

Übungsfall: „Wer hat an der Uhr gedreht...?“*

Von Stud. iur. **Oskar Axmann**, Dr. **Marcus Bergmann**, Halle (Saale)**

Sachverhalt

Agathe Auer (A) und Marek Mesmer (M) treffen sich zufällig vor dem Laden der Uhrmacherin Birgit Bijoux (B). Die schon ältere A will eine wertvolle, alte Taschenuhr reparieren lassen, und der junge M will seine Armbanduhr reinigen lassen. Beide warten in einigem Abstand zueinander mit einer Mund-Nasen-Maske vor der Tür des Ladens, die B zu einer Art Schalter mit Tresen umgestaltet hat. Schließlich kommt B endlich aus ihrer Werkstatt. B fragt A nach ihrem Nachnamen, notiert diesen und nennt den Termin, an dem sie die reparierte Uhr abholen kann. Während A einige Schritte entfernt noch dabei ist, sich den Termin umständlich auf einem Blatt Papier zu notieren, hat inzwischen M seine Uhr abgegeben und den Termin, den B ihm zur Abholung genannt hat, rasch in seinem Mobiltelefon gespeichert. Nun fällt A auf, dass auf dem improvisierten Tresen der B eine Uhrenkette zur Ansicht ausliegt. Zutreffend schätzt A den Wert dieser Kette auf etwa 10 €. So eine Kette würