst schädigen, wenn man aufgrund der Täuschung gutgläubig vorleistet; denn: **[245]** „Was tatsächlich oder rechtlich unmöglich ist, kann deshalb sehr wohl einem anderen als etwas Gewisses vorgespiegelt werden. Es kommt nur darauf an, ob der andere sich hierdurch in Irrtum versetzen läßt. Hält er die ihm vorgespiegelte Tatsache für wahr, so ist nicht einzusehen, warum sein insoweit vorhandener Irrtum für ihn nicht die Ursache des Handelns sollte werden können."

21 c) Schließlich folgt aus der wirtschaftlichen Betrachtung das Prinzip der **bilanzierenden Gesamtbewertung,** und zwar in zweifacher Hinsicht:

– Zum einen dadurch, daß Vermögen nicht als bloße Addition der verschiedenen Einzelgegenstände, sondern als *einheitliche Wertmasse* zu begreifen ist.

22 – Zum anderen verbietet sich damit die isolierte Betrachtung des durch die Tat erlittenen Nachteils; vielmehr sind dabei auch gleichzeitig eintretende Vorteile mit zu berücksichtigen. Ein derartiger „*Vorteilsausgleich*" ist namentlich bei gegenseitigen Geschäften wie im vorliegenden Zellwollhose-Fall von Bedeutung, wo sich Leistung und Gegenleistung gegenüberstehen. – Bevor jedoch dieser Frage nach der konkreten Schadensberechnung näher nachgegangen sei, ist zunächst noch kurz auf modifizierende Vermögenstheorien einzugehen:

23 3. Die sog. **„juristisch-ökonomischen Vermittlungslehren".** Die Versuche einer Kombination des Vermögensbegriffes aus juristischen und wirtschaftlichen Elementen setzten schon recht früh ein (vgl. namentlich v. Liszt-Schmidt, Frank, Nagler LK 6./7. Aufl., II 1 vor § 249 m. w. N.; dem nahe kommend auch RGSt 16, 1, oben A 13). Sie entzündeten sich vor allem an der These, daß alles, was wirtschaftlich wertvoll sei, auch strafrechtlich geschützt werden müsse (näher Cramer, Vermögensbegriff 50ff): Soll diese, sich aus der wirtschaftlichen Vermögenstheorie ergebende Folge (A 14ff) tatsächlich auch für sittenwidrige oder sonstwie rechtlich mißbilligte Vermögenspositionen gelten? Da man glaubt, daß eine derart unterschiedliche Wertung (nämlich zivilrechtliche Billigung nein – strafrechtlicher Schutz ja) dem Prinzip der „*Einheit der Rechtsordnung*" widerspräche, soll der Vermögensbegriff beschränkt sein auf „wirtschaftlich wertvolle Güter, die eine Person unter Billigung der rechtlichen Güterzuordnung innehat" (so Cramer 100ff i. S. seines sog. „materialen Vermögensbegriffes"; i. gl. S. einer juristischen Filterung des wirtschaftlichen Ansatzes Gallas, Kohlrausch-Lange, Lenckner, Welzel § 54 I 4, neuerdings Lackner LK § 263 Rn. 123 m. N. und Samson SK § 263 Rn. 109ff). Aufgrund dieser rechtlichen Filterung wirtschaftlicher Faktoren erfordert dieser Vermögensbegriff eine *zweistufige* Prüfung:

24 – Zunächst ist – insoweit ebenso wie beim wirtschaftlichen Vermögensbegriff – festzustellen, ob dem durch die Tat betroffenen Objekt **wirtschaftlicher Wert** zukommt.

25 – Selbst wenn dies aber zutrifft (z. B. bei Diebesgut bzw. trotz Nichtigkeit des Anspruchs bei Leistungsfähigkeit und -bereitschaft des „Schuldners"), ist dann anhand **juristischer** Kriterien zu fragen, ob diese Vermögenswerte „unter dem Schutz der Rechtsordnung stehen". Ist dies (wie in den Beispielsfällen) zu verneinen, so scheidet schon mangels Schutzwürdigkeit des betroffenen Objekts ein Vermögensschaden aus. Daher konsequent weder Betrug des Freiers, wenn er der Dirne das versprochene Entgelt vorenthält, wie umgekehrt auch kein Betrug der Dirne, wenn sie nach Vorleistung des Freiers ihre Hingabe verweigert. Eingehend dazu und in sich konsequent Cramer JuS 1966, 472ff/5; nach rein wirtschaftlicher Betrachtung i. S. der Rspr hingegen OLG Hamburg NJW 1966, 1525 m. Anm. Schröder JR 1966, 471. Zum Ganzen auch S/S-Cramer § 263 Rn. 82ff m. w. N.

26 4. Zusammenfassung der eigenen Ansicht: **wirtschaftlich-dynamischer Vermögensbegriff.**

a) *Grundlage* des Vermögensbegriffes muß auf jeden Fall die **wirtschaftliche Werthaftigkeit** des betroffenen Objekts sein. In diesem Grundansatz besteht heute, nachdem die rein juristische Vermögenstheorie durch ihre Fixierung auf subjektive Einzelrechte den vielfältigen „Gemengelagen" moderner Vermögensformen und Wirtschaftsstrukturen nicht gerecht zu werden vermochte, sowohl zwischen den rein wirtschaftlichen als auch den gemischten Vermögenstheorien grundsätzliche Übereinstimmung.

27 b) Was etwaige *normative Grenzen* dieses Vermögensbegriffes betrifft, ist den juristisch-ökonomischen Vermittlungslehren zwar zuzugeben, daß das Gesetz selbst an einen **rechtlichen Filter** gedacht hat, indem es jedenfalls die „Rechtswidrigkeit" des

A erstrebten Vermögensvorteils verlangt (§§ 253, 263). Ob dieser Filter jedoch bereits beim Vermögens*schaden* einzusetzen sei, ist gerade die Frage. Da es kaum im Sinne des Vermögenstrafrechts liegen kann, bestimmten wirtschaftlich vermögenswerten Positionen strafrechtlichen Schutz vorzuenthalten, hat sich bereits RGSt 44, 230/2 zu Recht gegen eine „Friedloslegung" bestimmter Vermögenspositionen gewandt. Was vielmehr verhindert werden soll, ist die der Rechtsordnung widersprechende Vermögens*verschiebung*. Daher verdient Schröder Zustimmung, wenn er den Vermögens*schaden* – und entsprechendes würde für den erstrebten Vermögens*vorteil* zu gelten haben – nach rein wirtschaftlichen Maßstäben beurteilt und erst hinsichtlich der **Vermögensverschiebung** zwischen Täter und Opfer fragt, ob deren Ergebnis **im Widerspruch zur Rechtsordnung** steht (JZ 1965, 513ff). Das führt beispielsweise bei Abschwindeln oder Abnötigen von Diebesgut zu der sachgerechten Differenzierung, daß der Dieb zwar nicht gegenüber dem Eigentümer, wohl aber gegenüber Drittätern, die keinen Anspruch auf das Diebesgut haben, geschützt ist (vgl. Provisionsvertreter-Fall Nr. 14 A 30ff).

28 c) Was schließlich den *Kreis* vermögenswerter Positionen anbelangt, sind bei konsequenter wirtschaftlicher Betrachtung nicht nur der statische Vermögens-*Bestand*, sondern auch die der Vermögens-*Mehrung* dienenden Faktoren zu schützen. Wenn diese Erstreckung auf **vermögensbildende Faktoren** sowohl vom BGH (bei E 7) als auch von der h. L. (vgl. insbes. Gallas, Eb. Schmidt-FS 401/11ff) abgelehnt wird, so wird verkannt, daß wirtschaftlich gesehen nicht nur das *Haben*, sondern auch das *Haben-Können* Vermögenswert besitzt. Das gilt neben der Arbeitskraft namentlich auch für die *wirtschaftliche Bewegungsfreiheit*. Über die sich daraus ergebenden Konsequenzen für den Schadensbegriff vgl. Melkmaschinen-Fall Nr. 13 A 15f.

29 *Fazit:* Zum Vermögen i. S. einer wirtschaftlich-dynamischen Betrachtung zählen alle wirtschaftlich werthaften bzw. wertmehrenden Positionen und Faktoren, und zwar ohne Rücksicht auf ihre rechtliche Natur oder Anerkennung.

30 **III. Schadensberechnung.**

Bereits bei der vorangehenden Erörterung der verschiedenen Vermögenstheorien hat sich immer wieder gezeigt, daß diese auch bei Feststellung und Berechnung des Vermögensschadens jeweils zu unterschiedlichen Ergebnissen führen können. Zudem kann sich die Schadensfeststellung im Einzelfall auch noch dadurch verkomplizieren, daß je nach Art der selbstschädigenden Verfügung des Getäuschten (Hingabe von Vermögenswerten, Verpflichtung zu einer Leistung, Nichtgeltendmachung eines Anspruchs usw.) bzw. je nach Art und Zweck des Geschäftes, innerhalb dessen die Vermögensverfügung erfolgt (zweiseitige Geschäfte: Eingehungs- oder Erfüllungsbetrug, Anstellungsbetrug; einseitige Verfügungen: Spenden- und Bettelbetrug) die zu berücksichtigenden Schädigungsfaktoren von unterschiedlichem Gewicht sein können. Um in diesem Labyrinth einer verwirrenden Kasuistik nicht die Orientierung zu verlieren, empfiehlt es sich, zunächst einmal die wichtigsten **Leitpunkte** aufzuzeigen, die im Grunde bei jeder Schadensfeststellung zu beachten sind (und an denen sich demzufolge der BGH auch im vorliegenden Zellwollhose-Fall auszurichten hatte). Soweit nicht anders vermerkt, sind diese Grundsätze sowohl bei den rein wirtschaftlichen wie auch bei den wirtschaftlich-juristischen Vermögenstheorien anwendbar:

31 **1.** Der *Grundansatz* für die Feststellung eines Vermögensschadens besteht in einem *Vergleich* der Vermögenslage des Opfers *vor* und *nach der Vermögensverfügung des Getäuschten (E 3)*: **Saldierungsprinzip.** Danach ist ein Vermögensschaden anzunehmen, wenn infolge Verfügung des Getäuschten oder Genötigten (bzw. bei Untreue infolge Mißbrauchs oder Treubruch des Täters) der Gesamtwert des Vermögens vermindert wurde. Eine derartige Wertminderung kann wirtschaftlich gesehen u. a. auch schon in einer bloßen Vermögens*gefährdung* liegen (näher Melkmaschinen-Fall Nr. 13 A 32ff).

32 **2.** Da es auf eine **Gesamtbewertung** ankommt, sind dafür nicht nur die Nachteile, sondern auch etwaige gleichzeitig erwachsene Vorteile des Opfers zu berücksichtigen (so bereits RGSt 16, 1/5 A 13): **Kompensationsprinzip.** Dies ist namentlich im Rahmen zweiseitiger Geschäfte (Kauf, Tausch, Werkvertrag und dgl.) von Bedeutung, wobei freilich i. d. R. immer nur *vertragliche* Ausgleichswerte, *nicht* dagegen *gesetzliche* Gegenansprüche berücksichtigt werden dürfen (näher zu dieser Differenzierung Melkmaschinen-Fall Nr. 13 A 18ff). Soweit jedoch eine Kompensation in Betracht kommt, ist je nach dem Stadium der Vertragsbegründung bzw. -abwicklung die Vergleichsprobe unterschiedlich zu stellen:

A 33 a) Beim sog. **Eingehungsbetrug** geht es um den Vergleich der *Verpflichtung* des Getäuschten mit der *Gegenverpflichtung* des Täuschenden: Hier ist ein Vermögensschaden regelmäßig schon dann anzunehmen, wenn der vom Getäuschten übernommenen Leistung eine geringerwertige Leistungszusage des Täters gegenübersteht. – Dies wäre vorliegend der Fall gewesen, wenn dem K für eine Zellwollhose der Preis einer reinwollenen Gabardinehose (z. B. der doppelte Betrag) abverlangt worden wäre. Tatsächlich hat aber hier A zwar über die Qualität der Hose getäuscht, sich aber dafür auch lediglich den für Zellwollhosen üblichen Preis versprechen lassen. Deshalb scheidet ein Eingehungsbetrug hier von vornherein aus.

34 b) Beim sog. **Erfüllungsbetrug** hingegen bedarf es eines Vergleichs zwischen *Anspruch* und *tatsächlicher Leistung*. Danach ist ein Vermögensschaden sowohl dann anzunehmen, wenn der Getäuschte bei der Erfüllung weniger erhält, als sein Anspruch wert ist (dazu Kabeltrommel-Fall Stuttgart JR 1982, 470 m. Anm. Bloy), wie auch da, wo er mehr leistet, als er nach dem Vertrag zu leisten verpflichtet wäre. – Für die erste Alternative könnte im vorliegenden Fall sprechen, daß der K Anspruch auf eine Gabardinehose zu haben glaubte, tatsächlich aber nur eine Zellwollhose erhielt, somit der Ware eine vertraglich zugesicherte Eigenschaft fehlte. Wenn der BGH nun trotz dieses Mißverhältnisses zwischen Anspruch und erhaltener Leistung einen Vermögensschaden des K abgelehnt hat, so scheint dies aus einem Prinzip zu folgen, das ebenfalls für die Schadensfeststellung von grundsätzlicher Bedeutung ist:

35 **3. Der objektive Beurteilungsmaßstab:** Danach ist der Wert des Vermögens und demzufolge auch das Wertverhältnis von Leistung und Gegenleistung nicht nach der persönlichen Einschätzung des Betroffenen, sondern vom Standpunkt eines objektiven Betrachters aus zu beurteilen (E 4); maßgebend soll also das „vernünftige Urteil eines unbeteiligten Dritten" sein (E 6), wobei dieser selbstverständlich etwaige Verkehrswerte zu berücksichtigen hat (E 4). – Nach diesem heute allgemein anerkannten Maßstab (vgl. Lackner LK § 263 Rn. 149ff m. w. N., aber auch Jakobs JuS 1977, 228) war es nun auf den ersten Blick sicherlich konsequent, wenn der BGH vorliegend der subjektiven Erwartung des K, eine reinwollene Gabardinehose zu dem für Zellwollhosen marktüblichen Preis zu erhalten, keine schadensbegründende Bedeutung beimaß und dabei insbes. auch den subjektiven Parteiwillen der Vertragspartner außer acht ließ (E 10). – Indes ist damit die Schadensprüfung noch keineswegs zu Ende; denn trotz objektiver Betrachtung bleibt doch grundsätzlich noch ein personenbezogener Faktor zu beachten:

36 **4. Der „individuelle Schadenseinschlag".** Nach diesem (bei E 5 anklingenden) heute ebenfalls allgemein anerkannten Prinzip ist die objektive Schadensbetrachtung nicht an einem abstrakten „homo oeconomicus", sondern an den individuellen Bedürfnissen des Betroffenen auszurichten (vgl. Lackner LK Rn. 156ff, Samson SK Rn. 160ff, S/S-Cramer Rn. 108ff, je zu § 263 m. w. N.). Mit dieser – nur scheinbar paradoxen – *Orientierung des objektiven Maßstabs an individuellen Faktoren* soll zwar einerseits die subjektive Wertungswillkür des Betroffenen ausgeschaltet sein. Da es aber andererseits nicht um abstrakten Vermögensschutz, sondern um konkreten Individualschutz geht, muß sich jener „reasonable man" gleichsam in die individuellen Bedürfnisse und Zweckvorstellungen des konkret Betroffenen hineinversetzen. Dies erscheint zudem schon deshalb geboten, weil generelle Zwecksetzungen des Vermögens schwerlich festzustellen sind.

37 Dazu ist schon im *Prämien-Fall* **RGSt 16, 1** zutreffend ausgeführt: **[6]** „Ist von den Wirkungen einer Täuschungshandlung auf das Vermögen einer bestimmten Person die Rede, so hat man zu beachten, daß sich das Vermögen jedes einzelnen von dem aller anderen Menschen fast ausnahmslos nach seinen Bestandteilen, nach der Benutzbarkeit derselben und nach der tatsächlich stattfindenden Benutzungsart unterscheidet; überdies wird die letztere nicht bloß durch die Beschaffenheit des Vermögens selbst, sondern auch durch die persönlichen Eigenschaften des Inhabers desselben, seinen Stand, seinen Beruf und durch die von ihm nach Maßgabe aller dieser Faktoren verfolgten Vermögenszwecke mannigfach bedingt" ... Daher bringt die Durchführung oder Beschaffenheit einer Leistung wie auch deren Ausbleiben „für das Vermögen der einen Person möglicherweise ganz andere, günstige oder ungünstige objektive Wirkungen hervor, wie auf das Vermögen irgendeiner anderen Person".

Auch daß diese Berücksichtigung der individuellen Verhältnisse keineswegs mit dem objektiven Beurteilungsmaßstab in Widerspruch zu stehen braucht, wird vom RG bereits gesehen, denn: **[9]** „Der Grundsatz der *Individualisierung* bei Beurteilung der Frage nach der Vermögensbeschädigung enthält keine Konzession an die subjektive Willkür des

A Getäuschten, insbesondere nicht an das Belieben desselben, ob er die ihm gelieferte Sache gebrauchen *wolle;* es handelt sich vielmehr darum, ob er sie gebrauchen *kann.* Dieses Können hat man anzuerkennen als bedingt durch die Vermögenszwecke des Getäuschten, und solche Vermögenszwecke können dem Getäuschten nicht willkürlich aufgedrungen werden. Aber der Getäuschte ist doch nicht beschädigt, wenn er die erworbene Sache zwar nicht zu dem bei dem Erwerber ins Auge gefaßten Zwecke, wohl aber zu einem anderen gebrauchen kann, der ihm ebenso genehm ist."

Darin ist bereits einer der wichtigsten individuellen Schadensfaktoren angesprochen: die mangelnde Verwendbarkeit der Sache trotz objektiver Preiswürdigkeit. Näher zu diesem wie auch zu weiteren Schadensfaktoren Melkmaschinen-Fall Nr. 13.

38 5. Welche **Konsequenzen** lassen sich aus diesen Grundsätzen für den *Zellwollhose*-Fall ziehen? Sicherlich kann bei Fehlen einer zugesicherten Eigenschaft die individuelle Verwendbarkeit einer Sache beeinträchtigt sein; ob dies aber tatsächlich der Fall ist, hat der BGH im Grundsatz zu Recht von den Umständen des Einzelfalles abhängig gemacht. Dabei wären im wesentlichen folgende *Fallkonstellationen* auseinanderzuhalten:

39 – Geht man mit dem BGH davon aus, daß vorliegend der K als Konkurrent des A die Hose gerade deshalb kaufte, um auf diese Weise den A des unlauteren Wettbewerbs überführen zu können, so war durch Fehlen der Reinwollgabardineeigenschaft die *Verwendbarkeit* der Hose für K in der Tat *nicht beeinträchtigt,* im Gegenteil mußte K an diesem Mangel sogar interessiert sein (E 8). So gesehen ist daher ein Vermögensschaden des K i. E. zutreffend verneint worden – was freilich nicht ausschließt, daß nicht wenigstens ein Betrugs*versuch* vorlag; dies hängt allerdings vom Vorstellungsbild des A ab:

40 – Hatte sich A nämlich vorgestellt, daß es dem K wegen der besonderen *Strapazierfähigkeit* bzw. Knitterfreiheit gerade auf eine Reinwollhose ankam, so hätte dieser mit der Zellwollhose keine voll verwendungsfähige Ware erhalten. Daher wäre darin – trotz Preiswürdigkeit der Hose – eine (versuchte) Vermögensschädigung des K zu erblicken gewesen (ebenso Lenckner NJW 1962, 59).

41 – Ob gleiches auch für den Fall anzunehmen ist, daß es dem K weniger auf die Gabardinequalität als solche als vielmehr auf die Ausnutzung eines günstigen *Gelegenheitskaufes* ankam, diese Frage hängt nicht mehr nur vom Verwendbarkeitskriterium, sondern auch davon ab, ob man durch das Vermögensstrafrecht nur den Vermögens-*Bestand* oder auch die Faktoren der Vermögens-*Mehrung* als geschützt ansieht. Folgt man der ersten Ansicht (so i. S. der h. M. der BGH bei E 9), so ist ein Vermögensschaden schon deshalb zu verneinen, weil der K nicht um einen bereits vorhandenen Vermögenswert, sondern lediglich um einen erwarteten *Vorteil* gebracht wurde (vgl. allerdings auch Lenckner NJW 1962, 59, wonach der K auch um sein Minderungsrecht gebracht werde). Sieht man dagegen auch die *wertbildenden* Faktoren als mitgeschützt an (dazu Nr. 13 A 15 f), ist ein Vermögensschaden jedenfalls dann nicht von der Hand zu weisen, wenn der getäuschte Käufer die Gelegenheit zu einem gewinnbringenden Weiterverkauf der Ware nutzen will oder sich zwecks Einsparung sonst vermeintlich höherer Kosten in objektiv zweckwidriger Weise in seiner wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit beschränkt. Soweit es dabei freilich (wie vorliegend) nur um Minimalbeträge geht, wird eine solche Beschränkung i. d. R. zu verneinen sein. Daß aber dieser Fall bei größeren Liquiditätsbeschränkungen durchaus praktisch werden kann, zeigte schon bald darauf der Melkmaschinen-Fall (Nr. 13).

42 Damit mag der Zellwollhose-Fall hier abgeschlossen sein, da es zunächst nur darum ging, das Schutzgut *Vermögen* und die Grundkategorien der *Schadensberechnung* und damit die **Zentralbegriffe des Vermögensstrafrechts** vorzustellen. In den nachfolgenden Fällen werden diese Grundsätze noch weiter zu entfalten und jeweils tatbestandlich einzuordnen sein.

Schrifttum: Zum **Schutzgut der Vermögensdelikte** sowie **allg. zum Betrug** vgl. *Arzt* III M; *Blei* II §§ 60, 61; *Bockelmann* II/1 §§ 10, 11; *Haft* II § 27; *Krey* II §§ 9, 11; *M-Schroeder* II/1 §§ 44, 46; *Otto* II §§ 38, 39, 51; *Schmidhäuser* II 11/1–40; *Welzel* § 54; *Wessels* II/2 §§ 13, 14. Zu **Einzelfragen** vgl. *Bockelmann,* Zum Begriff des Vermögensschadens beim Betrug, JZ 1952, 461; *Cramer,* Vermögensbegriff 64 ff; 113 ff; *ders.,* Grenzen des Vermögensschutzes im Strafrecht, JuS 1966, 472; *Eser,* Die Beeinträchtigung der wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit als Betrugsschaden, GA 1962, 289; *Gallas,* Der Betrug als Vermögensdelikt, Eb. Schmidt-FS 401; *Gutmann,* Der Vermögensschaden beim Betrug im Licht der neueren höchstrichterlichen Rechtsprechung, MDR 1963, 3, 91; *Hardwig,* Beiträge zur Lehre vom Betruge, GA 1956, 6; *Hirschberg,* Vermögensbegriff 277 ff; *Lenckner,* Vertragswert und Vermögensschaden beim Betrug des Verkäufers, MDR 1961, 652; *Mer-*

kel, II, 206ff; *Mohrbotter,* Die Anwartschaften im System des Betrugstatbestandes, GA 1971, 320; *Naucke,* Betrug 115ff, 215, 241ff; *Otto,* Vermögensschutz 34ff, 275ff; *Samson,* Grundprobleme des Betrugstatbestandes, JA 1978, 469, 564, 625; *Schönfeld,* Interessenverletzung u. Betrugsschaden, JZ 1964, 206; *Schröder,* Grenzen des Vermögensschadens beim Betrug, NJW 1962, 721; *ders.,* Zum Vermögensbegriff bei Betrug und Erpressung, JZ 1965, 513; *Seelmann,* Grundfälle zu den Straftaten gegen das Vermögen als Ganzes, JuS 1982, 268, 509, 748, 914. Speziell zu **Schadensproblemen** vgl. auch die Nachw. zu Nr. 13.

– **Speziell** zum *Zellwollhose-Fall* BGHSt 16, 220 vgl. *Lenckner* NJW 1962, 59; zum *Abtreibungspulver-Fall* RGSt 44, 230 (A 14) vgl. *Kohler,* Zweifelhafte Betrugsfälle, GA 60 (1913), 261; *Zeiler,* Der Betrug bei gesetzeswidrigen Rechtsgeschäften, GA 60 (1913), 251; zum *Freier-Fall* OLG Hamburg NJW 1966, 1525 (A 25) vgl. *Cramer* JuS 1966, 472; *Lenckner* JZ 1965, 107; Schröder JR 1966, 471; zum *Prämien-Fall* RGSt 16, 1 (A 13) u. auch *Abtreibungspulver-Fall* RGSt 44, 230 (A 14) vgl. Grünhut, Der strafrechtliche Schutz wirtschaftlicher Interessen, RG-Festgabe, V, 1929, 116.

Struktur des Betrugstatbestandes (§ 263) – Täuschungshandlung – Offenbarungspflicht – Irrtum

OLG Hamburg NJW 1969, 335: Hotelgast-Fall

2 Ss 87/68 vom 5. 9. 1968

SV **Sachverhalt:** Provisionsvertreter A, der keine feste Wohnung hatte, pflegte meistens in Hotels zu übernachten. So stieg er auch am 28. Mai mit seiner Freundin F im Hotel K ab und bestellte bis zum 31. Mai ein Doppelzimmer. Doch schon am darauffolgenden Abend, nachdem er bereits einige Ausgaben gemacht hatte, bemerkte er, daß sein Geld nur noch für die bevorstehenden Mahlzeiten reichen würde. Trotzdem nahm er noch weitere Hotelleistungen (Zimmer mit Frühstück im Werte von rd. 50 DM) bis zum 31. Mai in Anspruch. Die ihm beim Auszug präsentierte Rechnung von rd. 85 DM konnte er nicht bezahlen. Dies geschah vielmehr erst am 16. Juni, als er den zurückgelassenen Koffer abholte.

P **Zur Problemstellung:** Das LG glaubte, den A wegen dieses und eines ähnlichen Falles wegen Betrugs verurteilen zu können. Was könnte dagegen sprechen?

– Worin liegt die für § 263 erforderliche *Täuschungs*handlung? In der stillschweigenden Entgegennahme weiterer Hotelleistungen? Oder im Verschweigen der nachträglich eingetretenen Zahlungsunfähigkeit?

– Würde dies eine entsprechende *Offenbarungspflicht* des A voraussetzen? Wenn ja, woraus könnte sich diese ergeben? Aus dem Gastvertrag? Oder aus Treu und Glauben?

– Inwieweit könnte sich der Fall vom Normalfall der *Zechprellerei* unterscheiden? Inwieweit könnte von Bedeutung sein, daß A nachträglich dann doch bezahlt hat?

E **Aus den Gründen: [335]** „Die Voraussetzungen für Betrug liegen nicht vor, da den getroffenen Feststellungen keine Täuschungshandlung i. S. des § 263 entnommen werden kann.

1 Da A bei der Bestellung der Zimmer in der Lage war, die Hotelschulden zu bezahlen, hat das LG eine Täuschungshandlung darin gesehen, daß A ‚bewußt durch konkludente Vorspiegelung seiner (fortbestehenden) Zahlungsfähigkeit, deren Wegfall er nach Treu und Glauben hätte offenbaren müssen, bei den Hotelinhaberinnen den schon bestehenden Irrtum unterhalten hat, daß er beim Auszug das von ihm bestellte Doppelzimmer nebst Nebenleistungen bezahlen würde'. Diese Annahme des LG hält einer rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

2 Zwar trifft es zu, daß auch durch konkludentes Handeln falsche Tatsachen i. S. von § 263 vorgespiegelt werden können. Das ist einhellige Meinung und gilt gerade für den Fall der Zechprellerei. Wer die Leistung eines Gastwirtes in Anspruch nimmt, erklärt damit schlüssig, daß er sofort bezahlen wird (LK 8. Aufl. 11 d zu § 263; Schwarz-Dreher, 27. Aufl., Anm. 2 Ab zu § 263; Schönke-Schröder, 13. Aufl., Rn. 17 zu § 263; Maurach BT 4. Aufl., S. 293). Die hierzu veröffentlichten Entscheidungen (OLG Hamburg DR 40, 73; BayObLG JR 58, 66) betreffen jedoch Fälle, in denen Speisen und Getränke bestellt, aber nicht bezahlt wurden und deshalb die Täuschungshandlung bereits in der Bestellung erblickt worden ist.

3 Dem hier festgestellten Sachverhalt läßt sich dagegen nicht entnehmen, daß der A nach Vertragsschluß noch etwas bestellt hat zu einer Zeit, als er schon nicht mehr zahlungsfähig war. Er hat lediglich die ihm auf Grund des bereits bestehenden Vertrages angebotene Leistung angenommen, indem er sein Zimmer noch ein bzw. zwei Tage benutzt und sein Frühstück eingenommen hat. Dabei handelte der A zwar, aber er erklärte nichts wie bei einer Bestellung einer Leistung, die zum Abschluß eines Vertrages führt. Sein Schweigen (über den Eintritt seiner Zahlungsunfähigkeit) ist für sich allein aber noch kein Vorspiegeln (vgl. die Beispiele bei Schwarz-Dreher, aaO Anm. 2 Ab, und Schönke-Schröder, aaO Rn. 12). Auch in den vom BGH entschiedenen Fällen (LM Nr. 40 und Nr. 5 zu § 263 StGB und NJW 53, 1924) ging es darum, ob beim Abschluß von Rechtsgeschäften ein bestimmtes schlüssiges Verhalten des A einen bestimmten Erklärungswert hatte. Derartige Rechtsgeschäfte sind jedoch nach dem Eintritt der Zahlungsunfähigkeit des A zwischen ihm und den Hotelinhabern während der Mietzeit nicht mehr abgeschlossen worden.

4 2. Der A hat einen Betrug auch nicht dadurch begangen, daß er es unterlassen hat, den Eintritt seiner Zahlungsunfähigkeit zu offenbaren (darüber, daß Betrug durch schlüssiges Verhalten und durch Unterlassen scharf zu trennen sind, vgl. Schönke-Schröder, aaO Rn. 21; Maurach, aaO). Dabei kann offenbleiben, ob in der Verletzung der Offenbarungspflicht die Unterdrückung einer wahren Tatsache (so Jagusch, LK aaO Anm. 2 b zu

E § 263) oder die Vorspiegelung einer falschen Tatsache (der Zahlungsfähigkeit) durch Unterlassen zu erblicken ist (so Schönke-Schröder, aaO Rn. 21). In jedem Falle müssen besondere Umstände vorliegen, die eine solche Rechtspflicht begründen.

5 **[336]** Der BGH hat in BGHSt 6, 198 anerkannt, daß der Grundstückseigentümer nach Treu und Glauben verpflichtet ist, dem vorleistungspflichtigen Bauunternehmer, der hier eine Heizungsanlage einzubauen hatte, eine ungünstige Veränderung in seinen wirtschaftlichen Verhältnissen zu offenbaren, um ihm die Möglichkeit zu geben, von seinen
6 in § 321 BGB bestimmten Rechten Gebrauch zu machen. Im Gegensatz zu diesem Fall, in welchem dem Gläubiger durch die Erfüllung der Offenbarungspflicht des Schuldners ein erheblicher Vermögensverlust erspart wird, hat der Senat in 2 Ss 105/66 ausgesprochen, daß es bei Geschäften des täglichen Lebens, in denen es in der Regel um erheblich geringere Beträge geht, nicht erforderlich sei, zum Schutz der Gläubigerinteressen eine Offenbarungspflicht des Schuldners zu begründen und ihre Erfüllung durch strafrechtliche Sanktionen zu erzwingen. In dieser Entscheidung ist auch auf die von Schönke-Schröder (Rn. 24 zu § 263) und Jagusch (LK, 8. Aufl., Anm. 2b zu § 263) zitierten Beispiele hingewiesen worden, in denen es sich durchweg darum handelt, daß dem Aufklärungspflichtigen ein besonderes Vertrauen entgegengebracht wurde oder besondere, die Aufklärung begründende Vertragspflichten bestanden.

7 Im vorliegenden Fall bestand weder ein besonderes Vertrauensverhältnis zwischen dem A und den Hotelinhaberinnen noch sind besondere, die Aufklärung begründende Vertragspflichten ersichtlich. Allein der Umstand, daß der Gastwirt auf die fortgesetzte Zahlungsfähigkeit seines Schuldners vertraut, genügt nach Auffassung des Senats für die Annahme einer Offenbarungspflicht nicht. Das tun andere Gläubiger, die vorzuleisten verpflichtet sind, auch. Die Ansprüche des Gastwirtes sind ohnehin durch sein Pfandrecht bis zu einem gewissen Umfang gesichert. Es müssen deshalb andere Umstände, die den Gastwirt besonders schutzwürdig erscheinen lassen, hinzutreten.

8 Solche Umstände könnten z.B. darin erblickt werden, daß dem Gastwirt durch das Verschweigen der Zahlungsunfähigkeit des Gastes ein besonders großer Schaden entsteht, weil die versprochene Vorleistung infolge der Mietdauer oder der gewährten Einzelleistungen einen erheblichen Wert hatte. Das trifft hier jedoch nicht zu, da der A das Hotel alsbald nach Eintritt seiner Zahlungsunfähigkeit verlassen und sich mit der Annahme der mit dem Abschluß des Pensionsvertrages notwendig verbundenen Leistungen
9 des Gastwirtes (Unterkunft und Frühstück) begnügt hat. Schließlich wird auch nicht ohne Bedeutung sein, welche Möglichkeiten der Gast hat, die nach Eintritt seiner Zahlungsunfähigkeit entstehende Hotelschuld zu bezahlen. Je geringer die Aussichten auf eine Besserung seiner finanziellen Verhältnisse sind und je größer damit das Risiko des Gastwirtes ist, zu seinem Gelde zu kommen, um so eher wird man nach Treu und Glauben (§ 157 BGB) eine Offenbarungspflicht bejahen können. Insoweit hat das LG jedoch festgestellt, daß der A 14 Tage später die gesamte Hotelschuld voll ... bezahlt hat ...

10 Da somit auf Grund des vom LG festgestellten Sachverhalts eine Rechtspflicht des A, seine Zahlungsunfähigkeit zu offenbaren, nicht bestand, kommt es nicht darauf an, ob er nach den erwähnten Zeitpunkten noch Hotelleistungen ‚in Kenntnis seiner Offenlegungspflicht' angenommen hat."

A 1 **Zur Erläuterung und Vertiefung:** Während im Zellwollhose-Fall (Nr. 10) die Vermögens- und Schadensproblematik und damit Kernfragen des gesamten Vermögensstrafrechts im Mittelpunkt standen geht es hier um ein spezielles Problem des § 263: um Art und Grundlage der *Täuschungs*handlung. Bevor jedoch darauf noch näher einzugehen ist (II), sei zunächst ein kurzer Blick auf die allgemeine *Struktur* des BetrugsTB (I) geworfen, um auf diese Weise die Einordnung der teils recht vielschichtigen Betrugsproblematik zu erleichtern. Abschließend wird noch die *Irrtums*erregung anzusprechen sein (III).

2 **I. Struktur des Betrugstatbestandes.**

1. Geht man vom *Wortlaut* des § 263 aus und versucht, dessen Merkmale dem typischen Handlungsablauf entsprechend zu ordnen, so treten im wesentlichen folgende **Strukturelemente** hervor:

(a) Täuschungshandlung durch den Täter: „durch Vorspiegelung falscher oder durch Entstellung oder Unterdrückung wahrer Tatsachen": **Täuschungselement;**

(b) dadurch Erregung oder Unterhaltung eines Irrtums bei einem anderen: **Irrtumselement;**

(d) als Folge davon Beschädigung des Vermögens eines anderen: **Vermögensschadenselement;**

(e) dabei Absicht des Täters, „sich oder einem Dritten einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen": **Vorteilselement.**

3 Daß vorangehend die Position (c) übersprungen wurde, ist kein Versehen, sondern geschah mit Vorbedacht. Wie sich nämlich schon bald nach Inkrafttreten des StGB

A herausstellte, fehlt zwischen dem Irrtums- und Schädigungselement noch ein Bindeglied: Da der Irrtum als solcher schwerlich einen Vermögensschaden bewirken kann, bedarf es dazu noch einer vermögensschädigenden Handlung, und zwar gerade des Getäuschten; denn nur so ist der selbstschädigende Effekt des Betruges voll erfaßbar. Demzufolge wird seit Merkel (1867) von der ganz h.M. noch ein *ungeschriebenes* Tatbestandsmerkmal in den § 263 hineingelesen, nämlich:

(c) die Vermögensverfügung des Getäuschten, wodurch dessen Irrtum (b) überhaupt erst in einen Vermögensschaden (d) umschlagen kann: **Verfügungselement.**

4 Diese 5gliedrige TB-Kette: Täuschung – Irrtum – Vermögensverfügung – Vermögensschaden – Vermögensvorteil, wirft jedoch bereits strukturelle Probleme auf, wenn sich der Betrug nicht nur zwischen dem Täter und einem einzigen Opfer abspielt, sondern noch **weitere Personen beteiligt** sind: so, wenn beispielsweise in einem Zechprellerfall nicht der Gastwirt selbst, sondern der Kellner getäuscht wird, der Schaden aber naturgemäß beim Gastwirt eintritt, und/oder der Täter nicht nur sich selbst, sondern auch noch seine Freundin begünstigen will. In einem solchen Fall können neben dem Täter noch drei weitere Personen aktiv oder passiv am Betrugsgeschehen „beteiligt" sein. Da nun aber die genannten Betrugselemente keineswegs nur kumulativ nebeneinander, sondern in einem **Funktionszusammenhang** zu sehen sind, stellt sich die Frage, welche Tatbestandselemente in welcher Person verwirklicht sein bzw. in welchem Verhältnis die „Beteiligten" zueinander stehen müssen. Dazu läßt sich schlagwortartig folgendes festhalten:

5 – *Unbedingt identisch* sein müssen der Getäuschte und der Verfügende; denn nur so ist sichergestellt, daß die Verfügung gerade aufgrund des durch Täuschung erregten Irrtums erfolgt (näher Hafterschleichungs-Fall Nr. 12 A 33).

6 – Dagegen können *Verfügender* und *Geschädigter auseinanderfallen:* so in den heute tatsächlich nicht seltenen Fällen, daß die Verfügung des Getäuschten schädigende Auswirkungen auf das von ihm betreute Fremdvermögen hat (Nr. 12 A 33).

7 – Ebenso können *Täter* und *Bereicherter* auseinanderfallen; denn anders als bei § 242 reicht für § 263 auch die Drittbereicherung aus (Nr. 14 A 10f).

8 **2. Betrugskonstellationen.** Aufgrund der mehrgliedrigen TB-Kette des Betrugs sind demzufolge je nach Zahl und Stellung der „Beteiligten" gewisse typische Betrugskonstellationen denkbar. Um dies am Beispiel einer Zechprellerei zu verdeutlichen, bei der der Täter von vornherein die Absicht hat, ohne Bezahlung das Weite zu suchen:

- *Zweiseitiger Betrug*" liegt vor, wenn der Zechpreller Z direkt und allein mit dem Gastwirt G zu tun hat.
- *Dreiecksbetrug:* wenn der Z den Kellner K täuscht und durch dessen Verfügung (Überreichung der Speisen) der G geschädigt wird.
- *„Altruistischer Betrug":* wenn Z den G zugunsten seiner Freundin F um die Zeche prellt.
- *„Altruistischer Vierecksbetrug":* wenn Z durch Täuschung des K zu Lasten des G die F begünstigen will.

9 Auf diese Grundfiguren des Betrugs wird in den nachfolgenden Fällen immer wieder zurückzukommen sein. – Doch betrachten wir zunächst das Betrugselement, mit dem die TB-Verwirklichung zu beginnen hat und das allen Betrugskonstellationen gemeinsam ist:

10 **II. Täuschung durch den Täter.**

A. Gegenstand der Täuschung. Wie auch immer der Täter vorgeht, um sein Opfer irrezuführen, Bezugsobjekt seiner Täuschung muß eine „Tatsache" sein: sei es, daß er eine nicht vorhandene Tatsache vorspiegelt, oder sei es, daß er eine wirkliche Tatsache als nicht gegeben hinstellt.

11 1. Als **Tatsachen** in diesem Sinne sind nach h.M. Ereignisse oder Zustände der *Vergangenheit* oder *Gegenwart* zu verstehen, nicht dagegen Zukunftsereignisse. Allerdings können auch letztere insofern Tatsachen sein, als die *Zukunfts*prognose auf eine Vergangenheits- oder Gegenwartsaussage begründet wird: so z.B, indem der in Aussicht gestellte Wertzuwachs einer Ware auf angeblich günstige Marktverhältnisse oder bereits erfahrene Zuwachsraten gestützt wird.

12 a) Welche Bedeutung könnte diese Differenzierung zwischen (Vergangenheits- bzw. Gegenwarts-)*Tatsachen* und reinen Zukunfts*prognosen* für den vorliegenden Hotelgast-Fall haben? Da irrtumserheblich hier allein der Eintritt der Zahlungsunfähigkeit sein kann, diese sich aber nicht schon bei Annahme der Hotelleistungen, sondern erst

A bei Präsentierung der Rechnung bei der Abreise auswirkt, scheint in der Zahlungsunfähigkeit lediglich ein Zukunftsereignis zu liegen. Wie sich jedoch bei genauerem Hinsehen zeigt, ist diese Auswirkung immerhin schon insofern Gegenwartsereignis, als die auslösenden Faktoren (vorzeitiger Verbrauch des Geldes) bereits gesetzt sind. Deshalb liegt im Eintritt der Zahlungsunfähigkeit durchaus eine täuschungsrelevante Tatsache. Eine ganz andere Frage freilich ist, ob der A mit Bezug darauf tatsächlich auch „getäuscht" hat; darauf wird noch zurückzukommen sein (A 28).

13 b) Wie aber wäre zu entscheiden, wenn A nicht die objektive Zahlungsfähigkeit, sondern lediglich die *subjektive* Zahlungsbereitschaft fehlen würde? Damit ist das Problem sog. **innerer Tatsachen** im Unterschied zu solchen der *objektiven Außenwelt* angesprochen. Doch da auch solche Motive, Absichten oder Gefühle des Innenlebens vorgetäuscht oder verschwiegen werden können, werden auch darin zu Recht zur Irreführung geeignete „Tatsachen" erblickt (h.M., vgl. Lackner LK § 263 Rn. 11 m.w.N.; a.A. wohl nur Naucke 214); davon scheint auch das OLG bei E 2 als selbstverständlich ausgegangen zu sein (E 2). Vgl. etwa auch den Fangprämie-Fall OLG Koblenz NJW 1976, 63 zur Täuschung über Nichtanzeigeabsicht, m. krit. Anm. Blei JA 1976, 162.

14 2. *Anders* steht es dagegen mit bloßen **Werturteilen,** die lediglich Ausdruck einer persönlichen Meinung („erfolgreichster Vertreter meiner Firma") oder erkennbar übertriebener marktschreierischer Reklame („wäscht weiß, weißer geht's nicht") sind. Sind darin aber zugleich gewisse *Tatsachenbehauptungen enthalten,* wie z.B. die Vorspiegelung unbedingter Zahlungskompetenz (Gast verdreifacht prahlerisch sein Nettogehalt) oder die ernsthafte Zusicherung verkehrserheblicher Eigenschaften (Giftfreiheit eines Waschmittels) oder eines wissenschaftlich erprobten Herstellungsverfahrens („medizinisch kontrolliertes Stärkungsmittel"), so kann zumindest dieser Tatsachenkern Gegenstand einer Täuschung sein (vgl. Lackner LK § 263 Rn. 12, aber auch Samson SK § 263 Rn. 12ff). Andererseits liegt in der schlichten *Geltendmachung von nicht einklagbaren Forderungen* (z.B. wegen Verjährung) oder sonstigen unvollkommenen Verbindlichkeiten (wie etwa aus Ehevermittlung i.S. von § 656 BGB) nicht ohne weiteres eine Tatsachenbehauptung, sondern i.d.R. wohl nur eine als bloßes Werturteil zu verstehende Rechtsbehauptung: vgl. Ehemakler-Fall OLG Stuttgart NJW 1979, 2573 m. Anm. Müller JuS 1981, 255, Heid JuS 1982, 22.

15 3. Je nachdem, ob es sich bei Tatsachen nun um *„wahre"*, nämlich wirklich gegebene, aber vom Täter verdeckte, oder um *„falsche"*, nämlich in Wirklichkeit nicht vorhandene, aber vom Täter vorgegebene, Umstände handelt, kann auch die Täuschungs*art* eine jeweils andere sein:

B. Täuschungsmodalitäten.

16 1. Nach der Vorstellung des Gesetzgebers war Grundtyp der Täuschung offenbar das **positive Tun,** und zwar in drei Alternativen:

– *„Vorspiegelung falscher Tatsachen":* der zu Täuschende soll eine nicht gegebene Tatsache für gegeben ansehen; z.B. auf gezieltes Befragen hin erklärt sich der dubios erscheinende Hotelgast ausdrücklich als zahlungskräftig; für den unechten Rembrandt werden fabrizierte Echtheitsgutachten vorgelegt.

17 – *„Unterdrückung wahrer Tatsachen":* der zu Täuschende soll etwas tatsächlich Gegebenes nicht bemerken, z.B. durch Überstreichen der mit Schwamm befallenen Stellen eines Hauses (RGSt 20, 144/5) oder Zurückdrehen des Km-Zählers, um das Alter des Gebrauchtwagens zu verdecken (vgl. BayObLG MDR 1962, 70).

18 – *„Entstellung wahrer Tatsachen":* durch die Verschiebung an sich zutreffender Verhältnisse (Hinzufügungen, Auslassungen oder Gewichtsverlagerungen) soll ein letztlich unzutreffendes Gesamtbild erzeugt werden: z.B. bei Bilderkauf werden dubiose Echtheitsexpertisen herausgehoben, während Gegengutachten kompetenterer Fachleute abgetan werden; der Hotelgast unterstreicht seine Zahlungsfähigkeit mit seinem tatsächlich beträchtlichen Gehalt, ohne gleichzeitig auch seine horrend hohen Verpflichtungen zu erwähnen.

19 Die **Form,** in der auf vorgenannte Weise positiv getäuscht wird, ist gleichgültig: dies kann daher sowohl durch *Worte, Gestik* (Kopfnicken), *Mimik* (gespielte Begeisterung über tatsächlich wertloses Bild), *Zeichen* (Etikettierung von bloßem Verschnitt als „Schwarzwälder Kirschwasser": BGH GA 1966, 311) oder auch sonstige *Realhandlungen* mit Erklärungswert (Vorzeigen einer prallgefüllten Brieftasche, Vorfahren mit exklusivem Wagen, um Zahlungsfähigkeit vorzutäuschen) geschehen.

A 20 – Indes: Selbst wenn auf diesem Wege die Modalitäten des Vorspiegelns, Unterdrükkens und Entstellens schon sehr weit ausgedehnt worden sind, sind damit noch *nicht alle Arten* von Täuschungsmöglichkeiten *erfaßt*. Wo etwa wäre der vorliegende *Hotelgast-Fall* einzuordnen, nachdem A weder ausdrücklich den Fortbestand seiner Zahlungsfähigkeit vorgespiegelt noch den Eintritt der Zahlungsunfähigkeit positiv verdeckt hat? Selbst in solchen Fällen von Zechprellerei, wo dem Gast von vornherein jede Zahlungsbereitschaft fehlt, wäre daher eine Täuschung zu verneinen, wenn man dafür irgendeine Form von Ausdrücklichkeit verlangen wollte. Nicht nur, um diesen engen Ansatz, wie er dem Gesetzgeber vorgeschwebt haben mag, zu überwinden, sondern vor allem auch deshalb, um die weitaus raffinierteren Formen verschlüsselter Irreführungen oder schlichten Schweigens, wo Aufklärung geboten wäre, erfassen zu können, soll nach heute vorherrschender Meinung (vgl. Lackner LK § 263 Rn. 9, 23 ff m. w. N.) über ausdrücklich positives Handeln hinaus auch durch konkludentes Verhalten (2) und durch pflichtwidriges Schweigen (3) getäuscht werden können.

21 2. **Täuschung durch schlüssiges Verhalten** ist anzunehmen, wenn das Gesamtverhalten des Täters Schlußfolgerungen auf das Vorliegen (bzw. Nichtvorliegen) einer bestimmten Tatsache zuläßt. Das setzt naturgemäß voraus, daß dem Verhalten des Täters unter Berücksichtigung der konkreten Umstände ein bestimmter Erklärungswert zukommt.

22 a) Ob und inwieweit einem Verhalten ein bestimmter **Erklärungswert** zu entnehmen ist, hängt freilich weitgehend von der jeweiligen *Verkehrsauffassung* ab (vgl. „Sonderpreis"-Fall OLG Frankfurt MDR 1982, 847). Danach bemessen wird beispielsweise im Angebot einer Sache zugleich die Erklärung erblickt, daß sie im Eigentum des Veräußerers steht. Oder wer dem Kreditgeber seine Warenvorräte als Sicherungsgrundlage anbietet, gibt damit zu verstehen, daß diese nicht bereits mit Rechten anderer belastet sind (RG Recht 1929, 160 Nr. 652). Der Bankkunde, der irrtümlich seinem Konto gutgeschriebene Beträge abhebt, soll damit nach OLG Köln NJW 1961, 1735 (Fehlbuchungs-Fall: unten A 30) schlüssig erklären, daß die Gutschrift zu Recht erfolgt war (krit. Bockelmann ZStW 79, 28/47). Wer dagegen bei Einlösung eines Schecks versehentlich zu viel ausgezahlt erhält und den Überbetrag kommentarlos an sich nimmt, bestätigt damit nicht ohne weiteres die Richtigkeit der Höhe; denn darin liegt ohne Hinzutreten weiterer Umstände lediglich ein *Ausnutzen* der beim Zahlenden bereits vorhandenen unrichtigen Vorstellung: Fehlauszahlungs-Fall OLG Köln NJW 1980, 2366 m. Anm. Volk JuS 1981, 880 (vgl. auch A 52). Ähnlich soll nach OLG Frankfurt NJW 1971, 527 (Dinar-Fall) in kommentarloser Vorlegung abgewerteter *Devisen*, in der Hoffnung, daß sie noch zum alten Kurs umgetauscht würden, keine konkludente Täuschung liegen, dagegen aber dann, wenn der Kassierer sich ausdrücklich über den nach seiner Meinung noch gültigen Wechselkurs äußert und der Bankkunde wider besseres Wissen dazu schweigt. Überhaupt will das OLG Hamm MDR 1968, 778 in der Vorlage ausländischer Geldscheine zwecks Umtauschs zugleich die Erklärung erblikken, daß es sich um gültige Geldscheine handele, die noch den aus dem Aufdruck ersichtlichen Wert haben. Oder wer einen *Scheck* hingibt, erklärt damit stillschweigend, daß nach seiner Kenntnis der Umstände jedenfalls am Vorlegungstage Deckung vorhanden sein wird (BGHSt 3, 69/71; vgl. aber auch BGH NJW 1983, 461, wonach es am Vermögensschaden fehlen könne). Weiteres Rspr-Material, insbesondere auch zu den problematischen Fällen stillschweigender Zusicherung von Kreditfähigkeit, bei Lackner LK § 263 Rn. 31 ff, S/S-Cramer § 263 Rn. 14 ff.

23 b) **Übervorteilungsfälle.** Wie schon diese wenigen, aber durchaus typischen Beispiele zeigen, ist die Messung des Erklärungswertes an der (scheinbar objektiven) Verkehrsauffassung mit manchen Wertungsunsicherheiten behaftet. Diese werden noch größer, wenn es nicht nur um die konkludente Vorspiegelung objektivierbarer Eigenschaften (wie Echtheit, Währungskurs) oder Fähigkeiten (wie Liquidität, Verfügungsbefugnis) geht, sondern um *subjektive Wert- und Preisvorstellungen*. Denn da aufgrund der *Vertragsfreiheit* die Preisgestaltung im Belieben der Parteien steht (vgl. Arzt III 122 f), kann im Grunde jeder fordern, was er will, also auch objektiv übersteigerte, im Vergleich zur Gegenleistung unangemessen hohe Preise oder Provisionen. Deshalb ist jedenfalls im Grundsatz mit der h. M. davon auszugehen, daß in der Forderung eines Preises nicht ohne weiteres die Zusicherung liegt, daß dieser Preis auch angemessen sei (RGSt 42, 147/150: Arzneitaxen-Fall).

24 Freilich muß das sich daraus ergebende Gebot der Wachsamkeit spätestens dort seine Grenze finden, wo nach den Gepflogenheiten des Verkehrs der Vertragspartner auch

A ohne besondere Abrede ein bestimmtes **Preisniveau als stillschweigend zugesichert** annehmen darf. Das ist vor allem in folgenden *Ausnahmefällen* anzunehmen:

– Schon von Gesetzes wegen bei Werkverträgen, weil hier nach § 632 II BGB mangels sonstiger Vereinbarung die *„übliche" Vergütung* als vereinbart gilt. Demgemäß liegt etwa in der Rechnungsstellung eines Bauunternehmers zugleich die Zusicherung, daß der geforderte Betrag nicht über das übliche Niveau hinausgehe.

– Das gilt namentlich auch bei Bestehen von *Tax-* oder *Listenpreisen.* Demgemäß durfte im Rollgeld-Fall (BGH LM Nr. 5 zu § 263) der Frachtgutempfänger davon ausgehen, daß ihm lediglich das tarifmäßige Rollgeld berechnet würde; in der stillschweigenden Überhöhung lag daher eine Täuschung durch schlüssiges Verhalten. Ähnlich RGSt 42, 147/9 im Arzneitaxen-Fall.

25 Daß jedoch das Bestehen von Taxpreisen nicht voreilig angenommen werden darf, zeigt der *Rondinella-Fall* **OLG Stuttgart NJW 1966, 990:** Dort hatte Viehhändler A sein kurz zuvor für 850 DM gekauftes Reitpferd Fleury gegen Rondinella ausgetauscht, die ihren Eigentümer 6000 DM gekostet hatte. Obgleich A um diesen krassen Wertunterschied wußte, hat das OLG konkludente Täuschung verneint; denn: „Selbst wenn man grundsätzlich für möglich hält, durch stillschweigendes Überhöhen des Preises oder Überbewertung eines Tauschobjektes zu täuschen, kommt das nach der st. Rspr doch nur dort in Betracht, wo der Wert einer Ware tax- oder listenmäßig festgelegt ist, und der Käufer nach allgemeinen Marktgepflogenheiten davon ausgehen darf, daß der Verkäufer nur den Listen-, Tax- oder handelsüblichen Preis verlangt (h. M.; enger Jecht GA 1962, 41 ff). Eine derartige Praxis besteht beim Pferdehandel jedoch nicht. Hier hängen die Wertvorstellungen der Geschäftspartner vielmehr oft sogar von rein subjektiven Affektionsgesichtspunkten ab. Deshalb konnte der Tauschpartner des A nicht ohne weiteres darauf vertrauen, mit der Fleury werde ihm ein Pferd angeboten, das nach allgemeinen objektiven Preisvorstellungen in etwa dem Wert der Rondinella entspreche." Übrigens wurde in diesem Fall auch Täuschung durch Verschweigen verneint (vgl. unten A 29, 41).

26 Dagegen wird eine gewisse *Wertäquivalenz* zwischen Leistung und Gegenleistung dort als *zugesichert* anzunehmen sein, wo die Höhe des Preises Rückschlüsse auf bestimmte Eigenschaften nahe legt: so z. B., daß eine Stereo-Anlage bei Vergleich mit dem allgemeinen Preisniveau die Hi-Fi-Norm erfüllen müßte.

27 c) Wie ist nach alledem der *Hotelgast-Fall* zu beurteilen? Würde es sich um den Normalfall einer Zechprellerei handeln, wo der Täter *von Anfang an,* zumindest aber bereits bei Aufgabe der Bestellung *zahlungsunfähig* oder nicht zahlungsbereit ist, so wäre nach allg. Meinung an einer konkludenten Täuschung nicht zu zweifeln; denn da es sich in solchen Fällen regelmäßig um ein Bargeschäft (mit Vorleistungspflicht des Wirtes) handelt, gibt man zu erkennen, daß man auch zur anschließenden Bezahlung willens und in der Lage sei (zu den Nachw. bei E 2 vgl. ferner BGH GA 1972, 209).

28 – Vorliegend ist die Sachlage jedoch insofern anders, als die Zahlungsunfähigkeit erst *nach Vertragsabschluß* eingetreten ist. Daher könnte allenfalls in der stillschweigenden Entgegennahme der Hotelleistungen die konkludente Zusicherung fortbestehender Zahlungsfähigkeit erblickt werden (so in der Tat Hirsch NJW 1969, 854 f). Indes: Wie steht es hier mit dem Erklärungswert der schlichten Entgegennahme von bereits vereinbarten Leistungen? Kann darin tatsächlich die auf die eigene Gegenleistung bezogene Erklärung erblickt werden, daß man dazu nach wie vor in der Lage sei? Müßte ein derartiger Grundsatz nicht zu einer schweren Behinderung des allgemeinen Geschäftsverkehrs führen, weil danach im Grunde jede Beteiligung an der Vertragsabwicklung mit der gleichzeitigen Zusicherung fortbestehender Gegenleistungsfähigkeit belastet wäre? Da derartige Folgen schwerlich noch im Rahmen konkludenter Schlußfolgerungen liegen, hat das OLG diese Täuschungsform i. E. zu Recht verneint (zust. Krey II Fall 47, Triffterer JuS 1971, 181, ebenso Schröder JR 1969, 110), freilich vorausgesetzt, daß A nach Eintritt seiner Zahlungsunfähigkeit nicht noch weitere, vom bisherigen Vertrag nicht mehr gedeckte Leistungen verlangt; denn dann läge der Normalfall der Zechprellerei (A 27) vor (in diesem Sinne wohl auch die Bemerkung des OLG bei E 10).
– Damit wäre hier Täuschung allenfalls noch über eine dritte Modalität begründbar:

29 **3. Täuschung durch Schweigen trotz gebotener Aufklärung.**

a) Angesichts der erhöhten Anforderungen, die an den Betrug durch Unterlassen zu stellen sind (A 33), kommt der **Grenzziehung** zwischen dem (zuvor erörterten) *konkludenten* Täuschen und dem Täuschen durch bloßes *Unterlassen* große praktische Bedeutung zu. Denn konkludentes Täuschen enthält Elemente **positiven Tuns** jedenfalls insofern, als der Täter nicht völlig schweigt, sondern – wenn auch bruchstückhaft und

A daher irreführend – immerhin gewisse Handlungen mit Erklärungsgehalt vornimmt. Dieses „Reden trotz teilweisen Verschweigens" rechtfertigt es, konkludentes Täuschen noch als Form positiven Tuns zu behandeln, so daß es keiner besonderen Aufklärungspflicht bedarf. Deshalb ist in praktischen *Fallbearbeitungen* zunächst immer nach konkludentem Verhalten zu fragen (Lackner LK § 263 Rn. 22). Demgegenüber ist Täuschen durch **Unterlassen** dadurch gekennzeichnet, daß der Täter sich hinsichtlich des irreführenden Umstandes jeder – und sei es auch nur andeutungsweisen – Äußerung enthält: so im Rondinella-Fall (A 25), wo der Viehhändler die Vorstellung des Tauschpartners von der vermeintlichen Gleichwertigkeit der beiden Pferde durch bewußtes Aussparen dieses Punktes in den Vertragsverhandlungen unkorrigiert läßt, oder im Hotelgast-Fall, wenn der A sich über den Eintritt seiner Zahlungsunfähigkeit einfach ausschweigt.

30 Daß diese Grenze zwischen konkludentem Täuschen und „echtem Schweigen" freilich nicht immer leicht zu ziehen ist, zeigt der *Fehlbuchungs-Fall* **OLG Köln 1961, 1735,** wo die A einen ihrem Bankkonto irrtümlich gutgeschriebenen Betrag in mehreren Einzelbeträgen durch Scheck oder Auszahlungsquittung abhob: Während die Vorinstanz bloßes Ausnutzen eines bereits bei der Bank bestehenden Irrtums durch Schweigen annahm (und demzufolge zu der zweifelhaften Annahme einer Aufklärungspflicht der Kundin genötigt war), sah das OLG Köln in der Vorlage einer Auszahlungsquittung „die stillschweigende, konkludent abgegebene Erklärung, die Bank solle dem Kunden den Betrag aus dem *ihm zustehenden* Guthaben zahlen" (i.E. zust. Schröder JR 1961, 434f). Vgl. aber demgegenüber auch OLG Stuttgart NJW 1979, 2321 m. Anm. Müller JR 1979, 472. Zu einem ähnlichen Grenzfall („Spätwette" BGHSt 16, 120) Bockelmann NJW 1961, 1934f. Sehr weitgehend in der Annahme konkludenter Vorspiegelung von Beurkundungsvollmacht BGH NStZ 1982, 70. Weitere Nachw. bei S/S-Cramer § 263 Rn. 16f.

31 b) **Unterlassungsgrundsätze.** Liegt nun im Einzelfall tatsächlich „bloßes Schweigen" vor, so läßt sich eine Strafbarkeit des Schweigens nur noch nach den allgemeinen Unterlassungsgrundsätzen begründen, wonach insbes. eine entsprechende *Garantenpflicht* erforderlich ist (allg. dazu StrafR II Nr. 25). Da es um die Beseitigung oder Abwehr eines Irrtums geht, ist als *Inhalt* der Garantenpflicht vom Täter zu verlangen, daß er den Partner über alle Umstände aufklärt, die nach vernünftigem Urteil für dessen Willensbildung von Erheblichkeit sein können: *Aufklärungspflicht.* Freilich ist dieser Weg nur dann gangbar, wenn man Täuschen durch Unterlassen **überhaupt** für **möglich** und **zulässig** hält:

32 – Dies wird von einer Mindermeinung grds. verneint, und zwar vor allem deshalb, weil man vom Täter nicht verlangen könne, seine eigenen rechtswidrigen Absichten zu offenbaren (H. Mayer AT 152, Naucke, Betrug 106ff, 214; vgl. auch Bockelmann II/1 § 11 A II 1c, Grünwald H. Mayer-FS 291). Dabei wird jedoch wohl verkannt, daß es keineswegs um die Pflicht zur Offenbarung unlauterer Absichten, sondern lediglich um die Aufklärung über Umstände geht, von denen der Täter erkennt, „daß sie dem anderen Vertragsteil unbekannt, für seinen Willensentschluß aber bestimmend waren" (RGSt 70, 151/6f). Ähnlich wie bei anderen Erfolgsdelikten erscheint es daher auch beim Betrug grds. möglich, den bei Schweigen eintretenden Irrtum durch entsprechende Aufklärung abzuwenden. Deshalb konnte in Übereinstimmung mit der h.M. (vgl. Samson SK Rn. 42f, S/S-Cramer Rn. 18, je zu § 263 m.w.N.) auch vorliegend das OLG die Möglichkeit einer Täuschung durch Unterlassen grds. in Betracht ziehen (E 4).

33 – Ungeachtet dieser prinzipiellen Zulässigkeit ist freilich einzuräumen, daß bei Täuschung durch Schweigen der Betrugstatbestand in *kriminalpolitisch bedenklicher* Weise ausgeweitet werden kann. Um dieser Gefahr vorzubeugen, sind nicht nur die Aufklärungspflichten möglichst eng zu fassen (vgl. Triffterer JuS 1971, 181/3 m.w.N.), sondern auch die *Gleichwertigkeit* mit positivem Tun nach § 13 ausdrücklich festzustellen (vgl. Versicherungspolicen-Fall OLG Karlsruhe MDR 1975, 771 sowie StrafR II Nr. 25 A 42a). Auch wird in jedem Einzelfall zunächst streng zu prüfen sein, ob nicht doch bereits konkludentes Täuschen vorliegt und sich damit die Aufklärungsfrage gar nicht mehr stellt (vgl. A 29). – Soweit es aber nun (wie hier) tatsächlich auf diese Aufklärungspflicht ankommt, worauf könnte diese gestützt werden?

34 c) **Grundlagen der Aufklärungspflicht.**

α) Von der klassischen Garanten-Trias ausgehend (StrafR II Nr. 25 A 48) kommt auch bei Betrug zunächst das **Gesetz** in Betracht: so z.B. § 666 BGB für die Auskunftspflicht des Beauftragten, § 16 VVG für die Anzeigepflicht des Versicherungsnehmers über risikoerhebliche Umstände, ferner Mitteilungspflichten von Versorgungs- und

A Sozialhilfeempfängern bei Besserung ihrer Vermögenslage (vgl. Renten-Fall OLG Köln NJW 1979, 278 m. Anm. Kühl JA 1979, 682). Zu Meldepflichten bei Wegfall von Subventionsvoraussetzungen vgl. Arbeitsförderungs-Fall in Nr. 15 A 28.

35 β) Ebenso kann sich aus **pflichtwidrigem Vorverhalten,** so etwa sorgfaltswidriger Erregung eines Irrtums, eine Aufklärungspflicht ergeben (instruktiv dazu Adreßbuch-Fall OLG Stuttgart NJW 1969, 1975). – Frage: Käme dieser Haftungsgrund auch für den Hotelgast-Fall in Betracht? Hirsch glaubt eine Ingerenz in der *Bestellung* erblicken zu können; denn „durch dieses Tun wird die Rechtspflicht begründet, durch aktives Handeln die Folgen dieses Tuns zu verhindern" (NJW 1969, 853/4). Jedoch erscheint dabei verkannt, daß eine Erfolgsabwendungspflicht nicht schon aus schlichtem Vorverhalten (Bestellung), sondern erst aus „pflichtwidrigem" Vorverhalten erwächst. Worin aber sollte diese Pflichtwidrigkeit hier eigentlich erblickt werden? Im nachherigen Ausgeben des Geldes? Aber müßte diese Ansicht – auf den allgemeinen Geschäftsverkehr übertragen – nicht zwangsläufig zu einer ungebührlichen Beschränkung der Dispositionsbefugnis führen? Zu Recht daher aus diesem und ähnlichen Gründen Ingerenz verneinend Triffterer JuS 1971, 181/3f. Überhaupt werden bei Ingerenz jeweils auch die Zumutbarkeitsgrenzen (vgl. StrafR II Nr. 25 A 32; Nr. 26 A 13 ff) zu beachten sein.

36 γ) Bei Aufklärungspflichten aus **Vertrag** ist folgendermaßen zu differenzieren:
– Unbedenklich ist diese Grundlage dann, wenn die Auskunftspflicht gegenüber dem Partner ausdrücklich zum Vertragsinhalt gehört: so etwa die Informierung des stillen Gesellschafters über die Höhe des Jahresgewinnes (vgl. RGSt 65, 107).

37 – Fraglich ist dagegen, ob bereits die Vertragsbeziehung *als solche* Grundlage einer Aufklärungspflicht sein kann; denn soll der Betrugstatbestand nicht zum Büttel jedweder zivilrechtlicher Vertragswidrigkeiten werden, so kann ein Vertrag als solcher nur dann Grundlage einer Aufklärungspflicht sein, wenn dadurch ein **„besonderes Vertrauensverhältnis"** zwischen den Partnern begründet wurde. Daß dafür schon ein einfacher Beherbergungsvertrag ausreichen könnte, hat das OLG vorliegend zu Recht verneint (E 7). Denn ein solches Vertrauensverhältnis wird i. d. R. nur bei *geschäftlichen Beziehungen von einer gewisser Dauer,* verbunden mit der Verpflichtung zur Wahrnehmung fremder Vermögensinteressen, anzunehmen sein (M-Schroeder II/1 § 46 II A 1c cc). Und dies wird allenfalls bei Gesellschaftsverhältnissen, stillen Beteiligungen, partiarischen Darlehnsverhältnissen oder anwaltlicher Betreuung der Fall sein (vgl. Lackner LK § 263 Rn. 63), nicht dagegen im Verhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitsamt (OLG Braunschweig NJW 1962, 314/5) und ebensowenig in der Unterhaltung eines Gehaltskontos bei einer Bank (vgl. Fehlbuchungs-Fall OLG Köln NJW 1961, 1735, zust. Schröder JR 1961, 434f); weitergehend aber wohl RGSt 70, 225/7 (Versicherungsnehmer gegenüber Versicherung) und M-Schroeder aaO. Zudem sind neben den vertraglichen Rechten und Pflichten jeweils auch die wirtschaftlichen Gepflogenheiten mitzuberücksichtigen; dies ist vor allem in Krisensituationen bedeutsam (instruktiv dazu Kreditentzug-Fall OLG Stuttgart JR 1978, 388 m. Anm. Beulke).

38 δ) Ferner kann sich aus **Treu und Glauben** eine Aufklärungspflicht ergeben; denn trotz mancher Bedenken (vgl. etwa Welzel § 54 I 1b: „individualethische Überspitzung"; „sozialethisch gefährlich, da diese Aufklärungspflicht den Verschlafenen prämiiert"; krit. auch Baumann JZ 1957, 367/9, Deubner NJW 1969, 623) wird seit **RGSt 70, 151/6** in § 242 BGB ein *„unser ganzes Recht beherrschender Grundsatz, der insbesondere auch im Strafrecht Berücksichtigung zu beanspruchen hat"*, erblickt. Trotz prinzipieller Anerkennung dieser Aufklärungsgrundlage (vgl. S/S-Cramer § 263 Rn. 2ff m. w. N.) ist aber deren Umfang alles andere als klar abgrenzbar. Immerhin lassen sich aber aus der reichhaltigen Kasuistik folgende Leitpunkte herauslesen:

39 – *Schadensfaktor:* Danach besteht eine Offenbarungspflicht insbes. dann, wenn bei Nichtaufklärung dem Vertragspartner ein nicht unerheblicher Schaden entstehen würde.

Nach diesem (auch vorliegend bei E 5 herangezogenen) Kriterium konnte eine Offenbarungspflicht des A über seine Zahlungsunfähigkeit zu Recht sogar aus drei Gründen verneint werden: einmal wegen der Geringfügigkeit der Restschuld (E 6), zum anderen wegen Absicherung der Hoteliers durch Pfandrecht an den eingebrachten Sachen (E 7) und schließlich im Hinblick darauf, daß wegen Bereitschaft des A zu alsbaldiger Begleichung der Restschuld nur ein geringes Schadensrisiko bestand (E 9). Demgegenüber wurde in dem bei E 5 angesprochenen Heizungsanlage-Fall BGHSt 6, 198/9 eine Pflicht zur Offenlegung der nach Vertragsabschluß eingetretenen Vermögensverschlechterung des Bauherrn angenommen, weil bei Herstellung der Heizungsanlage dem Installateur ein beträchtlicher Schaden (3300 DM) drohte.

A 40 – *Wesentlichkeitsfaktor:* Danach besteht eine Aufklärungspflicht jedenfalls über solche Faktoren, auf die es dem Vertragspartner erkennbar ganz entscheidend ankommt: so z. B. über die Unfallfreiheit eines Gebrauchtwagens (OLG Nürnberg MDR 1964, 693 f; vgl. aber auch OLG Karlsruhe NJW 1980, 1762); die Verwendbarkeit der Ware für den vom Käufer beabsichtigten Zweck (was freilich nicht schon für bloßen Modellwechsel eines Pkw-Typs gelten soll: OLG München NJW 1967, 158). Inwieweit bei *Kreditgeschäften* eine Pflicht zur Offenlegung der Vermögenslage bestehen soll, ist umstritten, zumindest aber eine zurückhaltende Tendenz bemerkbar; denn wäre der Kreditsuchende nicht in Geldnot, hätte er keine Veranlassung, sich um Kredit zu bemühen (M-Schroeder II/1 § 46 II A 1 ccc; vgl. auch Lackner LK § 263 Rn. 35, 63, S/S-Cramer § 263 Rn. 25 f m. w. N. sowie Krey II Fall 50).

41 – *Unerfahrenheitsfaktor:* Danach kann eine Aufklärungspflicht entstehen, wenn der Vertragspartner aufgrund einer Unerfahrenheit nicht in der Lage ist, Wert und Beschaffenheit der angebotenen Ware zu überprüfen (Arzneitaxen-Fall RGSt 42, 147/50, S/S-Cramer § 263 Rn. 21). An einer derartigen Kontrollmöglichkeit fehlte es etwa auch im Rondinella-Fall (A 25). Wie aber das OLG Stuttgart zu Recht einschränkend feststellt, besteht für einen solchen Schutz des unerfahrenen Partners dann keine Veranlassung, wenn diesem durch eine angemessene Überlegungsfrist die Möglichkeit eingeräumt wurde, sich unter Zuziehung von Sachverständigen vom Wert und der Preiswürdigkeit des Tauschobjekts zu überzeugen (NJW 1966, 990). Zu ähnlichen Täuschungsproblemen durch erhöhte Provisionen bei Handel mit Rohstoffoptionen in sog. *Warentermingeschäften* vgl. einerseits (in jenem Fall wohl zu Recht Betrug verneinend) OLG Hamburg NJW 1980, 2593 m. Anm. Sonnen NStZ 1981, 24, andererseits (wegen zusätzlicher Täuschungsfaktoren Täuschung bejahend) BGHSt 30, 177 m. Anm. Seelmann NJW 1981, 2132, Rochus NJW 1981, 380, Scheu JR 1982, 121, ferner BGHSt 30, 388 m. Anm. Sonnen NStZ 1983, 72; BGHSt 31, 115; sowie spez. zur Schadensberechnung BGH NJW 1983, 1917; zum Ganzen auch Seelmann NJW 1980, 2545.

42 **C. Zwischenergebnis:** Da im *Hotelgast-Fall* weder ausdrückliches noch konkludentes Täuschen angenommen werden konnte und auch keine Pflicht zur Offenlegung der Zahlungsunfähigkeit ersichtlich ist, hat das OLG unter den gegebenen Umständen Betrug zu Recht schon wegen Fehlens einer Täuschungshandlung verneint (ebenso BGH GA 1974, 284). – Falls jedoch die vom OLG offengelassene Alternative, daß A nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit noch völlig neue Hotelleistungen in Anspruch genommen hat (E 10), tatsächlich vorliegen würde, wäre auch die Rechtslage eine andere, nämlich ähnlich wie bei jenen Zechprellerei-Fällen, in denen der Täter bereits bei Bestellung seine Zahlungsunfähigkeit kennt. Für jenen Fall wäre in der vorbehaltlosen Bestellung zugleich die konkludente Vorspiegelung der Zahlungsfähigkeit und Zahlungswilligkeit zu erblicken (A 21 ff, 27). – Verfolgen wir diese Alternative einmal weiter, so ist als nächstes Glied des BetrugsTB zu prüfen:

43 **III. Irrtum des Getäuschten.**

Mit diesem Kriterium wechselt nunmehr der Blick vom Täter zum *Opfer:* als Folge der Täuschung muß beim Getäuschten ein „Irrtum erregt oder unterhalten" werden.

44 1. Versteht man unter **Irrtum** als der Kehrseite der Täuschung eine ganz oder teilweise falsche Vorstellung über eine bestimmte *Tatsache,* so kann dafür nicht schon die Verleitung zu trügerischen Hoffnungen oder fehlerhaften *Werturteilen* genügen; entscheidend ist vielmehr, daß der Getäuschte entweder einen tatsächlich gegebenen Umstand für nicht gegeben hält, oder umgekehrt eine nicht vorhandene Tatsache als gegeben annimmt. Diesem Erfordernis eines Tatsachenbezugs (A 12 ff) genügt etwa das Vertrauen des Gastwirts auf die Zahlungsbereitschaft des Gastes, nicht aber seine Erwartung, daß der mit praller Brieftasche prahlende Gast eine große Zeche machen werde.

45 Streitig ist allerdings, inwieweit sich der Getäuschte **bestimmte Vorstellungen** über die fragliche Tatsache gemacht haben muß. Genügt etwa, daß sich der Gastwirt in dem Glauben wiegt, lauter zahlungsfähige Gäste vor sich zu haben? Oder muß sich diese Vorstellung praktisch auf jeden einzelnen Gast konzentrieren? Oder wie steht es mit dem Schaffner, der nach seinem Durchgang glaubt, daß „alles in Ordnung sei", dabei aber einen im Speisewagen untergetauchten „blinden Passagier" übersehen hat?

46 – Verlangt man dafür einen *„reflektierten Irrtum"* (so M-Schroeder II/1 § 46 II A 2a), so kann jedenfalls eine so vage Vorstellung wie im Fall des „blinden Passagiers" nicht genügen. Ebenso wohl RGSt 42, 40/1 im Eisenbahn-Fall.

A 47 – Da man aber dadurch den Betrug als zu stark beschränkt glaubt, will eine andere Meinung auch einen „*unreflektierten Irrtum*" genügen lassen (Bockelmann NJW 1961, 1934f; Jagusch LK[8] § 263 Anm. 3).

So auch **OLG Celle MDR 1957, 436** im *Verkaufsfahrer-Fall:* **[437]** „Wenngleich die StrafK nicht festgestellt hat, daß sich die Verkaufsfahrer bestimmte Vorstellungen über die Kreditwürdigkeit und Zahlungswilligkeit des A (= Besteller) gemacht haben, so hätten sie doch die Ware nicht ausgeliefert, wenn ihnen bekannt gewesen wäre, daß der A weder kreditwürdig noch zahlungswillig war. Ihre Vorstellung war daher in einem entscheidenden Punkt dergestalt lückenhaft, daß sie zu einem ihre Firma schädigenden Verhalten, das bei vollständigem Wissen nicht erfolgt wäre, führte. Diesen Täuschungszustand = Irrtum hat der A vorsätzlich erregt. Aufgrund dieses Irrtums haben die Verkaufsfahrer verfügt."

Aber: mag diese Entscheidung im Ergebnis auch richtig sein – denn zumindest stillschweigend werden die Verkaufsfahrer von der Kreditfähigkeit des A ausgegangen sein –, so muß der zugrundeliegende Leitsatz in dieser Allgemeinheit doch bedenklich stimmen; denn was kann bei Verzicht auf jede Vorstellung des Getäuschten letztlich noch für das Kausalitätserfordernis zwischen Täuschung und Irrtum (A 53) übrig bleiben?

48 – Deshalb kann der richtige Weg nur in der Mitte liegen: Einerseits kein Irrtum, wo jede Vorstellung fehlt (z. B. der Kapitän in keiner Weise daran denkt, daß sich ein „blinder Passagier" an Bord befinden könnte). Andererseits muß aber bereits die **allgemeine Vorstellung** genügen, daß „alles in Ordnung sei", vorausgesetzt freilich, daß diese Vorstellung auf bestimmte *Tatsachen* gestützt ist (Kontrolle des Zuges ohne besondere Vorkommnisse) oder aus allgemeinen *Erfahrungen* hergeleitet wird (z. B. die grundsätzliche Bezugsberechtigung der Antragsteller; ob ein solches Vertrauen allerdings auch im Deputatkohlen-Fall BGHSt 2, 325/6 bejaht werden durfte, nachdem dort Fälle von Zweckentfremdung keine Seltenheit waren, erscheint zweifelhaft). Im Sinne eines solchen „*Mitbewußtseins*" auch Blei II § 61 III 1, Lackner § 263 Rn. 75ff, S/S-Cramer § 263 Rn. 39, Wessels II/2 § 13 II 2; vgl. auch Arzt III 131f). – Danach kann in Zechprellerei-Fällen Irrtum immer dann angenommen werden, wenn der Wirt mangels besonderer Auffälligkeiten keine Veranlassung hatte, an der Zahlungsfähigkeit oder -bereitschaft seiner Gäste zu zweifeln.

48a – Strittig ist die Behandlung von **Zweifeln des Getäuschten** über die Richtigkeit oder Falschheit von vorgetäuschten Tatsachen: Während nach *Giehring* in solchen Fällen ein Irrtum nur dann anzunehmen sei, wenn das Opfer die Richtigkeit seiner Vorstellung für wahrscheinlicher halte als ihre Unrichtigkeit (GA 1973, 1), und *Amelung* zwischen (irrelevanten) allgemeinen und (irrtumsausschließenden) konkreten Zweifeln differenzieren will (GA 1977, 1), erblickt die *h. M.* einen Irrtum zu Recht bereits darin, daß der Getäuschte die behauptete Tatsache für wahr hält oder zumindest sich *von der Möglichkeit ihres Wahrseins motivieren* läßt (Lackner LK Rn. 79ff, Samson SK Rn. 54ff, S/S-Cramer Rn. 40, je zu § 263, Wessels II/2 § 13 II 2; zum Ganzen auch Herzberg GA 1977, 289). Vgl. auch Nr. 12 A 36.

49 2. Mit der erforderlichen **Erregung oder Unterhaltung des Irrtums** sind die möglichen Modalitäten der Irreführung gemeint.

50 – Um die „*Erregung*" eines Irrtums handelt es sich dort, wo ein noch nicht vorhandener Irrtum neu geschaffen oder zu einem bereits bestehenden ein weiterer hervorgerufen wird. Dies wird praktisch regelmäßig positives Tun durch ausdrückliches oder konkludentes Täuschen erfordern: so hier etwa im Zusammenhang mit der erstmaligen Bestellung des Gastes.

51 – Demgegenüber reicht für das „*Unterhalten*" eines Irrtums aus, daß der Täter eine bereits vorhandene irrige Vorstellung, gleichgültig von wem diese hervorgerufen wurde, festigt, steigert oder verlängert (RGSt 39, 80/2). Diese Form der Irreführung wird typischerweise (aber nicht notwendig) auf Schweigen trotz gebotener Aufklärung zurückzuführen sein. So etwa wenn der Gast durch mißverständliche Äußerungen den Eindruck unbegrenzter Zahlungsfähigkeit erregt und diese Fehlvorstellung des Hoteliers über eine beträchtliche Zeit auszunutzen beabsichtigt: Aufklärungspflicht aufgrund Ingerenz oder aus Treu und Glauben wegen Schadensfaktor (A 38f).

52 An sich ist gleichgültig, auf welche dieser Modalitäten der Irrtum rückführbar ist, sofern **nicht nur bloßes Ausnutzen** eines fremden Irrtums vorliegt.

Das stand im *Überzahlungs-Fall* **OLG Düsseldorf NJW 1969, 623** in Frage, wo die Bankangestellte für einen auf DM 187,90 lautenden Scheck infolge Verlesens DM 1879,– auszahlte und der Scheckeinreicher A, obwohl er das Versehen der Angestellten bemerk-

A te, die volle Summe an sich nahm. Das OLG hat sowohl Erregen wie auch Unterhalten eines Irrtums verneint; denn: **[624]** „Die bloße Empfangnahme einer nicht geschuldeten Leistung beinhaltet für sich allein noch kein positives, auf Verdeckung der Wahrheit gerichtetes Handeln. Sie stellt sich ohne Hinzutreten weiterer Umstände lediglich als ein Ausnutzen der bei dem Zahlenden bereits vorhandenen unrichtigen Vorstellung dar (BGH NJW 1953, 1924; RGSt 25, 95/6; OLG Köln NJW 1961, 1735). Die soziale Sinnbedeutung der Annahme des Geldes durch den A erschöpfte sich somit in einem Unterlassen." Da es dafür einer Aufklärungspflicht bedurft hätte, wofür das OLG keine Grundlage sah, ging A im Ergebnis straffrei aus (zust. Wessels II/2 § 13 II 1c, 2b). Ebenso Fehlauszahlungs-Fall OLG Köln NJW 1980, 2366 m.Anm. Volk JuS 1981, 880. Vgl. auch Lackner LK § 263 Rn. 93 sowie Krey II Fall 49.

Im Grunde fehlt es in derartigen Fällen meist auch an einem Bindeglied, das leicht übersehen wird, aber auf das es entscheidend ankommt:

53 **3. Kausalität zwischen Täuschung und Irrtum.** Dafür ist erforderlich, daß der Irrtum *gerade auf die Täuschung* und nicht auf andere Umstände zurückzuführen ist (allg. dazu Schlüchter JuS 1976, 521f). Dies ist vor allem in zweierlei Hinsicht bedeutsam:

a) Zum einem wird es an einer Irrtumsbewirkung durch die Täuschung regelmäßig in den Fällen der sog. **ignorantia facti** fehlen, wo der Irrtum dadurch herbeigeführt wird, daß Veränderungen an Gegenständen oder Zuständen herbeigeführt werden, auf die sich die Vorstellung des dann Irrenden bezieht: Der Täter schleicht sich heimlich in das Verkehrsmittel, ohne daß der Schaffner überhaupt mit einem derartigen Passagier rechnen würde; der Verkäufer nimmt von den bereits ausgesonderten Kisten einige weg, ohne daß dies der Käufer beim Abholen seiner Ware merken könnte. In diesen Fällen stimmt die Vorstellung des Betroffenen zweifellos nicht mehr mit der Wirklichkeit überein; jedoch wird dieser Irrtum durch *bloße Gegenstandsveränderung* und nicht durch eine auf das Vorstellungsbild einwirkende Täuschung*serklärung* hervorgerufen (vgl. S/S-Cramer § 263 Rn. 11, 36f, 44; deshalb zweifelhaft die Annahme von § 263 im Preisetikettenänderungs-Fall OLG Düsseldorf NJW 1982, 2268). Daher kommt für den blinden Passagier allenfalls § 265a, für den Verkäufer u.U. § 246 in Betracht, dagegen Betrug nur dann, wenn etwa bei Abrechnung noch weitere Täuschungshandlungen dazukommen. Instruktiv zum Ganzen auch Eisenbahn-Fall RGSt 42, 40/1. Zu (teils abw.) Verständnis der ignorantia facti vgl. Lackner LK § 263 Rn. 75 m.w.N.

54 b) Anderseits bedeutet das Kausalitätserfordernis jedoch *nicht*, daß die Täuschung die **alleinige Ursache** für das Entstehen oder Fortbestehen des Irrtums sein müßte. Daher vermag weder eigene Dummheit oder Leichtgläubigkeit des Getäuschten noch eine Verstärkung der Täuschung durch *Drohungen* einen Betrug auszuschließen (h.M.; vgl. Übelvortäuschungs-Fall BGHSt 11, 66, S/S-Cramer § 263 Rn. 43). Dient eine Täuschung allerdings nur dazu, der in erster Linie beabsichtigten Drohung besonderen Nachdruck zu verleihen, so wird i.d.R. nicht Betrug, sondern *Erpressung* anzunehmen sein (instruktiv dazu Volker-Fall BGHSt 23, 294 m. zust. Anm. Küper NJW 1970, 2253 und abl. Anm. Herzberg JuS 1972, 570). Vgl. im einzelnen Günther ZStW 88, 960ff, S/S-Eser § 253 Rn. 37 sowie Seelmann JuS 1982, 915f.

55 **IV. Ergebnis:** Ist in Zechprellereifällen die *Täuschung* zu bejahen, wird regelmäßig auch ein *Irrtum* des Getäuschten anzunehmen sein. Damit stellt sich – dem BetrugsTB entsprechend – als nächster Prüfungsschritt die Frage nach der Folge des Irrtums: eine (selbst- oder fremdschädigende) *Vermögensverfügung* des Getäuschten. Doch zu diesem Betrugselement, das in Zechprellereifällen durch Ausführung der Bestellung unzweifelhaft erfüllt ist, näheres im nachfolgenden Hafterschleichungs-Fall Nr. 12.

Schrifttum: Allg. zum **Betrug** vgl. die Angaben zu Nr. 10. Speziell zu **Täuschung und Irrtum** vgl. *Amelung,* Irrtum und Zweifel des Getäuschten beim Betrug, GA 1977, 1; *Bokkelmann,* Betrug verübt durch Schweigen, Eb. Schmidt-FS 437; *Cramer,* Kausalität und Funktionalität der Täuschungshandlung im Rahmen des Betrugstatbestandes, JZ 1971, 415; *Giehring,* Prozeßbetrug im Versäumnis- und Mahnverfahren, GA 1973, 1; *Günther,* Zur Kombination von Täuschung und Drohung bei Betrug und Erpressung, ZStW 88 (1976) 960; *Herzberg,* Funktionale Beziehung zwischen Täuschung und Vermögensschaden beim Betrug, JuS 1971, 516; *ders.,* Funktion und Bedeutung des Merkmals „Irrtum" in § 263 StGB, GA 1977, 289; *Jecht,* Überhöhte Preisforderung und Betrugstatbestand, GA 1963, 41; *Lenckner,* Kausalzusammenhang zwischen Täuschung und Vermögensschaden bei Aufnahme eines Darlehens für einen bestimmten Verwendungszweck, NJW 1971, 599; *Naucke,* Der Kausalzusammenhang zwischen Täuschung und Irrtum beim Betrug, Peters-FS 109; *Schumann,* Betrug und Betrugsbeihilfe durch wahre Behauptungen?, JZ 1979, 588; *Seelmann,* Betrug beim Handel mit Rohstoffoptionen, NJW 1980, 2545.

A – **Speziell** zum *Hotelgast-Fall* OLG Hamburg NJW 1969, 335 vgl. *G. E. Hirsch* NJW 1969, 853; *Schröder* JR 1969, 110 (= Urteilsanmerkungen 230); *Triffterer,* Abgrenzungsprobleme beim Betrug durch Schweigen, JuS 1971, 181; zum *Dinar-Fall* OLG Frankfurt NJW 1971, 527 (A 22) vgl. *Böhm* NJW 1971, 1143; *Kaiser,* Betrug durch bewußtes Ausnutzen von Fehlern beim Geldwechseln, NJW 1971, 601; zum *Fehlbuchungs-Fall* OLG Köln NJW 1961, 1735 (A 37) vgl. *Schröder* JR 1961, 433 (= Urteilsanmerkungen 222); *Bockelmann,* Kriminelle Gefährdung und strafrechtlicher Schutz des Kreditgewerbes, ZStW 79 (1967) 28/47 f; zum *Spätwette-Fall* BGHSt 16, 120 (A 30) vgl. *Bockelmann* NJW 1961, 1934; *Mittelbach* JR 1961, 506; *Ordemann,* Zum Betrug bei Spätwetten, MDR 1963, 623; *Wersdörfer* JZ 1962, 451; zum *Überzahlungs-Fall* OLG Düsseldorf NJW 1969, 623 (A 52) vgl. *Deubner* ebenda.

Vermögensverfügung – Kausalität zwischen Irrtum und Schädigung – Drittschädigende Verfügung – Abgrenzung Diebstahl und Betrug

BGHSt 14, 170: Hafterschleichungs-Fall

4 StR 588/59 vom 11. 3. 1960 = NJW 1960, 1068

SV **Sachverhalt:** Um während der kalten Jahreszeit ein Dach über dem Kopf und eine geregelte Verpflegung zu haben, täuschte A Kriminalbeamten und Ermittlungsrichtern vor, daß er mehrfach fremde Fahrzeuge aufgebrochen habe, um darin zu übernachten. Aufgrund dieser Angaben hoffte er, in Untersuchungshaft genommen zu werden.

P **Zur Problemstellung:** Daß A durch Vorspiegeln eines Haftgrundes positiv *getäuscht* und dadurch bei den staatlichen Instanzen einen entsprechenden *Irrtum* hervorgerufen hat, steht außer Zweifel.

– Auch daß durch die erstrebte Unterbringung des A in einer Haftanstalt dem Land ein Vermögens*schaden* und dem A durch Ersparen eigener Aufwendungen ein entsprechender Vermögens*vorteil* entstanden ist, scheint keiner näheren Begründung zu bedürfen.

– Wie aber steht es mit dem Bindeglied zwischen dem Irrtum der staatlichen Organe und dem Vermögensschaden des Landes? Bedarf es dafür einer bestimmten Vermögens*verfügung*?

– Wenn ja, auf *wessen* Verfügung kommt es an? Auf die des Getäuschten? Oder die des Geschädigten? – Was sind überhaupt die *allgemeinen Kriterien* einer Vermögensverfügung i. S. von § 263?

E 1 **Aus den Gründen: [171]** „Auf diese Weise hat A bei den Beamten und dem Richter einen Irrtum entweder erregt oder zu erregen versucht, um in Haft genommen zu werden
2 und sich dadurch ein Obdach zu verschaffen. Sollte der A dabei nicht in der Lage gewesen sein, die durch die erstrebte Unterkunft und wohl auch Verpflegung der Landeskasse entstehenden Kosten alsbald und in voller Höhe zu erstatten, so wäre bei Gelingen seines
3 Vorhabens das Vermögen des Landes geschädigt worden. Sofern der A sich unentgeltlich Unterkunft und gegebenenfalls auch Verpflegung verschaffen wollte, hatte er dabei auch die Absicht, sich einen Vermögensvorteil zu verschaffen, auf den er keinen An-
4 spruch hatte. Das Bindeglied zwischen dem von dem A erregten Irrtum und der Vermögensbeschädigung war nach dem Willen und der Vorstellung des A die Festnahme durch die von ihm getäuschten Beamten und die Haftanordnung durch den ebenfalls irrege-
5 führten Richter. Der Vermögensbeschädigung des Landes entsprach auf der Gegenseite unmittelbar der von dem A erstrebte rechtswidrige Vermögensvorteil.

6 Die Festnahme und vor allem der Haftbefehl können als Vermögensverfügung angesehen werden, die als ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal zum Tatbestand des § 263 gehört. Von dem Begriff der Vermögensverfügung i. S. des § 263 werden nicht nur die
7 Verfügungen des bürgerlichen Rechts erfaßt. Als – schädigende – Vermögensverfügung ist beim Tatbestand des Betrugs vielmehr jedes Handeln, Dulden oder Unterlassen des Getäuschten zu verstehen, das unmittelbar eine Vermögensminderung im wirtschaftlichen Sinne bei dem Getäuschten selbst oder einer dritten Person herbeiführt. Das wird in der Rspr. und im Schrifttum allgemein anerkannt (Nachw.).

8 **[172]** Derjenige, der die Vermögensverfügung vornimmt, braucht sich dabei nicht bewußt zu sein, daß er auf sein Vermögen oder dasjenige eines Dritten einwirkt (vgl. RGSt
9 70, 225/7). Auch hoheitliche Akte können als Vermögensverfügung in diesem Sinn in Betracht kommen. Darauf beruht z. B. der in der Rspr allgemein verwendete Begriff des Prozeßbetrugs, bei dem der getäuschte Richter die Vermögensverfügung in der Gestalt seines Urteils oder seiner sonstigen Entscheidung trifft. Die Entscheidungen RGSt 47, 151, bei der es sich um den Fall der Erteilung einer gewerblichen Genehmigung handelte, und RGSt 58, 215, die sich mit dem Fall einer Höchstpreisfestsetzung zu befassen hatte,
10 gehen ebenfalls von diesem Gedanken aus; [dort] hat das RG den Tatbestand des Betrugs nur deswegen nicht angenommen, weil die Erteilung der gewerblichen Genehmigung und die Höchstpreisfestsetzung nicht *unmittelbar* das Vermögen anderer beschädigten. Wird aber jemand in Untersuchungshaft genommen, so sind seine Unterbringung und Verköstigung, die jedenfalls zunächst auf Kosten der Landeskasse erfolgen, die zwangsläufigen und unmittelbaren Folgen der Haftanordnung."

A 1 **Zur Erläuterung und Vertiefung:** Innerhalb der 5gliedrigen TB-Kette des Betrugs (Nr. 11 A 2ff) erschien dem BGH offensichtlich nur das Bindeglied zwischen Irrtumserregung und Vermögensschädigung: nämlich das *Verfügungs*element, problematisch. Wie sich freilich noch zeigen wird, ist dieses ungeschriebene, aber längst als unentbehrlich anerkannte Element nicht voll erfaßbar, ohne den engen Funktionszusammenhang dieses Kriteriums mit den übrigen Betrugselementen zu beachten. Im wesentlichen sind es drei Problemkreise, die einer näheren Betrachtung bedürfen: zunächst der Begriff und die Voraussetzungen der für § 263 erforderlichen „*Vermögensverfügung*" (I); sodann deren Funktions- bzw. *Kausalbeziehungen* zum vorausgehenden *Irrtum* einerseits und zur nachfolgenden Vermögens*schädigung* andererseits (II); sowie die sich aus *fremd*schädigender Verfügung ergebenden Probleme (III).

2 **I. Vermögensverfügung des Getäuschten.**

Nachdem sich im Wortlaut des § 263 keinerlei Anhaltspunkte für ein Verfügungselement finden, ist auf seine **Funktion** im Rahmen des BetrugsTB zurückzugreifen. Wenn dazu der BGH die Vermögensverfügung als „Bindeglied zwischen Irrtum und Schaden" bezeichnet (E 3), so ist das zwar insofern zutreffend, als ein Irrtum nicht von selbst in einen Schaden umschlagen kann, sondern dazu eines vermittelnden Aktes bedarf (vgl. Hotelgast-Fall Nr. 11 A 3). Versteht man den Betrug aber als ein Vermögens*verschiebungs*delikt, so kommt der Vermögensverfügung gerade diese **Transportfunktion** zu: durch die „Disposition" des Getäuschten muß „der Gegenstand des Verbrechens in die Herrschaft des Betrügers übertragen" werden (Merkel II 195). Wesentliches Element der Vermögensverfügung ist daher ihre vermögensverschiebende Kraft durch Schädigung des einen zugunsten eines anderen (vgl. Samson SK § 263 Rn. 69f).

3 Demzufolge ist nach einer heute allgemein gebräuchlichen **Formel** unter Verfügung „jedes Handeln, Dulden oder Unterlassen, das sich unmittelbar vermögensmindernd auswirkt", zu verstehen (E 7). Was ist daraus im einzelnen zu entnehmen?

4 **1.** Hinsichtlich der Art des Verhaltens kommt als Verfügung nicht nur **Handeln,** sondern auch **Dulden** oder **Unterlassen** in Betracht (Samson SK § 263 Rn. 72ff). Deshalb kann eine Vermögensverfügung sowohl in der Weggabe von Sachen, im Abschluß eines Vertrages, in der Erteilung einer Quittung oder Gutschrift (vgl. BGHSt 6, 115/6f), als auch in der Gestattung der Zueignung einer Sache oder in der Nichtgeltendmachung eines Anspruchs liegen: Vgl. etwa OLG Stuttgart NJW 1963, 825/6, wo der Vollstreckungsgläubiger infolge Täuschung vom Weiterbetreiben des Offenbarungseidsverfahren Abstand nahm, oder die Selbstbedienungsladenfälle, wo der Kunde durch Einstecken von Waren den Kassierer darüber täuscht, daß er noch andere als die zur Abrechnung vorgezeigten bei sich hat und dieser daher die Geltendmachung des vollen Warenpreises unterläßt (vgl. S/S-Cramer § 263 Rn. 58; anders – wegen angeblichen Vorrangs von § 242 – BGHSt 17, 205/9 bei Nr. 2 A 73). Insoweit bestehen auch gegen die Verfügungsqualität von Hoheitsakten (wie vorliegend die Hafteinweisung) sicherlich keine Bedenken (E 9; vgl. auch Lackner LK § 263 Rn. 96).

5 **2.** Eine Vermögensverfügung kann in **jeder tatsächlichen Einwirkung auf das Vermögen** liegen. Insbesondere braucht dieses Einwirken *keine* besonderen *rechtlichen* Qualitäten aufzuweisen (Wessels II/2 § 13 II 3). Daher ist der Verfügungsbegriff des § 263 weder auf Rechtsgeschäfte i. S. des BGB noch auf sonstige Rechtsakte beschränkt (E 6). Das ist namentlich in zweierlei Hinsicht bedeutsam:

6 – Zum einen können auch *Geschäftsunfähige* derartige tatsächliche Verfügungen treffen: z. B. ein 5jähriger läßt sich sein teures Spielzeug abschwindeln.

– Zum anderen sind danach auch *drittschädigende* Verfügungen denkbar, und zwar selbst dort, wo der Verfügende lediglich in faktischer Beziehung zu dem fremden Vermögen steht (näher dazu A 37ff).

7 **3.** Dieser sehr weite Verfügungsbegriff erfährt jedoch gewisse Einschränkungen durch seinen *wirtschaftlichen* Bezug: die Verfügung muß **vermögensmindernde Wirkung** haben (E 7; vgl. auch Maklerlohn-Fall BGH NJW 1983, 1130). Genau besehen ist selbst diese gebräuchliche Floskel noch zu weit: denn geht man von der „Transportfunktion" des Verfügungselements aus (A 2), so muß für den vermögensbeeinträchtigenden Effekt verlangt werden, daß die Verfügung zugleich geeignet ist, bei einem anderen den erstrebten Vorteil herbeizuführen (S/S-Cramer § 263 Rn. 59). Diese vermögensverschiebende Zielsetzung ist zwar da noch zu bejahen, wo die abgeschwindelte (bzw. bei Erpressung: die abgenötigte) Leistung auf dem Transport zum Täter verlorengeht (vgl. Sträucher-Fall BGHSt 19, 342 bei Nr. 16 A 27), *nicht* mehr dagegen dort,

A wo der Getäuschte zu einer selbständigen *Vernichtung* von Sachen (z. B. angeblich verfallener Wertpapiere) verleitet wird.

8 – Wie steht es im vorliegenden Fall mit diesem wirtschaftlichen Bezug der *Haftanordnung?* Entgegen dem BGH (E 3, 4, 10) glauben Mittelbach JR 1960, 384 und Welzel § 54 I 3 einen solchen Bezug verneinen zu müssen, weil die Haftanordnung nicht der Fürsorge für den Häftling diene, sondern auf Freiheitsentzug gerichtet sei und die damit verbundenen, für das Staatsvermögen nachteiligen Unterbringungskosten lediglich Folgeerscheinungen des auf ein ganz anderes Ziel gerichteten Hoheitsaktes seien. Indes: Schlägt diese Differenzierung wirklich durch? Doch wohl nur dann, wenn es weniger auf den objektiv-vermögensmindernden Effekt als vielmehr auf die subjektive Zielsetzung des Verfügenden ankäme. Gegen diese Annahme spricht jedoch eine weitere Besonderheit des strafrechtlichen Verfügungsbegriffes:

9 **4. Entbehrlichkeit von Verfügungsbewußtsein.** Während ein solches zeitweilig verlangt wurde (Merkel, Eb. Schmidt; ähnlich neuerdings wieder Hansen MDR 1975, 533ff), reichen nach heute h. M. sowohl *bewußte* wie auch *unbewußte* Verfügungen, sofern sie sich nur objektiv vermögensmindernd auswirken (vgl. E 8, ferner Lackner LK § 263 Rn. 98, S/S-Cramer § 263 Rn. 60, Wessels II/2 § 13 II 3a m. w. N.). Diese Ausweitung ist vor allem in zweifacher Hinsicht bedeutsam:

10 – Läßt man auch *unbewußte* Verfügungen zu, so werden damit manche Schwierigkeiten bei Verfügungen durch *Unterlassen* ausgeräumt; denn die Nichtausübung von Rechten wird i. d. R. gerade darauf zurückzuführen sein, daß sich der Getäuschte eines selbstschädigenden Unterlassens überhaupt nicht bewußt ist (vgl. Brandversicherungs-Fall RGSt 70, 225/7).

11 – Demgemäß verfügt auch der, dem die rechtliche oder wirtschaftliche *Bedeutung* seiner Unterschrift *verschleiert* bleibt: so z. B. wo sich das erbetene „Autogramm" hinterher als Unterschrift unter einen Bestellschein entpuppt: vgl. BGHSt 22, 88 (vermeintliche Bestätigung eines Vertreterbesuchs als Waschmaschinenbestellung) oder den Rechtsschutz-Fall OLG Saarbrücken NJW 1968, 262/3, wo durch Eintragung der Autonummer in eine bereits unterschriebene „Informationskarte" diese zum Versicherungsantrag wurde.

12 Welche Bedeutung haben diese Grundsätze für den vorliegenden Fall? Da sich der verfügende Haftrichter keineswegs der vermögensmäßigen Auswirkung seiner Anordnung bewußt gewesen zu sein braucht, kann es auf seine subjektive Zielsetzung nicht ankommen; ausreichend ist vielmehr bereits deren *objektiv* vermögensmindernde Wirkung (vgl. Lackner LK § 263 Rn. 100). Und eine solche kann der Haftanordnung jedenfalls dann nicht abgesprochen werden, wenn die Unterbringungskosten von dem mittellosen A nicht ohne weiteres eintreibbar waren. – In gewissem Widerspruch zum Verzicht auf Verfügungsbewußtsein scheint jedoch ein weiteres Kriterium zu stehen:

13 **5. Willentlichkeitselement.** Dies wird namentlich bei *Duldung der Wegnahme* akut: Wenn etwa der Täter als falscher Kriminalbeamter auftritt und eine Beschlagnahme vortäuscht, hat dann der Eigentümer „verfügt", wenn er die Wegnahme der Sache duldet? Für die damit angesprochene **Abgrenzung Betrug/Diebstahl** wird von der ganz h. M. auf die innere Willensrichtung des Verletzten abgestellt.

So auch **BGHSt 18, 221/3** im *Sammelgarage-Fall* (A 43): „Duldet [der Verletzte] die Wegnahme, so kann darin eine Verfügung i. S. des Betrugstatbestands nur gesehen werden, wenn das Dulden auf einem freien Willensentschluß beruht, mag er auch durch einen Irrtum beeinflußt sein. Wird dagegen der Gewahrsam ohne sein Einverständnis aufgehoben, so liegt nicht Betrug, sondern Diebstahl vor." Dies soll im Fall des falschen Kriminalbeamten selbst dann gelten, wenn das Opfer dem Täter die Sache auf dessen Verlangen aushändigt: „denn hier ist für einen eigenen, freien Willensentschluß des Opfers, das sich dem Zwang fügt, kein Raum (BGHZ 5, 365/8f; NJW 1952, 796; 1953, 73)". I. gl. S. Backmann 81, Krey II Fall 55, S/S-Cramer § 263 Rn. 63, je m. w. N.

14 Aber: Soll das wirklich bedeuten, daß damit die Vermögensverfügung jeweils die positive Feststellung *freiwilligen* Handelns voraussetzen würde? Wäre dies richtig, so bliebe vor allem für Verfügen durch unbewußtes Unterlassen kaum noch Raum, ganz abgesehen davon, daß im Grunde schon durch jede Täuschung die Freiwilligkeit tangiert und zumal bei abgenötigten Handeln völlig ausgeschlossen wäre (so daß jedenfalls bei Erpressung auf das Verfügungserfordernis zu verzichten wäre: vgl. Taxi-Fall Nr. 16 A 14ff). Richtigerweise kann daher mit *Willentlichkeit* der Vermögensverfügung nicht mehr gemeint sein, als daß das vermögensmindernde Verhalten des Getäuschten von dessen Willen getragen – wenn auch nicht unbedingt freiwillig – sein muß (vgl. Rengier

A JuS 1981, 655, Wessels II/2 § 14 I 2). Daran aber fehlt es im Fall des „falschen Kriminalbeamten" allenfalls insoweit, als sich der Getäuschte praktisch nur noch als Vollzugswerkzeug des Täters versteht und damit durch dessen Willen sein eigener ersetzt wird. Derartige Extremfälle – mit der Annahme von Diebstahl statt Betrug – sind jedoch die ganz große Ausnahme.

15 *Zwischenergebnis:* Da die Haftanordnung des Richters alle vorgenannten Elemente erfüllt, bestehen gegen die Annahme einer „Vermögensverfügung" durch den BGH (E 6) keine Bedenken. – Freilich ist dies Verfügungselement kein isoliert alleinstehendes Element, sondern auch noch in seiner besonderen Zwischenstellung zu sehen:

16 **II. Kausalbeziehung zwischen Irrtum – Verfügung – Schaden.**

Wie bereits bei A 2 angedeutet, ist das Verfügungselement nicht nur „Bindeglied" sondern sogar „Umschlagstelle" des vorangehenden Irrtums in den nachfolgenden Vermögensschaden. Dadurch steht es mit jenen Betrugselementen vor allem in folgenden kausalen Verknüpfungen:

17 1. Die Vermögensverfügung muß **Folge des Irrtums** gewesen sein. Das soll zwar *nicht* heißen, daß der Irrtum *alleinige* Ursache der Verfügung gewesen sein müßte (so noch RGSt 76, 86); wohl aber muß der Irrtum (neben möglichen anderen Faktoren) zumindest *mitbestimmend* gewirkt haben (so die heute h. M.: vgl. Referendar-Fall BGHSt 13, 13/4, M-Schroeder II/1 § 46 II A 3c, S/S-Cramer § 263 Rn. 77).

17a – An dieser motivierenden Wirkung kann es in *Spenden-* und *Bettelfällen* fehlen, wenn dem Geber die angebliche Hilfsbedürftigkeit des Bittstellers völlig gleichgültig ist, sofern er ihn nur schnellstens wieder los wird.

18 – Auch beim sog. *Sparbuchbetrug* (Barabhebung von fremdem Sparbuch) können sich Kausalitätsprobleme stellen: Macht sich der Bankangestellte keinerlei Vorstellungen über die Legitimation des Sparbuchvorlegers, wird es bereits an einem *Irrtum* fehlen; zahlt er jedoch aus, weil bei Legitimationspapieren nach § 808 BGB die Bank schon aufgrund Vorlage des Papiers mit befreiender Wirkung gegenüber dem wahren Kontoinhaber auszahlen kann, die Auszahlung also ohne Rücksicht auf etwaige Fehlvorstellungen über den Berechtigten bewirkt wird, wird zumindest die *Kausalität* der Irrtumserregung zu verneinen sein (RGSt 39, 239/42, M-Schroeder II/1 § 46 II A 2a, 3c). Gegen solche generellen Unterstellungen wird freilich von S/S-Cramer § 263 Rn. 48 zu bedenken gegeben, daß nach neuerer zivilrechtlicher Lehre und Praxis dem Schuldner bei grobfahrlässiger Unkenntnis über die fehlende Empfangsberechtigung des Papierinhabers die befreiende Wirkung versagt bleibt, der auszahlende Kassierer sich also Gedanken über die Empfangsberechtigung des Sparbuchvorlegers nicht mehr ohne weiteres ersparen kann; deshalb könne in den Sparbuchfällen die Kausalität der Irrtumserregung nicht mehr schlechthin verneint werden (i. E. ebenso Blei II § 61 III 1, Maiwald, Zueignungsbegriff 169). Vgl. auch Postbarscheck-Fall BGH NJW 1969, 1260, wo wegen der Prüfungspflicht des Postbeamten regelmäßig eine irrtumsbedingte Verfügung vorliegen wird. Zur Kausalität der Täuschung beim *Scheckkartenmißbrauch* vgl. (inzidenter bejahend) BGHSt 24, 386/9, OLG Hamburg NJW 1983, 768, Arzt III 160, aber auch (wohl zu Recht verneindend) LG Bielefeld NJW 1983, 1335, D. Meyer JuS 1973, 214, Vormbaum JuS 1981, 21, Schroth NJW 1983, 716, Knauth NJW 1983, 1287 (vgl. auch Nr. 17 A 36ff); zu Betrug im sog. *Lastschrifteinzugsverkehr* vgl. OLG Hamm NJW 1977, 1835; zu Kausalitätsproblemen bei *Prozeß*betrug vgl. unten A 34ff.

18a – Ferner kann es an der Kausalität der Irrtumserregung dort fehlen, wo zwar eine falsche Auskunft (z. B. über den Standort eines sicherungsübereigneten Fahrzeugs) gegeben wird, jedoch selbst bei Verweigerung jeglicher Auskunft durch den Sicherungsgeber der Sicherungsnehmer keine Möglichkeit gehabt hätte, seinen Verwertungsanspruch durchzusetzen: vgl. Porsche-Fall OLG Celle NJW 1974, 2326/7.

Daß im vorliegenden Fall die Vortäuschung von Straftaten ursächlich für die Haftanordnung war, steht außer Frage. Über diese „einfache Kausalität" hinaus könnte jedoch noch eine besondere Frage des Irrtums erforderlich sein:

19 2. **Unbewußtheit der Selbstschädigung.** Damit ist die Frage angesprochen, ob der Irrtum des Getäuschten soweit gehen muß, daß diesem die selbstschädigende Wirkung seiner Verfügung verborgen bleibt. Um hier jedoch gleich einer naheliegenden Verwechslung vorzubeugen: dabei geht es *nicht* um das *Verfügungs*bewußtsein; denn ein solches ist – wie bereits bei A 9f dargetan – nicht unbedingt erforderlich. Vielmehr geht es bei der Unbewußtheit der *Selbstschädigung* darum, daß der Getäuschte nicht merken darf, daß er durch sein (bewußtes oder unbewußtes) Verfügen sich selbst schädigt (vgl.

A Otto II § 51 II 4a). Dies wird überall dort akut, wo der Getäuschte an sich weiß, daß er einen Vermögenswert ohne entsprechendes Entgelt weggibt, wie etwa beim Bettel- oder Spendenbetrug.

20 Typisch für diese Problematik etwa der *Spenden-Fall* **BayObLG NJW 1952, 798,** wo der A an die Spitze seiner Sammelliste hohe fiktive Beträge eingesetzt hat, um auf diese Weise den Spendeneifer der dann aufgesuchten Spender anzustacheln. Tatsächlich haben einige Spender den Hinweis des A auf jene hohen Beträge als Maßstab empfunden, hinter dem man nicht zurückbleiben könne, und daher Beträge gegeben, die sie ohne jene Scheinspenden nicht gezahlt hätten.

Je nachdem, ob nun als Folge des Irrtums eine unbewußte Selbstschädigung verlangt wird oder nicht, fällt die Betrugsbegründung ganz unterschiedlich aus:

21 – Begnügt man sich für das Verhältnis von Irrtum und Verfügung mit *einfacher Kausalität* in dem bei A 17 beschriebenen Sinne, wie dies die Rspr tut (RGSt 70, 255/6; BGHSt 19, 27/45), so ist im Spenden-Fall Betrug schon deshalb zu bejahen, weil sich die Spender ohne jene fiktiven Beträge nicht zu ähnlich hohen Spenden hätten motivieren lassen (so auch das BayObLG bei A 20). Nach dieser Ansicht ist daher auch bei *bewußter* Selbstschädigung Betrug möglich: so namentlich Bockelmann II/1 § 11 2d, Herzberg MDR 1972, 93, M-Schroeder II/1 § 46 II A 3a, c, Wessels II/2 § 13 II 3c; vgl. ferner Ellscheid GA 1971, 161ff.

22 – Demgegenüber verlangt die h. L. *Unbewußtheit* der Selbstschädigung, und zwar zu Recht, weil das Wesen des Betrugs gerade darin zu erblicken ist, daß dem Getäuschten der vermögensschädigende Charakter seiner Verfügung verborgen bleibt (vgl. Cramer, Vermögensbegriff 206, JZ 1971, 415, Küper NJW 1970, 2253/4, Lenckner NJW 1971, 599/600, Otto II § 51 II 4a, S/S-Cramer § 263 Rn. 41 sowie grundlegend Lackner LK § 263 Rn. 164ff). Im Sinne eines solchen *„funktionalen Zusammenhanges"* zwischen Irrtum und Verfügung ist für Betrug nur dort Raum, wo der Getäuschte entweder bereits den verfügenden Charakter seines Handelns verkennt (etwa weil ihm für sein „Autogramm" ein Wechsel unterschoben wird) oder wo er die selbstschädigenden Auswirkungen seines Verfügens nicht durchschaut (etwa weil er die Geringwertigkeit der Gegenleistung des Täters nicht erkennt). Demgemäß hätte sich im Spenden-Fall (A 20) Betrug nicht schon mit der Motivierung der Spende durch den Irrtum begründen lassen; denn da der Spender um die Unentgeltlichkeit seiner Leistung wußte, hat er sich insoweit bewußt selbst geschädigt. Jedoch kann beim Bettel- und Spendenbetrug eine unbewußte Selbstschädigung u. U. darin liegen, daß der vom Geber erwartete soziale Zweck verfehlt wird: näher zu solcher Schädigung infolge *Zweckverfehlung* vgl. Melkmaschinen-Fall Nr. 13 A 63ff.

23 – Auch bei Betrug im Rahmen *unsittlicher Rechtsgeschäfte* kann das Unbewußtheitskriterium eine Rolle spielen: Verweigert etwa die Dirne ihrer vorgefaßten Absicht entsprechend nach Vorleistung des Freiers den Verkehr, so ist auf dem Boden des juristisch-wirtschaftlichen Vermögensbegriffes eine unbewußte Selbstschädigung zu verneinen, da wegen der Unsittlichkeit des Geschäfts F davon ausgehen mußte, auf die Gegenleistung der D keinen Rechtsanspruch zu haben (so konsequent Cramer JuS 1966, 476f; über die abw. Konsequenzen beim rein wirtschaftlichen Vermögensbegriff vgl. Nr. 10 A 14ff). – Instruktiv zur Unbewußtheitsproblematik auch der Kreditvermittlungs-Fall OLG Stuttgart NJW 1971, 632 mit Bespr. von Cramer JZ 1971, 415 und Lenckner NJW 1971, 599.

24 *Konsequenz* für den vorliegenden Hafterschleichungs-Fall? Da sich der Haftrichter des Fehlens eines Haftgrundes nicht bewußt war, ist ihm folglich auch entgangen, daß A unberechtigterweise „auf Staatskosten" leben wollte. Daher wäre auch nach dem Unbewußtheitserfordernis der h. L. Kausalität des Irrtums zu bejahen. – Während es bisher um die *Verursachung* der Verfügung ging, ist nunmehr ihre *Folge* zu betrachten:

25 **3. Unmittelbarkeit der Verfügungswirkung.** Nach diesem heute allgemein anerkannten Erfordernis muß die Vermögensverfügung den *Vermögensschaden unmittelbar herbeiführen* (E 7, 10; S/S-Cramer § 263 Rn. 61 m. w. N.). Diesem Erfordernis ist allerdings schon dann Genüge getan, wenn die Verfügung des Getäuschten zu einem Schaden führt, *ohne* daß dafür noch *zusätzliche deliktische Zwischenhandlungen des Täters* erforderlich wären. Dies ist vor allem in drei Fallgruppen problematisch:

26 a) Bei bloßer **Gewahrsamslockerung,** wo der Gewahrsamsinhaber durch Täuschung von seinen Sachen weggelockt und damit dem Täter der Zugriff erleichtert wird. Beispiele: der angebliche Gasmann verschafft sich Zutritt in die Wohnung, um diese Gelegenheit zum Diebstahl zu nutzen; der alleinstehende Arzt wird an eine vermeintliche

A Unfallstelle gelockt, um während seiner Abwesenheit die Wohnung ausräumen zu können. Hier ist das Hereinlassen des Gasmannes bzw. das Verlassen des Hauses zwar mittelbar, nicht aber unmittelbar ursächlich für den nachherigen Schaden; denn dieser wird erst durch das eigene zusätzliche Handeln des Täters (Wegnahme) herbeigeführt: deshalb nicht Betrug, sondern Diebstahl (vgl. Samson SK § 263 Rn. 80, Wessels II/2 § 14 I 1).

27 So auch der BGH im *Schließfach-Fall* **GA 1966, 212,** wo der A einem Fahrgast eingeredet hatte, daß er sein Gepäck nicht in den Wartesaal mitführen dürfe, sondern in einem Schließfach aufgeben müsse. Nachdem F seine Koffer in einem Schließfach abgestellt hatte, zu dem A noch einen Schlüssel besaß, entwendete dieser kurz danach die Gepäckstücke. – Gegen die Annahme von Betrug durch die Strafkammer führt der BGH aus: **[213]** Betrug ist „nicht gegeben, wenn die Täuschung dem Täter nur die Herbeiführung des Schadens durch eine eigene Handlung ermöglichen soll, die den Gewahrsam des bisherigen Inhabers ohne dessen Kenntnis eigenmächtig aufhebt (Nachw.). So war es hier." Denn die Täuschung habe nur dazu gedient, das Gepäck statt im Wartesaal in einem Schließfach unterzubringen. „Demnach hat der F nicht den Gewahrsam übertragen, sondern das Tun des A nur geduldet, ohne sich bewußt zu sein, daß der A damit schon seinen Gewahrsam lockerte und die Wegnahmehandlung begann. Deshalb hat F keine Vermögensverfügung i. S. des § 263 vorgenommen." Statt dessen wurde A wegen Diebstahls bestraft. Ebenso *Krey* II Fall 54.

28 – Ähnlich ist im Sinne von Diebstahl zu entscheiden, wenn ein Verkäufer zum Vorzeigen von Ware verleitet und diese Gewahrsamslockerung zur Wegnahme genutzt wird: sog. **Trickdiebstahl** (vgl. Jacken-Fall BGH LM Nr. 11 zu § 242, ferner PKW-Schlüssel-Fall OLG Stuttgart Justiz 1973, 396). – Dagegen ist bei *Wechselfallenstellerei,* wo sich der Täter auf Vorlage eines großen Geldscheins Ware und Wechselgeld herausgeben läßt und unter Mitnahme seines eigenen Geldscheins wieder verschwindet, i. d. R. nicht Diebstahl, sondern Betrug anzunehmen, da er seinen eigenen Geldschein noch nicht übereignet, umgekehrt aber bereits an Ware und Wechselgeld Eigentum erlangt haben wird: vgl. OLG Celle NJW 1959, 1981; ebenso Lackner LK § 263 Rn. 102, Samson SK § 263 Rn. 81, S/S-Cramer § 263 Rn. 64; vgl. aber auch (abw.) Backmann 100f, Roxin-Schünemann JuS 1969, 376ff. Instruktiv auch der Brieftaschen-Fall OLG Köln MDR 1973, 866 m. Anm. Bittner JuS 1974, 156. Dementsprechend ist auch dort, wo sich der Täter die Ware nicht nur vorzeigen, sondern zur Ansicht mitgeben läßt, nicht Diebstahl sondern Betrug anzunehmen: vgl. Kittel-Fall OLG Hamm NJW 1974, 1957. Zum Ganzen auch Herzberg ZStW 89, 367ff.

29 b) Auch bei Erschwindelung einer bloßen **Verfälschungsgrundlage,** wo das vom Getäuschten ausgestellte Schriftstück erst noch einer eigenen Änderung oder *Ergänzung durch den Täter* bedarf, um für den Aussteller nachteilig zu werden, kann es an der Unmittelbarkeit der Verfügungswirkung fehlen.

– Typisch dafür der *Bestellschein-Fall* **OLG Celle NJW 1959, 399,** wo Provisionsvertreter A seiner vorgefaßten Absicht entsprechend in ordnungsgemäß ausgefüllten und unterschriebenen Bestellscheinen vor Weiterleitung an seine Firma die Warenmenge erhöhte. Selbst wenn man hier sowohl eine Täuschung (durch konkludente Zusicherung an den Kunden, den Bestellschein unverändert weiterzuleiten) wie auch eine Verfügung (durch Unterschriftsleistung) annehmen will, hätte das OLG jedenfalls dem *Kunden* gegenüber Betrug verneinen müssen, da es an der unmittelbar vermögensschädigenden Wirkung der Verfügung fehlte; denn durch Aufgabe der Bestellung wurde lediglich eine Verfälschungsgrundlage geschaffen, die erst noch einer weiteren deliktischen Handlung des A bedurfte, um dem K zu schaden (D-Tröndle § 263 Rn. 26, Otto II § 51 II 4abb, Samson SK § 263 Rn. 82; and. S/S-Cramer § 263 Rn. 61; vgl. ferner Lexikon-Fall OLG Düsseldorf NJW 1974, 1833 m. Anm. Oexmann NJW 1974, 2296 sowie OLG Celle NJW 1975, 2218, wo die abw. Auffassung von 1959 ausdrücklich aufgegeben wird). Dies schließt selbstverständlich nicht aus, daß anschließend die *Firma* betrogen sein kann, wenn sie aufgrund des verfälschten Bestellscheines dem A eine entsprechend höhere Provision auszahlt. Zum Provisionsvertreterbetrug vgl. im übrigen auch unten Nr. 14.

30 – Mangels Unmittelbarkeit der Verfügungswirkung wurde auch im *Rechtsschutz-Fall* **OLG Saarbrücken NJW 1968, 262** jedenfalls insoweit zu Recht Betrug verneint, als der Getäuschte zunächst ein Formular unterschrieb, durch das er sich lediglich mit einem Vertreterbesuch einverstanden erklärte; denn auch hier bedurfte es noch einer weiteren Verfälschung, um dem Schriftstück den Charakter eines Versicherungsantrages zu geben. Da freilich auch dies der A mittels einer weiteren Täuschung bewerkstelligte

A (Erschleichen der Einwilligung zur Ergänzung der Karte), kam es dann schließlich doch zu einem Betrug (vgl. zu diesem Fall auch A 11).

31 c) Dagegen kann bei sog. **mehraktigen Verfügungen,** an deren Ausführung mehrere Personen beteiligt sind (z. B. bei Bankanweisung), die Unmittelbarkeit der Vermögensschädigung jedenfalls dann gegeben sein, wenn sich die Täuschung bis zum Letztverfügenden auswirkt, z. B. bis zum Kassier, der auf Anweisung des Sachbearbeiters die Auszahlung vornimmt (vgl. OLG Köln JMBlNRW 1962, 176, Lackner LK § 263 Rn. 108). Problematisch kann hier allerdings der *Vollendungszeitpunkt* sein: Dieser ist dort anzusetzen, wo die Verfügungskette bereits einen solchen Gefährdungsgrad erreicht, daß sie ohne weiteres Zutun des Täters oder Opfers in einen endgültigen Schaden umschlagen kann. Dies wird mit S/S-Cramer § 263 Rn. 62 regelmäßig schon dann anzunehmen sein, wenn die Anweisung die Einflußsphäre des Opfers verlassen hat, von diesem also nicht mehr ohne weiteres gestoppt werden kann.

31a – Danach wird im vorliegenden *Hafterschleichungs-Fall* der Vollendungszeitpunkt bei der *Hafteinweisung* liegen, weil von da an die Unterbringungskosten anfallen (vgl. aber auch A 7f, 44). – Allerdings macht dieser Fall noch die Betrachtung eines anderen Verfügungsproblems notwendig:

32 **III. Drittschädigende Verfügungen – Dreiecksbetrug.**

Welche Bedeutung kommt vorliegend dem Umstand zu, daß der getäuschte und verfügende Richter nicht sich selbst, sondern einen Dritten, nämlich die Landeskasse, geschädigt hat?

33 **1.** Zwar müssen *Getäuschter* und *Verfügender identisch* sein, weil es sonst an der Kausalbeziehung zwischen Irrtum und Vermögensverfügung fehlen würde (A 17 sowie Nr. 11 A 53f). Dagegen brauchen **Verfügender und Geschädigter nicht identisch** zu sein; denn daß die Täuschung eines anderen zwecks Schädigung eines Dritten nicht nur kausal möglich, sondern auch häufig ist, liegt auf der Hand. Daraus ergibt sich die Figur des sog. *Dreiecksbetrugs* (Nr. 11 A 8). Aber: Könnte damit der Betrug nicht zu einem konturlosen Delikt mittelbarer Schädigung durch ein irregeleitetes Werkzeug verwässert werden? Soll etwa Betrug auch dort vorliegen, wo A dem Kaufinteressenten K vorspiegelt, daß das in einem bestimmten Waldstück gelagerte Holz ihm gehöre und daher von K abtransportiert werden könne (vgl. RGSt 25, 244/6f; ferner Gänsebucht-Fall bei Nr. 2 A 68)? Um hier die *Grenze zum Diebstahl in mittelbarer Täterschaft* nicht völlig zu verwischen, wird für Betrug durch fremdschädigende Verfügung eine gewisse *Verfügungsfähigkeit* des Verfügenden über das fremde Vermögen gefordert. Doch kommt es dafür weniger auf das *rechtliche Verfügen-Dürfen* als vielmehr auf das **tatsächliche Verfügen-Können** an, freilich vorausgesetzt, daß der Verfügende in einem bestimmten *Näheverhältnis* zu dem betroffenen Vermögen steht. Grdl. dazu Schröder ZStW 60, 33/47ff; heute h. M. (vgl. Lackner LK § 263 Rn. 110, S/S-Cramer § 263 Rn. 66, Wessels II/2 § 14 II 1; and. Samson SK § 263 Rn. 92ff, Schünemann GA 1969, 46).

34 **2.** a) Ein solches **Näheverhältnis** ist jedenfalls dort unproblematisch, wo der Verfügende bereits in **rechtlicher Beziehung zum fremden Vermögen** steht: so der Prokurist oder Geschäftsführer gegenüber der Firma, der Erbe gegenüber dem Miterben, der Vormund gegenüber dem Mündel. In diese Fallgruppe gehört im Grunde auch der **Prozeßbetrug,** wo ein Justizorgan durch unwahre Parteibehauptungen oder durch Einbringung falscher Beweismittel zu einem materiell unrichtigen und daher das Vermögen der betroffenen Partei schädigenden Entscheidung veranlaßt wird (vgl. Krey II Fall 57); denn gleich, ob aufgrund der allgemeinen Justizhoheit oder ob infolge Einlassung in das konkrete Verfahren, jedenfalls kann i. E. nicht zweifelhaft sein, daß das Justizorgan rechtliche Einwirkungsmacht auf die in das Verfahren verstrickten Vermögen hat. Das gilt auch dort, wo davon (wie vorliegend) *staatliches* Vermögen (Landesfiskus) betroffen ist. Daher liegt die etwaige Problematik des Prozeßbetrugs weniger auf der Verfügungs- als auf der Irrtumsebene: und zwar bei der Rückführbarkeit der Verfügung auf die Täuschung. Diese *Irrtumskausalität* ist nämlich nur dort unzweifelhaft, wo das Gericht nicht nur eine bloße Schlüssigkeitsprüfung, sondern auch noch eine Tatsachen- und Beweisprüfung vorzunehmen hat, die Täuschung also tatsächlich die Vorstellungen des Richters mitbeeinflußt. Ist dies der Fall, wie vor allem in *streitigen Verfahren* und auch bei Haftüberprüfungen, so wird der Kausalzusammenhang zwischen Täuschung und Irrtum auch nicht dadurch unterbrochen, daß das Gericht dem Parteivorbringen unter *Verletzung von Verfahrensvorschriften* geglaubt hat (so seit dem Mehrverkehrs-

A Fall RGSt 72, 113 die h. M.). Soll gleiches aber auch dort gelten, wo einem Klagebegehren auch ohne richterliche Tatsachenaufklärung schon *aufgrund bloßer Schlüssigkeitsprüfung* stattgegeben werden kann, wie vor allem bei Versäumnisurteilen und Mahnverfahren?

35 Dies wurde im *Makler-Fall* **BGHSt 24, 257,** wo der A durch unrichtige Angaben Zahlungsbefehle wegen Provisionsforderungen zu erwirken versuchte, bejaht, da auch bei Beschränkung der Prüfungspflicht auf die bloße rechtliche Schlüssigkeit der vorgebrachten Tatsachen eine Täuschung nicht ausgeschlossen sei: **[260]** „Denn das Nichtbestehen einer besonderen Prüfungspflicht auf der Grundlage des für den Zivilprozeß geltenden Prinzips der formellen Wahrheit bedeutet auch für den Rechtspfleger nur, daß er die von dem Antragsteller aufgestellte Behauptung der sachlichen Wahrheit seines Vorbringens hinzunehmen hat. Er müßte den **[261]** Erlaß eines Zahlungsbefehls ablehnen, den ein Antragsteller für eine nach seiner eigenen Eröffnung schon getilgte oder gar nicht entstandene Forderung beantragen würde. Infolgedessen wird er durch die bewußt unwahre Behauptung anspruchsbegründender Tatsachen getäuscht und durch diese Täuschung zum Erlaß des Zahlungsbefehls veranlaßt."

36 Im gleichen Sinne auf die Wahrheitspflicht nach § 138 ZPO verweisend, wird auch bei *Versäumnisurteilen* die Kausalität der Täuschung für die gerichtliche Entscheidung regelmäßig bejaht: grdl. Mehrverkehrs-Fall RGSt 72, 113/5f (ebenso Krey II Fall 57a, M-Schroeder II/1 § 46 II A 3c; zurückhaltender Lackner LK § 263 Rn. 89, 314, S/S-Cramer § 263 Rn. 74). Vermittelnd will Giehring GA 1973, 1ff Kausalität dann bejahen, wenn der Richter den Tatsachenvortrag für „überwiegend wahrscheinlich" hält (vgl. aber dazu auch oben Nr. 11 A 48a). Als *versucht* gilt ein Prozeßbetrug schon mit Einreichen der (wahrheitswidrigen) Klageschrift, also nicht erst mit Antragstellung in der mündlichen Verhandlung (vgl. Kündigungsklage-Fall OLG Bamberg NStZ 1982, 247 m. Anm. Hilger).

37 b) Auch eine rein **tatsächliche Beziehung** kann Grundlage drittschädigenden Verfügens sein (A 33): so der Gewahrsam an einer fremden Sache, und zwar gleichgültig, ob dieser rechtmäßig (z. B. durch Fund) oder deliktisch (z. B. durch Diebstahl) begründet wurde; oder etwa die sich aus Sachnähe ergebenden Einwirkungsmöglichkeiten von Angestellten: Betrug bei Einziehung von Kundenforderungen durch einen hierzu nicht ermächtigten Firmenangestellten (BGH NJW 1968, 1147; nach S/S-Cramer § 263 Rn. 67 jedoch nur bei schuldbefreiender Wirkung). Auch beim Ausschreibungsbetrug, wo sich der Täter durch Täuschung den Zuschlag verschafft und dadurch den sonst aussichtsreichsten Mitbewerber verdrängt, kann eine derartige faktische, wenn nicht sogar rechtliche Einwirkungsmacht der Vergabestelle über die Erwerbschancen der Bewerber angenommen und demgemäß eine fremdschädigende Verfügung bejaht werden (vgl. Ausschreibungs-Fall BGHSt 17, 147, Lackner LK § 263 Rn. 110; and. S/S-Cramer § 263 Rn. 67). Vgl. auch RGSt 26, 227; 74, 316: Abspenstigmachen eines Stammkunden.

38 Verneint hingegen wurde eine derartige faktische Sachbeziehung im *Ablage-Fall* **OLG Hamm NJW 1969, 620:** Dort hatte A die von der Kundin M versehentlich zurückgelassene Geldbörse an sich genommen; zuvor jedoch hatte die Kundin K die Börse kurz in ihre Hand genommen, aber wieder zurückgelegt, als A die Frage der K, ob ihr das Geld gehöre, bejaht hatte; auch die für Fundsachen zuständige Kassiererin hatte den Vorgang aus unmittelbarer Nähe miterlebt. Hier würde die Annahme eines Betrugs voraussetzen, daß entweder die Kundin K oder die Kassiererin über die Börse „verfügt" hätte. Beides wurde zu Recht verneint: hinsichtlich der K schon deshalb, weil sie durch das kurzfristige Aufheben keinerlei Gewahrsamsverhältnis begründen wollte; hinsichtlich der Kassiererin, weil auch diese keinerlei Veranlassung hatte, sich für die vermeintlich der A gehörende Geldbörse verantwortlich zu fühlen. Deshalb kam statt Betrug (entgegen Wedekind NJW 1969, 1128f) Diebstahl in Betracht (i. E. ebenso Geppert JuS 1977, 69/74).

39 3. Sowohl für rechtliche als auch für faktische **Beziehungen** zu dem fremden Vermögen kommt es darauf an, daß diese **bereits vor der Verfügung bestanden,** also nicht erst durch die Tat selbst begründet wurden (S/S-Cramer § 263 Rn. 66; weniger streng Lackner LK § 263 Rn. 110). Daran fehlt es namentlich dort, wo die Verfügung über fremde Sachen überhaupt erst durch deren Wegnahme ermöglicht wird. Das wird vor allem bei Erschleichung der *Herausgabe von Sachen durch ein gutgläubiges Werkzeug* problematisch; denn in solchen Fällen stellt sich die **Abgrenzung von drittschädigendem Dreiecks-Betrug und Diebstahl in mittelbarer** *Täterschaft* in besonderer Schärfe:

40 a) Typisch dafür der *Untermieter-Fall* **OLG Stuttgart NJW 1965, 1930,** wo der A der Vermieterin der B vorspiegelte, von dieser zum Abholen ihrer Autoschlüssel ermächtigt

A worden zu sein. Das OLG hat Betrug verneint, da die V weder die Vorstellungen noch den Willen zu einer eigenen Entscheidung hatte, sondern lediglich eine Anweisung der B auszuführen glaubte, also keine „Verfügung" über deren Vermögen getroffen habe.

Aber: Steht dieser Begründung nicht entgegen, daß es für das Verfügen i. S. von § 263 weder auf eine rechtliche Verfügungsbefugnis (A 5, 33) noch auf subjektives Verfügungsbewußtsein (A 9) ankommt? Geht man demgegenüber davon aus, daß für Betrug vermeintlich nichtschädigendes Handeln des Getäuschten typisch ist (A 22), so kann in der Weggabe *fremder* Sachen nur dann ein Verfügen i. S. von § 263 liegen, wenn sich der Weggebende als gleichsam loyaler Sachwalter des fremden Vermögens versteht. Und das setzt zweierlei voraus:

41
- *objektiv*, daß der Getäuschte bereits *„im Lager"* des Betroffenen steht, sein Handeln sich also gewissermaßen als ein *Weggeben von innen nach außen* darstellt;
- *subjektiv*, daß sich der Getäuschte als *im vermeintlichen Interesse des Betroffenen* handelnd versteht und ihm damit das Bewußtsein fremdschädigenden Verfügens abgeht.

Fehlt auch nur eines dieser Merkmale: sei es, daß der Getäuschte hinsichtlich des betroffenen Gegenstandes noch außerhalb von dessen Einwirkungssphäre stand, also gleichsam „von außen" hineingreift, oder sei es, daß er sich des Handelns im Interesse des Betroffenen nicht sicher oder ihm dies gleichgültig ist, er also zumindest mit bedingtem Schädigungsbewußtsein weggibt, so betätigt er sich als Werkzeug einer „Wegnahme" i. S. von § 242.

42 Konsequenz für den *Untermieter-Fall?* Zwar mag die V sich subjektiv in Übereinstimmung mit der B gefühlt haben, so stand sie jedoch hinsichtlich der zum persönlichen Verfügungsbereich gehörenden Autoschlüssel schwerlich in der Einwirkungssphäre der B; mangels einer Verfügung der V ist daher A allenfalls wegen *§ 242* (bzw. § 248b) in mittelbarer Täterschaft strafbar. Ebenso – wenn auch mehr auf die *„Lagertheorie"* abstellend Lenckner JZ 1966, 320f, S/S-Cramer § 263 Rn. 67. Dagegen für *§ 263* – da mehr auf das subjektive Handeln „anstelle des Eigentümers" abstellend und eine Einwirkungsmöglichkeit der V bejahend – D-Tröndle § 263 Rn. 24, JR 1966, 29 und Heimann-Trosien LK § 242 Rn. 25. Für eine Verbindung von objektiven und subjektiven Kriterien auch Otto ZStW 79, 84, Schünemann GA 1969, 46 und Krey II Fall 56; dies ist jedoch zu eng, wenn danach Verfügungen nur innerhalb des dem Berechtigten eingeräumten, also rechtlichen Rahmens möglich sein sollen. Vgl. zum Ganzen auch Backmann 125ff, Lackner LK § 263 Rn. 114f, Samson JA 1978, 566ff.

43 b) Wie ist nach den vorgenannten Kriterien der umstrittene *Sammelgaragen-Fall* **BGHSt 18, 221** zu entscheiden?

Dort hatte A vom Wärter einer Sammelgarage unter der Vorspiegelung von der Eigentümerin eines abgestellten Wagens dazu ermächtigt zu sein, sowohl dessen Herausgabe als auch die Aushändigung der beim W hinterlegten Zweitschlüssel erreicht. Für die Abgrenzung zwischen Diebstahl und Betrug hat der BGH darauf abgehoben, daß es: **[223]** „allein auf die Willensentschließung des gutgläubigen Mitgewahrsamsinhabers ankommen kann, der der Sache am nächsten stehend die unmittelbar räumliche Einwirkungsmöglichkeit hat und der deshalb über sie, unabhängig vom Willen der anderen Mitgewahrsamsinhaber, tatsächlich verfügen kann".

Da darin sowohl das objektive Einwirkungselement (Mitgewahrsamsdienerschaft) als auch das subjektive Willensmoment (Handeln in vermeintlichem Interesse der E) liegt, ist der Annahme von *Betrug* zuzustimmen (i. E. ebenso Heimann-Trosien § 242 Rn. 25, Lackner § 263, 114, Otto ZStW 79, 81, Wessels II/2 § 14 II 3); für *Diebstahl* hingegen Maurach BT 313 (and. für Betrug M-Schroeder II/1 § 34 III B 2); für gleichzeitiges Vorliegen von *Betrug* und *Diebstahl* Gribbohm JuS 1964, 237, S/S-Cramer § 263 Rn. 67, Welzel § 54 I 3b; vgl. aber dagegen Backmann 159f, Geppert JuS 1977, 75, Roxin-Schünemann JuS 1969, 375f. Eingehend zum Ganzen Herzberg ZStW 89, 387ff. Zu Konkurrenzfragen vgl. StrafR II Nr. 49.

44 **IV. Ergebnis.** Nach alledem hat im *Hafterschleichungs-Fall* der BGH zu Recht eine „Verfügung" i. S. von § 263 bejaht. Da diese auf eine entsprechende Irreführung durch A zurückzuführen war (E 1), so ist für den (im SV offengelassenen) Fall, daß A's Plan gelang, *vollendeter Betrug* anzunehmen, da es dann infolge der Hafteinweisung zu einer Vermögensschädigung der Landeskasse gekommen ist (E 2); ob es dadurch auch bereits zu einer entsprechenden *Bereicherung* kam, ist unerheblich, da dafür bereits die (hier offensichtliche) Absicht ausreicht (E 5). Würde A's Vortäuschung hingegen durchschaut, so bliebe er selbst dann, wenn es nicht einmal zu einer richterlichen

A 45 Verfügung kam, wegen Betrugs-*Versuch* strafbar. – Daß daneben auch der gegen die Rechtspflege gerichtete Tatbestand einer *Straftatvortäuschung* (§ 145 d) verwirklicht war, ist unproblematisch. Auch würde dieser Tatbestand aufgrund seiner Neufassung durch das EGStGB heute nicht mehr als subsidiär hinter § 263 zurücktreten, sondern in Idealkonkurrenz dazu stehen (so schon bisher Maurach BT § 76 II 4, Welzel § 76 V 3).

Schrifttum: allg. zu **Betrug** vgl. die Angaben zu Nr. 11. Speziell zur **Vermögensverfügung** und zur **Kausalbeziehung zwischen Irrtum und Schädigung** vgl. u. a. *Ellscheid,* Das Problem der bewußten Selbstschädigung beim Betrug, GA 1971, 161; *Engisch,* Das Problem der psychischen Kausalität beim Betrug, v. Weber-FS 247 ff; *Giehring,* Prozeßbetrug im Versäumnis- und Mahnverfahren, GA 1973, 1; *Hansen,* Die subjektive Seite der Vermögensverfügung beim Betrug, MDR 1975, 533; *Herzberg,* Bewußte Selbstschädigung beim Betrug, MDR 1973, 93; *Knauth,* Die Verwendung einer nicht gedeckten Kreditkarte als Straftat, NJW 1983, 1287; *Puppe,* Vermögensverfügung und Vermögensschaden bei Eingehung unwirksamer Verbindlichkeiten, MDR 1973, 12. – Zur **Abgrenzung des Betrugs von Diebstahl und Unterschlagung** vgl. die gleichnamige Schrift von *Backmann,* 1974, ferner *Bittner,* Zur Abgrenzung von Trickdiebstahl, Betrug und Unterschlagung, JuS 1974, 156; *Geppert,* Die Abgrenzung von Betrug und Diebstahl, JuS 1977, 69; *Gribbohm,* Gewahrsamsbruch und guter Glaube, NJW 1967, 1897; *Haffke,* Mitgewahrsam, Gewahrsamsgehilfenschaft und Unterschlagung, GA 1972, 225/32 ff; *Herzberg,* Betrug und Diebstahl durch listige Sachverschaffung, ZStW 89 (1977) 367; *ders.,* Konkurrenzverhältnis zwischen Betrug und Erpressung, JuS 1972, 570; *Lampe,* Strafrechtliche Aspekte der „Unterschriftserschleichung" durch Provisionsvertreter, NJW 1978, 679; *Otto,* Zur Abgrenzung von Diebstahl, Betrug und Erpressung bei der deliktischen Verschaffung fremder Sachen, ZStW 79 (1967) 59; *Schröder,* Über die Abgrenzung des Diebstahls von Betrug und Erpressung, ZStW 60 (1941) 33; *ders.,* Zur Abgrenzung der Vermögensdelikte, SJZ 1950, 94; *Schünemann,* Methodenprobleme bei der Abgrenzung von Betrug und Diebstahl in mittelbarer Täterschaft, GA 1969, 46, mit Erwiderung von *Dreher* ebenda 56. Zur Abgrenzung von **Erpressung** vgl. ferner die Nachw. in Nr. 11 A 60.

– **Speziell** zum *Hafterschleichungsfall* BGHSt 14, 170 vgl. *Mittelbach* JR 1960, 384; zum *Ablage-Fall* OLG Hamm NJW 1969, 620 (A 38) vgl. *Bittner,* Die Abgrenzung von Diebstahl, Betrug und Unterschlagung, MDR 1970, 291, *Wedekind* NJW 1969, 1128; zum *Referendar-Fall* BGHSt 13, 13 (A 17) vgl. *Heinitz* JR 1959, 386, *Busch, Klauser, Prinzing* NJW 1960, 950 ff; zum *Sträucher-Fall* BGHSt 19, 342 (A 7) vgl. *Kohlhaas* LM Nr. 12 zu § 253 StGB; zum *Sammelgarage-Fall* BGHSt 18, 221 (A 43) vgl. *Gribbohm* JuS 1964, 233; zum *Untermieter-Fall* OLG Stuttgart NJW 1965, 1930 (A 40) vgl. *Dreher* JR 1966, 29, *Lenckner* JZ 1966, 320; zum *Zahlungsbefehl-Fall* BGHSt 24, 257 (A 35) vgl. *Kohlhaas* LM Nr. 2 zu § 263 StGB.

Vermögensschädigung – „Individueller Schadenseinschlag" – Vermögensgefährdung – Sonstige Schadenstypen – Vollendungsproblematik

BGHSt 16, 321: Melkmaschinen-Fall

4 StR 166/61 vom 16. 8. 1961 = NJW 1962, 309

SV **Sachverhalt:** Der als „internationaler Propagandist" auftretende Provisionsvertreter A versuchte, Melkmaschinen an den Mann zu bringen, indem er den Bauern einen besonders günstigen Gelegenheitskauf mit Sonderpreisen und beschränkter Laufzeit der Werbeaktion vormachte. In Wirklichkeit entsprach der von ihm geforderte und in die Bestel-
1 lungen aufgenommene Preis nur dem jeweiligen Listenpreis. Um sich jedoch die scheinbar günstige Gelegenheit nicht entgehen zu lassen, kaufte Bauer K eine Melkanlage für rd. 1900 DM, wodurch er, wie auch A voraussah, in finanzielle Schwierigkeiten geriet, weil er bereits bestehenden Verpflichtungen nicht mehr ohne weiteres nachzukommen ver-
2 mochte. Ähnlich wurde Bauer B, der gerade erst ein neues Wirtschaftsgebäude errichtet hatte und dadurch finanziell stark geschwächt war, durch Kauf einer Melkmaschine für rd. 1100 DM unter angeblicher Einsparung von 900 DM zur Aufnahme eines verzinslichen
3 Kredites gezwungen. Bäuerin F ließ sich eine Melkmaschine für rd. 1000 DM aufschwatzen, die lediglich für zwei bis drei Kühe, nicht aber – wie von F benötigt und von A
4 zugesagt – für zehn Kühe reichte. Auch H befand sich bereits, wie A erkannte, in beträchtlichen Geldschwierigkeiten, als er sich aufgrund Vorspiegelung eines Preisnachlasses von nahezu 85% des Normalpreises zum Kauf einer Melkmaschine für rd. 850 DM bewegen ließ. In keinem dieser Fälle wäre es zu einem Kaufabschluß gekommen, wenn die Bauern gewußt hätten, daß es sich jeweils um den normalen Listenpreis handelte und die gewünschten Typen auch noch zu einem späteren Zeitpunkt zu vergleichbaren Bedingungen zu bekommen gewesen wären.

P **Zur Problemstellung:** Daß die Bauern, durch Vorspiegelung von Preisvorteilen irregeleitet, mit dem Kaufabschluß eine *Vermögensverfügung* getroffen haben, steht außer Frage. Ist aber dadurch den Bauern auch ein *Vermögensschaden* entstanden?

– Ist dies etwa deshalb ausgeschlossen, weil die Melkmaschinen – da dem Listenpreis entsprechend – durchaus ihr Geld wert waren, also *Gleichwertigkeit* von Leistung und Gegenleistung vorlag?

– Oder wären demgegenüber auch *individuelle* Faktoren zu berücksichtigen? So etwa im Falle F, daß die Melkanlage für den Betrieb zu klein, also nicht voll zweckentsprechend war?

– Oder kann etwa schon in der Beschränkung der *wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit* „infolge Bindung des Einkommens durch die aufgegebenen Bestellungen" und demzufolge durch „Beschränkung anderweitiger Wirtschaftsgestaltung" ein Vermögensschaden liegen? OLG Celle hatte dies in einem anderen Falle bejaht (NdsRpfl. 1956, 210), während OLG Hamm dieser Auffassung im vorliegenden Falle nicht folgen zu können glaubte und daher die Schadensfrage dem BGH gem. § 121 II GVG zur Entscheidung vorlegte.

– Wann ist in derartigen Fällen der Betrug *vollendet?* Bereits mit *Eingehung* oder erst mit *Erfüllung* des Vertrags durch den Getäuschten?

– Gibt es weitere *typische* Schadensfälle?

E 1 **Aus den Gründen: [325]** „a) Die Frage, ob eine Vermögensbeschädigung vorliegt, wenn eine Leistung erbracht ist, die ihrem Werte nach der Gegenleistung entspricht, ist schon in RGSt 16, 1 ff zu einem Teil beantwortet worden. An den dort aufgestellten
2 Grundsätzen hat auch die spätere Rspr. festgehalten. Danach liegt eine Vermögensbeschädigung nicht schon dann vor, wenn jemand infolge eines durch eine Täuschung hervorgerufenen Irrtums eine Vermögensverfügung getroffen hat, die er nicht getroffen haben würde, wenn er die Wahrheit gekannt hätte. Würde man diese Ansicht vertreten, so würde der Betrug den ihm innewohnenden Charakter einer gegen das Vermögen gerichteten Straftat verlieren. Er würde lediglich zu einem Angriff auf die Verfügungsfreiheit werden. Diese ist aber als solche allgemein nur gegen Gewalt und Drohung (§ 240 StGB), nicht aber gegen Täuschung strafrechtlich geschützt. Daher bedarf es stets der Prüfung, ob die Verfügung des Getäuschten auf sein Vermögen (oder das Vermögen eines andern)
3 vorteilhaft oder nachteilig eingewirkt hat. Es ist also nicht die Meinung des Getäuschten
4 darüber maßgebend, ob und inwieweit sein Vermögen als beschädigt anzusehen ist. Ein Vermögensschaden liegt daher auch dann nicht vor, wenn der Getäuschte wegen des in

E ihm erregten Irrtums glaubte, durch den Erwerb eines Gegenstandes einen Gewinn zu
5 machen, der aber in Wirklichkeit nicht erzielt wurde. Entscheidend ist vielmehr zunächst, ob der erworbene Gegenstand wirtschaftlich betrachtet der Gegenleistung entsprach.

6 Ob dies der Fall ist, kann nicht für sich, also ohne Beachtung der besonderen Gegebenheiten des Einzelfalls, entschieden, muß vielmehr nach den persönlichen Bedürfnissen und Verhältnissen des Erwerbers und unter Berücksichtigung der von ihm nach Maßgabe aller Umstände verfolgten Zwecke beurteilt werden. Ein und dieselbe Leistung kann für das Vermögen des einen ganz andere günstige oder ungünstige Wirkungen hervorbringen als für das Vermögen eines anderen, da die meisten Gegenstände nicht für alle Menschen den gleichen Vermögenswert **[326]** haben, weil sie nicht für alle gleich brauchbar sind (RGSt 16, 1/6ff). Dieser ‚Grundsatz der Individualisierung' bei der Beurteilung der Vermögensbeschädigung enthält kein Zugeständnis an die abzulehnende Meinung, daß es auf die persönliche Einschätzung des Schadens durch den Getäuschten
7 ankommt. Vielmehr ist entscheidend, ob dieser die Sache nach der Auffassung eines sachlichen Beurteilers nicht oder nicht in vollem Umfange für den von ihm vertraglich vorausgesetzten Zweck oder in anderer zumutbarer Weise (vgl. RGSt 16, 1/9) verwenden kann. Fehlt es an einer solchen Verwendbarkeit, so ist schon allein darin eine Vermögensschädigung zu erblicken, selbst wenn der Verkehrswert der Gegenleistung der Leistung des Getäuschten entspricht. Unter Berücksichtigung dieser Erwägungen ist ... im Fall F [SV 3] ein Vermögensschaden [anzunehmen], weil die Melkanlage nach dem Sinn des Vertrages für zehn Kühe dienen sollte, tatsächlich jedoch nur für zwei bis drei Kühe verwandt werden konnte (vgl. auch BGHSt 16, 220).

8 b) In den übrigen Fällen war dagegen die Benutzungsmöglichkeit für den im Vertrag vorausgesetzten Zweck gegeben. Hier konnte es sich nur um die Frage handeln, ob bereits die Einschränkung der Verfügungsfreiheit, die durch den Abschluß des Vertrages und die damit verbundene wirtschaftliche Belastung entsteht, einen Vermögensschaden darstellt oder ob in Fällen dieser Art weitere Merkmale hinzukommen müssen, damit von einem Vermögensschaden gesprochen werden kann. Die Frage ist in letzterem Sinne zu beantworten. Die bloße Bindung von Teilen des Vermögens durch die eingegangene Vertragsverpflichtung ist für sich allein betrachtet noch kein Vermögensschaden. Denn das Vermögen des Getäuschten braucht angesichts des erhaltenen Gegenwertes noch keinen geringeren Wert zu haben als zuvor.

9 Welche zusätzlichen Anforderungen bei gleichwertiger Gegenleistung über die bloße Beeinträchtigung der Verfügungsfreiheit des Getäuschten hinaus für die Bejahung einer Vermögensschädigung zu stellen sind, ist aus der bisherigen in ihrer Ausdrucksweise **[327]** vielfach wechselnden Rspr des RG und des BGH nicht mit der für eine gleichmäßige Rechtsanwendung erwünschten Deutlichkeit zu entnehmen. So ist bald davon die Rede, daß die Leistung in Anbetracht der wirtschaftlichen Verhältnisse des Getäuschten ‚zu hoch' (RG HRR 1938, 362; BGH MDR 1952, 408), bald davon, daß sie ‚eine wirtschaftlich nicht zu verantwortende' oder ‚unerträgliche' Last darstellt oder daß der Besteller zu ihr ‚nicht in der Lage ist' (RG DR 1939, 1509; RG HRR 1935, 1351) oder daß die wirtschaftlichen Verhältnisse ein solches Geschäft ‚nicht erlauben' oder ‚nicht gestatten' (RG HRR 1941, 1691; RGSt 76, 49) oder daß die ‚geldliche Belastung die wirtschaftlichen Verhältnisse übersteigt' (BGH MDR 1952, 408) oder in ‚unvertretbarer Weise belastet' (RGSt 23, 430; 49, 21) oder daß die Belastung ‚wirtschaftlich unvernünftig ist' (RG HRR 1935, 1395) oder sich (wegen der Länge und Höhe der Leistung) als ‚unerwünscht' darstellt. Auch [der BGH spricht in 1 StR 384/51 v. 22. 4. 52 nur davon], daß eine die wirtschaftlichen Verhältnisse des Getäuschten übersteigende oder aus anderen Gründen ‚zu hohe' oder ‚sonstwie unnütze' geldliche Leistung oder (BGHSt 3, 99) eine ‚fühlbare' Beeinträchtigung der wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit gegeben sein müsse.

10 Angesichts der in dieser Rspr bislang zutage getretenen Unbestimmtheit der Schadensmerkmale bei wertgleicher Gegenleistung hält der Senat es für erforderlich, eine nähere Verdeutlichung dieser Merkmale zu erzielen, ohne daß das kriminalpolitische Bedürfnis, das Strafwürdige auf diesem Gebiet zu erfassen, wesentlich beeinträchtigt wird. Die Vielgestaltigkeit der jeweiligen Umstände gestattet es allerdings nicht, eine abschließende Umschreibung für alle in Betracht kommenden Fälle zu finden; wohl aber ist es möglich, die typischen Fälle, in denen ein Vermögensschaden in Betracht kommt, näher zu umreißen.

11 **[328]** Ein solcher Vermögensschaden kann – abgesehen von dem oben erwähnten Fall der unnützen Leistung – einmal vorliegen, wenn der Erwerber durch die eingegangene Verpflichtung zu vermögensschädigenden Maßnahmen genötigt wird. Dies kommt vor allem in Betracht, wenn der Getäuschte, um die erforderlichen Mittel zur Erfüllung des Vertrags zu beschaffen, ein anderes wirtschaftlich ungünstiges Geschäft abschließen muß, etwa durch Aufnahme eines hoch zu verzinsenden Darlehens oder durch unvorteilhafte Veräußerung eines Wertpapiers oder durch den wirtschaftlich ungünstigen Verkauf eines Sachwerts, oder wenn er den Abschluß eines vorteilhaften anderen Geschäfts unterlassen muß. Auch hier kommt es aber auf die Gestaltung der jeweiligen Umstände an. Es kann sein, daß diese Nachteile durch den – beträchtlichen – Gebrauchswert der Ge-

E genleistung wirtschaftlich ausgeglichen werden, wie dies namentlich bei Aufnahme eines Darlehens, sei es auch zu einem höheren Zinssatz, der Fall sein kann.

12 c) Weiterhin liegt ein Vermögensschaden dann vor, wenn die durch den Vertrag verursachte Bindung von Vermögenswerten einen so starken Mangel an Mitteln herbeiführt, daß eine bestimmte nahe Gefahr für die wirtschaftliche Lage eintritt, z.B. dadurch, daß bestehende oder neu aufzunehmende Zahlungsverbindlichkeiten voraussichtlich nicht oder nicht vollständig oder nicht zum vereinbarten Zeitpunkt erfüllt werden können. Aber auch wenn nicht so weitgehende Folgen entstehen, kann ein Vermögensschaden gegeben sein, und zwar dann, wenn der Getäuschte in seiner Verfügungsfreiheit so beschränkt wird, daß ihm die Mittel entzogen werden, die für die Aufrechterhaltung einer seinen Verhältnissen angemessenen Wirtschafts- oder Lebensführung unerläßlich sind. Dies liegt z.B. vor, wenn er seinen Aufwand im Vergleich zu der seinen Verhältnissen entsprechenden Lebensführung so weit einschränken muß, daß er nur noch die Mittel für die Befriedigung seiner notdürftigen Bedürfnisse zur Verfügung hat. Die Vermögensschädigung ist solchenfalls darin zu sehen, daß die nach der erschlichenen Vermögensverfügung verfügbar gebliebenen Restmittel des Getäuschten auch nach der Auffassung eines sachlichen Beurteilers infolge ihrer an den bisherigen Bedürfnissen des jeweiligen Erwerbers gemessenen Unzulänglichkeit für ihn derart an Verwertbarkeit und damit an
13 Wert verlieren, daß das Gesamtvermögen dadurch eine Einbuße erfährt. Dabei ist zu beachten, daß der Wert eines Vermögens für die hier angemessene umfassende, lebensnahe und daher auch wirtschaftliche Betrachtung sich nicht nur nach dem Betrag bemißt, der sich aus der Zusammenzählung des Wertes der einzelnen Vermögensgegenstände ergibt, sondern daß dieser Wert mitbestimmt wird durch die tatsächliche und rechtliche Möglichkeit, die vorhandenen Vermögensstücke entsprechend den sachlich anzuerkennenden Bedürfnissen des jeweiligen Vermögensträgers zu verwenden. Wird diese Möglichkeit durch die erschlichene Festlegung eines – nicht unerheblichen – Teiles des Vermögens in solchem Grade beeinträchtigt, daß der verbleibende Rest nur noch zwangsläufig zur Befriedigung der Mindestanforderungen benutzt werden kann, so bedeutet auch dies einen Vermögensnachteil, selbst wenn der Getäuschte infolge eines derart weitgehenden Verlustes an Bewegungsfreiheit nicht zu den unter b) erörterten
14 vermögensschädigenden Maßnahmen gedrängt werden sollte. Der Senat ist sich darüber im klaren, daß er damit ... das durch Täuschung herbeigeführte übermäßige Opfer an wirtschaftlicher Bewegungsfreiheit wegen seiner nachteiligen Wirkung auf die Vermögensbewertung als Vermögenseinbuße anerkennt.

15 Einschränkend ist jedoch auch hier, ähnlich wie oben zu b), auszusprechen, daß in diesem erweiterten Sinne als Vermögensschädigung nur ein erschlichenes Opfer an Verfügungsfreiheit anzusehen ist, dessen Nachteile nicht durch besondere wirtschaftliche Vorteile ausgeglichen werden. Es kann durchaus im Rahmen einer vernünftigen Wirtschaftsführung liegen, wenn jemand freiwillig wesentliche Einschränkungen seines Bedarfs für eine gewisse Zeit auf sich nimmt, um einen hochwertigen **[330]** Gegenstand zu erwerben, z.B. ein Haus, einen Kraftwagen, Maschinen usw., deren Anschaffung im Rahmen einer weitschauenden Wirtschaftsplanung sich als nützlich erweist. Hier würde ein Vermögensschaden nicht vorliegen, da in einem solchen Falle der Erwerber üblicherweise Opfer in Kauf nimmt, die durch den erhöhten Nutzungswert des meist für langfristigen Gebrauch bestimmten hochwertigen Gegenstandes ausgeglichen werden. Etwas Ähnliches kommt in Betracht, wenn jemand eine günstige Gelegenheit, einen besonders billigen Erwerb zu machen, wahrnimmt. Auch hier können etwaige Einschränkungen der Lebensführung im Rahmen üblicher Wirtschaftsgebarung liegen. Gerade in einem solchen Falle führt aber eine Täuschung nicht selten zu einer anderen Beurteilung. Wird dem Erwerber vorgespiegelt, daß er weit unter Preis oder aus anderen Gründen besonders günstig erwirbt, und ist er deshalb unter Verzicht auf seine sonstige Wirtschaftsführung zu Opfern bereit, so können die Einschränkungen, die er nunmehr vornehmen muß, einen Vermögensschaden darstellen, wenn der Wert des erworbenen Gegenstandes seiner Leistung zwar entspricht, es sich aber nicht um eine besonders günstige Anschaffung handelt. Dann in diesem Falle würden die übermäßigen Opfer nicht durch besondere wirtschaftliche Vorteile ausgeglichen."

A **Zur Erläuterung und Vertiefung.** Die besondere Bedeutung dieser Grundsatzentscheidung liegt darin, daß sie zwar einerseits an der Grundkonzeption des herrschenden *Vermögens-* und *Schadens*begriffes festhält, aber andererseits durch Berücksichtigung neuer Schadens*folgen* den Schutzbereich des § 263 auszuweiten versucht (I). Darüber hinaus wird die Frage nach etwaigen *sonstigen Schadenstypen* zu stellen sein (II–III).

1 **I. Die allgemeinen Schadenskategorien.**

Wenn man die Fortentwicklung durch den Melkmaschinen-Fall verstehen will, sind zunächst die allgemeinen Vermögens- und Schadenskategorien, wie sie bereits im Zellwollhose-Fall Nr. 10 vorgestellt wurden, in Erinnerung zu rufen:

A 2 1. Das Erfordernis eines **Vermögensschadens** überhaupt: Da ein solcher nicht schon in der Verfälschung der Willensbildung durch Täuschung erblickt werden kann, hat der BGH zu Recht nach einem Vermögensschaden gefragt, der über die bloße Beeinträchtigung der Dispositionsfreiheit als solcher hinausgeht (E 2; Nr. 10 A 7, 28).

3 2. **Wirtschaftliche Betrachtung:** Nach diesem heute vorherrschenden Grundansatz (vgl. E 1; Nr. 10 A 14ff) kommt es weniger auf die juristische *Verität* (rechtliche Existenz oder Anerkennung) der betroffenen Rechte oder Interessen als vielmehr auf ihre wirtschaftliche *Bonität* (materielle Werthaftigkeit und Durchsetzbarkeit) an. Daher stand der Annahme eines Vermögensschadens grundsätzlich nicht entgegen, daß die von den getäuschten Bauern übernommenen Verpflichtungen zivilrechtlich anfechtbar waren (§ 123 BGB; vgl. aber auch A 18ff). Vielmehr ist nach dem Prinzip der **Gesamtsaldierung** ein *Vergleich* der Vermögenslage des Opfers *vor* und *nach* der irrtumsbedingten Verfügung anzustellen (Nr. 10 A 31ff). Und nur wenn sich dieser Saldo nach wirtschaftlicher Betrachtung infolge der Tat verschlechtert hat, ist ein Vermögensschaden anzunehmen.

4 3. **Objektiver Maßstab:** Da für die Schadensbewertung grundsätzlich die objektive Sicht eines *„sachlichen Beurteilers"* maßgebend ist (E 7; Nr. 10 A 35) und dieser sich nicht an der Schadensbewertung des Getäuschten (E 3), sondern an den *Marktverhältnissen* auszurichten hat, ist bei Gattungssachen im Regelfall der Listenpreis entscheidend. Konsequenz für den vorliegenden Fall? Da die Melkmaschinen dem damals marktüblichen Listenpreis entsprachen, also durchaus „ihr Geld wert" waren, wäre bei rein objektiver Betrachtung ein Schaden zu verneinen. Indes erfährt diese eine gewisse Korrektur durch ein opferorientiertes Prinzip, nämlich:

5 4. **Individueller Schadenseinschlag:** Denn nach dem *„Grundsatz der Individualisierung"* (E 6) ist der Wert von Leistung und Gegenleistung nicht abstrakt, sondern gerade im Hinblick auf die *persönlichen* Bedürfnisse, Verhältnisse und Zielsetzungen des Betroffenen zu beurteilen (Nr. 10 A 36). Damit aber ist genau der kritische Punkt der vorliegenden Fälle erreicht: Wann kann – trotz objektiver Gleichwertigkeit von Leistung und Gegenleistung – im Hinblick auf subjektive Faktoren ein Vermögensschaden angenommen werden? Wie der BGH zutreffend feststellt, herrschte in dieser Frage bis dahin eine große Wertungsunsicherheit (E 9). Doch auch der BGH glaubt, keine „Generalbereinigung" vornehmen zu können, sondern versucht stattdessen eine mehr kasuistische Schadenstypik herauszuarbeiten (E 10). Und zwar nennt er im wesentlichen 3 individuelle Schadensfaktoren:

6 a) **Mangelnde individuelle Verwendbarkeit:** Dieser in der Praxis recht häufige und auch in der Rspr. schon seit RGSt 16, 1/9 (vgl. Nr. 10 A 13) anerkannte Schadensfaktor liegt vor,

„wenn der Erwerber die angebotene Leistung nicht oder nicht in vollem Umfange zu dem vertraglich vorausgesetzten Zweck oder in anderer zumutbarer Weise verwenden kann" (Leitsatz a), und zwar selbst dann, wenn die Sache an sich mängelfrei ist.

So lag es im Fall F, wo die für 2 bis 3 Kühe geeignete Melkmaschine für den 10-Kühe-Betrieb der F nicht geeignet war (SV 3, E 7). Ähnlich wurde im Provisionsvertreter-Fall ein Schaden darin erblickt, daß dem Kunden K ein zweiter Warenautomat aufgeschwindelt wurde, den zu betreiben er nicht in der Lage war (NJW 1968, 261). Vgl. ferner OLG Köln JR 1957, 351: Schulbuch, das im Unterricht des Sohnes nicht benutzt wurde (ähnlich Hilfsschüler-Fall OLG Köln NJW 1976, 1222 m. Anm. Jakobs JuS 1977, 228); OLG Hamm NJW 1968, 903: an sich preiswerter Gebrauchtwagen, der aber statt der zugesicherten 56 000 km in Wirklichkeit bereits 156 000 km gelaufen und daher reparaturanfälliger war, sowie Abonnement-Fall unten A 26.

7 – Aber: Wie in jener Formel schon anklingt, soll die Verwendungsfähigkeit nicht ausschließlich nach den persönlichen Zweckvorstellungen, sondern nach der *für den Erwerber „zumutbaren" Verwendbarkeit* zu beurteilen sein. Danach werden beispielsweise zwar typische Baulanderwartungen als schadensrelevant angesehen (vgl. Parksiedlung-Fall OLG München NJW 1978, 435 m. Anm. Sonnen JA 1978, 257 sowie allg. zu erwartende Eigenschaften Samson SK § 263 Rn. 174 m. w. N.). Dagegen soll dem durch Unterschriftserschleichung in eine Buchgemeinschaft hineingeratenen Bildungsbürger zumutbar sein, sich aus dem preiswerten Angebot von Büchern und Schallplatten zu bedienen (OLG Köln GA 1977, 188/9). Indes: Wird man damit eigentlich noch der Autonomie der individuellen Haushaltsführung gerecht, wie das für einen echten

A Individualschutz erforderlich wäre? Treffend dazu Heinitz JR 1968, 387/8; vgl. auch Jakobs JuS 1977, 228, S/S-Cramer § 263 Rn. 108, 121.

8 b) **Liquiditätsverlust** (E 12): Danach ist ein Vermögensschaden anzunehmen,

„wenn der Erwerber infolge der Verpflichtung nicht mehr über die Mittel verfügen kann, die zur ordnungsmäßigen Erfüllung seiner Verbindlichkeiten oder sonst für eine seine persönlichen Verhältnisse angemessene Wirtschafts- oder Lebensführung unerläßlich sind" (Leitsatz c).

9 Kurz: Beschränkung der individuellen Lebens- und Haushaltsgestaltung infolge einseitiger Bindung der Mittel. Ob eine derartige Liquiditätseinbuße hier in den Fällen K (SV 1) und H (SV 4) bereits erreicht war, mußte der BGH, da er nur über die abstrakte Vorlagefrage zu entscheiden hatte, offen lassen; dies wird aber wohl zu bejahen sein: so jedenfalls geschehen im Provisionsvertreter-Fall Nr. 14, wo sich der bereits mit Bauschulden belastete K, der für seine 6köpfige Familie mit rd. 800 DM im Monat auskommen mußte, einen Zigarettenautomaten aufschwindeln ließ, weil ihm wahrheitswidrig versichert worden war, daß sich die monatlichen Raten von rd. 140 DM verringern würden, falls der Automat keinen entsprechenden Gewinn abwerfen würde: Vermögensschaden wegen „zu starker Belastung" des K (NJW 1968, 261). I. gl. S. bereits RGSt 76, 49: Beschränkung der Bewegungsfreiheit durch langfristige Lebensversicherung statt eines kurzfristigen Sparvertrags. Vgl. ferner Wäsche-Fall BayObLG NJW 1973, 633.

10 c) **Zwang zu vermögensschädigenden Folgemaßnahmen:** Danach ist trotz objektiver Gleichwertigkeit der gegenseitigen Verpflichtungen ein Vermögensschaden anzunehmen,

„wenn der Erwerber durch die eingegangene Verpflichtung zu vermögensschädigenden Maßnahmen genötigt wird" (Leitsatz b).

Im Unterschied zum vorangehenden Fall, wo das Opfer zu wirtschaftlicher Untätigkeit verurteilt wird, wird es hier zu weiteren selbstschädigenden Maßnahmen gezwungen: so etwa im Fall B (SV 2) zur Aufnahme eines verzinslichen Kredits, oder im Provisionsvertreter-Fall Nr. 14 der Zwang des U zur Zahlung einer größeren Abstandssumme. (NJW 1968, 261).

11 Soweit die Schadenstypik des BGH, wie sie auch in der Lehre weitgehend anerkannt ist (vgl. Lackner LK § 263 Rn. 156ff m. w. N.). Kann sie voll befriedigen? Das ist zu verneinen, solange nicht auch folgender Schadensfaktor berücksichtigt wird:

12 **5. Beeinträchtigung der wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit als solche?** So sehr die Individualisierung des BGH zu begrüßen ist, bleibt doch die Frage, ob sich sein Ansatz wirklich bruchlos durchhalten bzw. in gewünschtem Maße verallgemeinern läßt; denn:

13 – Geht man mit dem BGH davon aus, daß ein Vermögensschaden nicht schon in der Beeinträchtigung der wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit als solcher, sondern erst in weiteren *hinzukommenden Folgen* (wie Liquiditätsverlust bzw. selbstschädigende Maßnahmen) liegen soll (E 8), so setzt man sich in Widerspruch zum *Unmittelbarkeitsgrundsatz*, wonach der Vermögensschaden die unmittelbare Folge der Vermögensverfügung sein muß (Nr. 12 A 25ff). Dieses Prinzip mag zwar noch bei mangelnder Verwendungsfähigkeit der Sache gewahrt sein, nicht mehr dagegen bei Liquiditätsverlust und selbstschädigenden Folgemaßnahmen; so ist insbes. der Zwang zur Kreditaufnahme lediglich eine *mittelbare* Folge des durch Irrtum motivierten Vertragsabschlusses (vgl. Eser GA 1962, 291, Mohrbotter GA 1975, 42ff, Schröder NJW 1962, 721, aber auch Lackner LK § 263 Rn. 160).

14 – Ähnliche Friktionen ergeben sich hinsichtlich der sog. „*Stoffgleicheit*": Macht man nämlich wirklich ernst mit dem Grundsatz, daß der vom Täter erstrebte Vorteil die „Kehrseite" des dem Opfer zugefügten Schadens sein muß (Nr. 14 A 12ff), wie soll eine derartige Stoffgleichheit etwa zwischen dem Gewinn des Melkmaschinenhändlers und den Kreditkosten des B begründet werden können? (Auch dazu näher Eser und Schröder aaO A 12.)

15 Diese und ähnliche Brüche lassen sich im Grunde nur dann vermeiden, wenn man bereits die *wirtschaftliche Bewegungsfreiheit* selbst als schutzfähigen Vermögenswert anerkennt (dazu Nr. 10 A 8, 28); denn dann liegt der Vermögensschaden bereits in deren Beeinträchtigung als solcher, *ohne daß* es noch auf die vom BGH geforderten *zusätzlichen* Folgen ankäme. Gewiß mag etwa eine Liquiditätseinbuße symptomatisch dafür sein, daß die wirtschaftliche Bewegungsfreiheit auch tatsächlich verletzt wird; der

A maßgebliche Schaden jedoch liegt gerade und bereits in der Beeinträchtigung jenes vermögenswerten Gutes.

16 Daß sich auch der BGH schon in dieser Richtung bewegt, hat er bei E 14 selbst eingeräumt. Wenn er trotzdem noch vor dem letzten Schritt zurückschreckt, dann wohl aus dem weitverbreiteten Mißverständnis, daß damit der Betrug zu einem Delikt gegen die *personale Dispositionsfreiheit* verfälscht werde und dadurch seinen Charakter als Vermögensdelikt verliere (E 2). Diese Befürchtung ist jedoch unbegründet, wenn man die wirtschaftliche Bewegungsfreiheit nicht schon durch irrtumsbedingte Verfügungen als solche, sondern erst durch eine wirtschaftlich sinn- und zweckwidrige Vermögensverfügung als beeinträchtigt ansieht. Danach ergibt sich ein Vermögensschaden aus jeder Verfügung, die *aus objektiver Sicht wirtschaftlich unvernünftig,* weil zur Erreichung des angestrebten Zweckes ungeeignet ist; kurz: **Vermögensschaden durch eine wirtschaftlich zweckverfehlende Maßnahme.** Soweit daher in den Melkmaschinen-Fällen der erstrebte Zweck (Erlangung einer Melkmaschine) auch zu einem späteren Zeitpunkt und dann sogar unter günstigeren Umständen zu erreichen gewesen wäre, liegt in dem verfrühten und daher wirtschaftlich zweckwidrigen Kaufabschluß ein Vermögensschaden (näher Eser GA 1962, 291/3 ff; i. E. ähnlich S/S-Cramer § 263 Rn. 108, wenn der Einsatz der verfügbaren Mittel an der Rangordnung des „einzelwirtschaftlichen Mikrokosmos des Opfers" gemessen wird). Daher ist Vermögensschaden anzunehmen, wenn dem Getäuschten statt der gewünschten Urlaubsreise ein Fernsehgerät aufgeschwindelt wird, und zwar selbst dann, wenn er sich einen derartigen Kauf als nächste größere Ausgabe vorgenommen hatte. Vgl. auch Jakobs JuS 1977, 230 f, Otto, Vermögensschutz 70 ff, 77, Seelmann NJW 1980, 2551.

17 – Wie wäre danach die Schadensfrage im *Waschmaschinen-Fall* **BGHSt 22, 88** zu beurteilen? Dort veranlaßten Provisionsvertreter Kunden, die den Kauf einer Waschmaschine abgelehnt hatten, einen Vordruck zu unterschreiben, um damit wenigstens den Vertreterbesuch bzw. die Probevorführung zu bestätigen, in Wirklichkeit jedoch unterschrieben sie einen Bestellschein. Da die Geräte den vereinbarten Preis wert waren, wollte der BGH den Vermögensschaden von einem der im vorliegenden Melkmaschinen-Urteil genannten individuellen Schadensfaktoren (A 5 ff) abhängig machen (ebenso das KG im instruktiven Buchclub-Fall JR 1972, 28; noch strenger OLG Köln MDR 1974, 157 im Buchgemeinschafts-Fall). Stellt man dagegen auf die wirtschaftliche Bewegungsfreiheit ab, so läßt sich ein Vermögensschaden bereits dann bejahen, wenn aus objektiver, aber die individuellen Zielvorstellungen der Getäuschten einbeziehenden Sicht die Bestellung zum Tatzeitpunkt wirtschaftlich zweckwidrig war (i. E. ebenso Heinitz JR 1968, 387). Vgl. zum Ganzen auch Schlüchter MDR 1974, 617 ff sowie Franzheim GA 1975, 97, der bereits bei mangelndem Gebrauch*swillen* des „Bestellers" einen Vermögensschaden annehmen will.

18 **6. Kompensationsprinzip: Schadensausgleich durch Gegenansprüche?** Da nach dem Saldierungsprinzip (A 3) nicht nur die dem Opfer entstandenen Nachteile, sondern auch etwaige gleichzeitig erwachsene Vorteile in die Gesamtbilanz einzubringen sind, so ist dafür zwar in erster Linie die (versprochene oder erbrachte) Leistung des Täuschungsopfers (hier Geld) mit der dafür (vom Täter versprochenen oder vom Opfer bereits erlangten) Gegenleistung (hier die Melkmaschine) in Vergleich zu setzen (E 5; Nr. 10 A 32). Doch sind darüber hinaus u. U. auch noch weitere (gleichzeitig erwachsene) Vor- oder Nachteile mitzuberücksichtigen. Freilich hat dabei der BGH grundsätzlich nur *vertragliche* Vor- und Nachteile gemeint: Verbindlichkeiten und Leistungen also, die schon im vertraglichen Austauschverhältnis zwischen Täter und Opfer ihre Grundlage haben. Wie aber sind demgegenüber etwaige *gesetzliche* Rechte und Ansprüche zu behandeln, die dem Opfer gerade aufgrund der Täuschung von Gesetzes wegen erwachsen: wie etwa das Anfechtungsrecht wegen arglistiger Täuschung (§ 123 BGB), Schadensersatzansprüche bei Schlechtlieferung, Bereicherungsansprüche bei rechtsgrundloser Leistung, Herausgabeansprüche bei Besitzbetrug, Gewährleistungsansprüche wegen fehlender Eigenschaften usw.? Können auch solche Ansprüche des Opfers schadensmindernd *angerechnet* werden? Dazu gilt folgendes:

19 a) Grundsätzlich haben **gesetzliche Gegenansprüche des Opfers** bei der Schadensberechnung **außer Betracht** zu bleiben (h. M. seit RGSt 41, 27/9; vgl. S/S-Cramer § 263 Rn. 120 m. w. N., aber auch Lackner LK § 263 Rn. 187). Denn könnten arglistig erschlichene Vertragsvorteile schon allein durch das gleichzeitig erwachsene Anfechtungsrecht ausgeglichen werden, so wäre ein Eingehungsbetrug kaum denkbar (BGHSt 21, 384/6); und auch bei Erfüllungsbetrug durch Schlechtlieferung würde der ausgleichende Scha-

densersatzanspruch gleich „mitgeliefert" – damit wäre der Schutz vor Betrug praktisch aus den Angeln gehoben. Kurz: Gesetzliche Gegenansprüche sind Folgen des Schadens, verhindern aber nicht dessen Eintritt (Otto II § 51 II 5c).

b) Eine **Ausnahme** ist freilich dann zu machen, wenn nach *wirtschaftlicher* Betrachtung – und allein darauf kommt es an – das Opfer durch etwaige Gegenrechte *ausreichend abgesichert* ist. Das wird vor allem in zwei Fallgruppen angenommen:

– Einmal dort, wo bei Nicht- oder Schlechtlieferung des Täters dem Opfer der unmittelbare Zugriff auf **andere Sicherheiten** (z. B. Pfandrechte, Bürgschaften) eröffnet wird (RGSt 74, 129/30): vgl. dazu Übersicherungs-Fall BGH NJW 1964, 874 bzw. Hinterlegungs-Fall OLG Köln JZ 1967, 576 m. zust. Anm. Schröder. Instruktiv auch Lenckner zum Unternehmerpfandrecht-Fall BayObLG JR 1974, 336/7; dazu auch Amelung NJW 1975, 624, Meyer MDR 1975, 357.

– Zum anderen bei **Kompensationsbereitschaft des Täters:** dort also, wo der Täter *fähig* und *bereit* ist, etwaigen Ersatz- oder Rückerstattungsansprüchen jederzeit nachzukommen.

Instruktiv dazu der *Konkursverwalter-Fall* **BGH JR 1961, 267,** wo A unter Mißbrauch seiner Verwaltervollmacht einem Dritten darlehensweise Mittel aus der Konkursmasse zur Verfügung stellte, aber jederzeit selbst bereit und fähig war, diesen Fehlbestand notfalls aus eigenen Mitteln auszugleichen. Obgleich es dabei um Untreue ging, stellt sich die Schadensfrage doch in gleicher Weise wie bei Betrug. Und diese wurde i. E. zu Recht verneint; denn wie *Schröder* in seiner Anm. JR 1961, 269 dazu feststellt: „Es kann kaum bestritten werden, daß auch ein derartiger Ersatzanspruch einen wirtschaftlichen Wert verkörpern *kann* und daß bei einem solventen Schuldner jeder Kaufmann diesen Anspruch als Aktivum in seine Bilanz einstellen würde. Stellt man sich daher konsequent auf den Standpunkt des wirtschaftlichen Vermögensbegriffs, so kann zur Begründung des Vermögensschadens nicht allein darauf abgestellt werden, daß durch den Täter bestimmte Vermögensstücke aus dem fremden Vermögen entfernt worden sind, sondern es ist zugleich zu berücksichtigen, ob der daraus entstehende Ersatzanspruch sich als wirtschaftlich gleichwertig darstellt."

Ebenso BGH GA 1972, 209, wonach bei *Zechprellerei* dem Gastwirt kein Schaden entstehe, „wenn er den für Hotelleistungen geschuldeten Betrag aus dem für ihn erreichbaren Vermögen des Schuldners mit Sicherheit erzwingen kann, etwa weil er weiß, wie der Schuldner heißt und wo er beschäftigt ist" (vgl. auch Rechtsberatungs-Fall BGH MDR/H 1980, 986). Zurückhaltender hingegen M-Schroeder II/1 § 46 II A 4dbb 2, der aber immerhin einräumt, daß es bei Kompensationsbereitschaft des Täters regelmäßig an der Absicht rechtswidriger Bereicherung mangele. Dagegen fehlt es an der Ersatzbereitschaft etwa dort, wo durch Verschweigen eines erlangten Vorteils dem Geschädigten die Möglichkeit eines Forderungseinzugs bzw. einer Aufrechnung genommen wird (vgl. KG JR 1973, 339 m. Anm. Schröder). Entsprechendes gilt für rechtsgrundlose Leistungen an einen Vermittlungsvertreter, der weder rückerstattungsfähig noch -bereit ist (Möbelvertreter-Fall OLG Hamm GA 1974, 26). Vgl. zum Ganzen auch Cramer, Vermögensbegriff 177 ff.

7. **Zwischenergebnis** für den vorliegenden Fall? Da hier für eine Ersatzbereitschaft des A keinerlei Anhaltspunkt bestand und die getäuschen Bauern die von ihnen übernommenen Verpflichtungen auch schon erfüllt hatten, wurde ihnen gegenüber eine Vermögensschädigung zu Recht bejaht. – Wie aber, wenn sie die Verträge wegen Arglist angefochten und mit Berufung darauf die Zahlung verweigert hätten? Oder wenn die von A vertretene Firma auf Reklamation der Bauern hin den Vertrag sofort storniert hätte? Käme dann möglicherweise nur Betrugs*versuch* in Betracht? Oder könnte bereits im Vertragsabschluß durch die Bauern eine schadensgleiche Vermögensgefährdung liegen? Damit ist zugleich die Frage nach weiteren typischen Schadenskonstellationen gestellt:

II. Vermögensgefährdung als Vermögensschaden: Vollendungsproblematik

Zu den vorangehend aufgeworfenen Fragen war im *Abonnement-Fall* **BGHSt 23, 300** Stellung zu nehmen: Dort hatte der als Zeitschrifterwerber tätige A die Hausfrau H durch unwahre Vorspielungen dazu veranlaßt, eine Zeitschrift zu abonnieren. Als sie nach Lieferung des 1. Heftes sah, daß die Zeitschrift entgegen den Zusicherungen das A völlig ungeeignet und unbrauchbar für sie war, sandte die das Heft mit einem entsprechenden Schreiben an die Lieferfirma zurück. Diese stornierte den Auftrag ohne weiteres. Irgendwelche Zahlungen hatte die H noch nicht geleistet. Trotzdem hat der BGH eine vollendete Vermögensschädigung der H bejaht; denn:

A 27 **[302]** „1. Es handelt sich um einen Fall des Eingehungsbetruges. Bei ihm ist eine Vermögensbeschädigung gegeben, wenn der vertragliche Anspruch auf die Leistung des Täuschenden – hier auf die Lieferung der Zeitschrift – in seinem Wert hinter der Verpflichtung zur Gegenleistung des Getäuschten – hier zur Zahlung des Kaufpreises – zurückbleibt (vgl. u.a. BGHSt 16, 220/1). ...

28 **[303]** Bei der hier zu beurteilenden Sachlage darf indes die Besonderheit nicht außer acht gelassen werden, daß der Inhaber der Lieferfirma auf eine bloße Beanstandung des Bestellers den Vertrag in jedem Fall ohne weiteres als nicht zustande gekommen behandelt. ... Rein objektiv geht hier der Besteller kein Risiko ein. Ein über eine Vermögensgefährdung hinausgehender Vermögensschaden tritt nicht ein, wenn der Besteller nach der Lieferung des bestellten Gegenstandes, ehe er selbst den Vertrag ganz oder teilweise erfüllt hat, die Unbrauchbarkeit des Gegenstandes erkennt, dem Lieferanten gegenüber geltend macht und dieser daraufhin ohne weiteres den Vertrag storniert.

29 2. Die Frage ist daher in einem Falle der hier zu erörternden Art die, ob trotz dieser Besonderheit durch den Abschluß des Bestellungsvertrages das Vermögen des Bestellers bereits in einer Weise gefährdet worden ist, daß dies bei einer lebensnahen und daher nicht einseitig dogmatisch-zivilrechtlichen, sondern weitgehend wirtschaftlichen Betrachtungsweise (BGHSt 15, 83/6; 16, 321/9) einer Wertminderung und damit einer
30 Schädigung des Vermögens gleichkommt. Das muß bejaht werden. Es ist zunächst im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses, auf den es allein ankommt, ungewiß, ob der getäuschte Besteller nach der Lieferung des Gegenstandes, ehe er seine Gegenleistung ganz oder teilweise erbringt, die den Vertragsabreden entgegenstehende Unbrauchbarkeit für seine Zwecke erkennt. Ebenso ungewiß ist es, ob der Besteller, der ja die Bereitschaft des Firmeninhabers zur Stornierung auf bloße Beanstandung hin nicht kennt, nach dem Erkennen der Unbrauchbarkeit des gelieferten Gegenstandes aus irgendwelchen Gründen von der Erhebung einer Beanstandung absehen und also zur Zahlung des
31 Kaufpreises genötigt sein wird. Das hängt von vielen Umständen **[304]** ab, über die sich niemals im voraus etwas Bestimmtes sagen läßt; von Bedeutung können insoweit sein die Geschäftsgewandtheit oder die Unerfahrenheit des Bestellers, der Grad seines Ärgers über die Übertölpelung, seine Neigung zur Bequemlichkeit oder sein Wille, sich keine unlauteren Methoden gefallen zu lassen, die Bedeutung des Kaufpreises für seine Vermögensverhältnisse usw. Für den Vertreter, dessen Täuschungshandlungen auf den Abschluß des Vertrages und auf seine Erfüllung angelegt waren, stellt das alles einen Zufall dar; er hat in jedem Falle den Besteller der naheliegenden Gefahr ausgesetzt, daß er den Vertrag erfüllen und also einen Vermögensschaden (Zahlung des Kaufpreises für eine für ihn nutzlose, unbrauchbare Sache) erleiden wird. Diese Gefahr – die Vermögensgefährdung – muß nach lebensnahen, wirtschaftlichen Gesichtspunkten bereits einer Schädigung des Vermögens gleichgesetzt werden."

32 **1. Grundsätzlich** kann danach heute als gesichert gelten, daß der Vermögensschaden i. S. von § 263 nicht unbedingt den endgültigen Verlust des betroffenen Wertes voraussetzt, sondern auch schon im Vorfeld, nämlich durch eine Gefährdung eintreten kann. Das Tor zu dieser Vorverlagerung wurde durch den *wirtschaftlichen* Vermögens- und Schadensbegriff geöffnet: Kommt es nämlich weniger auf den rechtlichen Bestand eines Vermögenswertes (so aber noch die juristische Vermögenstheorie), sondern primär auf dessen faktische Anerkennung und Durchsetzbarkeit an (Zellwollhose-Fall Nr. 10 A 14ff), so kann eine wirtschaftliche Werteinbuße auch schon darin liegen, daß ein Recht in seiner Beweisbarkeit erschüttert oder ein Anspruch bestritten wird und damit dubios erscheint (so bereits Prämien-Fall RGSt 16, 1/11). Nach der Formel des BGH (A 29), deren Grundgedanken heute nahezu allgemein anerkannt sind (vgl. S/S-Cramer § 263 Rn. 143 m. w. N., aber auch Lackner LK § 263 Rn. 152f, Otto II § 51 II 5d), ist jedoch für die Annahme einer schadensgleichen Vermögensgefährdung vor allem dreierlei zu beachten:

33 a) Entscheidender *Beurteilungsmaßstab* sind nicht rechtliche Kriterien (wie Bestand oder Verität des Anspruchs), sondern **wirtschaftliche Faktoren:** Gefährdung der Beweisbarkeit, Behinderung der Durchsetzbarkeit, Erschütterung der Bonität und dgl. (A 30).

34 b) Hinsichtlich des Gefährdungs*grades* genügt nicht schon jede vage Furcht vor möglichen Werteinbußen; vielmehr muß die Gefahr schon so **konkret** sein, daß sie ohne weiteres in einen Schaden umschlagen kann. Dabei wäre es fehlerhaft – wie dies freilich häufig geschieht –, jede Gefährdung kurzerhand als Schaden zu behandeln. Erforderlich ist vielmehr die Feststellung, daß die Vermögensgefährdung praktisch schon einer wirtschaftlichen **Wertminderung gleichkommt** (A 31): sei es, daß das Opfer sich nicht mehr in der Lage sieht, den drohenden Rechtsverlust noch abzuwenden, oder sei es, daß aus sonstigen Gründen der endgültige Schadenseintritt nur noch eine Frage der Zeit ist.

A 35 c) Ob eine solche „Umschlagsgefahr" vorliegt, ist nicht abstrakt, sondern nach lebensnaher **Betrachtung** zu beurteilen (A 29), wobei die Zufallsgefahr zu Lasten des Täters gehen muß (A 31). Instruktiv zu diesem – z. B. im Callgirl-Fall LG Mannheim NJW 1977, 160 nicht hinreichend berücksichtigten – Konkretheitserfordernis Beulke NJW 1977, 1073.

36 2. Eine XOweitere Frage ist jedoch, ob schon mit solchen Risikofaktoren der Betrug als **vollendet** zu betrachten ist. Nimmt man die Formel von der „schadensgleichen Vermögensgefährdung" beim Wort, so wäre Betrugsvollendung bereits mit Eintritt der Gefahr anzunehmen: Also bereits bei Vertrags*abschluß*? Oder erst mit Vertrags*erfüllung*? Die damit angesprochene Problematik wird deutlicher, wenn man die beiden Hauptbetrugstypen im Rahmen von Austauschverhältnissen gegenüberstellt:

37 a) Beim sog. **Erfüllungsbetrug** soll das Opfer erst im Zuge der Vertrags*abwicklung* übervorteilt werden: etwa indem es weniger oder Schlechteres erhält, als es vertraglich beanspruchen kann (Nr. 10 A 34). In solchen Fällen tritt ein Schaden (und damit ein vollendeter Betrug) frühestens mit der *Leistung des Opfers* ein.

38 b) Demgegenüber ist für den **Eingehungsbetrug** typisch, daß bereits die gegenseitigen Verpflichtungen (objektiv oder aufgrund „individuellen Schadenseinschlags") für das Opfer nachteilig sind (Nr. 10 A 33). So lag es sowohl im Melkmaschinen- wie auch im Abonnement-Fall. Daß in solchen Fällen dem Getäuschten jedenfalls dann ein Schaden entsteht, wenn er seinerseits *erfüllt*, ist unbestritten. Deshalb ist auch beim Eingehungsbetrug Vollendung spätestens mit *Leistung* durch den Getäuschten anzunehmen. Da jedoch bereits die Verpflichtungen (objektiv oder individuell) ungleichwertig waren und der Getäuschte dadurch gefährdet war, käme da nicht bereits der Vertrags*abschluß* als Vollendungszeitpunkt in Betracht? Dies ist umstritten:

39 – Nach einer *Mindermeinung* kann eine schadensgleiche Vermögensgefährdung (und damit Vollendung) erst dann angenommen werden, wenn es *nicht mehr in der Hand des Getäuschten*, sondern bereits allein in der des Täters liegt, ob die durch den Vertragsabschluß geschaffene Gefährdung tatsächlich in einen endgültigen Vermögensschaden umschlägt (Lenckner JZ 1971, 320ff, Schönke-Schröder § 263 Rn. 91, 100; in der Tendenz ähnlich Lackner LK § 263 Rn. 153). Das aber ist beim Eingehungsbetrug regelmäßig und jedenfalls solange zu verneinen, als der Getäuschte noch in der Lage ist, unter Anfechtung des Vertrags die Erfüllung zu verweigern (insoweit zust. auch Cramer, Vermögensbegriff 130ff, 170ff für den Fall, daß der Getäuschte sein Anfechtungsrecht ohne Schwierigkeiten beweisen könnte). – Nimmt man den Grundsatz der Unmittelbarkeit zwischen Verfügung und Schaden (Nr. 12 A 25ff) wirklich ernst, so ist diese strenge Auffassung in der Tat konsequent und auch keineswegs ein Widerspruch zur Nichtberücksichtigung von gesetzlichen Ausgleichsansprüchen nach dem oben bei A 18f Gesagten (wie etwa Krey II Fall 59 meint); denn gerade unter wirtschaftlicher Betrachtung darf doch für die Schadensvollendung die ungehinderte Realisierbarkeit des vom Täter erlangten Anspruchs nicht außer acht gelassen werden. Demzufolge ist bei Eingehungsbetrug, solange der Getäuschte seinerseits die Erfüllung ohne sonderliche Schwierigkeiten verweigern kann, lediglich Betrugs*versuch* anzunehmen. Ebenso BGH MDR/D 1975, 196 für den Fall, daß der Getäuschte auf Vorleistung des Täters bestehen kann und damit von vornherein gegen einen Schadenseintritt abgesichert ist.

40 – Demgegenüber ist nach h. L. und Rspr regelmäßig schon in der Übernahme der Verpflichtung eine schadensgleiche Vermögensgefährdung zu erblicken (M-Schroeder II/1 § 46 II A 4c ee, Welzel § 54 I 4b sowie Krey II Fall 59 m. w. N.); denn ob der Getäuschte vom Vertrag wieder loskommt, hänge von manchen Zufälligkeiten ab; und dieses Risiko soll zu Lasten des Täters gehen (A 31). Immerhin wird aber ein solches neuerdings dann verneint, wenn dem Kunden ein jederzeitiges Rückgaberecht eingeräumt ist (vgl. Massagegerät-Fall OLG Köln MDR 1975, 244).

41 3. **Zwischenergebnis:** Gemessen an diesen Kriterien kam der BGH sowohl im Abonnement-Fall (A 26–31) wie auch im vorliegenden Melkmaschinen-Fall folgerichtig zu Tat*vollendung*, und zwar jeweils schon mit Kauf*abschluß*, so daß in der späteren Kaufpreis*zahlung* lediglich die Intensivierung eines bereits vorhandenen Schadens zu sehen wäre (vgl. Anzug-Fall OLG Hamm GA 1957, 121). Folgt man dagegen der Mindermeinung (A 39), so würde auch im Melkmaschinen-Fall die Frage einer Vollendung mit Kaufabschluß davon abhängen, ob sich die getäuschten Bauern noch ohne sonderliche Schwierigkeiten vom Vertrag hätten lösen können. Doch dazu gab der Sachverhalt nichts her. – Bevor wir den Melkmaschinen-Fall im Hinblick auf die restli-

A chen Betrugselemente weiterverfolgen (dazu A 66), seien in einem Exkurs noch einige sonstige typische Schadenskonstellationen, wie sie sich vor allem aus Gefährdungsfaktoren ergeben können, kurz vorgestellt.

III. Sonstige typische Schadensfälle.

42 **1. Prozeßrisiko bei makelbehafteten Sachen.** Gemeint ist damit der Fall, daß der Täter deliktisch erlangte Sachen an einen gutgläubigen Erwerber weiterveräußert. Typisch dafür der *Moped-Fall* BGHSt 15, 83, wo der A ein geliehenes Moped, nachdem es nicht mehr weiterfuhr und dem A die Mittel zur Reparatur fehlten, an den gutgläubigen Kraftfahrzeugmeister B verkaufte. Daß sich A dadurch einer *Unterschlagung* gegenüber dem Mopedeigentümer E schuldig machte, stand außer Frage. Aber könnte darüber hinaus auch Betrug gegenüber B vorliegen? Das wäre unzweifelhaft zu bejahen, wenn das Moped nicht nur unterschlagen, sondern dem E abhanden gekommen wäre, weil dann gutgläubiger Erwerb durch B ausgeschlossen gewesen wäre (§ 935 BGB). Hier jedoch hat B nach § 932 BGB rechtlich unangreifbares Eigentum erworben. Wodurch könnte er trotzdem geschädigt sein? Das RG glaubte eine schadensgleiche Vermögensgefährdung in derartigen Fällen immerhin darin erblicken zu können, daß der gutgläubige Erwerb mit einem „sittlichen Makel" behaftet sei, der die Sache „nach gesundem Volksempfinden als minderwertig" erscheinen lasse (Photoapparat-Fall RGSt 73, 61). Ob diese heftig angefochtene „*Makeltheorie*" jedoch tatsächlich heute noch haltbar ist, wollte der BGH dahingestellt sein lassen. Statt dessen begründet er bei Veräußerung einer unterschlagenen Sache den Vermögensschaden des Erwerbers auf folgende Weise:

> **[86]** „In solchen Fällen pflegt der ursprüngliche Eigentümer sich nicht damit zu begnügen, ‚seinen Glauben zu suchen, wo er ihn gelassen hatte'. Er wird vielmehr seinen wirklichen oder vermeintlichen Herausgabeanspruch gegen den späteren Erwerber unter Hinweis darauf, daß dieser eine unterschlagene Sache angekauft habe, und unter Behauptung der Bösgläubigkeit meist sehr energisch geltend machen. Hier besteht für den Erwerber regelmäßig schon im Zeitpunkt der **[87]** Vermögensverfügung die Gefahr, des bösgläubigen Erwerbs oder gar der Hehlerei bezichtigt zu werden. Unter Umständen kann er Schwierigkeiten mit Aufsichtsbehörden oder Organen des Handelsstandes bekommen oder sonst an Ansehen verlieren. Schließlich wird er an einer gewinnbringenden Verwertung der angekauften Sache gehindert sein. Dies kann durchaus eine i. S. des § 263 beachtliche Vermögensminderung darstellen (so auch OLG Hamburg NJW 1956, 392; Mezger ZAkDR 1939, 203 zu RGSt 73, 61 und Strafrecht BT 7. Aufl. S. 183/184). Es mag dahinstehen, ob dieserhalb rechtlich von ihrer Behaftung mit einem *sittlichen* Makel gesprochen werden könnte. Jedenfalls kann der Umstand, daß die erworbene Sache vom Veräußerer unterschlagen wurde, dem Herausgabeverlangen des ursprünglichen Eigentümers gegen den späteren Erwerber besonderes Gewicht verleihen, und es sind dann meist recht praktische, wirtschaftliche und nicht oder nicht so sehr moralische Erwägungen, die den Erwerber veranlassen, dem Verlangen zu entsprechen.
>
> Ob in solchen Fällen ein Vermögensschaden des Erwerbers gemäß § 263 zu bejahen oder zu verneinen ist, hängt wesentlich von den beteiligten Personen, dem Handelsobjekt und den sonstigen Umständen ab, unter denen sich Veräußerung und Erwerb der unterschlagenen Sache abgespielt haben. Handelt es sich z. B. (wie im Fall BGH JZ 1954, 40/41) um den Erwerb fabrikneuer Ware von einer autorisierten Verkaufsstelle, so mögen der Vorwurf, bösgläubig eine unterschlagene Sache **[88]** angekauft zu haben, und das darauf begründete Herausgabeverlangen den Erwerber unberührt lassen und nicht fühlbar beeinträchtigen (vgl. auch BGHSt 3, 99/103). Ganz anders wird es sein, wenn ein Händler von einem Unbekannten einen gebrauchten Gegenstand erwirbt, den dieser unterschlagen hatte."

43 Was ist von dieser Begründung zu halten? Unannehmbar ist zweifellos der Hinweis auf einen möglichen Verlust an Ansehen, soll nicht „Betrug in ein Delikt gegen die Ehre verfälscht" werden (M-Schroeder II/1 § 46 II A 4c dd). Auch die Differenzierung zwischen *neuen* und *gebrauchten* Sachen könnte zu fragwürdigen Schutzwürdigkeitsunterschieden verleiten (vgl. Mittelbach JR 1961, 69/70). Was freilich die Grundsatzfrage betrifft, ist schwerlich zu leugnen, daß sich das Risiko, seinen gutgläubigen Erwerb in einem Prozeß verteidigen oder sonstwie erkämpfen oder aus Kulanz gar aufgeben zu müssen, sich durchaus als *merkantiler Minderwert* der Sache niederschlagen kann (i. E. ebenso Bockelmann JZ 1952, 461/3/5, Lackner LK § 263 Rn. 201, Samson SK § 263 Rn. 179f, Wessels II/2 § 13 II 4b, 5). Inwieweit dies freilich der Fall ist, hängt in der Tat von den Umständen des Einzelfalles ab, wobei es nach der allgemeinen Gefährdungsformel (A 29, 34) entscheidend auf die Konkretheit der Gefahr ankommt. Da im Moped-Fall der B das Fahrzeug tatsächlich an den E zurückgegeben hatte, erscheint die Annahme

A einer schadensgleichen Gefährdung vertretbar. – Vgl. auch Fahrrad-Fall OLG Köln MDR 1966, 253 sowie zum Vermögensschaden bei Weitergabe eines betrügerisch erlangten Schecks BGHSt 1, 92 bzw. eines Pfandobjekts BGHSt 3, 370. Generell Schaden abl. M-Schroeder aaO, S/S-Cramer § 263 Rn. 111 m. w. N. – Die Schadensbegründung aufgrund Prozeßrisiko ist freilich keineswegs auf Geschäfte mit makelbehafteten Sachen beschränkt. Ein weiterer wichtiger Anwendungsfall:

44 **2. Beweismittelbetrug.** Auch bei diesem Betrugstyp kommt es für die Schadensbegründung entscheidend auf den Grad der Vermögensgefährdung an, und zwar durch *Herbeiführung* einer für den Betroffenen *ungünstigeren Beweislage*. Je nachdem nun, ob diese Beweislage der materiellen Rechtslage entspricht oder nicht, sind zwei *Fallgruppen* auseinanderzuhalten:

45 a) Um den Fall einer der **materiellen Rechtslage widersprechenden** Beweisverschlechterung ging es im *Grundbuch-Fall* **RGSt 66, 371:**

Als A bei seiner Eheschließung mit P ein Grundstück in die allgemeine Gütergemeinschaft einbrachte, wurden beide kraft Gesetzes materiell Gesamthandseigentümer; formell war jedoch versäumt worden, das Grundbuch entsprechend auf beide Ehegatten umschreiben zu lassen. A nützte später diese für P ohnehin schon ungünstige Beweislage aus und verkaufte das Grundstück weiter an den bösgläubigen V, der alsbald als Alleineigentümer in das Grundbuch eingetragen wurde.

46 Was die *Täuschung* und *Verfügung* betrifft, haben wir hier den Typ eines *Dreiecks-Prozeßbetrugs* vor uns: Vorspiegelung des Alleineigentums des A, darauf Verfügung des Grundbuchrichters durch Eintragung des V als Alleineigentümer (Nr. 12 A 34ff). Aber auch eine Vermögensschädigung der P liegt vor; denn:

[373] „Was die Frage der Vermögensbeschädigung anlangt, so würde zwar – da V als Erwerber des Grundstücks sich nicht im guten Glauben befunden, vielmehr die wahre Lage der Eigentumsverhältnisse gekannt zu haben scheint – die P ihr aus der allgemeinen Gütergemeinschaft sich ergebendes Eigentumsrecht an dem Grundstück durch die Umschreibung auf den Namen des V noch nicht verloren haben. Es wäre aber zu prüfen gewesen, ob nicht durch diese Umschreibung dieses ihr Recht – und zwar in höherem Grade als bis dahin – gefährdet worden ist. Die Gefahr, daß der als Eigentümer Eingetragene zugunsten eines gutgläubigen Dritten über das Grundstück verfüge und ihr damit ihr gesamthänderisches Miteigentum entziehe, wurde dadurch offenbar erhöht. Diese Gefahr hatte allerdings schon zu der Zeit bestanden, als noch A als Alleineigentümer eingetragen stand; indes, solange das Grundbuch ihn als Alleineigentümer auswies, bestand immerhin noch die Möglichkeit, daß das Grundbuchamt auf irgendeine Weise von der Gütergemeinschaft und der daraus sich ergebenden Mitberechtigung der Ehefrau P amtliche Kenntnis erlangte. Durch die Eintragung des V wurde der P das Grundstück weiter als schon bisher entrückt; die Gefahr, es zu verlieren, wurde für sie vergrößert."

Daraus erscheinen zwei *allgemeine Aussagen* beachtenswert:

47 – Zum einen: auch wenn aufgrund einer Verfügung des Getäuschten die Rechtslage materiell unverändert bleibt, kann in der *Erschwerung der Beweisbarkeit* eine Vermögens*gefährdung* liegen, und zwar selbst dann, wenn es sich lediglich um die weitere Verschlechterung einer ohnehin schon ungünstigen Beweissituation handelt.

48 – Zum anderen: eine solche Vermögensgefährdung ist allerdings nur dann einem Schaden gleichzuachten, wenn der Täter (bzw. der durch die Tat Begünstigte) durch das Beweismittel eine *unmittelbare Zugriffsmöglichkeit* auf das Vermögen des Betroffenen erlangt (vgl. S/S-Cramer § 263 Rn. 146; weniger streng Lackner LK § 263 Rn. 248): so etwa, wenn er sich einen (materiell unrichtigen) *Vollstreckungstitel* (RGSt 59, 104) oder *Erbschein* erschleicht (RGSt 53, 260). Entsprechendes gilt bei Abschwindeln einer *Bürgschaftsurkunde* (vgl. BGH GA 1956, 355) oder eines Wechsels, da bei dessen Weitergabe Einreden des getäuschten Schuldners weitgehend ausgeschlossen sind (vgl. RGSt 66, 409/11). Dagegen wurde in einer bloßen firmeninternen *Provisionsgutschrift* (für einen vom Täter fingierten Auftrag) nicht ohne weiteres schon eine schadensgleiche Vermögensgefährdung erblickt: vgl. Gutschrift-Fall BGHSt 6, 115 (Nr. 14 A 13, 17). Zur Schädigungsproblematik im *Lastschrift-Einzugsverkehr* vgl. OLG Hamm NJW 1977, 1834 m. Anm. Putzo NJW 1978, 689.

49 b) Anders beurteilt sich hingegen die Fallgruppe, bei der der Täter **Beweismittel** zu erlangen sucht, die **der wahren Rechtslage entsprechen:** sei es, um dadurch einen tatsächlich bestehenden Anspruch zu verstärken oder um ungerechtfertigte Forderungen eines Dritten besser abwehren zu können.

A 50 Um letzteres ging es im *Quittungs-Fall* **BGHSt 20, 136,** wo der A befürchtete, von seiner getrennt lebenden Frau rückwirkend für Unterhalt in Anspruch genommen zu werden. Um derartigen materiell nicht bestehenden Ansprüchen notfalls entgegentreten zu können, nötigte A die F dazu, Blankoquittungen zu unterschreiben, auf denen er etwa von ihr geforderte Unterhaltsbeiträge eintragen und damit als bereits bezahlt hätte beweisen können. Selbst wenn man in einer derartigen Verstärkung der Beweislage einen Vermögensvorteil des Täters und eine dementsprechende Benachteiligung des Betroffenen erblicken kann (so insbes. dort, wo ohne jedes Beweismittel der Rechtschein gegen ihn spräche), damit also an sich einen Vermögensschaden annehmen könnte, scheitert Betrug (bzw. hier Erpressung) spätestens an *mangelnder Rechtswidrigkeit des Vermögensvorteils,* denn: **[137]** „Entspricht (das Beweismaterial) der Rechtsordnung, steht also die Durchsetzung oder Abwehr einer Forderung mit dem sachlichen Recht in Einklang, so wird es nicht dadurch rechtswidrig, daß zu seiner Verwirklichung rechtswidrige Mittel angewendet werden."

51 Ob damit das RW-Kriterium auch systematisch richtig eingeordnet ist, mag hier zunächst dahinstehen (dazu Nr. 14 A 28ff). Festzuhalten bleibt jedoch, daß die Verschaffung eines im Einklang mit der materiellen Rechtslage stehenden Beweismittels i. E. weder als Betrug noch als Erpressung strafbar ist. Ebenso die heute h. M.: vgl. Lackner LK § 263 Rn. 248f., S/S-Cramer § 263 Rn. 147.

52 3. Damit ist die mögliche Liste **sonstiger Gefährdungfälle** keineswegs erschöpft. Zu erwähnen wäre namentlich noch *Kreditbetrug,* wenn die Darlehensforderung durch die schlechte Vermögenslage des Schuldners oder wegen seines mangelnden Rückzahlungswillens gefährdet ist (BGHSt 15, 24), oder *Sicherungsbetrug,* wenn der bereits auf andere Weise Geschädigte (z. B. durch Unterschlagung oder Untreue) noch zusätzlich durch Täuschung gehindert wird, seine Ersatzansprüche geltend zu machen (vgl. OLG Stuttgart NJW 1969, 1975). Falls allerdings dadurch der bereits entstandene Schaden nicht weiter intensiviert wird, tritt der Sicherungsbetrug als *straflose Nachtat* zurück (S/S-Cramer § 263 Rn. 184 m. w. N.). – In all diesen Fällen geht es im wesentlichen immer wieder nur um die richtige Anwendung der allgemeinen Gefährdungsformel (A 32ff). Dies gilt im Grunde auch für die nachfolgenden Betrugstypen; doch spielen dabei auch noch andere Schadensfaktoren eine Rolle:

53 **4. Anstellungsbetrug.** Für diese Betrugsform ist typisch, daß sich der Täter eine Anstellung erschleicht, indem er vertragserhebliche *Qualifikationen vortäuscht* (Ausbildung, Prädikatsexamen, Fahrerlaubnis) oder etwaige anstellungserhebliche *Mängel* (Vorstrafen, Arbeitsunfähigkeit) *verschweigt.* Die *Vermögensverfügung* liegt hier spätestens in der Auszahlung der Vergütung, möglicherweise aber auch schon im Anstellungsvertrag selbst (Begründung der Lohnzahlungspflicht). Worauf im Einzelfall abzustellen ist, hängt letztlich davon ab, worin man den *Vermögensschaden* des Arbeitgebers erblickt. Und dazu sind – je nach Art des Leistungsmangels bzw. je nach dem beamten- oder privatrechtlichen Charakter der erschlichenen Anstellung – im wesentlichen drei *Fallgruppen* auseinanderzuhalten:

54 a) **Mängel der Arbeitsleistung:** Vermag der Täter die von ihm erwartete und dementsprechend vergütete Arbeitsleistung nicht zu erbringen (etwa weil er als angeblicher Buchhalter von kaufmännischen Grundbegriffen kaum eine Ahnung hat oder als Verkaufsfahrer wegen Fahrerlaubnisentzug für Monate nicht einsatzfähig ist), so ergibt sich der Vermögensschaden des Arbeitgebers bereits aus dem Mißverhältnis zwischen Arbeitsvergütung und effektiver Arbeitsleistung. Und zwar in Form eines *Eingehungsbetrugs,* da bereits bei Vertragsabschluß feststeht, daß der Täter zu vertragsgerechter Arbeit nicht fähig ist und damit schon sein Leistungsversprechen hinter der Vergütungspflicht des Arbeitgebers zurückbleibt (vgl. Nr. 10 A 33 sowie zur Vollendungsfrage oben A 38). Ob die *Effektivleistung* ihren *Lohn* wert ist, wird regelmäßig danach zu bemessen sein, was *allgemein* bei einer Tätigkeit der betreffenden Art als Leistung *erwartet* werden kann. Dies festzustellen, kann dort schwierig sein, wo eine Beurteilung des Leistungsvermögens fairerweise erst nach einer gewissen Einarbeitungszeit möglich erscheint.

55 Instruktiv zu derartigen Fragen *Tiefbautechniker-Fall* **BGHSt 17, 254:** Dort hatte sich A seine privatrechtliche Anstellung bei einer Stadt durch Vorspiegelung entsprechender Ausbildung und durch Verschweigen von Vorstrafen erschlichen. Über den *Vergleich* seines *Vergütungsanspruchs* mit den von ihm zugesagten und tatsächlich geleisteten *Diensten* führt der BGH aus: **[256]** „Bei diesem Wertvergleich kann bei längerer Dauer des Arbeitsverhältnisses die tatsächliche Leistung des Verpflichteten zugrunde gelegt werden, während bei nur kürzerer Dauer nicht außer acht gelassen werden darf, daß

A infolge der zeitlichen Beschränkung möglicherweise das allgemeine Leistungsvermögen des Verpflichteten nicht voll hat in Erscheinung treten können." Andererseits sei aber auch folgendes zu beachten: **[257]** „Bei dem Wertvergleich zwischen Leistung und Vergütung hatte infolge der kurzen Dauer des Arbeitsverhältnisses das LG nicht auf die in den Beschäftigungszeiten des A gerade anfallenden Aufgaben abzustellen, sondern auf die allgemeinen Leistungsanforderungen, die der Vergütungsgruppe des A nach den mit **[258]** ihm geschlossenen Dienstverträgen entsprachen. Hatte der A in den kurzen Zeiträumen, in denen er bei der Stadt tätig war, etwa nur Arbeiten übertragen erhalten, denen er gewachsen war, so sagt dies noch nichts über seine Fähigkeit, den Leistungsanforderungen zu entsprechen, die an ihn entsprechend seiner Vergütungsgruppe allgemein gestellt werden konnten, aus. Verfügte der A nicht über das allgemeine Leistungsvermögen, das die Stadtverwaltung entsprechend seiner Anstellung von ihm erwarten durfte, so war sie durch den Abschluß des Dienstvertrages mit ihm u.U. derart gefährdet, daß dies einem Vermögensschaden gleichkam und der A sich des Betrugs schuldig gemacht hätte, wenn er vor den Vereinbarungen mit ihr sein Unvermögen kannte oder mit ihm hätte rechnen müssen."

56 Daraus ergibt sich zweierlei: einerseits Rücksichtnahme auf etwaige *Anlaufschwierigkeiten;* andererseits reicht aber nicht, daß die tatsächlich geleistete Arbeit an sich ordentlich ist; vielmehr ist sie an den sich in der Vergütungshöhe widerspiegelnden *Leistungserwartungen* zu messen (Lackner LK § 263 Rn. 238). Soweit danach bemessen die Effektivleistungen hinter der Vergütung zurückbleiben, ist ohne Rücksicht auf den privat- oder beamtenrechtlichen Charakter der Anstellung ein Vermögensschaden zu bejahen. Das gilt auch noch für die nächste Schadensgruppe:

57 b) **Persönliche Untauglichkeit:** Selbst wenn die Arbeitsleistung des Täters *objektiv brauchbar* ist und sogar seiner Vergütung entspricht, kann sich eine Minderwertigkeit der Arbeit aus *persönlichen Mängeln* ergeben: so vor allem dort, wo es im Hinblick auf Rang und Art der Dienststellung auf *besondere Vertrauenswürdigkeit* und Integrität des Stelleninhabers ankommt und sich dies auch in der Höhe des Gehalts niederschlägt (z. B. Geschäftsführer, Prokurist; dies zu Recht verneint in RGSt 73, 268 bzgl. Fahrer des Kommandeurs). Gleiches wird dort zu gelten haben, wo vom Stelleninhaber eine bestimmte *Vor-* und *Ausbildung* verlangt werden muß, weil sonst das Vertrauen der Allgemeinheit in eine ordnungsgemäße Aufgabenerledigung erschüttert werden könnte: z. B. bei Anstellung als Arzt ohne Approbation, als Fahrlehrer ohne entsprechende Ausbildung. Derartige Schadensfaktoren wurden zu Recht verneint im Beförderungs-Fall BGH NJW 1961, 2027/8.

58 – *Problematisch* wird die Vermögensschädigung jedoch bereits dort, wo die fragliche Qualifikation weniger aus wirtschaftlichen als aus **Prestigegründen** gefordert wird: Abitur des Bankangestellten, Promotion des Firmensprechers. Fehlen dem Angestellten derartige Qualifikationen, so ist ein Vermögensschaden des Dienstherrn allenfalls dort anzuerkennen, wo im Hinblick auf die wirtschaftliche Bedeutung des Firmen-Images jene Vorbildung oder „Titelei" auch gehaltsmäßig entsprechend honoriert wird.

59 – Besonders strittig sind die **Vorstrafenfälle:** Während nach RGSt 75, 8 offenbar schon jede Vorstrafe persönliche Untauglichkeit begründen soll, würde BGHSt 17, 254/9 (A 55) für eine schadensgleiche Vermögensgefährdung verlangen (aber auch ausreichen lassen), daß dem Täter „mit der Bauaufsicht die tatsächliche Verfügungsgewalt über die an der jeweiligen Baustelle verwendeten Baustoffe- und Geräte in die Hand gegeben war". Ähnlich würde die h. M. auch in der Anstellung eines wegen Unterschlagung oder Untreue Vorbestraften als Kassierer oder Buchhalter eine Vermögensgefährdung erblicken (instruktiv Einkäufer-Fall BGH NJW 1978, 2042 m. Anm. Miehe JuS 1980, 261; vgl. ferner M-Schroeder II/1 § 46 II A 4 d dd 2 m. w. N.). Genau besehen fehlt es aber in all diesen Fällen am *Unmittelbarkeitserfordernis,* da dem Täter lediglich erst die Möglichkeit eröffnet wird, durch eigenes deliktisches Handeln den Arbeitgeber zu schädigen, und damit in seiner Anstellung noch keine Verfügung i. S. von § 263 liegt (S/S-Cramer § 263 Rn. 154; zust. Samson SK § 263 Rn. 178). Vgl. auch *Krey* II Fall 63 a, der u. U. bereits die Offenbarungspflicht verneint.

60 Fazit: Um den Anstellungsbetrug nicht ausufern zu lassen, wird gerade bei persönlichen Tauglichkeitsmängeln streng zu prüfen sein, inwieweit dadurch der *Wert der Arbeitskraft gemindert* bzw. schon durch die Anstellung als solche das Vermögen des Dienstherrn schadensgleich gefährdet ist. Immerhin wird also hier noch ein *konkreter* Nachweis einer Gefährdung verlangt, was von der nächsten Fallgruppe eigentlich nicht mehr gesagt werden kann:

A 61 c) **Beamtenrechtliche Einstellungsmängel.** Wenn ein solcher Fall vorliegt, etwa weil der Täter die entsprechenden Laufbahnvoraussetzungen nicht erfüllt oder weil ihm wegen Vorstrafen der Öffentliche Dienst grundsätzlich verschlossen ist, soll es auf die Brauchbarkeit oder Ordentlichkeit der tatsächlich geleisteten Arbeit überhaupt nicht ankommen; denn wie in **BGHSt 5, 358** zur Erschleichung einer *Gewerbeoberlehrerstelle* durch einen Volksschullehrer festgestellt wird:

[360] „Das Beamtenverhältnis beschränkt sich nicht auf die Leistung von Arbeit gegen Entgelt. Es ist eigener Art und hat seinen Schwerpunkt in der gegenseitigen Treupflicht. Auf ihr beruht die Verpflichtung des Beamten, sich und seine Arbeitskraft dem öffentlichrechtlichen Dienst zu widmen, und dessen Pflicht, für den Beamten zu sorgen. Um dieser Fürsorge willen werden die Dienstbezüge gewährt. Ihre Höhe richtet sich nach dem verliehenen Amt." Da die Berufung in das Amt regelmäßig die vorgeschriebene Ausbildung voraussetze und davon wie auch von anderen sozialen Faktoren (Alter, Familienstand) die Höhe der Besoldung abhänge, bemesse sich diese nicht allein nach dem Wert der Dienstleistung. **[361]** „Maßgebend ist vielmehr gleichsam ihr ‚Preis', der in der Besoldungsordnung festgesetzt ist. Zahlt der Staat oder ein anderer öffentlichrechtlicher Dienstherr mehr als diesen geschuldeten ‚Preis', so ist er ohne Rücksicht auf den ‚objektiven' Wert der Dienste an seinem Vermögen geschädigt." Demzufolge erklärte es der BGH für unerheblich, ob der Volksschullehrer den Aufgaben eines Gewerbeoberlehrers gewachsen war oder nicht.

62 Diese Rspr, der auch ein Teil der Lehre folgt (S/S-Cramer § 263 Rn. 156 m. w. N.), läuft praktisch darauf hinaus, daß der Beamte als Äquivalent für seine Bezüge nicht nur seinen Dienst, sondern *„seine ganze Persönlichkeit hingibt"* (so RGSt 65, 281/2). Ist ihm dies nicht möglich, weil ihm die für die Einstellung notwendige Vorbildung fehlt oder weil er aus charakterlichen Gründen (Vorstrafen, Entlassung wegen Dienstvergehen) „für den nach dem Angestelltenverhältnis vorausgesetzten Zweck schlechterdings untauglich und wertlos (ist), mögen seine Leistungen auch sonst völlig befriedigen" (RGSt aaO), so soll ein Vermögensschaden des Staates darin liegen, daß dieser die beamtenrechtliche Fürsorge für einen dazu Nichtberechtigten übernimmt. Indes: Sind damit die Grenzen des Vermögensstrafrechts nicht bereits überschritten? Entschieden gegen eine derartige *„Ethisierung am falschen Ort"* Welzel, M-Schroeder II/1 § 46 II A 4 d dd 3; zurückhaltend auch Lackner LK § 263 Rn. 239. Jedenfalls ist darauf zu achten, daß diese Schadensbegründung aus rein subjektiven Einstellungsmängeln auf Erschleichung von *Beamtenstellen* beschränkt bleibt und **nicht** auf **privatrechtliche** Dienstverträge (und seien es auch solche mit einem öffentlichen Dienstherrn) übertragen wird: so zu Recht BGHSt 17, 254/7.

63 **5. Vermögensschaden durch soziale Zweckverfehlung.** Bereits bei Erschleichen einer Beamtenstellung hat sich gezeigt, daß in die Schadensbegründung auch soziale Versorgungsgesichtspunkte einfließen können. Von noch größerer Bedeutung wird dieser Aspekt sozialer Zweckverfehlung bei bewußt *unentgeltlicher* oder *einseitiger Hingabe von Vermögenswerten:*

64 a) So vor allem beim sog. **Bettel- und Spendenbetrug,** wenn der Geber einem vermeintlichen Hilfsbedürftigen zu helfen glaubt. Setzt nämlich Betrug eine unbewußte Selbstschädigung des Getäuschten voraus (Nr. 12 A 19 ff), so kann der Schaden nicht schon im bewußten Verschenken des Geldes erblickt werden. Betrachtet man jedoch das Vermögen in seinen *sozialen* Funktionen, so ist der Geber geschädigt, wenn er den sozialen Zweck seiner Verfügung wegen mangelnder Hilfsbedürftigkeit des Beschenkten verfehlt (es sei denn, daß für den Getäuschten die Hilfsabsicht nur unwesentliches Nebenmotiv ist, da er die Zeitschrift ohnehin kaufen will: vgl. OLG Köln NJW 1979, 1419); denn damit wird seine Spende zu einer „sinnlosen (und daher auch ‚unwirtschaftlichen') Ausgabe" (Gallas Eb. Schmidt-FS 401/35). I. gl. S. bereits RGSt 53, 225 (unentgeltliche Überlassung einer Wohnung aus Mitleid) sowie die h. L. (Blei II § 61 IV 1, Lackner LK § 263 Rn. 167 ff, S/S-Cramer § 263 Rn. 101 f, Wessels II/2 § 13 II 4 b 3). Vgl. aber auch Maiwald NJW 1981, 2780, wonach der verfehlte Zweck *nicht sozialwidrig* sein darf. Grds. abl. Arzt III 165; vgl. ferner M-Schroeder II/1 § 46 II A 4 d cc m. w. N.

65 b) Wegen **sozialpolitischer Zweckverfehlung** kann auch in der *Erschleichung öffentlicher Mittel,* die für einen anderen Bezieherkreis gedacht sind, ein Vermögensschaden liegen (vgl. Lackner LK § 263 Rn. 170 ff).

So im *Volksaktien-Fall* **BGHSt 19, 37,** wo der A bei Privatisierung des VW-Vermögens durch Anträge bei verschiedenen Banken mehr VW-Aktien zu erlangen versuchte, als ihm

A nach den Zuteilungsbedingungen zustanden. Daß dadurch andere Mitzeichner in ihren Erwerbschancen beeinträchtigt wurden, stand außer Frage. Aber war auch die Bundesrepublik als Vermögensverteiler geschädigt? Ausgehend davon, daß die Privatisierungsaktion weitere Bevölkerungskreise zur Eigentumsbildung anregen sollte, nahm der BGH einen Vermögensschaden an; denn: **[44]** „Es verhält sich hier so wie in jenen Fällen, in denen Haushaltsmittel im Staatshaushaltsplan zur Unterstützung bestimmter Bevölkerungszweige oder zur Erreichung sonstiger sozialpolitischer Ziele eingesetzt sind. Wer sich, ohne zu der begünstigten **[45]** Gruppe zu gehören, Beträge aus diesen haushaltsrechtlich gebundenen Mitteln erschleicht, etwa ein zinsverbilligtes Darlehen, kann nicht einwenden, daß dem Staat kein Schaden entstanden sei, weil er das Erlangte ja doch, wenn auch an andere Personen, unentgeltlich oder zu den gleichen Bedingungen hätte verausgaben müssen. Der Staat ist geschädigt, weil die zweckgebundenen Mittel verringert worden sind, ohne daß hierdurch der erstrebte Zweck erreicht worden ist" ... Gelangten die Aktien in die Hände, „für die sie nicht oder nicht in dieser Menge bestimmt waren, so lag darin eine ‚zweck- und sinnlose Fehlleitung der verfügbaren Mittel'". Ebenso Schröder JR 1962, 430; a. A. Maurach NJW 1961, 625/8. Instruktiv zur Zweckverfehlung auch der Investitionsrückdatierungs-Fall BGHSt 31, 39 m. Anm. Tiedemann JR 1983, 211.

66 **IV. Ergebnis.**

Genau besehen geht es auch bei der sozialen Zweckverfehlung eigentlich nur um die Anwendung des Grundsatzes „individualisierender Schadensbetrachtung". Damit hat uns dieser weite Exkurs über die Hauptformen der Vermögensschädigung wieder zurückgeführt zum *Melkmaschinen-Fall*, wo der BGH durch Anerkennung individueller Faktoren den Schadensbereich schrittweise ausgeweitet hat (oben A 5 ff). Allerdings wurde dabei lediglich eine Schädigung der getäuschten *Bauern* in Betracht gezogen. Aber könnte darüber hinaus nicht auch die *Firma* des A, wenn sie aufgrund der anfechtbaren Verträge Provision auszahlt, zum Betrugsopfer werden? Und wie steht es in solchen Fällen eigentlich mit dem für Bereicherungsabsicht des Täters erforderlichen Vermögens*vorteil* und dessen „*Stoffgleichheit*" mit dem Vermögens*schaden* des Opfers? Mit diesen Fragen wird sich der nachfolgende *Provisionsvertreter-Fall* Nr. 14 beschäftigen.

Schrifttum: Zur **Schadensproblematik allgemein** vgl. die Schrifttumshinweise zum *Zellwollhose-Fall* Nr. 10. Zu **Einzelfragen** vgl. *Amelung,* Unternehmerpfandrecht und Schadensberechnung beim Betrug, NJW 1975, 624; *Bittner,* Die betrügerische Erlangung von Legitimationspapieren, MDR 1972, 1000; *Bockelmann,* Zur Strafbarkeit der Scheinausspielung, NJW 1952, 855; *ders.,* Betrug trotz ausreichender Gläubigersicherung, NJW 1961, 145; *Franzheim-Krug,* Betrug durch Erschleichen von Unterschriften, GA 1975, 97; *Haupt,* Der Vermögensschaden beim Anstellungsbetrug, NJW 1958, 938; *Jacobs,* Der objektiv-individuelle Schadenseinschlag beim Betrug, JuS 1977, 228; *Lenckner,* Kausalzusammenhang zwischen Täuschung und Vermögensschaden bei Aufnahme eines Darlehens für einen bestimmten Verwendungszweck, NJW 1971, 599; *ders.,* MDR 1961, 652; *Maurach,* Die strafrechtliche Beurteilung des unberechtigten Erwerbes von VW-Aktien, NJW 1961, 625; *D. Meyer,* Schließt das Werkunternehmerpfandrecht beim Betrug einen Vermögensschaden aus?, MDR 1975, 357; *Mohrbutter,* Grenzen des Vermögensschadens beim Betrug, GA 1975, 41? *Oehler,* Liegt beim gutgläubigen Erwerb vom Nichtberechtigten ein Vermögensschaden im Rahmen des Betruges vor?, GA 1956, 161; *Schlüchter,* Der Vermögensschaden i. S. des § 263 StGB aus wirtschaftlicher Sicht, MDR 1974, 617; *Schönfeld,* JZ 1964, 206; *Traub,* Betrug bei Veräußerung unterschlagener Sachen an einen gutgläubigen Erwerber, NJW 1956, 450; *Weidemann,* Zur Frage des Betrugsschadens bei Gleichwertigkeit von Leistung und Gegenleistung, MDR 1973, 992.

– **Speziell** zum *Abonnement-Fall* vgl. *Graba* NJW 1970, 2221; *Lenckner,* Vermögensschaden und Vermögensgefährdung beim sog. Eingehungsbetrug, JZ 1971, 320; zum *Gutschrift-Fall* BGHSt 6, 115 (A 48) vgl. *Sarstedt* LM Nr. 31 zu § 263 StGB; zum *Quittungs-Fall* BGHSt 20, 136 (A 49) vgl. *Kohlhaas* LM Nr. 13 zu § 253 StGB; zum *Tiefbautechniker-Fall* BGHSt 17, 254 (A 55) vgl. *Martin* LM Nr. 60 zu § 263 StGB.

Bereicherungsabsicht – Vermögensvorteil – „Stoffgleichheit" – Rechtswidrigkeit der Vermögensverschiebung

BGHSt 21, 384: Provisionsvertreter-Fall

5 StR 556/67 vom 28. 11. 1967 = NJW 1968, 261

SV **Sachverhalt:** A verkaufte als Provisionsvertreter der Firma F Zigarettenautomaten. Der Frau W und dem Invaliden B spiegelte er vor, es handele sich nicht um einen Kauf-, sondern nur um einen Automaten-Aufstellvertrag. Dem Gelderheber Kl nannte er günstige Zahlungsbedingungen für den Kaufpreis. Von dem Tankstelleninhaber K nahm er über den Kauf eines Automaten unter einem Vorwand zwei Vertragsurkunden auf, die er beide an F einreichte. Den Arbeiter U täuschte er über die Ausstattung und den Wert des zu bestellenden Zigarettenautomaten. Alle diese Kunden nahmen den Automaten nicht ab: K deshalb nicht, weil er jedenfalls für einen zweiten Automaten keine Verwendung hatte; gegen ihn erging Versäumnisurteil. Für U war der ohne Schächte gelieferte Zigarettenautomat unbrauchbar; er zahlte jedoch 820 DM Abstand. Kl hatte die Bestellung alsbald zurückgenommen, als er merkte, daß er mit seinen 800 DM Monatseinkommen neben seinen Bauschulden und Unterhaltspflichten für eine sechsköpfige Familie nicht in der Lage war, für den Automaten monatliche Abzahlungsraten von rd. 140 DM zu leisten, zumal die Zusicherung des A, daß sich die Raten verringern würden, wenn die Einnahmen aus dem Automaten dazu nicht ausreichten, als falsch erwies. Auch gegenüber W und B, die in bescheidenen wirtschaftlichen Verhältnissen lebten, blieben alle Zahlungsaufforderungen der Firma F erfolglos.

P **Zur Problemstellung:** Ähnlich wie im vorangegangenen Melkmaschinen-Fall kommen hier jedenfalls die *Kunden* als Geschädigte in Betracht. – Aber: Könnte daneben auch die *Firma F* geschädigt sein? Etwa bereits wegen Anfechtbarkeit der von A eingereichten Aufträge? Oder erst durch Auszahlung der Provision?

– Durch die Schädigung muß der Täter einen *Vermögensvorteil* erstrebt haben: Worin könnte dieser liegen? In Erlangung der Bestellung? In der Provision?

– Verlangt man *„Stoffgleichheit"* zwischen dem herbeigeführten Vermögensschaden und dem erstrebten Vermögensvorteil, welche Positionen wären dann vorliegend in Beziehung zueinander zu setzen? Wäre hier möglicherweise ein Unterschied zwischen dem Kundenbetrug und dem Firmenbetrug zu machen?

E 1 **Aus den Gründen:** **[385]** „Wie die StrK mit Recht annimmt, hat A die Firma F betrügerisch geschädigt oder im Falle Kl zu schädigen versucht, indem er ihr ‚einen scheinbar ordnungsgemäßen, in Wahrheit aber mit einem Makel behafteten Vertrag zum Zwecke der Auszahlung einer Provision einreichte, obwohl er mit einer Anfechtung des Kaufvertrages' rechnete. Der Firma F gelang es zwar, von dem Arbeiter U auf Grund des Vertrages eine größere Zahlung zu erhalten. Dadurch wurde aber ihr Schaden, der in der festgestellten Auszahlung einer Provision für einen wirtschaftlich minderwertigen Kaufvertrag lag, nur nachträglich wieder beseitigt ... [Auch einen Vermögensschaden der Kunden hat das LG nach den Grundsätzen von BGHSt 16, 321/5f zu Recht bejaht]. Die Einwendungen der Revision des A hiergegen übersehen, daß es sich in allen fünf Fällen um Eingehungsbetrug handelt, der Vermögensschaden also schon in der Begründung der Verpflichtung lag.

[386] Dieser Verpflichtung entspracht die Forderung, die A zugunsten der Firma F durch den Vertrag begründen wollte, auf dessen Abschluß sie keinen Anspruch hatte. Seine Absicht war also, einem Dritten einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen, der die Kehrseite des Vermögensschadens der Besteller war (BGHSt 6, 115/6; BGH NJW 1961, 684). Die Verträge waren zwar wegen arglistiger Täuschung anfechtbar, und A rechnete mit einer Anfechtung. Das schließt aber weder den Vermögensschaden der Kunden noch die Absicht des A aus, die Firma F zu Unrecht zu bereichern. Denn beim Eingehungsbetrug bleibt die Anfechtbarkeit des Geschäfts außer Betracht. Sonst gäbe es diese Art des Betruges gar nicht. Überdies waren die anfechtbaren Verträge für die Firma F zwar nicht die dafür gezahlten Provisionen wert, aber wirtschaftlich nicht gänzlich wertlos. Denn es bestand die Möglichkeit, daß die Anfechtung des einen oder anderen Vertrages erfolglos war oder überhaupt unterblieb, weil der Besteller keine ausreichenden Beweismittel hatte oder zu haben glaubte. Er konnte sich aus einem solchen Grunde auch bereitfinden, eine Abstandssumme zu zahlen, wie der Arbeiter U es tat. [Auch] war es die Absicht des A, der Firma F eine solche, wenn auch schwache, Rechtsposition und

damit die Aussicht zu verschaffen, nachträglich wenigstens teilweilse den Schaden wieder auszugleichen, den er ihr betrügerisch zugefügt hatte.

10 Das LG nimmt mit Recht jeweils nur *einen* Betrug zum Nachteil sowohl des Kunden als auch der Firma F an. Ob Fortsetzungszusammenhang oder natürliche Handlungseinheit vorliegt, bleibt sich gleich und braucht daher nicht entschieden zu werden."

A **Zur Erläuterung und Vertiefung.** Wenn hier erneut ein Provisionsvertreterbetrug im Mittelpunkt steht, so ist das kein Zufall, sondern durchaus eine Widerspiegelung kriminalstatistischer Verhältnisse. Doch während es in den vorangehenden Fällen vornehmlich um die objektiven Elemente der Täuschung (Nr. 11), Verfügung (Nr. 12) und Schädigung (Nr. 10, 13) ging, soll uns dieser Fall weiterführen zur *subjektiven* Tatseite: zum *Vorteilselement* (II) und den damit zusammenhängenden Fragen der *Absicht* (III) und der *Rechtswidrigkeit* der Bereicherung (IV). Zur besseren Problemerfassung empfiehlt sich jedoch zunächst ein Blick auf die *Grundkonstellationen* beim Provisionsvertreterbetrug (I).

1 **I. Doppelschaden beim Provisionsvertreterbetrug:**

1. Kundenbetrug. Ähnlich wie im Melkmaschinen-Fall Nr. 13 waren auch hier jedenfalls die Kunden geschädigt, und zwar teils infolge Nichtverwendbarkeit der Automaten (K und U), teils wegen Liquiditätseinbußen (B, W und Kl). Über diesen „individuellen Schadenseinschlag" i. S. von BGHSt 16, 321 (Nr. 13 A 5 ff) hinaus könnte im Falle U wegen Fehlens der Schächte sogar objektive Unbrauchbarkeit angenommen werden. Auch daß es sich dabei jeweils schon um *Eingehungsbetrug* handelt, so daß bereits mit Vertragsabschluß eine schadensgleiche Gefährdung anzunehmen sei (E 10), entspricht der h. M. (Nr. 13 A 38 ff).

2 **2. Firmenbetrug.** Neben der Kundenschädigung hat der BGH jedoch zu Recht auch einen Betrug gegenüber der Geschäftsherrin F in Betracht gezogen (E 1). Und zwar ist deren Schädigung sogar *vollendet*, wenn (wie offenbar im vorliegenden Fall) die Provision für einen wirtschaftlich minderwertigen, weil durch die Kunden noch anfechtbaren Auftrag tatsächlich ausgezahlt wird. Für diesen Fall hat es der BGH zu Recht auch für unerheblich angesehen, daß einer der Kunden dann doch noch zahlt (E 2); denn darin liegt lediglich eine *nachträgliche* Wiedergutmachung, nicht jedoch ein gleichzeitiger Schadensausgleich i. S. von Nr. 10 A 32 ff.

3 – Wäre aber Schadensvollendung auch schon vor Auszahlung der Provision denkbar? Diese (hier vom BGH offengelassene) Frage hängt davon ab, ob bereits in der Gutschrift der Provision eine schadensgleiche Gefährdung der F zu sehen ist. Dies wird idR zu verneinen sein (vgl. Gutschrift-Fall bei Nr. 13 A 48 sowie unten A 17). Jedenfalls ist aber bereits mit Einreichen der Bestellungen bei F das *Versuchs*stadium erreicht.

4 3. Dieser Doppeleffekt des Provisionsvertreterbetrugs auf der *objektiven* Schadensseite hat auch Konsequenzen für das *subjektive* Betrugselement: die Bereicherungsabsicht. Da hier die eigentlichen Schwierigkeiten beginnen, ist dazu etwas weiter auszuholen.

5 **II. Bereicherungsabsicht – Vorteilselement.**

1. Funktion und Charakter. Da sich der Betrug (im Unterschied zur Untreue) nicht in der Schädigung fremden Vermögens erschöpft, sondern (insoweit den Aneigungsdelikten ähnlich) auf eine Vermögens*verschiebung* ausgerichtet ist (Nr. 12 A 2), muß der Vermögens*schaden* des Opfers zu einem entsprechenden Vermögens*vorteil* auf Seiten des Täters führen. Freilich braucht eine derartige Bereicherung nicht unbedingt tatsächlich einzutreten, vielmehr genügt bereits die auf Vorteilserlangung gerichtete subjektive *Absicht*. Insofern handelt es sich bei der Bereicherungsabsicht (ähnlich der Zueignungsabsicht beim Diebstahl) um ein *subjektives TB-Merkmal*. Allerdings bleibt dabei zu bachten, daß die Absicht auf ein *objektives Ziel* gerichtet sein muß; denn das, was erstrebt wird, muß nicht nur nach der Vorstellung des Täters, sondern objektiv ein Vermögensvorteil sein (andernfalls nur Versuch).

6 **2.** a) Versteht man den vom Täter erstrebten Vermögensvorteil als Gegenstück des dem Opfer zugefügten Schadens und ist jener primär nach **wirtschaftlichen Kriterien** zu bestimmen (Nr. 10 A 14 ff), so muß Entsprechendes auch für den Vermögensvorteil gelten: er ist zu verstehen als „günstigere Gestaltung der Vermögenslage, eine Erhöhung des wirtschaftlichen Wertes des Vermögens" (RGSt 50, 277/9). Das ist sowohl dort der Fall, wo der Täter einen Vermögenswert erlangt, ohne dafür entsprechende

A Gegenleistungen zu erbringen, wie auch bei Abwendung von Nachteilen oder bei Verbesserung der Durchsetzbarkeit eines Anspruchs, etwa durch Erlangung eines Vollstreckungstitels oder sonstige Verbesserung der Beweissituation (BGHSt 3, 160/2; vgl. Lackner LK § 263 Rn. 264, S/S-Cramer § 263 Rn. 167 m. w. N.). – Demgemäß liegt ein Vermögensvorteil nicht nur in der Auszahlung, sondern u. U. auch schon in der Gutschrift einer Provision aufgrund eines fingierten oder sonstwie anfechtbaren Auftrags.

7 b) Soweit es allerdings um Vorteile geht, die im Zuge von *Austauschgeschäften* erlangt werden, ist selbstverständlich auch bei der Vorteilsberechnung eines **Saldierung** vorzunehmen. Demzufolge darf der tatbestandsmäßige Vorteil nicht schon darin erblickt werden, daß der Täter überhaupt einen Wert erlangt hat, sondern ähnlich wie auf der Schadensseite sind auch auf der Vorteilsseite Leistung und Gegenleistung ihrem Werte nach gegeneinander abzuwägen. Und erst wenn insoweit die Bilanz zugunsten des Täters ausfällt, kann von einem Vorteil die Rede sein. Ist dies jedoch der Fall, nämlich daß der Täter beispielsweise weniger leistet, als er vertragsgemäß zu leisten verpflichtet ist, so entfällt die Bereicherungsabsicht nicht etwa deswegen, weil er nur durch Minderleistung einen sonst drohenden Verlust auszugleichen vermag (instruktiv dazu Kabeltrommel-Fall OLG Stuttgart JR 1982, 470 m. Anm. Bloy).

8 – Inwieweit sind diese Grundsätze für den vorliegenden Fall bedeutsam? Blickt man nicht nur auf das, was A letztlich erstrebt hat (die Provision), sondern bezieht man alles ein, was an Vorteilen aus den Täuschungen des A herausgesprungen ist, so sind auch die erlangten Aufträge mitzuberücksichtigen: Gewiß waren diese anfechtbar; aber ebenso wie auf der Schadensseite die Anfechtbarkeit eines Vertrages außeracht bleiben muß (Nr. 13 A 19), kommt es auch für die Vorteilsfrage allein darauf an, ob die Bestellungen trotz Anfechtbarkeit die wirtschaftliche Position des dadurch Begünstigten verbesserten. Und das hat der BGH aus den bei E 8 genannten Gründen zu Recht bejaht.

9 – Freilich: *Unmittelbar* begünstigt war dadurch nur die F, in deren Namen die Verträge abgeschlossen wurden, nicht dagegen der A selbst, der ja lediglich als Vertreter der F auftrag. Trotzdem kann auch ein Vorteil der F tatbestandlich relevant sein, und zwar als Fall einer:

10 **3. Drittbereicherung.** Anders als beim Diebstahl, wo der Täter die Sache „sich" selbst zueignen muß (Nr. 4 A 2), genügt für § 263 neben der Bereicherung des Täters auch die eines „Dritten". Daraus ergibt sich die Möglichkeit eines *„altruistischen Betruges"* (Nr. 11 A 9), wie ihn vorliegend auch der BGH im Auge hat, wenn er der Schädigung der Kunden die Begünstigung der F gegenüberstellt (E 5).

11 Genau besehen ist dieses Abstellen auf die Drittbereicherung der F nicht nur ein möglicher, sondern für die h. M. überhaupt nur der einzige Weg, um beim Kundenbetrug die Strafbarkeit des Provisionsvertreters zu begründen (vgl. Lexikon-Fall OLG Düsseldorf NJW 1974, 1833/4). Denn für § 263 genügt nicht die Erstrebung irgendeines Vorteils; vielmehr muß dieser in einem bestimmten Verhältnis zum Vermögensschaden stehen. Und damit kommen wir zu einem weiteren allgemeinen Betrugserfordernis:

12 **4. „Stoffgleichheit" zwischen Schaden und Vorteil.** Die Ratio dieser Klammer zwischen Vermögensvorteil und Vermögensschaden läßt sich am besten an Beispielen verdeutlichen, in denen diese Verknüpfung eindeutig fehlt: Der über die Spekulationserfolge seines Nachbarn N neidische X verspricht dem Anlageberater A eine ansehnliche Belohnung, wenn es ihm gelänge, den N durch Vorspiegelung eines bevorstehenden Kurssturzes zum Verkauf aussichtsreicher Aktien zu bewegen; Y veranlaßt den einkommenslosen B, gegen Entgelt eine einmonatige Freiheitsstrafe für ihn abzusitzen. Für beide Fälle ist typisch, daß zwar infolge einer Täuschung eine vermögensschädigende Verfügung (Aktienverkauf, Haftverköstigung für den Falschen) getroffen wird, der dafür erstrebte Vorteil des täuschenden A bzw. B jedoch nicht aus dem Schaden des N bzw. des Justizfiskus, sondern aus dem Vermögen des Dritten X bzw. Y stammt. In solchen Fällen Betrug anzunehmen, würde aber dessen Charakter als einem Vermögens*verschiebungs*delikt widersprechen; denn von einer derartigen Verschiebung kann nur dort die Rede sein, wo der erlangte *Vorteil rückführbar ist auf den durch die Vermögensverfügung bewirkten Schaden* (RGSt 64, 433/5).

13 a) Diese im Prinzip heute allgemein geforderte **Korrespondenz von Schaden und Vorteil** (vgl. Lackner LK § 263 Rn. 265) wurde im *Gutschrift-Fall* **BGHSt 6, 115/6** auf folgende Formel gebracht:

„*Dieselbe* Vermögensverfügung des Getäuschten, die der Täter in der Absicht, sich zu Unrecht zu bereichern, veranlaßt, muß die Vermögensschädigung unmittelbar herbeifüh-

A ren. Der vom Täter erstrebte Vermögensvorteil und der verursachte Vermögensschaden müssen mit anderen Worten einander entsprechen. Das eine muß gleichsam die Kehrseite des anderen sein." Im gleichen Sinne hier der BGH bei E 6.

14 Welche **Konsequenzen** ergeben sich aus diesem heute meist als „Stoffgleichheit" bezeichneten Erfordernis für die *praktische Handhabung?*

– Einerseits haben von vornherein solche Vorteile außer acht zu bleiben, die nicht aus dem Vermögen des Geschädigten, sondern von einem *Dritten* herrühren: so in den bei A 12 genannten Entlohnungsfällen.

15 – Andererseits bedeutet jedoch „Stoffgleichheit" *nicht Identität* von Schaden und Vorteil (wie etwa bei Abschwindelung einer Sache); vielmehr genügt schon eine *„Entsprechung"* beider. Das ist unzweifelhaft dort, wo durch Verschlechterung der Beweislage des Opfers die des Täters entsprechend verbessert wird, oder wo sich sein Gewinnvorteil aus einer objektiven Ungleichwertigkeit von Leistung und Gegenleistung ergibt. Kann aber von „Stoffgleichheit" auch noch dort die Rede sein, wo – wie etwa im Melkmaschinen-Fall Nr. 13 – der Vermögensschaden des Opfers in Liquiditätseinbußen oder Zinsverlusten, also lediglich in *Folgewirkungen* des Vertrages, die Bereicherung des Täters hingegen aus Vertragsvorteilen selbst besteht? Oder wo, wie beim Spendenbetrug, der Schaden nicht so sehr in dem vom Täter erstrebten und vom Opfer bewußt als verloren hingegebenen Geld, sondern lediglich in der sozialen Zweckverfehlung liegt (Nr. 13 A 63ff)? Wenn die h. M. in diesen Fällen trotzdem noch die notwendige Korrespondenz von Schaden und Vorteil gewahrt sieht (in diesem Sinne auch hier der BGH bei E 6), so ist dem zwar i. E. zuzustimmen. Verfehlt erscheint es jedoch, hier noch von „Kehrseite" des Schadens bzw. „Stoffgleichheit" von Schaden und Vorteil zu sprechen. Stattdessen wäre lediglich darauf abzustellen, daß der Vorteil *„auf Kosten des Geschädigten"* erlangt wird (näher dazu Eser GA 1962, 289ff; vgl. auch Lackner LK

16 § 263 Rn. 265ff, Samson SK § 263 Rn. 190). – Und das trifft vorliegend an sich auch auf die Provision des A zu: Zwar ist sie aus dem Vermögen der F geflossen, mittelbar jedoch auf Kosten der Kunden erlangt; insofern kann man darin durchaus noch die „Kehrseite" des dem Kunden zugefügten Schadens erblicken. Demgegenüber bleibt freilich noch ein besonderes *Kausalerfordernis* zu beachten:

17 b) Die **unmittelbare Vermittlung** von Schaden und Vorteil **durch die Vermögensverfügung:** Danach müssen Schaden und Vorteil auf *dieselbe* Vermögensverfügung zurückzuführen sein.

Dies stand im *Gutschrift-Fall* **BGHSt 6, 115** in Frage: Vertreter A hatte aufgrund fingierter Aufträge seine Firma Z veranlaßt, Waren an die angeblichen Käufer zu schicken und ihm die entsprechende Provision gutzuschreiben. Das LG glaubte den Schaden der Z in dem vorübergehenden Besitzverlust der an die angeblichen Käufer versandten Waren erblicken zu können; A jedoch sei in Form der ihm gutgebrachten Provision bereichert gewesen. Gegen diese Verknüpfung von Schaden und Vorteil führt jedoch der BGH den oben bei A 13 wiedergegebenen Grundsatz ins Feld; denn: **[116]** „Der Besitzverlust wurde durch die Absendung der Sachen hervorgerufen. Nicht hierdurch, sondern durch die Gewährung einer Provision, also durch eine *andere* Vermögensverfügung des Getäuschten, wollte der A einen Vermögensvorteil erlangen. Er erwirkte zwar beide Vermögensverfügungen durch dieselbe Täuschungshandlung und wollte sich auf Kosten *des* Vermögens bereichern, das geschädigt wurde. Dies genügt jedoch nicht; denn der Vermögensvorteil und der Vermögensschaden entsprechen einander nicht, weil sie nicht durch dieselbe Vermögensverfügung vermittelt werden." Stattdessen hat der BGH dem LG zur Prüfung aufgegeben, ob eine schadensgleiche Gefährdung der Z nicht auch im Gutschreiben der Provision liegen könnte (vgl. aber Nr. 13 A 48); denn darin wäre dann gleichzeitg ein entsprechender Vorteil des A zu erblicken.

18 Verlangt man in dieser Weise eine *unmittelbare* Beziehung zwischen Schaden und Vorteil (heute h. M.; vgl. aber auch A 15), so ist gerade in Fällen der vorliegenden Art, wo durch eine Täuschung verschiedene selbstschädigende Verfügungen (des Kunden und des Geschäftsherrn) wie auch Bereicherungen (des Täters selbst wie auch seiner Firma) ausgelöst werden, eine besonders genaue Prüfung der jeweiligen *Schadens-Vorteils-Beziehung* geboten. Beim Provisionsvertreterbetrug führt das zu folgenden *Konstellationen:*

19 – Beim *Firmenbetrug* liegt in der selbstschädigenden Gutschrift bzw. Auszahlung der Provision durch die F an A zugleich dessen unmittelbarer Vermögensvorteil.

20 – Beim *Kundenbetrug* hingegen besteht zwischen dem Schaden des K und der Provision des A kein unmittelbarer Zusammenhang, da diese nicht durch die Bestellung des K, sondern erst durch die Verfügung der F dem A zufließt. Daher ist bei dieser Betrugsfigur die Provision tatbestandlich irrelevant. Stattdessen kommt jedoch als Kehrseite

A des Kundenschadens die darin liegende Bereicherung der F in Betracht (A 9); denn für § 263 reichen ja auch Drittbereicherungen tatbestandlich aus (A 10ff).

21 **Zwischenergebnis:** Damit kann für die objektive Seite des Vorteilselements festgehalten werden, daß sowohl beim Kunden- wie beim Firmenbetrug der jeweilige Schaden zu einem entsprechenden Vermögensvorteil führt. – Wie aber steht es in *subjektiver* Hinsicht: waren diese Bereicherungen auch jeweils von A „beabsichtigt"?

22 **III. Absicht der Vorteilsverschaffung.**

Daß A jedenfalls die *Provision* zielgerichtet erstrebt, im Hinblick darauf also mit dolus directus 1. Grades gehandelt hat, steht außer Frage. Daher kann für den *Firmenbetrug* die Absicht der *Selbstbereicherung* des A unzweifelhaft bejaht werden. Nicht ganz so einfach liegen die Dinge dagegen beim *Kundenbetrug*, da hierfür als tatbestandsrelevanter Vorteil allenfalls die *Drittbereicherung* der F in Betracht käme (A 20), an einer solchen Folge der A aber nur sekundär bzw. als Mittel zu einem anderen Endzweck interessiert war: nämlich um damit die Grundlage für eine Provisionsgutschrift zu schaffen (oder vielleicht noch, um durch Vermittlung der Aufträge der F eine Ersatzmöglichkeit gegen die Kunden zu eröffnen: so E 9). Aber: reicht das, um daraus die Absicht einer Drittbereicherung zu entnehmen? Die Antwort hängt davon ab, in welchem Sinne „Absicht" bei § 263 zu verstehen ist.

23 Dazu war im *Fahrkarten*-Fall **BGHSt 16, 1** Stellung zu nehmen: Da Finanzwärter A für seine wöchentliche Bahnfahrt zu einem Fortbildungskurs seine Sechser-Karte nicht finden konnte, aber keinesfalls den Zug versäumen wollte, löste er eine Bahnsteigkarte und begab sich in den Zug. Dabei hoffte er, noch während der Fahrt seinen Sechser-Block zu finden und dann nachträglich noch eine Karte entwerten zu lassen. Da sein Suchen vergeblich war und er auch nicht genügend Geld bei sich hatte, um eine Fahrkarte nachzulösen, und er fürchtete, bei einer Besprechung mit einem Bahnbeamten den Kursbeginn zu versäumen, versuchte er, nach Ankunft in seinem Zielbahnhof die Ausgangssperre unbemerkt passieren zu können. Dabei wurde er jedoch ertappt. Obgleich es dem A nur darauf ankam, seinen Kursbeginn nicht zu versäumen, er sich also keineswegs das Fahrgeld ersparen wollte, hatte der BGH Bereicherungsabsicht bejaht:

[5] „Zweifellos genügt für die auf den rechtswidrigen Vermögensvorteil gerichtete Absicht in § 263 nicht das diesen Erfolg lediglich in der Form des bedingten Vorsatzes umfassende Wissen und Wollen des Täters. Denn wer sich, wie der mit bedingtem Vorsatz Handelnde, einen Erfolg als nur möglich vorstellt, erstrebt ihn trotz seines auf ihn für den Fall seines Eintritts gerichteten Willens nicht mit der Unbedingtheit, die ein absichtliches Handeln kennzeichnet. ... Würde man [aber andererseits] die Absicht i. S. des § 263 nur dann bejahen, wenn der Vermögensvorteil **[7]** das ‚nächste' oder ‚unmittelbare' oder das für seinen Entschluß ‚maßgebende' Ziel oder der alleinige Gegenstand des Täterstrebens gewesen ist [so KG NJW 1957, 882, OLG Hamm NJW 1961, 96], so müßte der Strafrichter überdies in die oft unmögliche Untersuchung darüber eintreten, von welchen letzten Beweggründen der Angeklagte bei seinem täuschenden und vermögensschädigenden Verhalten beseelt war. ... Dem Strafrichter wäre häufig die unlösbare Aufgabe gestellt, aus einem solchen Bündel von Motiven das maßgebende oder wenigstens überwiegende herauszufinden. ... Für die Absicht i. S. des Betrugstatbestandes muß es deshalb auch aus kriminalpolitischen Gründen genügen, daß es dem Täter auf den rechtswidrigen Vermögensvorteil als *sichere* und *erwünschte* Folge seines Handelns ankommt, mögen ihn daneben auch andere Zielvorstellungen und Regungen erfüllen, ja mag jene Folge für ihn nur das Mittel zu einem anderen Zweck sein."

24 1. Welche **Absichtskritierien** sind dieser Grundsatzentscheidung zu entnehmen? Wie bereits diese kurzen Urteilsauszüge ergeben (die vollständige Wiedergabe und Analyse der Entscheidung an dieser Stelle der Voraufl. wird künftig in StrafR I Nr. 6 zu finden sein), ist die „Absicht" der Bereicherung – und Entsprechendes hat auch für § 253 zu gelten – mit keiner der üblichen Vorsatzformen (dazu StrafR I Nr. 3 A 39ff) voll identisch. Maßgebend sind vielmehr folgende zwei Kriterien:

– die *sichere Voraussicht* des Bereicherungseintritts als kognitives Element, und

– die *Erwünschtheit* der Bereicherung als voluntatives Element.

Im Prinzip werden diese beiden Kriterien auch von der Lehre akzeptiert, ersteres freilich unter dem Vorbehalt, daß damit lediglich *bedingter* Bereicherungsvorsatz ausgeschlossen sein soll, nicht dagegen der Fall, daß die Bereicherung gezielt erstrebt wird, deren Eintritt jedoch ungewiß ist (näher Welzel NJW 1962, 20; vgl. auch Lackner LK § 263 Rn. 263).

25 2. Welche **Konsequenzen** ergeben sich daraus für den *vorliegenden* Provisionsvertreter-Fall sowie für ähnliche Grenzfälle? Zwar kam es dem A letztlich nur auf die eigene

A Bereicherung durch Erhöhung seiner Provision an. Da er dieses Ziel jedoch nur über die *Zwischenbereicherung* der F zu erreichen vermochte und er dies wußte und um seiner Selbstbereicherung willen auch wünschte, hat er die Drittbereicherung der F auch *beabsichtigt.* Mit Hilfe dieser Konstruktion wird heute durchwegs bei allen Provisionsvertreterfällen dem Kunden gegenüber Betrug begründet.

26 Exemplarisch dafür – und daher auch für Fallbearbeitungen beachtenswert – die Begründung des **OLG Braunschweig NJW 1961, 1272** im *Illustrierten-Fall,* wo die Kundin K im Vertrauen auf die angebliche Stornierung der ersten sich auf das Abonnement einer anderen Zeitschrift einließ: **[1273]** „Dem A kam es zunächst auf den Vertragsabschluß an, weil dieser die Voraussetzung dafür bildete, daß er den unterschriebenen Bestellschein seiner Firma einreichen konnte und die Provision erhielt. Der A mußte daher notwendigerweise durch seine Täuschung zunächst einen Vermögensvorteil für seine Firma erstreben, um dann seinerseits einen Vermögensvorteil in Gestalt der Provision zu erhalten. Der für die Firma erstrebte Vorteil entsprach genau dem Vermögensschaden des Kunden, so daß die ‚Stoffgleichheit' gegeben ist. Der A hat auch in der Absicht gehandelt, der Firma diesen Vermögensvorteil zu verschaffen. Absicht ist gegeben, wenn es dem Täter darauf ankommt, den im Gesetz bezeichneten Erfolg herbeizuführen, was aber nicht nur dann der Fall ist, wenn dieser Erfolg Endzweck, sondern auch wenn er notwendiges Mittel zum Zweck ist (Nachw.). Der A hat somit vollendeten Betrug gegenüber der Bestellerin begangen."

27 Indes: So sauber diese Konstruktion in formaler Hinsicht sein mag, liegt darin nicht eine kriminalphänomenologisch zweifelhafte Verfälschung eines letztlich *egoistischen* in einen mittelbar altruistischen Betrug? Könnte dem vielleicht durch *Verzicht auf die Unmittelbarkeit* von Schaden und Vorteil abgeholfen werden? Dazu näher Eser GA 1962, 289ff. Instruktiv zur Absichtsproblematik, und zwar namentlich zur *Erwünschtheit* der Bereicherung, auch Blutprobe-Fall OLG Köln JR 1970, 468 m. Anm. Schröder, und Pseudobesteller-Fall BayObLG JZ 1972, 25 m. Anm. Schröder sowie Maurach JR 1972, 345 und Herzberg JuS 1972, 185. Vgl. dazu auch Lackner LK § 263 Rn. 261.

28 **IV. Rechtswidrigkeit der Vermögensverschiebung.**

Auf dieses Merkmal zielt die Bemerkung des BGH, daß die F auf den von ihr erlangten Vorteil „keinen Anspruch" gehabt habe (E 5). Was ist damit gemeint?

1. Ähnlich wie beim Diebstahl die Zueignung rechtswidrig sein muß (Nr. 4 A 17), setzt auch § 263 die Verschaffung eines „rechtswidrigen Vermögensvorteils" voraus, und zwar als ein besonderes **tatbestandliches** Betrugsmerkmal, das keinesfalls mit der allgemeinen Rechtswidrigkeit der Tat als ganzer verwechselt werden darf (näher zu dieser zweifelhaften RW-Beziehung Nr. 4 A 33ff).

29 a) **Bezugspunkt der Rechtswidrigkeit:** Geht man vom Wortlaut des § 263 aus, so scheint es lediglich auf die Widerrechtlichkeit der *Bereicherung* anzukommen: so in der Tat die überkommene Rspr und Lehre (vgl. etwa Geldentwertungs-Fall RGSt 64, 342, BGHSt 3, 160/2, Blei II § 61 VI 2, M-Schroeder II/1 § 46 II B 2, Otto II § 51 II 8a).

– Demgegenüber wird jedoch von einem Teil der Lehre bereits die Widerrechtlichkeit der Vermögens*schädigung* verlangt. Soweit das auf dem Boden *juristischer* Vermögenstheorien geschieht, erscheint dies sogar konsequent, weil sich danach der Vermögensschaden ja nicht nur nach rein wirtschaftlichen, sondern auch nach juristischen Mißbilligungskriterien beurteilt (Bockelmann, Kohlrausch-Lange, Lackner LK § 263 Rn. 275ff, Samson SK § 263 Rn. 191, Welzel § 54 III; näher Nr. 10 A 23); i. gl. S. inzwischen aber auch BGHSt 20, 136/7f, wonach es bei Rechtmäßigkeit der Bereicherung „dann auf der Gegenseite (auch) an einem Vermögensschaden" fehle (Quittungs-Fall: vgl. Nr. 13 A 50).

30 – Genau besehen wird dieses Widerrechtlichkeitskriterium jedoch weder einseitig auf den Vermögens*schaden* noch einseitig auf die *Bereicherung* zu beziehen sein, sondern vielmehr auf den **Verschiebungsvorgang** *zwischen beiden.* Daher ist mit Schröder (JZ 1965, 513/5) allein danach zu fragen, ob die **Vermögensverschiebung** zwischen Geschädigtem und Bereichertem im Widerspruch zur Rechtsordnung steht (vgl. auch S/S-Cramer § 263 Rn. 172 sowie oben Nr. 10 A 27).

31 b) Daß dieser Streit um den Bezugspunkt der Rechtswidrigkeit nicht nur theoretische, sondern *praktische Bedeutung* hat, zeigt sich namentlich bei Entziehung sittenwidriger Vermögenswerte, wie etwa bei **Abschwindelung von Diebesgut:** Würde man dabei bereits auf die Rechtswidrigkeit des Vermögens*schadens* abstellen, bliebe der Dieb nicht nur gegen eine Rückholung der Sache durch den Eigentümer, sondern auch

A gegenüber jedwedem Dritten ungeschützt, da er zwar einen wirtschaftlichen, nicht aber einen von der Rechtsordnung mißbilligten Schaden erleidet (Nr. 10 A 25, 27). Stellt man dagegen auf die Rechtswidrigkeit der Vermögens*verschiebung* ab, so ist zu differenzieren:

32 – Versucht der *Eigentümer* durch Täuschung seine Sache zurückzuholen, so ist auf dem Boden der wirtschaftlichen Vermögenstheorie der betrogene Dieb zwar geschädigt (Nr. 10 A 19); da die Rückholung durch den Eigentümer *im Ergebnis* jedoch letztlich im Einklang mit der Rechtsordnung steht, fehlt es an der Rechtswidrigkeit der Vermögensverschiebung. Folge: Der Eigentümer bleibt straflos.

33 – Wird das Diebesgut dagegen von einem *Dritten* abgeschwindelt, so ist der Dieb nicht nur geschädigt, sondern auch der Verschiebungsvorgang ist rechtswidrig, da der Dritte keinen Anspruch auf die Sache hat. Folge: Der Drittbetrüger ist nach § 263 strafbar. – Zum gleichen Ergebnis wird man kommen müssen, wenn man lediglich auf die Rechtswidrigkeit des Vermögensvorteils abhebt.

34 **2. Maßstab der Rechtswidrigkeit:** Im Unterschied zum strukturellen Bezugspunkt der Rechtswidrigkeit (A 44ff) herrscht über ihre *inhaltlichen Kriterien* im wesentlichen Einigkeit: Der Verschiebungsvorgang (bzw. nach den abw. Meinungen der Schaden oder Vorteil) ist als *rechtswidrig* anzusehen, wenn er im Ergebnis materiell-rechtlich im Widerspruch zur Rechtsordnung steht (S/S-Cramer § 263 Rn. 170ff m. w. N.). Und das ist vor allem dann der Fall, wenn der Bereicherte *keinen Anspruch auf Erlangung* des erstrebten Vorteils hat (RGSt 26, 353/4, M-Schroeder II/1 § 46 II B 2). Insofern sind die zur Rechtswidrigkeit der Zueignung beim Diebstahl entwickelten Grundsätze hier entsprechend anzuwenden (Nr. 4 A 17ff). Daraus ergibt sich namentlich folgendes:

35 a) Entscheidend ist allein das **materielle Recht,** und zwar gleichgültig, ob es sich dabei um bürgerlich-rechtliche oder (wie im Volksaktien-Fall) um öffentlichrechtliche Anspruchsnormen handelt (BGHSt 19, 206/14ff). Ergibt sich daraus ein Recht auf Erlangung des Vorteils, so fehlt dem Verschiebungsvorgang die Rechtswidrigkeit.

36 b) *Unerheblich* ist daher insbesondere, ob ein sachlich bestehender Anspruch mit **formal** zulässigen oder mit **rechtswidrigen Mitteln** realisiert wird.

In diesem Sinne auch **BGHSt 3, 160,** wo in einem Unterhaltsrechtsstreit die A zwar wahrheitswidrig verneint hatte, Mehrverkehr gehabt zu haben, dabei aber überzeugt war, daß ihr Kind nur aus dem Verkehr mit B stammen könne; den bereits einige Wochen vor der Empfängniszeit mit H gehabten Verkehr hatte sie geleugnet, um damit die Beweislage für den tatsächlich bestehenden Unterhaltsanspruch ihres Kindes gegen B zu verbessern. Vom BGH wurde die Rechtswidrigkeit dieses Vorteils verneint; denn: **[162]** „Dafür, ob ein Vermögensvorteil rechtswidrig ist oder nicht, ist allein das sachliche Recht maßgebend. Ist danach ein vermögensrechtlicher Anspruch begründet, so wird er nicht deshalb rechtswidrig, weil sich der Berechtigte unerlaubter Mittel bedient, um etwaige Schwierigkeiten, die der Verwirklichung seines Anspruchs entgegenstehen, zu beseitigen. An diesem allgemein anerkannten Grundsatz muß auch dann festgehalten werden, wenn sich der Berechtigte oder zu seinen Gunsten ein anderer in einem Rechtsstreit unredlicher, auf Täuschung des Richters zielender Mittel bedient ... Entspricht das von einem Täter verfolgte **[163]** Ziel der Rechtsordnung, so kann es keinesfalls schon dadurch, daß rechtswidrige Mittel zu seiner Verwirklichung angewandt werden, selbst rechtswidrig werden." Demzufolge wurde A vom Vorwurf des Betrugs freigesprochen. – I. gl. S. Skooter-Fall BGH StV 82, 224.

37 Welche *Konsequenzen* ergeben sich daraus für den vorliegenden Provisionsvertreter-Fall? Da die F als Drittbereicherte keinen Anspruch auf die arglistig erschlichenen Bestellungen hatte, hat der BGH die Rechtswidrigkeit dieser Vorteilsverschaffung hinsichtlich des Kundenbetruges zu Recht bejaht (E 5). Gleiches gilt für den Firmenbetrug, da A eine Provision nicht beanspruchen konnte, solange die zugrundeliegenden Aufträge infolge Anfechtbarkeit gefährdet waren. – Zu sonstigen RW-Fällen vgl. die reichhaltige Kasuistik bei Lackner LK § 263 Rn. 276ff, Mohrbotter GA 1967, 199ff sowie den instruktiven Fangprämie-Fall OLG Koblenz NJW 1976, 63/4, wo ein Anspruch des bestohlenen Warenhauses gegen den Ladendieb auf Erstattung von Vorhaltekosten bzw. einer an die Anzeigeerstatter gezahlten Fangprämie (wohl zu Recht) verneint wurde. Allg. zur (begrenzten) Berechtigung von Fangprämien BGH NJW 1980, 119.

38 **V. Betrugsvorsatz.**

Abgesehen von der *Bereicherung,* die vom Täter *beabsichtigt* sein muß (A 22ff), genügt für die *übrigen* TB-Merkmale jede Vorsatzform, insbesondere auch dolus eventualis. Das ist namentlich für die Schädigung bedeutsam, wenn der Täter eine schadens-

A gleiche Gefährdung lediglich als möglich voraussieht, aber für den Fall ihres Eintritts i. S. bedingten Vorsatzes hinnimmt. Zudem reicht für den Schädigungsvorsatz bereits die Vorstellung, daß die durch Täuschung herbeigeführte Verfügung einen Schaden zur Folge haben wird: Ob beim Getäuschten selbst oder bei einem Dritten, ist für den Vorsatz gleichgültig, da es sich beim Vermögen um kein höchstpersönliches Rechtsgut handelt (vgl. BGH MDR 1968, 509; instruktiv zu mangelndem Schädigungsvorsatz auch Hochschulkasse-Fall BGH MDR/H 1981, 267). – Demgemäß kam es auch vorliegend für den Betrugsvorsatz des A nicht darauf an, daß er sich über den Schadensverlauf genauere Vorstellungen gemacht hat.

39 Nach alledem könnte vorliegend die Strafbarkeit des A nur dann noch entfallen, wenn er etwa trotz Anfechtbarkeit der Aufträge an das Bestehen eines Provisionsanspruches geglaubt hätte. Damit würde es in seiner Vorstellung an der RW der Bereicherung (bzw. der Vermögensverschiebung) fehlen. Da nun darin kein allgemeines Verbrechensmerkmal (so freilich Welzel § 54 III), sondern ein *TB-Merkmal* zu erblicken ist (so die h. M.: vgl. BGHSt 4, 105/7; M-Schroeder II/1 § 46 II B 2), wäre dem A ein **Tatumstandsirrtum** zugute zu halten (vgl. Lackner LK § 263 Rn. 287). Infolgedessen würde dem A die Bereicherungsabsicht fehlen (instruktiv dazu auch Kleinteile-Fall OLG Bamberg NJW 1982, 778). Da für einen solchen Irrtum vorliegend jedoch kein Anhaltspunkt besteht, ist an der Strafbarkeit des A wegen Betrugs letztlich nicht zu zweifeln. Im übrigen sind die zum RW-Irrtum beim Diebstahl erarbeiteten Regeln auch beim Betrug entsprechend anwendbar (Nr. 4 A 43 ff).

40 **VI. Ergebnis:** In den Provisionsvertreterfällen kommt *tatbestandsmäßig* sowohl Betrug gegenüber dem Kunden als auch gegenüber dem Geschäftsherrn in Betracht. Damit bleibt jedoch die auf *Konkurrenzebene* zu lösende Frage, in welchem Verhältnis diese beiden TB-Verwirklichungen des § 263 zueinander stehen. Wenn der BGH nur *einen* Betrug annehmen will (E 10), so ist daran richtig, daß in solchen Fällen idR nicht Handlungsmehrheit, sondern *Handlungseinheit* vorliegen wird (wobei es von den Umständen des Einzelfalles abhängt, ob dies nach den Regeln des Fortsetzungszusammenhangs oder besser als „tatbestandliche" oder „natürliche Handlungseinheit" zu begründen ist: dazu allg. StrafR II Nr. 49 A 14 ff). Die weitere (vom BGH jedoch offengelassene) Frage geht dahin, ob die zweifache TB-Verwirklichung durch *eine* Handlung als bloße Gesetzeskonkurrenz (konsumtive Wertungseinheit) oder als *„gleichartige Idealkonkurrenz"* zu begreifen ist. Für letzteres spricht, daß zwei verschiedene Rechtsgutsträger (Kunde und Geschäftsherr) verletzt wurden. Dies ist freilich nur dann beachtlich, wenn man gleichartige Idealkonkurrenz nicht nur bei höchstpersönlichen Rechtsgütern wie Leben oder Freiheit, sondern auch bei Straftaten gegen Vermögensrechte zuläßt (allg. dazu StrafR II Nr. 49 A 65 ff).

Schrifttum: Speziell zur **Absicht rechtswidriger Bereicherung** *Herzberg,* Eingehungsbetrug und Vorteilsabsicht beim Erschleichen von Warenlieferungen zur Belästigung Dritter, JuS 1972, 185; *Mohrbotter,* Rechtswidrigkeit der Zueignung und Bereicherung im Strafrecht, GA 1967, 199; *Oehler,* Neue strafrechtliche Probleme des Absichtsbegriffs, NJW 1966, 1633; *Schröder,* Zum Vermögensbegriff bei Betrug und Erpressung, JZ 1965, 513; *Welzel,* Vorteilsabsicht beim Betrug, NJW 1962, 20.

– **Speziell** zum *Provisionsvertreter-Fall* BGHSt 21, 384 vgl. *Pelchen* LM Nr. 68 zu § 263 StGB; zum *Blutprobe-Fall* OLG Köln JR 1970, 468 (A 27) vgl. *Schröder* JR 1970, 470; zum *Gutschrift-Fall* BGHSt 6, 115 (A 13) vgl. *Sarstedt* LM Nr. 31 zu § 263 StGB; zum *Pseudobesteller-Fall* BayObLG JZ 1972, 25 (A 27) vgl. *Herzberg* JuS 1972, 185, *Maurach* JR 1972, 345, *Schröder* JZ 1972, 26.

Subventionsbetrug (§ 264) – Kreditbetrug (§ 265b) – Versicherungsbetrug (§ 265) – Leistungserschleichung (§ 265a)

OLG Karlsruhe NJW 1981, 1383: Ausbildungsförderungs-Fall

3 Ss 202/80 vom 16. 10. 1980

SV **Sachverhalt:** Nach einem besonderen Ausbildungsförderungsprogramm des Landes Baden-Württemberg wurde Arbeitgebern für die Bereitstellung eines zusätzlichen Ausbildungsplatzes in Gebieten mit besonderen Engpässen ein staatlicher Zuschuß bis zu 5.000 DM gewährt. Voraussetzung dafür war, daß der Betrieb über die durchschnittliche Zahl von Ausbildungsplätzen in den Jahren 1973 bis 1975 hinaus einen weiteren Ausbildungsplatz zur Verfügung stellte. Im Rahmen dieses Förderungsprogramms beantragte der A, der in B eine Steuerberatungspraxis betrieb und 1977 noch eine weitere in O übernommen hatte, einen entsprechenden Zuschuß. Dabei machte er auf einem Formularvordruck, in dem die Anzahl der Lehrlinge für den Vergleichs- bzw. Förderungszeitraum einzutragen war, unrichtige Angaben. Wie sich jedoch bei weiterer Überprüfung herausstellte, hätte A die Förderungsvoraussetzungen selbst dann erfüllt, wenn er wahrheitsgemäße Angaben gemacht hätte. Denn entgegen seiner möglichen Befürchtung, daß die beiden Steuerpraxen als Einheit zu behandeln seien und sich daraus nur aufgrund seiner unrichtigen Angaben ein zusätzlicher Ausbildungsplatz ergeben hätte, waren die beiden Praxen in Wirklichkeit jeweils getrennt zu betrachten, so daß selbst bei wahrheitsgemäßen Angaben die Zuschußvoraussetzungen für einen zusätzlichen Arbeitsplatz gegeben waren.

P **Zur Problemstellung:** Daß hier jedenfalls *vollendeter Betrug* (§ 263) ausscheidet, liegt auf der Hand; denn da sich das für die Vergabe zuständige Landesgewerbeamt nicht hatte täuschen lassen, fehlt es bereits an einem entsprechenden Irrtum. Außerdem wäre mangels Auszahlung des Zuschusses ein Vermögensschaden zu verneinen. Spätestens aber würde Betrugsvollendung daran scheitern, daß A auf jeden Fall die Vergabevoraussetzungen erfüllte und somit die Erlangung des Zuschusses materiell-rechtlich kein „rechtswidriger" Vermögensvorteil gewesen wäre (vgl. Nr. 14 A 28 ff).

– Aber käme nicht wenigstens *versuchter* Betrug in Betracht? Im Prinzip ja; denn wenn man in „sozialpolitischer Zweckverfehlung" einen Vermögensschaden erblickt (dazu Nr. 13 A 63 ff), so wäre hier durchaus ein Schädigungsentschluß und eine entsprechende Bereicherungsabsicht in Betracht zu ziehen. Doch auch Versuch wurde vom LG aus subjektiven Gründen verneint (wobei diese Gründe freilich nicht näher substantiiert und daher auch nicht analysierbar sind).

– Käme statt dessen *Subventionsbetrug* (§ 264) in Frage? Was ist dessen *Zielsetzung?* Können dafür *unrichtige Angaben* schon für sich allein genügen? Oder müssen diese für den Täter *vorteilhaft* sein?

Da das LG letzteres vorausgesetzt, eine solche Vorteilhaftigkeit aber hier deshalb verneint hat, weil dem A in jedem Falle ein Zuschuß hätte gewährt werden können, wurde er vom Vorwurf des Subventionsbetrugs freigesprochen.

E 1 **Aus den Gründen:** Ob die vom A erstrebte finanzielle Förderung überhaupt eine Subvention i. S. von § 264 VI StGB darstellt (vgl. dazu Lenckner, in: Schönke-Schröder, StGB, 20. A., § 264 Rn. 6 ff), und ob die von ihm gemachten Angaben subventionserheblich i. S. des hier allein in Betracht kommenden § 264 VII Nr. 1 StGB waren (vgl. dazu Tiede-
2 mann, in: LK, 10. A. § 264 Rn. 45 ff), bedurfte hier keiner Entscheidung, weil die StrK das Merkmal der Vorteilhaftigkeit zu Recht verneint hat.

3 Mit dem Tatbestand des Subventionsbetruges, der durch das am 1. 9. 1976 in Kraft getretene 1. WiKG v. 29. 7. 1976 (BGBl I, 2034) neu in das StGB eingeführt wurde, soll der Mißbrauch bei der Inanspruchnahme zweckgebundenen staatlichen Vermögens verhindert werden (Amtl. Begr. BT-Drs. 7/3441 S. 15; Göhler-Wilts, Betr 1976, 1609; Berz, BB 1976, 1437). Geschütztes Rechtsgut ist daher die staatliche Planungs- und Dispositionsfreiheit im Wirtschaftsbereich (Bericht und Antrag des Sonderausschusses f. d. Strafrechtsreform, BT-Drs. 7/5291 S. 5; Dreher-Tröndle, StGB, 39. A. § 264 Rn. 3; Lenckner, in:
4 Schönke-Schröder, § 264 Rn. 4; weitergehend Tiedemann, in: LK, § 264 Rn. 8). Um diesen Schutz wirksam zu erreichen, hat der Gesetzgeber § 264 so ausgestaltet, daß schon im Vorfeld des Tatbestands des Betruges, der sich zur Bekämpfung der Subventionserschleichung als unzulänglich erwiesen hat (Amtl. Begr. BT-Dr 7/3441 S. 15, 16), Täuschungshandlungen unter Strafe gestellt werden, die die generelle Gefahr einer Fehllei-
5 tung öffentlicher Mittel besorgen lassen. Die Tathandlung des § 264 I Nr. 1 verlangt, daß

E der Täter über subventionserhebliche Tatsachen für sich oder einen anderen unrichtige oder unvollständige Angaben macht, die für ihn oder den anderen vorteilhaft sind.

6 Daß der A im vorliegenden Falle in dem Antrag auf Gewährung eines Zuschusses, der aufgrund des Merkblattes des BW-Ministeriums für Wirtschaft v. 6. 4. 1977 bei Erfüllung der Förderungsvoraussetzungen gewährt werden konnte, falsche Angaben gemacht hat,

7 ist rechtsfehlerfrei festgestellt. Die StrK ist jedoch ohne Rechtsirrtum davon ausgegangen, daß diese unrichtigen und unvollständigen Angaben für den Angekl. nicht ‚vorteilhaft' i.S. des Gesetzes waren, weil er bei der Zahl der von ihm in der Vergangenheit und zur Zeit der Antragstellung beschäftigten Lehrlinge nach der Vergabepraxis des Landesgewerbeamtes ebenfalls die Förderungsvoraussetzungen für einen Zuschuß in Höhe von

8 4150 DM erfüllt hatte. ... Schon der Wortlaut des Gesetzes besagt, daß nicht jede unrichtige oder unvollständige Angabe von Tatsachen, die für das Subventionsverfahren erheb-

9 lich sein können, die Strafbarkeit begründet. Wie sich aus den Gesetzesmaterialien ergibt, wollte der Gesetzgeber den Tatbestand auf die Handlungen beschränken, die die Gefahr auslösen können, ‚daß dem Täter oder einem anderen ungerechtfertigte Subventionsvorteile gewährt werden' (Amtl. Begr. BT-Dr 7/3441 S. 25). Verursachen unrichtige oder unvollständige Angaben diese Gefahr nicht, weil der Täter die Subventionsvoraussetzungen ohnehin erfüllt, so entfällt der Grund für die Strafbarkeit. Deshalb erschienen dem Gesetzgeber Angaben, die dem Täter ungünstig sind oder solche Angaben, die zur Versagung einer Subvention für einen anderen führen können, unter dem Blickpunkt des geschützten Rechtsguts nicht strafwürdig (Amtl. Begr. aaO; vgl. auch Göhler, Prot. des Sonderausschusses für die Strafrechtsreform, VII/2678; Göhler/Wilts, Betr 1976, 1613; Müller-Emmert/Maier, NJW 1976, 1660; Berz, BB 1976, 1437). Dies sollte durch das Merk-

10 mal der Vorteilhaftigkeit klargestellt werden. Über die genannten Beispielsfälle hinaus ist der Begriff „vorteilhaft" jedoch allgemein dahin auszulegen, daß er dem dargelegten Sinn und Zweck der Norm des § 264 entspricht. Danach sind die unrichtigen oder unvollständigen Angaben für die Gewährung der begehrten Subvention nicht vorteilhaft i.S. des § 264 I Nr. 1, wenn der Täter schon aufgrund von anderen Tatsachen die Subventionsvoraussetzungen erfüllt (Lackner, StGB, 12. A., § 264 Rn. 5a unter Aufgabe seines früheren Standpunkts; Samson, SK § 264 Rn. 57; Lenckner, in: Schönke-Schröder, § 264 Rn. 47; Tiedemann LK, § 264 Rn. 66, 67; Schmidt-Hieber, NJW 1980, 325; Berz, BB 1976, 1437; Göhler/Wilts, Betr 1976, 1611; einschränkend: Dreher-Tröndle, § 264 Rn. 20). Für diese Auslegung sprechen nicht nur die Entstehungsgeschichte des § 264, sondern auch

11 Sinn und Zweck der Norm. Die Vorschrift des § 264 ist ein Gefährdungstatbestand, durch den die Strafbarkeit weit nach vorne verlegt wird. Das gebietet eine enge Auslegung der

12 Tatbestandsmerkmale (zutreffend Samson, § 264 Rn. 57). Hinzu kommt, daß der Tatbestand des Subventionsbetruges dem Betrug, dessen Vorfeld er strafrechtlich abdecken soll, nachgebildet ist (Samson, § 264 Rn. 57; Schmidt-Hieber, NJW 1980, 322ff). Stehen beide Tatbestände aber in innerer Beziehung zueinander und weisen sie wesensmäßig eine ähnliche tatbestandsmäßige Struktur auf, so muß auch bei § 264 I Nr. 1 eine Tatbestandserfüllung dann ausscheiden, wenn der Täter zwar unrichtige oder unvollständige Angaben über subventionserhebliche Tatsachen macht, die Subventionsvoraussetzungen jedoch ohnehin im Zeitpunkt der Antragstellung erfüllt sind. Insoweit kann nichts anderes gelten als beim Betrugstatbestand auch, der dann nicht erfüllt ist, wenn der Täter durch Täuschungshandlungen i.S. des § 263 einen tatsächlich bestehenden Anspruch

13 durchsetzen will. Bei anderer Auslegung würde der Tatbestand des Subventionsbetruges jede Erschwerung der behördlichen Entscheidungstätigkeit im Subventionsverfahren und nicht nur die Täuschung zum Zwecke der Fehlleitung öffentlicher Mittel unter Strafe stellen (Tiedemann LK § 264 Rdn. 66; Schmidt-Hieber, NJW 1980, 322). Das aber ist nicht

14 der Sinn des Subventionsbetruges. Entgegen der Ansicht der StA läßt sich aus dem Umstand, daß der Tatbestand des § 264 als Gefährdungsdelikt ausgestaltet ist, keine andere Rechtsansicht herleiten. Denn durch unrichtige oder unvollständige Angaben eines aus anderen Gründen subventionsberechtigten Täters besteht eben die von § 264 StGB bekämpfte Gefahr für das von ihm geschützte Rechtsgut in Wirklichkeit nicht. Nach alledem hat die StrK das Merkmal ‚vorteilhaft' rechtsfehlerfrei dargelegt."

A 1 **Zur Erläuterung und Vertiefung:** Bevor wir auf Einzelheiten dieses Falles eingehen, empfiehlt sich zunächst ein *allgemeiner Überblick* über Sondertatbestände im Vor- und Umfeld des Betrugs (I). Darauf wird der im Mittelpunkt dieses Falles stehende *Subventionsbetrug* näher zu betrachten sein (II). Abschließend seien einige der *sonstigen besonderen Betrugstatbestände* zumindest in ihrer Grundstruktur kurz angerissen (III).

2 **I. Besondere Betrugstatbestände im Vor- und Umfeld des § 263.**

Woraus ergibt sich überhaupt ein **Bedürfnis** dafür?

1. Zum Teil daraus, daß in manchen Fallgruppen betrügerischer Machenschaften bestimmte *Betrugselemente* des § 263, obgleich möglicherweise gegeben, im Einzelfall nur *schwer nachweisbar* sind: wie etwa die Kausalität des Irrtums für die Vermögens-

A verfügung (vgl. Nr. 12 A 16 ff) oder das Vorliegen eines Vermögensschadens bzw. eines entsprechenden Schädigungsvorsatzes (vgl. Nr. 13 A 5 ff). Derartigen Schwierigkeiten kann man dadurch begegnen, daß man sich schon mit dem Nachweis einer Täuschungshandlung begnügt, weil diese typischerweise auf Erlangung eines rechtswidrigen Vermögensvorteils unter Schädigung eines anderen gerichtet ist. Solchen Überlegungen verdanken der **Subventionsbetrug** (§ 264) und der **Kreditbetrug** (§ 265 b) ihre Entstehung: beides Tatbestände, die durch das (bei E 3 erwähnte) 1. Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität (WiKG) von 1976 eingeführt wurden (nähere Einzelheiten zum rechtspolitischen Hintergrund bei Arzt/Weber IV A I, Heinz GA 1977, 193 ff, 225 ff und Müller-Emmert/Maier NJW 1976, 1657 ff). Aus ähnlichen Erwägungen, nämlich um in Fällen des „blinden Passagiers" oder bei „Überlistung" von Automaten die (meist mangelnde) Irrtumserregung überflüssig zu machen (vgl. Nr. 11 A 45 ff, 53 ff) wurde bereits 1935 das **Erschleichen von Leistungen** (§ 265 a) gesondert geregelt (vgl. M-Schroeder II/1 § 46 V 1).

3 2. Zum Teil sollen durch Sondertatbestände bereits bestimmte *Vorbereitungshandlungen* zum Betrug erfaßt werden. Diese Zielsetzung, die übrigens auch beim vorerwähnten Subventions- und Kreditbetrug mitbestimmend ist, steht beim **Versicherungsbetrug** (§ 265) im Vordergrund: Deshalb soll bereits die Inbrandsetzung oder Zerstörung einer versicherten Sache, um sich durch Täuschung darüber die Versicherungssumme zu erschwindeln, unabhängig davon, ob es dann tatsächlich zu einem Betrug nach § 263 kommt, als typischerweise gefährlich unter Strafe gestellt sein.

4 3. Zudem gibt es im Nebenstrafrecht zahlreiche Tatbestände gegen betrügerische Machenschaften verschiedenster Art: wie etwa gegen irreführende Werbung (§ 4 UWG) oder gegen falsche Kennzeichnung von Waren (vgl. § 26 WarenzeichenG). Dabei kann es neben dem *individuellen Vermögensschutz* des Betroffenen u. U. auch um weitere **Schutzgüter** gehen: wie etwa um die auch im Allgemeininteresse liegende Reinhaltung des Wettbewerbs oder den Schutz der Gesundheit gegenüber irreführenden Angaben auf Lebensmitteln. Ähnlich geht es auch beim Subventionsbetrug nicht nur um Vermögensschutz sondern auch – wenn nicht sogar vordringlich – um das *Allgemeininteresse an wirkungsvoller staatlicher Wirtschaftsförderung* gegenüber mißbräuchlicher Inanspruchnahme (Lackner § 264 Anm. 1, Wessels II/2 § 16 I 1; ähnlich i. S. eines Schutzes der „staatlichen Planungs- und Dispositionsfreiheit im Wirtschaftsbereich" hier das OLG bei E 3 m. w. N.). – Damit sind wir bereits bei dem Tatbestand, der im Mittelpunkt des vorliegenden Falles steht:

5 **II. Subventionsbetrug (§ 264).**

1. Um dessen Einzelmerkmale voll erfassen zu können, muß man sich zunächst seine **Grundstruktur** vor Augen führen:

6 – Im Unterschied zum 5-gliedrigen BetrugsTB des § 263 (Täuschung – Irrtum – Vermögensverfügung – Vermögensschaden – Bereicherungsabsicht: vgl. Nr. 11 A 2) begnügt sich § 264 mit der Umschreibung bestimmter *Täuschungs*handlungen (dazu A 16 ff). Da diese typischerweise zu einer Fehlleitung öffentlicher Mittel führen können (E 4), ohne daß jedoch ein derartiger Vermögensschaden im Einzelfall nachzuweisen wäre, handelt es sich um ein **abstraktes Gefährdungsdelikt** (E 11, 14; S/S-Lenckner § 264 Rn. 5 m. w. N., auch zur teilweisen Annahme eines *konkreten* Gefährdungsdelikts).

7 – Um jedoch den dadurch sehr weiten Gefährdungsbereich andererseits wiederum einzuschränken, soll nicht jedwede Fehlleitung öffentlicher Mittel erfaßt werden, sondern nur insoweit, als es sich um bestimmte *Subventionen* handelt (vgl. A 4).

8 – Um zudem das staatliche Förderungssystem auf den Schutz gegen *ungerechtfertigte* Inanspruchnahme zu beschränken (E 9), sollen nur *vorteilhaft* erscheinende Täuschungshandlungen strafbar sein. Durch dieses Tatbestandselement weist § 264 letztlich denn doch eine gewisse Parallele zum Bereicherungsmerkmal des § 263 auf (E 12, A 20 f).

9 2. Zentraler Bezugsbegriff des § 264 ist die **Subvention.** Dieser Begriff ist nicht nur für den Täter als Subventions*nehmer* bzw. für die getäuschte Behörde als Subventions*geber* wesentlich, sondern auch für die Subventions*erheblichkeit* der gemachten Angaben. Deshalb wäre es aus Rechtssicherheitsgründen sicherlich wünschenswert gewesen, wenn i. S. eines *formellen Subventionsbegriffes* nur solche Leistungen aus öffentlichen Mitteln dazugezählt würden, die durch das entsprechende Gesetz ausdrücklich als „Subvention" bezeichnet sind. Da sich diese ursprünglichen Pläne jedoch als undurch-

A führbar erwiesen (vgl. insbes. Tiedemann ZStW 87, 294, Samson SK § 264 Rn. 25), wird durch die jetzige Legaldefinition in § 264 VI der Subventionsbegriff nach **materiellen Kriterien** bestimmt (vgl. i. V. damit auch das gleichzeitig durch das 1. WiKG inkraftgesetzte SubvG). Danach ist für eine Subvention wesentlich:

10 a) Es muß sich um *Leistungen aus öffentlichen Mitteln* handeln, und zwar solche, die *direkt* gewährt werden. Deshalb rechnen indirekte Vergünstigungen, wie etwa durch Steuererleichterungen, idR nicht zu den Subventionen (S/S-Lenckner § 264 Rn. 10). Demzufolge sind Falschangaben in Steuererklärungen grundsätzlich nach den Steuerhinterziehungstatbeständen der AO zu behandeln (Samson SK § 264 Rn. 30).

11 b) Die Leistungen müssen nach *Bundes-, Landes- oder europäischem Gemeinschaftsrecht* gewährt werden, wobei jedoch auch kommunale Leistungen, da zum Landesrecht gehörend, erfaßbar sind (S/S-Lenckner § 264 Rn. 8).

12 c) Die Gewährung muß (wenigstens zum Teil) *ohne marktmäßige Gegenleistung* erfolgen. Damit sollen jedoch nur solche staatlichen Leistungen aus dem Subventionsbegriff ausgeschieden werden, für die der Begünstigte ein entsprechendes Entgelt zu entrichten hat. Eine solche Gegenleistung ist freilich nicht schon darin zu erblicken, daß der Subventionsnehmer den für die Gewährung vorausgesetzten Förderungszweck erfüllt (vgl. Schmidt GA 1979, 121/7ff); denn sonst wären Subventionen, da nie „zwecklos" hingegeben, schon per se nicht „unentgeltlich".

13 d) Ferner muß die öffentliche Leistung (wenigstens teilweise) der *Wirtschaftsförderung* dienen. Deshalb bleiben reine Sozialsubventionen (wie etwa Sozialhilfe oder Ausbildungsbeihilfen) ebenso außer Betracht wie Hilfsgelder zu Forschungs- oder sonstigen kulturellen Zwecken (vgl. Tiedemann LK § 264 Rn. 36ff).

14 e) Schließlich muß Leistungsempfänger ein *Betrieb* oder *Unternehmen* sein, und zwar gleich, ob privaten oder öffentlichen Charakters, oder ob als Einzelfirma, als Gesellschaft oder freiberuflich (wie etwa eine Arzt- oder Anwaltspraxis) geführt, sofern es sich nicht nur um Vergünstigungen für Privatpersonen (z. B. in deren Eigenschaft als Rentner, Sparer, Kinderreiche oder Auszubildende) handelt (vgl. D-Tröndle § 264 Rn. 11).

15 Was ergibt sich daraus für den im *vorliegenden* Fall offengelassenen Begriff der Subvention (E 1)? Hier könnte allenfalls das Merkmal der Wirtschaftsförderung (A 13) zweifelhaft sein, da die Schaffung zusätzlicher Ausbildungsplätze primär sozialen Zwecken dient. Da aber der verlorene Zuschuß an den Betriebsinhaber geht und die ihm dadurch zumindest teilweise öffentlich mitfinanzierte Arbeitskraft nicht zuletzt auch der Stärkung der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit in bestimmten betroffenen Gebieten zugute kommen soll, dürfte der Subventionscharakter des von A erstrebten Zuschusses wohl nicht zu bezweifeln sein.

16 3. Als **Tathandlung** kommen drei Modalitäten in Betracht:

a) Die **Abgabe unrichtiger oder unvollständiger Erklärungen** (§ 264 I **Nr. 1**):

aa) Dabei muß es sich um **Angaben über subventionserhebliche Tatsachen** handeln. Auch für diese – im vorliegenden Fall offengebliebene (E 1) – Frage findet sich in § 264 VII eine Legaldefinition. Danach sind „subventionserheblich" solche Tatsachen,

– die entweder vom Subventionsgeber ausdrücklich als solche bezeichnet sind (Nr. 1), wobei nicht unbedingt dieser Ausdruck, jedoch zumindest ein gleichbedeutender Begriff verwendet werden muß (S/S-Lenckner § 264 Rn. 30f),

– oder von denen die Subventionsvergabe bzw. die Rückforderung gesetzlich abhängig ist (Nr. 2). Damit sind jene Fälle gemeint, in denen ein Gesetz hinreichend deutlich zum Ausdruck bringt, welche Tatsachen für die Subventionsgewährung vorausgesetzt werden, ohne sie jedoch ausdrücklich mit der Erklärung „subventionserheblich i. S. des § 264 I StGB" zu benennen.

17 Letzteres stand im *Investitionszulagen-Fall* **OLG München NJW 1982, 457** in Frage: Zum Zwecke der Konjunkturbelebung konnten aufgrund eines bestimmten Gesetzes für Investitionen, die bis zu einem bestimmten Zeitpunkt vorgenommen wurden, Zulagen erlangt werden. Um in deren Genuß zu kommen, ließ der A für einen bereits nach Ablauf des Begünstigungszeitraums angeschafften LKW das Bestelldatum zurückdatieren. Gegen seinen Einwand, daß das Bestelldatum im InvestitionszulagenG weder ausdrücklich als „subventionserheblich" bezeichnet worden sei noch sich dies aus dem Gesetz ergebe, stellt das OLG fest: **[458]** „Es ist als der Wille des Gesetzgebers anzusehen, daß § 264 VII Nr. 2 nicht nur dann zur Anwendung kommen soll, wenn Subventionen durch Behörden vergeben werden, für die eine Bezeichnungspflicht nach § 2 SubvG nicht besteht, sondern immer dann, wenn hinsichtlich subventionserheblicher Tatsachen – gleich

A aus welchen Gründen – keine oder keine wirksame Bezeichnung nach Nr. 1 erfolgt (Nachw.). In § 4b InvZulG 1975 sind die Voraussetzungen für die Vergabe von Investitionszulagen zur Konjunkturbelebung nach Auffassung des Senats hinreichend deutlich zum Ausdruck gebracht worden. In Abs. 1 wird der begünstigte Personenkreis festgelegt und zugleich bestimmt, daß nur Investitionen, die in einem inländischen Betrieb vorgenommen werden, zulagenfähig sind. In Abs. 2 werden die begünstigten Investitionen nach Art und Zeitraum im einzelnen und abschließend aufgezählt. Angesichts dieser Konkretisierung der Vergabevoraussetzungen kann der Umstand allein, daß der Subventionsgeber keine Bezeichnung nach § 264 VII Nr. 1 StGB getroffen hat, nicht dazu führen, das Vorliegen der tatbestandsmäßigen Voraussetzungen des § 264 I und II StGB zu verneinen. Dies insbesondere nicht in den Fällen wie dem vorliegenden, wo der Angeschuldigte lediglich unrichtige Angaben über den Investitionsbeginn gemacht hat, um das Finanzamt als Festsetzungsbehörde darüber zu täuschen, daß die von ihm getätigten betrieblichen Investitionen, da außerhalb des gesetzlich klar umrissenen Begünstigungszeitraums vorgenommen, in Wirklichkeit nicht zulagenfähig sind."

18 Ähnlich wird man auch im *vorliegenden* Fall die Angaben über die durchschnittliche Zahl von Ausbildungsplätzen innerhalb eines bestimmten Vergleichszeitraums selbst dann als subventionserheblich ansehen müssen, wenn dieser Faktor im zugrundeliegenden Subventionierungsgesetz nicht ausdrücklich als erheblich bezeichnet worden ist; denn da ja nur „zusätzliche" Ausbildungsplätze gefördert werden sollten, kam der entsprechenden Vergleichszahl wesentliche Bedeutung zu.

19 bb) Die Angaben müssen **unrichtig** (nämlich den objektiven Tatsachen widersprechend) oder **unvollständig** sein: Letzteres ist dann der Fall, wenn die im Rahmen einer den Anschein der Vollständigkeit erweckenden Erklärung enthaltenen Angaben als solche zwar richtig sind, durch Weglassung wesentlicher Teile aber ein falsches Gesamtbild vermittelt wird (vgl. dazu Neubestellungs-Fall AG Alsfeld NJW 1981, 2588). – Im *vorliegenden* Fall stand die Unrichtigkeit der Angaben außer Frage (E 6). Statt dessen war jedoch ein weiteres Merkmal zweifelhaft; denn:

20 cc) Zudem muß die Unrichtigkeit der Angaben für den Subventionsnehmer **vorteilhaft** sein. Dies wurde hier schon deshalb verneint, weil der A auch bei wahrheitsgemäßen Angaben den Zuschuß hätte beanspruchen können (E 7). Aber: Muß die Unrichtigkeit der Angaben in der Tat *objektiv* vorteilhaft sein? Oder könnte nicht bereits genügen, daß die Unrichtigkeit aus der *subjektiven* Sicht des Täters vorteilhaft *erscheint?* Denn gerade wenn § 264 bereits im Vorfeld des Betrugs bestimmten Täuschungshandlungen vorbeugen will (A 3), wäre es dann nicht konsequent, jedwede auf vermeintlich ungerechtfertigte Subventionen abzielende Täuschungshandlungen zu erfassen? Ohne daß das OLG diese Frage mit voller Klarheit angegangen wäre, ist sie immerhin andeutungsweise angesprochen (E 14) und der Sache nach mit guten Gründen verneint. Denn obgleich es sich bei § 264 um ein abstraktes Gefährdungsdelikt handelt (A 6), geht es dabei doch weder um Bestrafung der Unredlichkeit bzw. Gewinnsucht als solcher, als vielmehr um den Schutz des öffentlichen Wirtschaftsförderungssystems gegen mißbräuchliche Inanspruchnahme (A 4, 8). Dieses Rechtsgut aber ist weder verletzt (worauf es freilich ohnehin nicht ankäme: A 6) noch überhaupt gefährdet, wenn die Täuschung nicht geeignet ist, einen ungerechtfertigten Vorteil zu verschaffen, und dementsprechend auch eine Fehlleitung öffentlicher Mittel ausgeschlossen ist. Einen solchen Tatbestandsmangel hat das OLG – unter Berücksichtigung des Gesetzeswortlauts (E 8), der Gesetzesmaterialien (E 9) und des Normzwecks (E 10) – zu Recht für den Fall angenommen, daß die Subventionsvoraussetzungen unabhängig von den unrichtigen Angaben gegeben sind (i. E. ebenso D-Tröndle 20, Lackner 5a, Samson SK 55ff, S/S-Lenckner 47, je zu § 264). Darin werden letztlich dann doch gewisse Parallelen zu den an sich für § 264 unerheblichen Schadens- und Bereicherungselementen des Betrugs sichtbar (E 12, A 8); und zwar zu Recht, da andernfalls nicht mehr so sehr der wirtschaftspolitische Subventions*zweck* als vielmehr die Ungestörtheit der Behörden*tätigkeit* zum Schutzgut des § 264 würde (E 13). – Unabhängig vom vorliegenden Fall, der mangels Vorteilhaftigkeit der unrichtigen Angaben an dieser Stelle endet, kommt ansonsten § 264 noch unter folgenden Alternativen in Betracht:

21 b) Die **pflichtwidrige Nichtaufklärung** des Subventionsgebers über subventionserhebliche Tatsachen (§ 264 I **Nr. 2**). Die diesem *echten Unterlassungsdelikt* (h. M.) zugrundeliegende Aufklärungspflicht kann sich sowohl aus dem allgemeinen SubvG ergeben wie auch aus den Rechtsvorschriften, in denen die Vergabe der jeweiligen Subvention geregelt ist.

22 Instruktiv dazu der *Arbeitsförderungs-Fall* **BayObLG NJW 1982, 2202,** in dem die A aufgrund eines arbeitsmarktpolitischen Programms der Bundesregierung, das durch

A Richtlinien des Bundesarbeitsministers näher geregelt war, kapitalisierte Einarbeitungshilfe für mehrere Arbeitnehmer auch noch über deren tatsächliche Beschäftigungszeit hinaus erhalten hatte, nachdem sie es unterlassen hatte, deren Ausscheiden dem Arbeitsamt mitzuteilen. Gegen die Auffassung, daß durch die Richtlinien des Bundesarbeitsministers keine „gesetzliche" Mitteilungspflicht i.S. von § 264 I Nr. 2 begründet worden sei, stellt das BayObLG fest: „Zu den Rechtsvorschriften, auf die § 264 I Nr. 2 StGB Bezug nimmt, gehört das [gleichzeitig] in Kraft getretene SubvG (Nachw.). Dieses primär für Subventionen nach Bundesrecht geltende Gesetz wendet sich in seinem § 3 I u. a. unmittelbar an denjenigen, der eine Subvention beantragt oder einen Subventionsvorteil in Anspruch nimmt (Subventionsnehmer). Nach § 3 I 1 SubvG ist der Subventionsnehmer verpflichtet, dem Subventionsgeber unverzüglich alle subventionserheblichen Tatsachen mitzuteilen. Das sind einmal alle Tatsachen, die der Bewilligung, Gewährung, Weitergewährung oder Inanspruchnahme der Subvention oder des Subventionsvorteils entgegenstehen. Ist die Subvention oder der Subventionsvorteil bereits gewährt, so sind für deren *Belassen* die Tatsachen von Bedeutung, die zu ihrer Rückforderung ganz oder zum Teil führen können (Samson SK § 264 Rn. 71; Tiedemann LK § 264 Rn. 77). Dem Subventionsnehmer wird damit eine umfassende Offenbarungspflicht ganz allgemein bei der Inanspruchnahme von Subventionen auferlegt (BT-Drs. 7/3441 S. 24, 26, 42; Tiedemann LK § 264 Rn. 6). Welche der in § 3 SubvG ganz allgemein umschriebenen Tatsachen für die Inanspruchnahme oder für die Belassung der Subvention von Bedeutung, also entscheidungserheblich sind, bestimmt sich nach § 2 SubvG. Danach können sie sich aus dem Subventionszweck (§ 2 I Nr. 1 SubvG), aus den Rechtsvorschriften, Verwaltungsvorschriften und Richtlinien über die Subventionsvergabe (§ 2 I Nr. 2 SubvG) sowie aus den sonstigen Vergabevoraussetzungen (§ 2 I Nr. 3 SubvG) ergeben (Friemel, Das Subventions- und WirtschaftsR, 1976, S. 86; vgl. auch Schönke-Schröder § 264 Rn. 54 a. E.; Tiedemann LK § 264 Rn. 75). Zu den eine Pflicht zur Offenbarung von Tatsachen begründenden Rechtsvorschriften, von denen § 264 I Nr. 2 StGB ausgeht, gehören somit auch die eingangs erwähnten Richtlinien des Bundesministers für Arbeit und Sozialordnung (§ 3 I i.V. mit § 2 I Nr. 2 SubvG)."

23 c) Weitere Tatmodalität ist das **Gebrauchmachen einer durch unrichtige oder unvollständige Angaben erlangten Bescheinigung** (§ 264 I **Nr. 3**). Damit sollen vor allem mögliche Lücken in den Fällen geschlossen werden, in denen neben der Bewilligungsstelle eine andere Stelle in das Subventionsverfahren eingeschaltet ist und diese infolge unrichtiger Angaben eine Bescheinigung über subventionserhebliche Tatsachen ausstellt, aufgrund der dann nach Vorlage bei der Bewilligungsbehörde die Subvention gewährt wird (vgl. krit. dazu S/S-Lenckner § 264 Rn. 58 m. w. N.).

24 4. In **subjektiver** Hinsicht ist für alle Tatbestandsalternativen grundsätzlich **Vorsatz** erforderlich. Für das aktive Täuschen (Nr. 1) und pflichtwidrige Nichtaufklären (Nr. 2) jedoch kann auch **Leichtfertigkeit** (wenngleich mit milderer Strafandrohung) genügen (§ 264 III): Damit sollen vor allem Fälle erfaßt weden, in denen sich der Täter um die Vergabevoraussetzungen gar nicht oder nur ganz oberflächlich kümmert, über die Frage der Vollständigkeit keinerlei Gedanken macht oder die Vorarbeit eines unzuverlässigen oder unerprobten Mitarbeiters ungeprüft übernimmt (D-Tröndle § 264 Rn. 24). Obgleich das damit mögliche Abschneiden einer Berufung des Täters auf „Unkenntnis" kriminalpolitisch wünschenswert sein mag (dazu insbes. Tiedemann LK § 267 Rn. 101), sieht sich diese Lösung doch auch grundsätzlicher Kritik ausgesetzt (vgl. u. a. Samson SK § 264 Rn. 16ff).

25 5. Hinsichtlich der **Sanktion** sind vor allem drei Punkte zu beachten:

26 a) Die mögliche **Strafschärfung** aufgrund von Regelbeispielen für besonders schwere Fälle (§ 264 II).

27 b) Eine besondere **Rücktrittsklausel** (§ 264 IV): Dies ist daraus zu erklären, daß durch Vorverlagerung des Vollendungszeitpunkts in den Vorbereitungsbereich schon mit Abgabe der falschen Erklärung ein Rücktritt nach § 24 (weil nur auf bloßen *Versuch* anwendbar) ausgeschlossen wäre, dem Täter jedoch für den Fall, daß er den bei § 264 typischerweise zu erwartenden – wenn auch tatbestandlich nicht vorausgesetzten – Schadenseintritt verhindert, Strafbefreiung zu ermöglichen (S/S-Eser § 24 Rn. 116).

28 c) Im **Verhältnis zu § 263** hat § 264 als Spezialregelung grundsätzlich Vorrang, und zwar auch dann, wenn es im Einzelfall zu einer Vermögensschädigung kommt: In diesem Fall ist § 263 eine bereits durch § 264 „mitbestrafte" Nachtat (S/S-Lenckner § 264 m. w. N.). Ist dagegen § 264 I aus irgendwelchen Gründen nicht anwendbar, so kann statt dessen auf Versuch oder Vollendung von § 263 zurückgegriffen werden.

29 Auch dazu instruktiv *Arbeitsförderungs-Fall* **BayObLG NJW 1982, 2202/3** (oben A 22):„Sollte die Anwendbarkeit des § 264 etwa deshalb ausscheiden, weil die für die

A Rückforderung der Einarbeitungshilfe maßgebenden Tatsachen nicht in der durch § 264 VII vorgeschriebenen Art und Weise als subventionserheblich bezeichnet wurden, so wird das AG das Verhalten der A unter der sonst durch § 264 als Spezialgesetz verdrängten Strafbestimmung des Betrugs (Dreher-Tröndle § 264 Rn. 5; Schönke-Schröder § 264 Rn. 87; Tiedemann LK § 264 Rn. 134; Heinz GA 1977, 213) zu würdigen haben. Der Unrechtsgehalt einer Tat i. S. des § 264 StPO, wie sie durch den Eröffnungsbeschluß auf der Grundlage der Anklage umrissen ist, muß voll ausgeschöpft werden (Nachw.). Ein Irrtum i. S. des § 263 StGB kann auch durch Unterlassen gebotener Aufklärung erregt werden [vgl. Nr. 11 A 35 ff]. Eine Rechtspflicht zur Offenbarung der Tatsache, daß die drei Arbeitnehmer nach verhältnismäßig kurzer Zeit und insbesondere innerhalb des Förderungszeitraums aus dem Betrieb ausgeschieden sind, konnte durch § 3 I 1 SubvG begründet oder durch Anordnung des Arbeitsamtes zur Anzeige von Veränderungen auferlegt sein (RGSt 65, 211/3; vgl. BGH GA 1965, 208; Lackner § 263 Rn. 3 b bb; LK § 263 Rn. 61)".

Demzufolge war es auch im *vorliegenden* Fall durchaus korrekt, versuchten Betrug in Betracht zu ziehen, auch wenn dieser letztlich aus subjektiven Gründen zu verneinen war (vgl. oben P).

30 **III. Hinweise zu weiteren besonderen Betrugstatbeständen.**

Nachdem im Sinne exemplarischen Lernens der Subventionsbetrug etwas breiter dargestellt wurde, müssen zu den anderen eingangs genannten Betrugstatbeständen (A 2, 3) einige kursorische Hinweise genügen.

31 1. Dem Subventionsbetrug steht nach Zielsetzung und Struktur der **Kreditbetrug** (**§ 265 b**) am nächsten. Auch bei diesem durch das 1. WiKG neugeschaffenen Tatbestand geht es – über individuellen Vermögensschutz hinaus – um das *Allgemeininteresse an einem funktionsfähigen Kreditwesen* gegenüber betrügerisch erlangten Wirtschaftskrediten (vgl. Tiedemann LK 9–15, aber auch Samson SK 2, je zu § 265 b). Deshalb ist auch der Kreditbetrug als *abstraktes Gefährdungsdelikt* ausgestaltet, für dessen Vollendung es allein auf eine bestimmte Täuschungshandlung im Zusammenhang mit Erlangung eines Kredits ankommt, ohne daß ein tatsächlicher Schadenseintritt nachzuweisen wäre. Obgleich die Tatbestandsformulierung zahlreiche unbestimmte Rechtsbegriffe enthält, wird sie insgesamt doch als hinreichend bestimmt angesehen: grundlegend dazu Kreditverlängerungs-Fall BGHSt 30, 285 m. Anm. Lampe JA 1982, 430.

32 2. Auch beim **Versicherungsbetrug** (**§ 265**), der sich bereits in der Urfassung des RStGB von 1871 findet, geht es um verselbständigte Vorbereitungshandlungen zum Betrug: und zwar dadurch, daß der Täter eine versicherte Sache in Brand setzt bzw. versenkt, um die Versicherungssumme zu erschwindeln. Zu der dafür erforderlichen *betrügerischen Absicht* instruktiv der Schuhverbrennungs-Fall BGH NJW 1976, 2271 m. Anm. Gössel JA 1977, 391, Wagner JuS 1978, 161. Auch hier geht es über individuellen Vermögensschutz hinaus um die Gewährleistung eines funktionsfähigen Versicherungswesens (S/S-Lenckner § 265 Rn. 1 f m. w. N., auch zu Gegenmeinungen).

33 3. Demgegenüber geht es beim **Erschleichen von Leistungen** (**§ 265 a**) nur um individuellen Vermögensschutz in Form eines *Auffangtatbestandes* für die Fälle, in denen mangels einer Irrtumserregung und/oder Vermögensverfügung § 263 nicht anwendbar ist (S/S-Lenckner § 265 a Rn. 1). Dabei ist im wesentlichen zwischen zwei TB-Alternativen zu unterscheiden:

34 a) Der sog. *Automatenmißbrauch* einschließlich des Erschleichens von Fernmeldeleistungen: Insofern genügt für die Tathandlung idR schon eine *ordnungswidrige Benutzung* der technischen Vorrichtungen. In jedem Falle aber muß es sich dabei um *Leistungs-* und *nicht* um bloße *Warenautomaten* handeln (letzterenfalls gilt die Entnahme als Diebstahl). Zu dieser im Einzelfall recht schwierigen Abgrenzung bei Manipulationen an Spielautomaten vgl. einerseits (für § 265 a) AG Lichtenfels NJW 1980, 2206, andererseits (für § 242) OLG Stuttgart NJW 1982, 1659.

35 b) Für die sog. *Beförderungs- und Zutrittserschleichung* hingegen wird ein Verhalten vorausgesetzt, das sich entweder mit dem äußeren Anschein der Ordnungswidrigkeit umgibt oder die vorhandenen Kontrollmaßnahmen umgeht oder ausschaltet: instruktiv dazu Straßenbahnaktion-Fall BayObLG NJW 1969, 1042.

Schrifttum: Allg. zu den **besonderen Betrugstatbeständen** *Arzt* III M IV 3; *Arzt/Weber* IV A; *Blei* II § 62; *Bockelmann* II/1 §§ 12–15; *M-Schroeder* II/1 § 46 III–V; *Otto* II §§ 52, 59, 60; *Schmidhäuser* II 11/41–47, 96–100; *Wessels* II/2 §§ 15, 16, ferner die Kommentare zu den §§ 264–265 b.

A – **Speziell** zum **1. WiKG** u.a. *Heinz,* Die Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität mit strafrechtlichen Mitteln, GA 1977, 193, 225; *Müller-Emmert/Maier,* Das 1. WiKG, NJW 1976, 1657; *Schmidt-Hieber,* Verfolgung von Subventionserschleichung nach Einführung des § 264 StGB, NJW 1980, 322; *Tiedemann,* Wirtschaftskriminalität und ihre strafrechtliche Bekämpfung, ZStW 88, 231.

Erpressung (§ 253) – Räuberische Erpressung (§ 255) – Verhältnis zum Raub

BGHSt 14, 386: Taxi-Fall

5 StR 80/60 vom 5. 7. 1960 = NJW 1960, 1729

SV **Sachverhalt:** Während einer Taxifahrt bat A den Fahrer F anzuhalten, da er austreten müsse. Als er zurückkam, zog er plötzlich eine Gaspistole aus der Tasche und schoß auf den im Wagen sitzenden F. Mindestens ein Schuß traf diesen ins Gesicht und zwang ihn zum Verlassen des Fahrzeugs. Darauf setzte sich A selbst ans Steuer und fuhr davon. Als ihn F daran hindern wollte, drohte er diesem erneut mit der Pistole. Nachdem er einige Zeit in der Gegend herumgefahren war, wobei er einen Unfall verursachte, stellte er sich schließlich der Polizei und erklärte, daß er lediglich gerne habe einmal Auto fahren wollen.

P **Zur Problemstellung:** Hat sich A dadurch eines *Raubes* (§ 249) schuldig gemacht? Oder könnte es dafür an der *Zueignungs*absicht fehlen?

– Käme statt dessen Erpressung (§ 253) in Betracht? Wäre dafür eine Vermögens*verfügung* des Genötigten erforderlich? Worin könnte der Vermögens*schaden* liegen?

– Käme wegen der Gewalt gegen eine Person auch *räuberische Erpressung* (§ 255) in Frage?

– In welchem *Verhältnis* stehen diese Tatbestände zueinander? Woraus ist letztlich zu bestrafen?

E 1 **Aus den Gründen: [387]** „1. Das LG hat zutreffend den Tatbestand des Raubes (§ 249) verneint, da nicht festgestellt werden konnte, daß der A die Taxe in der Absicht wegnahm,
2 sie sich rechtswidrig zuzueignen. Die Tat wird auch nicht dadurch **[388]** zum Raub, daß der A mit der unbefugten Benutzung der Taxe zwangsläufig auch den im Tank noch vorhandenen Kraftstoff verbrauchte. Bei Raub müssen alle Tatbestandsmerkmale des Diebstahls erfüllt sein. Wie in BGH GA 1960, 182f ausgeführt, ist bei unbefugtem Gebrauch eines Kraftfahrzeuges der Verbrauch des im Tank befindlichen Betriebsstoffes kein Diebstahl, da es sich insoweit um einen vom Tatbestand des § 248b mit umfaßten Vorgang handele. Dann kann auch kein Raub vorliegen, wenn der Täter den unbefugten Gebrauch des Kraftfahrzeuges mit Gewalt erzwungen hat.

3 2. Mit Recht hat das LG in dem festgestellten Sachverhalt die Tatbestandsmerkmale der Nötigung gesehen. Der A zwang den Taxifahrer, das Fahrzeug zu verlassen und dessen Wegnahme zu dulden. Schon die letztere Feststellung allein hätte genügt (RGSt 2, 184, 186).

4 3. Rechtsirrig hat dagegen das LG den Tatbestand der Erpressung, der den vollen Tatbestand der Nötigung voraussetzt, verneint, weil der A nicht die Absicht gehabt habe, sich zu bereichern. Das Gericht meint, dieser Begriff setzte voraus, ‚daß der Täter einen Vermögenswert seinem eigenen Vermögen der Substanz oder dem Werte nach einverleiben will. Das aber hat der A ebenfalls nicht gewollt, wenn er mit der Taxe nur hat fahren, sie dann aber in irgendeiner Form hat zurückgeben wollen. Dadurch wäre in sein Vermögen nichts übergegangen'.

5 Diese Ausführungen übersehen, daß nach fast einhelliger Meinung von Rspr und Rechtslehre auch der Besitz an einer Sache für sich allein schon ein Vermögensbestandteil ist (RGSt 1, 55ff; 16, 1/11; 39, 335/8; 41, 265/8; 42, 181/3; 44, 230/5; GA 55, 324; Jagusch in LK 8. Aufl. Anm. II 4a vor § 249 StGB; Schönke-Schröder, StGB 9. Aufl. Anm. VII 1b zu § 263; Dreher/Maassen, StGB 3. Aufl. Anm. 6a zu § 263). **[389]** Der Verlust des Besitzes bringt dem bisherigen Besitzer einen Vermögensnachteil, während der neue Besitzer bereichert wird. Das gilt in der Regel auch, wenn es sich nur um einen vorübergehenden Besitzwechsel handelt, und ist im besonderen hier zu bejahen. Zutreffend weist der GBA darauf hin, daß sich gerade bei der Wegnahme eines Mietwagens, wie im vorliegenden Falle, die wirtschaftliche Bedeutung des vorübergehenden Besitzüberganges darin zeigt, daß der Kraftwagen während dieses Zeitraumes für gewinnbringende Fuhren des früheren Besitzers ausfällt, während der neue Besitzer den Mietpreis erspart. Der Besitz einer Sache ist nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten stets höher zu werten
6 als die durch den Besitzverlust ausgelösten Ersatzansprüche. Die Absicht des A, sich rechtswidrig in den Besitz des Kraftwagens zu setzen, schloß daher die Absicht ein, sich
7 zu Unrecht zu bereichern. Durch den Besitzverlust erlitt der Taxifahrer oder, falls er nur Besitzdiener war, der Taxiunternehmer einen Vermögensschaden. Damit sind alle Tatbestandsmerkmale der Erpressung erfüllt ...

8 5. Es war ferner zu prüfen, ob der besondere Tatbestand des § 255 vorliegt. Nach den Urteilsfeststellungen beging der A die Tat durch Gewalt gegen eine Person.

E 9 Gegen die Annahme einer räuberischen Erpressung scheint **[390]** aber zu sprechen, daß der A das Fahrzeug dem Taxifahrer *wegnahm.* Die Wegnahme einer Sache wird gemeinhin als das typische Tatbestandsmerkmal des Raubes betrachtet, während der räuberische Erpresser sein Opfer zwingt, die Sache an ihn herauszugeben. Dabei spielt es für die Beurteilung des vorliegenden Falles keine Rolle, ob diese Unterscheidung nach dem äußeren Erscheinungsbild zu treffen ist (so BGHSt 7, 252ff) oder ob es dabei auf die innere Willensrichtung des Verletzten ankommt. Nach beiden Auffassungen nahm hier der A dem Taxifahrer den Kraftwagen weg. Dadurch, daß der Fahrer den Wagen verließ, gab er weder den Gewahrsam daran auf, noch bekundete er damit seinen Willen, das Fahrzeug dem A zu überlassen. Dennoch ist hier der Tatbestand der räuberischen Erpressung zu bejahen. Der scheinbare Widerspruch wird durch folgende Erwägung beseitigt:

10 Der Tatbestand der Erpressung umfaßt, wie schon in RGSt 4, 429/432 zutreffend ausgeführt, den Tatbestand des Raubes mit. Die Wegnahme einer fremden beweglichen Sache mit Gewalt oder unter Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib und Leben, die § 249 erfordert, schließt auch die Nötigung eines anderen zur Duldung der Wegnahme in sich. Der Räuber zwingt sein Opfer, die Wegnahme der Sache zu dulden. Darauf ist auch sein Wille gerichtet, und darin liegt die Zufügung eines Vermögensnachteils i.S. der

11 §§ 253, 255. § 249 ist insofern das besondere Strafgesetz gegenüber dem allgemeineren des § 255 und geht daher diesem vor (RGSt 55, 239; BGH bei Herlan MDR 1955, 17). Das

12 den engeren Tatbestand enthaltende Strafgesetz – hier § 249 – schließt aber die Anwendbarkeit des den weiteren Tatbestand enthaltenden Strafgesetzes – hier § 255 – nur insoweit aus, als seine Voraussetzungen vorliegen. Die Unterscheidung zwischen Wegnahme und Herausgabe ist daher für die Abgrenzung zwischen **[391]** Raub und räuberischer Erpressung nur erheblich, wenn alle übrigen Tatbestandsmerkmale des Raubes vorliegen. Für die Anwendbarkeit des allgemeineren Strafgesetzes bleibt aber immer Raum, wenn der festgestellte Sachverhalt zwar dessen Voraussetzungen, aber nicht zugleich die

13 des besonderen Strafgesetzes erfüllt. Im gleichen Sinne (ist) in RGSt 25, 435ff die Verurteilung nach § 253 in einem Falle gebilligt, in dem die Pfandgläubigerin mit Gewalt gegen ihre Person zur Duldung der Wegnahme der Pfandstücke gezwungen worden war. ...

14 6. Zu beachten ist, daß die Erschwerungsgründe der §§ 250 und 251 auch für die Bestrafung der räuberischen Erpressung gelten. Dies ergibt sich aus dem Wortlaut des § 255, der die Bestrafung des räuberischen Erpressers ‚gleich einem Räuber' vorschreibt. Nach den bisherigen Feststellungen kommen hier die Tatbestände des § 250 I Nr. 1 und 3 [a.F.; jetzt wohl Nr. 2] in Betracht.

15 7. Schließlich hat der A den Angriff auf den Taxifahrer unter Ausnutzung der besonderen Verhältnisse des Straßenverkehrs unternommen (BGHSt 6, 82ff). Daher ist auch der Tatbestand des § 316a gegeben. Das Verbrechen nach § 316a steht zu der schweren räuberischen Erpressung im Verhältnis der Tateinheit."

A **Zur Erläuterung und Vertiefung:** Außer Frage stand, daß sich A jedenfalls einer *Nötigung* (§ 240) schuldig gemacht hat (E 3) und – bei entsprechendem Strafantrag des F – auch wegen *unbefugten Gebrauchs eines Fahrzeuges* (§ 248b) strafbar wäre (E 2; näher dazu Besorgungsfahrt-Fall Nr. 6). Aber wäre damit der spezifische Unwertgehalt dieser Gewalttat wirklich voll erfaßt? Da mangels einer Zueignungsabsicht Raub zu verneinen war (E 1f), hat der BGH auch *Erpressung* (§ 253), und zwar in der verschärften Form einer *räuberischen Erpressung* (§ 255), geprüft und schließlich auch bejaht (E 4ff; 8ff). Um die dabei auftretenden Probleme systemgerecht einordnen zu können, empfiehlt sich zunächst ein Blick auf den besonderen *Charakter der Erpressungs*TBe (I), um dann deren *Einzelelemente* in prüfungsmäßigem Aufbau durchzugehen (II). Die Betrachtung der Besonderheiten der *räuberischen Erpressung* gibt Gelegenheit zur Erörterung einiger Konkurrenzfragen (III).

1 **I. Schutzzweck und Struktur des ErpressungsTB.**

Aufgrund seiner eigenartigen Zwischenstellung innerhalb der Freiheits- und Vermögensdelikte läßt sich die besondere Funktion des ErpressungsTB am besten begreifen, wenn man ihn mit *verwandten* Tatbeständen vergleicht:

2 1. Mit **Nötigung** (§ 240) und **Raub** (§ 249) hat die Erpressung den Einsatz von *Gewalt- und Drohungsmitteln* gemeinsam, um auf diesem Wege ein bestimmtes Ziel, nämlich eine Bereicherung auf Kosten eines anderen zu erreichen: Insofern als dadurch auf die Willensfreiheit eines anderen eingewirkt wird, handelt es sich bei der Erpressung um ein *Freiheitsdelikt.*

3 – Während jedoch bei § 240 Ziel der Nötigung irgendeine „Handlung, Duldung oder Unterlassung" sein kann, will der Erpresser einen anderen gerade zu einem *vermögensschädigenden* Verhalten nötigen. Insofern ist die Erpressung immer das *speziellere*

A Delikt gegenüber der allgemeineren (und daher aus Konkurrenzgründen durchwegs zurücktretenden) Nötigung.

4 Während der Räuber durch Einsatz von Gewalt die Weg*nahme* einer Sache erreichen will, soll bei Erpressung das Opfer zur Weg*gabe* bzw. zu einem bestimmten vermögensschädigenden Verhalten gedrängt werden. Insofern ist für Erpressung die (erzwungene) *Selbstschädigung* des Opfers charakteristisch, d. h. der Erpresser benutzt das Opfer gleichsam als ‚mittelbaren Täter' einer Selbstschädigung, während demgegenüber der Räuber den Schaden durch Wegnahme fremden Eigentums eigenhändig herbeiführt.

5 – Auch besteht ein Unterschied in der Zielsetzung: Während Raub eine auf eine bestimmte Sache gerichtete *Zueignungsabsicht* erfordert (und demgemäß zu den „Eigentumsdelikten" gehört: vgl. Dirnenlohn-Fall Nr. 1 A 14), will sich der Erpresser auf Kosten eines fremden Vermögens *bereichern*. Demgemäß bestimmt sich das Schutzgut der Erpressung nicht nach eigentumsrechtlichen Kategorien, sondern nach wirtschaftlichen Vermögensmaßstäben. Insofern handelt es sich bei Erpressung um ein *Vermögensdelikt*.

6 2. Daraus ergeben sich denn auch wesentliche Parallelen zum **Betrug** (vgl. Zellwollhose-Fall Nr. 10 A 2 ff): Sowohl der Betrüger wie der Erpresser erstreben eine Bereicherung aufgrund eines selbstschädigenden Verhaltens eines andern; beiden Tatbeständen sind daher die *Bereicherungsabsicht* des Täters, die *Vermögensschädigung* eines anderen und zwar gerade aufgrund einer *Selbstschädigung* des Opfers gemeinsam.

7 – Was jedoch das *Mittel* zu dieser Selbstschädigung betrifft, unterscheiden sich Betrug und Erpressung fundamental. Denn während der Betrüger die *Täuschung* als Tatmittel benutzt und demzufolge das Opfer zu einer *unbewußten* Selbstschädigung veranlaßt wird, setzt der Erpresser *Gewalt* oder *Drohung* ein, so daß die Selbstschädigung des Genötigten eine *bewußte*, wenn auch erzwungene ist.

8 **II. Einfache Erpressung (§ 253).**

9 **A. Tatbestandsaufbau.** Schon aus dem vorangehenden Grobvergleich der Erpressung mit verwandten Tatbeständen lassen sich die wesentlichen *Erpressungselemente* herauslesen: Nötigung (1) → dadurch erzwungenes Verhalten des Genötigten (2) → das zu einem Vermögensschaden führt (3–4) → von einer Bereicherungsabsicht des Täters getragen (5) → und durch bestimmte Rechtswidrigkeitskriterien (6) gekennzeichnet ist. Was ist damit im einzelnen gemeint?

10 1. *Tatmittel* kann **Gewalt** oder **Drohung** mit einem empfindlichen Übel sein. Insoweit genügen die für den allgemeinen NötigungsTB (§ 240) typischen Erfordernisse (vgl. StrafR III Nr. 12 A 23 ff). Anders als beim Raub braucht also die Gewalt nicht notwendig gegen eine Person gerichtet bzw. die Drohung nicht mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben verbunden zu sein. Ist dies jedoch tatsächlich der Fall, so kommt räuberische Erpressung nach § 255 in Betracht (A 47 ff).

11 Was die *Form* der Gewalt (dazu Nr. 8 A 5 ff) betrifft, hat vorliegend der A sog. *Vis compulsiva* angewandt; denn aufgrund der Schüsse in sein Gesicht sah sich F veranlaßt, von selbst den Wagen zu verlassen.

12 Frage: Wie aber wäre zu entscheiden, wenn A den F sogar mit *Vis absoluta* aus dem Wagen geworfen hätte? Das damit aufgeworfene Problem, ob ähnlich wie beim Raub auch bei Erpressung absolute Gewalt in Betracht kommt, hängt entscheidend davon ab, welche Qualität das erzwungene Verhalten des Opfers haben muß; damit aber ist bereits das nächste Erpressungselement angesprochen:

13 2. Das **Nötigungsziel** des Erpressers: Nach dem Wortlaut des § 253 muß das Opfer zu einer *„Handlung, Duldung oder Unterlassung"* und dadurch zu einer Vermögensschädigung genötigt werden. Demnach muß das erzwungene Verhalten zumindest *vermögensbezogenen Einschlag* haben. Strittig ist jedoch, was dazu näherhin erforderlich ist. Im wesentlichen werden zwei Meinungen vertreten:

14 a) Nach der (wohl noch) h. L. muß das abgenötigte Verhalten den Charakter einer **Vermögensverfügung** haben. Dieses Erfordernis wird im wesentlichen aus der Strukturähnlichkeit von Betrug und Erpressung abgeleitet, die ja beide eine Bereicherung auf Kosten des Geschädigten voraussetzen, wobei lediglich das Tatmittel – nämlich Täuschung einerseits, Nötigung andererseits – verschieden ist. Wenn man also für Betrug eine Vermögensverfügung des Getäuschten verlange, so müsse dementsprechend auch der Erpreßte zu einer Vermögensverfügung genötigt worden sein (grdl. Schröder ZStW 60, 33 ff, Rengier JuS 1981, 655 ff; ebenso u. a. D-Tröndle § 253 Rn. 11, Krey II Fall 41,

A M-Schroeder II/1 § 45 II 1d, Otto II § 53 I 2b; Samson SK 13ff vor § 249, § 253 Rn. 5ff, Wessels II/2 § 17 I 2, Lackner LK § 253 Rn. 5 m. w. N.). Das hat namentlich folgende Konsequenzen:

15 – Im Hinblick auf den *Gewaltbegriff:* Muß das abgenötigte Verhalten den Charakter einer Vermögensverfügung haben, die ohne ein Mindestmaß von Dispositionsfähigkeit nicht denkbar ist (vgl. M-Schroeder II/1 § 45 II 1a), so ist Erpressung überall dort *ausgeschlossen,* wo für eine eigene Willensentscheidung des Opfers keinerlei Raum **16** mehr bleibt. Und dies ist gerade bei *Vis absoluta* der Fall (vgl. Nr. 8 A 17); denn „unterlassen kann nur, wer imstande ist zu handeln; ‚dulden' kann nur, wer in der Lage ist, einen Vorgang zu verhindern" (M-Schroeder aaO). Hätte also A den F, statt ihn durch Schüsse ins Gesicht zum Verlassen des Wagens zu zwingen (Vis compulsiva), mit Brachialgewalt vom Sitz gestoßen (Vis absoluta), so wäre nach dieser Auffassung schon mangels einer Vermögensverfügung des Vergewaltigten Erpressung ausgeschlossen. So konsequent D-Tröndle Rn. 4 und Lackner LK Rn. 3, je zu § 253.

17 – Hinsichtlich der *Verfügungswirkung:* Da von einer Vermögensverfügung nur dann gesprochen werden kann, wenn sie zu einer unmittelbaren Vermögensminderung beim Verfügenden selbst (bzw. dem seiner tatsächlichen Verfügungsmacht unterliegenden Vermögen eines anderen) führt (Nr. 12 A 25ff), scheidet Erpressung ferner überall dort aus, wo das abgenötigte Verhalten lediglich *mittelbare* Einwirkungen auf das betroffene **18** Vermögen zur Folge hat. Und das ist – ebenso wie bei Betrug – insbes. dann der Fall, wenn es über das abgenötigte Verhalten des Opfers hinaus noch eines *weiteren deliktischen Handelns des Täters* bedarf, um den Vermögensschaden herbeizuführen (Nr. 12 aaO). Typisch dafür ist der vorliegende Fall einer erzwungenen *Duldung der Wegnahme:* Zwar läßt das Opfer unter dem Eindruck der Gewalt oder Drohung zu, daß der Täter auf die erstrebte Sache zugreift; in jenem Dulden liegt jedoch noch kein Verfügen i. S. eines (unmittelbaren) Weggebens, sondern lediglich die Ermöglichung der (mittelbaren) Wegnahme durch den Täter (so zutr. E 9). Verlangt man also als abgenötigtes Verhalten des Opfers eine Vermögensverfügung mit unmittelbar vermögensschädigender Wirkung, so wäre im vorliegenden Taxi-Fall Erpressung zu verneinen (ebenso die bei A 14 Genannten).

19 b) Schon um solche Lücken zu vermeiden, will demgegenüber die Rspr auf das Erfordernis einer Vermögensverfügung des Genötigten verzichten, um stattdessen **jedwedes vermögensbeeinträchtigende Verhalten des Opfers** ausreichen zu lassen. Nach der bekannten Formel im *Schlosser-Fall* **BGHSt 7, 252/4** ist daher Erpressung überall dort anzunehmen,

> wo der Täter sein Opfer zwingt, „selbst eine vermögensmindernde Handlung vorzunehmen, eine vermögenserhaltende zu unterlassen oder ein sein Vermögen schädigendes Tun eines anderen zu dulden, das über die Wegnahme der Sache hinausgeht oder anderer Art ist als diese" (wobei für den „über die Wegnahme hinausgehenden" Beitrag wohl nicht mehr erforderlich ist, als daß die Wegnahme unter Einwirkung auf die Willensentschließung des Opfers erfolgt).

Folgt man dieser Auffassung, die u. a. auch von Arzt III L II 4, III 2, Blei II § 64 II (aber offenbar nur zu § 255), Geilen Jura 1980, 51f, Herdegen LK § 249 Rn. 6 und Seelmann JuS 1982, 914 geteilt wird, so hat das namentlich folgende Konsequenzen:

20 – Auch bei *Vis absoluta* bleibt Erpressung denkbar: z. B. Niederschlagung der Pfandgläubigerin, um das Pfand wieder zurückzunehmen (vgl. E 13 zu RGSt 25, 435).

21 – Erpressung auch dort, wo das erzwungene Verhalten des Opfers nur *mittelbar* zum Schaden führt: so konsequent der BGH im vorliegenden Taxi-Fall, wo nicht schon mit Verlassen des Wagens, sondern erst mit Wegnahme durch A der Schaden herbeigeführt wurde (E 9).

22 – Darüber hinaus kommt Erpressung praktisch überall dort in Betracht, wo unter Einsatz von Nötigung fremdes Vermögen beeinträchtigt wird: so etwa durch Weglaufen von dem zurückgestoßenen Opfer, um diesem die Durchsetzung einer Forderung (Taxifahrpreis) unmöglich zu machen (BGHSt 25, 224).

23 c) Welche Auffassung verdient den Vorzug? Legt man das *kriminalpolitische* Schwergewicht auf eine möglichst lückenlose Erfassung aller Fälle, in denen sich der Täter auf Kosten eines anderen mit Gewalt oder Drohung zu bereichern sucht, so liegt der **24** Verzicht auf das Verfügungserfordernis i. S. der Rspr (A 19ff) nahe. Freilich ist diese Ausweitung des Erpressungstatbestandes zu einem *„Auffangtatbestand"* für jedwede Art von gewaltsamen Zugriffen auf fremdes Vermögen nicht nur mit einer *rechtstaatlich bedenklichen* Verwischung der Tatbestandskonturen erkauft; auch führt das zu einer unrechtsverzerrenden Verdoppelung und teils auch Verschärfung des Strafrechtsschut-

A zes. Denn sobald der Dieb, der Wilderer (§ 292), der unberechtigte Fahrzeugbenutzer (§ 248b), der ‚Pfandkehrer' (§ 289), ja selbst der ansonsten straflose Gebrauchsanmaßer (Nr. 1 A 30) Zwangsmittel einsetzt, wird er zugleich (auch) zum Erpresser (vgl. Lack-
25 ner LK § 253 Rn. 7). Benutzt er dabei Gewalt gegen eine *Person*, ist er gar wegen räuberischer Erpressung, ‚gleich einem Räuber' zu bestrafen (§ 255), und dies trotz des grundsätzlichen Strafverzichts dort, wo der Täter nicht mit Zueignungsabsicht handelt
26 (vgl. S/S-Eser § 253 Rn. 8a). Daß damit die in der Tatbestandstypik liegenden Unwertabstufungen unterlaufen und praktisch aufgehoben werden, liegt auf der Hand. Dem ist nur dadurch entgegenzusteuern, daß auch der Erpressung eine spezifische Funktion innerhalb des Vermögensdeliktsystems vorbehalten bleibt. Und dem wird am besten die an einer *Vermögensverfügung des Genötigten* orientierte Deutung der Erpressung gerecht. Zudem lassen sich dabei auch durchwegs akzeptable Ergebnisse erreichen, wenn man nicht unbedingt eine „frei"-willige Vermögensverfügung voraussetzt, sondern schon ein – wenngleich erzwungenes – so doch noch willensgetragenes „sich fügendes" Verhalten genügen läßt (grdl. dazu Rengier JuS 1981, 655ff; vgl. auch Nr. 12 A 13f).

27 Auch die Begründung im *Sträucher-Fall* **BGHSt 19, 342** tendiert in diese Richtung: A hatte von M Zigarettengeld verlangt. Als dieser nach anfänglichem Verleugnen schließlich zugab, noch 1,80 DM in der Tasche zu haben, dieses Geld jedoch nicht herausgeben wolle, versetzte ihm A mehrere Schläge. Als M daraufhin das Geld übergeben wollte, fiel es ihm infolge der Schläge aus der Hand und zwischen Sträucher und Laub, so daß es nicht mehr gefunden werden konnte. – Obgleich es hier zu keiner vollendeten Vermögensverfügung kam und der BGH den Streit um das Verfügungserfordernis auch ausdrücklich dahingestellt sein ließ, wird die Annahme von Erpressung aber immerhin auf folgende Weise begründet: **[344]** „Selbst wenn man der h.M. darin folgt, daß eine weitgehende Anpassung an die Auslegung des Betrugstatbestandes geboten sei, so setzt doch die Annahme einer *vollendeten* Erpressung nicht voraus, daß es zu einer abgeschlossenen Vermögensverschiebung gekommen ist. Es muß genügen, daß die abgenötigte Handlung auf eine Vermögensverfügung gerichtet war und zu einem Vermögensnachteil geführt hat. Dem Wortlaut des Gesetzes steht diese Auffassung zweifellos nicht entgegen; sie stellt auch den Charakter der Erpressung als eines Vermögensdelikts nicht in Frage. Der A hat seinem Opfer eine Handlung, nämlich die Herausgabe des Geldes aus der Tasche, abgenötigt, und diese Handlung war auf eine Vermögensverfügung gerichtet; sie war auch ursächlich für den Vermögensnachteil. Der A ist zwar nicht in die Lage versetzt worden, den erstrebten Vermögensvorteil zu erlangen, weil das Geld verloren ging. Das ist aber rechtlich ohne Bedeutung, weil zur Vollendung zwar der Vermögensnachteil, nicht aber der Eintritt der erstrebten Bereicherung gehört."

28 Damit ist hier zumindest auf eine **Verfügungstendenz** des Genötigten abgehoben. Würde die Rspr dies nicht nur für genügend, sondern auch für erforderlich ansehen, so wäre damit die *Strukturgleichheit mit dem Betrug* wenigstens im Ansatz wiederhergestellt; denn dann würden sich diese beiden Tatbestände nur noch dadurch unterscheiden, daß der Betrüger durch Täuschung, der Erpresser durch Nötigung sein Opfer zu einem auf Vermögensverschiebung gerichteten Verhalten bewegt.

29 Auch dem *Raub* gegenüber bliebe es damit bei der tatbestandlich vorgezeichneten Grundtypik: Raub bei Weg*nahme* durch den *Täter* – Erpressung bei Weg*gabe* durch das *Opfer*.

30 Freilich sind auch damit nur schlagwortartige Grenzkriterien gewonnen, die vor allem dann problematisch werden, wenn die Vermögensverschiebung weder einseitig durch den Nötigenden (Wegnahme durch den Täter) noch einseitig durch den Genötigten (bewußte, wenn auch erzwungene Weggabe) bewirkt wird, sondern beiderseits zur Verschiebung der Sache beigetragen wird. Doch da diese Frage der Abgrenzung zwischen Vermögensverfügung einerseits und bloßer Wegnahme andererseits vor allem im Verhältnis von Raub und räuberischer Erpressung akut wird, ist dort näher darauf einzugehen (A 48ff).

31 *Zwischenergebnis* für den vorliegenden Fall: Sowohl nach der h. L. (A 14ff) als auch nach der hier vertretenen Auffassung (A 23ff) wäre Erpressung schon mangels einer Vermögensverfügung zu verneinen gewesen, da in dem erzwungenen Verlassen und Überlassen des Pkw keine auf Vermögensverfügung gerichtete Handlung erblickt wer-
32 den kann. Für den BGH hingegen brauchte § 253 daran nicht zu scheitern, da in der Duldung des Wegfahrens ein vermögenseinschlägiges Verhalten des Opfers lag (A 19); denn damit wurde zugleich die Erfüllung des nächsten Erpressungskriteriums ermöglicht:

A 33 3. Die Herbeiführung eines **Vermögensnachteils.**

a) Dieser bestimmt sich nach den gleichen wirtschaftlichen Kriterien wie die Vermögensbeschädigung bei Betrug (näher Zellwollhose-Fall Nr. 10 und Melkmaschinen-Fall Nr. 13). Vorliegend war allenfalls die Frage problematisch, ob selbst in einem *vorübergehenden Besitzverlust* ein Vermögensnachteil erblickt werden kann. Auch dies wird mit zutreffenden Gründen bejaht (E 5; vgl. auch Nr. 10 A 18).

34 b) Daß durch den Besitzverlust möglicherweise nicht das Nötigungsopfer F selbst, sondern der Taxiunternehmer geschädigt wurde, ist unerheblich (E 7); denn ebenso wie bei § 263 genügt auch hier die Schädigung eines *anderen,* so daß *Genötigter und Geschädigter nicht identisch* zu sein brauchen, vorausgesetzt natürlich, daß bei einer solchen „Dreiecksерpressung" der Erpreßte zu dem Drittvermögen, auf das er schädigend einwirkt, in einem bestimmten Beziehungsverhältnis steht (dazu Hafterschleichungs-Fall Nr. 12 A 33ff). Das wäre auch bei bloßer Besitzdienerschaft des F an dem Pkw zweifellos anzunehmen (E 7).

35 4. Die einzelnen TB-Elemente müssen in **innerem Kausalzusammenhang** stehen:

a) Das gilt bereits für das Verhältnis zwischen *Nötigung und* abgenötigtem *Verhalten.* Hier würde es an der Kausalbeziehung etwa dann fehlen, wenn der „Erpreßte" nicht aus Angst, sondern aus Mitleid der Forderung des offensichtlich aus Not handeln-
36 den Erpressers nachkommen würde. – Aus diesem Kausalitätserfordernis läßt sich im Grunde auch die notwendige *Identität* zwischen *Genötigtem* und *Verfügendem* entnehmen. Parallele beim Betrug: Identität zwischen Getäuschtem und Verfügendem (Nr. 12 A 33).

37 Dagegen brauchen *Genötigter* und *Bedrohter nicht identisch* zu sein: Nötigung der Eltern durch Drohung mit Tötung des Kindes (vgl. Lösegeld-Fall BGHSt 16, 316/8). In solchen Fällen reicht aus, daß der Erpreßte in derart engem Verhältnis zu dem Bedrohten steht, daß ihm das angedrohte Übel selbst als empfindlich erscheinen muß. Das ist bei verwandtschaftlichen Beziehungen zwischen Bedrohtem und Genötigtem oder ähnlichen „Sympathieverhältnissen" i. d. R. anzunehmen (vgl. Nichte-Fall BGH GA 1961, 82).

38 b) Auch die *Vermögensschädigung* muß auf das durch *Nötigung* bewirkte *Verhalten* des Opfers rückführbar sein. Verlangt man für das abgenötigte Verhalten sogar eine Vermögensverfügung (A 14), so ist zudem nur bei unmittelbarer Selbstschädigung durch den Genötigten Erpressung möglich (vgl. Nr. 12 A 25ff).

39 5. In **subjektiver** Hinsicht ist **Bereicherungsabsicht** des Täters erforderlich: Der Täter muß sich auf Kosten des geschädigten Vermögens selbst oder einen anderen bereichern wollen. Ähnlich wie bei Betrug ist also sowohl egoistische wie auch altruistische Erpressung denkbar. Auch der *Bereicherungs*begriff bestimmt sich ebenso wie das *Korre-*
40 *spondenzverhältnis* zwischen Vermögensnachteil und Vermögensvorteil nach den gleichen Grundsätzen wie bei § 263 (Nr. 14 A 12ff; vgl. Pfandnahme-Fall BGH NJW 1982, 2265 m. Anm. Bernsmann ebda. 2214). – Vorliegend hat der BGH in der Erlangung des Besitzes an dem Pkw zu Recht einen dem Besitzverlust des F stoffgleichen Vermögensvorteil des A erblickt (E 5, 6).

41 **B. Rechtswidrigkeitskriterien.** In diesem Punkt weist die Erpressung die Besonderheit auf, daß die Rechtswidrigkeit in dreierlei Hinsicht der Prüfung bedarf:

42 1. RW der **Nötigung:** Ähnlich wie bei § 240 ist diese Feststellung deshalb erforderlich, weil andernfalls schon die Androhung geschäftsüblicher Nachteile Erpressung wäre: etwa Überwechseln zur Konkurrenz, wenn kein Preisnachlaß gewährt wird; Kündigung bei Verweigerung einer Gehaltserhöhung. Nach den Regeln adäquater *Zweck-Mittel-Relation* soll daher nach § 253 II auch die erpresserische Nötigung nur dann rechtswidrig sein, wenn das Mittel im Hinblick auf den angestrebten Zweck als verwerflich anzusehen ist: Drohung mit Strafanzeige oder bloßstellender Veröffentlichung bei Verweigerung eines Schweigegelds (sog. Chantage: vgl. RGSt 64, 379/83), u. U. auch „wilde Streiks" unter Verletzung der Friedenspflicht (vgl. M-Schroeder II/1 § 45 II 1 c m. w. N.). Im einzelnen gilt hier Entsprechendes wie beim allgemeinen NötigungsTB (StrafR III Nr. 12 A 45ff).

43 – Das gilt auch für den *Standort* dieses RW-Kriteriums. Je nachdem, ob man darin bereits ein *TB-Merkmal* (so wohl M-Schroeder II/1 § 45 II 1 c) oder ein *allgemeines Verbrechensmerkmal* (so D-Tröndle § 240 Rn. 14, Welzel § 55 III, IV) erblickt, ist dementsprechend auch der Irrtum darüber zu behandeln: als Tatumstands- bzw. Erlaubnissachverhaltsirrtum, soweit er sich auf tatsächliche Umstände bezieht (vgl. BGH

A MDR/H 1979, 107), als Subsumtions- bzw. Verbotsirrtum, soweit er auf fehlerhafter Wertung beruht (vgl. S/S-Eser § 253 Rn. 11, 22 sowie StrafR I Nr. 13 A 69ff).

– Vorliegend stand die RW der Nötigung wie auch das Bewußtsein des A davon außer Frage. Darüber hinaus muß jedoch noch ein weiteres spezifisches RW-Element hinzu kommen:

44 2. RW der **Vermögensverschiebung:** Obgleich § 253 nur von der Unrechtmäßigkeit der *Bereicherung* spricht, muß nach h. M. doch bereits die Vermögens*schädigung* rechtswidrig sein. Ähnlich wie bei Betrug wird es jedoch weder allein auf die RW der Vermögensschädigung noch auf die der Bereicherung ankommen, sondern die RW der Vermögens*verschiebung* ausschlaggebend sein (vgl. Provisionsvertreter-Fall 14 A 28f). Vorliegend stand auch dieses Erpressungselement außer Frage, da A über den Taxifuhr-Vertrag kein Recht auf selbständige Benutzung der Taxe hatte. – Über den (höchst umstrittenen) Anspruch auf Erstattung von Vorhaltekosten bei Ladendiebstahl (*„Fangprämie"*) vgl. BGH NJW 1980, 119 m. Anm. Mertins JR 1980, 357 sowie die Nachw. bei S/S-Eser § 253 Rn. 19.

44a 3. Neben den vorgenannten RW-Kriterien bliebe an sich auch auf der Rechtfertigungsebene noch Raum für eine Rechtmäßigkeitsprüfung. Praktisch werden jedoch etwaige **Rechtfertigungsgründe** i. d. R. schon in die tatbestandliche RW-Prüfung der Nötigung bzw. der Vermögensverschiebung einfließen (vgl. Lackner LK § 253 Rn. 23ff). Auch insofern gilt Entsprechendes wie bei § 240 (StrafR III Nr. 12 A 36ff).

45 C. **Vorsatz:** Abgesehen von der Bereicherungsabsicht, für die zielgerichtetes Handeln erforderlich ist, genügt durchwegs *bedingter* Vorsatz (vgl. Nr. 14 A 38). Das gilt insbesondere auch für die Ernstlichkeit der Drohung: Insoweit handelt der Täter schon dann vorsätzlich, wenn er in Kauf nimmt, daß seine Drohung als ernstlich gemeint erscheinen und deshalb das Opfer zu selbstschädigendem Verhalten veranlassen könnte.

46 *Zwischenergebnis:* Verzichtet man auf das Erfordernis einer Vermögensverfügung (A 19), so ist vorliegend jedenfalls der Tatbestand einer einfachen Erpressung nach § 253 verwirklicht. Jedoch hat darüber hinaus der BGH auch eine Qualifizierung in Betracht gezogen:

47 **III. Räuberische Erpressung (§ 255).**

A. Gegenüber § 253 ist § 255 lediglich durch gefährlichere Nötigungsmittel **qualifiziert:** Der räuberische Erpresser geht nicht nur mit einfacher Gewalt oder Drohung, sondern mit „Gewalt gegen eine *Person* oder unter Anwendung von Drohungen *mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben*" gegen sein Opfer vor. Diese Umschreibung der Nötigungsmittel stimmt wörtlich mit der bei Raub überein, so daß eine gleiche Deutung naheliegt (vgl. Nr. 8 A 23ff). Demgemäß braucht auch bei § 255 die Gewalt – im Unterschied zur Drohung – nicht unbedingt leibes- oder lebensgefährlich zu sein; vielmehr genügt ebenso wie bei § 249 jede Gewalt gegen eine Person (grdl. dazu Strichjungen-Fall BGHSt 18, 75). Zur Abgrenzung gegenüber bloßer *Sach*gewalt, bei der demnach nur § 253 in Betracht kommt, näher Nr. 8 A 27ff. – Bei den in das Gesicht des F gerichteten Schüssen des A handelte es sich zweifellos um eine derartige Gewalt gegen eine Person. Demnach wäre damit auch § 255 verwirklicht. Vor einer abschließenden Antwort bedarf jedoch noch ein grundsätzliches Grenzproblem der Klärung:

48 **B. Verhältnis Raub – Räuberische Erpressung** (zu teils parallelen Problemen im Verhältnis von § 252 zu § 255 vgl. Seier NJW 1981, 2152): Diese Frage stellt sich namentlich wegen der völligen Gleichartigkeit der Nötigungsmittel beider Tatbestände. Auch vorliegend spielte sie eine Rolle (E 9ff), wenn auch nur mittelbar; denn da A ohne Zueignungsabsicht wegnahm, konnte Raub schon tatbestandlich nicht in Frage kommen. Wie aber, wenn A das Taxi nicht nur vorübergehend i. S. von § 248b hätte nutzen, sondern sich nach § 242 hätte zueignen wollen? Käme dann wegen Gewalt gegen eine Person sowohl § 249 als auch § 255 in Betracht? Die Antwort darauf wird teils auf tatbestandlicher (1) und teils auf Konkurrenzebene (2) gesucht, wobei jedoch die maßgeblichen Grenzkriterien letztlich die gleichen sind (3).

49 **1. Tatbestandliche Exklusivität** von Wegnahme- und Erpressungsdelikten: Folgt man der (auch hier vertretenen) h. L., wonach Erpressung ein auf Vermögensverfügung gerichtetes Verhalten des Genötigten voraussetzt (A 14, 23ff), so scheiden die §§ 253, 255 schon tatbestandlich überall dort aus, wo der *Täter einseitig wegnimmt* und das

A Opfer dies – ohne jeglichen Verfügungswillen – einfach hinzunehmen gezwungen ist. In solchen Fällen ist dann nur ein Wegnahmedelikt gegeben, nämlich entweder:
- *Raub,* wenn der Täter mit Gewalt gegen eine Person bzw. mit leibes- oder lebensgefährlicher Drohung vorgeht,
- *Diebstahl,* wenn er mit den einfachen Nötigungsmitteln der §§ 240, 253 handelt: dann gilt ähnliches wie im Fall des „falschen Kriminalbeamten" (Nr. 12 A 13),
- *Gebrauchsanmaßung* (§ 248b), wenn er ohne Zueignungsabsicht wegnimmt.

Freilich kommt es in all diesen Fällen entscheidend darauf an, daß es sich tatsächlich nur um einseitige Wegnahme durch den Täter handelt und nicht auch das *Opfer* irgendwie *„verfügend" mitwirkt* (noch weitergehend Schmidhäuser II 11/56, wonach bei *Sach*erlangung mit Nötigungsmitteln des § 255 – ohne Rücksicht auf das Verhalten des Opfers – immer Raub anzunehmen sei, so daß § 255 überhaupt nur bei Abnötigung von Nicht-Sachen anwendbar sei). Doch diese Abgrenzungsfrage bleibt in gewissen Fällen auch dem anderen Lösungsweg nicht erspart:

50 **2. Konkurrenzlösung** des BGH: Zwar setzt nach dieser Auffassung weder die einfache noch die räuberische Erpressung eine Vermögensverfügung des Genötigten voraus, mit der bereits erörterten Folge, daß selbst bei erzwungener Duldung der Wegnahme
51 auch § 253 bzw. § 255 tatbestandlich verwirklicht ist (A 19ff). Soweit jedoch durch die Wegnahme gleichzeitig § 242 bzw. § 249 gegeben ist, stellt sich spätestens auf Konkurrenzebene die Frage nach dem Verhältnis dieser Tatbestände zueinander. Genau an dieser Stelle setzt nun die *„Auffangtheorie"* des BGH ein, und zwar mit folgenden Argumentationsschritten:

52 – Ausgangspunkt ist die These, daß § 253 ein *AuffangTB* sei, durch den zugleich auch § 249 umfaßt werde, da in der gewaltsamen Wegnahme gleichzeitig eine Nötigung zur Duldung dieser Wegnahme liege (E 10).

53 – Dieser AuffangTB der Erpressung brauche aber dann nicht zum Zuge zu kommen, wenn der *speziellere* RaubTB verwirklicht ist; denn dann treten die §§ 253, 255 nach Spezialitätsregeln hinter § 249 zurück (E 11), und zwar selbst dann, wenn dem Raub ein *Versuch* räuberischer Erpressung vorausgeht (vgl. Geldbombe-Fall BGH StV 1982, 114).

54 – Soweit es jedoch an einem *Raubelement fehlt,* tritt der AuffangTB des § 253 in Funktion (E 12): so im vorliegenden Taxi-Fall, da es für § 249 an einer Zueignungsabsicht des A gefehlt hat. – Allein wegen dieses subjektiven Mangels konnte hier der BGH konsequent zur Annahme von §§ 253, 255 kommen. Handelt der Täter dagegen mit Zueignungsabsicht, so kommt auch die Konkurrenzlösung nicht in allen Fällen an der Frage nach Abgrenzung zwischen *raub*begründender Weg*nahme* durch den Täter und *erpressungs*begründender Weg*gabe* durch das Opfer vorbei:

55 3. Diese Frage nach den maßgeblichen **Grenzkriterien** zwischen **Wegnahme durch den Täter** und/oder **Weggabe durch das Opfer** stand im Mittelpunkt des (bei E 9 zitierten) *Schlosser-Falles* **BGHSt 7, 252:**

56 Nachdem E und G auf dem Heimweg von einer Gastwirtschaft den alkoholisierten L an eine abgelegene Stelle geführt hatten, forderten sie ihn auf, sein Geld herauszugeben. Da sich L bedroht fühlte, händigte er dem G seine Geldtasche aus. Während E mit einem Streichholz leuchtete, durchsuchte G die Tasche und entnahm ihr 7,50 DM. Als die beiden noch mehr Geld haben wollten, kam es zu einem Wortwechsel, den L dazu benutzte, die Tasche wieder an sich zu reißen und davonzulaufen. – Im Gegensatz zur StrK, die E und G wegen Raubes verurteilt hatte, hält der BGH räuberische Erpressung für gegeben; denn:

57 **[254]** „Raub unterscheidet sich von der räuberischen Erpressung nicht durch das Mittel der Einwirkung auf den fremden Willen, sondern durch das Ziel und den Erfolg dieser Einwirkung. Er besteht beim Raub darin, daß das Opfer die *Wegnahme* der Sache *duldet,* während der räuberische Erpresser sein Opfer zwingt, selbst eine vermögensmindernde Handlung vorzunehmen, eine vermögenserhaltende zu unterlassen oder ein sein Vermögen schädigendes Tun eines anderen zu dulden, das über die Wegnahme der Sache hinausgeht oder anderer Art ist als diese. Wird die Herausgabe einer Sache mit den Mitteln des Raubes erzwungen, so liegt mithin räuberische Erpressung vor (RGSt 66, 118). ...

58 Der BGH hat allerdings beim Vorliegen besonderer Umstände der Mitwirkung des Getäuschten bei der Verschaffungshandlung nicht die Bedeutung einer Übergabe mit der Folge zuerkannt, daß eigenmächtiges Besitzergreifen, also Wegnahme i.S. des § 242 durch den Täter entfiele: Gibt z.B. der Getäuschte die verlangten Sachen unter dem Druck der Vorstellung heraus, daß jeder weitere Widerstand gegenüber dem Täter, der sich als Polizeibeamter ausgibt und eine Beschlagnahme von Sachen vortäuscht, zweck-

A 59 los sei, so liegt darin keine Vermögensverfügung i. S. des Betrugstatbestandes (BGH NJW 1952, 782, 796; 1953, 73). Mit derselben Begründung wird im Schrifttum die Ansicht vertreten, es liege Raub und nicht räuberische Erpressung vor, wenn das Opfer unter dem Druck der Gewalt oder Drohung die verlangte Sache herausgebe, aber nicht den **60** Willen habe, den Gewahrsam an ihr zu übertragen (Schröder ZStW 60, 95, Welzel, 4. Aufl. S. 280). Diese Auffassung trägt indes in den Tatbestand des § 255 eine Unterscheidung hinein, die dem Sinn und Zweck des Gesetzes nicht zu entnehmen ist. Für die Abgrenzung zwischen Betrug und Diebstahl kommt es auf die Vornahme einer Vermögens*verfügung* an; insoweit ist das innere Verhalten des Getäuschten entscheidend. Für diejenige von Raub und räuberischer Erpressung läßt das Gesetz das äußere Erscheinungsbild des vermögensschädigenden Verhaltens des Verletzten maßgebend sein. Es spielt keine Rolle, ob dieser ‚freiwillig' handelt oder sich unter dem Druck der Vorstellung, Widerstand sei zwecklos, dem Willen des Täters fügt. Das gilt auch, wenn das erzwungene Verhalten des Opfers in der *Herausgabe* der verlangten Sache besteht. Dann kommt es nicht darauf an, ob hierin i. S. des Betrugstatbestandes eine Vermögensverfügung zu erblicken ist, sondern nur darauf, ob ein *Handeln* des Verletzten vorliegt, durch das er sein Vermögen selbst hingibt. Ist dies zu bejahen, so ist der Tatbestand des Raubes ausgeschlossen, ohne daß das innere Verhalten des Verletzten bei der Übergabe der Sache an den Täter bedeutsam ist. ...

61 **[256]** Demnach hat es für die Entscheidung der vorliegenden Sache keine Bedeutung, daß L ‚die Brieftasche nicht freiwillig herausgab, den Gewahrsam an ihr zu keiner Zeit aufgeben wollte, die Durchsuchung der Börse nur gestattete, wie man eine Durchsuchung gestattet'. Maßgebend ist allein, daß er die Geldtasche, wenn auch unfreiwillig, herausgab, also unter dem Druck der Drohung selbst eine Handlung vornahm."

62 a) Ist dem BGH beizupflichten? Seine Auffassung ist zweifellos in sich konsequent; denn verzichtet man für Erpressung auf eine Vermögensverfügung, so kann auch einem etwaigen Verfügungswillen keine Abgrenzungskraft mehr zukommen. Damit bleibt für den BGH nur noch der Unterschied im **äußeren Erscheinungsbild** des Verschiebungsvorgangs (A 19): Räuberische *Erpressung* schon und noch überall dort, wo der Genötigte in irgendeiner Form zum Übergang der Sache auf den Täter beiträgt, und mag dies auch noch so unfreiwillig geschehen. Demzufolge bleibt für *Raub* nur dort Raum, wo der Täter wegnimmt, ohne daß dies vom Genötigten in irgendeiner Weise erleichtert wird. – Hätte also im Taxi-Fall A mit Zueignungsabsicht gehandelt, wäre er wegen Raubes zu bestrafen gewesen, da das Verhalten des F auch seinem äußeren Erscheinungsbild nach keinesfalls als Mitwirkung zum Übergang auf A gedeutet werden kann.

63 b) Auch die *Gegenauffassung* kommt zum gleichen Ergebnis, aber auf anderem Weg: Verlangt man nämlich auch für Erpressung eine Vermögensverfügung (A 14, 26), so wird statt des äußeren Erscheinungsbilds die **innere Willensrichtung** *des Genötigten* entscheidend: Vermögensverfügung und damit *Erpressung* solange, als das Opfer – wenn auch gezwungenermaßen – mit Übergabewillen herausgibt; Wegnahme und damit *Raub*, wenn das Opfer „die Sache unabhängig von seiner Mitwirkung dem Zugriff des Täters preisgegeben" sieht (Lackner LK § 253 Rn. 10). Ist das der Fall, so liegt Wegnahme selbst dann vor, wenn das Opfer die Sache selbst herausgibt (M-Schroeder II/1 § 45 II 1 d, Samson SK § 253 Rn. 6, 8, Otto ZStW 79, 86, Welzel § 55 VI). Kurz: **64** Danach bestimmt sich die Abgrenzung zwischen Raub und räuberischer Erpressung nach den gleichen Kriterien wie die zwischen Diebstahl und Betrug (A 55, 57 f, sowie Nr. 12 A 39 ff; über die Verbindung von Täuschung und Zwang vgl. Nr. 11 A 54). Freilich wird man die praktische Bedeutung dieses Streits nicht überbewerten dürfen; denn selbst wenn normativ-dogmatisch auf den *inneren* Willen abzuheben ist, läßt sich dessen Vorliegen empirisch-prozessual doch meist nur am *äußeren* Erscheinungsbild ablesen (vgl. Rengier JuS 1981, 657). – Hätte also A im Taxi-Fall mit Zueignungsabsicht gehandelt, so wäre er auch nach dieser Auffassung wegen Raubes strafbar, da F – auch nach dem äußeren Erscheinungsbild – keinerlei Verfügungswillen hatte.

65 IV. Was ist als **Endergebnis** für den vorliegenden Fall festzuhalten? Da dem A eine Zueignungsabsicht nicht nachweisbar war, scheidet auf jeden Fall § 249 aus. Im übrigen fällt das Ergebnis unterschiedlich aus:

66 – Nach h. L. (A 14 ff, 28 ff) ist mangels einer Vermögensverfügung des F auch räuberische Erpressung ausgeschlossen. Daher ist A nur nach § 248 b in Tateinheit mit § 240 und (bei etwaiger Verletzung des F durch die Schüsse) §§ 223, 223 a strafbar.

67 – Nach BGH kommen §§ 253, 255 als AuffangTB zum Zuge (A 19 ff, 50 ff), wodurch § 248 b als subsidär bzw. § 240 nach Spezialitätsgrundsätzen verdrängt wird. Da jedoch der räuberische Erpresser „gleich einem Räuber" zu bestrafen ist (§ 255), kommen aufgrund dieser Rechtsfolgeverweisung auch etwaige Raubqualifizierungen in Frage

A (wobei allerdings dabei auch etwaige Milderungsgründe nach § 250 II zu beachten sind: vgl. BGH StV 1981, 547; 1982, 575), und zwar wegen Benutzung einer Gaspistole jetzt wohl § 250 I Nr. 2 (vgl. Nr. 7 A 45ff, Nr. 9 A 24f, Küper NJW 1978, 956). Dazu kommt hier außerdem noch § 316a tateinheitlich hinzu (E 15; vgl. Nr. 9 A 23c).

68 *Konsequenz* der BGH-Auffassung: Freiheitsstrafe nicht unter 5 Jahren! Erscheint das bei einer bloßen Gebrauchsanmaßung – selbst wenn gewaltsam erzwungen – noch adäquat? Damit offenbart sich auch die Einebnung der Wertabstufungen (A 26) in noch grellerem Licht!

Schrifttum: – Zur **einfachen** und **räuberischen Erpressung** vgl. neben den Kommentierungen zu §§ 253, 255 ferner *Arzt* III L; *Blei* II § 64; *Bockelmann* II/1 § 14; *Haft* II § 23; *Krey* II § 9; *M-Schroeder* II/1 § 45; *Otto* II § 53; *Schmidhäuser* II 11/48–57; *Welzel* § 55; *Wessels* II/2 § 17. Zu **Einzelfragen:** *Blei,* Standgericht im Warenhaus, JA 1976, 159; *Lüderssen,* Kann gewaltsame Wegnahme von Sachen Erpressung sein?, GA 1968, 257; *Otto,* Zur Abgrenzung von Diebstahl, Betrug und Erpressung bei der deliktischen Verschaffung fremder Sachen, ZStW 79 (1967) 59; *Rengier,* Die „harmonische" Abgrenzung des Raubes von der räuberischen Erpressung entsprechend dem Verhältnis von Diebstahl und Betrug, JuS 1981, 654; *Schröder,* Über die Abgrenzung des Diebstahls von Betrug und Erpressung, ZStW 60 (1941) 33; *ders.,* Sicherungsbetrug und Sicherungserpressung, MDR 1959, 398; *Seier,* Die Abgrenzung des räuberischen Diebstahls von der räuberischen Erpressung, NJW 1981, 2152; *Tenckhoff,* Die Vermögensverfügung des Genötigten als ungeschriebenes Merkmal der §§ 253, 255 StGB, JR 1974, 489.

– **Speziell** zum *Taxi-Fall* BGHSt 14, 386 vgl. *Schnellenbach* NJW 1960, 2154; zum *Sträucher-Fall* BGHSt 19, 342 (A 27) vgl. *Kohlhaas* LM Nr. 12 zu § 253.

Untreue (§ 266) – Mißbrauchstatbestand – Treubruchtatbestand – Veräußerung von Sicherungseigentum

BGHSt 5, 61: Tabaksteuer-Fall

1 StR 67/53 vom 16. 6. 1953 = NJW 1954, 202 (LS)

SV 1 **Sachverhalt:** In Fall 1 hatte die A zur Sicherung einer Tabaksteuerschuld in Höhe von 26000 DM Stahlerzeugnisse im Werte von 24000 DM an den Bundesfiskus übereignet. Der Besitz daran war ihr überlassen worden. Soweit sie Sicherungsgut mit Genehmigung des Hauptzollamtes (HZA) weiterveräußern wollte, waren die Erlöse bei der Zollkasse einzuzahlen. In der Folgezeit verkaufte die A jedoch ohne Wissen des HZA einen Teil der übereigneten Erzeugnisse an Dritte und verbrauchte den Erlös von etwa 8000 DM nahezu
2 restlos für sich selbst. – Im Fall 2 hatte sich die A zur Sicherung von Tabaksteuerzeichen in Höhe von 9000 DM verpflichtet, Forderungen aus Warenlieferungen, für die die Steuerzeichen verwendet werden sollten, an den Fiskus abzutreten und die abgetretenen Beträge unverzüglich und restlos an das HZA abzuführen. Zwar trat die A in der Folgezeit einzelne Forderungen gegen Kunden an den Steuerfiskus ab, zog sie aber dennoch selbst ein und behielt die empfangenen Beträge. Zu ihrer Rechtfertigung berief sie sich darauf, daß anderenfalls eine Fortführung des Betriebes und eine Weiterbeschäftigung der Arbeitnehmer nicht möglich gewesen wäre.

P **Zur Problemstellung:** Daß sich A in Fall 1 durch Veräußerung der im (Sicherungs-) Eigentum des Bundesfiskus stehenden Waren einer qualifizierten *Unterschlagung* nach § 246 I 2. Alt. (sog. „Veruntreuung") schuldig gemacht hat, stand außer Frage (vgl. Nr. 1 A 41 und Nr. 5 A 34ff). Aber ist sie darüber hinaus auch wegen *Untreue* (§ 266) strafbar?

– Welche *Alternative* des § 266: MißbrauchsTB oder TreubruchTB, käme dafür in Betracht? Unterschied und Verhältnis zueinander?

– Soweit es um den *MißbrauchsTB* geht: welche Art von Befugnis könnte A mißbraucht haben?

– Soweit der *TreubruchTB* in Frage steht: war die A schon allein aufgrund eines Sicherungsverhältnisses zur Wahrnehmung der Vermögensinteressen des Sicherungsgläubigers verpflichtet?

– Wird sie mit ihrem *Rechtfertigungs*vorbringen, etwa i. S. eines rechtfertigenden Notstandes, durchdringen können?

E 1 **Aus den Gründen: [62]** „1. Die Verurteilung wegen Untreue [in Fall 1] ist im Ergebnis nicht zu beanstanden. Zwar fällt das Verhalten der A nicht ... unter den Mißbrauchstatbestand des § 266. Hierzu gehört, daß der Täter eine Befugnis, über fremdes Vermögen zu verfügen oder einen andern zu verpflichten, mißbraucht. Die A war zwar auf Grund des ihr verbliebenen Sachbesitzes in der Lage, gutgläubigen Erwerbern Eigentum an den ihr nicht gehörigen Sachen zu verschaffen (§ 932 BGB). Diese rechtliche Möglichkeit **[63]** ist aber nur eine Wirkung des Schutzes, den das bürgerliche Recht solchen Erwerbern um der Sicherheit des Rechtsverkehrs willen gewährt; sie entspringt allein dem Rechtsschein des Eigentums, der sich aus dem Besitz ergibt (vgl. § 1006 I BGB) und auf den
2 redliche Dritte vertrauen dürfen. Als *Befugnis,* über fremdes Vermögen zu verfügen oder einen anderen zu verpflichten, kann sie nicht angesehen werden. Hiervon kann vielmehr nur bei einer Rechtsmacht die Rede sein, die ihren Ursprung in dem rechtlichen Verhältnis zwischen ihrem Träger und demjenigen hat, zu dessen Lasten sie wirksam werden
3 kann. Denn der Zweck des Mißbrauchstatbestandes besteht in dem Schutze von Rechtsbeziehungen, durch die einem Beteiligten ein rechtliches Können gewährt wird, das über das rechtliche Dürfen hinausgeht (vgl. hierzu Schwinge-Siebert, Das neue Untreuestrafrecht S. 20/3).

4 Dagegen hat sich die A nach dem Treubruchstatbestand des § 266 strafbar gemacht. Denn sie war durch den Übereignungsvertrag, also kraft Rechtsgeschäfts, verpflichtet, Vermögensinteressen des Bundesfiskus wahrzunehmen. Es mag sein, daß nicht jeder Sicherungsübereignungsvertrag für den Schuldner eine solche Pflicht gegenüber dem Gläubiger begründet (vgl. RG HRR 1941 Nr. 372 und Nr. 984). Bei dem hier festgestellten
5 Vertragsinhalt ist das jedoch der Fall. Das Hauptzollamt (HZA) hatte der A Steuern, die seit langem in hohem Betrage fällig waren, gestundet, weil es ihren wirtschaftlichen Schwierigkeiten gerecht werden wollte, und zwar Verbrauchersteuern, die auf die Abnehmer abzuwälzen waren. Die A durfte die übereigneten Gegenstände in ihrem Besitz behalten; sie verpflichtete sich ausdrücklich, sie sorgfältig zu verwahren. Sie war nach dem Vertrage sogar berechtigt, die Sachen zu veräußern, sofern sie die Kaufverträge dem HZA

E zur Genehmigung vorlegte und die Erlöse bei der Zollkasse einzahlte. Das HZA sollte berechtigt sein, nach Verlauf von etwa drei Wochen die Stahlerzeugnisse selbst in Besitz zu nehmen und zu verwerten. Von vornherein war also nicht nur die Sicherung, sondern auch die Befriedigung des Gläubigers aus den übereigneten Gegenständen in Aussicht genommen. Wenn **[64]** der A gleichwohl der Besitz der Sachen anvertraut blieb, so folgt hieraus im Zusammenhang mit den übrigen Vertragsbestimmungen ihre Pflicht, im Rahmen des Vertrages Vermögensinteressen des Vertragspartners wahrzunehmen (vgl.
6 RGSt 74, 1). Diese Verpflichtung ist als eine wesentliche, nicht nur als eine beiläufige Vertragspflicht anzusehen (vgl. BGHSt 1, 186/8 ff; 4, 170). Die A hat sie durch ihre eigen-
7 mächtigen, der Steuerbehörde verheimlichten Verkäufe und durch den abredewidrigen Verbrauch des Erlöses verletzt und dadurch den Steuerfiskus benachteiligt, indem sie seine Sicherung minderte und ihm den empfangenen, ihm geschuldeten Gegenwert vor-
8 enthielt. Sie hat nach der Überzeugung des LG die Pflichtwidrigkeit ihres Handelns und die dadurch verursachte Schädigung des Gläubigers erkannt. Danach sind alle Merkmale
9 des Treubruchstatbestandes gegeben. Daß die Zollbehörde später aus dem Rest der übereigneten Sachen noch volle Befriedigung finden konnte, steht dem schon deshalb nicht entgegen, weil diese Tatsache nur auf die günstigere Verwertungsmöglichkeit zurückzuführen ist, die sich später infolge zunehmender Nachfrage nach Stahlerzeugnissen ergab.

10 **[65]** 2. Soweit die A [im Fall 2] wegen Untreue verurteilt worden ist, äußert sich das LG nicht darüber, welchen der beiden Tatbestände des § 266 es als verwirklicht ansieht. Erfüllt sind beide Tatbestände. In dem Sicherungsvertrage hatte das HZA die A ermächtigt, die dem Fiskus abgetretenen Forderungen im eigenen Namen einzuziehen. Sie erlangte so i. S. des Mißbrauchstatbestandes durch Rechtsgeschäft die Befugnis, über fremdes Vermögen zu verfügen. Denn ihre Rechtsmacht, die Forderungen durch Einziehung mit Wirkung für den Gläubiger zum Erlöschen zu bringen, folgte unmittelbar aus dem Sicherungsvertrage (vgl. § 185 I BGB); sie war nicht nur eine Wirkung des durch § 407 BGB gewährten Schutzes der gutgläubigen Drittschuldner, aus der sich jene Be-
11 fugnis allerdings noch nicht ergeben hätte (vgl. oben 1). Es bedarf keiner näheren Darlegung, daß die A ihre Befugnis beim Einzug der Forderungen mißbraucht und den Gläubi-
12 ger **[66]** dadurch geschädigt hat. Der Vertrag verpflichtete sie aber auch, bei einer weiteren Durchführung Vermögensbelange des Gläubigers wahrzunehmen. Diese Pflicht hat sie verletzt, indem sie die Mitteilung einzelner Verkäufe unterließ und erfundene Rechnungen vorlegte; auch hierdurch hat sie den Gläubiger geschädigt.

13 Fehl gehen die Ausführungen der Revision, daß das Verhalten der A nach den Grundsätzen der Güterabwägung gerechtfertigt sei. Es kann nicht anerkannt werden, daß das Interesse an der Fortführung des Betriebes und der Weiterbeschäftigung der Arbeitnehmer rechtlich höher zu bewerten sei als die vertraglich übernommene und durch Strafdrohung gesicherte Treueverpflichtung."

A 1 **Zur Erläuterung und Vertiefung:** Der BGH kam somit in beiden Fällen zur Annahme von Untreue, und zwar i. S. des sog. *TreubruchTB* (E 1, 10); darüber hinaus sah er in Fall 2 auch noch den sog. *MißbrauchsTB* verwirklicht (E 10). Was hat es mit dieser Differenzierung auf sich? Auf diese Strukturfrage der Untreue wird zuerst einzugehen sein (I), da davon teils auch die Deutung der einzelnen TBmerkmale abhängt (II–IV). Nach einem kurzen Blick auf die *subjektive* Tatseite (V) sowie etwaige *Rechtfertigung* (VI) und *Täterschaft* (VII) bleiben abschließend noch einige *Konkurrenz*fragen zu beleuchten (VIII).

2 **I. Schutzgut und Struktur der Untreue.**

Was läßt sich dazu schon dem Wortlaut des § 266 entnehmen? Vergleicht man ihn mit verwandten Tatbeständen, so fallen vor allem drei Charakteristika ins Auge:

1. *Nachteilserfordernis:* Ähnlich wie Betrug muß auch die Untreue zu einem Vermögensschaden des Opfers führen. Insofern handelt es sich auch bei § 266 um ein **Vermögensdelikt** (vgl. Nr. 1 A 17 ff, Nr. 10 A 5 f). Demgemäß ist das zentrale Schutzgut auch hier das **Vermögen als ganzes** (h. M.; vgl. aber auch A 6, 54).

3 2. Im Unterschied zum Betrug hingegen braucht bei § 266 der Täter *keine Bereicherungsabsicht* zu haben; vielmehr genügt bereits der Eintritt eines Vermögensnachteils auf Seiten des Opfers. Daher handelt es sich bei Untreue *nicht* um ein Vermögens*verschiebungsdelikt,* sondern lediglich um ein Vermögens**schädigungsdelikt** (M-Schroeder II/1 § 47 I A).

4 3. Als *Tathandlung* kommt entweder der *Mißbrauch einer Befugnis* (**MißbrauchsTB**) oder die *Verletzung einer Vermögensfürsorgepflicht* (**TreubruchTB**) in Betracht. Da ein solcher Befugnismißbrauch bzw. treuwidriger Pflichtverstoß im Grunde aber

A nur dort denkbar ist, wo bereits vor der Tat ein gewisses Vertrauensverhältnis zwischen Täter und Opfer bestand, ist für Untreue auch der *Vertrauensbruch* charakteristisch. Aber: Von welcher Art muß das betroffene **Vertrauensverhältnis** sein? Und welche Konsequenzen sollen sich daraus ergeben? Dies ist in zweierlei Hinsicht strittig:

5 a) Vertrauensverhältnis als **zusätzliches Schutzgut?** Dies wird von der h. M. verneint mit der Begründung, daß der Vertrauensbruch lediglich eine besondere Tatmodalität darstelle: Ähnlich wie bei Betrug der in der Täuschung liegende Vertrauensbruch lediglich als Mittel der Schädigung fungiere, sei auch bei Untreue der Vertrauensbruch lediglich Mittel zum Zweck, ohne daß darin die Verletzung eines selbständigen Rechtsguts zu erblicken sei (M-Schroeder II/1 § 47 I A, Hübner LK § 266 Rn. 19 m. w. N.). Folge: „Verletzter" ist danach auch bei § 266 nur der in seinem *Vermögen* Geschädigte, während die Person des Vertrauensgebers irrelevant wäre.

6 – Nach der Gegenauffassung von Schönke-Schröder § 266 Rn. 1 hingegen ist neben dem Vermögen als primärem Schutzgut auch das *besondere Vertrauensverhältnis mitgeschützt.* Um dies zum Ausdruck zu bringen, soll daher etwa bei Zusammentreffen von Betrug und Untreue regelmäßig Idealkonkurrenz anzunehmen sein (vgl. A 75 ff). Darüber hinaus erscheint diese Auffassung auch noch für folgende Streitfrage bedeutsam:

7 b) *Betreuungsverhältnis* als notwendige **TB-Voraussetzung?** Bei diesem Strukturproblem der Untreue geht es um die Frage, ob § 266 für beide TB-Alternativen eine *Fürsorgepflicht des Täters gegenüber dem geschädigten Vermögen* voraussetzt:

8 aa) Von der bislang vorherrschenden Meinung wird dies hinsichtlich des MißbrauchsTB *verneint* (Bockelmann II/1 § 18 III 1, Heimann-Trosien JZ 1976, 550 f, Samson SK § 266 Rn. 13 m. w. N.), und zwar vornehmlich aus dogmengeschichtlichen Gründen: Angesichts des ursprünglichen Streits zwischen der sog. **Mißbrauchstheorie** einerseits – Untreue nur bei Mißbrauch rechtlicher Vertretungsmacht (Binding, Frank) – und der sog. **Treubruchtheorie** andererseits – Untreue schon aufgrund jeder treuepflichtwidrigen Vermögensschädigung (Freudenthal) – glaubt man in den (1933 neu gefaßten) TB-Alternativen des § 266 eine **Kombination** jener beiden Theorien erblicken zu können (Blei II § 65 II 2, Welzel § 56). Die wichtigsten Konsequenzen:

9 – Für den *MißbrauchsTB* sei *keine* besondere *Betreuungspflicht* des Täters erforderlich; vielmehr genüge schon jede mißbräuchliche Ausnutzung einer Verfügungs- oder Verpflichtungsbefugnis. Damit kommt namentlich bei Scheckkartenmißbrauch Untreue in Betracht (A 38 ff).

10 – Demzufolge handele es sich bei den Mißbrauchs- und TreubruchsTBen um Alternativen, die sich nicht notwendig zu decken brauchen, sondern *selbständig* einander gegenüberstehen (Otto II § 54 II 2, S/S-Lenckner § 266 Rn. 2); daher für eine entsprechende Hinweispflicht nach § 265 StPO BGH NJW 1954, 1616.

11 bb) Demgegenüber gewinnt neuerdings die Auffassung an Boden, daß *bei beiden Alternativen* des § 266 „der Täter fremde Vermögensinteressen zu betreuen hat": so i. S. eines auch für den MißbrauchsTB erforderlichen **Betreuungsverhältnisses** BGHSt 24, 386/7 (unten A 36; grdl. Hübner LK § 266 Rn. 21 ff, JZ 1973, 407/410 f, Dunkel aaO; ebenso Arzt/Weber IV 73, Lackner § 266 Anm. 2 b, S/S-Lenckner § 266 Rn. 2, Wessels II/2 § 18 I 2, Schreiber-Beulke JuS 1977, 657 m. w. N.). Dem dürfte zuzustimmen sein; denn nicht nur, daß dies vom Mitschutz der Vertrauensstellung her konsequent erscheint (A 6); auch spricht dafür der Wortlaut des § 266, wonach der Täter „dem, dessen Vermögensinteressen er zu betreuen hat", den Vermögensnachteil zufügen muß (vgl. auch Sax JZ 1977, 702). Wichtige Folgerungen aus dieser Auffassung:

12 – Abgesehen von den unterschiedlichen Handlungsmodalitäten des Befugnismißbrauchs einerseits und der treuwidrigen Verletzung einer Vermögensfürsorgepflicht andererseits bestimmen sich der Mißbrauchs- und der TreubruchsTB im wesentlichen nach den *gleichen Kriterien.*

13 – Da im Befugnismißbrauch zudem immer auch eine Verletzung der Betreuungspflicht liegt, ist der *MißbrauchsTB im TreubruchTB mitenthalten.* Deshalb kann (wie vorliegend in Fall 2) ein Befugnismißbrauch durchaus beide Alternativen erfüllen (E 11, A 42, 62).

14 – Immerhin ist aber der *MißbrauchsTB* durch *konkretere* Merkmale formal schärfer umrissen und eingegrenzt, stellt also einen „ausgestanzten Unterfall des Treubruchtatbestandes" dar (Hübner LK § 266 Rn. 17 m. N.). Deshalb ist sowohl aus Spezialitätsgründen wie auch im Hinblick auf die präzisere und daher rechtsstaatlich weniger bedenkliche Fassung des MißbrauchsTB auch in praktischen Arbeiten regelmäßig mit dessen Prüfung zu beginnen, so wie dies vorliegend zu Recht auch der BGH getan hat

A (vgl. allerdings auch Anwalt-Fall NJW 1983, 461, wo der BGH unmittelbar auf den TreubruchTB zusteuert, bzw. Bundesliga-Fall NJW 1975, 1234, wo er das Vorliegen des einen oder anderen Tatbestandes dahingestellt sein ließ). Dementsprechend ist auch bei den nachfolgenden Einzelerörterungen zu verfahren.

15 **II. Der MißbrauchsTB.**

In Fall 1 hatte die StrK die Veräußerung von Sicherungseigentum des Fiskus durch die A als einen Fall des MißbrauchsTB angesehen (E 1), während der BGH nur den TreubruchTB als erfüllt ansah (E 4). Worin liegen die wesentlichen Unterschiede bzw.
16 die etwaigen Gemeinsamkeiten der beiden TB-Alternativen? Für den *MißbrauchsTB* ist erforderlich, daß der Täter „die ihm durch Gesetz, behördlichen Auftrag oder Rechtsgeschäft eingeräumte Befugnis, über fremdes Vermögen zu verfügen oder einen anderen zu verpflichten, mißbraucht". Charakteristisch dafür ist also der Mißbrauch einer dem Täter eingeräumten Verpflichtungs- bzw. Verfügungsbefugnis über fremdes Vermögen, und zwar dadurch, daß der Täter *im Rahmen seines „externen Könnens" sein „internes Dürfen" überschreitet* (h. M.; krit. Arzt Bruns-FS 365ff). Dies setzt voraus, daß der Täter nach *außen* hin mit größerer Rechtsmacht ausgestattet ist, als er nach *innen* hin auszuschöpfen berechtigt ist, und daß er diese „überschießende" Außenmacht zum Nachteil des betroffenen Fremdvermögens mißbraucht: Der Prokurist, der aufgrund seines Anstellungsvertrags nur zu Wechselakzepten bis zu 10000 DM berechtigt ist, nützt die nach § 50 I HGB unbeschränkte Außenvertretungsmacht zu höheren Verpflichtungen des Geschäftsinhabers aus. Im einzelnen sind also für den MißbrauchsTB folgende Kriterien wesentlich:

17 **1. Eine Verpflichtungs- bzw. Verfügungsbefugnis mit Außenwirkung.**

a) **Grundlage** einer solchen Befugnis kann sein:

– das *Gesetz:* so etwa die Vermögensfürsorgepflicht der Eltern gegenüber den Kindern (§ 1626 BGB), die Schlüsselgewalt der Ehegatten (§ 1357 BGB), ferner Vertretungs- und Verwaltungsbefugnisse des Vormunds (§ 1793 BGB), des Testamentsvollstreckers (§ 2205 BGB), des Nachlaßverwalters (§ 1985 BGB), des Konkursverwalters gegenüber der Konkursmasse (§ 6 KO) sowie nach BGHSt 13, 274/6 des Gerichtsvollziehers gegenüber den Vollstreckungsparteien. Jedoch bewegt sich dieser Fall bereits auf der Grenze zur nächsten Fallgruppe:

18 – Befugnisse aufgrund *behördlichen Auftrags:* z. B. bei staatlich bestellten Treuhändern oder Liquidatoren.

– Auf *Rechtsgeschäft* beruhen z. B. Vertretungsvollmachten nach §§ 164ff BGB, Einziehungsermächtigungen nach § 185 BGB sowie gesellschaftsrechtliche Geschäftsführungsbefugnisse nach § 114 HGB, §§ 35ff GmbHG oder Vereinsrecht (vgl. Bundesliga-Fall BGH NJW 1975, 1234), sowie die Prokura nach §§ 48ff HGB; denn obgleich sich auch deren Umfang nach dem Gesetz bestimmt, wird sie doch durch Rechtsgeschäft *begründet,* und darauf allein kommt es an.

19 b) **Inhalt der Befugnis** muß sein, daß der Täter *mit Wirkung nach außen* den Vermögensinhaber *rechtswirksam* verpflichten bzw. über sein Vermögen verfügen kann:

– **Verpflichten** etwa dadurch, daß eine schuldrechtliche Verbindlichkeit zu Lasten des anderen begründet wird (z. B. durch Wechselakzept) oder das fremde Vermögen durch eine dingliche Verbindlichkeit belastet wird (z. B. durch eine Hypothek);

– **Verfügen** dadurch, daß das fremde Vermögen in seinem rechtlichen Bestand verändert, übertragen (z. B. durch Veräußerung einer Sache) oder aufgehoben (z. B. Schulderlaß) wird.

20 – *Unerheblich* ist dabei, ob dies der Täter in *eigenem* Namen aufgrund einer Ermächtigung tut (wie z. B. als Konkursverwalter oder als Kommissionär i. S. von § 383 HGB) oder ob er im *fremden* Namen als Stellvertreter i. S. von §§ 164ff BGB auftritt (Hübner LK § 266 Rn. 66 m. N.).

21 *Frage:* Wie ist danach die vorliegend in Fall 1 in Frage stehende Veräußerung von Sicherungseigentum zu beurteilen? Zwar konnte die A kraft Gesetzes, nämlich aufgrund der Gutglaubensregeln des § 932 BGB, den Erwerbern der Stahlerzeugnisse wirksam Eigentum verschaffen. Jedoch handelte es sich dabei lediglich um eine *Folgewirkung* des Gutglaubensschutzes (E 1), nicht aber um den Ausfluß einer Verfügungsbefugnis; und darin liegt ein bedeutsamer Unterschied, denn:

22 c) Die **Außenmacht des Täters** muß auf einer entsprechenden **internen Befugnis** beruhen. Das bedeutet, daß für § 266 nicht schon jede tatsächliche oder rechtliche Machtstellung genügen kann, kraft der dem Handeln des Täters eine Außenwirkung zu

A Lasten des fremden Vermögens zukommt (wie z. B. bei Veräußerung gemieteter Sachen an gutgläubige Dritte); vielmehr muß diese Außenwirkung *durch das jeweilige Grundverhältnis* (Gesetz, behördlicher Auftrag bzw. Rechtsgeschäft: A 17f) nicht nur ermöglicht, sondern *legitimiert* sein; denn „ohne den Rückhalt in einem legitimierenden Innenverhältnis ist äußerer Macht keine Befugnis eingeräumt" (Hübner LK § 266 Rn. 63; i. gl. S. E 2, M-Schroeder II/1 § 47 II A 1a, S/S-Lenckner § 266 Rn. 4ff).

23 – An einer solchen Veräußerungs-*Befugnis* fehlte es jedenfalls in Fall 1, da die Gutglaubensregeln lediglich den Schutz des Dritterwerbers bezwecken, nicht dagegen den Nichtberechtigten zur Veräußerung legitimieren wollen. Trifft dies auch für den Fall 2 zu? Nein; denn dort war die A zur Einziehung der abgetretenen Forderungen ermächtigt, so daß ihre Außenmacht durch eine dazu legitimierende Innenbefugnis gedeckt war (E 11). Daß sie die eingezogenen Beträge freilich dann nicht an das HZA abführte, ist bereits eine Frage des Befugnis-*Mißbrauchs* (A 30ff).

24 – *Frage:* Setzt also die Fundierung der Außenmacht in einer entsprechenden Befugnis im Innenverhältnis jeweils ein **wirksames Grundgeschäft** voraus? So die h. M. (D-Tröndle § 266 Rn. 3; Hübner LK § 266 Rn. 63; M-Schroeder II/1 § 47 II A 1a). Das hat zur Folge, daß etwa bei Nichtigkeit der Konkursverwalterbestellung oder bei Unwirksamkeit der Bevollmächtigung allenfalls noch der TreubruchTB in Betracht kommt (A 49). Demgegenüber wollen S/S-Lenckner § 266 Rn. 4, 11 den MißbrauchsTB im Hinblick auf die abstrakte Natur der Vollmacht auch bei Nichtigkeit des Grundgeschäfts zulassen, ebenso dort, wo der Täter aufgrund einer Anscheinsvollmacht (z. B. nach Widerruf der Vollmacht: vgl. §§ 169, 674, 729, 171 II, 172 II BGB) gehandelt hat (vgl. auch Sax JZ 1977, 745); doch ähnlich wie bei § 932 BGB (A 21) handelt es sich auch bei dieser Rechtsmacht lediglich um Außenwirkung zugunsten Dritter ohne entsprechende Legitimierung. Deshalb wird der h. M. zuzustimmen sein.

25 2. *Objekt* der Verpflichtungs- bzw. Verfügungsbefugnis muß **fremdes Vermögen** sein. Wonach ist diese *Fremdheit* zu bestimmen: nach wirtschaftlichen oder rechtlichen Kriterien? Käme es auf die *wirtschaftliche* Betrachtung an, könnte zweifelhaft sein, ob es sich bei den Stahlerzeugnissen bzw. den Forderungen der A aus Warenlieferungen um für sie fremdes Vermögen handelte; denn obgleich sicherungshalber an das HZA abgetreten und daher sachenrechtlich in dessen Eigentum stehend, gehörten doch wirtschaftlich gesehen diese Werte nach wie vor zum Vermögen der A.

26 Diese vorliegend vom BGH nicht weiter problematisierte Frage nach dem maßgeblichen Fremdheitsbegriff bei § 266 stand bereits im *Nylonstrümpfe-Fall* **BGHSt 1, 186** zur Entscheidung: Dort hatte der A die für amerikanische Nylonstrümpfe geleisteten Vorauszahlungen zahlreicher Kunden für eigene Zwecke verbraucht. Das LG sah den MißbrauchsTB als erfüllt an: Zwar seien die Vorauszahlungen durch Vermischung Eigentum des A geworden; wirtschaftlich jedoch seien sie Vermögen der Anzahler geblieben, weil sie der A nicht nach Belieben, sondern nur zur Beschaffung einzuführender Nylonstrümpfe habe verwenden dürfen. Hiergegen führt der BGH aus:

27 **[187]** „Ob die Vorauszahlungen wirtschaftlich im Vermögen der Einzahler geblieben sind, ist zweifelhaft. Es kommt jedoch hierauf nicht an. Denn der Umstand, daß ein Gegenstand wirtschaftlich zum Vermögen eines anderen gehört, macht ihn allein noch nicht zu fremdem Vermögen i. S. des Mißbrauchstatbestandes ...

28 **[188]** In der späteren Rspr des RG zu der bis 1933 geltenden Fassung des § 266 klingen allerdings für die Frage der Vermögenszugehörigkeit wirtschaftliche Gedanken an. Aber nie sind Gegenstände, die rechtlich zum Vermögen einer Person gehörten, nur deshalb, weil sie wirtschaftlich einem anderen zuständen, als fremdes Vermögen behandelt worden."

29 Maßgeblich für die Fremdheit des betroffenen Vermögens sind somit allein **rechtliche Kriterien,** also die sachenrechtlichen Eigentumsverhältnisse bzw. die schuldrechtliche Inhaberschaft von Forderungen. *Sicherungseigentum* ist danach für den Sicherungs*geber* stets fremdes Vermögen, auch wenn er es noch im Besitz hat und sogar aufgrund besonderer Vereinbarungen „wirtschaftlich für sich arbeiten" lassen kann (h. M.: Hübner LK § 266 Rn. 22, 67, S/S-Lenckner § 266 Rn. 6; instruktiv dazu auch Privatentnahme-Fall LG Bonn NJW 1981, 469). – Demnach waren sowohl im Fall 1 die sicherungshalber übereigneten Stahlerzeugnisse als auch im Fall 2 die zum gleichen Zweck abgetretenen Forderungen für die A fremde Vermögenswerte. Soweit sie darüber auch eine Verfügungsbefugnis besaß (so in Fall 2 aufgrund der Einzugsermächtigung: A 23), stellt sich nunmehr die Frage nach der tatbestandlichen *Verletzungshandlung:*

30 **3. Mißbrauch der Verfügungs- bzw. Verpflichtungsbefugnis.** Schlagwortartig ist dies immer dann der Fall, wenn der Täter *unter Ausnutzung seines externen Könnens die*

A *Grenzen des internen Dürfens überschreitet.* Dabei ist auf folgende Einzelpunkte zu achten:

31 a) Das mißbräuchliche Handeln muß in einem **Verfügen** oder **Verpflichten** in dem bei A 19 beschriebenen Sinne bestehen. Rein *tatsächliche Einwirkungen* auf das anvertraute Vermögen (wie z. B. Vernichtung einer Sache) genügen daher für den MißbrauchsTB nicht, ebensowenig interne Pflichtwidrigkeiten, die keine Außenwirkungen haben (z. B. eigenmächtige Entnahmen aus der Geschäftskasse); doch kommt in solchen Fällen der TreubruchTB in Betracht.

32 – Auch in pflichtwidrigem **Unterlassen** kann ein Mißbrauch liegen, vorausgesetzt, daß ihm rechtsgeschäftliche Bedeutung mit Außenwirkung zukommt: so etwa bei Nichteinlegung eines Rechtsmittels oder Nichtbeantwortung einer Offerte, so daß nach § 362 HGB eine vertragliche Bindung des Geschäftsinhabers zustandekommt (weitere Beispiele bei Hübner LK § 266 Rn. 72).

33 – Wie ist danach vorliegend in Fall 2 das eigennützige Inkasso der abgetretenen Forderungen durch die A zu beurteilen? Zweifellos liegt darin eine (den Schuldner befreiende und damit nach außen wirksame) Verfügung; ob sie aber auch mißbräuchlich war, hängt noch von einem weiteren Kriterium ab:

34 b) **Überschreitung der** (sich aus dem Grundverhältnis ergebenden) **Innenbefugnis.** Umstritten ist, worauf es bei einem solchen „internen Exzeß" ankommt:

– Nach der im Schrifttum vorherrschenden Auffassung ist allein auf die Berechtigung des fraglichen *Aktes als solchen* abzustellen (S/S-Lenckner § 266 Rn. 19 m. w. N). Danach wäre bei *auftragsgemäßem,* jedoch letztlich eigennützigem Inkasso ein Befugnismißbrauch zu verneinen; denn zwar mag der nachherige Eigenverbrauch vertragswidrig sein, die Forderungseinziehung als solche jedoch ist vertraglich gedeckt: Nach dieser Auffassung wäre auch in Fall 2 ein Mißbrauch zu verneinen, da die A an sich zum Forderungseinzug berechtigt war.

35 – Indes wäre zu fragen, ob die Verfügung tatsächlich so isoliert betrachtet werden darf oder ob nicht auch ihre *(vertragswidrige) Zielsetzung* mitzuberücksichtigen ist. Tut man dies, so ist das eigennützige Inkasso als pflichtwidrig und damit als unbefugt anzusehen (so i. E. zu Recht der BGH bei E 12); ebenso bereits RGSt 63, 252/3 bei auftragswidrigem Verkauf von Kommissionsware; vgl. ferner BGHSt 6, 314/6, LM Nr. 11 zu § 266 sowie Hübner LK § 266 Rn. 71. – Allerdings kann die Mißbräuchlichkeit des Handelns noch von einem weiteren Kriterium abhängen:

36 c) **Verletzung eines Betreuungsverhältnisses.** Ein solches setzt nach einer vordringenden Auffassung auch der MißbrauchsTB voraus (A 11). Demzufolge muß im Befugnismißbrauch zugleich die Verletzung einer Betreuungspflicht des Täters gegenüber dem betroffenen Vermögen liegen. Von besonderer Relevanz ist diese Frage in Fällen des *Scheckkartenmißbrauchs,* in denen der Scheckkarteninhaber die Einlösungsgarantie seiner Bank für Schecks bis zu einer bestimmten Höhe (derzeit 300,– DM) dazu benutzt, sich durch Begebung ungedeckter Schecks Geldmittel auf Kosten seiner Bank zu verschaffen. Daß der Scheckkarteninhaber damit eine mit Außenwirkung ausgestattete Verpflichtungsbefugnis vertragswidrig mißbraucht, kann jedenfalls im Ergebnis nicht zweifelhaft sein; denn gleich, ob man den Scheckkarteninhaber als „Vertreter" der Bank (so OLG Hamm NJW 1972, 298, Schaudwet NJW 1968, 9/11) oder lediglich als „Boten" der Garantieerklärung der Bank gegenüber dem Schecknehmer (so Vonnahme NJW 1971, 443, Sennekamp MDR 1971, 638 und Zahrnt NJW 1972, 277) versteht, wird ihm mit Aushändigung der Scheckkarte eine Rechtsmacht eingeräumt, durch deren Gebrauch er die Bank wirksam zum Einstehen gegenüber Dritten verpflichten kann (Schröder JZ 1972, 708). Folge:

37 – Käme es für den MißbrauchsTB allein auf die *intern vertragswidrige Ausnutzung* einer „überschießenden" Außenmacht an (so die noch h. M.: A 8 f), so wäre diese Untreuealternative schon aufgrund pflichtwidriger Scheckkartenbenutzung zur Begebung ungedeckter Schecks erfüllt (so Bockelmann II/1 § 18 III 1, Heimann-Trosien JZ 1976, 549, D. Meyer JuS 1973, 214/6, Otto II § 54 II 2).

38 – Wie aber ist der Scheckkartenmißbrauch zu beurteilen, wenn man auch für den MißbrauchsTB ein *Betreuungsverhältnis* verlangt? So der BGH im *Scheckkarten-Fall* **BGHSt 24, 386** (wo der A 236 ungedeckte Schecks über 10200 DM ausgestellt hatte):

39 **[387]** „Wie schon aus dem Wortlaut des § 266 hervorgeht, setzen beide üblicherweise als Mißbrauchs- und Treubruchtatbestand bezeichnete Alternativen dieser Bestimmung voraus, daß der Täter fremde Vermögensinteressen von einiger Bedeutung zu betreuen hat. An einer solchen Vermögensfürsorgepflicht fehlt es im Verhältnis des Scheckkarteninhabers zu seiner Bank oder Sparkasse (Nachw.).

A 40 Es unterliegt keinem Zweifel, daß bei einem gewöhnlichen Girovertrag, der eine Geschäftsbesorgung zum Inhalt hat, allein die Sparkasse oder Bank die Vermögensinteressen des Kunden wahrnimmt, nicht umgekehrt der Kunde Vermögensinteressen der Sparkasse oder Bank. Durch die hinzutretende Scheckkartenabrede ändert sich daran nichts. Das ergibt sich bereits aus den Scheckkartenbedingungen, nach denen die Scheckkarte *im Interesse des Kunden* ausgestellt und ausgehändigt wird. Entscheidend für die Frage, ob eine Vermögensfürsorgepflicht besteht, ist die Vertragsausgestaltung zwischen Sparkasse oder Bank und dem Kunden, der eine Scheckkarte erhält. Diese geht aber dahin, daß das Geldinstitut für seinen Kunden tätig wird und nicht umgekehrt der Kunde für das Geldinstitut. Zwar wird der Scheckkarteninhaber in die Lage versetzt, einen Garantievertrag zwischen der die Scheckkarte ausstellenden Sparkasse oder Bank und jedem Schecknehmer zustande zu bringen. Doch führt dies nicht dazu, daß er Vermögensinteressen der Scheckkartenausstellerin **[388]** zu betreuen hätte. Vielmehr verfügt der Kunde bei einer Scheckbegebung unter Vorlage der Scheckkarte im Regelfall über sein eigenes Vermögen. Der die Scheckbegebung begleitende Garantievertrag soll ihm nur die Zahlung mittels Scheck erleichtern und beeinflußt, solange auf dem Konto ein Guthaben vorhanden oder der eingeräumte Dispositionskredit nicht ausgeschöpft ist, wirtschaftlich gesehen das Vermögen der Scheckkartenausstellerin nicht."

41 Was ist davon zu halten? Zwar hat der BGH im *Grundsatz* zu Recht auch für den MißbrauchsTB ein Betreuungsverhältnis verlangt (A 39), ein solches aber hier zu Unrecht verneint; denn ganz abgesehen davon, ob das Betreuungsverhältnis ohne weiteres mit der Vermögensfürsorgepflicht des TreubruchTB gleichgesetzt werden kann (vgl. einerseits verneinend S/S-Lenckner § 266 Rn. 2, Seelmann JuS 1982, 917; andererseits bejahend Schreiber-Beulke JuS 1977, 657), braucht es jedenfalls nicht ausschließlich fremdnützig zu sein (vgl. Sax JZ 1977, 704). Vielmehr muß dafür bereits genügen, daß dem Täter aufgrund einer besonderen Machtstellung das betroffene Vermögen gleichsam „in die Hand gegeben" und damit „*anvertraut*" ist. Ein solcher „Vertrauensbeweis" (Schröder JZ 1972, 708) aber dürfte im Regelfall auch schon in der Aushändigung einer Scheckkarte liegen, da damit der Scheckkarteninhaber eine Verfügungsmasse in Höhe von derzeit rd. 7500 DM erhält, und zwar – was vom BGH a. E. übersehen wird – gerade für den Fall mangelnder Deckung. Selbst wenn man also auch für den MißbrauchsTB ein Betreuungsverhältnis verlangt, kann auch bei Scheckkartenmißbrauch diese Untreuealternative erfüllt sein (zust. Blei II § 65 III 1c, Krey II Fall 67, Sax aaO 702). Stattdessen will der BGH auf Betrug ausweichen (vgl. Nr. 12 A 18; ebenso OLG Hamburg NJW 1983, 768 m. w. N.). Aus ähnlichen Erwägungen ist auch die Verneinung von § 266 im *Lastschrift-Einzugsverkehr* (OLG Hamm NJW 1977, 1834) nicht bedenkenfrei. Vgl. zum Ganzen auch Otto, Bargeldloser Verkehr 93ff, 109ff sowie Vormbaum JuS 1981, 713, der die von ihm de lege lata genommene Straflosigkeit (ebenso LG Bielefeld NJW 1983, 1335) des Scheckkartenmißbrauchs selbst de lege ferenda für tolerabel hält.

42 Was ergibt sich aus diesen Grundsätzen für die (hier in Frage stehende) *Eigenverwertung von Treuhandgütern?* Beläßt der Sicherungsnehmer das Sicherungsgut in der Hand des Sicherungs*gebers*, so verbleibt es in dessen Betreuungsbereich. Mißbraucht dieser vertragswidrig seine Verfügungsmacht, so kommt bereits damit der MißbrauchsTB in Betracht (h. M.: vgl. Sax JZ 1977, 704).

43 4. *Zwischenergebnis* für den vorliegenden Fall: Während in Fall 1 bereits eine Verfügungsbefugnis der A und damit auch der MißbrauchsTB zu verneinen war (A 21), hat in Fall 2 der BGH einen Verfügungsmißbrauch zu Recht in Betracht gezogen. Bevor jedoch auf die weiteren TB-Elemente der Untreue einzugehen ist, sei zunächst noch die andere TB-Alternative betrachtet:

44 **III. Der TreubruchTB.**

Diese Untreuealternative setzt voraus, daß der Täter, *die ihm kraft Gesetzes, behördlichen Auftrags, Rechtsgeschäfts oder eines Treueverhältnisses obliegende Pflicht, fremde Vermögensinteressen wahrzunehmen, verletzt* und dadurch dem betreuten Vermögen einen Nachteil zufügt. Im Unterschied zum MißbrauchsTB, der in Gestalt des Befugnismißbrauchs immerhin in seinem Handlungskern näher konkretisiert ist, erschöpft sich somit der TreubruchTB in der Verletzung einer sich aus dem Treueverhältnis ergebenden Pflicht zur Wahrnehmung fremder Vermögensinteressen. Somit kommt es hier weniger auf den Schutz vor mißbräuchlicher Verwendung der *Außenmacht* an; vielmehr steht beim TreubruchTB der **Schutz des Innenverhältnisses** vor vermögensschädigenden Pflichtverletzungen des Täters im Vordergrund.

A 45 Aber: würde dabei jedwede interne Pflichtverletzung des Täters gegenüber dem betroffenen Vermögensinhaber den TreubruchTB erfüllen können, so müßte das zu einer unerträglichen Ausuferung führen. Nicht zuletzt um dieser Gefahr vorzubeugen, wird daher von der h.M. zu Recht eine *einschränkende Auslegung* des TreubruchTB verlangt, und zwar vor allem in dem Sinne, daß das der Vermögensfürsorgepflicht zugrundeliegende Treueverhältnis „entweder selbst in einer Vertretungsmacht besteht oder wenigstens einer Vertretungsmacht in Inhalt und Bedeutung nahekommt" (Welzel § 56 B; grdl. Sax JZ 1977, 665ff, 702ff). Demgemäß ist für den TreubruchTB folgendes wesentlich:

46 1. Grundvoraussetzung ist eine **auf einem bestimmten Treueverhältnis beruhende Vermögensfürsorgepflicht** des Täters, und zwar aufgrund einer *besonderen Pflichtenstellung* gegenüber dem zu betreuenden Vermögen. Dafür kann nicht jede allgemeine Macht über fremdes Vermögen, wie sie sich etwa schon aus schlichter Gewahrsamsinhaberschaft oder der faktischen Nähe des Besitzdieners ergibt, genügen: Erforderlich ist vielmehr eine solche Macht über fremdes Vermögen, „die der Verfügungs- oder Verpflichtungsbefugnis des Mißbrauchstatbestands an inhaltlichem Gewicht gleichsteht oder doch nahekommt" (Sax JZ 1977, 703).

47 a) Als **Grundlage** für eine derartige Pflichtenstellung kommen sowohl rechtliche als auch tatsächliche Machtbeziehungen in Betracht:

48 aa) *Rechtliche* Basis für ein Treueverhältnis kann (ebenso wie beim MißbrauchsTB) sowohl das **Gesetz** (A 17; vgl. auch AStA-Fall OLG Hamm NJW 1982, 190) wie auch ein behördlicher **Auftrag** oder ein **Rechtsgeschäft** sein (A 18). Letzteres käme hier in Betracht, soweit man dem Sicherungsvertrag des HZA mit der A ihre Pflicht zur Wahrnehmung der Sicherungs- und Befriedigungsinteressen des Steuerfiskus entnimmt; so auch vorliegend der BGH (E 5, 12). – Doch selbst wenn es im Einzelfall an einem solchen rechtlich begründeten Pflichtverhältnis fehlt, ist damit der TreubruchTB noch nicht ausgeschlossen; denn:

49 bb) Auch sog. **tatsächliche Treueverhältnisse** kommen – insoweit über den MißbrauchsTB hinausgehend – als Grundlage einer Vermögensfürsorgepflicht in Betracht. Mit Zulassung solcher (nach Welzel als „sozialethisch" zu bezeichnender) Treueverhältnisse wollte das Gesetz vor allem jenen Fällen Rechnung tragen, in denen aus irgendwelchen Gründen das *Innenverhältnis* zwischen Täter und Vermögensinhaber *rechtlich nicht* (oder nicht mehr) *wirksam* ist. Danach können aus tatsächlichen Bindungen vor allem in folgenden Fällen Fürsorgepflichten erwachsen:

50 – Bei **beendeten Rechtsbeziehungen,** falls das Fürsorgeinteresse noch fortbesteht (wie etwa im Fall der Anscheinsvollmacht) oder der erteilte Auftrag erledigt ist, der Beauftragte jedoch weiterhin tätig bleibt: instruktiv dazu Auflassungs-Fall BGHSt 8, 149. Anders dagegen dort, wo durch Neugründung einer anderen GmbH die Vertrauensbasis zum bisherigen Treugeber weggefallen ist (Lenckner JZ 1973, 794ff gegen OLG Stuttgart NJW 1973, 1385).

51 – Bei **rechtsunwirksamen Treueverhältnissen,** sei es aufgrund anfänglicher Unwirksamkeit (z.B. Nichtigkeit einer Vollmacht) oder aufgrund rückwirkender Anfechtung (zahlr. Bsp. dazu bei Hübner LK § 266 Rn. 77f).

52 – Selbst *unsittliche oder gesetzwidrige* „Treueverhältnisse" sollen nach h.M. eine Vermögensfürsorgepflicht begründen können (so u.a. D-Tröndle Rn. 9a, Hübner LK Rn. 79, Lackner Anm. 4a, je zu § 266, M-Schroeder II/1 § 47 II A 2a; vgl. auch Sax JZ 1977, 706).

53 Dieser Auffassung hat sich (in Abweichung von der gegenteiligen RG-Rspr.) im *FDJ-Fall* **BGHSt 8, 254** auch der BGH angeschlossen: Dort hatte A, der für FDJ-Gelder verantwortlich war, die zu strafbaren Handlungen gegen die Bundesrepublik verwendet werden sollten, nach seinem Zerwürfnis mit der SED jene Gelder an sich genommen, um sich nach seiner Flucht in die Bundesrepublik damit eine Existenz aufzubauen. Gegen die Auffassung des LG, daß § 266 nur solche Treueverhältnisse schütze, die der Rechts- und Sittenordnung nicht widerstreiten, führt der BGH aus:

[257] „Zum Treubruchtatbestand gehört allgemein nicht, daß dieses Treueverhältnis und die aus ihm erwachsende Pflicht zur Vermögensfürsorge auf einem sittlichen Treueband beruht. Der sittliche Treuebegriff ... ist kein Tatbestandsmerkmal des § 266, mögen die pflichtbegründenden Beziehungen auch nicht selten einen solchen Einschlag haben. Eine Pflicht, fremde Vermögensinteressen wahrzunehmen, greift im Gegenteil bisweilen gerade dann Platz, wenn das Rechtsgeschäft, das der Beziehung zum Treugeber zugrundeliegt, wegen Gesetzes- oder Sittenverstoßes nichtig ist, so daß die verbleibenden Pflichten beider Teile nunmehr einem anderen, notwendigerweise allgemeinen Maßstab

A unterliegen müssen. Dieser allgemeine Maßstab kann jedoch ... nach der Gesetzeslage schon deshalb nicht in dem sittlichen Treuebegriff gefunden werden, weil dieser den Merkmalen des Treubruchtatbestandes auch sonst nicht zugrundeliegt. Der notwendige allgemein verbindliche Maßstab liegt vielmehr, wie bei den anderen Vermögensstraftaten, in dem überragenden Allgemeininteresse an der Ungestörtheit der öffentlichen Ordnung. *Dieses* Interesse gebietet es, daß sich die Beziehungen zwischen dem ‚Treuegeber' **[258]** und seinem Partner auch in solchen Fällen noch im Rahmen der Strafgesetze halten.

Das setzt die Klarstellung der unter solchen Umständen verbleibenden rechtlichen Vermögenssorgepflichten voraus. Da Wille und Interesse des ‚Treuegebers' auf rechtlich mißbilligte und demgemäß unbeachtliche Ziele oder Zwecke gerichtet sind, kann auch hier nur ein vom Recht im Interesse der öffentlichen Ordnung auferlegter äußerer Maßstab in Betracht kommen, der die Beachtung dieser verwerflichen Ziele ausschließt, jedoch in bezug auf das betreute Vermögen oder Vermögensstück auch jedes Verhalten des Verpflichteten verhindert, das die gesetzliche Ordnung in dem dargelegten Sinne stört. Daraus folgt erstens, daß von Untreue des Verpflichteten keine Rede sein kann, wenn er sitten- oder gesetzwidrigen Abreden mit dem Treugeber nur nicht nachkommt; denn ein solches Verhalten ist gesetzmäßig, eine solche Rechtspflicht kann daher nicht bestehen ... Dagegen ist es [zweitens] unerfindlich, warum der A nicht seinen allgemeinen Verwaltungspflichten ordnungsgemäß nachzukommen hatte, solange er sie beibehielt, und warum es ihm nicht verboten gewesen sein sollte, sich an dem Geld zu bereichern. Damit verletzte er die öffentliche Ordnung in derselben Weise wie – unter denselben äußeren Umständen – durch die Begehung eines anderen Vermögensverbrechens."

53a – Dieser Auffassung wäre jedenfalls dann zuzustimmen, wenn man im Treueverhältnis kein zusätzliches Schutzgut von § 266 erblickt; denn dann muß auch hier der Grundsatz gelten, daß es kein gegen Verletzung ungeschütztes Vermögen gibt (Nr. 10 A 19).

54 – Billigt man jedoch dem Vertrauensgedanken einen eigenen Schutzwert zu (A 6), so erscheint die Annahme eines Treubruchs bei einem unsittlichen bzw. gesetzwidrigen Verhältnis bedenklich (i. gl. S. Schönke-Schröder § 266 Rn. 32, Welzel § 56 B Ib).

55 b) Pflicht*inhalt* muß die **Wahrnehmung fremder Vermögensinteressen** sein. Damit ist jedenfalls für den TreubruchTB mehr erforderlich als das bloße Unterlassen einer Schädigung des betreuten Vermögens; vielmehr wird vom Fürsorgepflichtigen ein Erhalten, Gewinnen oder Vermehren wirtschaftlicher Werte erwartet (vgl. Hübner LK § 266 Rn. 21). Dementsprechend setzen auch die wahrzunehmenden Vermögensinteressen nicht unbedingt ein bereits bestehendes Vermögen voraus; vielmehr kann es auch überhaupt erst auf die *Gewinnung* von Vermögen gerichtet sein: z. B. auf Abschluß eines profitablen Kaufvertrags. – Im vorliegenden Fall war das Interesse des HZA auf Erhaltung des Sicherungs- bzw. Befriedigungsinteresses an den betroffenen Sicherungsgütern gerichtet (E 5, 12), ein zweifellos fürsorgefähiges Interesse.

56 c) Hinsichtlich der Art und Intensität der Pflicht muß die Vermögensfürsorge **typischer und wesentlicher Inhalt** des Treueverhältnisses sein. Denn gleich, ob sich die Fürsorgepflicht auf eine rechtliche (A 48) oder tatsächliche Grundlage (A 49) stützen läßt, ist sie nach ganz h. M. für § 266 doch nur dann beachtlich, wenn die „Wahrnehmung fremder Vermögensinteressen den Hauptgegenstand" des betreffenden Treueverhältnisses bildet (BGHSt 1, 186/9) bzw. „wesensbestimmend" dafür ist (M-Schroeder II/1 § 47 II A 2b; i. gl. S. hier E 6). Demzufolge darf es sich auch nicht um ganz *untergeordnete* oder *rein mechanische Arbeiten* handeln; vielmehr sind in Anlehnung an den MißbrauchsTB Fürsorgepflichten **von einigem Gewicht** zu verlangen (h. M. seit Betriebsobmann-Fall RGSt 69, 58/60). Wichtige *Beweisanzeichen* dafür können im Grad der Selbständigkeit, der Bewegungsfreiheit und Verantwortlichkeit des Verpflichteten sowie in Dauer, Umfang oder Art der Verrichtungen oder auch in der Höhe der anvertrauten Mittel liegen. Bei diesem Erfordernis eines bestimmten Pflichtgrades liegt meist der neuralgische Punkt des TreubruchTB. Aus der kaum noch überschaubaren Rspr-Kasuistik (vgl. Arzt/Weber IV 94ff, Hübner LK § 266 Rn. 35–58, S/S-Lenckner § 266 Rn. 24–27) sind insbes. folgende **Falltypen** hervorzuheben:

57 – Unstreitig ist die *Wesentlichkeit der Vermögensfürsorge* i. d. R. anzunehmen bei Spedition, Kommission und Geschäftsbesorgungsauftrag (vgl. Auflassungs-Fall BGHSt 8, 149, aber auch Öltransporter-Fall BGH NStZ 1982, 201), beim Vormund oder Beistand gegenüber dem Mündel (OLG Braunschweig NJW 1961, 2030), beim Vorsitzenden gegenüber seinem Verein (Bundesliga-Fall BGH NJW 1975, 1234), im Verhältnis des Architekten zum Bauherrn (BGH MDR/D 1969, 534), dagegen nicht hinsichtlich der Vermittlung von Geschäften bzw. der Einhaltung des Konkurrenzverbots (vgl. S/S-

A Lenckner § 266 Rn. 26), u. a. auch bei *Kassenverwaltern:* grdl. dazu Fahrkartenkassier-Fall BGHSt 13, 315, wo eine hinreichend gewichtige Fürsorgepflicht nicht zuletzt im Hinblick auf die Höhe der anvertrauten Vermögensmassen im „Einkassieren, Verwalten und Abliefern von Geld für den Auftraggeber" erblickt wurde; ähnlich OLG Hamm NJW 1973, 1809 zu einer mit der selbständigen und eigenverantwortlichen Kontrolle und Abwicklung der Warenverkäufe betrauten Kassiererin (vgl. Burkhardt NJW 1973, 2190, Sax JZ 1977, 748/9) sowie BGH GA 1979, 143 zu einer Lohnbuchhalterin. Auch bei Verwaltung zweckgebundener Gelder (wie z. B. Baukostenzuschüsse BGHSt 8, 271) wird in der Vermögensfürsorge eine Hauptpflicht erfüllt, ebenso in der Abwicklung von Grundstücksgeschäften (OLG Stuttgart NJW 1968, 1340/1).

58 – Dagegen kann aus *vertraglichen Beziehungen als solchen* noch *keine* Pflicht zur Wahrnehmung fremder Vermögensinteressen hergeleitet werden, auch nicht aus der Pflicht zur Vertragserfüllung. Daher begründet i. d. R. weder ein Darlehensvertrag (BGH GA 1977, 18) noch ein Reiseveranstaltungsvertrag (BGHSt 28, 20) eine Vermögensfürsorgepflicht. Entsprechendes gilt für einfache Kaufverträge, und zwar selbst dann, wenn ein Eigentumsvorbehalt vereinbart ist; denn wie der BGH im Falle eines sog. *verlängerten Eigentumsvorbehalts,* wo der Vorbehaltskäufer den Erlös aus weiterveräußerten Waren vertragswidrig nicht an den Lieferanten abgeführt hatte, in **BGHSt 22, 190** feststellt:

59 **[191]** „Die Pflicht, einen Vertrag zu erfüllen und dabei auf die Interessen des Vertragsgegners Rücksicht zu nehmen, ist noch keine Treuepflicht i. S. des § 266. Die bloße Nichterfüllung einfacher Kaufvertragsverpflichtungen fällt daher nicht unter die Strafdrohung der genannten Vorschrift. Um mehr handelt es sich auch hier nicht ... [Denn ein Käufer hat] auch dann nicht die vertragliche Hauptpflicht, Vermögensinteressen des Verkäufers wahrzunehmen, wenn dieser sich das Eigentum an der Ware vorbehalten und den Käufer ermächtigt hat, sie in eigenem Namen weiterzuveräußern, und wenn der Käufer es übernommen hat, den Erlös jeweils an den Verkäufer abzuführen. Hauptpflicht des Vertrages ist, soweit es sich um den Käufer handelt, auch in diesem Falle nur dessen Verpflichtung, den Kaufpreis zu zahlen. Die Vereinbarung über die Abführung des Erlöses regelt lediglich die Art, in der diese Hauptverpflichtung zu erfüllen ist ..." **[192]** [Daran ändere sich auch dann nichts, wenn der Käufer zur getrennten Verwahrung des Erlöses aus den Waren verpflichtet gewesen sei, da] „durch Sicherungsvereinbarungen solcher Art die Wahrnehmung fremder Vermögensinteressen durch den Schuldner jedenfalls dann nicht zum wesentlichen Inhalt der zwischen ihm und dem Gläubiger bestehenden Rechtsbeziehungen wird, wenn das Verlustrisiko des Geschäfts, wie es beim Kauf zum Zwecke des Weiterverkaufs typischerweise der Fall ist, allein beim Schuldner liegt. Es ist nicht der Sinn des § 266, die Ansprüche des Lieferanten aus solchem Geschäft strafrechtlich zu schützen."

60 – Ebenso *verneint* wird eine Vermögensfürsorgepflicht des Mieters gegenüber dem Vermieter (OLG Oldenburg NJW 1952, 1267), des Bankkunden gegenüber der Bank bei fehlerhafter Gutschrift (vgl. BGH MDR/D 1975, 22) oder des Arbeitnehmers gegenüber dem Arbeitgeber (OLG Köln NJW 1967, 836 bzgl. Lohnpfändung). Auch innerhalb von „Tippgemeinschaften" fehlt es i. d. R. an einer gegenseitigen Fürsorgepflicht (BGH MDR 1955, 180; strenger jedoch BayObLG NJW 1971, 1664). Um eine nur *untergeordnete* bzw. *mechanische* Tätigkeit, die nicht von § 266 erfaßt ist, handelt es sich nach RGSt 69, 58/60 etwa beim „Überbringer einer Quittung, dem Kellner, Lohnkutscher, Hausverwalter, Milchmann oder Bäckerjungen".

61 Was ergibt sich aus alledem für den *vorliegenden* Fall? Da der A die fraglichen Sicherungsgüter von beträchtlichem Wert zur weiteren wirtschaftlichen Benutzung überlassen blieben, handelt es sich nicht nur um eine untergeordnete, sondern eine durchaus gewichtige Verwahrung und Verwaltung fremder Vermögensgüter. Auch bilden die in Frage stehenden Sicherungsübereignungsverträge eine hinreichende Grundlage für ein Treueverhältnis: Zwar nicht insoweit, als es lediglich um die Erfüllung des Grundgeschäftes geht, wohl aber aufgrund der zusätzlichen Abmachungen der A mit dem HZA, wonach nicht nur die Sicherung, sondern auch die *Befriedigung* aus den der A überlassenen Sicherungsgütern vereinbart war (E 5). Vgl. auch Sicherungsabtretungs-Fall BGH MDR/H 1978, 625.

62 3. Als **Tathandlung** ist für den TreubruchTB eine **Verletzung der Vermögensfürsorgepflicht** erforderlich. Im Unterschied zum MißbrauchsTB (A 19) braucht die Verletzungshandlung hier *nicht* unbedingt den Charakter einer *rechtsgeschäftlichen* Verfügung oder Verpflichtung zu haben (vgl. aber Otto II § 54 III 1 d); vielmehr genügt nach h. M. jedes Handeln oder Unterlassen, das im Widerspruch zur Treupflicht des Täters

A steht, namentlich also auch die *tatsächliche Einwirkung* auf das fremde Vermögen, wie etwa Geldentnahme aus der verwalteten Kasse (Fahrkartenkassier-Fall BGHSt 13, 315/9), Vernichtung von Urkunden oder Nichtabwendung drohender Gefahren (vgl. BGHSt 5, 187/91), wie etwa das Verjährenlassen einer Forderung (Anwalt-Fall BGH NJW 1983, 461). Soweit es um die Wahrnehmung von „*Verwaltungsbefugnissen*" geht, kann die Pflichtverletzung sowohl in der Nichtdurchführung der Aufsicht über fremdes Vermögen wie auch in der Verschleierung des fremden Vermögensbestandes oder in der Vereitelung eines Vermögenszuwachses liegen (näher Sax JZ 1977, 747ff). Weitere Beispiele bei Hübner LK § 266 Rn. 81ff.

63 Wie hat *vorliegend* die A ihre Fürsorgepflichten verletzt? Im Fall 1 durch Verheimlichen des Verkaufs der Sicherungsgüter und abredewidrigen Verbrauch des Erlöses (E 7), in Fall 2 bereits durch Nichtanzeige der Verkäufe und Verschleierung der Sicherungsabtretungen an den Steuerfiskus, so daß das HZA die sich daraus ergebenden Rechte nicht geltend machen konnte (E 12).

64 **IV. Vermögensschädigung.**

Sowohl für den MißbrauchsTB wie für den TreubruchTB ist ferner erforderlich, daß der Täter durch seine Pflichtverletzung „*dem, dessen Vermögensinteressen er zu betreuen hat, Nachteil zufügt*".

65 1. Diese Zufügung eines *Nachteils* ist im Grundsatz gleichbedeutend mit der Vermögensschädigung i. S. von § 263 (vgl. Konkursverwalter-Fall BGHSt 15, 342). Daher können sowohl die zum **Vermögensbegriff** wie auch zu den **Schadenskriterien** entwickelten Grundsätze hier entsprechende Anwendung finden: vgl. insbes. die Fälle Nr. 10 und 13, 14, sowie S/S-Lenckner § 266 Rn. 39ff m. w. N; spez. zu Vermögensgefährdung bei Kreditgeschäften Nack NJW 1980, 1599. – Danach lag im Eigenverbrauch des Erlöses aus den Sicherungsgütern zumindest eine schadensgleiche Gefährdung der Sicherungs- und Befriedigungsinteressen des Steuerfiskus (vgl. E 7, 11f). – Darüber hinaus ist jedoch bei § 266 jeweils noch folgendes zu beachten:

66 2. Die **Identität zwischen verletztem und zu betreuendem Vermögensinteresse** (bzw. Vermögensinhaber): Daran fehlt es etwa dort, wo der Vormund dem Gläubiger seines Mündels, nicht aber diesem selbst Schaden zufügt (S/S-Lenckner § 266 Rn. 47). Da diese Identitätsfrage ebenso wie die Schadensfeststellung nach *wirtschaftlichen* Gesichtspunkten zu beurteilen ist, ist sie in Fällen verdeckter Stellvertretung etwa auch dort zu bejahen, wo das Treueverhältnis formal nicht mit dem Geschädigten selbst, sondern mit seinem Stellvertreter begründet wurde (vgl. Schröder JR 1963, 394/395); zu weiteren (teils noch strittigen) Einzelpunkten Hübner LK § 266 Rn. 89, 94.

67 3. Nach dem **Kompensationsprinzip** (Nr. 13 A 18) kommt zwar auch bei § 266 ein Ausgleich des Schadens durch gleichzeitig zufließende Vermögensvorteile in Betracht (vgl. Konkursverwalter-Fall BGHSt 15, 342/4 m. Anm. Schröder JR 1961, 267/8; ferner Anderkonto-Fall BGH NStZ 1982, 331). Jedoch muß der nachteilsausgleichende Vorteil bereits *durch die Pflichtverletzung selbst* und nicht erst durch nachträgliche Wiedergutmachung oder sonstige Glücksumstände herbeigeführt sein. Daher hat in Fall 1 der BGH der künftigen Verwertung der restlichen Sicherungsgüter zu Recht den schadensausgleichenden Charakter abgesprochen (E 9).

68 4. Besondere Schwierigkeiten kann die Schadensfeststellung bei sog. **Risikogeschäften** aufwerfen, wenn der Geschäftsführer die Grenzen seiner internen Vollmacht glaubt überschreiten zu müssen, um einen sonst unvermeidlichen Schaden abzuwenden (instruktiv Bundesliga-Fall BGH NJW 1975, 1234: Verwendung von Vereinsvermögen zur Bestechung fremder Spieler zwecks Klassenerhalt). Schlägt das Geschäft letztlich fehl, so wird teils nach den Regeln des „erlaubten Risikos" die *Rechtswidrigkeit* verneint (vgl. Schwinge-Siebert 46), teils mangels Zumutbarkeit die Tatverantwortung und damit die *Schuld* (M-Schroeder II/1 § 47 II A 3b), richtigerweise aber wohl bereits die *Tatbestandsmäßigkeit* abgelehnt, vorausgesetzt freilich, daß sich der Geschäftsführer im Rahmen des Risikos, wie es bei ordnungsgemäßer Geschäftsführung immer wieder auftreten kann, hält (dies zweifelhaft im Bundesliga-Fall: Bringewat JZ 1977, 667, Schreiber-Beulke JuS 1977, 658; vgl. auch Unterpreisverkaufs-Fall BGH MDR/H 1982, 624), oder daß er im mutmaßlichen Einverständnis des Geschäftsherrn handelt (Hübner LK § 266 Rn. 84, 101, S/S-Lenckner § 266 Rn. 20, 48). Anderenfalls ist die Vermögensschädigung rechtswidrig. Eingehend zum Ganzen Hillenkamp NStZ 1981, 161.

A 69 V. Subjektive Tatseite.

1. Eine bestimmte Bereicherungs- bzw. sonstige **Vorteilsabsicht** ist hier **nicht** erforderlich. Insofern handelt es sich bei der Untreue – im Unterschied zu den Vermögens*verschiebungs*delikten des Betrugs und der Erpressung – lediglich um ein einseitiges Vermögens*schädigungs*delikt, dessen Tatbestand bereits durch eine mißbräuchliche bzw. treuwidrige Schädigung des zu betreuenden Vermögens erfüllt ist (A 3).

70 2. Für den **Vorsatz** genügt durchwegs dolus eventualis (vgl. Raiffeisenbank-Fall BGH NJW 1979, 1512 m. Anm. Otto ebd. 2414). Angesichts der objektiv weiten Fassung des § 266 sind an den Vorsatznachweis jedoch strenge Anforderungen zu stellen (vgl. Bundesliga-Fall BGH NJW 1975, 1234/6). Das gilt insbes. für den Schädigungsvorsatz, der etwa dann zweifelhaft sein kann, wenn der Täter glaubt, durch anweisungswidrige Geschäftsführung ansonsten noch größere Vermögensnachteile abwenden zu können (vgl. Hübner LK § 266 Rn. 102 m. w. N.) oder wo die Vernachlässigung einer Fürsorgepflicht sogar gegen die eigenen Interessen verstößt (vgl. Anwalt-Fall BGH NJW 1983, 461). Einen solchen Vorsatzmangel hat der BGH jedoch vorliegend zu Recht verneint (E 8).

71 **VI. Rechtfertigung.**

Für eine solche glaubte sich vorliegend die A auf „übergesetzlichen Notstand" (jetzt § 34) berufen zu können. An sich ist das grundsätzlich auch bei § 266 möglich, da selbstverständlich auch hier die allgemeinen Rechtfertigungsgründe durchgreifen. Neben der *Einwilligung* des Vermögensinhabers in ein für ihn nachteiliges Geschäft wird insbesondere auch der Widerstreit zwischen der Wahrnehmung fremder und eigener Interessen keine Seltenheit sein. So etwa wurde im *Musikakademie-Fall* **BGHSt 12, 299** die vorübergehende Gefährdung öffentlicher Mittel zwecks Rettung sonst verlorener weitaus höherer Privatmittel als gerechtfertigt angesehen (vgl. StrafR I Nr. 12 A 21, 27f). Im Unterschied zu dort, wo es nur um eine kurzfristige Abdeckung mit Hilfe fremder Mittel ging, war hier jedoch von der A ein endgültiger Entzug der dem Steuerfiskus zustehenden Sicherungsgüter bezweckt: Also weniger deshalb, weil die Treuepflicht gegenüber dem Gläubiger höher zu bewerten sei als die Weiterbeschäftigungsinteressen der Arbeitnehmer (so aber der BGH bei E 13), sondern weil A den *endgültigen* Entzug der Sicherungsgüter des Fiskus bezweckt hat und nicht dargetan ist, daß die Weiterbeschäftigung nicht auch auf anderem Wege erreichbar war, wurde eine Rechtfertigung der Untreue i. E. zu Recht verneint. Vgl. auch die AStA-Fälle BGHSt 30, 247, OLG Hamm NJW 1982, 190 zu (verneinter) Rechtfertigung aus „allgemeinpolitischem Mandat".

72 **VII. Täterschaft bei § 266.**

Zusatzfrage: Gesetzt den Fall, daß die A nicht Inhaberin, sondern lediglich Prokuristin der fürsorgepflichtigen Firma wäre, könnte sie dann den Untreuetatbestand trotzdem als *Täterin* verwirklicht haben? Dazu ist zweierlei zu beachten:

73 1. Auf der einen Seite der Charakter des § 266 als sog. **Sonderdelikt:** Da ein solches immer nur von dem täterschaftlich begangen werden kann, der selbst die fragliche Sondereigenschaft besitzt (vgl. StrafR II Nr. 38 A 28, Nr. 39 A 8f), kann auch *Täter* einer Untreue *nur* sein, *wer selbst in einem Betreuungsverhältnis zu dem betroffenen Vermögen steht.* Das sind im Rahmen von Vertragsverhältnissen grundsätzlich nur die Vertragspartner, so daß die Fürsorgepflicht i. d. R. *nicht* den Geschäftsführer, sondern den Geschäfts*herrn* trifft. Unter solchen Umständen kann immer nur dieser Täter sein, während sein für ihn handelnder Vertreter lediglich als Anstifter oder Gehilfe strafbar wäre (h. M.), es sei denn, daß diesem aufgrund besonderer Umstände ebenfalls eine Fürsorgepflicht gegenüber dem betroffenen Vermögen obliegt; dazu wie auch zu den problematischen *Strohmannfällen* näher BGHSt 13, 330, Hübner LK § 266 Rn. 79, 94, S/S-Lenckner § 266 Rn. 52ff. Da in der Treupflicht ein „täterbezogenes" Merkmal zu erblicken ist (vgl. A 6), kommt dem nichttreupflichtigen Teilnehmer § 28 I zugute (h. M.: vgl. Hübner LK § 266 Rn. 105, M-Schroeder II/1 § 47 II B 6; and. S/S-Lenckner § 266 Rn. 52).

74 2. Andererseits kann jedoch aufgrund der *allgemeinen* **Organ- und Vertreterhaftung** nach § 14 auch ein Geschäftsführer oder leitender Angestellter zum Täter einer Untreue werden, wenn er unter den Voraussetzungen jener Haftungserweiterung für den eigentlichen Treupflichtigen handelt. Auf diesem Wege könnte daher die A auch als bloße

A Prokuristin zur Täterin einer Untreue werden (vgl. S/S-Lenckner § 14 Rn. 10a). Diese Organ- und Vertreterklausel ist vor allem überall dort bedeutsam, wo der eigentliche Treupflichtige eine nichthandlungsfähige Person (juristische Person, Handelsgesellschaft) ist, die sich zur Ausführung ihrer Verpflichtungen jeweils einer natürlichen Person bedienen muß. Und das ist gerade im Anwendungsbereich der Untreue keine Seltenheit.

75 **VIII. Ergebnis – Konkurrenzen.**

1. Da vorliegend die A *selbst* dem Steuerfiskus gegenüber treupflichtig war, hat sie sich im Fall 1 einer Untreue in Form des TreubruchTB, im Fall 2 nach beiden TB-Alternativen strafbar gemacht.

76 2. Darüber hinaus hatte der BGH in der Veräußerung der für die A fremden Sachen auch eine **Unterschlagung** erblickt (hier nicht abgedruckt). Hätte er dies auch noch nach BGHSt 14, 38 tun können? Oder wäre danach § 246 bereits *tatbestandlich* auszuschließen? Näher dazu Inkasso-Fall Nr. 5, insbes. A 16ff. Jedenfalls soll nach h. M. Unterschlagung spätestens auf Konkurrenzebene als mitbestrafte Vor- bzw. Nachtat hinter Untreue zurücktreten (vgl. S/S-Lenckner § 266 Rn. 55 m. w. N.). Das ist freilich deshalb problematisch, weil die Untreue lediglich ein Vermögens*schädigungs*delikt darstellt (A 70) und bei Verdrängung der Unterschlagung der darin liegende Vermögens*verschiebungs*unwert (vgl. Nr. 1 A 12, Nr. 5 A 9) nicht miterfaßt würde.

77 – Mit anderen *Vermögens-* und *Eigentumsdelikten* kommt durchweg Idealkonkurrenz in Betracht, es sei denn, daß durch die Untreue der bereits eingetretene Schaden nicht weiter vertieft wird, diese also lediglich als straflose Nachtat zu behandeln ist (vgl. etwa BGHSt 6, 67).

78 3. Etwaige **besondere Untreuetatbestände** in handels- und wirtschaftsrechtlichen Gesetzen gehen nach Spezialitätsgrundsätzen i. d. R. dem § 266 vor. Dazu wie auch zu sonstigen Konkurrenzproblemen eingehend Hübner LK § 266 Rn. 144ff.

Schrifttum: Allg. zur **Untreue** vgl. neben den Kommentaren zu § 266 *Arzt/Weber* IV B; *Blei* II § 65; *Bockelmann* II/1 § 18; *Haft* II § 28; *Kohlmann,* Wider die Furcht vor § 266, JA 1980, 228; *Krey* II Fall 66–68; *M-Schroeder* II/1 § 47; *Otto* II § 54; *Schmidhäuser* II 11/61–68; *Seelmann,* Grundfälle zu den Straftaten gegen das Vermögen als Ganzes, JuS 1982, 916; 1983, 32; *Welzel* § 56; *Wessels* II/2 § 18. Zu **Einzelfragen:** *Arzt,* Zur Untreue durch befugtes Handeln, Bruns-FS 365; *Baumann,* Der strafrechtliche Schutz bei den Sicherungsrechten des modernen Wirtschaftsverkehrs, 1956; *Bringewat,* Finanzmanipulation im Ligafußball – ein Risikogeschäft?, JZ 1977, 667; *Bruns,* Untreue im Rahmen rechts- oder sittenwidriger Geschäfte?, NJW 1954, 857ff; *Burkhardt,* Zu einer restriktiven Interpretation der Treubruchshandlung, NJW 1973, 2190; *Dunkel,* Erfordernis und Ausgestaltung des Merkmals „Vermögensbetreuungspflicht" im Rahmen des Mißbrauchstatbestandes der Untreue, 1976; *Gribbohm,* Treubruch und Vermögensnachteil bei der Untreue, JuS 1965, 389; *Hillenkamp,* Risikogeschäft und Untreue, NStZ 1981, 161; *Neye,* Die „Verschwendung" öffentlicher Mittel als strafbare Untreue, NStZ 1983, 369; *Otto,* Bargeldloser Zahlungsverkehr und Strafrecht, 1978; *Sax,* Überlegungen zum Treubruchstatbestand des § 266 StGB, JZ 1977, 663, 702, 743; *Schreiber-Beulke,* Untreue durch Verwendung von Vereinsgeldern zu Bestechungszwecken, JuS 1977, 656; *Schröder,* Konkurrenzprobleme bei Untreue und Unterschlagung, NJW 1963, 1958; *Schwinge-Siebert,* Das neue Untreuestrafrecht, 1933.

– **Speziell** zum *Scheckkartenmißbrauch* (A 38ff) vgl. *Bringewat* GA 1973, 353; *Dunkel* GA 1977, 329; *Gössel* MDR 1973, 177; *Heimann-Trosien* JZ 1976, 549; *Hübner* JZ 1973, 407; *D. Meyer* JuS 1973, 211, MDR 1972, 668; *Schröder* JZ 1972, 207; *Seebode* JR 1973, 117; *Sennekamp* MDR 1971, 638; *Vormbaum* JuS 1981, 713; *Zahrnt* NJW 1972, 277.

Hehlerei (§ 259) – Mitwirkung an der Vortat – Begünstigung (§ 257)

BGHSt 13, 403: Aluhandel-Fall

4 StR 270/59 vom 20. 11. 1959 = NJW 1960, 541

SV **Sachverhalt:** Schrotthändler A trat an K mit der Frage heran, ob er ihm Schrott- oder Metallabfälle besorgen könnte. Darauf stahl K innerhalb von 3 Jahren 14 Tonnen Aluminiumabfälle und teils auch Aluminiumblöcke im Wert von etwa 30000 DM. In einigen Fällen stellte A seinen Pkw zum Abtransport der Diebesbeute zur Verfügung, wobei er gelegentlich auch selbst beim Aufladen des Diebesguts mithalf oder außerhalb des Fabrikhofes auf seinen beladenen Pkw wartete, um ihn mit der Beute in Empfang zu nehmen. Die von ihm erworbenen Gegenstände veräußerte er sodann weiter.

P **Zur Problemstellung:** Daß K wegen fortgesetzten Diebstahls strafbar war, stand außer Frage. Wie aber hat sich A strafbar gemacht: Nur wegen *Beihilfe zum Diebstahl* (so das LG, da A nur mit Gehilfenwillen gehandelt habe)? Oder käme auch Anstiftung oder gar Mittäterschaft in Betracht?

– Doch wie auch immer die Teilnahme des A an der Vortat des K zu beurteilen ist: Könnte A sich wegen Erwerbs des Diebesgutes auch noch wegen *Hehlerei* (§ 259) strafbar gemacht haben?

– Aber: Könnte dem entgegenstehen, daß der *Dieb nicht zugleich Hehler* sein kann? Oder wäre von diesem Grundsatz der Unvereinbarkeit von täterschaftlichem Diebstahl mit Hehlerei eine Ausnahme etwa dort zu machen, wo nur Anstiftung oder Beihilfe zur Vortat vorliegt?

– Wie weit muß überhaupt die *Vortat* bereits gediehen sein, damit als Anschlußtat Hehlerei möglich ist?

– Welche der verschiedenen *Tatmodalitäten* der Hehlerei kam vorliegend in Betracht?

Mit dem LG davon ausgehend, daß sich A lediglich der Beihilfe zum Diebstahl strafbar gemacht hatte, meint der BGH dazu:

E 1 **Aus den Gründen: [405]** [Der A wendet sich dagegen,] „daß er wegen Hehlerei *und*
2 Beihilfe zum Diebstahl verurteilt worden ist. Hiergegen sind rechtliche Bedenken nicht zu erheben. Wie der GSSt in BGHSt 7, 134ff entschieden hat, sind Anstifter und Gehilfen der Vortat, die im Anschluß an die Vortat Hehlereihandlungen begehen, nicht nur der Anstiftung und Beihilfe zur Vortat, sondern auch der Hehlerei schuldig, und zwar auch dann, wenn sie bereits bei der Teilnahmehandlung auf die Beute abzielten ...

3 Im übrigen ist A der Auffassung, daß selbst vom Boden dieser Entscheidung aus im vorliegenden Falle eine Verurteilung wegen beider Straftaten nicht hätte erfolgen dürfen. Er ist der Meinung, der GSSt habe die Frage, ‚in welchen Fällen der Hehler wegen *ein und*
4 *derselben Handlung* zugleich als Diebstahlsgehilfe zu bestrafen ist', offengelassen. Richtig ist allerdings, daß Hehlerei eine abgeschlossene Vortat voraussetzt und das Ansichbringen, Ankaufen usw. sich an diese anschließen muß. Liegt bereits vorher ein Ansich-
5 bringen vor, so kommt Hehlerei nicht in Frage. In den Fällen, in denen A lediglich den Wagen den Vortätern zur Verfügung stellte oder außerhalb des Fabrikhofs das Diebesgut in Empfang nahm, besteht kein Zweifel, daß er die Herrschaftsgewalt über die Sachen erst erlangte, nachdem der Diebstahl – mit Verlassen des Fabrikhofs seitens der Diebe
6 und der dadurch erfolgten Begründung ihres Gewahrsams – vollendet war. Bedenken könnten nur in den Fällen auftauchen, **[406]** in denen er beim Aufladen im Fabrikhof mithalf. Aber auch hier hat er die Herrschaftsgewalt noch nicht zu der Zeit erlangt, als der Diebstahl noch nicht beendet war, also noch nicht beim Aufladen im Fabrikhof. Denn das
7 LG hat angenommen, daß A nur mit Gehilfenvorsatz tätig wurde. Für den Gehilfen ist die Tat des Diebes eine fremde. Daher liegt ein Ansichbringen oder Ankaufen durch den *Gehilfen,* also die Begründung einer eigenen Herrschaftsgewalt als Hehler solange nicht vor, als der Diebstahl noch nicht vollendet ist. Denn bis zu diesem Zeitpunkt liegt die Tatherrschaft beim Dieb. Infolgedessen besitzt der Gehilfe, für den die Sachen weggenommen werden, auch noch keine eigene Herrschaftsgewalt. Der Gehilfe erlangt sie vielmehr erst, wenn die für ihn fremde und allein der Tatherrschaft des Vortäters unterliegende Diebstahlstat vollendet ist. Erst dann kann eine Herrschaftsgewalt für einen anderen entstehen. Daher hat A frühestens in dem Augenblick, in welchem der Täter den Fabrikhof verließ und den Diebstahl durch Begründung eigenen Gewahrsams vollendete, eine eigene Herrschaftsgewalt als Hehler begründet, also erst dann, als ihm die Sachen

E 8 nunmehr zur eigenen Verfügungsgewalt übertragen wurden. Auch dem kriminalpolitischen Grundgedanken, von dem der GSSt geleitet war, würde es widersprechen, wenn jemand, der lediglich durch Rat oder durch Zurverfügungstellung der Mittel für die Ausführung des Diebstahls Hilfe geleistet hat, wegen Beihilfe an der Vortat *und* wegen Hehlerei bestraft werden würde, derjenige jedoch, der über diese Beteiligung hinausgegangen ist und durch eigene Tätigkeit bei der Ausführung des Diebstahls – also hier durch Beteiligung am Aufladen des Diebesgutes – Beihilfe geleistet hat, nur wegen *einer* Straftat, Beihilfe zum Diebstahl *oder* Hehlerei, bestraft werden könnte.

9 ... Die Frage, ob in Fällen dieser Art wegen des engen zeitlichen Zusammenhangs der Vollendung des Diebstahls und des Ansichbringens durch den Hehler Tateinheit **[407]** oder ob hier Tatmehrheit anzunehmen ist, braucht nicht entschieden zu werden, da A durch die Annahme der Tateinheit nicht beschwert ist."

A 1 **Zur Erläuterung und Vertiefung:** Hinter den scheinbar recht speziellen Fragen dieser Entscheidung stecken in Wirklichkeit einige Kernprobleme der Hehlerei. Um sie richtig einordnen zu können, empfiehlt sich eine Durchprüfung der einzelnen TBelemente in der Reihenfolge, wie dies auch in praktischen Fallbearbeitungen notwendig ist. Zunächst ausgehend von der *Grundstruktur* der Hehlerei (I) bedarf die Frage nach der erforderlichen *Vortat* (II) und ihrer Verbindung mit den eigentlichen *Hehlereimodalitäten* (III) einer eingehenden Betrachtung. Nach Hervorheben der wesentlichen *subjektiven* Elemente (IV) ist abschließend noch auf *Qualifikationen* des § 259 (V) sowie auf die ähnlich strukturierte *Begünstigung* (VI) hinzuweisen.

2 **I. Grundstruktur der Hehlerei.**

Wie bei E 4 zutreffend angedeutet, handelt es sich bei der Hehlerei (ähnlich wie bei der Begünstigung: A 83) um ein sog. **Anschlußdelikt.** Das bedeutet, daß dem eigentlichen *Hehlereiakt* des Verschaffens oder Absetzens (A 42ff) jeweils eine bestimmte *Vortat* vorausgegangen sein muß. Im jetzigen § 259 ist dieses Erfordernis in die Formel gefaßt, daß die Sache „gestohlen oder sonst durch eine gegen fremdes Vermögen gerichtete rechtswidrige Tat erlangt" ist. Daraus ist zweierlei zu entnehmen:

– **Tatobjekt** einer Hehlerei kann immer nur eine **Sache** sein, wobei es jedoch gleichgültig ist, ob es sich um eine bewegliche oder unbewegliche (RGSt 56, 335/6), um eine fremde oder herrenlose (Wild) oder um eine eigene Sache des Vortäters oder Erwerbers handelt (vgl. A 22ff). Daher kann zwar nicht ein betrügerisch erlangtes Grundpfandrecht, wohl aber der miterlangte Grundschuldbrief Gegenstand der Hehlerei sein (BGH NJW 1978, 710 m. Anm. Lackner/Müller JR 1978, 345).

– Das Hehlereiobjekt muß **durch** eine strafbare **Vortat erlangt** sein.

3 **II. Schutzgut und Vortat-Erfordernis.**

Das vorerwähnte Erfordernis einer Vortat bedarf in vierfacher Richtung einer Klärung: hinsichtlich des Charakters der Vortat (A), ihres Verwirklichungsgrades (B), der Unmittelbarkeit des Erlangungsaktes (C) sowie des zeitlichen Verhältnisses zwischen Vortat und Hehlereiakt (D).

4 **A. Vermögensbezug der Vortat.**

1. Der *allgemeinen* **Deliktsnatur** nach kommen als Vortat sowohl *Verbrechen* als auch *Vergehen* in Betracht. Entscheidend ist also, daß die Vortat kriminellen Charakter hat und Strafe nach sich ziehen kann (vgl. § 11 I Nr. 5 sowie S/S-Stree § 259 Rn. 7ff). Kann der Erlangungsakt daher nur als *Ordnungswidrigkeit* bzw. nur disziplinarrechtlich geahndet werden, so scheidet er als Vortat für § 259 aus (vgl. BGH MDR/D 1975, 543).

5 2. Strittig war jedoch lange, ob die Vortat einen bestimmten **Vermögensbezug** haben muß. Die Antwort darauf hängt entscheidend vom spezifischen **Schutzgut** des § 259 ab. Dazu hatten sich auf der Basis des § 259 a. F., wonach der hehlerische Akt lediglich auf eine „mittels einer strafbaren Handlung erlangten" Sache gerichtet sein mußte, im wesentlichen drei Auffassungen entwickelt:

6 a) Nach der sog. **Nutznießungs-** oder **Ausbeutungstheorie** war das Wesen der Hehlerei in der eigennützigen Ausbeutung strafbaren Erwerbs zu sehen (vgl. Kantorowicz, Tat und Schuld, 1933, S. 187, Geerds GA 1958, 129/31 sowie gelegentlich auch die Rspr: OLG Düsseldorf SJZ 1949, 204/7, OLG Koblenz DRZ 1950, 69). Da dadurch das Schwergewicht einseitig auf die subjektive *Vorteilsabsicht* des Hehlers gelegt wird, läßt sich aus dieser letztlich am „Tätertyp" des Hehlers orientierten Konzeption für den Charakter der Vortat nichts Verbindliches entnehmen.

A 7 b) Demgegenüber erblickt die heute vorherrschende und inzwischen auch durch die Neufassung des § 259 bestätigte **Perpetuierungs-** bzw. **Aufrechterhaltungstheorie** den Unwert der Hehlerei darin, daß der Hehler den durch die Vortat geschaffenen rechtswidrigen Vermögenszustand durch einverständliches Zusammenwirken mit dem Vortäter aufrechterhält (Grundschuldbrief-Fall BGH NJW 1978, 710, Blei II § 72 III, D-Tröndle § 259 Rn. 1, Ruß LK § 259 Rn. 1 m.w.N.). Primäres, wenn nicht ausschließliches Schutzgut des § 259 ist danach das **Vermögen.** Demzufolge muß die Vortat einen *Angriff gegen fremde Vermögensrechte* darstellen. Zwar braucht es sich dabei nicht unbedingt um Vermögensdelikte i.e.S. (wie Betrug, Erpressung, Untreue) zu handeln; entscheidend ist jedoch, daß die Vortat „ohne Rücksicht auf ihre systematische Einordnung in ihrer praktischen Auswirkung fremde Vermögensrechte verletzt und einen gesetzlich mißbilligten Vermögenszustand herbeiführt" (M-Schroeder II/1 § 50 II 1c). Dies ist über den (hier vorliegenden) Diebstahl hinaus bei allen Eigentumsdelikten (§§ 246, 248a, 249ff), bei Straftaten gegen spezialisierte Vermögenswerte (§§ 248b, 289ff), aber etwa auch bei Urkundenfälschung (§§ 267ff), Begünstigung (§ 257) oder einem Konkursdelikt (BGH MDR/H 1977, 283) der Fall. Auch eine durch Hehlerei erlangte Sache kann danach erneut gehehlt werden: sog. „Kettenhehlerei" (vgl. Ölgemälde-Fall BGHSt 27, 45).

8 – Wie aber, wenn beispielsweise ein Beamter als Gegenleistung für eine Amtshandlung ein Schmuckstück erhält und er dies an seine eingeweihte Verlobte weiterverschenkt? Zwar ist auch in einem solchen Fall die Sache mittels einer strafbaren Handlung, nämlich durch Vorteilsannahme nach § 331 erlangt; da dies jedoch nicht durch Verletzung fremden Vermögens geschehen ist (denn der Bestecher hat das Bestechungsgeld ja freiwillig hingegeben), fehlt es nach der Perpetuierungstheorie an einer geeigneten Vortat für Hehlerei, so daß die V straflos bleiben müßte. Nicht zuletzt solchen Lücken sucht eine dritte Auffassung abzuhelfen:

9 c) Die sog. **Restitutionsvereitelungstheorie,** die den Unwert der Hehlerei darin erblickt, daß die Rückgängigmachung der durch die Vortat geschaffenen rechtswidrigen Besitzposition verhindert wird (Schönke-Schröder § 259 Rn. 1, Stree JuS 1961, 50/2ff, Otto, Vermögensschutz 90ff). Die besondere Pointe dieser Auffassung ist am leichtesten zu erfassen, wenn man auf den *Erfolg* der Vortat blickt: Während nach der Perpetuierungstheorie die Sache unter Verletzung fremder Vermögensinteressen erlangt sein muß, d.h. ein *rechtswidriger Vermögenszustand* aufrechterhalten werden soll, kommt es der Restitutionsvereitelungstheorie allein auf die Widerrechtlichkeit der *Besitzposition* des Vortäters an, deren Behebung durch den Hehler vereitelt wird. Und da eine solche Besitzposition auch durch Verletzung öffentlicher Interessen erlangt sein kann, können nach dieser Auffassung über Vermögensdelikte hinaus auch sonstige Straftaten, die dem Täter eine widerrechtliche Besitzposition verschaffen, taugliche Vortat einer Hehlerei sein: so neben Verwahrungs- und Verstrickungsbruch (§§ 133, 136) insbes. auch Bestechung oder sonstige Delikte gegen Allgemeininteressen (Schönke-Schröder § 259 Rn. 9). Demzufolge wäre im Ausgangsbeispiel die V nach § 259 strafbar.

10 d) Welcher Ansicht ist zuzustimmen? Während die (schon seit längerem kaum noch vertretene) Nutznießungstheorie (A 6) nur die Ausbeutungsabsicht des Hehlers zu erfassen vermochte und letztlich auf der überholten Konzeption einer „Teilnahme an deliktischem Gewinn" beruhte (vgl. M-Schroeder II/1 § 50 I C 3), gerät die Restitutionsvereitelungstheorie (A 9) in Gefahr, den Vermögensbezug des § 259 zu verlieren: Die Hehlerei stellt im Grunde nur noch einen Spezialfall der Begünstigung dar. Zwar könnte man sich dafür nicht nur auf historische Vorbilder (vgl. M-Schroeder aaO B), sondern auch auf die systematische Nachbarschaft von Begünstigung, Strafvereitelung und Hehlerei in denselbem 21. Abschnitt des gegenwärtigen StGB berufen. Doch zeigt andererseits die Zwischenstellung zwischen Eigentums- und Vermögensdelikten, daß dem Vermögensbezug maßgebliche Bedeutung zukommen soll. Da dies das Gesetz nunmehr sogar dadurch zum Ausdruck bringt, daß als Vortat ein Diebstahl oder ein sonstiges gegen fremdes Vermögen gerichtetes Delikt vorausgesetzt wird (A 2), ist auch für die Restitutionsvereitelungstheorie kein Raum mehr, sondern von der Perpetuierungstheorie auszugehen (so jetzt auch Otto II § 58 I 1, S/S-Stree § 259 Rn. 1ff m.w.N.), wobei Hehlerei wohl am besten als *abstraktes Vermögensgefährdungsdelikt* zu erklären ist (Arzt NStZ 1981, 10). Demgemäß kommen als Vortat einer Hehlerei nur solche Delikte in Betracht, durch die *fremde Vermögensinteressen* (wenn auch im weitesten Sinne) und nicht nur öffentliche Ordnungsvorstellungen tangiert werden.

11 e) Weitere **Konsequenzen** daraus: Kommt es entscheidend darauf an, daß durch die

A Vortat ein verbotswidriger Vermögenszustand geschaffen wurde, so *scheidet Hehlerei* vor allem auch in folgenden Fällen *aus:*

11a – Wenn *nicht* der Sach*erwerb* als solcher, sondern lediglich die Art der Tat*ausführung* rechtlich mißbilligt wird: so etwa bei Bettelerlös, Dirnenlohn, Schleichhandelsware oder jagdrechtswidrig erlangtem Wild (vgl. Ruß LK § 259 Rn. 8 m. w. N.) oder bei bloßem Verstoß gegen steuer- oder waffenrechtliche Vorschriften (BGH MDR/D 1975, 543).

11b – Wenn die anfängliche *Rechtswidrigkeit* des durch die Vortat geschaffenen Vermögenszustandes später *wegfällt,* sei es aufgrund Genehmigung des Geschädigten oder rechtmäßigen Erwerbs durch den Vortäter, oder sei es, daß dieser durch Verbindung, Vermischung oder Verarbeitung nach §§ 947ff BGB Allein- oder Miteigentümer wird (vgl. Butterhändler-Fall RGSt 70, 377/85, S/S-Stree § 259 Rn. 8 m. w. N.). Bei Vermischung fremden Geldes mit eigenem soll nach BGH NJW 1958, 1244 (m. Anm. Mittelbach JR 1958, 466) jedenfalls an dem Teil des Geldes, der den Miteigentumsanteil des Vortäters übersteigt, noch Hehlerei möglich sein; dies erscheint jedoch allenfalls über den Gedanken „materieller Identitätswahrung" bei Geld haltbar (dazu A 23; vgl. auch den – freilich zivilrechtlich wohl kaum haltbaren – Führerscheinfälschungs-Fall BayObLG NJW 1979, 2218 m. insoweit abl. Anm. Paeffgen JR 1980, 300).

12 – Auch infolge *gutgläubigen Erwerbs* einer unterschlagenen Sache durch einen Dritten kann deren rechtswidrige Vermögenslage beendet werden, so daß weitere Hehlerei daran ausgeschlossen ist (vgl. Wessels II/2 § 20 II 3c). Dies gilt aber selbstverständlich nur dort, wo der gutgläubige Erwerber unanfechtbares Eigentum und nicht nur Besitz erlangt hat. Deshalb können gestohlene Sachen, an denen nach § 935 BGB gutgläubiger Erwerb ausgeschlossen ist, durchaus durch mehrere Hände gegangen sein, bis sie dann gehehlt werden (vgl. Schmuckkästchen-Fall BGHSt 15, 53/7; ferner A 20f).

13 **Praktischer** Bearbeitungshinweis: Wenn in einem Fall wie dem vorliegenden die Sache durch Diebstahl erlangt wurde, der nach allen Auffassungen eine für § 259 taugliche Vortat darstellt, wäre es überflüssig (wenn nicht gar klausurtechnisch falsch), den Charakter der Vortat näher problematisieren zu wollen; vielmehr kann man sich dann mit der lapidaren Feststellung begnügen, daß die Sache durch Diebstahl (bzw. Unterschlagung, Betrug, etc.) und damit unstreitig mittels einer i. S. § 259 strafbaren Handlung erlangt wurde. – Freilich ist damit nur die Frage nach *Charakter* und Verletzungs*richtung* der Vortat beantwortet. Doch wieweit muß diese im Einzelfall verwirklicht sein? Damit ist ein weiteres Vortatproblem aufgeworfen:

14 **B. Verwirklichungsgrad der Vortat.** Wenn § 259 von einer „gestohlenen" oder sonst durch eine gegen fremdes Vermögen gerichtete „rechtswidrige Tat" erlangten Sache spricht, erhebt sich damit – ebenso wie bei anderen Anschlußdelikten (z. B. § 257) – die Frage, ob die Vortat sowohl die inneren als auch äußeren Merkmale einer Straftat aufweisen, also „voll strafbar" sein muß, oder ob u. U. schon ein geringerer Verwirklichungsgrad genügen kann. Den naheliegenden Weg, den Grundsätzen der limitierten Akzessorietät bei Teilnahme (§§ 26, 27, 29) entsprechend zu verfahren, glaubte BGHSt 1, 47/50 im *Schrotthandel-Fall* gehen zu können: Dem damaligen Stand der Akzessorietätslehre entsprechend (vgl. StrafR II Nr. 41 A 13) wollte daher der BGH für Hehlerei genügen lassen, „wenn die Vortat den äußeren Tatbestand einer strafbaren Handlung erfüllt und rechtswidrig ist"; demgemäß konnte er bei Erwerb von Kupferteilen, die von strafunmündigen Kindern „organisiert" worden waren, folgerichtig Hehlerei annehmen.

15 – Aber: Handelt es sich bei Hehlerei (und gleiches würde für Begünstigung zu gelten haben) tatsächlich um Formen echter Akzessorietät? Damit würde verkannt, daß durch Hehlerei *eigenes und neues Unrecht* begangen wird (S/S-Stree § 259 Rn. 10). Diesem aus dem eigenen Unrechtsgehalt der Hehlerei begründeten Standpunkt der h. L. (vgl. insbes. M-Schroeder II § 50 II 1b, Ruß LK § 259 Rn. 3 m. w. N.) hat sich seit dem Wertpapier-Fall BGHSt 4, 76 auch die Rspr. angeschlossen. Welche *Konsequenzen* ergeben sich daraus?

16 1. Hehlerei setzt voraus, daß die Vortat **tatbestandsmäßig-rechtswidrig** ist und **vorsätzlich** bzw. – wenn auch die Fahrlässigkeit unter Strafe steht (so bei § 18 UnedMetG) – wenigstens (objektiv) *fahrlässig* begangen ist (vgl. Lackner § 259 Anm. 3a, aber auch S/S-Stree § 259 Rn. 10). Dementsprechend hat BGHSt 4, 76/7, wo es um Wertpapiere ging, die nach Kriegsende aus einem Girosammeldepot von Bankbeamten mit Zustimmung des leitenden Besatzungsoffiziers in Besitz genommen und verkauft worden waren, zu Recht weitere Aufklärung darüber verlangt, ob die Bankbeamten die Wertpa-

A piere noch als „fremd" ansahen und daher mit Unterschlagungsvorsatz handelten oder ob sie sie bereits für „herrenlos" hielten, so daß mangels Vorsätzlichkeit der Vortat Hehlerei ausgeschlossen wäre.

17 2. Abgesehen von der Vorsätzlichkeit (bzw. Fahrlässigkeit) der Vortat braucht den Vortäter jedoch **kein persönlicher Schuldvorwurf** zu treffen: so in Abweichung von der RG-Rspr, die eine schuldhafte Vortat verlangte (RGSt 35, 73/4), die heute h. M. Deshalb kommt sowohl bei etwaigen persönlichen Schuld- oder Strafausschließungsgründen als auch bei Strafunmündigkeit oder Schuldunfähigkeit des Vortäters Hehlerei in Betracht (D-Tröndle § 259 Rn. 4, S/S-Stree § 259 Rn. 10, Wessels II/2 § 20 II 2; beachtenswert aber die Differenzierung von M-Schroeder II/1 § 50 II 1b; vgl. auch Bockelmann II/1 § 22 II 2bbb). Insofern i. E. richtig auch BGHSt 1, 47, wenn der Erwerb von strafunmündigen diebischen Kindern als Hehlerei beurteilt wird (A 14).

18 3. Da es lediglich auf die „Strafbarkeit" der Vortat ankommt, braucht diese jedoch **nicht konkret verfolgbar** zu sein. Deshalb kommt Hehlerei auch dann in Betracht, wenn die Vortat bereits verjährt ist, unter eine Amnestie fällt, durch Immunität oder Indemnität der Verfolgbarkeit entzogen ist oder der erforderliche Strafantrag fehlt, ja selbst dann, wenn sie als straflose Nachtat beim Vortäter nicht in Ansatz kommt (vgl. Tanklager-Fall BGH NJW 1959, 1377: A 30)

18a *Zwischenergebnis* für den vorliegenden Fall: Da K und D die Aluteile durch einen voll strafbaren Diebstahl erlangt hatten, wirft der Verwirklichungsgrad der Vortat keine Probleme auf. Allerdings könnte deren teilweise zeitliche Überschneidung mit der hehlerischen Anschlußtat problematisch sein. Doch bevor wir auf dieses zeitliche Verhältnis von Vortat und Anschlußtat zu sprechen kommen (dazu A 26), sind zunächst noch die mit dem Merkmal „durch" ein Vermögensdelikt zusammenhängenden Fragen zu betrachten:

19 C. **Unmittelbarkeit der Sacherlangung – Ersatzhehlerei.** Da die gehehlte Sache „gestohlen" bzw. „durch" ein sonstiges Vermögensdelikt erlangt sein muß, kommt Hehlerei nur dort in Betracht, wo bereits durch die Vortat ein rechtswidriger Vermögenszustand geschaffen wurde. Das war durch den Diebstahl von K hier unzweifelhaft der Fall. Doch gesetzt den Fall, A hätte die Aluteile nicht unmittelbar von K, sondern erst über den Zwischenhändler Z erlangt: könnte A trotzdem Hehler sein? Oder hätte A aus dem Verkaufserlös seiner (in die Vorgänge eingeweihten) Verlobten V eine Halskette geschenkt: könnte dadurch auch die V zur Hehlerin werden? Bei der Antwort darauf sind zwei verschiedene Beziehungsebenen auseinanderzuhalten:

20 1. **Der Verschiebungsvorgang zwischen Vortäter und Hehler:** Insofern kommt es auf *unmittelbare* Beziehungen zwischen beiden nicht an, sofern nur die Sache bereits *durch die Vortat unmittelbar deliktisch erlangt* wurde und dieser rechtswidrige Vermögenszustand noch bis zum fraglichen Hehlereiakt fortdauert. Letzteres kann u. U. bei unterschlagenen Sachen fraglich sein, wenn ein Zwischenerwerber nach § 932 BGB gutgläubig Eigentum erlangt hat (vgl. A 53). Hinsichtlich *gestohlener* Sachen hingegen wurde im *Schmuckkästchen-Fall* **BGHSt 15,** 53/7 zutreffend festgestellt:

> „Daß A das Kästchen nicht vom Dieb selbst erhalten hat, steht der Annahme eines abgeleiteten Erwerbs i. S. des § 259 nicht entgegen. Auch wenn die gestohlene Sache durch mehrere Hände gegangen ist, ehe sie in den Besitz des wegen Hehlerei Verfolgten gelangt, kann der Tatbestand [des § 259] erfüllt sein, sofern nicht die rechtswidrige Vermögenslage durch unanfechtbaren Eigentumserwerb des Vorbesitzers beendet worden ist, was aber bei einer gestohlenen Sache durch § 935 BGB regelmäßig ausgeschlossen wird (RGSt 5, 58; 44, 250; BGH LM § 259 Nr. 2)."

21 Nach dieser allgemein anerkannten Auffassung (vgl. Ruß LK § 259 Rn. 14, S/S-Stree § 259 Rn. 13) ist somit auch nicht erforderlich, daß der unmittelbare Vormann des Hehlers die Sache seinerseits durch eine strafbare Handlung erlangt hat. Also gleichgültig, ob im Beispielsfall (A 19) der Zwischenbesitzer Z die Aluteile gut- oder bösgläubig von den Dieben erworben hatte, kann A noch zum Hehler werden, wenn er um die deliktische Herkunft weiß.

22 2. **Identität von Vortat- und Hehlereiobjekt:** Da nach der vorherrschenden Perpetuierungstheorie das Wesen der Hehlerei darin besteht, daß der durch die Vortat geschaffene rechtswidrige Zustand durch den Hehler aufrechterhalten wird (A 7), kann taugliches Hehlereiobjekt immer nur die unmittelbar aus der Vortat erlangte Sache sein (grdl. Engisch, Einführung 72ff, 96ff). Deshalb ist nach h. M. Hehlerei überall dort *ausge-*

A *schlossen*, wo nicht das Vortatobjekt selbst, sondern nur eine **Ersatzsache** Gegenstand des Hehlens ist (S/S-Stree § 259 Rn. 14 m. w. N.): so etwa das mit dem gestohlenen Geld gekaufte Schmuckstück, der aus dem Verkauf der Diebstahlssache gewonnene Erlös oder auch der aus entwendeten Scheckformularen hergestellte echte Scheck (vgl. Euroscheckbande-Fall BGH NJW 1976, 1950 m. Anm. Meyer MDR 1977, 372/3). Demzufolge kann in unserem Halskettenbeispiel (A 19) die V das Geschenk annehmen, ohne Bestrafung nach § 259 befürchten zu müssen.

23 – Aber: Ist straflose Ersatzhehlerei auch bei bloßem *Auswechseln von Geld* anzunehmen: so etwa dort, wo der gestohlene Hundertmarkschein in Zehnmarkscheine gewechselt wird und diese an Bösgläubige weitergegeben werden? Die h. M. will auch in diesen Fällen die Identität des Vortatobjekts mit dem Hehlereiobjekt verneinen und daher § 259 ablehnen (Berz Jura 1980, 61, Krey II Fall 69, Ruß LK § 259 Rn. 14 m. w. N.). Stellt man jedoch weniger auf die formale Identität als vielmehr auf die wirtschaftliche Vertretbarkeit von Geld und den materiellen Wertsummengedanken ab (vgl. Nr. 1 A 36), so besteht eine solche *„materielle Identität"* auch noch am Wechselgeld, so daß im Hinblick darauf Hehlerei möglich ist (i. E. ebenso Blei II § 72 III, D. Meyer MDR 1970, 377, Roxin H. Mayer-FS 472; zu weitgehend aber Gribbohm NJW 1968, 240f, wenn er alle vertretbaren Sachen dem Gelde gleichstellen will).

24 – Jedoch ist in Fällen strafloser Ersatzhehlerei immer darauf zu achten, ob nicht auch die **Ersatzsache ihrerseits** durch den Vortäter **deliktisch** erlangt ist: So etwa, wenn der gestohlene Pkw an den gutgläubigen K verkauft wird, ist der daraus gewonnene Erlös seinerseits durch Betrug erlangt und daher taugliches Hehlereiobjekt; oder dort, wo der Erwerber der Ersatzsache bereits bei der Veräußerung des ursprünglichen Vortatobjekts mitgewirkt hat. – Indes wird in derartigen Fällen bereits ein weiteres allgemeines Hehlereiproblem akut:

25 **D. Verhältnis von Vortat und Hehlereiakt:** Diese Frage stellt sich auch im vorliegenden Fall insofern, als A teilweise bereits an den Vortaten von K mitbeteiligt war. In solchen Fällen sind zwei Fragen auseinanderzuhalten:

– zum einen die nach dem *Zeitpunkt*, von dem an Hehlerei überhaupt begangen werden kann (1);

26 – zum anderen, inwieweit ein *Vortatbeteiligter* hinsichtlich der gleichen *Sache* auch noch Hehlerei begehen kann (2).

27 1. Zur *Zeitpunkt*frage werden im wesentlichen zwei Auffassungen vertreten:

a) Nach der h. M. muß die **Vortat abgeschlossen** sein, bevor der eigentliche Hehlereiakt (Ankaufen, Verschaffen, Absetzen: unten A 42 ff) begangen werden kann. Wichtigstes Argument dieser Ansicht, der sich vorliegend auch der BGH angeschlossen hat (E 4): Bevor eine Sache gehehlt werden kann, muß sie zunächst durch die Vortat *„erlangt"* sein. Zwar soll dafür weder die Vollendung, geschweige die Beendigung der Vortat erforderlich sein (mißverständlich daher der BGH, wenn er bei E 5 a. E. auf die ‚Vollendung', in E 6 hingegen auf die ‚Beendigung' des Diebstahls abzuheben scheint); wohl aber wird aus dem „erlangt" gefolgert, daß die *Erlangung der Sache zeitlich und rechtlich abgeschlossen* sein müsse (vgl. Arzt/Weber IV 303 ff, D-Tröndle § 259 Rn. 10, Krey II Fall 70, M-Schroeder II/1 § 50 II 1 d, Ruß LK § 259 Rn. 11 m. w. N.). Demzufolge scheidet schon tatbestandlich Hehlerei überall dort aus, wo der *Hehlereiakt* mit der *Erlangung* der Sache durch den Vortäter zeitlich *zusammenfällt*. Wie sind danach die vorliegenden Fallvarianten zu beurteilen? Der BGH hat (von seinem Ansatz her zu Recht) folgendermaßen differenziert:

28 – Soweit A erst außerhalb des Fabrikhofes (Vortatort) die Aluteile in Empfang nahm, waren diese durch den Vortäter bereits zuvor unzweifelhaft erlangt gewesen (E 5).

29 – Soweit A dagegen bereits beim Aufladen im Fabrikhof beteiligt war, hatte Vortäter K das Diebesgut noch nicht abschließend erlangt, so daß zu diesem Zeitpunkt Hehlerei noch nicht möglich war. Jedoch will der BGH A's Hilfe beim Aufladen ohnehin noch nicht als Hehlereiakt verstehen; denn da A beim Aufladen lediglich Gehilfenvorsatz gehabt habe (E 6), sei Hehlerei in Form des Ansichbringens (A 47) erst zu dem Zeitpunkt in Betracht gekommen, als A eigene Verfügungsgewalt über die Sachen erlangte; und das sei erst in einem Zeitpunkt (nämlich außerhalb des Hofes) geschehen, zu dem K die Sachen bereits abschließend erlangt hatte (E 7). Gewiß eine recht spitzfindige Begründung, der man aber formale Korrektheit kaum wird bestreiten können. Immerhin hat aber der BGH auch noch ein kriminalpolitisches Argument nachgeschoben, das in sich richtig erscheint (E 8).

A 30 Versucht man diese Differenzierung durchzuhalten, ist man zu manchen Spitzfindigkeiten gezwungen, wie etwa auch der *Tanklager-Fall* **BGH NJW 1959, 1377** zeigt: Dort hatte M als Verwalter eines fremden Tanklagers Benzin in der Weise für sich abgezweigt, daß er auf Lieferscheinen höhere Mengen quittierte, als er tatsächlich abgegeben hatte. Den ihm dadurch verbleibenden Überschuß verkaufte er jeweils an S weiter. Dieser glaubte gegen seine Verurteilung wegen gewerbsmäßiger Hehlerei einwenden zu können, daß Vortäter M erst durch Verkauf an ihn das Benzin auf strafbare Weise erlangt habe, somit sein hehlerisches „Ansichbringen" mit der „Erlangung" durch den Vortäter zeitlich zuzusammenfalle. Demgegenüber meint der BGH, daß M das Hehlergut durchaus schon vor dem Erwerb durch S erlangt hatte; denn:

„Die Feststellungen lassen rechtlich die Annahme zu, daß der Lagerverwalter M jeweils dadurch, nach außen erkennbar, die eigene Verfügungsgewalt an der betreffenden Einzelmenge Kraftstoff spätestens in dem Augenblick erlangte, in dem der Treibstoff auf seine Veranlassung *aus* den Behältern (seiner) Firma gepumpt wurde oder sonst herausfloß (vgl. RGSt 58, 213). Erst *danach* brachte S die Treibstoffmengen dadurch an sich, daß er sie in seine Fässer einfüllen ließ, selbst wenn dies, wie nicht unwahrscheinlich, in stetigem Fluß durch dieselbe Leitung geschah, **[1378]** die auch zur Entnahme aus dem von M verwalteten Lagerbestand benutzt wurde."

31 Zu ähnlich gekünstelten Zäsuren innerhalb eines an sich einheitlichen Übergabevorganges ist die h. M. überall dort gezwungen, wo die *Vortat gerade durch Veräußerung an den Hehler* begangen wird, wie etwa bei Unterschlagung aufgrund Weitergabe der Sache an Dritte. Um hier den bösgläubigen Empfänger nach § 259 erfassen zu können, wertet die h. M. bereits das Verkaufsangebot oder das Schenkungsversprechen als Erlangung der Sache durch Unterschlagung, so daß die Empfangnahme durch den Hehler als nachfolgendes „Sichverschaffen" verstanden werden kann (vgl. Berz Jura 1980, 59). Bleibt jedoch nicht einmal für solche Differenzierungen Raum, so kann bei zeitlichem Zusammentreffen des Erlangens durch den Vormann und des Erwerbens durch den Nachmann letzterer nach h. M. nur wegen Teilnahme an der Vortat (meist Anstiftung oder Beihilfe zur Unterschlagung), nicht aber wegen Hehlerei strafbar sein (E 4; Ruß LK § 259 Rn. 11 m. w. N.).

32 b) Demgegenüber hält eine Mindermeinung Hehlerei (zu Recht) auch dort für möglich, wo „die Vortat *durch* die Verfügung zugunsten des Hehlers begangen wird" (S/S-Stree § 259 Rn. 15, Blei II § 72 VI 1 b, Rudolphi JA 1981, 7, OLG Stuttgart JZ 1960, 289), der **Erwerbsakt** des *Hehlers* also mit dem **Erlangen** durch den *Vormann* **zusammenfällt** (so in dem erwähnten Beispiel, daß die Unterschlagung durch den Vortäter erst in der Übergabe der Sache an den Hehler liegt). Denn nach Wortlaut und Sinn des § 259 kann es eigentlich nur darauf ankommen, daß ein durch ein Vermögensdelikt begründeter rechtswidriger Vermögenszustand durch den Hehler perpetuiert wird. Und das ist auch dort der Fall, wo der Perpetuierungsakt mit der Begründung des rechtswidrigen Vermögenszustandes zusammenfällt.

33 – Folgt man dieser Auffassung, so wäre im Aluhandel-Fall Hehlerei des A selbst dann in Frage gekommen, wenn er bereits beim Aufladen im Fabrikhof eigene Verfügungsgewalt über die Aluteile erlangt hätte. Freilich bleibt dann noch die bei A 26 angedeutete Beteiligungsfrage:

34 2. Kann ein **Vortatbeteiligter zugleich auch Hehler** sein? Bei dieser (auch heute noch recht umstrittenen) Frage ist folgende Differenzierung geboten:

a) Wer **Täter** (oder Mittäter) der Vortat ist, kann hinsichtlich der *gleichen Sache* **nicht** auch noch Hehler sein. Denn nicht nur, daß § 259 nun ausdrücklich das Hehlen einer von einem *„anderen"* erlangten Sache verlangt, setzt Hehlerei auch tattypisch in allen ihren Begehungsformen einverständliches Zusammenwirken zwischen Vortäter und Hehler voraus. Da also der Täter (bzw. Mittäter) der Vortat nicht mit sich selbst als Hehler einverständlich zusammenwirken kann, kam der GSSt im *Vortat-Fall* BGHSt 7, 134/7 zu dem allgemein anerkannten Schluß: „Täter und Mittäter können tatbestandsmäßig nicht erster Hehler sein." Jedoch ist darin bereits eine wichtige Ausnahme angedeutet:

35 – Zwar kann der Vortäter *nicht erster* Hehler, wohl aber *zweiter Hehler* sein, so etwa bei Rückerwerb von einem Zwischenhehler (Rudolphi JA 1981, 5); denn dann ist die Vortat in dessen strafbarer Zwischenhehlerei zu erblicken (jedenfalls ist dies – entgegen S/S-Stree Rn. 54 – nicht schon durch den jetzigen Wortlaut des § 259 ausgeschlossen); Entsprechendes gilt bei späterer Einschaltung des Vortäters in den weiteren Absatzprozeß (M-Schroeder II/1 § 50 II 4). Freilich wird in solchen Fällen die nachträgliche Hehlerei des Vortäters regelmäßig als mitbestrafte Nachtat zu behandeln sein (vgl. Krey II Fall 69, Wessels II/2 § 20 VI 3).

A 36 – Auch soll *nach Beuteteilung* mehrerer Mittäter bei Zuerwerb weiterer Beuteteile Hehlerei denkbar sein (BGHSt 3, 191/4, D-Tröndle § 259 Rn. 26); ebenso bei Absatzhilfe zugunsten eines Mittäters (M-Schroeder II/1 § 50 II 4a); vgl. aber demgegenüber die Bedenken bei S/S-Stree § 259 Rn. 54.

37 *Konsequenz* für den vorliegenden Fall? Wäre A als *Mittäter* am Diebstahl des K beteiligt gewesen (wofür eigentlich – entgegen dem LG bei E 6 – sowohl das besondere Tatinteresse als auch die Mitbeherrschung der Tat durch A spräche: vgl. StrafR II Nr. 37), so wäre damit Hehlerei schon tatbestandlich ausgeschlossen.

38 b) Wie aber, wenn nur **Teilnahme** (Anstiftung oder Beihilfe) an der Vortat vorliegt? Dann soll nach h. M. der Anstifter oder Gehilfe hinsichtlich der Vortatbeute *auch noch Hehlerei* begehen können, wie etwa bei Erwerb von Beuteteilen oder durch Mitwirkung bei ihrem Absatz (D-Tröndle § 259 Rn. 26, Krey II Fall 69, Lackner § 259 Anm. 7, Otto II § 58 I 2b, Wessels II/2 § 20 VI 2). Zwar wurde demgegenüber zeitweilig die Meinung vertreten: wenn schon der Täter und der Mittäter der Vortat nicht Hehler sein könne, so könne es erst recht nicht der Anstifter oder der Gehilfe der Vortat sein (BGHSt 2, 315/7; vgl. ferner Oellers GA 1967, 6/15 sowie die differenzierende Auffassung von S/S-Stree § 259 Rn. 55ff). Jedoch dürften diese Auffassungen durch die bei E 2 herangezogene Grundsatzentscheidung im *Vortat-Fall* **BGHSt 7, 134** überzeugend widerlegt sein:

39 **[137]** „Beim Teilnehmer an der Vortat (Anstifter und Gehilfe) liegt die Sache völlig anders [als beim Mittäter der Vortat: A 34]. Die Vortat ist für ihn eine ‚fremde' Tat. Er will sie nicht als eigene, sondern als diejenige des Täters, deren Begehung er mit Anstiftervorsatz veranlaßt oder mit Gehilfenvorsatz fördert. Er kann im einverständlichen Zusammenwirken **[138]** mit dem Täter die von diesem rechtswidrig erlangte Sache an sich bringen ... oder zu ihrem Absatz mitwirken. Er kann trotz seiner Teilnahme an der Vortat tatbestandsmäßig Hehler sein. Das trifft auch für den Teilnehmer zu, der schon bei der Teilnahmehandlung auf Erlangung der Beute abzielt. Bei ihm könnte also die Bestrafung wegen Hehlerei nur dann entfallen, wenn sich aus dem Zusammenhang der gesetzlichen Bestimmungen ergäbe, daß nach dem Willen des Gesetzes, soweit der Teilnehmer an der Vortat Hehlereihandlungen begangen hat, die Hehlerschuld schon wegen ihres durch das einheitliche Ziel gegebenen Zusammenhanges mit der Teilnahmehandlung durch die Bestrafung der Teilnahme an der Vortat abgegolten sein solle." [Dies wird dann im einzelnen widerlegt].

40 Auch das ‚Unbilligkeitsargument', daß der Vortatteilnehmer ja weit weniger tue als der Vortäter selbst, wird zurückgewiesen; denn **[139]**: „Diese Beweisführung läßt außer acht, daß für die Frage, ob der Vortäter oder der hehlende Vortatteilnehmer ‚mehr' tut, nicht nur ihre Beiträge zur Vortat miteinander verglichen werden dürfen. Es handelt sich nicht darum, ob der Beitrag, den der Teilnehmer zur Vortat leistet, verglichen mit dem, was der Vortäter zur Ausführung der Vortat getan hat, geringfügiger ist. Selbst diese Frage könnte nicht allgemein dahin beantwortet werden, daß der Anstifter und der Gehilfe stets weniger tun als **[140]** der Täter. Daß dies nicht der Standpunkt des Gesetzes ist, lehren die Vorschriften der §§ 48 und 49 [a. F.; jetzt §§ 26, 27]. Hier geht es um die Frage, ob das Tun des *hehlenden* Vortatteilnehmers mit der Bestrafung wegen Vortatteilnahme abgegolten ist. Deshalb muß beim Vergleich dieses Tuns mit dem Tun des Vortäters auch die Hehlerhandlung in die Waagschale gelegt werden. Dagegen kommt zu Lasten des Vortäters neben der Vortat nichts weiteres für die Abwägung in Betracht. Denn die Weitergabe der Sache an den Hehler unterfällt für den Vortäter keinem strafrechtlichen Tatbestand."

Demzufolge sind also Anstifter und Gehilfen der Vortat, die im Anschluß daran Hehlereihandlungen begehen, neben der Vortatteilnahme auch noch der Hehlerei schuldig, und zwar selbst dann, wenn sie bereits bei der Teilnahmehandlung auf die Beute abzielen.

41 *Zwischenergebnis* für den vorliegenden Fall: Soweit A als Mittäter am Diebstahl des K zu betrachten wäre, könnte er nicht auch noch Hehler sein. Geht man mit dem LG jedoch von bloßer Beihilfe des A zum Diebstahl des K aus, so bleibt Hehlerei auch hinsichtlich der mitbeschafften Diebesbeute möglich. – Worin aber könnte nun der eigene Hehlereiakt des A liegen? Damit verschiebt sich der Blick von der Vortat auf die hehlerische *Anschlußtat:*

42 **III. Die Tatmodalitäten der Hehlerei.**

Während § 259 a. F. sowohl den Ankauf, die Inpfandnahme, das Ansichbringen, die Absatzhilfe wie auch das Verheimlichen einer deliktisch erlangten Sache als Hehlerei erfaßte, stellt die Neufassung des § 259 nur noch das *Ankaufen*, das *sich oder einem anderen Verschaffen* sowie das *Absetzen* und die *Absatzhilfe* unter Strafe. Abgesehen

A von der ersatzlosen Streichung des *Verheimlichens*, das sich ohnehin als Begünstigung nach § 257 sachgerechter erfassen läßt (Lackner § 259 Anm. 4c, unten A 85), hat sich dadurch in der Sache nichts Grundlegendes geändert. Denn während Ankauf und Absatz(hilfe) sogar ausdrücklich beibehalten wurden, lassen sich die früheren Hehlereiformen der Inpfandnahme und des Ansichbringens nunmehr unschwer durch das Verschaffen erfassen. Da das Ankaufen seinerseits lediglich einen Unterfall des Verschaffens darstellt, sind somit im wesentlichen zwei Wege zu unterscheiden, auf denen der durch die Vortat geschaffene rechtswidrige Vermögenszustand perpetuiert werden kann: durch *Übernahme* der Sache vom Vortäter mittels Verschaffen oder Ankaufen (A) bzw. durch *Weitergabe* der Sache mittels Absatz oder Absatzhilfe (B).

43 **A.** Im vorliegenden Aluhandel-Fall kam Hehlerei durch **Verschaffen** in Form des *Ankaufens* in Betracht. Für das *„sich oder einem anderen Verschaffen"* sind vor allem drei Kriterien wesentlich:

44 **1.** Der Hehler (bzw. der etwaige andere, dem die Sache verschafft werden soll) muß **tatsächliche Verfügungsgewalt** über die Sache erlangen. Dazu ist weder unbedingt Gewahrsamserlangung erforderlich noch könnte eine solche schon für sich allein genügen; auch die Einräumung rechtlicher Verfügungsmacht reicht für sich allein nicht aus. Entscheidend ist vielmehr das faktische Verfügenkönnen über die Sache. Das kann u. U. auch schon durch Erlangung *mittelbaren Besitzes* der Fall sein, wie etwa durch Aushändigenlassen des Schließfachschlüssels oder des Gepäckscheins für das verwahrte Diebesgut; gleiches will die h. M. für das Aushändigenlassen des Pfandscheins der vom Dieb versetzten Sache genügen lassen (BGHSt 27, 160 m. Anm. Meyer JR 1978, 253, S/S-Stree § 259 Rn. 21 m. w. N.; vgl. aber auch Blei JA 1976, 34, M-Schroeder II/1 § 50 II 1 d, Schall NJW 1977, 2221). Problematisch ist das tatsächliche Verfügenkönnen vor allem auch dort, wo das Hehlereiobjekt im *(Mit)Besitz eines Vortäters* verbleibt.

45 Instruktiv dazu der *Neugründungs-Fall* **OLG Stuttgart NJW 1973, 1385,** wo zwei leitende Angestellte aus ihrer bisherigen Firma ausschieden, um zusammen mit A eine neue Gesellschaft zu gründen, in die sie veruntreute Geschäftsunterlagen einbrachten. Da dadurch der A eine Mitverfügungsmöglichkeit erlangte, wurde er vom AG wegen (mit dem jetzigen „Verschaffen" inhaltsgleichen) „Ansichbringens" verurteilt. Hiergegen wendet aber das OLG ein: **[1386]** „Folgt man der unbestrittenen Meinung [nämlich daß das Ansichbringen als die Erlangung tatsächlicher eigener Verfügungsgewalt zu verstehen ist], so kann es nicht ausreichen, daß der Vortäter durch Straftat erlangte Sachen in eine Gesellschaft einbringt, in der dann außer ihm noch andere Gesellschafter eine Mitverfügung erlangen. Es kommt dann auch nicht darauf an, ob der A einen tatsächlichen Zugang zu den von den beiden Mitangeklagten mitgenommenen Unterlagen gehabt hat oder nicht. Entscheidend ist allein die Tatsache, daß die Mitverfügungsgewalt des A im Rahmen der Gesellschaft nicht eine selbständige, vom Willen der Vortäter unabhängige Verfügung über die Unterlagen einschloß, sondern diese die maßgebliche Verfügungsgewalt an den Unterlagen als Gesellschafter der neuen Firma behielten" ... [Auch aus RGSt 39, 308; 52, 203 ergebe sich die Forderung], „daß der Hehler die Sache zu selbständiger eigener Verfügungsgewalt erlangt, wie es z. B. bei der Mutter als Haushaltungsvorstand der Fall ist, wenn ihre Kinder gestohlene Sachen mit nach Hause bringen und diese im Haushalt verwendet werden. Eine solche eigene Mitverfügungsgewalt hat jedoch der A im vorliegenden Fall nicht erhalten."

46 Das daraus hergeleitete Erfordernis, „daß die Sache aus der Verfügungsgewalt des Vortäters entlassen und in eine neue Hand gebracht wird" (Leitsatz des OLG), ist jedoch zu Recht auf Kritik gestoßen. Denn wie von Kraemer/Ringwald NJW 1973, 1387 zutreffend festgestellt wird, kam es dem RG weniger auf die Besitzverhältnisse, sondern ersichtlich allein darauf an, daß der Hehler unabhängig vom Vorbesitzer über die Sache verfügen kann, mag daneben auch noch der Vorbesitzer (Mit-)Verfügungsgewalt behalten (ebenso S/S-Stree § 259 Rn. 19, Rudolphi JA 1981, 91; vgl. auch Lenckner JZ 1973, 797). Daher ist ein „Sich-Verschaffen" nicht schon durch verbleibenden Mitbesitz des Vortäters, sondern erst dann ausgeschlossen, wenn ohne Zustimmung des Vortäters eine Verfügung über die deliktisch erlangte Sache nicht möglich ist (vgl. Berz Jura 1980, 62). So mag es im Neugründungs-Fall angesichts des stimmenmäßigen Übergewichts der Vortäter tatsächlich gewesen sein, so daß eine Hehlerei des A i. E. zu Recht verneint wurde. Hätte A dagegen auch alleine über die veruntreuten Geschäftsunterlagen verfügen dürfen, so wäre § 259 ebensowenig ausgeschlossen wie dort, wo die Beute zwar beim Dieb verbleibt, jedoch auf Weisung des Hehlers jederzeit herauszugeben ist. Vgl. auch Meyer MDR 1977, 372/3 zum Euroscheckbande-Fall BGH NJW 1976, 1950.

A 47 – Demgemäß käme im *Aluhandel-Fall* ein „Sich-Verschaffen" auch dann in Betracht, wenn A den K angewiesen hätte, die Aluteile unmittelbar an den Endabnehmer zu liefern. Entscheidend ist jedoch dabei immer noch ein weiteres:

48 2. Die Verfügungsgewalt muß dem Hehler **zu eigenen Zwecken** eingeräumt werden. Dabei ist zweierlei zu unterscheiden:

49 a) Die Erlangung zu eigenen Zwecken bedeutet einerseits *nicht*, daß der Hehler unbedingt Verfügungsgewalt in *eigener Person* oder auf *eigene Rechnung* erhalten müßte. Denn da nach der Neufassung des § 259 sowohl das **„sich"** wie auch das **„einem anderen"** Verschaffen genügt, ist Hehlerei auch dadurch denkbar, daß die Sache unmittelbar einem Dritten zu dessen eigenen Zwecken zugeführt werden soll. Damit ist jene Rspr, die schon bislang den für seinen Geschäftsherrn anschaffenden Gewerbegehilfen als Hehler erfaßte (vgl. Altmetall-Fall BGHSt 2, 355), nunmehr eindeutig legalisiert (Lackner § 259 Anm. 4a, Stree JuS 1976, 143).

50 b) Andererseits ist im **Verhältnis zum Vortäter** nach wie vor erforderlich, daß sich der Hehler zu eigenen Zwecken (bzw. zu denen des Dritten) die Verfügungsgewalt über die Sache verschafft. An einer solchen eigenen Zielsetzung, wie sie im vorliegenden Fall unzweifelhaft war, würde es etwa dort fehlen, wo der gestohlene PKW vom Vortäter nur zur Leihe oder vorübergehenden Nutzung überlassen wird. Gleiches gilt für den Fall, daß der Nachmann die Sache lediglich in Verwahrung nimmt, um sie dem Zugriff anderer zu entziehen (allerdings käme dann u. U. § 257 in Betracht: unten A 82ff) oder gar um sie zu vernichten; denn wie im *Schmuckkästchen-Fall* **BGHSt 15, 53/6** zutreffend festgestellt wird:

„Es muß eine Verfügungsgewalt zu eigenen Zwecken in dem Sinne gewollt sein, daß die Sache ihrem wirtschaftlichen Werte nach übernommen wird. Das RG hat dem wiederholt Ausdruck gegeben durch den Hinweis, daß im Falle des Ansichbringens [jetzt „Verschaffens"] die Absicht des Täters dahingehe, über die Sache als eigene zu verfügen, *sie sich zuzueignen;* demgemäß begehe der Hehler, falls sich die fremde Sache bereits in seinem Gewahrsam befinde, mit dem Ansichbringen notwendigerweise eine Unterschlagung, wenn auch die Anwendung des § 246 wegen Gesetzeskonkurrenz ausscheide (vgl. RGSt 56, 335). Daraus folgt aber, daß das Ansichbringen ein Zueignungsakt ist und demgemäß nicht vorliegt, wenn die Verfügungsgewalt lediglich zu dem Zweck übertragen und ergriffen wird, die Sache zu vernichten."

51 – Ob eine solche eigene Verfügungsgewalt vorliegt, ist insbesondere bei **Mitverzehr** gestohlener Waren umstritten. Von der h. M. wird dies u. a. deshalb verneint, weil allein der Gastgeber darüber bestimme, „ob und inwieweit die gestohlene Sache für den Verzehr bereitgestellt wird" (Schnaps-Fall BGH NJW 1952, 754; ebenso D-Tröndle § 259 Rn. 15, Krey II Fall 71, Lackner § 259 Anm. 4abb, Wessels II/2 § 20 III 1b). Demgegenüber haben schon bisher namentlich Maurach BT § 42 II A 1ecc und Welzel § 58 II im „Insichbringen die intensivste Form des Ansichbringens" erblickt; Entsprechendes wird auch für das sich Verschaffen zu gelten haben (S/S-Stree § 259 Rn. 24). Allerdings kann es beim Mitverzehr durch Familienangehörige an der notwendigen Vorteilsabsicht (A 68f) fehlen, wenn sich der Verzehr im normalen Unterhaltsrahmen hält.

52 3. Schließlich muß eine eigene Verfügungsgewalt des Hehlers *vom Vortäter* (bzw. Vorbesitzer) *abgeleitet* sein (dagegen Hruschka JR 1980, 221f). In diesem Erfordernis sog. **derivativen Erwerbs** findet das für Hehlerei typische Zusammenwirken von Vor- und Nachmann seinen Ausdruck. Strittig ist jedoch, von welcher Art und Intensität das Einvernehmen mit dem Vorbesitzer sein muß.

53 a) Nach einer Mindermeinung setzt Ansichbringen **„kollusives Zusammenwirken"** von Vortäter und Hehler in gegenseitigem Unrechtsbewußtsein voraus (Bockelmann NJW 1950, 850/2, Geerds GA 1958, 135, und im Ansatz auch M-Schroeder II/1 § 50 II 1e). Danach kommt ein Verschaffen nur bei Erwerb von einem bösgläubigen, um die Perpetuierung des rechtswidrigen Vermögenszustandes wissenden Vortäter bzw. Zwischenhehler in Betracht und ist folgerichtig auch dort zu verneinen, wo die Sache dem Vortäter abgenötigt wird.

54 b) Demgegenüber läßt die *h. M.* zu Recht **jede Art von abgeleitetem Erwerb** genügen, durch den die Sache dem Hehler zur eigenen Verfügungsmacht *willentlich* übertragen oder überlassen wird (Ruß LK § 259 Rn. 18, S/S-Stree § 259 Rn. 42f m. w. N.). Demzufolge ist Ansichbringen zwar dort abzulehnen, wo der Täter die Sache *eigenmächtig*

A oder durch einen sonstwie einseitigen Akt an sich nimmt (doch bleibt er dann u. U. wegen Diebstahls oder Unterschlagung strafbar). Doch kommt umgekehrt Ansichbringen auch dort in Betracht, wo die Sache von einem *gutgläubigen Vorbesitzer* erworben (Ring-Fall OLG Düsseldorf NJW 1978, 713 m. krit. Anm. Paeffgen JR 1980, 299) oder wo der Vortäter durch Täuschung oder Nötigung zur Herausgabe veranlaßt wird (RGSt 35, 278/9; abl. Rudolphi JA 1981, 6).

55 – Bleibt jedoch *unklar,* auf welche Weise der Sachinhaber seine Verfügungsgewalt erlangt hat, ist also m. a. W. ein abgeleiteter Erwerb nicht nachweisbar, so ist jedenfalls ein Verschaffen zu verneinen; instruktiv dazu (wie auch zu einer Wahlfeststellung mit Diebstahl) Rechenautomaten-Fall OLG Hamm NJW 1972 , 835.

Vorliegend spielten diese Streitigkeiten jedoch keine Rolle, da A die Diebesbeute sogar in kollusivem Zusammenwirken mit K erlangt hatte, und zwar durch einen Unterfall des Verschaffens:

56 **4. Ankaufen:** Damit ist nicht schon der schuldrechtliche Kaufvertrag, sondern erst der *tatsächliche Erwerb* im Vollzug des Kaufgeschäftes gemeint (h. M.; ebenso jetzt M-Schroeder II/1 § 50 II 1e). Jedoch ist auch dabei unerheblich, ob dies im eigenen oder fremden Namen bzw. auf eigene oder fremde Rechnung geschieht (vgl. Altmetall-Fall BGHSt 2, 262/6).

57 **B.** Als weitere Hehlereiform nennt das Gesetz das **Absetzen** oder **Absetzenhelfen,** was im wesentlichen dem „Mitwirken zum Absatz bei anderen" i. S. von § 259 a. F. entspricht (vgl. BGHSt 27, 45/9, Lackner § 259 Anm. 4b).

58 **1.** Unter **Absetzen** ist jede rechtsgeschäftliche Übertragung der Sache in fremde Verfügungsgewalt zu verstehen. In der Regel wird dies in Form eines *entgeltlichen* Umsatzgeschäftes, wie Kauf, Tausch oder Verpfändung erfolgen (h. M.: vgl. Ruß LK § 259 Rn. 27 m. w. N.). Bei *unentgeltlicher* Veräußerung hingegen, wie sie S/S-Stree § 259 Rn. 32 genügen lassen wollen, wird es meist an der wirtschaftlichen Verwertungsabsicht fehlen. Im übrigen ist auch für diese Hehlereiform wesentlich, daß durch die Vortat *erlangte* und nicht erst daraus hergestellte Gegenstände abgesetzt werden (vgl. A 22 zum Euroscheckbande-Fall).

59 *Frage:* Im Unterschied zu § 259 a. F. ist neben der Absatzhilfe (A 60) jetzt auch das Absetzen als eigenständige Hehlereiform erfaßt. Aber wer kommt dafür eigentlich als **Täter** in Betracht? Da dies einerseits kaum der Vortäter sein kann (vgl. oben A 34) noch andererseits der bloße Absatzhelfer – denn sonst wäre dessen gesonderte Hervorhebung überflüssig –, sind mit dem Absetzen wohl jene Fälle zu erfassen, in denen nicht nur Absatzbemühungen anderer (wie insbes. des Vortäters) *unterstützt* werden sollen, sondern eine **selbständige** „tatherrschaftliche" **Absatztätigkeit** entfaltet wird, ohne daß diese jedoch in einem ausschließlich eigennützigen Verschaffen bestehen darf (vgl. A 62 sowie S/S-Stree § 259 Rn. 34). Deshalb beschränkt sich die Hehlereimodalität des Absetzens praktisch auf die Fälle, in denen der Absetzende zwar täterschaftlich selbständig, jedoch mit Einverständnis und im Interesse des Vortäters handelt (vgl. Küper JuS 1975, 634). Das ist insbesondere beim Verkaufskommissionär anzunehmen.

60 **2.** Fehlt es zu der eigenständigen Absatztätigkeit, so kommt **Absatzhilfe** in Betracht: nämlich jede vorbereitende oder sonstwie die Durchführung des Übertragungsvorganges fördernde Tätigkeit, wie etwa das Bemühen um Kunden oder die Überbringung der Sache vom Vortäter an den Erwerber. Doch braucht der Absatzhelfer dabei keinen eigenen Gewahrsam an der Sache erlangt zu haben. – Soweit sich die Mitwirkung dagegen auf Maßnahmen beschränkt, die mit der eigentlichen Sachübertragung nichts mehr zu tun haben, wie etwa die Einziehung der Gegenleistung vom Erwerber, liegt keine Absatzhilfe mehr vor (vgl. S/S-Stree § 259 Rn. 39, Wessels II/2 § 20 III 3a).

61 **3.** Besondere Probleme ergeben sich, wenn der Absatzhelfer eine **Mittelstellung zwischen Vortäter und Erwerber** einnimmt, wobei er sowohl völlig eigennützig wie auch zugunsten des Vortäters oder des Erwerbers tätig sein kann: Soll dies in allen Fällen (täterschaftliche) *Absatzhilfe* oder u. U. nur als (gehilfenschaftliche) Beteiligung am *Verschaffen* zu behandeln sein? Dazu ist folgendes auseinanderzuhalten:

62 a) Unstreitig ist, daß Absatzhilfe auf jeden Fall eine fremdnützige Tätigkeit erfordert. Deshalb kommt dort, wo der Täter gestohlene Sachen **eigennützig und im eigenen Namen** veräußert, allenfalls ein **Verschaffen** (A 43ff), nicht dagegen Absatzhilfe in Betracht (vgl. Rechenautomaten-Fall OLG Hamm NJW 1972, 835). Demzufolge stellt auch das *eigennützige Mitverprassen* gestohlenen Geldes für sich allein noch keine Absatzhilfe dar (BGHSt 9, 137, S/S-Stree § 259 Rn. 39 m. w. N.).

A 63 b) Strittig ist hingegen die Einordnung der Fälle, in denen **fremdnützig** am Absatz- bzw. Erwerbsvorgang mitgewirkt wird. Soll es dabei entscheidend darauf ankommen, ob dies zugunsten des Vortäters oder des Erwerbers geschieht?

64 – Wäre unter Absatz der *gesamte Veräußerungs- und Erwerbsvorgang* zu verstehen, so müßte gleichgültig sein, ob primär der Beuteumsatz des Vortäters gefördert oder mehr dem Erwerber zur Verschaffung der Sache verholfen werden soll. Nach dieser von Schönke-Schröder (§ 259 Rn. 37) vertretenen Mindermeinung wäre in beiden Fällen täterschaftliche Absatzhilfe anzunehmen.

65 – Erblickt man den Strafgrund der Absatzhilfe jedoch primär darin, daß das Verwertungsinteresse des Vortäters gefördert wird (so zu Recht BGHSt 9, 137/8 im Mitverprasser-Fall), so muß der Absatzhelfer gleichsam im *Lager des Veräußerers* stehen (heute h. M.: vgl. RGSt 59, 262/3, M-Schroeder II/1 § 50 II 1 ebb). Nach dieser sog. **„Lagertheorie"** ist täterschaftliche Absatzhilfe auf die Fälle zu beschränken, in denen es primär um die Förderung des *Veräußerungs*vorganges geht. Steht der Absatzhelfer dagegen mehr auf Seiten des *Erwerbers*, so ist er nicht wegen Absatzhilfe, sondern allenfalls wegen Beihilfe zum Verschaffen durch den Erwerber strafbar (so jetzt auch Absatzhelfer-Fall BGHSt 26, 358/362, S/S-Stree § 259 Rn. 36 f).

66 4. Strittig ist die für die **Vollendung** wesentliche Frage, ob für Absetzen bzw. Absatzhilfe – ähnlich wie für das frühere Mitwirken „zum Absatz" (A 57) – schon jedes *auf Absatz gerichtete Bemühen* ungeachtet seines Erfolges genügen soll (so grdl. Ölgemälde-Fall BGHSt 27, 45; zust. Bockelmann II/1 § 22 II 3 d, D-Tröndle § 259 Rn. 18 f, Meyer JR 1977, 126, Wessels II/2 § 20 III 3 b) oder ein *erfolgreiches Absetzen* vorauszusetzen ist (so Uhren-Fall OLG Köln NJW 1975, 987, Franke NJW 1977, 857, Küper NJW 1977, 58, M-Schroeder II/1 § 50 II 1 ebb, Schall JuS 1977, 181, S/S-Stree § 259 Rn. 32, 38 m. w. N.). Obgleich ersteres kriminalpolitisch wünschenswert sein mag, läßt das Gesetz wohl nur für den strengeren Standpunkt Raum: Denn ähnlich wie das „Verschaffen" das Erlangen tatsächlicher Verfügungsgewalt (und nicht bloßes Bemühen darum) voraussetzt (A 44), kann von „Absetzen" erst dann die Rede sein, wenn sich der Hehler der Sache entäußert hat (vgl. Berz Jura 1980, 66, Küper JuS 1975, 635). Dann aber kann für Absatzhilfe nichts anderes gelten, da eine schärfere Erfassung des fremdnützigen Absatzhelfers gegenüber dem eigennützigen Absetzer vom Gesetz schwerlich gewollt sein kann (insoweit ebenso BGHSt 27, 45/51). Daher ist Hehlerei durch Absatz bzw. Absatzhilfe nicht etwa schon durch eine den Absatz fördernde Tätigkeit (wie z. B. durch Anbringen unechter Kfz-Kennzeichen: vgl. Mercedes-Fall BGH NJW 1978, 2042), sondern i. d. R. erst dann vollendet, wenn das Hehlereiobjekt in die tatsächliche Verfügungsgewalt des Erwerbers gelangt ist (Rudolphi JA 1981, 93).

67 **IV. Subjektive Tatseite.**

In dieser Hinsicht muß der Hehler mit der *Absicht, sich oder einen Dritten zu bereichern* (A), sowie *vorsätzlich* (B) gehandelt haben.

68 A. Für die **Bereicherungsabsicht** gilt das im Provisionsvertreter-Fall Nr. 14 A 22–27 zum Betrug Ausgeführte entsprechend. Allerdings sind dabei gewisse Besonderheiten bzw. Abweichungen vom früheren Recht zu beachten:

69 1. Während für die Vorteilsabsicht nach § 259 a. F. schon die Erstrebung jeder günstigeren Gestaltung der persönlichen Verhältnisse (wie etwa auch die Vertiefung intimer Beziehungen zum Vortäter) genügte, muß nunmehr die Absicht des Hehlers auf die Erlangung eines **Vermögensvorteils** gerichtet sein (vgl. Führerscheinfälschungs-Fall BayObLG JR 1980, 299 m. Anm. Paeffgen). Jedoch ist dafür nicht das Erstreben eines außergewöhnlichen Vorteils erforderlich; vielmehr genügt bereits die Absicht, etwa durch den An- und Verkauf „heißer Ware" handelsübliche Gewinne zu machen (vgl. BGH MDR/H 1981, 267). Dagegen reicht dafür nicht schon die allgemeine Hoffnung auf günstigere Gestaltung der Lebensverhältnisse, wie etwa bei Ansichbringen offenbar gestohlener Ausweispapiere (BGH StV 1983, 149).

70 2. Im Unterschied zu Betrug und Erpressung ist jedoch **keine Stoffgleichheit** zwischen Hehlereigegenstand und Vermögensvorteil erforderlich (Blei JA 1974, 528, Lackner § 259 Anm. 6, Stree JuS 1976, 144, Wessels II/2 § 20 IV 2; abw. Arzt NStZ 1981, 13, D-Tröndle § 259 Rn. 23). Daher muß der erstrebte Vorteil nicht unbedingt (wie im Aluhandel-Fall gegeben) aus der gehehlten Sache selbst bzw. ihrer Verwertung stammen; vielmehr kann die erstrebte Bereicherung auch in einer vom Vortäter versprochenen Belohnung für Absatzhilfe (Bezahlung von Barbesuchern: BGH MDR/H 1977, 283) oder in „Erhaltung der Kundschaft" bestehen.

A 71 3. Ebenso wie bei Betrug und Erpressung genügt nun auch für Hehlerei die Absicht einer **Drittbereicherung.** Daher ist es bei Verschaffen von Diebesgut zugunsten der Familie (vgl. BGH GA 1954, 58) oder bei Ankauf für den Arbeitgeber nicht mehr erforderlich, daraus einen mittelbaren Vorteil für den Hehler zu konstruieren (etwa durch Erhöhung des eigenen Lebensstandards bzw. Sicherung des Arbeitsplatzes: vgl. BGHSt 6, 59). Vielmehr lassen sich diese Fälle nunmehr unmittelbar als Drittbereicherung erfassen (näher dazu Arzt JA 1979, 574). Ein solcher „Dritter" soll nach BGH NJW 1979, 2621 (Fluchtpapiere-Fall) auch der Vortäter selbst sein können (zust. S/S-Stree § 259 Rn. 50; vgl. aber demgegenüber auch Lackner/Werle JR 1980, 214).

72 4. Anders als bei § 253 und § 263 braucht bei Hehlerei die erstrebte Bereicherung **nicht rechtswidrig** zu sein (S/S-Stree § 259 Rn. 49; a. A. Arzt NStZ 1981, 12). Denn da die Rechtswidrigkeit des Verschiebungsvorganges zu Lasten des Opfers bereits durch die Vortat ausreichend erfaßt ist, braucht sich die Hehlerei nur noch gegen die eigennützige Perpetuierung jenes rechtswidrigen Vermögenszustandes zu richten. Daher kann eine hehlereibegründende Bereicherung auch darin liegen, daß der Hehler das aus einer rechtswidrigen Vortat stammende Geld zur Bezahlung einer Schuld annimmt (Lackner § 259 Anm. 6).

73 Im vorliegenden *Aluhandel-Fall* besteht an der Bereicherungsabsicht des A kein Zweifel, da er sich aus dem Weiterverkauf der Aluteile gewisse Umsatzgewinne versprach und darin „die Triebfeder seines Tuns" (BGHSt 15, 53/5), nämlich der entscheidende (wenn auch nicht unbedingt der einzige) Grund seines hehlerischen Ankaufs lag (vgl. S/S-Stree § 259 Rn. 46).

74 **B.** Ferner setzt Hehlerei nach § 259 **vorsätzliches** Handeln voraus, wobei jedoch (wie auch sonst i. d. R.) gleichgültig ist, ob es sich dabei um direkten oder nur *bedingten* Vorsatz handelt (vgl. aber auch § 5 EdelMetG bzw. § 18 UnedMetG, wo ausnahmsweise auch fahrlässige Hehlerei für strafbar erklärt ist). Nachdem die frühere Beweisregel des „Annehmenmüssens" (vgl. 1. Aufl. A 67, 72 ff) durch das EGStGB ersatzlos gestrichen wurde, muß sich somit der Vorsatz vor allem auf folgende Umstände erstrecken:

75 1. Daß die gehehlte Sache *durch Diebstahl* oder ein *sonstiges Vermögensdelikt* (A 7) *erlangt* ist. Doch braucht der Täter die Vortat weder in ihren Einzelheiten zu kennen noch rechtlich zutreffend zu würdigen. Deshalb ist auch unerheblich, ob er sich als Vortat einen Diebstahl oder einen Betrug vorstellt. Vielmehr hat er Vortatvorsatz schon dann, wenn er annimmt, die Sache sei durch irgendeine gegen fremdes Vermögen gerichtete Tat erlangt.

76 2. Daß er eine der *Hehlereimodalitäten verwirklicht.* Auch insoweit ist gleichgültig, wie der Hehler sein Verhalten im einzelnen einordnet: Glaubt er, daß er sich die Sache verschafft habe, obgleich in Wirklichkeit nur Absatzhilfe vorliegt, so läßt das seinen Hehlereivorsatz unberührt.

77 3. Daß zwischen ihm und dem Vortäter (bzw. Vorbesitzer) das für die jeweilige Hehlereimodalität erforderliche *interne Einverständnis* existiert. Im Falle der Absatzhilfe etwa muß der Hehler das Bewußtsein haben, mit (nicht bloß vermutetem sondern tatsächlich gegebenem) Einverständnis und im Interesse des Vormannes zu handeln (vgl. A 52, 63 ff).

78 Im vorliegenden *Aluhandel-Fall* bestanden an diesen Vorsatzerfordernissen keine Zweifel, da A als Anstifter bzw. Gehilfe an der Vortat sogar mitbeteiligt war (vgl. oben A 41). Daher war er jedenfalls wegen Hehlerei nach § 259 strafbar.

V. Qualifizierungen – Ergebnis:

79 1. Da es sich bei den Ankäufen des A nicht um einen Einzelfall handelte, hat das LG zu Recht eine wegen **Gewerbsmäßigkeit** *qualifizierte* Hehlerei nach § 260 angenommen; denn dafür genügt die Absicht des Täters, sich durch wiederholte Tatbegehung eine fortlaufende Einnahmequelle von einiger Dauer und einigem Umfang zu verschaffen, ohne daß diese jedoch den hauptsächlichen oder regelmäßigen Erwerb darstellen müßte (S/S-Stree § 260 Rn. 2).

80 2. Soweit er sich durch Mitwirkung an den Vortaten auch der *Beihilfe zum Diebstahl* schuldig gemacht hat, könnte zwar Konsumtion (mitbestrafte Vortat) durch Hehlerei naheliegen; doch hat der BGH echte Konkurrenz angenommen (E 9), was i. S. der Klarstellungsfunktion (vgl. S/S-Stree § 52 Rn. 2) vertretbar erscheint. Die dabei offengelassene Frage, ob letztlich Tateinheit oder Tatmehrheit anzunehmen sei, wurde in-

A zwischen im Gemäldesammlungs-Fall BGHSt 22, 206/7 grds. i. S. von Realkonkurrenz entschieden.

81 3. Soweit im Ankauf zugleich eine *Unterschlagung* liegt, tritt diese spätestens auf Konkurrenzebene als mitbestrafte Begleittat hinter Hehlerei zurück (vgl. Inkasso-Fall Nr. 5 A 60).

82 VI. Exkurs: **Begünstigung** (§ 257).

Gesetzt den Fall, A hätte die von K gestohlenen Aluteile nicht zwecks Weiterveräußerung sondern lediglich zwecks Verbergens vor der Polizei in Verwahrung genommen: da dann weder Sich-Verschaffen (A 50) noch Absatzhilfe (A 57ff) vorliegen würde, wäre für § 259 kein Raum. Stattdessen käme aber § 257 in Betracht:

83 1. Auch bei diesem früher als ,,sachliche Begünstigung" bezeichneten Tatbestand (vgl. StrafR III Nr. 16 A 44), handelt es sich um ein auf die *Perpetuierung eines rechtswidrigen Zustandes* gerichtetes **Anschlußdelikt** (vgl. BGHSt 24, 166). Insofern steht § 257 der Hehlerei nahe. Doch andererseits braucht weder die Vortat noch der dem Vortäter zu sichernde Vorteil Vermögenscharakter zu haben (vgl. Geppert Jura 1980, 270f): Insofern ist § 257 ähnlich der Strafvereitelung (§ 258) auch ein *Rechtspflegedelikt* (vgl. StrafR III Nr. 16 A 45f).

84 2. Als **Vortat** kommt jedes tatbestandsmäßig-rechtswidrige Verbrechen oder Vergehen eines *anderen* in Betracht, vorausgesetzt freilich, daß es dem Vortäter (irgend) einen Vorteil eingebracht hat, der ihm von Rechts wegen nicht zusteht (S/S-Stree § 257 Rn. 5).

85 3. Die **Tathandlung** besteht im **Hilfeleisten.** Dafür ist erforderlich, aber auch ausreichend, daß das Handeln *objektiv geeignet* ist, den Vortäter im Hinblick auf die Vorteilssicherung besser zu stellen (vgl. Zipf JuS 1980, 26 m. w. N.), und dies *subjektiv mit dieser Tendenz* geschieht (Lackner § 257 Anm. 3, S/S-Stree § 257 Rn. 15, Wessels II/2 § 19 II 2; dagegen soll nach D-Tröndle § 257 Rn. 6, Otto II § 57 II 1 schon jede von Hilfstendenz getragene Unterstützungshandlung genügen; grdl. Vogler Dreher-FS 405, 421). Unerheblich ist jedoch der Nachweis, daß die Hilfeleistung tatsächlich zum erhofften Erfolg geführt hat (h. M.). Daher genügt grundsätzlich sowohl das Verwahren von Diebesgut wie auch das Verheimlichen eines Verstecks vor der Polizei (vgl. S/S-Stree § 257 Rn. 16 m. w. N.). Insofern wird die frühere Hehlereimodalität des ,,Verheimlichens" nun durch § 257 erfaßt.

86 4. **Subjektiv** ist allgemein neben **Vorsatz** speziell noch die **Absicht** erforderlich, dem Begünstigten die **Vorteile seiner Tat zu sichern.** Dabei muß der zu sichernde Vorteil *unmittelbar* aus der rechtswidrigen Vortat erwachsen sein (instruktiv Rückgabe-Fall BGHSt 24, 166 m. Anm. Maurach JR 1972, 69). Für diese Absicht der Vorteils-,,Sicherung" soll nach OLG Düsseldorf bereits genügen, daß dem Dieb durch Mitwirkung bei entgeltlicher Rückübertragung der Beute an den Eigentümer die wirtschaftliche Auswertung seiner Tat ermöglicht werden soll (Brillantring-Fall NJW 1979, 2320 m. zust. Anm. Zipf JuS 1980, 24); dagegen mit beachtlichen Argumenten Hruschka JR 1980, 222ff.

87 5. Die *reine* **Selbstbegünstigung** bleibt schon mangels Tatbestandsmäßigkeit (Vortat eines anderen: A 84) straffrei. Gleiches gilt nach § 257 III für den Fall, daß der Begünstiger an der *Vortat eines anderen beteiligt* war (S. 1), nicht aber dort, wo ein Vortat*un*beteiligter zu Begünstigung angestiftet wird (S. 2). Zu Einzelheiten dieser sowohl komplizierten wie auch kriminalpolitisch fragwürdigen Regelung vgl. Otto Lange-FS 197, 213f, S/S-Stree § 257 Rn. 29ff. Dagegen ist die *Angehörigen*begünstigung – anders als nach § 258 VI (StrafR III Nr. 16 A 54ff) – bei § 257 nicht privilegiert, dürfte aber jedenfalls dann straffrei bleiben, wenn die Vorteilssicherung zugleich der Strafvereitelung dient (Amelung JR 1978, 227, S/S-Stree § 258 Rn. 39; and. Lackner § 258 Anm. 8). Vgl. zum Ganzen auch Geppert Jura 1980, 329ff.

Schrifttum: Allg. zu **Hehlerei** vgl. neben den Kommentaren zu §§ 259, 260 *Arzt/Weber* IV E V; *Blei* II § 72; *Bockelmann* II/1 § 22; *Haft* II § 26; *Krey* II Fall 69–71 a; *M-Schroeder* II/1 § 50; *Otto* II § 58; *Schmidhäuser* II 11/69–77; *Welzel* § 58; *Wessels* II/2 § 20. Zu **Einzelproblemen** vgl. *Arzt,* Fremdnützige Hehlerei, JA 1979, 574; *ders.,* Die Hehlerei als Vermögensdelikt, NStZ 1981, 10; *Berz,* Grundfragen der Hehlerei, Jura 1980, 57; *Bockelmann,* Über das Verhältnis der Hehlerei zur Vortat, NJW 1950, 850; *Geerds,* Zum Tatbestand der Hehlerei aus der Sicht des Kriminologen, GA 1958, 129ff; *Hruschka,* Hehlerei und sachli-

A che Begünstigung, JR 1980, 221; *Küper,* Die Merkmale „absetzt" und „absetzen hilft" im neuen Hehlereitatbestand, JuS 1975, 633; *Meyer,* Zur Auslegung des Merkmals „oder absetzen hilft" in der neuen Hehlereivorschrift, MDR 1975, 721; *ders.,* Zum Merkmal „sich verschaffen" i. S. des § 259 I StGB bei Begründung gemeinsamer Verfügungsgewalt, MDR 1977, 372; *Oellers,* Der Hehler ist schlimmer als der Stehler, GA 1967, 6; *Roxin,* Geld als Objekt von Eigentums- und Vermögensdelikten, H. Mayer-FS 467; *Rudolphi,* Grundprobleme der Hehlerei, JA 1981, 1, 90; *Schröder,* Die Rechtsnatur der Begünstigung und Hehlerei, MDR 1952, 68; *Stree,* Begünstigung, Strafvereitelung und Hehlerei, JuS 1976, 137.

Allg. zu **Begünstigung** vgl. neben den Kommentaren zu § 257 *Arzt/Weber* IV E IV; *Blei* II § 109; *Bockelmann* II/1 § 23; *Geppert,* Begünstigung, Jura 1980, 269, 327; *Haft* II § 24; *Otto* II § 57; *Schmidhäuser* II 11/23–26; *Wessels* II/2 § 19. Zu **Einzelfragen** vgl. *Amelung,* Vorteilssicherung und Angehörigenprivileg, JR 1978, 229; *Vogler,* Die Begünstigungshandlung, Dreher-FS 405, ferner die Angaben oben zur Hehlerei sowie zu § 258 in StrafR III Nr. 16.

Urkundsdelikte – insbes. Urkundenfälschung (§ 267) – Fälschung technischer Aufzeichnungen (§ 268) – Urkundenunterdrückung (§ 274)

OLG Stuttgart NJW 1978, 715: **Fahrtenschreiber-Fall**
3 Ss 497/77 = JZ 1977, 724

SV **Sachverhalt:** Die A war als Kontoristin im Fuhrbetrieb der früher mitangeklagten Eheleute G beschäftigt. Nachdem der Verdacht aufkam, daß von den Fahrern dieser Firma immer wieder die durch § 15a StVZO vorgeschriebenen Lenkzeiten überschritten würden, ordnete die StA die Sicherstellung sämtlicher bei der Fa. G vorhandenen Fahrtenschreiberblätter an. Als der mit der Sicherstellung beauftragte Polizeibeamte P bei der Fa. G die Herausgabe der Schaublätter verlangte, war man sich dort im klaren, daß aufgrund dieser Blätter die Lenkzeitüberschreitungen bemerkt würden und daher Fahrer wie Firmeninhaber mit Verfolgungsmaßnahmen rechnen müßten. Frau G äußerte deshalb gegenüber P, daß eine sofortige Übergabe nicht möglich sei, weil die Fahrtenschreiberblätter erst herausgesucht werden müßten. Als P gegangen war, wurde die A von G beauftragt, in alle Schaublätter, aus denen eine Überschreitung der Lenkzeit hervorging, den Namen eines zusätzlichen Fahrers einzutragen, um auf diese Weise den Eindruck zu erwecken, daß sich die eingetragenen Fahrer jeweils abgewechselt hätten und dadurch die Lenkzeitbegrenzung eingehalten worden sei. Die A verfuhr dementsprechend und setzte in über 100 Schaublätter den Namen eines weiteren Aushilfsfahrers ein. Am folgenden Tag wurden dem P die Blätter ausgehändigt.

P **Zur Problemstellung:** Hat sich die A einer *Urkundenfälschung* (§ 267) oder einer Fälschung *technischer Aufzeichnungen* (§ 268) strafbar gemacht? Worin liegt der Unterschied?

– In § 267 ist von einer *Urkunde* die Rede: Käme dafür bereits der technisch aufgezeichnete Diagrammteil in Betracht? Oder stellt erst der Diagrammteil in Verbindung mit den handschriftlichen Eintragungen eine Urkunde dar? Welche Kriterien sind dafür wesentlich?

– Welche Tatmodalität des § 267 kommt in Betracht: *Herstellen* einer *unechten* Urkunde oder *Verfälschen* einer *echten* Urkunde?

– Könnte § 267 unanwendbar sein, weil die Schaublätter nicht durch einen Dritten, sondern durch den *Aussteller* bzw. in dessen Auftrag geändert wurden?

– Was setzt die *Absicht der Täuschung im Rechtsverkehr* voraus? Kann dafür auch fremdnütziges Handeln genügen?

– Falls § 267 verwirklicht ist: hat dann die A nur als *Gehilfin* oder sogar als *Mittäterin* der Eheleute G zu haften?

Nachdem die Eheleute G bereits rechtskräftig wegen Urkundenfälschung (§ 267) bestraft waren, wurde die A vom LG der Beihilfe dazu für schuldig befunden. Das OLG kam darüberhinaus sogar zu Mittäterschaft der A.

E 1 **Aus den Gründen:** „Die Annahmen des LG, daß es sich bei den mit dem Namen des Fahrers versehenen Schaublätteraufzeichnungen um Urkunden i.S. von § 267 handelt und in der Eintragung eines weiteren Namens auf den Schaublättern nach Anordnung der Sicherstellung und deren Bekanntgabe an den Aussteller eine Urkundenfälschung zu sehen ist, sind im Ergebnis nicht zu beanstanden.

2 **1.** a) Das LG ist zutreffend davon ausgegangen, daß es sich bei den handschriftlich mit dem Namen eines Fahrers versehenen Fahrtenschreiberaufzeichnungen um Urkunden i.S. von § 267 handelt. Zwar enthalten solche Schaublätter in ihrem Diagrammteil keine menschliche Gedankenerklärung, sondern lediglich eine technische Aufzeichnung. Für sich betrachtet ist daher der Diagrammteil keine Urkunde (OLG Stuttgart NJW 1959, 1379; Jagusch, StraßenverkehrsR, 23. Aufl. [1977], § 57a StVZO Rn. 5; Tröndle in: LK, 9. Aufl.
3 [1973], § 267 Rn. 74). Soweit der Diagrammteil jedoch mit einem Beziehungsvermerk versehen, d.h. mit dem Namen eines Fahrers bzw. dem Datum der aufgezeichneten Fahrt verbunden ist, stellt das Schaublatt als Ganzes auch eine („zusammengesetzte") Urkunde dar. Die menschliche Gedankenerklärung liegt hier gerade in der Herstellung einer Verbindung zwischen der technischen Aufzeichnung und dem Namen des Fahrers. Mit der Herstellung dieser Beweisbeziehung macht der Erklärende deutlich, daß der auf dem Schaublatt eingetragene Fahrer zu der eingetragenen Zeit das Kraftfahrzeug geführt hat, in dessen Fahrtenschreiber die technische Aufzeichnung erfolgt ist. Daß in der Herstellung einer solchen festen Beweisbeziehung eine eigenständige, durch § 267 geschützte Gedankenerklärung liegen kann, ist in Rechtsprechung und Literatur u.a. bereits im Falle

E der Preisauszeichnung von Waren anerkannt worden (RGSt 53, 237, 327; 59, 38; OLG Köln NJW 1973, 1807; OLG Hamm NJW 1968, 1894/5; Dreher, StGB, 37. Aufl. [1977], § 267 Rn. 4; Schönke-Schröder-Cramer, StGB, 19. Aufl. [1978], § 267 Rdnr. 36a; Puppe, Die
4 Fälschung technischer Aufzeichnungen, 1972, S. 195f). Davon abweichende Auffassungen, die in solchen festen Beweisbeziehungen keine Erklärung, sondern nur eine „gegenständliche Situation" sehen wollen (so etwa Schilling, Der strafrechtliche Schutz des Augenscheinsbeweises, 1965, S. 113ff, 116f; Samson, Urkunden und Beweiszeichen, 1968, S. 38f), verkennen, daß das Herstellen gegenständlicher Situationen durchaus Erklärungswert haben kann. Auch werden sie kriminalpolitischen Bedürfnissen nicht ge-
5 recht. Daß die Beschriftung der Fahrtenaufzeichnungen mit dem Namen des Fahrers bzw. dem Datum der Fahrt auch zum Beweis geeignet und bestimmt ist, ergibt sich bereits aus den §§ 15a, 57a, 69a StVZO.

6 b) Die Rev. meint jedoch, daß die Beschriftung der Schaublätter mit dem Namen eines weiteren Fahrers nur eine schriftliche Lüge, nicht aber eine Urkundenfälschung sei. Dem kann nicht gefolgt werden. Zwar wird im Schrifttum die Ansicht vertreten, daß die spätere Veränderung einer Urkunde durch ihren Aussteller bzw. auf Anweisung des Ausstellers nicht nach § 267 strafbar sein könne (so u. a. Schönke-Schröder-Cramer, StGB, § 267 Rn.
7 68; Lampe, GA 1964, 329f). Demgegenüber hat die Rspr. jedoch stets daran festgehalten, daß eine Urkunde auch durch ihren Aussteller verfälscht werden kann, wenn und soweit dieser die freie und ausschließliche Dispositionsbefugnis über die **[716]** Urkunde verloren hat (RGSt 50, 420; 52, 78; 64, 394; BGHSt 13, 382/6; Dreher, StGB, § 267 Rn. 19). Der Senat sieht keinen Anlaß, von dieser Rspr. abzugehen.

8 Demzufolge kommt es hier entscheidend darauf an, ob die A zum Tatzeitpunkt zur nachträglichen Veränderung der Schaublätter noch befugt war. Dies ist im Ergebnis zu verneinen. Zwar ist die Frage, wann der Aussteller das Recht auf Abänderung einer Urkunde verliert, in Rspr. und Literatur nicht immer einheitlich beantwortet worden (vgl. die Nachw. bei Dreher, § 267 Rn. 19; Tröndle, in LK, § 267 Rn. 153ff). Zum Teil wurde ein Verlust der Abänderungsbefugnis erst dann angenommen, wenn ein Kontrollbeamter die Urkunde eingesehen (RGSt 51, 340) oder wenn sie der Außenwelt und dem Rechtsverkehr zugänglich gemacht worden war (RGSt 64, 394; *BGHSt* 13, 382/3). In anderen Entscheidungen wird ein Erlöschen des Rechts auf Abänderung in dem Moment angenommen, in dem polizeiliche Kontrollorgane mit dem Verlangen auf Vorlegung der zur Kontrolle dienenden Urkunden an den Aussteller herantreten (RGSt 50, 24; 52, 78). Dabei handelt es sich jedoch jeweils um Einzelentscheidungen, die ersichtlich weder den frühesten noch den spätesten Zeitpunkt eines Erlöschens der Abänderungsbefugnis allgemeinverbindlich festlegen wollen.

9 Demnach wäre hier nicht ausgeschlossen, die Befugnis zur Änderung bzw. Ergänzung der handschriftlichen Eintragungen auf den Fahrtenschreiberblättern sogar schon mit Ende der jeweils aufgezeichneten Fahrt erlöschen zu lassen. Denn dafür spräche immerhin, daß nach § 57a II 2 StVZO die Schaublätter *vor* Antritt der Fahrt mit dem Namen des Fahrers sowie dem Ausgangspunkt und dem Datum der ersten Fahrt zu bezeichnen sind. Auch sind sie nach § 57a II 4 StVZO jederzeit den zuständigen Kontrollorganen vorzulegen und ein Jahr lang aufzubewahren. Gegenüber diesem frühzeitigen Fixierungsinteresse bleibt freilich andererseits zu bedenken, daß § 15a VIII Nr. 2 StVZO jedenfalls für den Fall, daß ein Fahrzeug von mehreren Fahrern gefahren wurde, noch nachträglich Eintragungen, nämlich über die Fahrzeit des jeweiligen Fahrers, zuläßt. Ob und inwieweit daraus zu schließen ist, daß auch bei Einzelfahrern wie hier nachträgliche Ergänzungen oder Änderungen nicht schon grundsätzlich mit Abschluß der Fahrt ausgeschlossen sein
10 sollen, kann jedoch hier dahingestellt bleiben. Denn ungeachtet der Frage, ob die genannten Vorschriften der StVZO die Dispositionsbefugnis des Halters über die Schaublätter von vorneherein beschränken, ist hier das (etwaige) Recht auf einseitige Änderung der handschriftlichen Schaublatteintragungen jedenfalls spätestens mit Anordnung der Sicherstellung der Schaublätter durch die StA und der Bekanntgabe dieser Anordnung an den Aussteller erloschen. Denn wie sich den zuvor angeführten Entscheidungen entnehmen läßt, ist ein Erlöschen der Änderungsbefugnis jedenfalls dann anzunehmen, wenn das legitime Beweisinteresse eines anderen unzweifelhaft manifest geworden ist. Und das war hier spätestens mit Bekanntgabe der Sicherstellungsanordnung der Fall. Denn damit wurde das latente und nach den §§ 15a, 57a, 69a StVZO legitimierte öffentliche Beweisinteresse an den Schaublättern mit dem in diesem Zeitpunkt gegebenen Erklärungsinhalt unzweideutig manifestiert. Andernfalls könnten die in § 57a StVZO zum Ausdruck kommenden Kontrollzwecke weitgehend vereitelt werden, wenn es dem Halter oder Fahrer freistünde, die Schaublatteintragungen auch nach Anordnung und Bekannt-
11 gabe der Sicherstellung noch beliebig zu ändern oder zu ergänzen. Da somit die Inhaber der Fa. G als Fahrzeughalter und geistige Urheber der infragestehenden Schaublatt-Urkunden die Befugnis zu deren Ergänzung verloren hatten, fehlte auch der A eine entsprechende Berechtigung. Daher ist die Annahme des LG, daß in der nachträglichen Eintragung eines zusätzlichen Namens eine Urkundenfälschung i. S. des § 267 zu sehen ist, die zum Zwecke der Täuschung der Kontrollbeamten erfolgte, im Ergebnis nicht zu beanstanden.

E 12 **2.** Nach allem war die Rev. zu verwerfen. Dabei war jedoch der Schuldspruch dahingehend zu berichtigen, daß die A nicht nur wegen gehilfenschaftlicher, sondern wegen (mit)täterschaftlicher Urkundenfälschung verurteilt wird. Die A ist Täterin i.S. von § 25, weil sie alle Merkmale des § 267 in eigener Person verwirklicht hat. Daß diese Tatbestandserfüllung aus ihrer Sicht nur „Hilfe" für die (früheren mitangekl.) Mittäter gewesen sein mag, rechtfertigt keine andere Beurteilung. Für eine rein subjektive Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme, wie sie möglicherweise dem LG vorgeschwebt hat, läßt § 25 I jedenfalls bei voller Tatbestandsverwirklichung in eigener Person keinen Raum mehr (vgl. Blei, AT, 17. Aufl. [1977], S. 223f.; Dreher, Vorb. 2 § 25; Eser, StrafR II, 2. Aufl. [1976], S. 145f.; Herzberg, Täterschaft und Teilnahme, 1977, S. 5f.; Jescheck, SchweizZfStR 1975, 31; Roxin, Täterschaft und Tatherrschaft, 3. Aufl. [1975], S. 546ff.; Samson, SK, 2. Aufl. [1977], § 25 Rn. 7, 16; Schönke-Schröder-Cramer, Vorb. 58f. § 25; Wessels, AT, 8. Aufl. [1977], S. 562; a.A. wohl nur Baumann, AT, 8. Aufl. [1977], S. 562; vgl. aber auch Lackner, 11. Aufl. [1977], § 25 Anm. 1a). Dem steht auch nicht entgegen, daß in BGH, NJW 1975, 837 (838), auf „Gehilfenwillen" abgehoben wird (vgl. demgegenüber auch BGH, MDR 1977, 767); denn dabei handelt es sich lediglich um ein nicht entscheidungserhebliches obiter dictum. Im übrigen ließe sich auch hier die Verurteilung wegen bloßer Beihilfe zur Urkundenfälschung nicht damit halten, daß die A nur als absichtslos doloses Werk-
13 zeug gehandelt habe. Denn für die für Täterschaft erforderliche Täuschungsabsicht i.S. von § 267 genügt schon das Wissen darum, daß die Urkunde zur Täuschung im Rechts-
14 verkehr Verwendung finden soll (Schönke-Schröder-Cramer, § 267 Rn. 91). Anders als für das Sichzueignen bei Diebstahl braucht daher der Verfälscher einer Urkunde weder die Absicht eigenen Gebrauchs noch zu eigenem Nutzen zu haben."

A 1 **Zur Erläuterung und Vertiefung:** Um die in diesem Urteil angesprochenen Einzelfragen zu § 267 in systematischem Zusammenhang zu sehen, empfiehlt sich zunächst ein Blick auf die besonderen *Schutzgüter* und die *Struktur* der verschiedenartigen Urkundsdelikte (I). Dann ist der für diese Deliktsgruppe zentrale Begriff der *Urkunde* näher zu beleuchten und von verwandten Begriffen abzugrenzen (II). Dem folgt die Erörterung der verschiedenen Tatmodalitäten der *Urkundenfälschung* (III). Darüber hinaus besteht Anlaß zu der Frage, ob A auch wegen *Verfälschens technischer Aufzeichnungen* (IV) sowie wegen *Urkundenunterdrückung* (V) belangt werden kann. Abschließend bleibt noch auf einige Probleme allgemeiner Art hinzuweisen (VI).

2 **I. Schutzgut und Struktur der Urkundendelikte.**

Tatobjekt der Urkundendelikte ist jeweils eine Urkunde bzw. ein urkundenähnlicher Gegenstand (wie z.B. bei § 268 eine technische Aufzeichnung), wobei dem Objekt regelmäßig auch ein gewisser Vermögenswert zukommt. Das könnte die Annahme nahelegen, daß es sich auch bei dieser Deliktsgruppe um Vermögensdelikte handele. Daran ist in der Tat richtig, daß Urkundsdelikte häufig als Täuschungsmittel zur Erlangung rechtswidriger Vorteile oder (wie hier) zur Abwehr nachteiliger Folgen dienen. Daraus läßt sich aber allenfalls auf *mittelbaren Vermögensschutz* schließen (vgl. Arzt/Weber IV 334ff). Denn primäres Schutzgut der Urkundendelikte ist die **Sicherheit und Zuverlässigkeit des Rechtsverkehrs** mit Urkunden (BGHSt 2, 50/2), und zwar insbesondere des *Beweisverkehrs*, der auf stofflich verkörperte Erklärungen als Beweismittel angewiesen ist und sich darauf soll verlassen können, daß hinter der Erklärung ein bestimmter Aussteller steht, der gleichsam als Garant für die Sicherheit und Verläßlichkeit der Beweisführung einsteht (vgl. S/S-Cramer § 267 Rn. 1). Dieses Rechtsverkehrsinteresse ist in vier Richtungen geschützt, freilich mit jeweils unterschiedlichem Umfang (vgl. Tröndle LK 3ff vor § 267).

3 **1.** Am umfassendsten sind die *Echtheit und Unverfälschtheit* der Urkunde geschützt: so vor allem durch die §§ 267, 268 wie auch durch §§ 275, 277 2. und 3. Alt., 279 i.V.m. § 277. Bei diesem **Echtheitsschutz,** der *jeder Art von Urkunde* zugute kommt, geht es nicht so sehr um die inhaltliche Richtigkeit als vielmehr um die Herkunft der Erklärung: nämlich daß das Erklärte tatsächlich von dem stammt, der als ihr Aussteller erscheint. Deshalb wird durch § 267 nicht schon die „schriftliche Lüge" (E 5) erfaßt, sondern lediglich die (weil nicht vom angeblichen Aussteller stammende) *„unechte"* bzw. die (von einem nicht autorisierten) *„verfälschte"* Erklärung: näher A 18ff, 35ff.

4 **2.** Demgegenüber geht es beim **Wahrheitsschutz** um die *inhaltliche Richtigkeit* des Erklärten: so in §§ 271, 277 1. Alt., 278, 279, 348. In dieser Richtung werden jedoch verständlicherweise nur Urkunden von besonderer Vertrauenswürdigkeit und damit erhöhter Beweiskräftigkeit geschützt. Deshalb ist der Wahrheitsschutz grundsätzlich auf *öffentliche Urkunden* – und selbst bei diesen meist auf bestimmte Beweisfunktionen – beschränkt (vgl. Tröndle LK § 271 Rn. 2). Näher dazu Postanweisungs-Fall Nr. 20.

A 5 3. Dagegen kommt der **Unversehrtheitsschutz** sowohl öffentlichen wie auch privaten Urkunden zugute, sofern sie dem Täter *nicht (mehr) gehören* oder – falls eigene – *amtlich verwahrt* sind: so in §§ 274 I Nr. 1, 133. Insoweit geht es um die Bestandserhaltung und Verfügbarkeit der Urkunde als Beweismittel.

6 4. Am engsten ist der **Verwendungsschutz;** denn gegen mißbräuchlichen Gebrauch sind nur (echte) *Ausweispapiere* geschützt: § 281.

7 5. Schließlich ist auch die Geld- und Wertzeichenfälschung (§§ 146–152) zu den Urkundsdelikten zu zählen, wobei es speziell um die **Sicherheit und Zuverlässigkeit des Geldverkehrs** geht. Ebenso wie bei der Urkundenfälschung (A 3) handelt es sich aber auch dabei lediglich um Echtheitsschutz (vgl. Postanweisungs-Fall Nr. 20 A 60).

8 **II. Der strafrechtliche Urkundenbegriff.**

Auf den ersten Blick mag es überraschen, daß schon ein schlichtes Schaublatt eine Urkunde soll sein können; denn gehört dazu nicht gleichsam „Brief und Siegel"? Eine solche förmliche „Weihe", wie sie nach landläufiger Vorstellung mit der Urkunde verbunden wird, mag zwar bestimmten Urkundstypen (wie etwa dem notariellen Vertrag, der Ernennungsurkunde oder auch dem Testament) eigen sein; wesentlich ist sie aber nicht. Denn nicht nur, daß das Strafrecht über formalisierte öffentliche Urkunden i. S. von § 271 hinaus offensichtlich auch sonstige, rein private Urkunden schützen will; auch kann es für die Sicherheit und Zuverlässigkeit des Rechtsverkehrs (A 2) weniger auf gewisse Förmlichkeiten als vielmehr auf bestimmte beweiserhebliche Faktoren ankommen. Deshalb ist der strafrechtliche Urkundenbegriff primär nach spezifischen *materiellen* Kriterien zu bestimmen. Dazu sind zunächst die wesentlichen Urkundselemente herauszuarbeiten (A) und sodann unter Berücksichtigung von Sonderfällen näher abzugrenzen (B).

9 **A.** Dem **Grundsatz** nach sind Urkunden im strafrechtlichen Sinne „verkörperte Erklärungen, die ihrem gedanklichen Inhalt nach geeignet und bestimmt sind, für ein Rechtsverhältnis Beweis zu erbringen, und die ihren Aussteller erkennen lassen" (so i. S. der h. M. Fotokopie-Fall BGHSt 24, 140/1 [A 32, 62]; S/S-Cramer § 267 Rn. 2 m. w. N.; zu abw. Auffassungen, insbes. von Kienapfel, Puppe, Samson und Schilling, vgl. Tröndle LK § 267 Rn. 2 sowie unten A 13). Demgemäß sind für die Urkunde drei Elemente wesentlich: Sie muß eine Gedankenerklärung stofflich fixieren: *Perpetuierungselement* (1), zum Beweis bestimmt und geeignet sein: *Beweiselement* (2), und den Aussteller als Garanten der Erklärung erkennen lassen: *Garantieelement* (3). Im einzelnen freilich ist manches strittig:

10 **1.** Für das **Perpetuierungselement** ist zweierlei erforderlich:

a) Eine *gedankliche Erklärung:* nämlich eine Handlung mit Kundgabesinn, wobei allerdings das Gemeinte nicht für jeden und nicht unbedingt aus der Handlung selbst heraus verständlich sein muß. Dafür genügt jedes menschliche Verhalten, das entweder nach seinem typischen, verkehrsmäßigen oder doch nach seinem unter den gegebenen Umständen einem (eingeweihten) Adressaten erkennbaren Sinn dazu bestimmt ist, eine bestimmte Vorstellung über einen Sachverhalt hervorzurufen (vgl. auch Samson JuS 1970, 370).

10a – An einer solchen Gedankenerklärung fehlt es bei bloßen *Augenscheinsobjekten* (wie etwa Fingerabdrücke oder Blutspuren auf der Kleidung). Zwar können sich auch aus ihrer Existenz, Beschaffenheit oder Eigenschaft gewisse Tatsachen für den Betrachter ergeben (vgl. Tonneninschrift-Fall RGSt 17, 282/3). Doch handelt es sich dabei um bloße Schlußfolgerungen aus sinnlicher Wahrnehmung von Gegenständen, nicht aber um das Ergebnis einer Handlung mit Kundgabesinn.

10b – Auch bei *mechanischen Aufzeichnungen* ist Vorsicht geboten: Soweit sie lediglich äußere Vorgänge wiedergeben (wie z. B. die Fahrtaufzeichnung durch einen Tachographen), fehlt ihnen grundsätzlich der Urkundscharakter (E 2); deshalb sind sie allenfalls über § 268 geschützt (A 75 ff). Sie können aber, wie etwa im Fall automatisierter Steuerbescheide (S/S-Cramer § 267 Rn. 4), auch menschliche Erklärungen zum Ausdruck bringen und damit nach § 267 geschützt sein.

11 Was ergibt sich daraus für die hier infragestehenden Schaublätter? Soweit es um den technisch hergestellten, auf die Fahrtaufzeichnung bezogenen *Diagrammteil* geht, war mangels menschlicher Gedankenerklärung der Urkundscharakter zu Recht zu verneinen (E 2). Soweit es den *handschriftlich* eingesetzten Namen betrifft, liegt zwar eine menschliche Äußerung vor; doch hat diese für sich allein keinen hinlänglichen Erklä-

A rungsgehalt. Deshalb könnte sich allenfalls aus einer *Verbindung* von Diagrammteil und Namenszusatz eine Urkunde ergeben; doch darauf wird zweckmäßigerweise bei Erörterung der „zusammengesetzten" Urkunden zurückzukommen sein (A 26ff).

12 b) Die *dauerhafte (visuelle) Verkörperung* der Erklärung in einer Sache: Denn nicht schon das flüchtig gesprochene und damit ohnehin leichter vergängliche Wort, sondern nur die stofflich (in Papier, Holz, Stein o. dgl.) verfestigte und damit wenigstens für eine gewisse Dauer „perpetuierte" Erklärung verdient Schutz vor Verfälschung. Mangels Festigkeit können daher auch aufeinander gelegte Steine, abgebrochene Zweige oder Schriftzeichen im Schnee nicht genügen. Gleiches gilt für Tonbänder und Schallplatten: Zwar bieten sie eine stoffliche Fixierung; da sie jedoch nur akustisch wahrnehmbar sind, fehlt ihnen die für Urkunden wesentliche visuelle Erfaßbarkeit (vgl. S/S-Cramer § 267 Rn. 6 m. w. N.).

13 c) Zudem wird von einer Mindermeinung die Verkörperung der Erklärung durch *Schriftzeichen* verlangt, so daß grundsätzlich nur Schriftstücke Urkundencharakter haben könnten (so namentlich M-Schroeder II/2 § 65 II, Samson JuS 1970, 371ff [aber auch SK § 267 Rn. 22ff], Welzel § 59 II 1). Demgegenüber läßt die h. M. zu Recht auch die Vermittlung einer Erklärung durch sonstige Zeichen, Symbole oder Kürzel genügen, sofern ihnen ein allgemein oder jedenfalls für den betroffenen Verkehrskreis objektiv erkennbarer Sinn beigelegt werden kann (Blei II § 80 I 1a, Lackner § 267 Anm. 2b, S/S-Cramer § 267 Rn. 7 m. w. N.). Das ist insbesondere für *Beweiszeichen* von Bedeutung (A 22ff).

14 2. Wesentlich ist für die Urkunde ferner das **Beweiselement** (A 9): Die verkörperte Erklärung muß zum Beweis einer rechtserheblichen Tatsache geeignet und bestimmt sein.

15 a) Als **rechtserheblich** gilt schon jede Tatsache, die im Rechtsverkehr nicht völlig bedeutungslos ist. Deshalb ist das Abheben des BGH auf Beweis „für ein Rechtsverhältnis" (A 9) nicht so zu deuten, als ob die Urkunde gleichsam eine Anspruchsgrundlage verkörpern müsse; rechtserheblich ist vielmehr schon jede Tatsache, Stellungnahme oder Wertung, die für das Entstehen, Behalten, Verändern oder Erlöschen einer Rechtsposition, gleich ob öffentlich- oder privatrechtlicher Natur, von Bedeutung ist (vgl. Tröndle LK § 267 Rn. 62 m. w. N.). Demzufolge kann beispielsweise eine durch einen Strohmann angefertigte Prüfungsarbeit für Examensleistungen (vgl. Klausur-Fall RGSt 68, 240; vgl. aber auch Examensschlepper-Fall BayObLG: unten A 35) oder ein unter fremdem Namen abgelegtes Geständnis für eine Falschverdächtigung beweisrelevant sein (vgl. Anonymbrief-Fall RGSt 7, 47/50).

16 b) Dementsprechend genügt auch für die *Beweis*eignung, sofern dieses Merkmal nicht ohnehin für entbehrlich gehalten wird (so insbes. Kienapfel JZ 1972, 369, Otto II § 70 I 1c, Tröndle LK § 267 Rn. 60, 66), daß die Erklärung für sich allein oder in Verbindung mit anderen Umständen bei der Überzeugungsbildung mit ins Gewicht fallen kann (vgl. Empfehlungsschreiben-Fall RGSt 62, 218/220). Deshalb kommt es auch weder auf prozessuale Beweiskraft noch auf etwaige subjektive Vorstellungen des Ausstellers der Urkunde an. Daher können Schriftstücke selbst für solche Rechtsverhältnisse, für die sie ursprünglich nicht gedacht waren, beweiserheblich sein (vgl. Zeitungsanzeige-Fall RGSt 40, 78/9), wie z. B. ein rein privater Liebesbrief für den Nachweis ehewidriger Beziehungen (Wessels II/1 § 18 I 2b, S/S-Cramer § 267 Rn. 8ff m. w. N.).

17 c) Auch die *Beweis*bestimmung braucht weder von Anfang an gegeben zu sein noch ist sie vom Willen des Ausstellers abhängig. Wird eine Erklärung in dem Bewußtsein abgegeben oder in den Rechtsverkehr eingeführt, daß sie ein anderer zu Beweiszwecken benutzen kann, spricht man von *Absichtsurkunden:* so vor allem bei Dispositivurkunden (wie etwa rechtsgeschäftlichen Erklärungen) oder Zeugnisurkunden (Protokolle, Registereintragungen o. dgl.). Als *Zufallsurkunden* werden Erklärungen bezeichnet, denen eine Beweisbestimmung erst nachträglich durch einen Dritten beigelegt wird, sofern diesem von Rechts wegen die Möglichkeit eröffnet ist, damit Beweis zu erbringen: so z. B. sog. Deliktsurkunden, die etwa als vertraulicher Brief geschrieben von der Staatsanwaltschaft als Beweismittel für betrügerische Manipulation beschlagnahmt werden (vgl. Akten-Fall RGSt 17, 103/9). – Solange eine solche (anfängliche oder nachträgliche) Beweisbestimmung nicht getroffen ist, *fehlt* es an der Urkundsqualität; so bei bloßen *Entwürfen* (vgl. Protokollnotiz-Fall BGHSt 3, 82/5 sowie Nr. 20 E 6) oder unausgefüllten *Vordrucken* (vgl. Führerscheinformular-Fall BGH MDR/H 1978, 625, ferner BGHSt 13, 235). Gleiches gilt bei nachträglichem Wegfall jeglicher Beweisbestimmung: wie etwa bei verbrauchten Fahrscheinen, sobald sie zum Einstampfen ausge-

A sondert sind (BGHSt 4, 284). Im übrigen kommt der Einteilung in Absichts- oder Zufallsurkunden keine praktische Bedeutung zu (Tröndle LK § 267 Rn. 50).

18 3. Schließlich ist noch das **Garantieelement** für den Urkundenbegriff wesentlich (A 9): Die Erklärung muß eine *bestimmte* Person als **Aussteller** erkennbar machen, der als Garant hinter der Erklärung steht (S/S-Cramer § 267 Rn. 16 m. w. N.). Dabei ist für den Urkundsbegriff nicht entscheidend, ob die als Aussteller erscheinende Person mit dem Urheber tatsächlich identisch ist oder nicht; denn dies ist lediglich eine für die Fälschungsmodalität bedeutsame Frage der Echtheit oder Unechtheit der Urkunde (A 34ff). Deshalb ist für den Urkundencharakter als solchen allein wesentlich, daß aus der Erklärung eine identifizierbare Person als (tatsächlicher oder scheinbarer) Aussteller hervorgeht. Ob dies durch eigenhändige Unterschrift, Faksimileaufdruck oder durch Quittungsvermerk der Registrierkasse einer Firma geschieht oder sich der Aussteller lediglich aus dem Gesamtzusammenhang des Urkundeninhalts ergibt, ist dabei grundsätzlich gleichgültig (vgl. Steuermahnungs-Fall RGSt 61, 161, BGH GA 1963, 16), es sei denn, daß für die Wirksamkeit der betreffenden Erklärung die eigenhändige Unterschrift gesetzlich vorgeschrieben ist (wie z. B. nach § 2247 BGB für das Testament: vgl. A 41). Deshalb fehlt es am Garantieelement erst dort, wo sich der Aussteller nur mit Hilfe völlig außerhalb des Schriftstücks liegender Umstände ermitteln ließe (vgl. Streikbrecher-Fall RGSt 40, 217), sowie bei *offener Anonymität*. Dagegen entfällt bei *versteckter* Anonymität (wie durch Verwendung eines Allerwelts- oder Decknamens) die Urkundenqualität nur dann, wenn der Urheber ersichtlich nicht erkennbar sein will: so wenn durch Unterzeichnung einer Strafanzeige mit „Müller" ohne jeden weiteren Zusatz die Erklärung ebensogut auch gar nicht unterzeichnet sein könnte (S/S-Cramer § 267 Rn. 18; vgl. auch Schomaker-Fall RGSt 46, 297).

19 Frage: Wer aber ist als Aussteller zu betrachten, wenn *mehrere Personen* an der Herstellung beteiligt sind? Dies fragt sich vor allem (wie hier) beim Einsatz von Schreibhilfen sowie bei Stellvertretung. Während die zeitweilig vertretene „Körperlichkeitstheorie" den manuellen Hersteller als Aussteller ansah (Frank § 267 Anm. I), hebt die heute vorherrschende **„Geistigkeitstheorie"** zu Recht darauf ab, wer als geistiger Urheber für die Erklärung einsteht (S/S-Cramer Rn. 16, 55ff, Tröndle LK Rn. 15ff, je zu § 267 m. w. N.). Daher ist Aussteller nicht schon, wer die Urkunde körperlich herstellt, sondern derjenige, von dem sie „geistig herrührt", und zwar in dem Sinne, daß er sich in erkennbarer Weise „als Erklärender bekennt" (M-Schroeder II/2 § 65 III 2b; vgl. auch Puppe JR 1981, 441). Deshalb muß auch nicht der Schreiber, sondern nur der dahinterstehende „Erklärer" aus der Urkunde erkennbar sein (Kohlrausch-Lange § 267 Anm. III 3).

20 Instruktiv dazu der *Inventur-Fall* **BGHSt 13, 382,** wo A als Vorstandsmitglied einer AG zwecks Verschleierung der schlechten Wirtschaftslage willkürlich die Inventurlisten abändern ließ und sich gegen den Vorwurf der Urkundenfälschung damit verteidigte, daß die Listen keine Urkunden gewesen seien. Dem hält der BGH entgegen: **[384]** „Unrichtig ist es, wenn die Revision die Urkundeneigenschaft der Inventurlisten deshalb bezweifelt, weil sie keine Unterschrift tragen. Das würde nur dann zutreffen, wenn die mit der reinen Schreibarbeit beauftragten Angestellten der Gesellschaft als Aussteller der Urkunde anzusehen wären. Denn in diesem Falle würde sich für die hier in Betracht kommenden Dritten, also etwa für die Prüfer, in der Tat der Aussteller **[385]** nicht aus der Urkunde selbst ergeben haben, sondern erst durch zusätzliche Beweise zu ermitteln gewesen sein. Für die Frage, wer Aussteller der Urkunde ist, kommt es jedoch in Fällen der vorliegenden Art nur darauf an, wer nach außen hin rechtlich für die Aufnahme der Inventur und die Abfassung der Inventurlisten verantwortlich war, ohne daß es die mindeste Rolle spielt, welcher Hilfskräfte sich diese verantwortliche Person dabei bediente (vgl. RG GA 57, 205). Die als Aussteller der Urkunde in Betracht kommende Person war deshalb allein der A in seiner Eigenschaft als Vorstand der AG (§§ 70, 71, 82, 125ff AktG)". – Zur Fraglichkeit der Urkundenqualität bei *offengelegtem Handeln für einen anderen* (Unterzeichnung mit „i.A.") vgl. OLG Hamm NJW 1973, 634 mit krit. Anm. Puppe NJW 1973, 1870.

21 Daraus bleibt für den vorliegenden Fall festzuhalten, daß als Aussteller einer Urkunde hier weniger die A als bloße Schreibkraft, sondern Firmeninhaber G, da für die Ausstellung der Schaublätter rechtlich verantwortlich, als geistiger Urheber in Betracht zu ziehen ist (A 28). Zuvor jedoch bleibt noch zu klären, inwieweit den Schaublättern vor ihrer Veränderung durch die A überhaupt schon Urkundsqualität zukam. Dazu sind zunächst noch einige Sonderfälle abzuklären:

A 22 **B. Besondere Urkundsformen.**

1. Sog. **Beweiszeichen:** Verzichtet man auf das Schriftzeichenerfordernis (A 13), so kommen als Urkunden nicht nur Schriftstücke in Betracht, sondern „auch andere Gegenstände, die nach Gesetz, Herkommen oder Vereinbarung der Beteiligten dazu bestimmt und geeignet sind, über ihr körperliches Dasein hinaus eine Gedankenäußerung des Urhebers darzustellen und für bestimmte rechtliche Beziehungen Beweis zu erbringen" (Bezugskarten-Fall BGHSt 13, 235/9; näher zum Meinungsstand S/S-Cramer Rn. 20ff, Tröndle LK Rn. 69ff, je zu § 267). Die Einbeziehung solcher „Beweiszeichen" in den Urkundenstrafschutz erklärt sich kriminalpolitisch vor allem aus dem geschäftlichen Bedürfnis für *wortvertretende* Abkürzungen, Bezeichnungen und Symbole, denen die Allgemeinheit hinsichtlich ihres Beweiswertes das gleiche Vertrauen wie schriftlichen Urkunden entgegenbringt (Wessels II/1 § 18 I 3).

23 Als derartige urkundsgleiche Beweiszeichen wurden etwa anerkannt: das Amtssiegel zum Verschluß einer Weinprobe (RGSt 41, 315), Typenschild, Motor- und Fahrgestellnummer eines Kfz (RGSt 58, 16/7, BGHSt 16, 94; 18, 66/70), die TÜV-Plakette (BayObLG NJW 1966, 748), das Versicherungskennzeichen an einem Moped (OLG Koblenz VRS 60, 437), das Künstlerzeichen auf einem Gemälde (RGSt 76, 28), der Waldhammerschlag als Zeichen der Eigentumsübertragung (RGSt 25, 244), Striche auf dem Bierfilz als Beweis für die Höhe der Zeche (RG DStR 1916, 77: zweifelhaft, da es angesichts der leichten Vertauschbarkeit nicht zuletzt an der hinreichenden Festigkeit des Beweisbezugs fehlen kann), Zahlaufstempelung in Führerschein als Beweiszeichen für den Bezug von Benzingutscheinen (BayObLG NJW 1980, 1057). Weitere Beispiele bei S/S-Cramer § 267 Rn. 23; krit. zum Ganzen Kienapfel Bruns-FS 187ff.

24 **Nicht** mehr zu den Urkunden zählen dagegen die bloßen **Kennzeichen:** Dazu gehören neben reinen *Identitäts-* und *Herkunftszeichen* Kennzeichnungen aller Art, deren Funktion sich in der Individualisierung oder Unterscheidung von Gegenständen gleicher Art erschöpft oder lediglich der Sicherung oder dem Verschluß von Sachen dient: wie etwa das Namenszeichen auf Tieren (RGSt 36, 15), der Dienststempel auf Inventarstücken (RG GA 77, 202) oder das Warenzeichen auf einem Kopierstift (BGHSt 2, 370).

25 Wie schwierig und fließend freilich die **Abgrenzung** zwischen *urkundsgleichen* **Beweiszeichen** einerseits und *nichturkundlichen* **Kennzeichen** andererseits sein kann, zeigen die *Plombenverschlußfälle:* Während in **RGSt 50, 191** der Plombenverschluß an Elektrizitätsmessern als Urkunde angesehen wurde, wird durch **RGSt 64, 48** den Verschlußplomben an Meßuhren in Branntweinbrennereien der Urkundscharakter abgesprochen; denn den Plomben an Elektrizitätsmessern sei nur deshalb Urkundeneigenschaft beigelegt worden, weil in jenen Fällen der Tatrichter ausdrücklich festgestellt habe, **[49]** „daß die fertig angelegten, mit Zeichen und Nummern versehenen Plomben aufgrund einer Vereinbarung zwischen dem Elektrizitätswerk und den Stromabnehmern bestimmt und geeignet seien, festzustellen, daß der Zählerableser den Zähler mit der Plombe geschlossen habe, und daß der Zähler so, wie er ihn verlassen habe, für den angezeigten Stromverbrauch maßgebend sein solle, der wiederum für das Zahlungsverhältnis zwischen dem Stromlieferer und dem Stromabnehmer beweiserheblich sein solle". Aufgrund dieser tatsächlichen Feststellungen sei die Annahme der Urkundeneigenschaft damals keinem rechtlichen Bedenken begegnet. Demgegenüber lasse sich den einschlägigen Branntweinbestimmungen keine vergleichbare Beweisfunktion entnehmen. Zwar werde auf den sicheren Verschluß der Brennereigeräte, insbesondere auch auf den der Meßuhr, großer Wert gelegt: **[50]** „Nirgends aber ist ersichtlich, daß den Verschlußmitteln eine über ihre eigentliche Zweckbestimmung – nämlich die Sicherheit des Verschlusses zu gewährleisten – hinausgehende – urkundliche – Bedeutung beigelegt wird. Die Plomben beweisen durch ihr körperliches Dasein dem Beschauer, daß die Meßuhr amtlich verschlossen ist, verkörpern aber keine darüberhinausgehende Gedankenäußerung. Fehlt ihnen hiernach die Eigenschaft von Urkunden im Rechtssinn, so stellt das Tun des A [Lösen des Plombenverschlusses und Zurückdrehen der Meßuhr] auch kein Urkundendelikt dar".

26 2. Bei den Beweiszeichen handelt es sich im Grunde um eine sog. **zusammengesetzte Urkunde.** Eine solche kann dadurch entstehen, daß eine verkörperte Gedankenerklärung mit ihrem Bezugsobjekt räumlich fest zu einer Beweiseinheit verbunden wird (näher Lampe NJW 1965, 1746, Tröndle LK § 267 Rn. 87ff sowie oben E 4, auch zu abw. Auffassungen). Typisches Beispiel dafür: die beglaubigte Abschrift, wobei die Abschrift das Augenscheinsobjekt bildet, auf den sich der Beglaubigungsvermerk als Gedankenerklärung bezieht (vgl. Tröndle LK § 267 Rn. 94), oder das als Bezugsobjekt in einen Ausweis eingeklebte Lichtbild (vgl. Zeitkarten-Fall RGSt 46, 412, aber auch RGSt 65, 49). Auf gleiche Weise erlangen meist auch die Beweiszeichen ihren Urkundscharakter: indem das wortvertretende Zeichen durch Symbol mit einem Augenscheins-

A objekt (A 10a) in eine feste (wenn auch nicht notwendig untrennbare) Verbindung gebracht und dadurch eine Beweisbeziehung hergestellt wird.

27 Instruktiv dazu *Preisetikett-Fall* **OLG Köln NJW 1979, 729,** wo der A in einem Supermarkt das in einer Klarsichtverpackung befindliche und durch ein darauf aufgeklebtes Preisetikett mit DM 29.90 ausgezeichnete Oberhemd herausnahm und in eine Klarsichtverpackung mit einem Preisetikett über DM 17.90 steckte und daraufhin an der Kasse für das teurere Hemd den niedrigeren Preis bezahlte. Daß A sich dadurch eines Betrugs schuldig gemacht hat, stand außer Frage. Könnte er aber darüber hinaus auch § 267 verwirklicht haben? Dafür könnte sprechen, daß nach der bei E 3 angeführten Meinung in der Auswechselung von Preisaufklebern, weil diese in Verbindung mit der dadurch ausgezeichneten Ware eine ‚zusammengesetzte Urkunde' bilden können, eine Urkundenfälschung liegen kann. Oder könnte dem entgegenstehen, daß hier nur eine Verbindung zwischen Preisetikett und (Klarsicht-)Verpackung, nicht aber zwischen der Preisauszeichnung (als der Gedankenerklärung) und dem Oberhemd (als dem Bezugsobjekt) bestand? Dazu meint das OLG:

[730] „Eine zusammengesetzte Urkunde liegt vor, wenn eine Gedankenerklärung mit einem *Bezugsobjekt* räumlich fast zu einer Beweiseinheit verbunden ist. Wer in einem solchen Fall das Bezugsobjekt auswechselt, verfälscht die Urkunde. Dies gilt sowohl, wenn die Erklärung in einer Schrift enthalten ist und schon für sich genommen eine Urkunde darstellt (z. B. Personalausweis mit eingeklebtem Lichtbild: BGHSt 17, 97 ff.), als auch dann, wenn sich die Urkunde aus dem Bezugsobjekt und einem *Beweiszeichen* zusammensetzt (z. B. Schuhe mit eingestempeltem Verkaufspreis: RGSt 53, 237, 327; Wein mit Korkbrandzeichen: RGSt 76, 186; Auto mit Fahrgestellnummer oder amtlichem
27a Kennzeichen: BGHSt 9, 240; 18, 70). Wie der Senat bereits in NJW 1973, 1807 (vgl. auch Anm. Peters zu OLG Hamm NJW 1968, 1894) hervorgehoben hat, kann somit auch das mit einer Ware verbundene Preisetikett eine (zusammengesetzte) Urkunde sein [i. E. ebenso Champagner-Fall OLG Düsseldorf NJW 1982, 2268, wo jedoch fälschlich von ‚Gesamturkunde' (vgl. A 29) gesprochen wird], wobei dahinstehen kann, ob das Etikett bereits für sich oder erst zusammen mit der Ware eine Urkunde bildet." ... [Wie aber ebenso dort schon festgestellt,] „liegt im Falle der Preisauszeichnung nur dann eine zusammengesetzte Urkunde vor, wenn zwischen dem Etikett und der Ware eine feste (nicht erforderlich untrennbare) Verbindung besteht. Hierzu hatte schon das RG ausgeführt, daß durch das ‚lose mittels Büroklammern erfolgende Anklammern' mehrerer Schriftstücke keine neue Urkunde hergestellt wird. Ebenso sind ein chemisches Gutachten mit einem zugehörigen Beutel mit Gestein nicht als Urkunde angesehen worden (Frank § 267 Anm. V 1 a; Tröndle LK § 267 Rdn. 88). Unter Bezug auf diesen Fall führt der BGH zum Blutalkoholgutachten mit anliegender Blutprobe aus, daß mehrere Teile in der Regel ‚nur dann eine einheitliche Urkunde bilden können, wenn sie nicht nur lose zueinandergelegt, sondern mit einiger Festigkeit unter sich verbunden sind' (BGHSt 5, 79). An einer festen Verbindung fehlt es schließlich auch, wenn eine schriftliche Verwarnung an die Windschutzscheibe eines Kraftfahrzeuges geheftet (OLG Hamburg JR 1964, 228) oder ein Überführungszeichen nur locker mit einem Draht an einem Kraftfahrzeug vorübergehend befestigt wird (OLG Stuttgart VRS 47, 25). Auch das Schrifttum verlangt, soweit nicht schon aus anderen Gründen die Annahme einer Urkunde abgelehnt wird, zwischen Bezugsobjekt und Beweiszeichen eine feste Verbindung (Lampe NJW 1965, 1746; Tröndle LK Rn. 88, 151 a. E.).

27b Gegenüber dem Fall des an einem verknebelten Nylonfaden mit einer Lederjacke verbundenen Preisschildes (NJW 1973, 1807) weist der vorliegende Fall die Besonderheit auf, daß das Preisetikett lediglich auf der *Verpackung* des Oberhemdes aufgeklebt war. Unzweifelhaft bestand danach zwischen dem Preisschild und der Verpackung eine feste Verbindung. [Demgegenüber ist hier] offen, ob auch zwischen der *Verpackung* und dem *Inhalt* eine feste Verbindung bestand. Insoweit läßt sich nicht ausschließen, daß das Hemd lediglich lose in der offenen Klarsichthülle lag. Dies würde aber als *feste Verbindung* nicht ausreichen, da sich die Preisauszeichnung nicht auf die Verpackung, sondern auf den Inhalt bezieht. ... [Daher hätte hier] eine feste Verbindung nur bestanden, wenn die Öffnung der Klarsichthülle ‚verschweißt' oder durch Klebefalz oder Klebestreifen so verschlossen gewesen wäre, daß Hemd und Verpackung auch äußerlich als feste Beweiseinheit anzusehen gewesen wären. Nur unter diesen Voraussetzungen wäre gewährleistet, daß der Urkundenbegriff, der durch die Rechtsfigur der ‚zusammengesetzten' Urkunde ohnehin stark ausgedehnt worden ist, seine Konturen nicht völlig verliert und nicht auch nur ideell verbundene Sachgesamtheiten erfaßt. Eine Verpackung aber, welche die innenliegende Ware nicht fest individualisiert, und bei der die Preisauszeichnung durch bloßes Wechseln der Verpackung mühelos und nach außen nicht erkennbar verändert werden kann, verdient keinen stärkeren strafrechtlichen Schutz, als wenn in einem Schaufenster das Preisschild *vor* die Ware gestellt wird." – Im wesentlichen zust. Lampe JR 1979, 214; vgl. aber auch Kienapfel NJW 1979, 730.

28 *Zwischenergebnis:* Was folgt aus diesen Grundsätzen für den vorliegenden Fall?

A Zwar erfüllt weder der Diagrammteil, da keine menschliche Gedankenerklärung (A 10b), noch der handschriftliche Eintrag des (ersten) Fahrernamens, da als solcher ohne Erklärungsgehalt, je für sich die Urkundenerfordernisse (A 11). Dagegen konnte durch die *Verbindung* der handschriftlichen *Namensbezeichnung mit dem Diagrammteil* als Augenscheinsobjekt eine zusammengesetzte Urkunde entstehen, die dazu bestimmt und geeignet war, für das Führen des Fahrzeugs durch den genannten Fahrer während der technisch aufgezeichneten Zeit Beweis zu erbringen (E 3, 5; insoweit zust. Puppe JR 1978, 206). Als Aussteller kam, und zwar ohne Rücksicht darauf, wer den Namen des Fahrers manuell eingetragen hat, nach der Geistigkeitstheorie (A 19) der Fahrzeughalter G in Betracht, da ihm nach den §§ 15a, 57a, 69a I Nr. 8 StVZO die Letztverantwortung für die Einhaltung und Registrierung der Lenkzeiten oblag (E 11; vgl. BGHSt 13, 382/5 zu Ausstellereigenschaft des AG-Vorstands: A 20f). Daher wurden in den Schaublättern zu Recht geeignete Tatobjekte für ein Urkundendelikt gesehen. – Doch bevor die in Frage kommenden Tatmodalitäten zu betrachten sind, bleibt noch der Überblick über besondere Urkundsformen zu ergänzen:

29 3. Nicht zu verwechseln mit der zuvor erörterten „zusammengesetzten Urkunde" ist die sog. **Gesamturkunde:** Eine solche liegt vor, wenn mehrere Einzelurkunden aufgrund Gesetzes, Geschäftsgebrauchs oder Vereinbarung der Beteiligten dauerhaft derart zu einem einheitlichen Ganzen verbunden werden, daß sie über ihre Einzelbestandteile hinaus einen selbständigen, für sich bestehenden Erklärungsinhalt zum Ausdruck bringen (vgl. Ausschreibungsakten-Fall RGSt 60, 17ff; daher terminologisch verfehlt OLG Düsseldorf im Champagner-Fall oben A 27a). Das ist insbes. für kaufmännische Handelsbücher (RGSt 69, 396/8), für das Sparkassenbuch (BGHSt 19, 19/21), für das Einwohnermeldeverzeichnis (BGH JR 1954, 308) sowie für Personalakten (OLG Düsseldorf NStZ 1981, 25) anerkannt, nicht dagegen für anwaltliche Handakten (BGHSt 3, 395/9), Lohnkarten (RGSt 52, 65) oder die Einzelabschnitte von Postanweisungen (vgl. Nr. 20 E 2, A 3, 6). Weitere Beispiele bei S/S-Cramer § 267 Rn. 36. Die *praktische* Bedeutung dieser Urkundsform liegt darin, daß auch die Gesamtheit als solche Gegenstand eines Urkundendelikts sein kann und daher in der Entfernung oder Vernichtung von Einzelurkunden nicht nur ein Fall von § 274, sondern eine nach § 267 strafbare Verfälschung der Gesamturkunde liegt (A 47). Grds. gegen diese Urkundsform Lampe GA 1964, 323, Schilling, Augenscheinsbeweis 116ff.

30 4. Besondere Probleme stellen sich bei **Vervielfältigungen.** Ihre Anerkennung als selbständige (und damit unabhängig vom Orginal verfälschungsfähige) Urkunden hängt entscheidend von ihrer Ausgestaltung ab:

31 – Keine Bedenken bestehen gegen die Urkundsqualität von **Durchschriften,** da sie vollinhaltlich mit dem Orginal übereinstimmen und dieses gerade im Rechtsverkehr vertreten sollen (vgl. Kassiererin-Fall OLG Hamm NJW 1973, 1809/10; S/S-Cramer § 267 Rn. 41). Entsprechendes gilt für **Ausfertigungen,** die an die Stelle der Urschrift treten, während diese selbst etwa in den Gerichtsakten oder in notarieller Verwahrung bleibt (vgl. Wessels II/1 § 18 I 4).

32 – Dagegen fehlt *einfachen* **Abschriften** die Urkundsqualität, weil sie im Grunde nur über Inhalt und Fassung der Vorlage berichten, ohne daß für die Richtigkeit der Wiedergabe der Aussteller der Urschrift einstehen würde (vgl. Brieffälschungs-Fall BGHSt 2, 50, Tröndle LK § 267 Rn. 92). Entsprechendes gilt für *Fotokopien,* die ebensowenig wie die Abschrift einen für die Richtigkeit einstehenden Aussteller ausweisen (vgl. Rechnungskopie-Fall BGHSt 24, 140/1 m. krit. Anm. Schröder JR 1971, 469); jedoch soll nach S/S-Cramer die Fotokopie als technische Aufzeichnung durch § 268 geschützt sein (§ 267 Rn. 42, § 268 Rn. 17; and. die h. M.: vgl. A 79). Wird jedoch die Abschrift oder Fotokopie **beglaubigt,** so kann dadurch eine zusammengesetzte Urkunde entstehen (A 26). Zu § 267 durch eine „Fotokopiecollage" vgl. BGH NJW 1978, 2042/3, OLG Zweibrücken NJW 1982, 2268.

33 5. Ohne Bedeutung für den Urkundsbegriff als solchen ist dagegen die Unterscheidung zwischen *Privat-* und **öffentlichen Urkunden.** Jedoch sind letztere verstärkt durch besondere Tatbestände geschützt; dazu näher Postanweisungs-Fall Nr. 20. – Im folgenden ist nunmehr der allgemeine, d. h. für jede Art von Urkunden bedeutsame Tatbestand zu erörtern:

34 **III. Urkundenfälschung (§ 267).**

§ 267 enthält drei TB-Alternativen: das Herstellen einer unechten Urkunde (1), das Verfälschen einer echten Urkunde (2), das Gebrauchmachen von einer unechten oder

A verfälschten Urkunde (3), wobei dies jeweils zur Täuschung im Rechtsverkehr (4) geschehen muß.

35 1. TB-Alternative: **Herstellen einer unechten Urkunde.**

a) Eine Urkunde ist *echt,* wenn sie tatsächlich von dem stammt, der als ihr Aussteller aus ihr hervorgeht. Umgekehrt ist sie **unecht,** wenn sie von einem anderen herrührt als dem, der als ihr Aussteller erscheint. Wesentlich für den HerstellungsTB ist daher eine *Identitätstäuschung:* Als Aussteller wird auf eine Person hingewiesen, die in Wirklichkeit nicht hinter der Erklärung steht (vgl. Pseudonym-Fall A 37, Geburtsurkunde-Fall BGHSt 1, 117/121, S/S-Cramer § 267 Rn. 48 m. w. N.). Somit geht es hier lediglich um die *Urheberschaft* der Erklärung, *nicht* aber um ihre inhaltliche *Wahrheit.* Deshalb kann eine unechte Urkunde inhaltlich durchaus der Wahrheit entsprechen (z. B. wenn der Schuldner zum Beweis der tatsächlich geleisteten Zahlung eine mit dem nachgemachten Namen des Gläubigers versehene Quittung ausstellt), ebenso wie umgekehrt eine „schriftliche Lüge" eine echte Urkunde sein kann (so etwa wenn der Schuldner unter eigenem Namen dem Gläubiger gegenüber versichert, bereits an dessen zwischenzeitlich verstorbenen Vertreter gezahlt zu haben): Während im ersten Fall Herstellung einer unechten Urkunde, nicht aber Betrug in Betracht kommt (vgl. Quittungs-Fall Nr. 13 A 50), ist letzterenfalls die Rechtslage gerade umgekehrt (vgl. Wessels II/1 § 18 III 1). Dementsprechend würde es sich auch im vorliegenden Fall nur um eine inhaltlich „unwahre", nicht aber um die Herstellung einer „unechten" Urkunde handeln, wenn die A (auf Anweisung oder jedenfalls mit Billigung der G) von vornherein mehrere Fahrer eingetragen hätte (so offenbar die Fallgestaltung in KG VRS 57, 121 im Unterschied zu BayObLG unten A 40). Wie schwierig freilich diese Unterscheidung zwischen „unwahr" und „unecht" sein kann, zeigt der instruktive Examensschlepper-Fall BayObLG NJW 1981, 772, m. Anm. Schroeder JuS 1981, 417. Vgl. auch OLG Stuttgart NJW 1981, 1223 zur Ausstellung einer fingierten Reparaturrechnung.

36 b) Wichtigstes Identitätsmerkmal einer Person ist ihr Name. Deshalb besteht die Tathandlung meist im **Gebrauch eines fremden Namens.** Dies bedeutet jedoch nicht, daß die Benutzung eines falschen Namens zwangsläufig zur Unechtheit der Urkunde führen müßte. Denn letztentscheidend ist nicht die Namenstäuschung sondern die *Personidentitäts*täuschung (h. M.: vgl. Tröndle LK § 267 Rn. 128, Wessels II/1 § 18 III 1a; and. Samson JuS 1970, 374 m. w. N.). Ist ein solcher Irrtum ausgeschlossen, etwa weil der vom Aussteller verwendete Name in den beteiligten Kreisen als Deck- oder Spitzname bekannt ist oder die Person des Ausstellers sonstwie unzweideutig feststeht, so ist die derart unterzeichnete Urkunde nicht unecht.

37 Instruktiv dazu der *Pseudonym-Fall* **RGSt 48, 238,** wo sich die A nach Trennung von ihrem Mann, um vor dessen Nachforschungen sicher zu sein, einen anderen Namen zulegte und unter diesem Namen bei ihrem neuen Arbeitgeber einen Darlehensvertrag abschloß. Gegenüber dem Vorwurf des Herstellens einer unechten Urkunde erklärt es das RG für unerläßlich, **[240]** „daß überhaupt der Anschein erweckt wird, als sei eine andere Person der Aussteller der Urkunde, als derjenige, von dem sie in Wahrheit herrührt. Insoweit kann es aber unter Umständen gleichgültig sein, mittels welchen *Namens* der Aussteller der Urkunde sich in der Unterschrift gekennzeichnet hat, ob er das insbesondere mit dem Namen getan hat, der ihm gesetzlich zukommt. Denn nicht aus dem Gesichtspunkt der Verletzung eines fremden Namensrechts oder der ‚unbefugten Namensführung' ist die Urkundenfälschung strafbar, sondern nur dann, wenn durch den Gebrauch eines falschen Namens gleichzeitig wirksam ... eine Täuschung über die Person des Ausstellers hervorgerufen wird oder werden kann ... Nach Gesetz und Verkehrsanschauung kennzeichnet zwar Vor- und Familienname eine bestimmte Person und **[241]** durch den Gebrauch eines bestimmten Namens zur Unterzeichnung einer Urkunde wird daher der Anschein hervorgerufen, als habe eine zur Führung dieses Namens berechtigte Person – mag sie in Wahrheit existieren oder nicht – die Urkunde unterzeichnet. Allein es ist sehr wohl denkbar und auch im Rechtsverkehr nicht ausgeschlossen, daß derjenige, dem ein bestimmter Name zukommt, doch, sei es allgemein, sei es in bestimmten Personenkreisen oder unter bestimmten Umständen, auch bei Gebrauch eines anderen Namens so gekennzeichnet ist, daß ... auch der ‚falsche Name', dessen sich der Aussteller bedient, seine Person (Identität) als Urheber der Urkunde festzulegen geeignet ist, *soweit* es im *Einzelfall* darauf ankommt, also innerhalb der Verwendungszwecke, denen die Urkunde zu dienen hat und nach dem Willen des Ausstellers ausschließlich dienen soll". Vgl. auch Tröndle LK § 267 Rn. 129 sowie Puppe JR 1981, 441. – Jedoch ist selbstverständlich dort, wo die falsche Namensangabe Eingang in eine öffentliche Urkunde findet (wie etwa in einen Personalausweis), eine Strafbarkeit nach § 271 nicht ausgeschlossen, da es für diesen Fall gerade auf die inhaltliche Richtigkeit ankommt (vgl. A 4 sowie Nr. 20 A 19).

A 38 c) Umgekehrt kann selbst bei **Unterzeichnung mit richtigem Namen** die Urkunde unecht sein, wenn aufgrund besonderer Umstände ein Identitätsirrtum hervorgerufen wird: so etwa, wenn der Sohn einen auf den gleichnamigen Vater gezogenen Wechsel annimmt (RGSt 4, 157) oder wenn bei verschiedenen Schriftstücken in einem Fall der Rufname, im anderen Fall ein anderer Vorname dem Familiennamen vorangestellt und dadurch den Eindruck erweckt wird, als stammten die Erklärungen von verschiedenen Personen (Bürgschafts-Fall RGSt 13, 171). Gleiches gilt, wenn dem Namen ein Dienst- oder Firmenstempel beigefügt wird und dadurch die betreffende Behörde oder Firma als Aussteller erscheint (vgl. Kommanditist-Fall BGHSt 17, 11, aber auch Samson JuS 1970, 374). Ebenso kann durch eine unleserliche, vom üblichen Schriftzug abweichende Zeichnung mit eigenem Namen ein anderer als Aussteller erscheinen (vgl. Tröndle LK Rn. 130, aber auch S/S-Cramer Rn. 49, je zu § 267).

39 d) Auch bei **Zeichnen für einen anderen** wird nach der Geistigkeitstheorie (A 19) die Urkunde grundsätzlich nur dann unecht, wenn derjenige, von dem sie geistig herzurühren scheint, nicht hinter der Erklärung steht:

40 – So etwa dort, wo der Täter zwar *mit eigenem Namen* unterzeichnet, jedoch durch *Hinzufügen eines Vertretungsvermerks* (i. V.; ppa o. ä.) der falsche Eindruck erweckt wird, daß berechtigterweise für einen anderen, der der geistige Urheber sei, gehandelt werde (vgl. Prokurist-Fall BGHSt 9, 44/6). Demzufolge wurde in einem dem vorliegenden ähnlich erscheinenden Fahrtschreiber-Fall die Herstellung einer unechten Urkunde darin erblickt, daß der Fahrer ohne Billigung des Fahrzeughalters (als dem geistigen Urheber) einen erfundenen Namen eingetragen hat (BayObLG NJW 1981, 774).

41 – Gleiches gilt, wenn ohne entsprechende Vertretungsmacht *mit dem Namen eines anderen* unterzeichnet wird. Will dagegen der Unterschreibende den Namensträger **vertreten** und dieser sich auch vertreten lassen und ist Eigenhändigkeit rechtlich weder vorgeschrieben noch vom Rechtsverkehr erwartet, so führt das Zeichnen mit fremdem Namen nicht zur Unechtheit der Urkunde (grdl. Prozeßvertetungs-Fall RGSt 75, 46). Wichtigste Fälle der rechtlichen Unzulässigkeit einer solchen Stellvertretung sind das eigenhändige Testament (A 18; RGSt 57, 235), wobei es für die Echtheit freilich nur auf die Eigenhändigkeit der Unterschrift, nicht auch des Testamentstextes ankommt (Lackner § 267 Anm. 3a, Mohrbotter NJW 1966, 1421 gegen OLG Düsseldorf NJW 1966, 749, Ohr JuS 1967, 245), sowie die eidesstattliche Versicherung (RGSt 69, 117). Zu weiteren Einzelheiten, insbes. auch bei Telegrammfälschung, vgl. S/S-Cramer § 267 Rn. 52, 56ff m. w. N.

42 e) Wird das Unterschreiben durch **Zwang oder Täuschung** bewirkt, so wird die Urkunde i. d. R. nur dann unecht, wenn es sich um unwiderstehlichen Zwang handelt (z. B. mit vis absoluta die Hand des Unterschreibenden geführt wird) oder infolge der Täuschung dem Unterzeichnenden verschleiert bleibt, daß er eine beweiserhebliche Erklärung abgibt (Pausblatt-Fall RGSt 50, 179). Näher Tröndle LK § 267 Rn. 134, Schroeder GA 1974, 225; vgl. aber auch Blei JA 1974, 673.

43 f) Schließlich kann auch durch **Blankettfälschung** eine unechte Urkunde hergestellt werden: indem einem unvollständigen Schriftstück, aus dem zumindest der Aussteller erkennbar ist, ohne Willen oder entgegen den Anordnungen des Ausstellers ein urkundlicher Inhalt gegeben wird (BGHSt 5, 295), z. B. durch abredewidriges Ausfüllen eines Wechsels (OLG Saarbrücken NJW 1975, 658). Vgl. auch Postanweisungs-Fall Nr. 20 E 5, A 6.

44 *Zwischenergebnis* für den vorliegenden Fall? Da die Manipulationen der A erst an einer bereits vorhanden, im Auftrag des geistigen Urhebers G hergestellten und damit als echt zustandegekommenen Urkunde vorgenommen wurden, brauchte das OLG den HerstellungsTB zu Recht nicht in Erwägung zu ziehen (vgl. aber auch A 51). Stattdessen kam der VerfälschungsTB in Betracht:

45 2. TB-Alternative: **Verfälschen einer echten Urkunde.**

Verfälscht wird durch jede unbefugte nachträgliche Veränderung des gedanklichen Inhalts einer echten Urkunde, mit der Folge, daß sie sich nicht mehr mit der ihr ursprünglich vom Aussteller gegebenen Beweisrichtung deckt (vgl. statt vieler Tröndle LK § 267 Rn. 142). Das setzt ein vierfaches voraus:

46 a) Gegenstand der Verfälschung muß eine **echte** Urkunde sein. Wird dagegen eine bereits unechte Urkunde (bzw. Urkundenteil) verfälscht, so liegt darin u. U. das erneute Herstellen einer unechten Urkunde (S/S-Cramer § 267 Rn. 66).

47 b) Der nachträgliche Eingriff muß in einer **Inhaltsveränderung** bestehen. In welcher Form oder mit welcher Technik dies geschieht, ist gleichgültig. Bei einfachen *Schrift-*

A *stücken* handelt es sich meist um Zusätze (durch Einfügungen oder Überklebungen, vorausgesetzt jedoch, daß die hinzugefügte Substanz hinreichend fest mit der Urkunde verbunden wird: vgl. Schülerkarte-Fall OLG Köln NJW 1983, 769), Abstriche (wie etwa durch Radieren oder Durchstreichen) oder sonstiges Unkenntlichmachen, aber auch durch Abreißen oder Abschneiden von Satzteilen: instruktiv Vollquittungs-Fall RGSt 3, 370. Bei *Gesamturkunden* kann sowohl im Verändern als auch im Austausch von Einzelstücken eine Verfälschung liegen (vgl. Beibuch-Fall RGSt 31, 175, aber auch Personalakte-Fall OLG Düsseldorf NStZ 1981, 26). Ähnlich können *Beweiszeichen* und *zusammengesetzte Urkunden* schon dadurch verfälscht werden, daß durch Veränderung des Zeichens oder Austausch des Bezugsobjekts die Beweisrichtung geändert wird: so bei Änderung der Fahrgestellnummer (BGHSt 9, 235) oder Austausch eines Paßbildes (vgl. Zeitkarten-Fall RGSt 46, 412/3). Weitere Rspr.-Beispiele bei Tröndle LK § 267 Rn. 145ff.

48 c) Die Inhaltsveränderung muß eine **Änderung der Beweisrichtung** zur Folge haben: Aufgrund des Eingriffs muß die Urkunde „eine andere Tatsache zu beweisen scheinen als vorher" (Postabschnitt-Fall RGSt 62, 11/2). Das ist regelmäßig der Fall, wenn die Änderung eine beweiserhebliche Tatsache, wie etwa das Verfalldatum eines Wechsels (OLG Saarbrücken NJW 1975, 658/9) betrifft, nicht dagegen dort, wo – ohne Sinnesänderung – lediglich die Rechtschreibung geändert wird oder sonstige offensichtliche Fehler korrigiert werden (Tröndle LK § 267 Rn. 144). Ob im übrigen die Verfälschung gut oder schlecht gelungen ist, ist unerheblich, es sei denn, das Falsifikat ist derart plump, daß eine Beweistäuschung ausgeschlossen ist (vgl. BGH GA 1963, 17); doch kommt dann jedenfalls Versuch in Frage (S/S-Cramer § 267 Rn. 67; sogar für Vollendung Tröndle aaO). Führt andererseits die Veränderung zu einer *völligen Vernichtung* des Beweisinhalts (vgl. Führerschein-Fall OLG Braunschweig NJW 1960, 1120) oder gar zum Verlust der Urkundsqualität (wie etwa durch Ausradieren der Unterschrift: BGH NJW 1954, 1375), so kommt statt § 267 Urkundenvernichtung (§ 274) in Betracht (vgl. S/S-Cramer Rn. 67, 72, Tröndle LK Rn. 132, 159, je zu § 267).

49 Im vorliegenden Fall weisen diese Verfälschungskriterien keine Probleme auf, nachdem es sich beim Schaublatt um eine echte Urkunde handelt (A 28), bei der durch Einsetzen eines weiteren Fahrernamens die für die Einhaltung der Lenkzeit wesentliche Zahl der Fahrer und damit die Beweisrichtung geändert wurde. Problematisch ist jedoch ein weiteres Verfälschungskriterium:

50 d) Die Veränderung muß **unbefugt** und in Erweckung des *Anscheins* geschehen, als habe der Aussteller die Erklärung *von vornherein in der nun vorliegenden Form* abgegeben. Dieses Erfordernis ist zwar im Grundsatz allgemein anerkannt; strittig ist jedoch, ob es nur durch Dritte oder auch durch den Aussteller selbst verwirklicht werden kann:

51 aa) Soweit ein **Dritter** (d. h. ein anderer als der Aussteller selbst) eigenmächtig eine echte Urkunde beweiserheblich verändert, ist unstreitig der VerfälschungsTB erfüllt, und zwar genau besehen sogar als spezialisierter Unterfall des HerstellungsTB, da durch die dritthändige Verfälschung die Urkunde unecht wird, nachdem sie in der veränderten Form nicht mehr von dem stammt, der als ihr Aussteller erscheint (vgl. BGH MDR/D 1975, 23, M-Schroeder II/2 § 65 IV 2a). Immerhin besteht aber ein Unterschied insofern, als der Verfälscher lediglich an einem bereits vorhandenen Tatobjekt manipuliert, während der originäre Hersteller das Falsifikat überhaupt erst produziert: das rechtfertige eine jeweils selbständige tatbestandliche Erfassung (Tröndle LK § 267 Rn. 119f, 142f). Im übrigen vgl. zur Abgrenzung zwischen Herstellen und Verfälschen auch Kassiererin-Fall OLG Hamm NJW 1973, 1809/10.

52 bb) Problematisch ist dagegen – und das war die auch hier entscheidende Frage –, ob sich auch der **Aussteller** selbst durch nachträgliche beweiserhebliche Veränderungen an der von ihm herrührenden Urkunde einer Verfälschung schuldig machen kann:

53 α) Dies wird von einem Teil der Lehre *verneint*, da es bei § 267 um Echtheitsschutz gehe, der bei Veränderungen durch den Aussteller nicht tangiert werde (vgl. neben den bei E 6 genannten noch Arm. Kaufmann ZStW 71, 411, Kienapfel JR 1975, 515, Otto II § 70 I 2b gg, Samson SK § 267 Rn. 70ff, Schilling, Urkundenverbrechen 19ff). Nach dieser Auffassung wäre vorliegend auch der VerfälschungsTB zu verneinen gewesen, da die A im Auftrag des Ausstellers G gehandelt hatte (A 44) und somit die Änderung vom geistigen Urheber der Urkunde herrührt (vgl. Puppe JR 1978, 207).

54 β) Demgegenüber *bejaht* die st. Rspr. und h. L. die Verfälschbarkeit einer Urkunde durch den Aussteller jedenfalls insoweit, als dieser seine *Abänderungsbefugnis verloren*

A hat (so neben den bei E 7 angeführten u. a. auch Lackner § 267 Anm. 4, M-Schroeder II/2 § 65 IV 2a, Sax Peters-FS 148ff, Tröndle LK § 267 Rn. 153ff, Welzel § 60 A I 1b, Wessels II/1 § 18 IV 2). Und dies zu Recht: Denn unter Berücksichtigung des Zeit- und Berechtigungsfaktors liegt eine Identitätstäuschung immerhin darin, daß der Aussteller den Anschein erweckt, als habe er der Erklärung die vorliegende Fassung bereits zu einem Zeitpunkt gegeben, zu dem er dies berechtigterweise noch tun durfte (vgl. Sax aaO 150f). Vgl. auch Tröndle, wonach der (gesetzlich ohnehin nicht vorgegebene) Echtheitsschutz nicht nur „aussteller-" sondern auch „erklärungsbezogen" zu begreifen ist (LK § 267 Rn. 158).

55 Dieser Schutzzweck schien dem RG offenbar so selbstverständlich, daß er sich schon im Pfändungsprotokoll-Fall RGSt 3, 324/5 anerkannt, aber erst im *Kassabuch-Fall* **RGSt 50, 420/1** näher begründet findet: „Strafrechtlichen Schutz genießt die Urkunde nicht im Interesse des Ausstellers oder Eigentümers, sondern im Interesse der Sicherheit und Zuverlässigkeit des Rechtsverkehrs. Durch §§ 267ff soll die Unversehrtheit der Urkunde in ihrer Eigenschaft als formales Beweismittel ohne Rücksicht darauf, ob das Recht oder Rechtsverhältnis, das ihren Gegenstand bildet, richtig wiedergegeben ist, behütet werden. Die Abänderungsbefugnis des Ausstellers, wenn sie überhaupt von vornherein bestand, dauert deswegen nicht länger, als bis er die Urkunde in den Rechtsverkehr übergeführt hat. **[422]** Sie erlischt insbesondere dann, wenn ihm durch Begründung eines fremden Anspruchs auf Unversehrtheit der Urkunde auch nur die rechtliche Verfügungsgewalt entzogen worden ist, es müßte denn der Träger des Anspruchs sie ihm wieder eingeräumt haben."

56 Somit kommt es für die Strafbarkeit des Ausstellers wegen Verfälschung seiner eigenen Erklärung entscheidend darauf an, wann und unter welchen Voraussetzungen seine **Abänderungsbefugnis** erlischt. Dies hängt zwar, wie eine kaum noch überschaubare Kasuistik zeigt (vgl. E 8 sowie die Nachw. bei Tröndle LK § 267 Rn. 155), wesentlich von den Umständen des Einzelfalles ab. Doch lassen sich dabei immerhin **drei Phasen** unterscheiden:

57 – Einerseits bleibt der Aussteller solange abänderungs*befugt*, als sich die Urkunde *noch in seinem Herrschaftsbereich* befindet und noch kein berechtigtes fremdes Interesse am unversehrten Bestand der Urkunde entstanden ist (Tröndle LK § 267 Rn. 154): vgl. Handelsbuch-Fall RGSt 5, 430/1.

58 – Andererseits ist seine Abänderungsbefugnis jedenfalls dann *erloschen*, wenn er sowohl die tatsächliche wie auch rechtliche *Verfügungsgewalt über die Urkunde verloren hat* (vgl. Fahrschein-Fall RGSt 64, 394/7): Das wäre hier etwa der Fall, wenn sich A erst nach Sicherstellung der noch unveränderten Schaublätter Zugang zum Verwahrungsort verschafft hätte um weitere Namen einzutragen.

59 – Problematisch ist dagegen der große *Zwischenbereich*, in dem sich die Urkunde zwar noch in der tatsächlichen Verfügungsgewalt des Ausstellers befindet, aber ein anderer bereits ein Bestandsinteresse daran hat: Soll dieses schon für sich allein genügen können, mit der Folge, daß in Fällen wie dem vorliegenden praktisch bereits mit Abschluß des beweisrelevanten Vorgangs (hier die jeweilige Fahrt) jede Abänderung ausgeschlossen wäre (E 9)? Oder sollte die Abänderungssperre erst dann einsetzen, wenn das Beweisinteresse auch nach außen hin eindeutig manifest geworden ist? Da letzteres hier aufgrund Bekanntgabe der Beschlagnahmeanordnung bereits der Fall war (vgl. auch Kassabuch-Fall RGSt 50, 420/2), konnte das OLG die Frage letztlich dahingestellt sein lassen (E 10). Es neigt aber offensichtlich zu einem derartigen *Manifestationserfordernis*, und zwar aus Rechtssicherheitsgründen zu Recht. Diese Manifestierung setzt freilich nicht unbedingt eine förmliche Bekanntgabe voraus, sondern kann sich aus den Umständen (vgl. Handelsbücher-Fall RGSt 52, 88) oder entsprechenden Vorschriften ergeben (vgl. Eingangsvermerk-Fall RGSt 40, 253/4 sowie Kontrollbuch-Fall RGSt 52, 78/80). Zumindest aber muß dem Aussteller objektiv erkennbar sein, daß ein anderer ein berechtigtes Interesse an der Unverfälschtheit der Urkunde hat.

60 Was *ergibt* sich daraus für den vorliegenden Fall? Nachdem durch die Beschlagnahmeanordnung das Beweisinteresse der StA manifest geworden war und damit die Abänderungsbefugnis der Ausstellerin G erlosch, war auch für einen Ergänzungsauftrag an die A kein Raum mehr. Demzufolge hat sie durch unbefugtes Einsetzen der weiteren Fahrernamen in das Schaublatt echte Urkunden verfälscht. – Darüberhinaus könnte sie durch Herausgeben der verfälschten Urkunden an die Polizei auch noch eine weitere Tatmodalität des § 267 erfüllt haben:

A 61 3. TB-Alternative: **Gebrauchmachen von einer unechten oder verfälschten Urkunde.**

Eine Urkunde wird gebraucht, wenn sie einem zu Täuschenden derart zugänglich gemacht wird, daß er die Möglichkeit zur Kenntnisnahme hat (vgl. Zigarrensteuer-Fall RGSt 66, 299/312f). Dafür ist ein vierfaches wesentlich:

62 a) Objekt des Gebrauchmachens muß die *unechte* oder *verfälschte* **Urkunde als solche** sein. Dafür reicht das Vorlegen einer einfachen *Abschrift* des Falsifikats nicht (Briefabschrift-Fall BGHSt 2, 50). Dagegen soll das Zugänglichmachen einer Fotokopie des Falsifikats nach h. M. genügen (vgl. Rechnungskopie-Fall BGHSt 24, 140/2, zust. Tröndle LK § 267 Rn. 169, abl. Meyer MDR 1973, 9, je m. w. N.).

63 b) Durch das **Zugänglichmachen** muß dem zu Täuschenden die Möglichkeit der Kenntnisnahme eröffnet werden (BGH MDR/D 1973, 18). Dafür kann zwar einerseits noch nicht das bloße Beisichführen eines gefälschten Führerscheins für den Fall einer (bis dahin ausgebliebenen) Verkehrskontrolle genügen, weil damit das Falsifikat noch nicht in den Wahrnehmungsbereich des zu Täuschenden gelangt ist (vgl. BGH GA 1973, 179, aber auch Meyer MDR 1977, 444). Doch ist andererseits nicht erforderlich, daß der zu Täuschende von der Möglichkeit der Kenntnisnahme auch tatsächlich Gebrauch macht. Daher liegt im Fahren mit verfälschtem Kennzeichen, das von jedem gesehen werden kann, ebenso ein Gebrauchmachen wie im Bereitlegen einer Urkunde, sofern diese dem Zugriff zwecks Kenntnisnahme ohne weiteres offensteht (Überklebungs-Fall RGSt 72, 369/70). Weitere Rspr.-Beispiele bei Tröndle LK § 267 Rn. 171ff.

64 c) Auch muß das Falsifikat **gegenüber dem zu Täuschenden** gebraucht werden. Doch braucht dies keine bestimmte Person zu sein; deshalb genügt schon die allgemeine Irreführung der Polizei bzw. anderer Verkehrsteilnehmer durch Kennzeichenfälschung (vgl. Überklebungs-Fall A 63). Zum Gebrauchmachen durch einen *Mittelsmann* vgl. S/S-Cramer § 267 Rn. 78.

65 d) Als **Täter** des Gebrauchmachens kommt nicht nur der Hersteller oder Verfälscher in Betracht, sondern auch jeder Dritte. Ebenso ist unerheblich, ob das Falsifikat vorsätzlich produziert wurde oder nur versehentlich entstanden war (vgl. Maurach BT § 53 V A 4a, Tröndle LK § 267 Rn. 165, 170).

66 *Konsequenz* für den vorliegenden Fall? Durch Herausgabe der verfälschten Schaublätter an die Polizei wurden diese auch gebraucht. Zur vollen TB-Verwirklichung muß freilich noch ein subjektives Element hinzukommen:

67 **4. In subjektiver** Hinsicht ist Handeln **zur Täuschung im Rechtsverkehr** erforderlich.

a) Das gilt für *jede der drei TB-Alternativen.* Es setzt die Absicht voraus, irgendeinen anderen über die Echtheit oder Unverfälschtheit der Urkunde zu täuschen und dadurch zu einem rechtserheblichen Verhalten zu veranlassen (grundlegend Falschquittungs-Fall RGSt 47, 199). Dafür sind zwei Punkte wesentlich:

68 α) *Rechtserheblich* ist ein Verhalten, wenn es nicht nur rein gesellschaftliche, sondern auch rechtliche Auswirkungen irgendwelcher Art haben kann: so etwa die Irreführung der Steuerbehörde (vgl. Aufkäufer-Fall BGHSt 5, 149) oder (wie hier) der Polizei zwecks Verhinderung von Strafverfolgungsmaßnahmen (BGH NJW 1953, 955), nicht dagegen die sich im Zwischenmenschlichen bewegende Absicht, zur Beruhigung von Angehörigen die Wirtschaftslage mittels Falschquittungen rosiger erscheinen zu lassen (vgl. RGSt 47, 199) oder aus Eitelkeit dem Ferienfreund jugendliches Alter vorzuspiegeln (BayObLG MDR 1958, 264).

69 β) Für die *Absicht* der Täuschung bedarf es keines Daraufankommens i. S. von dolus directus 1. Grades (so aber im Angeber-Fall BayObLG NJW 1967, 1476 mit abl. Anm. Cramer JZ 1968, 30); vielmehr genügt – ähnlich wie für die Bereicherungsabsicht bei Betrug (Provisionsvertreter-Fall Nr. 14 A 22ff) – nach h. M. schon das sichere Wissen um den Eintritt des vorgestellten Täuschungserfolgs (E 13; grdl. Lenckner NJW 1967, 1890).

70 – Dabei ist unerheblich, ob der Täuschungserfolg auch tatsächlich eintritt (S/S-Cramer § 267 Rn. 86; daher zw. die Verneinung von Täuschungsabsicht im Führerscheinfälschungs-Fall OLG Köln NJW 1981, 64; vgl. Weber Jura 1982, 76). Ebensowenig kommt es auf den Beweggrund an (Tröndle LK § 267 Rn. 200). Daher konnte hier das OLG auch ein rein altruistisches Handeln der A genügen lassen (E 14; zum Täterschaftsproblem vgl. A 102).

71 b) Hinsichtlich der übrigen TB-Merkmale genügt jede **Vorsatz**form, also insbes. auch dolus eventualis bezüglich der beweisverändernden Wirkung einer Fälschung. Hält der Täter einen Vordruck trotz Kenntnis, daß sowohl der Aussteller wie auch die Beweis-

A eignung fehlt, irrigerweise für eine Urkunde, so liegt nur ein Wahndelikt vor (vgl. Bezugskarten-Fall BGHSt 13, 235/240f).

72 **5. Ergebnis – Konkurrenzverhältnis der TB-Alternativen.**

Da die A sowohl beim Verfälschen (A 60) wie auch beim Gebrauchmachen von den verfälschten Schaublättern (A 66) zwecks Täuschung der Strafverfolgungsorgane gehandelt hat (A 68, 70), sind beide TB-Alternativen erfüllt. Damit stellt sich die Frage ihres Verhältnisses zueinander. Dazu gilt im wesentlichen folgendes:

73 – Erfolgt die Herstellung bzw. Verfälschung bereits mit einer *bestimmten Verwendungsabsicht,* so geht der nachfolgende Gebrauch im Fälschungsakt auf, wobei dieses unstreitige Ergebnis freilich teils mittels tateinheitlicher Zusammenfassung als Fortsetzungsdelikt (vgl. Paßfälschungs-Fall BGHSt 17, 97 m. abl. Anm. Häußling JZ 1963, 69), teils durch Behandlung des Gebrauchmachens als straflose Nachtat (so etwa Maurach BT § 53 V A 5) oder – richtigerweise – durch Zusammenfassung der Zweiaktigkeit als **deliktische Einheit** (so D-Tröndle Rn. 35, S/S-Cramer Rn. 79f, je zu § 267) erreicht wird (allg. zu einer solchen „tatbestandlichen Handlungseinheit" StrafR II Nr. 49 A 14ff). Entsprechendes gilt für den Fall, daß (wie hier) mehrere Urkunden zum Zwekke desselben Gebrauchs gefälscht werden (Wessels II/1 § 18 V 2): Demzufolge hat sich hier die A einer *einheitlichen Urkundenfälschung* nach § 267 schuldig gemacht.

74 – Ist dagegen beim Herstellen oder Verfälschen die Verwendung allenfalls in allgemeinen Umrissen ins Auge gefaßt (so etwa wenn hier vorsorglich gleich nach jeder Fahrt ein weiterer Name eingesetzt worden wäre, um für eine mögliche Kontrolle gewappnet zu sein), so begründet der spätere Gebrauch eine neue *selbständige* Straftat, die zum vorausgegangenen Fälschungsakt in Tatmehrheit steht (vgl. Fotokopie-Fall BGHSt 5, 291). Zu weiteren Konkurrenzproblemen innerhalb des § 267 wie auch gegenüber anderen Tatbeständen vgl. BGH MDR/H 1982, 280, ferner Miehe GA 1967, 270ff, Tröndle LK § 267 Rn. 211ff.

75 **IV. Fälschung technischer Aufzeichnungen (§ 268).**

Gesetzt den Fall, daß auf der Basis der Gegenauffassung Veränderungen durch den Aussteller kein Verfälschen wären und demzufolge die A nicht nach § 267 bestraft werden könnte (A 53), käme dann stattdessen § 268 in Betracht? Dafür scheint zu sprechen, daß es sich bei den in Frage stehenden Schaublättern zumindest teilweise auch um technische Aufzeichnungen handelt (A 10b) und § 268 seine Einführung durch das 1. StrRG von 1969 gerade dem Bedürfnis verdankt, etwaige Strafbarkeitslücken zu schließen, die sich aus der mangelnden Urkundsqualität derartiger Aufzeichnungen ergeben können (vgl. Lampe NJW 1970, 1097, Tröndle LK § 268 Rn. 2ff; eingehend zur Entstehungsgeschichte BGHSt 29, 204ff, im Kilometerstand-Fall). Wie sich aber inzwischen gezeigt hat, wurde die erwartete Rolle des § 268 weit überschätzt, ganz zu schweigen von den Problemen, die er mehr geschaffen als gelöst hat (vgl. Blei II § 83 I, S/S-Cramer § 268 Rn. 2f, Tröndle aaO Rn. 6ff). Strukturell ist § 268 dem § 267 nachgebildet. Deshalb seien im folgenden lediglich die wichtigsten Besonderheiten hervorgehoben.

76 **A. Schutzgut.** Da es bei technischen Aufzeichnungen an einer von einem bestimmten Aussteller garantierten Gedankenerklärung gerade fehlt (vgl. A 10b, 18), geht es bei § 268 weniger um Echtheits- als um **formalisierten Richtigkeitsschutz:** das Vertrauen des Verkehrs darauf, daß die *Aufzeichnung frei von menschlichen Manipulationen zustandegekommen* ist (Tachonadel-Fall BGHSt 28, 300/4, Kienapfel JZ 1971, 163, Tröndle LK § 268 Rn. 6). Ob dagegen der Aufzeichnungsinhalt auch materiell wahr ist, dies ist ebenso wie bei § 267 unerheblich (S/S-Cramer § 268 Rn. 4).

77 **B. Tatobjekt** ist hier statt einer Urkunde die **technische Aufzeichnung.** Nach der Legaldefinition des § 268 II ist dafür ein vierfaches wesentlich:

78 1. Dem *Inhalt* nach muß es sich um die **Darstellung** bestimmter Daten, Werte oder Vorgänge (wie etwa hier die Fahrdauer und Geschwindigkeit) handeln, und zwar nach h. M. in einer auf Dauer angelegten Verkörperung (Lackner § 268 Anm. 3a; and. Schilling, Techn. Aufz. 10). Diesem *„Perpetuierungserfordernis"* vermag die veränderliche Anzeige von Werten auf ablesbaren Zählgeräten (wie etwa Gas- oder Kilometerzähler) i. d. R. nicht zu genügen (so jetzt grdl. Kilometerstand-Fall BGHSt 29, 204 m. Anm. Kienapfel JR 1980, 429; a. A. OLG Frankfurt NJW 1979, 118), es sei denn, daß zumindest das Meßergebnis in ausgedruckter Form festgehalten wird, wie z. B. durch den

A Abrechnungsbeleg beim Selbsttanken (vgl. Wessels II/1 § 18 VI 2a, aber auch S/S-Cramer § 268 Rn. 9).

79 2. Der *Methode* nach muß die Aufzeichnung (ganz oder wenigstens teilweise) **selbsttätig durch ein technisches Gerät** bewirkt sein. Entscheidend dafür ist, daß das Gerät durch einen konstruktions- oder programmäßig festgelegten voll- oder teilautomatischen Vorgang die entgegengenommenen Informationen verarbeitet und dadurch den Aufzeichnungsinhalt bestimmt (vgl. Puppe MDR 1973, 460/5). Eine solche *„Umwandlungsleistung"* des Geräts ist etwa für selbstrechnende Registriermaschinen und Elektrokardiographen oder aus dem Verkehrsbereich für Fahrtenschreiber (vgl. LG Stade JZ 1974, 651) und automatisch arbeitende Kontrollkameras zu bejahen, nicht dagegen bei Schreibmaschinen und Fotokopiergeräten, die lediglich einen von Menschen unmittelbar erfaßten Vorgang wiedergeben (näher Tröndle LK § 268 Rn. 23f m. w. N.).

80 3. Ferner muß die Aufzeichnung ihren **Gegenstand** allgemein oder jedenfalls für Eingeweihte **erkennen lassen.** Das damit gemeinte „Bezugsobjekt" kann sich *unmittelbar* aus der Aufzeichnung selbst (wie etwa durch gleichzeitige Aufnahme des Verkehrssünders in das Radarkontrollbild) oder wie bei *„zusammengesetzten technischen Aufzeichnungen"* durch räumlich-stoffliche Verbindung (z. B. durch Aufkleben des Bildes) bzw. bei *„erläuterten technischen Aufzeichnungen"* aus einem entsprechenden Beziehungsvermerk (wie hier durch Namenseintrag in das Schaublatt) ergeben (vgl. Schilling, Techn. Aufz. 25f, Tröndle LK § 268 Rn. 25). Letzterenfalls handelt es sich meist zugleich um eine zusammengesetzte Urkunde (vgl. A 28, 85, 87).

81 4. Schließlich kommt es auch für technische Aufzeichnungen auf **Beweiserheblichkeit** und **Beweisbestimmung** an. Insofern gilt entsprechendes wie für Urkunden (vgl. A 14ff, aber auch S/S-Cramer § 268 Rn. 24ff).

82 C. Die **Tatmodalitäten** entsprechen im wesentlichen denen des § 267 (A 34ff), wobei allerdings folgendes zu beachten ist:

83 1. Beim **HerstellungsTB** (§ 268 I **Nr. 1 Alt. 1**) kommt es für die **Unechtheit** der Aufzeichnung weniger auf das scheinbare Herrühren von einem bestimmten Aussteller als vielmehr – dem Schutzzweck des § 268 entsprechend (A 76) – auf die Manipulationsfreiheit des Aufzeichnungsvorgangs an. Danach ist die technische Aufzeichnung unecht, wenn sie überhaupt nicht oder nicht in ihrer konkreten Gestalt aus einem in seinem automatischen Ablauf unberührten Herstellungsvorgang stammt, obwohl sie diesen Eindruck erweckt: so etwa bei Herstellung durch ein anderes als das angebliche Gerät (Lackner § 268 Anm. 4a; and. S/S-Cramer § 268 Rn. 32) oder auch bei manueller Nachahmung (Tröndle LK § 268 Rn. 29, Widmaier NJW 1970, 1358; and. Lampe NJW 1971, 1101).

84 Dieser Herstellung ist durch § 268 **III** der praktisch weitaus bedeutsamerere Fall gleichgestellt, daß der Täter durch **störende Einwirkung auf den Aufzeichnungsvorgang** das Aufzeichnungsergebnis beeinflußt. Da dies eine Störung des *Funktionsablaufs* voraussetzt, etwa durch Veränderung des Gerätemechanismus oder auch durch zeitweiliges Unterbrechen des Aufzeichnungsvorgangs (Lackner § 268 Anm. 4b, Puppe NJW 1974, 1174 gegen BayObLG NJW 1974, 325 im Gerätedeckel-Fall), wird bloßes „täuschendes Beschicken", weil damit lediglich am Erfassungsobjekt manipuliert wird, *nicht* erfaßt (Tröndle LK § 268 Rn. 33): so unstreitig das „Füttern" eines Computers mit falschen Daten und wohl auch das Einlegen einer für dieses Gerät nicht bestimmten Programmvorlage (vgl. Diagramm-Fall BayObLG VRS 46, 124, S/S-Cramer § 268 Rn. 30, 32); deshalb sind solche Täuschungen allenfalls als Betrug erfaßbar (Wessels II/1 § 18 VI 2b). Auch das bloße *Ausnutzen einer bereits vorhandenen Störung* des Aufzeichnungsmechanismus ist nicht in jedem Falle tatbestandsmäßig; denn da es bei § 268 nicht um Wahrheits- sondern nur um den Schutz vor manipulationsbedingten Fehlaufzeichnungen geht (oben A 76), greift § 268 III jedenfalls dann nicht ein, wenn der Täter lediglich ein wegen Verschleißes oder aus sonstigen geräteimmanenten Gründen defektes Gerät inbetriebnimmt oder weiterlaufen läßt (vgl. Tachonadel-Fall BGHSt 28, 300/305ff., D-Tröndle § 268 Rn. 11b; a. A. S/S-Cramer § 268 Rn. 53ff). Wurde der Defekt hingegen durch menschliche Hand – und zwar gleich, ob durch den Täter selbst oder einen Dritten – bewirkt, so kann die Inbetriebnahme ohne vorherige *Nichtentstörung als pflichtwidriges Unterlassen* strafbar sein (so D-Tröndle § 268 Rn. 13, Lackner § 268 Anm. 4c, M-Schroeder II/2 § 65 V 2f, Wessels II/1 § 18 VI 2b; noch weitergehend für positives Tun Kienapfel JR 1980, 347f).

A 85 Was ergibt sich daraus für den *vorliegenden* Fall? Zwar haben die Schaublätter hinsichtlich ihres Diagrammteils den Charakter einer technischen Aufzeichnung (E 2), wobei das erforderliche Bezugsobjekt durch Eintragen eines Fahrernamens erkennbar gemacht ist; insofern handelt es sich hier um „erläuterte technische Aufzeichnungen" (A 80). Doch sind sie nicht unecht hergestellt, da in keiner Weise in den technischen Aufzeichnungsvorgang eingegriffen wurde.

86 2. Beim **VerfälschungsTB** (§ 268 I **Nr. 1 Alt. 2**) ist auf zweierlei zu achten:

a) Einerseits kann eine technische Aufzeichnung unstreitig von *jedermann,* also auch von ihrem *Hersteller* verfälscht werden. Deshalb ist die bei § 267 umstrittene Frage der Verfälschung durch den Aussteller (A 52ff) bei § 268 völlig unerheblich (S/S-Cramer § 268 Rn. 43). Daher wäre hier § 268 jedenfalls nicht deshalb ausgeschlossen, weil A die Veränderungen im Auftrag des Ausstellers vorgenommen hatte.

87 b) Andererseits muß aber Verfälschungs*objekt* gerade das technisch hergestellte *Aufzeichnungsprodukt* sein: indem etwa die Zahlen eines Belegs ausradiert oder ergänzt bzw. die Kurven eines Diagramms verändert werden (Blei II § 83 II). Wird dagegen bei „zusammengesetzten" oder „erläuterten technischen Aufzeichnungen" lediglich der Beweisbezug geändert (vgl. A 80), so genügt dies für § 268 nicht, sofern die Herstellung des Beweisbezugs schon nicht mehr Teil des technischen Aufzeichnungsvorgangs war und somit auch nicht in seiner technischen Authentizität garantiert sein kann (S/S-Cramer § 268 Rn. 34ff). Daher ist die Änderung des nichtautomatisch hergestellten Bezugsvermerks nicht durch § 268, sondern allenfalls durch § 267 erfaßbar (S/S-Cramer § 268 Rn. 36, 42), vorausgesetzt natürlich, daß technische Aufzeichnung und Bezugsvermerk gleichzeitig eine „zusammengesetzte Urkunde" bilden (vgl. Schilling, Techn. Aufz. 76).

88 *Konsequenz* für den vorliegenden Fall? Da durch das manuelle Einsetzen eines weiteren Fahrernamens der technische Aufzeichnungsteil der Schaublätter unberührt blieb, scheidet auch der VerfälschungsTB des § 268 aus. Stattdessen würde hinsichtlich der Veränderung der Beweisrichtung zwar § 267 in Betracht kommen (A 60); wäre aber dieser Tatbestand bei Verfälschung durch den Aussteller tatsächlich auszuschließen, wie eine Gegenauffassung meint (A 53), so könnte die Verfälschung allenfalls noch nach § 274 strafbar sein. Darauf ist gleich zurückzukommen; doch zuvor noch zwei abschließende Hinweise zu § 268:

89 3. Der **GebrauchsTB** (§ 268 I **Nr. 2**) setzt ebenso wie bei § 267 eine unechte oder verfälschte Aufzeichnung voraus (A 62). Daran fehlt es hier.

90 4. Für das **subjektive** Handeln **zur Täuschung im Rechtsverkehr** gilt ebenfalls gleiches wie bei § 267 (A 67ff).

91 **V. Urkundenunterdrückung (§ 274 I Nr. 1).**

Eine solche könnte hier – neben oder anstelle von §§ 267, 268 – deshalb in Betracht kommen, weil durch Einsetzen eines weiteren Fahrernamens nicht nur die Beweisrichtung geändert, sondern der ursprüngliche Beweisbezug möglicherweise sogar beseitigt wurde. Würde das für § 274 genügen? Was ist überhaupt für diesen TB wesentlich?

92 1. In § 274 sind zwei verschiedene Tatbestände zusammengefaßt: die gegen die Brauchbarkeit von Urkunden und technischen Aufzeichnungen als Beweismittel gerichtete *Urkundenunterdrückung* (Nr. 1) sowie die gegen beweissichernde Grenzmerkmale gerichtete *Grenzverrückung* (Nr. 2). Trotz ihres unterschiedlichen Gegenstandes haben beide Tatbestände einen gleichgerichteten Schutzbereich, woraus sich auch ihre Erfassung in einer Norm erklären ließe: anstelle von Echtheitsschutz geht es primär um den *Bestandsschutz* für Beweispositionen (vgl. Kienapfel Jura 1983, 188, Tröndle LK § 274 Rn. 1f, 32f).

93 2. **Tatobjekt** der hier interessierenden **Urkundenunterdrückung** sind Urkunden und technische Aufzeichnungen (a), soweit sie dem Täter überhaupt nicht oder nicht ausschließlich gehören (b).

94 a) Der Begriff der **Urkunde** ist der gleiche wie bei § 267 (A 8ff), der der **technischen Aufzeichnung** der gleiche wie bei § 268 (A 77ff), wobei es sich jeweils um *echte* Beweismittel handeln muß (Tröndle LK § 274 Rn. 4). Demzufolge sind unechte Urkunden ebenso wie reine Augenscheinsobjekte allenfalls bei amtlicher Verwahrung (z. B. nach Beschlagnahme) durch § 133 gegen Unbrauchbarmachung geschützt (S/S-Cramer § 274 Rn. 4, Wessels II/1 § 19 I 2).

A 95 b) Ob sie dem Täter **gehören**, ist nicht nach den dinglichen Eigentumsverhältnissen sondern – dem Schutzzweck des § 274 entsprechend (A 92) – nach dem **Beweisführungsinteresse** zu bestimmen (heute h. M.; vgl. Schlechtwettergeld-Fall BGHSt 29, 192 m. w. N.). Danach ist eine Urkunde selbst gegenüber ihrem Aussteller oder Eigentümer vor Vernichtung geschützt, sobald dieser rechtlich verpflichtet ist, sie für die Beweisführung eines anderen herauszugeben oder bereitzuhalten (vgl. Unfallzettel-Fall BayObLG NJW 1968, 1896). Das kann sich sowohl aus zivilrechtlichen (vgl. § 810 BGB, §§ 421 ff ZPO) wie auch aus öffentlich-rechtlichen Vorschriften ergeben: so hier aufgrund der Vorlegungs- und Aufbewahrungspflicht nach § 57a II StVZO spätestens mit Aktualisierung des polizeilichen Beweisinteresses. Dagegen gelten Ausweispapiere und Führerscheine, sofern nicht beschlagnahmt, ausschließlich als ihrem Inhaber gehörig, weil sie allein seinem Beweisinteresse dienen (vgl. Führerschein-Fall OLG Braunschweig NJW 1960, 1120/1).

96 3. Als **Tatmodalitäten** nennt das Gesetz a) das **Vernichten:** als völlige Beseitigung der beweiserheblichen Substanz einer Urkunde oder eines wesentlichen Beweiszeichens (wie etwa durch Löschen eines Stempeleindrucks: vgl. Benzingutschein-Fall BayObLG NJW 1980, 1057), b) das **Beschädigen:** durch Beeinträchtigung des Beweiswerts (etwa mittels Rasuren oder durch Streichungen), und c) das **Unterdrücken:** indem dem Berechtigten die Benutzung des Beweismittels entzogen oder wenigstens zeitweilig vorenthalten wird (instruktiv – wenngleich tatsächlich fragwürdig – dazu der Personalakte-Fall OLG Düsseldorf NStZ 1981, 26). Zu Einzelheiten, auch des Verhältnisses zu den (regelmäßig vorgehenden) Aneignungsdelikten, vgl. Tröndle LK § 274 Rn. 8ff, 29f.

97 Was käme im vorliegenden Fall in Betracht? Allenfalls ein *Beschädigen,* was freilich voraussetzen würde, daß in jeder Verfälschung zugleich eine Beeinträchtigung des bisherigen Beweisinhalts zu erblicken wäre (so offenbar S/S-Cramer § 274 Rn. 8a, Tröndle LK § 274 Rn. 12ff, wobei allerdings § 274 jeweils hinter § 267 zurücktreten soll). Das hätte aber zur Konsequenz, daß die Beschädigungsalternative des § 274 neben dem Verfälschen i. S. von § 267 jede Eigenbedeutung verlieren müßte. Deshalb wird man im Verfälschen ein Beschädigen nur insoweit sehen dürfen, als die Veränderung mittels Zerstörung oder Reduzierung des bisherigen Beweisinhalts bewirkt wird (wie etwa durch Radieren oder Abschneiden von Urkundsteilen), nicht aber dort, wo unter Wahrung der stofflichen Unversehrtheit der bisherigen Beweisgrundlage lediglich durch Zusätze verfälscht wird (so wohl auch D-Tröndle Rn. 4 und Lackner Anm. 1a, je zu § 274, wenn sie bei Inhaltsveränderungen § 274 neben § 267 zwar für möglich, nicht aber für zwingend halten; vgl. auch Kienapfel Jura 1983, 186ff). Danach würde es hier bei bloßem Einsetzen eines weiteren Namens schon am objektiven Tatbestand des § 274 fehlen.

98 4. **Subjektiv** muß neben **Vorsatz** noch die **Absicht der Benachteiligung eines anderen** hinzukommen. Dafür können neben *materiellen* auch *immaterielle Nachteile* genügen, sofern sie im Rahmen des betroffenen Beweisinteresses liegen (Blei II § 82 I 3, Tröndle LK § 274 Rn. 24; weitergehend S/S-Cramer § 274 Rn. 16, wonach selbst die Störung des ehelichen Gleichgewichts bei Ausbleiben erwarteter Briefe ausreichen soll: RGSt 50, 213/5). Im übrigen genügt für die *Absicht* auch hier das sichere Wissen um den Eintritt eines Nachteils (vgl. Windschutzscheibe-Fall OLG Hamburg NJW 1964, 736/7 m. Anm. Schröder JR 1964, 229).

99 Wie steht es damit im *vorliegenden* Fall? Zwar wollte A durch Einsetzen eines weiteren Namens die Strafverfolgung gegen G erschweren und damit jedenfalls im Rechtsverkehr täuschen. Auch ist eine solche abstrakte, auf Gefährdung eines Allgemeininteresses gerichtete Absicht für die §§ 267, 268 genügend (A 68, 90), nicht aber für die Nachteilsabsicht bei § 274. Dabei kann die – bislang offenbar noch nirgends vertiefte – Frage, ob der zu benachteiligende „andere" ein bestimmtes Individuum sein muß oder dafür auch Allgemeininteressen in Betracht kommen können, hier ganz dahingestellt bleiben; denn keinesfalls werden dafür schon reine Strafvereitelungsabsichten genügen können (ebenso im Wiegekarten-Fall OLG Zweibrücken GA 1978, 316), falls man bei Unterdrückung von Beweismaterial durch den Verfolgten nicht mit dem Selbstbegünstigungsprivileg in Widerspruch geraten will: Zwar lassen die Privilegierungen des § 258 (StrafR III Nr. 16 A 20, 54ff) die Strafbarkeit nach anderen Tatbeständen unberührt; in Fällen der vorliegenden Art entsteht aber kein „Nachteil", der über die Strafvereitelung hinausginge. Daher würde § 274 selbst dann, wenn man im Verfälschen zugleich ein Beschädigen erblicken wollte (A 97), spätestens an der mangelnden Nachteilsabsicht scheitern (i. E. ebenso Puppe JR 1978, 208).

A 100 VI. Gesamtergebnis.

Da somit in Fällen wie dem vorliegenden weder § 268 noch § 274 eingreift, bleibt für eine urkundenstrafrechtliche Erfassung nur § 267. Dessen Anwendungsbereich aber hängt seinerseits von der Verfälschbarkeit von Urkunden durch den Aussteller ab:

101 – Wird dies mit einer vordringenden Lehre verneint (A 53), so bleibt auch die im Auftrag des Ausstellers verfälschende Schreibkraft straflos. Stattdessen bleibt allenfalls noch eine Sanktionierung als *Verkehrsordnungswidrigkeit* nach § 24 StVG i. V. m. §§ 57a II 4, 69a III Nr. 25 StVZO, was allerdings voraussetzen würde, daß man die Pflicht zur Vorlage der Schaublätter nicht nur bei deren Verweigerung, sondern auch dadurch verletzt sieht, daß veränderte Schaublätter vorgelegt werden (so Puppe JR 1978, 208).

102 – Hält man dagegen Urkunden auch durch ihren Aussteller für verfälschbar (A 60), so war hier die im Auftrag der G handelnde A folgerichtig nach § 267 strafbar (A 72). Und zwar nicht nur wegen Beihilfe, wie die StrK gemeint hatte (P), sondern (mit-) **täterschaftlich,** nachdem die A alle objektiven und subjektiven Elemente des § 267 in eigener Person verwirklicht hat (E 12); allg. zu dieser Täterschaftsfrage, in der hier erstmals durch ein Obergericht die bisher von der Rspr. vertretene Animus-Theorie wenn nicht aufgegeben, so doch jedenfalls wesentlich eingeschränkt wird, vgl. StrafR II Nr. 37 A 11ff. Diese Verschärfung von Beihilfe zu (Mit)-täterschaft führt freilich nur zu einer **Schuldspruchberichtigung;** denn einer entsprechenden Verschärfung des *Straf*ausspruchs – allerdings auch nur bei diesem – würde das *Verbot der reformatio in peius* (§ 348 II StPO) entgegenstehen (vgl. K-Meyer StPO § 331 Rn. 2, § 358 Rn. 5).

Schrifttum: Allg. zum **Urkundenschutz** sowie zu den **§§ 267, 268, 274** neben den einschlägigen Kommentaren *Arzt/Weber* IV F; *Blei* II §§ 79, 80, 82, 83; *Bockelmann* II/3 §§ 12, 13; *Haft* II §§ 29, 31; *Krey* I § 10; *Maurach* BT §§ 52, 53; *M-Schroeder* II/2 §§ 64–66; *Otto* II §§ 69, 70, 72, 74, 75; *Schmidhäuser* II 14/4–25, 28–32, 39–41; *Welzel* §§ 59, 60; *Wessels* II/1 §§ 18, 19 I. Zu **Einzelfragen** vgl. *Kienapfel,* Urkunden im Strafrecht, 1967; *ders.,* Urkunden und technische Aufzeichnungen, 1971, 163; *ders.,* Urkunden und Beweiszeichen, Bruns-FS 187; *ders.,* Abgrenzung von Urkundenfälschung und Urkundenunterdrückung, Jura 1983, 185; *Lampe,* Die sog. Gesamturkunde und das Problem der Urkundenfälschung durch den Aussteller, GA 1964, 321; *ders.,* Fälschung technischer Aufzeichnungen, NJW 1970, 1097; *ders.,* Die strafrechtliche Beurteilung der sog. Computer-Kriminalität, GA 1975, 1; *Lenckner,* Zum Begriff der Täuschungsabsicht in § 267 StGB, NJW 1967, 1890; *Miehe,* Zum Verhältnis des Fälschens zum Gebrauchmachen im Tatbestand der Urkundenfälschung, GA 1967, 207; *Puppe,* Die Fälschung technischer Aufzeichnungen, 1972; *dies.,* Störende Einwirkung auf einen Aufzeichnungsvorgang, NJW 1974, 1174; *dies.,* Urkundenfälschung, Jura 1979, 630; *dies.,* Erscheinungsformen der Urkunde, Jura 1980, 18; *dies.,* Unzulässiges Handeln unter fremdem Namen als Urkundenfälschung, JR 1981, 441; *Samson,* Urkunde und Beweiszeichen, 1968; *ders.,* Grundprobleme der Urkundenfälschung, JuS 1970, 369; *ders.,* Grundprobleme der Urkundenfälschung, JA 1979, 526, 658; *Sax,* Probleme des Urkundenstrafrechts, Peters-FS 137; *Schilling,* Der strafrechtliche Schutz des Augenscheinsbeweises, 1965; *ders.,* Fälschung technischer Aufzeichnungen, 1970; *ders.,* Reform der Urkundenverbrechen, 1971; *Schroeder,* Die Herbeiführung einer Unterschrift durch Täuschung oder Zwang, GA 1974, 225; *Steinke,* Die Kriminalität durch Beeinflussung von Rechnerabläufen, NJW 1975, 1967; *Weber,* Fälschungsdelikte in Beziehung auf den Führerschein, Jura 1982, 66.

Öffentliche Urkunden – Mittelbare Falschbeurkundung (§§ 271–273) – Falschbeurkundung im Amt (§ 348) – Mißbrauch von Ausweispapieren (§ 281) – Geld- und Wertzeichenfälschung (§§ 146–152).

OLG Köln NJW 1967, 742: **Postanweisungs-Fall**
Ss 224/66 v. 25. 10. 1966

SV **Sachverhalt:** Von einem der deutschen Sprache nicht mächtigen Griechen G hatte sich der A 300 DM aushändigen lassen, um sie per Post an dessen Ehefrau in Griechenland zu überweisen. Gleichzeitig hatte er von G eines der üblichen dreiteiligen Postanweisungsformulare erhalten, das G bereits wie folgt ausgefüllt hatte: Auf dem linken für den Empfänger bestimmten Abschnitt hatte G seine Anschrift, auf dem Mittelabschnitt die Adresse seiner Ehefrau vermerkt, ohne jedoch bereits die Spalten für die Betragsangabe ausgefüllt zu haben; auf dem rechten Einlieferungsabschnitt hingegen war in den dafür vorgesehenen Spalten zweimal der Betrag von 300 DM eingetragen, wohingegen in der Rubrik „Empfänger, Bestimmungsort, Bestimmungsland" irrtümlich die eigene Anschrift des G angegeben war. Dieses Formular legte A dem zuständigen Postbeamten P vor und zahlte anstatt 300 DM nur 30 DM ein. Ob A zu diesem Zeitpunkt bereits selbst den geringeren Betrag auf dem linken und mittleren Abschnitt des Formulars eingetragen hatte oder dies durch den P ausführen ließ, war nicht mehr feststellbar. Jedenfalls bemerkte P nicht, daß auf dem Einzahlungsschein als eingezahlter und zu überweisender Betrag 300 DM sowie anstelle der Anschrift der Empfängerin die des Absenders G vermerkt war; er versah alle drei Abschnitte des nunmehr ausgefüllten Formulars mit den vorgeschriebenen Vermerken und Stempeln, den Mittelabschnitt außerdem mit seiner Unterschrift, und händigte den Einzahlungsschein dem A aus. Dieser übergab ihn später dem G, wobei er den restlichen Geldbetrag von 270 DM zurückbehielt. Die Ehefrau des G erhielt aufgrund der Postanweisung nur 30 DM ausgezahlt.

Grob schematisch sah damit die Postanweisung folgendermaßen aus, wobei der Formularvordruck sowie die bereits von G eingesetzten Angaben in gerader Normalschrift gesetzt sind, dagegen die von A (bzw. auf seine Veranlassung hin von P) *hinzugefügten Angaben* sowie die *amtlichen Vermerke* des P *kursiv:*

Empfängerabschnitt	Anweisung	Einlieferungsschein
Name des Absenders	Name des Empfängers	Name des Empfängers
Herr G, Köln	Frau G, Athen	Herr G, Köln
30 DM	*30 DM*	300 DM
Poststempel	*Poststempel*	*Poststempel*

P **Zur Problemstellung:** Könnte A durch Eintragen (bzw. mittelbar durch Eintragenlassen) des geringeren Betrages eine *Urkundenfälschung* (§ 267) begangen haben? Etwa durch Herstellen einer unechten Urkunde in Form einer Blankettfälschung?

- Wären dabei die drei Abschnitte der Postanweisung jeweils als *Einzelurkunden* oder als *Gesamturkunde* zu betrachten?
- Oder könnte der Anwendung von § 267 entgegenstehen, daß keine Täuschung über den *Aussteller* vorliegt?
- Käme stattdessen *mittelbare Falschbeurkundung* nach § 271 in Frage? Worin wäre die „öffentliche Urkunde" zu erblicken? Worin die Beurkundung einer falschen Tatsache?
- Wie wäre der P zu bestrafen, wenn er das Manöver des A durchschaut hätte: etwa wegen *Falschbeurkundung im Amt* nach § 348?
- Ist im Zurückbehalten des Geldes durch A eine *Unterschlagung* nach § 246 zu erblikken? In welchem Verhältnis stünde diese zu einem Urkundendelikt?

Die StrK hatte den A tatmehrheitlich nach § 246 und § 267 verurteilt. Das OLG bestätigt zwar die Unterschlagung, sieht jedoch anstelle von § 267 den § 271 als erfüllt.

E 1 **Aus den Gründen:** 1. *Urkundenfälschung.* Eine solche hat der A weder durch Herstellen einer unechten noch durch Verfälschen einer echten Urkunde begangen.

2 **[742]** „Da die Postanweisung, auch wenn sie vollständig ausgefüllt, d. h. von dem Postbeamten mit den erforderlichen Vermerken und Stempeln versehen worden ist, keine

E Gesamturkunde darstellt, sondern drei selbständige Einzelurkunden – den Einzahlungsschein, den Hauptabschnitt mit der eigentlichen Anweisung und den für den Empfänger bestimmten Abschnitt – enthält (vgl. RGSt. 67, 90/1; BGHSt. 4, 60/1), ist das Verhalten des
3 A in bezug auf jeden dieser Teile gesondert zu betrachten: Hinsichtlich des Einzahlungsscheins und des Hauptteils fehlt es bereits an einem Täuschen über die Person des Ausstellers, weil auf diesen Abschnitten des Schriftstücks der Urheber des Geschriebe-
4 nen nicht erkennbar ist. In bezug auf den für den Empfänger bestimmten Abschnitt könnte zwar eine derartige Erkennbarkeit aus dem Absendervermerk abgeleitet werden. Aber auch hier hat keine Täuschung stattgefunden, weil der Abschnitt den richtigen
5 Vermerk trägt. Es liegt auch keine Blankettfälschung vor, etwa weil der A auf diesem Abschnitt entgegen dem Willen des Absenders einen geringeren Betrag, als er ihn einzahlen sollte, vermerkt hat; denn mit dieser Eintragung ist das Schriftstück nicht, wie es zur Herstellung einer unechten Urkunde erforderlich ist (vgl. Schönke-Schröder, StGB,
6 12. Aufl. 1965, § 267 Rn. 62), mit einem urkundlichen Inhalt versehen worden. Es ist vielmehr lediglich der Entwurf einer vom Postbeamten durch den Aufgabestempel zu vervollständigenden öffentlichen Urkunde hergestellt worden (vgl. RGSt. 67, 90/2, zu dem ähn-
7 lich gelagerten Fall der Ausfüllung eines Zahlkartenvordrucks). Da es auch zu keiner Verfälschung einer Urkunde gekommen ist, hat die StrK den A zu Unrecht wegen eines Vergehens gegen § 267 verurteilt.

8 2. *Mittelbare Falschbeurkundung.* Statt dessen ist sein Verhalten unter dem Gesichtspunkt des § 271 zu würdigen. Zwar ist der A nicht deswegen zu belangen, weil er veranlaßt hat, daß auf dem Empfängerabschnitt und auf dem Hauptteil des Vordrucks beurkundet worden ist, die Post werde angewiesen, 30 DM der Empfängerin auszuzahlen; denn diese Beurkundung entspricht den Tatsachen, da nur in dieser Höhe eine Anweisung
9 erfolgt ist. Er hat aber in bezug auf den Einlieferungsschein den Tatbestand des § 271
10 erfüllt. Bei diesem Schein handelt es sich um eine öffentliche Urkunde. Eine Urkunde ist dann eine öffentliche, wenn sie von einer öffentlichen Behörde innerhalb der Grenzen ihrer Amtsbefugnisse oder von einer mit öffentlichem Glauben versehenen Person in der
11 vorgeschriebenen Form aufgenommen worden ist (vgl. u.a. RGSt. 63, 148/150). Allerdings kann nicht jede öffentliche Urkunde Gegenstand eines Vergehens gegen § 271 sein, sondern nur eine solche, die nach der gesetzlichen Vorschrift die Wahrheit der darin bezeugten Erklärungen, Verhandlungen oder Tatsachen zu öffentlichem Glauben für und
12 gegen jedermann beweist (vgl. u.a. RGSt. 59, 13/19). Das trifft hier zu. Der Entwurf des Absenders ist von dem zuständigen Postbeamten im Rahmen seiner amtlichen Befugnisse – gemäß § 27 Postordnung wird die Einzahlung bescheinigt – durch die vorgeschrie-
13 benen Vermerke und die ordnungsgemäße Abstempelung vervollständigt worden. Dadurch ist zu öffentlichem Glauben bestätigt worden, daß der Post für einen bestimmten Empfänger das in der Urkunde angegebene Geld eingezahlt worden und die Post verpflichtet ist, es dem Empfänger auszuzahlen (vgl. RGSt. 9, 240/2; 24, 130; RG HRR 1940 Nr. 711). Im vorliegenden Fall ist die Tatsache, welche für das Rechtsverhältnis zwischen Post und Absender von Erheblichkeit ist, die Einzahlung des Betrages, bezüglich dessen
14 die Anweisung erfolgt ist, in Höhe von 300 DM anstatt von 30 DM beurkundet worden. Das hat der A bewirkt, indem er dem Postbeamten den teilweise ausgefüllten Postanweisungsvordruck mit dem auf 300 DM lautenden Einlieferungsschein vorgelegt hat. Er hat hier in anderer Weise als es in der Mehrzahl der Fälle einer mittelbaren Falschbeurkun-
15 dung vorkommt, in **[743]** dem Postbeamten einen Irrtum erregt. In der Regel beurkundet ein Beamter eine unzutreffende Tatsache, weil er das will, nachdem er durch Täuschung
16 in den Irrtum versetzt worden ist, die Tatsache treffe zu. Hier hat der Beamte auf Veranlassung des A etwas beurkundet, was er gar nicht hat beurkunden wollen, weil er übersehen hat, daß der Vermerk über den eingezahlten Betrag auf dem Einzahlungsschein dem auf den beiden anderen Abschnitten der Postanweisung und dem eingezahlten Betrag
17 nicht entsprach. Dieser Umstand ist indes nicht von ausschlaggebender Bedeutung. Der Gesetzeswortlaut in bezug auf das Tatbestandsmerkmal „bewirken" ist ganz allgemein gehalten. Es bedarf mithin nicht einmal, wie es in RGSt. 13, 367/370; 24, 308/9 gefordert
18 wird, einer Täuschung des Beamten, um dieses Tatbestandsmerkmal zu erfüllen. Vielmehr ist es unerheblich, wodurch der Täter den Erfolg herbeigeführt hat; unter dem Bewirken ist jede Verursachung der unwahrhaften Beurkundung zu verstehen (vgl. BGHSt. 8, 289/294; Binding, BT, 2. Bd. 1. Abt. 2. Aufl. 1904, S. 290; Jagusch LK, 8. Aufl. 1958, § 271 Anm. 4; Maurach, 4. Aufl. 1964, § 53 V D; Schönke-Schröder, StGB, 12. Aufl.
19 1965, § 271 Rn. 25). Infolgedessen ist es auch unwesentlich, ob der beurkundende Beam-
20 te grob fahrlässig gehandelt hat (vgl. RG Recht 1929, 1376). Den Umständen nach liegt es auch nahe, davon auszugehen, daß der A diesen Tatbestand vorsätzlich erfüllt hat. ...

21 3. *Unterschlagung.* Die Annahme eines Vergehens gegen § 246 ist an sich nicht zu beanstanden ... Die StrK hat jedoch nicht festgestellt, durch welchen Vorgang der A den Restbetrag von 270 DM seinem Vermögen einverleibt hat. Es ist möglich und liegt durchaus nahe, daß er seinen Zueignungswillen erst dadurch bestätigt hat, daß er nur 30 DM eingezahlt, das Anweisungsformular entsprechend ausgefüllt und den Postbeamten in bezug auf den Einlieferungsschein zu einer falschen Beurkundung veranlaßt hat. In die-

E sem Falle bestünde zwischen dem Vergehen gegen § 246 und dem gegen § 271 nicht Tatmehrheit, sondern Tateinheit i. S. von § 73 [a. F.; jetzt § 52]".

A 1 **Zur Erläuterung und Vertiefung:**
Während im Fahrtenschreiber-Fall Nr. 19 der *allgemeine* Urkundenschutz gegen Fälschung und Unterdrückung im Mittelpunkt stand und daher die dabei aufgetretenen Fragen zu § 267 hier nur kurz zu streifen sind (I), geht es im vorliegenden Fall speziell um den Schutz *öffentlicher Urkunden* (II), und zwar sowohl gegen *mittelbare Falschbeurkundung* (III) wie auch gegen *Falschbeurkundung im Amt* (IV). Zur Abrundung ist ferner noch kurz der *Mißbrauch von Ausweispapieren* (V) sowie die dem Urkundenstrafrecht verwandte *Geld- und Wertzeichenfälschung* (VI) anzusprechen.

2 I. Zur **Urkundenfälschung** (§ 267) und ihrer Verneinung im vorliegenden Fall hat das OLG bereits die wesentlichen Punkte erörtert. Deshalb hier nur einige ergänzende Hinweise:

3 1. Hinsichtlich des **Urkundscharakters** der Postanweisung (E 2) wurde zu Recht *keine Gesamturkunde* angenommen, da sie als ganzes keinen selbständigen, über die Einzelurkunden hinausgehenden Gedankeninhalt beweisen soll (vgl. BGHSt 4, 60/1 sowie Fahrtenschreiber-Fall Nr. 19 A 29).

4 2. Was die Einzelabschnitte betrifft, so ist in keinem Falle eine unechte Urkunde i. S. des **HerstellungsTB** entstanden:
– Hinsichtlich des *Einlieferungsabschnitts* und des *Anweisungsabschnitts* liegt keine Identitätstäuschung über den Aussteller vor, weil mangels Absendervermerks der Urheber der Erklärung nicht erkennbar ist (E 3) und es somit am Garantieelement fehlt (vgl. Nr. 19 A 18).

5 – Andererseits ist der Ausstellervermerk im *Empfängerabschnitt* nicht unecht, da er tatsächlich von dem dort in Erscheinung getretenen G stammt (E 4; vgl. Nr. 19 A 35).

6 – Allenfalls wäre hinsichtlich des Empfängerabschnitts an sog. *Blankettfälschung* zu denken (E 5), nachdem insoweit immerhin G als Aussteller erscheint und A auftragswidrig einen geringeren Betrag eintrug bzw. (was hier unerheblich wäre) mittelbar durch P eintragen ließ (vgl. Nr. 19 A 43). Damit ließe sich eine Blankettfälschung aber nur dann begründen, wenn bereits durch Eintragen des Betrages eine (unechte) Urkunde entstanden wäre (vgl. Tröndle LK § 267 Rn. 137). Dies hinwiederum wäre nur dann der Fall, wenn bereits die Betrags- samt Absenderangabe beweiserheblich wäre und damit den Charakter einer Privaturkunde hätte. Demgegenüber hat jedoch schon das RG in dem bei E 6 angeführten Zahlkarten-Fall überzeugend dargetan, daß der vom Absender ausgefüllte Vordruck des Empfängerabschnitts lediglich einen Entwurf darstellt, der erst durch den entsprechenden Aufgabestempel des Postbeamten zur (öffentlichen) Urkunde wird. Demzufolge ist als Aussteller des Empfängerabschnitts nicht der Absender sondern der Postbeamte zu betrachten. Daher käme hier eine Blankettfälschung allenfalls dann in Betracht, wenn der falsche Betrag nicht *vor*, sondern erst *nach* der Garantieerklärung des P auftragswidrig eingetragen worden wäre. Da hier das Gegenteil der Fall war, ist auch der Empfängerabschnitt jedenfalls nicht unecht. Ob er stattdessen inhaltlich unwahr war, diese für § 271 bedeutsame Frage wird noch zu prüfen sein (A 26).

7 3. Da auch für den **VerfälschungsTB** (Nr. 19 A 45 ff) keine Anhaltspunkte bestanden, war § 267 zu verneinen (E 7). – Stattdessen hat das OLG zu Recht die Frage gestellt, ob die Postanweisung als öffentliche Urkunde geschützt sein könnte:

8 **II. Schutztatbestände für öffentliche Urkunden.**

A. Während sich die allgemeinen Urkundstatbestände auf *Echtheits-* und *Bestandsschutz* beschränken und demzufolge „schriftliche Lügen" nicht durch § 267 erfaßt sind, genießen öffentliche Urkunden, da regelmäßig mit besonderer Beweiskraft ausgestattet, auch **inhaltlichen Wahrheitsschutz** (näher zu diesen unterschiedlichen Schutzrichtungen Nr. 19 A 3 ff), und zwar in dreifacher Hinsicht:

9 1. Gegen *Falschbeurkundung im Amt* (§ 348): Indem der Amtsträger einer strafrechtlich sanktionierten Wahrheitspflicht bei Beurkundungen beweiserheblicher Tatsachen oder Vorgänge unterworfen wird, soll das allgemeine Vertrauen in die **Beweiskraft öffentlicher Urkunden** gesichert werden (vgl. Tröndle LK § 271 Rn. 1 f).

10 2. Gegen *mittelbare Falschbeurkundung* (§§ 271–273): indem Nichtbeamte unter Strafe gestellt werden, die einen Amtsträger zu einer inhaltlich falschen Beurkundung

A veranlassen. Strukturell handelt es sich dabei um nichts anderes als um die Verselbständigung mittelbarer Falschbeurkundung im Amt, bei der der Hintermann nur deshalb nicht aus dem Grunddelikt des § 348 (A 9) bestraft werden kann, weil ihm selbst die Amtsträgereigenschaft fehlt (vgl. M-Schroeder II/2 § 66 I 1).

11 3. Zudem wird über den Bereich öffentlicher Urkunden hinaus auch noch bei ähnlich wichtigen Bescheinigungen quasi-behördlicher Art, wie *Gesundheitszeugnissen* (§ 278) oder *Indikationsfeststellungen zum Schwangerschaftsabbruch* (§ 219a), inhaltlicher Wahrheitsschutz gewährt.

12 **B. Schutzumfang und Begriff der öffentlichen Urkunde** sind bei den §§ 271, 348 völlig gleich. Nach der allgemein anerkannten Begriffsbestimmung bei E 10/11 kommen in den Genuß des Wahrheitsschutzes dieser Tatbestände jedoch nicht jegliche behördlichen Erklärungen, sondern nur solche, die folgende – gleichsam dreistufige – Qualifikation aufweisen:

13 1. Tatobjekt muß eine **Urkunde** sein, die zunächst einmal alle allgemeinen Urkundsmerkmale – nämlich das Perpetuierungs-, Beweis- und Garantieelement – aufweist: dazu Nr. 19 A 9ff.

14 2. Ferner muß die Urkunde eine **öffentliche** sein (E 10). Das ist sie nach der *Legaldefinition* des § 415 ZPO, die auch für das Strafrecht gilt (vgl. Sparkasse-Fall BGHSt 19, 19/21), wenn sie:

15 – von einer *Behörde* (gleich ob staatlich, kommunal oder körperschaftlich) oder einer *mit öffentlichem Glauben versehenen Person* (insbes. Notare, Gerichtsvollzieher, Urkundsbeamte der Geschäftsstelle, Standesbeamte)

16 – innerhalb ihres *sachlichen* (also nicht notwendig auch örtlichen) *Zuständigkeitsbereichs* (S/S-Cramer § 271 Rn. 6; vgl. aber auch A 50)

17 – in der *vorgeschriebenen Form* aufgenommen ist, wozu insbes. die Angabe der ausstellenden Behörde, dagegen nicht unbedingt die handschriftliche Unterzeichnung durch den beurkundenden Amtsträger gehört. Zu Einzelheiten vgl. Tröndle LK § 271 Rn. 5ff.

18 3. Zudem müssen Urkunden i. S. der §§ 271, 348 mit **erhöhter öffentlicher Beweiskraft** ausgestattet sein. Nach st. Rspr. (vgl. bereits Kontrollisten-Fall RGSt 1, 42) ist dies bei öffentlichen Urkunden nicht schlechthin der Fall, sondern nur insoweit, als sie *Beweiswirkung für und gegen jedermann* haben (E 11; Tröndle LK § 271 Rn. 18ff). Danach fehlt sog. *schlicht-amtlichen* Urkunden, die nur für den inneren Dienstverkehr, zur Herstellung von Ordnung und Übersicht in der Geschäftsführung, zur Überwachung der Beamten oder zur gegenseitigen Kontrolle amtlicher Stellen bestimmt sind, die Eigenschaft einer öffentlichen Urkunde: so etwa den Verwahrungslisten der StA (RGSt 52, 268/9), dem Dienstregister des Gerichtsvollziehers (RGSt 68, 201/3; vgl. A 33) oder den Eintragungen in die Einwohnermeldekartei (RGSt 74, 290/2). Maßgeblich dafür, wann eine öffentliche Urkunde erhöhte Beweiskraft hat, sollen die einschlägigen Vorschriften und die Verkehrsanschauung sein (BGHSt 22, 201/3: unten A 29). Daraus ist zu entnehmen, daß der Begriff der öffentlichen Urkunde im Strafrecht *enger* gefaßt wird als in § 415 ZPO (so jedenfalls die Rspr. und h. L., vgl. Tröndle LK § 271 Rn. 21, 27).

19 Instruktiv dazu der *Sitzungsprotokoll-Fall* **RGSt 59, 13,** wo den Verhandlungsprotokollen im Zivilprozeß und den Sitzungsprotokollen in Strafsachen der Charakter einer öffentlichen Urkunde i. S. des § 271 mit folgender Begründung abgesprochen wird: **[18]** „Urteil und Sitzungsprotokoll in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten sind zweifellos öffentliche Urkunden und besitzen daher die volle Beweiskraft, die § 415 ZPO solchen Urkunden beilegt. Allein nicht jede öffentliche Urkunde kann Gegenstand eines **[19]** Vergehens gegen § 271 sein, sondern nur eine solche, die nach *gesetzlicher Vorschrift* die *Wahrheit* der darin *bezeugten* Erklärungen, Verhandlungen oder Tatsachen zu öffentlichem Glauben *für* und *gegen jedermann beweist.* Die Strafbestimmung des § 271 greift nicht weiter, als die unmittelbare äußere Beweiskraft der Urkunden sich erstreckt; aus dem Bereiche wahrer oder falscher Urkunden fällt alles das hinaus, wofür die öffentlichen Urkunden keine Beweiskraft besitzen, für dessen beweiskräftige Beurkundungen sie *nicht bestimmt* sind ... . Bezüglich des *Protokolls* über die mündliche Verhandlung im Zivilprozeß (§§ 159ff ZPO) bestimmt § 165 ZPO, daß die Beobachtung der für die mündliche Verhandlung vorgeschriebenen Förmlichkeiten nur durch das Protokoll bewiesen werden kann und daß gegen seinen diese Förmlichkeiten betreffenden Inhalt nur der Nachweis der Fälschung zulässig ist. Genau das gleiche gilt nach § 274 StPO für die Sitzungsniederschrift in Strafsachen. Bezüglich dieser hat das RG wiederholt entschieden, daß die

A ausschließliche Beweiskraft des Protokolls nur für die Strafsache, in der das Protokoll aufgenommen ist, und nur für das *übergeordnete Gericht,* das die Gesetzmäßigkeit des bisherigen Verfahrens nachzuprüfen hat, besteht, daß sie also *nicht für und gegen jedermann* wirkt."

20 Ebenso jetzt der *Protokollformular-Fall* **OLG Hamm NJW 1977, 592,** wo es im Hinblick auf die insoweit gleichgelagerte Problematik bei § 348 darum ging, ob die Protokollierung der (tatsächlich nicht stattgefundenen) Anklageverlesung bzw. eines nicht erteilten Rechtsmittelverzichts eine Falschbeurkundung enthält. Diese Entscheidung ist zwar durch umfassende Dokumentation der einschlägigen Rspr. sehr informativ, leidet aber sachlich daran, daß die Frage, *ob* überhaupt eine öffentliche Urkunde i. S. d. §§ 271, 348 vorliegt, mit dem Problem vermengt wird, *wie weit* der Umfang der Beweiskraft einer öffentlichen Urkunde reicht (zu letzterem A 28 f).

21 Folgt man dieser Rspr., so kommt *gerichtlichen Protokollen* nur insoweit erhöhte Beweiskraft zu, als ihr Inhalt rechtsgestaltende Wirkung hat bzw. Grundlage für eine Vollstreckung bildet: so etwa bei gerichtlichen *Vergleichen* oder hinsichtlich der verkündeten *Urteilsformel* (vgl. RGSt 72, 226). Diese restriktive Interpretation des Begriffs der öffentlichen Urkunde ist allerdings nicht unbedenklich: Mag das Sitzungsprotokoll auch nur für das betreffende Verfahren von Bedeutung sein, so hat es doch jedenfalls innerhalb dieses Rahmens für *alle* Verfahrensbeteiligten (und nicht nur für das übergeordnete Gericht) eine enorme Bedeutung und ist keineswegs mit rein innerdienstlichen, schlicht-amtlichen Urkunden (A 18) vergleichbar. Zur Beweiskraft von Protokollen und Entscheidungen vgl. zudem auch A 32 f.

22 Im übrigen sind als **„öffentliche Urkunden mit erhöhter Beweiswirkung"** (so die geglückte Zusammenfassung der wesentlichen Elemente bei Tröndle LK § 271 Rn. 18 f) z. B. grds. anerkannt: das *Familienbuch* bezüglich personenstandserheblicher Erklärungen (BGHSt 6, 380), der *Kfz-Schein* hinsichtlich Fahrgestell- und Motornummer (BGHSt 20, 186), aber nicht hinsichtlich der Personalangaben des Zulassungsinhabers (BGHSt 22, 201; vgl. auch A 29); das *Kfz-Kennzeichen* hinsichtlich der Zulassung einer bestimmten Person (OLG Hamburg NJW 1966, 1827); *Reisepaß* und *Personalausweis* (vgl. BGH GA 1967, 19), *Reifezeugnis* (RGSt 60, 375), *Erbschein* und *Hoffolgezeugnis* (BGHSt 19, 87), **nicht** dagegen *Zustellvermerke* auf Post- und Zahlungsanweisungen (RGSt 67, 256) oder *Kfz-Briefe* (BGH VRS 5, 135). Weitere Nachweise bei S/S-Cramer § 271 Rn. 11 f, Tröndle LK § 271 Rn. 41 ff.

23 3. Als besonders hervorgehobene Unterfälle sind den Urkunden **öffentliche Bücher** und **Register** gleichgestellt, für die hinsichtlich der erhöhten Beweiswirkung gleiches gilt wie für die Urkunde (A 18). Wichtigste Fälle: das Grundbuch, die Personenstandsbücher (§§ 1 II, 60 PersStG; vgl. BGHSt 6, 380), das Vereins- und Handelsregister (§ 50 BGB, § 12 HGB), nicht dagegen das lediglich zu innerdienstlichen Zwecken geführte polizeiliche Melderegister (Tröndle LK § 271 Rn. 40).

24 *Zwischenfrage:* Wie ist danach *vorliegend* der Charakter der einzelnen Postanweisungsabschnitte zu beurteilen? Hinsichtlich des *Einlieferungs*scheins hat das OLG eine öffentliche Urkunde mit erhöhter Beweiskraft für die Tatsache der Einzahlung ausdrücklich bejaht; seiner überzeugenden Begründung ist nichts hinzuzufügen (E 12, 13). Entsprechendes dürfte aber auch für die beiden anderen Abschnitte anzunehmen sein: Für den *Anweisungs*abschnitt insofern, als dadurch die Überweisungs- und Auszahlungspflicht der Post bescheinigt wird; für den *Empfänger*abschnitt insofern, als damit der Auszahlungsanspruch des Empfängers beurkundet wird. Davon dürfte im übrigen auch das OLG ausgegangen sein, da es hinsichtlich des Empfänger- und Anweisungsabschnitts nicht den öffentlichen Urkundscharakter sondern lediglich die Falschbeurkundung verneint hat (E 8). – Damit ist bereits die Tathandlung des § 271 angesprochen:

25 **III. Mittelbare Falschbeurkundung (§ 271).**

Nach der recht umständlichen Formulierung des Gesetzes ist für § 271 ein vierfaches erforderlich: der Täter muß *vorsätzlich* (4) *bewirken* (3), daß etwas inhaltlich *Unwahres* (1) zu öffentlichem Glauben *beurkundet* (2) wird (vgl. Tröndle LK § 271 Rn. 51).

26 1. Im Unterschied zu § 267 muß die Urkunde nicht formell unecht, sondern *inhaltlich* **unwahr** sein. Das ist sie dann, wenn das Beurkundete in irgend einem wesentlichen Punkt den Tatsachen widerspricht: sei es, daß die beurkundete Erklärung überhaupt nicht, nicht in der beurkundeten Form oder von einer anderen Person bzw. in einer ihr nicht zustehenden Eigenschaft abgegeben wurde. Speziell zur Falschbeurkundung bei sog. „Fernbeglaubigung" vgl. Notar-Fall BGHSt 26, 47; dazu Röhmel JA 1978, 200 f.

27 *Konsequenz* für den vorliegenden Fall? Hinsichtlich des Anweisungs- und Empfängerabschnitts hat das OLG zu Recht die Unwahrheit verneint, da A tatsächlich nur

A 30 DM eingezahlt hatte und somit auch nur in dieser Höhe eine Überweisungs- und Auszahlungspflicht der Post bestand (E 8). Dagegen ist der Einlieferungsabschnitt inhaltlich unwahr, da in ihm fälschlich eine Einzahlung in Höhe von 300 DM beurkundet ist (E 13).

28 2. Für das **Beurkundungs**element ist wesentlich, daß sich die besondere Beweiskraft der öffentlichen Urkunde gerade auch auf die falsche Erklärung, Verhandlung oder Tatsache erstreckt. Deshalb genügt für § 271 nicht schon der Nachweis, daß ein Amtsträger etwas falsch beurkundet hat; entscheidend ist vielmehr, daß gerade (auch) die unwahre Angabe vom öffentlichen Glauben der Urkunde miterfaßt wird (vgl. A 18f).

29 Grundlegend dazu der GSSt im *Kfz-Schein-Fall* **BGHSt 22, 201,** wo es um den öffentlichen Glauben für die *Personalangaben* im Kraftfahrzeugschein ging: **[203]** „Nicht jede in einer öffentlichen Urkunde enthaltene Angabe, die ein Außenstehender durch den gutgläubigen Beamten bewirkt hat, kann Gegenstand einer Straftat nach § 271 sein ... Beurkundet in diesem Sinne sind nur diejenigen Erklärungen, Verhandlungen oder Tatsachen, auf die sich der öffentliche Glaube, d.h. die ‚volle Beweiswirkung für und gegen jedermann', erstreckt. Welche Angaben dies im einzelnen Falle sind, kann sich, wenn es – wie für den Kfz-Schein – an einer ausdrücklichen Vorschrift fehlt, mittelbar aus den gesetzlichen Bestimmungen ergeben, die für Errichtung und Zweck der Urkunde maßgeblich sind. Dabei ist auch die Anschauung des Rechtsverkehrs zu beachten (BGHSt 17, 66 m.N.; 20, 309/313). Bei der Prüfung, ob es hiernach gerechtfertigt ist, die erhöhte Beweiskraft der öffentlichen Urkunde auf eine darin angeführte Tatsache zu beziehen, muß ein strenger Maßstab angelegt werden. Eine Beweiswirkung für und gegen jedermann kann nur dann angenommen werden, wenn kein Zweifel besteht, daß dies unter Berücksichtigung der Verkehrsanschauung dem Sinn und Zweck des Gesetzes entspricht. Das trifft für die Personalangaben im Kfz-Schein nicht zu". Dies wird u.a. daraus geschlossen, daß die Zulassungsstelle nur berechtigt, nicht aber verpflichtet ist, sich die Richtigkeit der Personalien nachweisen zu lassen; zudem bezögen sich die Angaben lediglich auf den Inhaber der Zulassung, nicht aber auf den versicherungsrechtlich weit wichtigeren Kfz-Halter, der mit dem Zulassungsinhaber nicht identisch sein muß **[204].** – Im gleichen Sinne sah bereits **BGHSt 20, 186/8** den öffentlichen Glauben des Kfz-Scheins darauf beschränkt, „daß das darin nach seinen der Verwaltungsbehörde erkennbaren Merkmalen beschriebene Fahrzeug unter Zuteilung eines bestimmten amtlichen Kennzeichens zum öffentlichen Verkehr zugelassen worden ist", nicht aber, daß die in den Kfz-Schein eingetragene Fahrgestell- und Motornummer vom Hersteller des Kfz herrühre; ebensowenig will nach GSSt der Kfz-Schein Beweis dafür erbringen, daß das Fahrzeug für die darin namentlich benannte Person zugelassen ist.

30 Eine derartige Beschränkung des Beweiskraftumfangs ist vor allem auch bei folgenden Fallgruppen zu beachten (vgl. Wessels II/1 § 19 II 3):

– Geht es um die Beurkundung der **Abgabe einer Erklärung,** so erstreckt sich die Beweiskraft grundsätzlich nur auf die Tatsache, daß eine Erklärung dieses Inhalts abgegeben wurde, nicht aber darauf, daß der Erklärungsinhalt auch sachlich richtig ist.

30a Dementsprechend wurde im *Kaufvertrag-Fall* **BayObLG NJW 1955, 1567,** wo A und W als Vertragspartner gegenüber dem Notar den beurkundeten Grundstückspreis mit 2200 DM angaben, während er in Wirklichkeit 4500 DM betrug, § 271 zu Recht verneint, da durch die Kaufvertragsbeurkundung mit öffentlichem Glauben für und gegen jedermann nur bewiesen werde, „daß die beiden vor dem Notar *erklärt* hatten, der Kaufpreis betrage 2200 DM, nicht aber auch, daß ein Kaufpreis von 2200 DM dem Willen der Parteien entspreche". Daher sei die Urkunde insoweit nicht sachlich unrichtig. Vgl. auch Handelsregister-Fall RGSt 18, 179.

31 – Auch **Personalangaben** werden – falls überhaupt (vgl. A 29) – nicht in jeder Hinsicht vom öffentlichen Glauben einer Urkunde gedeckt: Wird beurkundet, daß die Erklärung von einer bestimmten Person abgegeben wurde, so erstreckt sich die Beweiskraft zwar auch auf die Personen*identität* des Erklärenden; deshalb kann selbst ein mit entsprechender Vollmacht ausgestatteter Vertreter X den § 271 verwirklichen, wenn er seine Erklärung unter dem Namen des Vertretenen Y beurkunden läßt (vgl. RGSt 66, 356). Dagegen werden etwa angemaßte akademische Titel nicht ohne weiteres von der Beweiskraft erfaßt (vgl. Dipl.-Volkswirt-Fall BGH NJW 1955, 839). Ähnlich erstreckt sich der öffentliche Glaube des Familienbuches nur auf die durch § 11 PersStG vorgeschriebenen Personalangaben, nicht aber auf eine Scheidung (BGHSt 6, 380/1).

32 – Besonders problematisch ist der Umfang der Beweiskraft hinsichtlich Feststellungen in **amtlichen Protokollen** und **Entscheidungen.** Sofern ihnen überhaupt öffentlicher Urkundscharakter zuerkannt wird (dazu oben A 18ff), wird etwaigen *Personalangaben* Beweiskraft insofern zugestanden, als sie die Grundlage für eine Vollstreckung bilden (vgl. RGSt 72, 226; teils weitergehend die Lehre: vgl. M-Schroeder II/2 § 66 I 4b, S/S-

A Cramer § 271 Rn. 23). Im übrigen reicht die Beweiskraft allenfalls soweit, wie eine gesetzliche Beurkundungs- bzw. Protokollierungspflicht besteht; und das gilt i.d.R. nur für die Beachtung *wesentlicher Förmlichkeiten*. Nicht erfaßt ist daher insbes. die inhaltliche Richtigkeit von Erklärungen zur *Sache*. Daher ist das durch Prozeßlügen erschlichene Urteil zwar als Prozeßbetrug (vgl. Nr. 12 A 43ff, Nr. 13 A 44ff), nicht aber nach § 271 strafbar.

33 Instruktiv zum Beweiskraftumfang der *Gerichtsvollzieher-Fall* **OLG Frankfurt NJW 1963, 773,** wo es u.a. darum ging, ob unrichtige Angaben über *freiwillige Zahlungen* des Schuldners im Gerichtsvollzieherprotokoll den Tatbestand des § 348 I erfüllen. Das wird vom OLG verneint:

„Daß der Gerichtsvollzieher Beamter und Urkundsperson ist und die Protokolle, die er gem. § 762 ZPO über jede Vollstreckungshandlung aufzunehmen hat (u.a. Pfändungen und Verhaftungsprotokolle), öffentliche Urkunden i.S. der angeführten Bestimmungen [§§ 415, 418 I ZPO] sind, ist in der Rspr. allgemein anerkannt ... **[774]** Im vorliegenden Fall handelt es sich bei den beanstandeten Niederschriften aber nicht um Protokolle über Pfändungen und Verhaftungen ... Es kommt also entscheidend darauf an, ob die inhaltlich unwahren Angaben des A in diesen Niederschriften öffentlichen Glauben begründen, d.h. die Beweiskraft einer öffentlichen Urkunde haben ... Die beanstandeten Feststellungen, die der A in den bezeichneten Niederschriften getroffen hat, begründeten jedoch keinen öffentlichen Glauben, weil für sie gesetzlich keine Beurkundung i.S. des § 415 ZPO vorgeschrieben ist. Die Vorschrift des § 762 ZPO bezieht sich nur auf Vollstrekkungshandlungen. Die vom A getroffenen Feststellungen beziehen sich jedoch nicht auf solche ... Soweit der A zur Zahlung aufgefordert hat und Zahlung empfangen hat, kann mangels Vollstreckungshandlungen die Protokollierungspflicht über diese Vorgänge somit nicht aus § 762 ZPO hergeleitet werden. Eine Protokollierungspflicht mit der Wirkung, daß das Protokoll öffentlichen Glauben genießt, kann sich aber, wenn sie im Gesetz nicht enthalten ist, auch nicht aus der Geschäftsanweisung für Gerichtsvollzieher ergeben. Daß sich nicht aus der Geschäftsanweisung, sondern nur aus der ZPO ergeben kann, was eine Vollstreckungshandlung ist, wird schon in RG Rspr. 10, 146 ausgeführt."

34 *Zwischenergebnis* für den vorliegenden Fall? Hier wirft das Beurkundungselement keine Probleme auf, nachdem der Zweck des Einlieferungsabschnitts gerade darin besteht, die Einzahlung des angegebenen Betrages beweiskräftig zu bescheinigen (E 12). – Problematisch war jedoch ein weiteres TB-Merkmal:

35 3. Der Täter muß die **Falschbeurkundung „bewirken"**: Ist dies etwa auch dann der Fall, wenn (wie hier) die Falschbeurkundung bei etwas größerer Aufmerksamkeit des Postbeamten bemerkt worden wäre?

36 a) Grundsätzlich ist das *Mittel*, mit dem die Falschbeurkundung erreicht wird, gleichgültig (E 18; h.M.). Daher ist auch unerheblich, ob dies durch unmittelbares Einwirken auf die Urkundsperson, durch irgendwelche Mittelsmänner oder lediglich durch Einsenden unrichtiger Unterlagen geschieht (M-Schroeder II/2 § 66 I 4a). Sogar durch *Unterlassen* kann bei entsprechender Garantenpflicht eine Falschbeurkundung bewirkt werden (S/S-Cramer § 271 Rn. 25). Immerhin sind aber im Hinblick auf die Struktur des § 271 als Verselbständigung mittelbarer Täterschaft (A 10) vor allem noch zwei Kriterien zu beachten:

37 b) Als Fall mittelbarer Täterschaft setzt § 271 die *Zwischenschaltung* eines anderen voraus (StrafR II Nr. 38 A 4), und zwar speziell die eines für die Beurkundung zuständigen *Amtsträgers* (dazu StrafR III Nr. 13 A 20ff). Dieses Kriterium war hier durch Einsatz des P als Urkundsperson erfüllt.

38 c) Ferner ist die *Steuerung* der Urkundsperson als Werkzeug erforderlich (StrafR II Nr. 38 A 5ff). Ob dies durch Drohung oder List, Täuschung oder Ausnutzung eines bereits vorhandenen Irrtums geschieht, ist gleichgültig. Deshalb hielt es auch hier das OLG zu Recht für unerheblich, ob zunächst A dem P vorgespiegelt hatte, 300 DM hingelegt zu haben, oder ein solcher Betrag von P irrig aber bewußt als empfangen bestätigt wurde (E 15), oder ob P sich, nachdem der Einlieferungsabschnitt bereits ausgefüllt war (E 14), über die eingesetzten 300 DM keine weiteren Gedanken mehr machte und einfach blindlings unterschrieb (E 16). Daher steht auch grobe Fahrlässigkeit der Urkundsperson dem § 271 nicht entgegen (E 19).

39 Problematisch wird das Steuerungselement jedoch dort, wo der Amtsträger seinerseits bösgläubig falsch beurkundet oder vom veranlassenden Nichtbeamten jedenfalls für bösgläubig gehalten wird: Bleibt dann der Hintermann trotzdem nach § 271 strafbar? Oder kommt stattdessen Anstiftung zu § 348 in Betracht? Zu der dafür erforderli-

A chen **Abgrenzung** zwischen mittäterschaftlichem „**Bewirken**" i. S. von § 271 und bloßer **Anstiftung** zu § 348 sind drei Fallkonstellationen auseinanderzuhalten:

40 α) Grundsätzlich ist nach den allgemeinen Regeln mittelbarer Täterschaft von der *Vorstellung des Hintermannes* auszugehen (StrafR II Nr. 38 A 8ff): Solange dieser die Urkundsperson für *gutgläubig* hält (und damit als sein Werkzeug betrachtet), bleibt er nach § 271 strafbar; und zwar ohne Rücksicht darauf, ob die Urkundsperson tatsächlich gut- oder bösgläubig ist (heute h. M.; vgl. Tröndle LK § 271 Rn. 55, 61). Daher käme hier § 271 durch A selbst dann in Betracht, wenn P dessen Manipulationen durchschaut hätte.

41 β) Gleiches gilt letztlich auch für den umgekehrten Fall, daß der Hintermann die Urkundsperson *irrigerweise* für *bösgläubig* hält: so wenn hier A glaubte, daß P seine Machenschaften durchschaut hatte, dem P jedoch tatsächlich nichts aufgefallen war. Zwar wäre dies aus der Sicht des Hintermannes eine typische Anstiftungskonstellation (vgl. StrafR II Nr. 38 A 9); doch ist diese als solche nicht erfaßbar, da es einerseits wegen Gutgläubigkeit des Vordermannes an einer vorsätzlichen Haupttat (§ 26) fehlt und andererseits Anstiftungsversuch (§ 30 I) am mangelnden Verbrechenscharakter des § 348 scheitert. Auch diese Lücke ist durch § 271 zu schließen, indem als „Bewirken" alle Fälle erfaßt werden, in denen eine Falschbeurkundung veranlaßt wird, ohne daß eine strafbare Teilnahme an § 348 vorliegt (grdl. dazu bereits RGSt 13, 52; ebenso Lackner § 271 Anm. 2, M-Schroeder II/2 § 66 I 4c, Otto II § 71 II 2c, Tröndle LK § 271 Rn. 55, 61; a. A. heute wohl nur Samson SK Rn. 21 und S/S-Cramer Rn. 30, je zu § 271). Hier hat § 271 eine ähnliche Auffangfunktion wie § 159 für den Anstiftungsversuch zur Falschaussage (vgl. StrafR III Nr. 17 A 112, 115).

42 γ) Für eine solche Auffangfunktion ist jedoch dort weder Raum noch Bedürfnis, wo die Urkundsperson *tatsächlich böswillig* ist und der mit Anstiftungsvorstellung veranlassende Hintermann dies auch weiß: Dann ist ersterer nach § 348 (A 49) und letzterer unstreitig nur wegen Anstiftung dazu strafbar (vgl. S/S-Cramer § 348 Rn. 7).

43 4. Im übrigen ist in **subjektiver** Hinsicht **Vorsatz** erforderlich. Dafür muß sich der Täter zwar auch der Beweiserheblichkeit der unrichtigen Beurkundung bewußt sein (vgl. Register-Fall RGSt 66, 356/8). Doch genügt insoweit schon bedingter Vorsatz (vgl. Standesbeamter-Fall RGSt 18, 309/314). Auch bedarf es darüber hinaus – anders als bei §§ 267, 274 – weder einer Täuschungs- noch einer Benachteiligungsabsicht (vgl. aber auch A 45).

44 *Konsequenz* für den vorliegenden Fall? Da sich A anstelle der tatsächlich einbezahlten 30 DM vorsätzlich (E 20) die Einlieferung von 300 DM durch den zuständigen Amtsträger P mit öffentlichem Glauben beurkunden ließ, hat er § 271 täterschaftlich verwirklicht. Darüberhinaus stellt sich die Frage, ob er nicht auch nach §§ 272, 273 strafbar ist:

45 5. Nach **§ 272** ist **Strafschärfung** vorgesehen, wenn die Tat mit **Bereicherungs-** oder **Schädigungsabsicht** begangen ist. Während für erstere das Erstreben eines *Vermögensvorteils* erforderlich ist, der nach h. M. aber nicht rechtswidrig zu sein braucht (vgl. OLG Hamm NJW 1956, 602), soll für die Schädigung jede Art von *Nachteil* genügen (vgl. im einzelnen S/S-Cramer § 272 Rn. 3f). – Ob vorliegend beide Qualifikationen vorliegen, hängt vom *Absichtsbegriff* ab: Fordert man dafür ein Daraufankommen i. S. von dolus directus 1. Grades (so OLG Köln JR 1970, 470), so dürfte hier nur Bereicherungsabsicht anzunehmen sein, da es A wohl nur auf die Erlangung des Differenzbetrags, nicht aber auf eine entsprechende Schädigung des G abgesehen hatte. Läßt man dagegen für die Schädigungsabsicht schon dolus directus 2. Grades genügen (so wohl zu Recht Schröder JR 1970, 471, S/S-Cramer § 272 Rn. 4; vgl. auch Tröndle LK § 272 Rn. 13), so ist auch diese Qualifikation verwirklicht, da die Schädigung des G notwendiges Mittel zur Erlangung eines Vorteils war (allg. zum Absichtsbegriff Nr. 14 A 24ff).

46 6. Zudem ist auch der **GebrauchsTB** des **§ 273** verwirklicht, da A dem G zum Nachweis dafür, daß er die Überweisung auftragsgemäß ausgeführt habe, den falschbeurkundeten Einlieferungsabschnitt vorlegte (vgl. SV). Doch ebenso wie innerhalb des § 267 tritt auch hier das Gebrauchmachen hinter dem Falschbeurkunden (§ 271) zurück (vgl. Nr. 19 A 73, Tröndle LK § 273 Rn. 8).

47 7. Im **Gesamtergebnis** ist somit A einer *schweren Falschbeurkundung* (**§§ 271, 272**) sowie wegen Zueignung des Restbetrags einer *Unterschlagung* (**§ 246**) schuldig zu sprechen, wobei deren Konkurrenzverhältnis von der noch aufklärungsbedürftigen Frage abhängt, wann der A den Entschluß zum Behalten des Geldes gefaßt hat (E 21).

A 48 **IV. Falschbeurkundung im Amt (§ 348).**

Gesetzt den Fall, daß P die Manipulationsabsicht des A durchschaut hat: wäre er dann nach § 348 strafbar? Nachdem sich die Merkmale dieses **echten Amtsdelikts** (dazu StrafR III Nr. 18 A 1, 3ff) weitgehend mit denen des § 271 decken, ist hier nur noch auf einige Besonderheiten hinzuweisen.

49 **1. Täter** können nur **Amtsträger** (§ 11 I Nr. 2: dazu StrafR III Nr. 18 A 10ff) **mit Beurkundungsbefugnis** sein. Dazu gehören i. d. R. auch Postbeamte (A 37). Sind *Nichtbeamte* als Anstifter oder Gehilfen tatbeteiligt (vgl. A 42), so kommt ihnen § 28 I zugute (StrafR II Nr. 42 A 9, 17, 21ff).

50 **2.** Die **Tathandlung** besteht in einer **Falschbeurkundung** (dazu A 25ff), und zwar innerhalb der *Zuständigkeit* des Täters. Anders als bei § 271, wo für den Charakter als öffentliche Beurkundung genügt, daß die veranlaßte Urkundsperson im Rahmen ihrer *sachlichen* Zuständigkeit gehandelt hat (A 16), wird für die Verwirklichung des § 348 auch *örtliche* Zuständigkeit vorausgesetzt (vgl. KfzStelle-Fall BGHSt 12, 85, S/S-Cramer § 348 Rn. 7). Auch dieses Erfordernis wäre vorliegend unproblematisch.

51 **3.** In **subjektiver** Hinsicht genügt bedingter **Vorsatz,** wobei sich der Täter insbes. auch der Rechtserheblichkeit der von ihm falsch beurkundeten Tatsache bewußt sein muß. Dagegen ist weder eine besondere Täuschungs- noch Gebrauchsabsicht erforderlich (M-Schroeder II/2 § 66 I 3a, S/S-Cramer § 348 Rn. 13).

52 **4.** Demzufolge ist **Vollendung** bereits mit Abschluß der Beurkundung anzunehmen (S/S-Cramer § 348 Rn. 15), und nicht erst, wie die h. M. annimmt, wenn die Urkunde bewußtermaßen dem Rechtsverkehr zugänglich gemacht wird (so Ausfertigungs-Fall BGH NJW 1952, 1064; vgl. Röhmel JA 1978, 199f).

53 Deshalb würe hier P, falls er trotz Erkennens des falschen Eintrags den Einzahlungsabschnitt abgestempelt hätte, spätestens mit Rückgabe dieses Abschnitts an A nach § 348 strafbar.

54 **V. Mißbrauch von Ausweispapieren (§ 281).**

Gesetzt den Fall, A hätte sich unter dem Vorwand, daß bei Auslandsüberweisungen ein Arbeitsverhältnis nachzuweisen sei, den Werksausweis des G aushändigen lassen und zwecks Erschwindelung eines Schnelldarlehens einem Kreditvermittler vorgelegt: hätte er sich dadurch nach § 281 strafbar gemacht?

55 **1.** Im Unterschied zu allen vorangegangenen Urkundsdelikten geht es bei § 281 weder um Echtheits- noch um Wahrheits- oder Bestandsschutz, sondern lediglich um **Mißbrauchsabwehr** bei Urkunden, denen im Rechtsverkehr besondere Identifizierungswirkung beigelegt wird (vgl. Nr. 19 A 6).

56 **2.** Deshalb gelten als **Ausweispapiere** alle Papiere, die dem Nachweis der Identität oder der persönlichen Verhältnisse dienen sollen und von einer hoheitlichen Stelle ausgestellt sind (S/S-Cramer § 281 Rn. 3). Dazu rechnen neben Reisepässen, Personal- und Dienstausweisen insbes. auch Führerscheine und Werksausweise (Tröndle LK § 281 Rn. 2); zumindest gehören letztere ebenso wie Prüfungszeugnisse oder Geburtsurkunden zu den **gleichgestellten Zeugnissen** und **Urkunden** i. S. von § 281 II. Vorausgesetzt ist jedoch in jedem Falle, daß das Ausweispapier **echt** und **inhaltlich richtig** ist; anderenfalls kommt nur § 267 bzw. § 271 in Betracht (S/S-Cramer § 281 Rn. 1f).

57 **3. Gebraucht** ist das Ausweispapier bereits dadurch, daß es der Wahrnehmung des zu Täuschenden zugänglich gemacht wird, **überlassen** schon dann, wenn einem anderen der Gebrauch ermöglicht wird (vgl. Ausweisverkaufs-Fall KG NJW 1953, 1274).

58 **4. Subjektiv** ist für die **Täuschung im Rechtsverkehr** erforderlich, daß der Täter gerade durch *Identitätstäuschung,* indem er also den Eindruck erweckt, der in der Urkunde Ausgewiesene zu sein, den Adressaten zu rechtserheblichem Verhalten veranlassen will (S/S-Cramer § 281 Rn. 9).

59 Da im Ausgangsfall (A 53) alle diese Merkmale verwirklicht sind, wäre A nach § 281 strafbar.

60 **VI. Exkurs: Geld- und Wertzeichenfälschung (§§ 146–152).**

Ein abrundender Blick auf diese Deliktsgruppe ist insofern gerechtfertigt, als es sich dabei lediglich um *Spezialfälle der Urkundenfälschung* handelt (vgl. Systemnoten-Fall BGHSt 23, 229/231), gerichtet gegen die **Sicherheit und Zuverlässigkeit des Geld- und**

A Wertzeichenverkehrs. Auch strukturell besteht weitgehende Übereinstimmung mit § 267. Daher ist hier lediglich auf wesentliche Besonderheiten hinzuweisen:

61 A. 1. **Tatobjekt** ist in erster Linie das **Geld.** Gleich, ob Papier- oder Metallgeld, ist darunter jedes vom Staat (auch einem ausländischen: § 152) oder von einer staatlich ermächtigten Stelle als Wertträger beglaubigtes und zum Umlauf im öffentlichen Verkehr bestimmtes Zahlungsmittel zu verstehen solange es nicht amtlich außer Kurs gesetzt ist (vgl. Goldsovereign-Fall BGHSt 19, 357, Herdegen LK § 146 Rn. 2; demgegenüber soll nach einer Mindermeinung die Geldeigenschaft schon dann verloren gehen, wenn eine Münze oder Banknote im Verkehr nicht mehr als Zahlungsmittel anerkannt ist: Rudolphi SK, S/S-Stree, je Rn. 2 zu § 146).

62 2. Dem Geld sind in § 151 bestimmte, gegen Nachahmung besonders gesicherte **Wertpapiere** gleichgestellt. Der Katalog ist abschließend, so daß etwa die Verfälschung normaler Reiseschecks nur durch § 267 geschützt ist (vgl. S/S-Stree § 151 Rn. 8, 9). Das *Nachahmen* als solches setzt jedoch nicht voraus, daß das Falsifikat ein echtes Vorbild hat (vgl. Travellerscheck-Fall BGHSt 30, 71) oder als Aussteller eine wirklich existierende Person angegeben wird; vielmehr ist erforderlich, aber auch ausreichend, daß das Falsifikat nach der Art seiner Ausführung gerade diejenigen Eigenschaften von Druck und Papier aufweist, die bei echten Wertpapieren die besondere Sicherung gegen Nachahmung ausmachen (vgl. Aktien-Fall BGH NJW 1981, 1965 m. Anm. Kienapfel JR 1981, 473).

63 3. Gesondert geschützt sind ferner bestimmte **amtliche Wertzeichen** (§ 148): d. s. vom Staat, einer Gebiets- oder sonstigen Körperschaft des öffentlichen Rechts befugtermaßen ausgegebene Marken oder ähnliche Zeichen, die als Quittung für die Entrichtung von Steuern, Gebühren und ähnlichen Abgaben dienen oder deren Leistung erleichtern oder überwachen sollen: so insbes. Postwertzeichen, Stempelabdrucke, Gerichtskosten- oder Versicherungsmarken (S/S-Stree § 148 Rn. 2), nicht aber (wie hier) postalische Zahlungsanweisungen.

64 **B.** Die **Geldfälschung** (§ 146) enthält vier **TB-Alternativen:**

65 1. Bei der sog. *Falschmünzerei* (**Nr. 1 Alt. 1**), die dem HerstellungsTB des § 267 vergleichbar ist, geht es um das **Nachmachen** von Geld in der Absicht, es als echt in Verkehr zu bringen oder ein solches Inverkehrbringen zu ermöglichen. Geld ist nachgemacht, wenn es den Anschein eines gültigen Zahlungsmittels erweckt und im gewöhnlichen Geldverkehr den Arglosen zu täuschen vermag, ohne daß dabei an die Ähnlichkeit mit echtem Geld (von ganz plumpen Fälschungen abgesehen) allzu hohe Anforderungen zu stellen wären; denn entscheidend ist nur die *Verwechslungsgefahr* (Wessels II/1 § 20 II 2a). Danach sind auch sog. Systemnoten (durch Zusammenkleben von Teilen verschiedener Banknoten zu einer neuen) zu erfassen (grdl. BGHSt 23, 229). Auch Geld, das ohne staatlichen Auftrag geprägt wird, gilt als nachgemacht (instruktiv Karlsruher Münze-Fall BGHSt 27, 255 m. Anm. Geisler NJW 1978, 708). Da es allein auf die *Verwechslungsgefahr* ankommt, setzt das Nachmachen auch nicht voraus, daß ein dem nachgemachten Geld entsprechendes Zahlungsmittel überhaupt existiert (vgl. Zehnmilliardenschein-Fall RGSt 58, 351).

66 2. Die sog. *Münzfälschung* (**Nr. 1 Alt. 2**), die dem VerfälschungsTB des § 267 entspricht, setzt **Verfälschen** durch Verändern von **echtem** Geld in der Weise voraus, daß für den Arglosen der Anschein eines höheren Wertes erweckt wird: so etwa durch Polieren oder Versilbern, nicht aber durch einfaches Verbreitern (vgl. Breitklopf-Fall RGSt 68, 65/9).

67 3. Für das **Sichverschaffen von falschem** (d. h. nachgemachtem oder verfälschtem) **Geld** (**Nr. 2**), das in § 267 keine Parallele hat, genügt die Erlangung tatsächlicher Verfügungsgewalt. Daran soll es beim bloßen „Verteilungsgehilfen" fehlen (BGHSt 3, 154; vgl. Rudolphi SK § 146 Rn. 9, aber auch Otto II § 76 IV 3).

68 4. Für das **Inverkehrbringen von** *(deliktisch erlangtem)* **falschem Geld** (**Nr. 3**) genügt, daß ein anderer tatsächlich in die Lage versetzt wird, sich des Geldes zu bemächtigen und nach Belieben damit umzugehen: so schon durch bloßes Geldwechseln, Einzahlen bei einer Bank oder auch durch Einwurf in einen Automaten (BGH NJW 1952, 311); selbst der Verkauf einer nachgemachten Münze an einen Sammler soll darunter fallen (vgl. Gedenkmünzen-Fall BGH JR 1976, 294 m. krit. Anm. Dreher, zust. Stree JuS 1978, 236). Vorausgesetzt ist jedoch hier, daß der Täter das Falschgeld gerade *durch*

A *Nachmachen, Verfälschen* oder *Sichverschaffen erlangt* hatte (A 65–67). Insofern erfaßt diese TB-Alternative nur einen Teil der durch den GebrauchsTB bei § 267 abgedeckten Fälle (vgl. Nr. 19 A 65). Auch erlangt sie praktisch nur dann selbständige Bedeutung, wenn der Täter nach rechtskräftiger Verurteilung wegen Fälschens oder Sichverschaffens weiteres Falschgeld aus der alten Quelle in Umlauf setzt oder seine zunächst aufgegebene Absicht des Inverkehrbringens aufgrund eines neuen Entschlusses schließlich doch in die Tat umsetzt (Lackner § 146 Anm. 3d cc). – Im übrigen ist noch ein besonderer ErgänzungsTB zu beachten:

69 5. Durch das **Inverkehrbringen von** *(nicht deliktisch erlangtem)* **Falschgeld** (**§ 147**) werden jene Gebrauchsfälle erfaßt, die nicht bereits durch § 146 I Nr. 3 abgedeckt sind (vgl. A 68): so vor allem gutgläubig erlangtes Falschgeld, aber etwa auch die zunächst ohne Verbreitungsabsicht nachgemachte Sammlermünze. Ob das Falschgeld an einen gutgläubigen oder zwecks Abschiebung an einen eingeweihten Mittelsmann weitergegeben wird, macht nach h. M. keinen Unterschied (so grdl. BGHSt 29, 311, Wessels Bockelmann-FS 676 ff, ferner Lackner 2, S/S-Stree 5 sowie jetzt auch D-Tröndle 2, je zu § 147; zur Gegenauffassung vgl. OLG Stuttgart NJW 1980, 2089 m. Anm. Otto JR 1981, 82, M-Schroeder § 67 II 6, Rudolphi SK § 147 Rn. 13).

70 6. a) Die **Wertzeichenfälschung** (**§ 148**) erfaßt durch Abs. I in enger Anlehnung an § 146 das Nachmachen, Verfälschen, Sichverschaffen, Verwenden, Feilhalten und Inverkehrbringen von (falschen) amtlichen Wertzeichen.

71 b) Darüberhinaus wird durch Abs. II das **Wiederverwenden** und Inverkehrbringen bereits *entwerteter amtlicher Wertzeichen* unter Strafe gestellt. Abweichend vom strengeren § 276 I a. F. genügt jedoch dafür nicht schon, daß das Wertzeichen bereits verwendet worden war (z. B. ohne Abstempelung einen Brief befördert hatte); vielmehr muß es auch entwertet gewesen sein (vgl. im einzelnen S/S-Stree § 148 Rn. 19 ff).

72 7. Ferner werden durch **§ 149** bestimmte **Vorbereitungshandlungen** *zur Geld- oder Wertzeichenfälschung* ihrer besonderen Gefährlichkeit wegen verselbständigt und unter Strafe gestellt. § 149 tritt als subsidiär zurück, sobald es zu einem Versuch der §§ 146, 148 kommt (S/S-Stree § 149 Rn. 12). Auch die erweiterten *Rücktritts*möglichkeiten (§ 149 II, III) verdienen Beachtung (vgl. dazu StrafR II Nr. 31 A 10 f, Nr. 48 A 26 ff).

Schrifttum: Allg. zu **mittelbarer Falschbeurkundung** und **Mißbrauch von Ausweispapieren** die Kommentare zu §§ 271–273, 281, 348 sowie *Arzt/Weber* IV F IV, VII; *Blei* II § 81; *Bockelmann* II/3 § 14; *Haft* II § 30; *Krey* I § 10 I 4; *M-Schroeder* II/2 § 66; *Otto* II §§ 71, 73; *Schmidhäuser* II 14/38, 45–55, 24/19–28; *Welzel* § 61; *Wessels* II/1 §§ 18 VI, 19 II. Zu **Einzelfragen** vgl. auch die Angaben zu Nr. 19 sowie *Röhmel*, Die strafrechtliche Beurteilung von Urkundenentwürfen und sog. Fernbeglaubigungen nach § 348 StGB, JA 1978, 199.

Zur **Geldfälschung** die Kommentare zu §§ 146–152 sowie *Arzt/Weber* IV F V; *Blei* II § 84; *Bockelmann* II/3 §§ 16, 17; *Haft* II § 7; *M-Schroeder* II/2 § 67; *Otto* II §§ 76, 77; *Welzel* § 62; *Wessels* II/1 § 20; *ders.*, Zur Reform der Geldfälschungsdelikte und zum Inverkehrbringen von Falschgeld, Bockelmann-FS 669.

Sachregister

Die fettgedruckten Zahlen bezeichnen die Nr. des betreffenden Falles,
E bezieht sich auf die Entscheidungsgründe, A auf die Problemvertiefung. Soweit nur auf *eine* Fall-Nr. verwiesen ist, befaßt sich der Fall schwerpunktmäßig mit der betreffenden Frage.

Abgestufter Gewahrsam **2** A 34, 36f
Ablationstheorie **2** A 54, 57
Absatzhilfe **18**; **18** A 42, 57ff
Absicht **14** A 22ff
Abschwindelung von Diebesgut **14** A 31
Aggregatzustand s. Sache
Alleingewahrsam **2** A 38
Allgemeiner Gebrauchswert **3** A 32ff
Altruistischer Betrug **11** A 8; **14** A 10,
– Erpressung **16** A 39
Aneignung **3** A 12, 29, 37
Aneignungsdelikte **1** A 12
Aneignungsrecht **1** A 24
Anwartschaft **10** A 12
Anstellungsbetrug **10** A 30; **13** A 53ff
Anvertrauung **5** A 34
Aufrechterhaltungstheorie **18** A 7
Ausbeutungstheorie **18** A 6
Auswechseln von Geld **18** A 23
Apprehensionstheorie **2** A 53, 56f, 60
Arbeitskraft **10** A 12; **13** A 54ff
Aufklärungspflicht, Betrug **11** A 34ff, 51
Ausweispapiere, Mißbrauch **19** A 6, **20** A 54ff
Automatenmißbrauch **15** A 34

Bandendiebstahl **1** A 14; **2** A 7; **7**; **7** E 1ff; **7** A 58ff
– Bande **7** A 59
– fortgesetzte Begehung **7** A 61
Bandenraub **9** A 28
Beamtenstellung, Erschleichen **13** A 61ff
Beförderungserschleichung **15** A 35
Begünstigung **18** A 82ff
Behältnis **7** A 27, Erbrechen **7** A 31f
– Wegnahme des Inhalts **2** A 41
Bereicherungsabsicht **3** A 20; **16** A 39, 45; **17** A 70; **18** A 68ff
Beschädigung öffentlicher Sachen **1** A 10
Besitzstörung **1** A 30
Betreffen auf frischer Tat **9** A 14ff
Betreuungsverhältnis **17** A 7, 36ff
Betrug **1**; **2** A 72; **10–15**
– Abschwindelung von Diebesgut **14** A 31
– Absicht rechtswidriger Bereicherung s. auch Bereicherungsabsicht
– Altruistischer Betrug **11** A 8; **14** A 10
– Altruistischer Viereckbetrug **11** A 8
– Anstellungsbetrug **10** A 30; **13** A 53ff: Arbeitsleistung **10** A 12; **13** A 54ff; beamtenrechtliche Einstellungsmängel **13** A 61ff; persönliche Untauglichkeit **13** A 57ff; Vorstrafen **13** A 59
– Anwartschaft **10** A 12
– Arbeitskraft **10** A 12; **13** A 54ff
– Aufklärungspflicht **11** A 34ff, 51
– Ausschreibungsbetrug **12** A 37
– Beamtenstellung, Erschleichung **13** A 61ff
– Bereicherungsabsicht **10** A 4; **14** A 5ff
– Besitzbetrug **10** A 18, **16** E 5, A 33
– Bettelbetrug **10** A 30; **12** A 17, 19; **13** A 64
– Beweismittelbetrug **13** A 44ff
– Bilanzierende Gesamtbewertung **10** A 21f s. auch Saldo, Gesamtsaldierung
– Diebstahl, Abgrenzung zum Betrug **3** A 6, **12** A 39ff
– Dirnenlohn **10** A 25
– Dispositionsfreiheit **10** A 7, 27; **13** E 2; **13** A 2, 16
– Doppelschaden **14** A 1ff
– Dreiecksbetrug **11** A 8; **12** A 33, 39ff
– Dreiecksprozeßbetrug **13** A 45
– Drittbereicherung **11** A 7; **14** A 10f
– Drittschädigende Verfügungen **12** A 33ff
– Eingehungsbetrug **10** A 30, 33; **13** A 19; **13** A 27ff; **13** A 38ff, 54; **14** E 4ff; **14** A 1
– Einstellungsbetrug **13** A 53ff
– Entstellung wahrer Tatsachen **11** A 18
– Erfüllungsbetrug **10** A 30, 34; **13** A 19; **13** A 37
– Erpressung, Abgrenzungen von Betrug **11** A 54, **16** A 6f, 28
– Erschleichen von Leistungen **15** A 33
– Erschleichung einer Beamtenstellung **13** A 61f
– Exspektanzen **10** A 12
– Firmenbetrug **14** A 2, 19, 22
– Funktionszusammenhang, s. Kausalzusammenhang
– Gesamtsaldierung **10** A 3, 31; **13** A 3
– Gewahrsamslockerung **12** A 26ff
– Gleichwertigkeit von Leistung und Gegenleistung **13**; **13** A 7ff
– Identität **11** A 4ff: von Geschädigtem und Verfügendem **11** A 6; **12** A 33; von Getäuschtem und Verfügendem **11** A 5; **12** A 33; von Täter und Bereichertem **11** A 7
– Ignorantia facti **11** A 53
– Individueller Schadenseinschlag **10** E 5, A 36ff; **13** E 9f; **13** A 7ff
– Irrtum, allgemein **11**; **11** A 44ff: Aufrechterhaltung eines **11** E 1; **11** A 49, 51; Erregung des **11** E 4; **11** A 49f; reflektierter **11** A 46; unreflektierter **11** A 47
– Kausalzusammenhang **10** A 14; **11** A 4, 53f; **12** A 16ff; **14** A 16ff
– Kompensationsprinzip **13** A 4
– Konkludentes Tun **11** A 21f
– Kreditbetrug **13** A 52; **15** A 31
– Kundenbetrug **14** A 1, 19, 23
– Lastschrift-Einzugsverkehr **12** A 18; **13** A 48; **17** A 41
– Liquiditätsverlust **13** E 12, A 10
– Makeltheorie **13** A 42
– Mehraktige Verfügung **12** A 31
– Minderwert **13** A 43
– Nachträgliche Zahlungsunfähigkeit **11** A 28
– Offenbarungspflicht **11** E 4, A 38ff, 51
– Persönlicher Schadenseinschlag **13** E 6, A 6

- Personale Dispositionsfreiheit 10 A 8
- Provisionsvertreterbetrug 14
- Prozeßbetrug 12 A 34ff; 13 A 45
- Prozeßrisiko 13 A 42
- Rechtsgut beim Betrug 10 A 7
- Rechtswidrigkeit der Vermögensverschiebung 10 A 27, 14 E 5, A 33ff
- Saldo 10 A 3, 31; 13 A 3; 14 A 7
- Schadensausgleich 13; 13 A 18ff: durch Kompensationsbereitschaft 13 A 18ff
- Schadensberechnung 10 A 30ff; 13 A 3ff: objektiver Beurteilungsmaßstab 10 E 4, 6, A 35; 13 A 5
- Schadensbetrachtung, wirtschaftliche 13 A 3
- Schadenskategorien 13 A 2ff
- Scheckkarte 12 A 17; 17 A 36ff
- Selbstschädigung, unbewußte 12 A 19
- Sicherungsbetrug 13 A 52
- Soziale Zweckverfehlung 13 A 63ff; s. auch Bettel- u. Spendenbetrug
- Sparbuch 12 A 17
- Spendenbetrug 10 A 30; 12 A 17, 19ff; 13 A 64; 14 A 15
- Stoffgleichheit 13 A 14; 14 E 6, A 12ff
- Struktur des Tatbestandes 11; 11 A 2ff
- Subventionsbetrug 15 E 3ff, A 5ff
- Täuschung, allgemein 11
- durch bloßes Schweigen 11 E 3, A 29ff, 51
- durch Unterlassen 11 E 4, A 29ff
- durch schlüssiges Verhalten 11 E 4, A 21f
- über innere Tatsachen 11 A 13
- über Tatsachen 11 A 12
- Tatsachen 11 A 13: und Prognosen 11 A 13; und Werturteile 11 A 14
- Treu und Glauben: Offenbarungspflicht aus 11 E 5ff, 9
- Übervorteilungsfälle 11 A 23ff
- Unsittliche Rechtsgeschäfte 12 A 23f
- Unterdrückung wahrer Tatsachen 11 A 17
- Unterlassen: Aufklärungspflicht s. dort; besonderes Vertrauensverhältnis 11 A 37; Täuschung durch 11 E 4, A 29ff
- Verfälschungsfälle 12 A 29ff
- Vermögensbegriff, allgemein 10; 10 E 2ff, A 9ff: individualisierender s. individueller Schadenseinschlag; juristischer 10 A 10ff; juristisch-ökonomische Vermittlungslehren 10 A 23, 27; personaler s. persönlicher Schadenseinschlag; wirtschaftlich-dynamischer 10 A 26; wirtschaftlicher 10 A 14; 13 A 32
- Vermögensgefährdung 13; 3 A 28ff, A 32ff
- Vermögensschaden, allgemein 10 E 3, A 3, 9ff; 11 E 6, A 2, 4; 13; 13 E 1ff, A 2ff; 13 A 32ff; 14 E 4ff, A 5: durch soziale Zweckverfehlung 13 A 63f; 14 A 15; durch wirtschaftlich zweckverfehlende Maßnahme 13 A 16; typische Schadensfälle 13 A 42ff; unmittelbarer 12 A 25ff
- Vermögenstheorie, juristische 10 A 10ff
- Vermögensverfügung, allgemein 11 E 7f; 12; 12 E 6ff, A 2ff, 33ff: bewußte oder unbewußte 12 A 9; drittschädigende 12; 12 A 33ff; durch Dulden 12 A 4; durch Unterlassen 12 A 4, 10; mehraktige 12 A 31ff; Willentlichkeitselement 12 A 13f
- Vermögensverschiebung 10 A 27; 14 E 5, A 28ff: Rechtswidrigkeit der 10 A 27; 14; 14 E 5, A 28ff
- Vermögensvorteil, allgemein 10 A 4; 11 E 6; 14; 14 A 5ff: rechtswidriger 13 A 49; wirtschaftlicher 14 A 6ff
- Verschweigen als Täuschung 11 E 3, A 35ff, 57
- Versicherungsbetrug 15 A 32
- Verwendbarkeit, mangelnde 13 A 8
- Vollendung 13; 13 A 36ff
- Vorsatz 14 A 38
- Vorspiegelung falscher Tatsachen, allgemein 11 E 3, A 16: durch schlüssiges Verhalten 11 E 4, A 21f
- Vorteil s. Vermögensvorteil
- Wirtschaftliche Bewegungsfreiheit 10 A 8, 28; 13 A 12ff, 15: Beeinträchtigung der 13 A 12ff
- Zahlungsunfähigkeit, Täuschung über 11 A 28
- Zechprellerei 10 E 1f, A 61
- Zwang zu vermögensschädigenden Folgemaßnahmen 13 E 11, A 11
- Zweitseitiger 11 A 8

Bewegliche Sache 1 A 35ff, 2 A 3
Bewegungsfreiheit, wirtschaftliche 10 A 7, 28; 13 A 12ff, 15
Beweisanzeichen 6 A 21
Beweiszeichen s. Urkundendelikte
Beweismittelbetrug 13; 13 A 44ff
Biermarkendiebstahl 3 A 16, 23
Blankettfälschung 19 A 43, 20 E 5, A 6
Brandstiftung 1 A 10

Diebstahl 1, 2, 3, 4
- Ablationstheorie 2 A 54, 57
- Absicht rechtswidriger Zueignung, s. Zueignungsabsicht
- Aneignung 3 A 12, 29, 37
- Apprehensionstheorie 2 A 53, 56f, 60
- Bandendiebstahl s. dort
- Behältnis 7 A 27
- Beobachteter Gewahrsamsbruch 2 A 60f
- Bereicherungsabsicht 3 A 20
- besonders schwerer 7; 7 A 11ff
- Betrug, Abgrenzung von 3 A 7, 12 A 39ff
- bewaffneter 7 A 45ff
- Bewegliche Sache 1 A 35ff; 2 A 3
- Drittzueignung 4; 4 A 1ff
- Eigentum, Rechtsgut 1 A 33
- Eigentumsanmaßung 3 A 27; 4 A 9
- Eigentumsdelikt 1 A 4, 8f, 13
- Eigenvorteil 4 A 10
- Einbruchsdiebstahl s. dort
- Einsteigdiebstahl s. dort
- Einwilligung 4 A 32, 36
- Enteignung 3 A 11, 28, 32, 37
- Erlangungswille, antizipierter 2 A 19
- Fremdheit der Sache 1; 1 A 34ff; 2 A 9
- Furtum usus s. Gebrauchsdiebstahl
- Gebrauchsdiebstahl 1 A 23, 30, 38; 3; 3 A 9, 27, 31ff; 6
- Gemeinschädlicher 2 A 7; 7 A 35
- Geringwertigkeitsklausel 7 A 41
- Gewerbsmäßiger 2 A 7; 7 A 33
- Gewahrsam, allgemein 1 A 8; 2; 2 A 11ff: abgestufter 2 A 34, 36f; Alleingewahrsam 2 A 32, 38; fremder 2 A 32ff; genereller Gewahrsamswille 2 A 15; Gewahrsamsbruch 2 A 46ff; in generellem Herrschaftsbereich 2 A 24ff; Mitgewahrsam 2 E 7f, A 35, 38, 43; nachgeordneter Gewahrsam 2 A 36, 38f; untergeordneter Gewahrsam 2 A 30, 39; tatsächliches Herrschaftsverhältnis 2 A 21; verschlossene Behältnisse 2 A 39

- Gewahrsamsbegründung 2 A 2, 6, 11ff, 49ff: bei Dritten 2 A 67
- Gewahrsamsbruch, allgemein 2 A 46ff: beobachteter 2 A 60f
- Gewahrsamslockerung 2 A 23ff
- Gewahrsamswille, genereller s. Herrschaftswille
- Herrschaftsbereich, genereller 2 A 21ff
- Herrschaftswille, allgemein 2 A 12ff: genereller 2 A 15; natürlicher 2 A 13
- Illationstheorie 2 A 55
- Irrtum 3 E 9; 3 A 53; 4; 4 A 43ff
- Kirchendiebstahl s. dort
- Konkurrenzen 7 A 74ff
- Kontrektationstheorie 2 A 52
- Mitgewahrsam 2 E 7f, A 33, 36, 43: gleichrangiger 2 A 36
- Nachschlüsseldiebstahl s. dort
- Neuverkaufswert 3 A 35f
- Notstand 4 A 32, 34
- Notwehr 4 A 31
- Objekt des Diebstahls 1 A 32ff
- Privilegierte Fälle 2 A 4, 8f; 7; 7 A 68ff
- Qualifizierungsstufen 7 A 2ff
- räuberischer s. räuberischer Diebstahl
- Räumlicher Machtbereich 2 A 21ff
- Rechtfertigung 4 A 16ff, 29ff
- Rechtsgut des Diebstahls 1 A 32ff
- Rechtswidrigkeit 4 A 16ff: der Zueignung 3 A 49
- Rechtswidrigkeitslösung 4 A 40
- Reform der Diebstahlsqualifizierungen 7 A 7ff
- Rücktritt 2 A 50
- Rückverkauf 3 A 43
- Sache 1 A 4ff; 2 A 3: Aggregatzustand 1 A 38; bewegliche 1 A 35ff; 2 A 3; fremde 1 A 34ff; 2 A 3; herrenlose 1 A 46; Neuverkaufswert s. dort; Täuschungswert s. dort; Verkaufswert s. dort; verlorene 2 A 27
- Sachwerttheorie 3; 3 E 2, A 14, 18ff, 24f
- Schuldrechtliche Ansprüche s. Selbsthilfe
- Selbsthilfe(irrtum) 4 E 4ff, A 20, 30, 34
- Selbstzueignung 4 A 1ff
- Straferschwerung 2 A 5, 7; 7 A 2ff
- Strafzumessungsregeln 7 A 11
- Subjektive Tatseite 1 A 49
- Substanztheorie 3; 3 E 2, A 14ff
- Täuschungswert 3 A 38ff
- Tatbestandslösung 4 A 37, 44
- Tathandlung 5 A 9ff
- Tatsächliche Herrschaftsmacht 2 A 21ff, 39
- Teilnahme 4 A 11ff, 7 A 42a
- Trickdiebstahl 2 A 48, 12 A 28
- Vereinigungstheorie 3 A 21f
- Verhältnis: zum Betrug 3 A 6, 12 A 39ff; zum Raub 2 E 14; zum räuberischen Diebstahl 2 E 14
- Verkaufswert 3 A 44
- Verlegte Sache 2 A 27
- Verlorene Sache 2 A 27
- Versteckte Sache 2 A 27
- Versuch 2 A 50
- Vollendung 2 A 50; 3 E 11
- Vorsatz 3 A 50; 7 A 42
- Wegnahme 2 A 2, 6f, 31ff; 3 E 11; A 2f; 4 A 35: Begründung neuen Gewahrsams s. Gewahrsamsbegründung; Einwilligung in die 4 A 35; Gewahrsamsbruch s. dort
- Theorien 2 A 51ff s. auch Ablations-, Apprehensions-, Illations-, Kontrektationstheorie
- Wertsummenschuld 1 A 36f, 4 A 26
- Wertentziehungsdelikt 4 A 28
- Zueignung, allgemein 3 E 1ff, A 4ff, 48; 4 E 12ff: Abgrenzung zum Gebrauch 3 A 31ff; Absicht rechtswidriger 2 E 8f, 3 A 3ff, 19, 50ff; 4 E 12ff, A 1; Begriff 3 A 4ff; Einwilligung in die 4 A 36; Objekt 3 A 5, 14ff; ohne Bruch fremden Gewahrsams 5 A 6; Rechtswidrigkeit der 3 A 49; 4; 4 E 2ff, A 16ff, 37ff, 49; Sachwerttheorie s. dort; Substanztheorie s. dort; und Gewahrsamserlangung in einem Akt 5 A 5
- Zueignungsbegriff 3 A 4ff
- Zueignungsobjekt 3 A 5, 14ff
- Zueignungsvorgang 3 A 5, 11f
- Zueignungsziel 3 A 5ff

Diensträume 7 A 19
Dinglicher Herausgabeanspruch 4 A 18
Dirnenlohn 1; 1 A 41ff; 10 A 25
Dispositionsfreiheit 10 A 7, 27; 13 E 21, A 2, 16
Dreiecksbetrug 11 A 8; 13 A 33, 39ff
Dreiecksprozeßbetrug 13 A 46
Drittbereicherung 11 A 7; 14 A 10f
Drittzueignung 4; 4 A 1ff
Drohung 8; 8 A 20ff, 30f; 9 A 17ff; 16 A 10
- gegen Personen 8 A 23ff

Eigentum, Rechtsgut des Diebstahls 1 A 32f
Eigentumsähnliche Herrschaftsmacht 5 A 23
Eigentumsanmaßung 3 A 27; 4 A 9
Eigentumsdelikte 1; 1 A 4ff, 8f, 13
- Rechtsgut 1 A 32f
- Tatobjekt 1 A 32, 34ff
- Überblick 1 A 4ff

Eigenvorteil 4 A 10
Einbrechen 7 A 21
Einbruchsdiebstahl 2 A 7; 7 A 12ff
- Behältnis 7 A 27, Gewahrsam 2 A 39
- Diensträume 7 A 19
- Einbrechen 7 A 21
- Einsteigen 7 A 22
- Erbrechen von Behältnissen 7 A 31f
- falscher Schlüssel 7 A 23
- Gebäude 7 A 17
- Geschäftsräume 7 A 19
- Umschlossener Raum 7 A 12ff, 28
- Verschlußsachendiebstahl 7 A 26ff
- Wohnung 7 A 18

Eingehungsbetrug 10 A 30; 12 A 19; 13 A 27ff, A 9ff; 14 E 4ff; 14 A 1
Einsatzfähigkeit einer Schußwaffe 7 A 47
Einsteigediebstahl 7 A 22
Einstellungsbetrug 13; 13 A 53ff
Einwilligung
- in Zueignung 4 A 36
- mutmaßliche, in Unterschlagung 5 A 28ff

Einwirkung, körperliche 8 A 9ff
Elektrizität 1 A 16, 38
Enteignung 3 A 11, 28, 32, 37; 5 A 9
Entstellung wahrer Tatsachen 11 A 18
Entwenden von Bodenbestandsteilen 1 A 16
Erpressung, allg. 1 A 19; 10 A 2, 5f; 16; 16 E 4ff

- altruistische **16** A 39
- Bereicherungsabsicht **16** A 39, 45
- Drohung **16** A 10
- einfache **16** A 8ff
- Gewalt **16** A 10ff, 15f
- Identität: zwischen Genötigtem und Bedrohtem **16** A 37, zwischen Genötigtem und Verfügendem **16** A 36
- Kausalzusammenhang **16** A 13ff
- räuberische s. räuberische Erpressung
- Rechtswidrigkeit **16** A 41ff: der Nötigung **16** A 42f, der Vermögensverschiebung **16** A 44
- Schutzzweck **16** A 1ff
- Struktur des Tatbestandes **16** A 1ff
- Verhältnis zu Betrug **11** A 54; **16** A 6f, 28; zur Nötigung **16** A 2; zu Raub **16** E 10, A 2, 4f
- Vermögensdelikt i. e. S. **10** A 2
- Vermögensnachteil **16** A 33f
- Vermögensverfügung **16** A 14, 17ff
- Vorsatz **16** A 45

Ersatzhehlerei **18** A 19ff
Erschleichen von Leistungen **15** A 33
Ersparen von Aufwendungen **4** A 5
Exspektanzen **10** A 12

Fahrzeuggebrauch, unbefugter **6,** s. auch Gebrauchsanmaßung
Falschbeurkundung s. Urkundendelikte
Familiendiebstahl **1** A 15; 7 A 68
Finderlohn **3** A 39
Firmenbetrug **14** A 2, 19, 22
Fremdheit der Sache **1; 1** A 34ff, 41ff; 2 A 3
Friedhof 7 A 14
Fürsorgepflicht für Vermögensinteressen **17** A 7, 46ff, 55ff
Fundunterschlagung 5 A 5
Fundwert 3 A 40
Furtum usus 1 A 23, 30, 38; 6 A 2, s. auch Gebrauchsanmaßung

Gattungsschulden
- Diebstahl **4** A 23f, 53, 56

Gebäude 7 A 17
Gebrauchsabsicht, Waffe 7 A 56
Gebrauchsanmaßung **1** A 23, 30, 38; **3; 3** A 10, 27, 31ff; **6**
- Abgrenzung von Sachbeschädigung **6** A 15, 24ff, – Sachentziehung **1** A 30, – Unterschlagung **6** A 23, – Zueignung **6** A 15ff, 23
- Aneignung **6** A 17
- Dauer **6** A 15
- Delikt gegen spezialisierte Vermögenswerte **6** A 3
- Gebrauch **6** A 16
- Gebrauchsberechtigung **6** A 6ff
- gegen den Willen des Berechtigten **6** A 30ff
- Inganghalten **6** E 7ff, A 13, Ingangsetzen **6** E 10, A 12, Ingebrauchnahme **6** E 1ff, A 10ff
- von Kraftfahrzeugen **1** A 23, 30; **6** A 2, 6ff
- von Pfandgegenständen **1** A 23, 30; **6** A 2
- Rückführungswille, allgemein **6** A 19
- Rückführungswille, Beweisanzeichen **6** A 21
- Strafbarkeitsvoraussetzungen **6** A 35ff
- Vorsatz **6** A 34

Gebrauchsrecht **6** A 3f
Gefahr, gemeine 7 A 36
Geld- u. Wertzeichenfälschung **20** A 60ff
- Falschmünzerei **20** A 65
- Inverkehrbringen **20** A 68
- Münzfälschung **20** A 66
- Sichverschaffen **20** A 67
- Tatobjekt **20** A 61
- Wertzeichenfälschung **20** A 70ff

Gemeinschädlicher Diebstahl **2** A 7; 7 A 35
Genußmittel, Entwendung von 7 A 68
Geringwertigkeitsklausel bei Diebstahl 7 A 41
Geschäftsräume 7 A 19
Gewahrsam **1** A 8; **2; 2** A 2, 6, 11ff s. auch Diebstahl, Unterschlagung
Gewahrsamsbegründung **2** A 2, 6, 11, 49ff
Gewahrsamsbruch **2** A 46ff
Gewahrsamslockerung **12** A 26ff
Gewahrsamswille, genereller **2** A 15
Gewalt **8; 8** E 2ff, 6ff; **9** A 17ff; **16** A 10ff, 15f
- gegen Personen **8** A 23ff
- genereller Abwehrwille **8** A 14
- körperliche Einwirkung **8** A 9ff
- körperliche Kraftentfaltung **8** A 7
- vis absoluta **8** A 17; **16** A 12; vis compulsiva **8** A 18ff; **16** A 11
- Widerstand **8** A 12

Gewerbsmäßiger Diebstahl **2** A 7; 7 A 33
Glücksspiel **1** A 20; **10** A 2
Grenzverrückung **19** A 92
Grundstücksverringerung **1** A 16, 40

Hausdiebstahl 1 A 15, 7 A 68
Hehlerei 1 A 21; **10** A 2; **18**
- Abgeleiteter Erwerb **18** A 54
- Absatzhilfe **18; 18** A 57ff
- Absetzen **18** A 42, 58
- als Anschlußdelikt **18** A 2, 81
- Ankauf **18; 18** A 43, 56
- Annehmenmüssen **18** A 74
- Ansichbringen **18** A 47ff
- Aufrechterhaltungstheorie **18** A 7
- Ausbeutungstheorie **18** A 6
- Auswechseln von Geld **18** A 23
- Bereicherungsabsicht **18** A 67ff
- Beuteteilung **18** A 36
- Drittbereicherung **18** A 71
- Ersatzhehlerei **18** A 19ff
- durch Vortat erlangte Sache **18** A 2ff
- Inpfandnahme **18** A 42
- Kollusives Zusammenwirken **18** A 53
- Mitwirkung an Vortat **18; 18** E 2ff, A 34ff
- Nutznießungstheorie **18** A 6, 10
- Perpetuierungstheorie **18** A 6, 9f
- rechtswidrig erlangte Sache **18** A 2
- Rechtswidrigkeit **18** A 11
- Restitutionsvereitelungstheorie **18** A 9f, 22
- Schutzgut **18** A 2ff
- Struktur **18** A 2ff
- Tatobjekt **18** A 2ff– Tatmodalitäten **18** A 42ff
- tatsächliche Verfügungsgewalt **18** A 48
- Teilnahme an Vortat **18** A 38ff
- Unmittelbarkeit der Sacherlangung **18** A 19ff: Identität **18** A 22ff; Verschiebungsvorgang **18** A 20f

- und Akzessorietät **18** A 14f
- Verheimlichen **18** A 42
- Verschaffen **18** A 42ff
- Vortat **18**; **18** E 2ff, A 3ff: Mitwirkung an **18** E 2ff, A 34ff; persönlicher Schuldvorwurf **18** A 17; Verfolgbarkeit **18** A 18; Vermögensbezug **18** A 5; Verwirklichungsgrad **18** A 14ff; Zeitpunkt **18** A 26ff
- Vorsatz **18** A 74ff
- Vorteilsabsicht **18** A 5, 68ff

Herausgabeanspruch, dinglicher **4** A 18
Herrschaftsbereich, genereller **2** A 21ff
Herrschaftsmacht, eigentumsähnliche **5** A 23
Herrschaftsposition, rechtlich formale **1** A 4, 18, 37
Herrschaftswille **2** A 12ff
Hilflosigkeit **7** A 36

Ignorantia facti **11** A 53
Illationstheorie **2** A 55
Ingebrauchnahme **6** E 1ff, A 10ff

Juristische Vermögenstheorie **10** A 10f

Kirchendiebstahl **2** A 11; **7** A 34
Konkursverbrechen **1** A 25
Kontrektationstheorie **2** A 52
Kraftfahrzeuge, Gebrauchsanmaßung **1** A 23, 30; **6** A 2, 6ff
Kreditbetrug **13** A 52; **15** A 31
Kulturdiebstahl **2** A 5
Kundenbetrug **14** A 1, 20, 22

Lagertheorie **12** A 42, **18** A 65
Leichenfledderei **5** A 5

Machtbereich, räumlicher **2** A 21ff
Mahnverfahren, Betrug durch **12** A 34ff
Makeltheorie **13** A 42
Manifestierung des Zueignungswillens **5** A 11f
Minderwert **13** A 43
Mitgewahrsam **2** E 7f, A 33, 36, 43, gleichrangiger **2** A 36, nachgeordneter **2** A 36, 38f
Mißbrauchstatbestand **17**; **17** E 1ff, A 4, 9ff, 16ff, 30
Mundraub **7** A 68

Nachschlüsseldiebstahl **7** A 12ff, 23
Neuverkaufswert **3** A 35f
Notentwendung **1** A 15; **2** A 4, 8; **7** A 68
Nutznießungstheorie **18** A 5, 10
Nutzungsrecht **6** A 3

Objekt der Eigentumsdelikte **1**
Objektive Gefährlichkeit **7** A 52
Offenbarungspflicht **11**; **11** E 4, A 38ff, 51
Organhaftung bei Untreue **17** A 74f

Perpetuierungstheorie **18** A 5, 9f
Personale Dispositionsfreiheit **10** A 7, 27; **13** E 21, A 2, 16
Personenhehlerei s. Hehlerei
Pfandgegenstände, Gebrauchsanmaßung **1** A 23, 30; **6** A 2
Pfandkehr **1** A 25
Provisionsvertreterbetrug **14**
Prozeßbetrug **12** A 34ff; **13** A 45
Prozeßrisiko **13** A 42

Quasi-Eigentümerstellung **3** A 6, 9f

Raub, allgemein **1** E 3f, A 4, 9, 14; **8**
- Abwehrwille, genereller **8** A 14
- Ausnutzung einer Gewaltlage **8** A 38
- Bandenraub **9** A 28
- bewaffneter **9** A 25ff
- besonders schwerer **9** A 37ff
- Drohung s. dort
- Eigentumsdelikt **1** E 3f, A 4, 9, 14
- Gewalt s. dort
- Kausalität **8** A 35ff
- mit Lebensgefahr **9** A 29
- Nötigung **8** A 3, 5ff
- Objekt des Personenangriffs **8** A 23ff
- Privilegierungen **8** A 43
- Qualifizierungen **8** A 43, **9** A 23ff
- Rechtswidrigkeit der Zueignung **4** E 2ff
- schwerer **9** A 24ff
- Selbsthilferecht **4** E 4ff
- mit Todesfolge **9** A 33
- Verhältnis zu anderen Tatbeständen **2** E 14; **16** E 8ff, A 2, 4f
- Wegnahme **8** A 3
- Zweckbeziehung **8** A 3, 32ff
- Zweiaktiges Delikt **1** A 9

Räuberische Erpressung **16**; **16** E 8ff; **16** A 47ff
- Abgrenzung von Raub **16** A 48ff
- Verhältnis zu anderen Tatbeständen **16** A 8ff

Räuberischer Angriff auf Kraftfahrer **9** A 23a, **16** E 15, A 67
Räuberischer Diebstahl **1** A 14; **9**; **9** E 2ff; **9** A 1ff
- Absicht der Beuteerhaltung **9** A 20
- Betreffen auf frischer Tat **9** A 14ff
- Drohung **9** A 17ff
- Gewaltanwendung **9** A 17ff
- Konkurrenz **9** A 36ff
- Mittel **9** A 17ff
- Qualifizierungen **9** A 12
- Sonderdelikt **9** A 1
- Vortat **9** A 2ff, 45f

Raum, umschlossener **7** A 12ff, 28
Restitutionsvereitelungstheorie **18** A 9f

Sachbeschädigung
- Abgrenzung zur Gebrauchsanmaßung **6**; **6** A 15, 24ff
- als Eigentumsdelikt **1**; **1** A 4, 7, 34, 37
- funktionswidriges Hinzufügen von Elementen **6** A 28
- Störung des Funktionszusammenhangs **6** A 27
- Stoffliche Veränderung oder Verformung **6** A 26

Sache s. Diebstahl
Sachentziehung **1** A 30
Sachhehlerei s. Hehlerei
Sachherrschaft **2** E 2
Sachwertbegriff **3** A 25
Sachwerttheorie **3**; **3** E 2, A 14, 18ff, 24f
Saldo **10** A 3, 31; **13** A 3; **15** A 7
Schadensausgleich beim Betrug **13**; **13** A 18ff
Schadensberechnung **10** E 4, 6, A 30ff; **13** A 3ff
Scheckkartenmißbrauch **12** A 18; **17** A 36ff
Schmarotzerdiebstahl **7** A 36
Schuldrechtliche Ansprüche bei Diebstahl **4** A 22ff
Schutzvorrichtung, technische **7** A 29

Schußwaffe 7 A 45
Schußwaffendiebstahl 7 A 45ff
Schwerer Diebstahl 1 A 14; 7; 7 A 11ff
Selbstbedienungsladen 2 A 72
Selbsthilfe 4; 4 E 4ff, A 20, 30, 34
Selbstzueignung 4 A 1ff
Se ut dominum gerere 3 A 6, 11, 27
Sicherungsbetrug 13 A 52
Sicherungseigentum, Veräußerung 5 A 13; 17; 17 A 23, 61
Sicherungsrechte 1 A 25
Soziale Zweckverfehlung 13 A 63f, s. auch Bettel- u. Spendenbetrug
Sparbuchbetrug 12 A 17
Sparbuchdiebstahl 3 A 16, 23
Spendenbetrug 10 A 30; 12 A 17, 19ff; 13 A 64; 14 A 15
Sprengstoffdelikte 1 A 10
Stoffgleichheit
- Betrug 13 A 14; 14 E 6; 14 A 12ff
- Diebstahl 3 A 37
- Erpressung 16 A 40
- Hehlerei 19 A 70
Stromableitung, -abzapfung 1 A 16, 38
Stückschuld bei Diebstahl 4 A 23, 55f
Substanztheorie 3; 3 E 2, 3; A 14ff
Subsumtionsirrtum beim Diebstahl 3; 3 A 53
Subventionsbetrug 15 E 3ff, A 5ff
- Schutzgüter 15 A 4
- Subvention 15 A 7, 9ff
- subventionserhebliche Tatsache 15 E 5, A 9, 16ff
- Subventionsvorteil 15 E 9ff, A 8, 20
- Abgabe unrichtiger oder unvollständiger Erklärungen 15 A 16ff
- Pflichtwidrige Nichtaufklärung 15 A 21ff
- Gebrauchmachen von einer durch unrichtige oder unvollständige Angaben erlangten Bescheinigung 15 A 23
- Verhältnis zum Betrug 15 A 28ff

Täuschung s. Betrug
Täuschungswert 3 A 38ff
Tatsachen 11 A 12
Tatsächliche Herrschaftsmacht 2 A 21ff, 39
Technische Aufzeichnungen, Fälschung 19 A 75ff
Technische Schutzvorrichtungen 7 A 29
Treubruchtatbestand 1 A 19; 17; 17 E 4, A 4, 10ff, 44ff
Treubruchstheorie 17 A 8
Treueverhältnis 17 A 53ff
Trickdiebstahl 2 A 48, 12 A 28

Übereignungsanspruch bei Diebstahl 4 A 22
Umschlossener Raum 7 A 12ff, 28
Unglücksfall 7 A 36
Unrechtsbewußtsein 3 E 10; 4
Unterdrückung wahrer Tatsachen 11 A 17
Untergeordneter Gewahrsam 2 A 28, 37
Unterschlagung 5
- als Amtsdelikt 5 A 38
- Aneignung 5 A 4
- Anvertrauung 5 A 34
- Eigentumsdelikt 1 A 4, 7, 12
- Einwilligung, mutmaßliche 5 A 28ff
- Empfangnahme von Geld 5 A 25
- Enteignung 5 A 9
- Gewahrsam 5 A 2ff
- Herrschaftsmacht, eigentumsähnliche 5 A 23
- Irrtum 5 A 33
- Konkurrenzlösung 5 A 19
- Mittäterschaft 5 A 4
- Qualifizierungen 5 A 34ff
- straflose Nachtat 5; 5 A 19
- Tatbestandslösung 5 A 18, 23
- Tathandlung 5 A 9ff
- Tatobjekt 5 A 1
- Verbrauch 5 A 24
- Veruntreuung 5 A 34ff
- Vorsatz 5 A 32
- vorübergehender Gebrauch 5 A 10
- Zueignung, allgemein 5 A 3, 5: Absicht 5 E 2f; durch Unterlassen 5 A 15; erneute 5; 5 E 5ff; 5 A 17ff; Rechtfertigung 5 A 29ff; Rechtswidrigkeit 5 A 27ff
- Zueignungswillen: Konkretheit 5 A 14; Manifestierung 5 A 11ff; Unbedingtheit 5 A 13

Untreue 1 A 19; 17; 17 E 1ff
- Bereicherungsabsicht 17 A 70
- Betreuungsverhältnis 17 A 7, 36ff
- Fremdheitsbegriff 17 A 25ff
- Fürsorgepflicht 17 A 7, 46ff, 56ff
- Identität der Vermögensinteressen 17 A 66
- Kompensationsprinzip 17 A 67f
- Konkurrenzen 17 A 75ff
- Mißbrauch 17; 17 E 1ff, A 4, 9ff, 16ff, 30, Mißbrauchstheorie 17 A 8
- Nachteil 17 A 2, 64ff
- Organ- und Vertreterhaftung 17 A 74
- Rechtfertigung 17 A 69
- Saldo 10 A 31
- Scheckkartenmißbrauch 17 A 36ff
- Schutzgut 17 A 2ff
- Struktur 17 A 2ff
- Täterschaft 17 A 72f
- Treubruch 17; 17 E 4, A 4, 10ff, 44ff, Treubruchtheorie 17 A 8, Treueverhältnis 17 A 46ff
- Überschreitung der Innenbefugnis 17 A 34f
- Unterlassen 17 A 32
- Veräußerung von Sicherungseigentum 17
- Verfügungsbefugnis 17 A 17ff
- Vermögensdelikt i. e. S. 10 A 2; 17 A 2f
- Vermögensschädigung 17 A 64ff
- Verpflichtungsbefugnis 17 A 17ff
- Vertrauensverhältnis 17 A 4ff
- Vorsatz 17 A 71
- Vorteilsabsicht 17 A 70

Urkundendelikte 19; 20
- Beweiszeichen 19 A 22ff
- Blankettfälschung 19 A 43; 20 E 5, A 6
- Fälschung technischer Aufzeichnungen 19 A 75ff: Tatmodalitäten 19 A 82ff; Technische Aufzeichnung 19 A 77ff
- Falschbeurkundung im Amt 20 A 9, 48ff
- Gesamturkunde 19 A 29; 20 A 3
- Grenzverrückung 19 A 92ff
- Kennzeichen 19 A 24ff
- Mittelbare Falschbeurkundung 20 E 8ff, A 10, 25ff: Beweiskraft 20 A 28ff; Bewirken der Falschbeurkundung 20 A 35ff; Inhaltliche Unwahrheit 20 A 26

- Mißbrauch von Ausweispapieren **20** A 54ff
- Öffentliche Urkunde **19** A 33; **20** A 8ff: Öffentliche Beweiskraft **20** A 18ff; Öffentliche Bücher und Register **20** A 23; Schutzumfang und Begriff **20** A 12ff
- Schutzgut und Struktur der Urkundendelikte **19** A 2ff
- Urkundenfälschung **19** E 1ff, A 34ff; **20** E 1ff, A 2ff: Gebrauchmachen einer unechten oder verfälschten Urkunde **19** A 61ff; Herstellen einer unechten Urkunde **19** A 35ff; Konkurrenz der TB-Alternativen **19** A 72ff; Verfälschen einer echten Urkunde **19** A 45ff; Zur Täuschung im Rechtsverkehr **19** A 67ff
- Urkundenunterdrückung **19** A 91ff
- Urkundsbegriff **19** E 2ff, A 8ff: Beweiselement **19** A 14ff; Garantieelement **19** A 18ff; Perpetuierungselement **19** A 10ff
- Zusammengesetzte Urkunde **19** E 3, A 26ff

Verbrauchsmittelentwendung **1** A 15; **2** A 4; **7** A 68
Verfügungsbefugnis **17** A 17ff
Verfügungsmißbrauch **1** A 19
Verkaufswert **3** A 44
Verlegte Sache **2** A 27
Verlorene Sache **2** A 27
Vermögen s. Betrug
Vermögensdelikte **1**
- generell vermögensbezogene **1** A 3, 17ff, 26
- i. e. S. **1** A 3, 17ff, 26
- Schutzgut **10** A 1ff
- Struktur **10** A 1ff
- sonstige spezialisierte **1** A 3, 22ff
- speziell gegenstandsbezogene **1** A 3ff

Vermögensfürsorgepflicht s. Fürsorgepflicht
Vermögensschaden s. Betrug
Vermögensschutz, System und Struktur **1**
Vermögenstheorie, juristische **10** A 10f, wirtschaftliche **10** A 14; **14** A 2
Vermögensverfügung s. Betrug; Erpressung
Vermögensverschiebung **10** A 27; **14** E 5, A 28ff, Rechtswidrigkeit **10** A 27; **14**; **14** E 5, A 28ff
Vermögensvorteil **10** A 4; **11** E 6; **13** A 50; **14**; **14** A 5ff
Verpflichtungsbefugnis **17** A 17ff
Verschaffen **18** A 43ff
Verschlußsachendiebstahl **2** A 7; **7** A 26ff
Verschweigen als Täuschung **11** E 3; **11** A 29ff, 51
Versicherungsbetrug **15** A 32
Versteckte Sache **2** A 27
Vertrauensverhältnis **17** A 4ff
Vertreterhaftung bei Untreue **17** A 74f
Veruntreuung **5** A 34ff
Vis absoluta **8** A 17; **16** A 12
Vis compulsiva **8** A 18ff; **16** A 11
Vollstreckungsrechte **1** A 25
Vollstreckungsvereitelung **1** A 25
Vorspiegelung falscher Tatsachen **11** E 3, 4; **11** A 16, 21f
Vortat
- bei Hehlerei s. dort
- bei räuberischem Diebstahl **9** A 2ff, 39f

Vorteilsabsicht
- Betrug s. Bereicherungsabsicht
- Hehlerei **18** A 5, 68ff
- Untreue **17** A 70

Vorteilserwartungen **4** A 7
Waffe **7** A 45ff; **9** E 1ff
Waffendiebstahl **1** A 17; **2** A 7; **7**; **7** A 51ff
- Gebrauchsabsicht **7** A 56

Wegnahme **2**; **2** A 2, 6f, 31ff; **3** E 11, A 1f; **4** A 35; **8** A 3
- mehraktiger Prozeß **2** A 69
- Theorien **2** A 51ff

Wertentziehungsdelikt **4** A 28
Wertsumme **1** A 36f; **4** A 26
Wertzeichenfälschung s. Geldfälschung
Widerstand **8** A 12
Wilderei **1** A 24, 26
Wirtschaftliche Bewegungsfreiheit **10** A 8, 28; **13** A 12ff, 15
Wirtschaftliche Vermögenstheorie **10** A 14; **13** A 32
Wirtschaftskriminalität **15** A 1
Wohnung **7** A 18
Wucher **1** A 20; **10** A 2

Zahlungsunfähigkeit **11** A 28
Zechprellerei **10** E 1f, A 61
Zueignung s. Diebstahl; Unterschlagung
Zutrittserschleichung s. Beförderungserschleichung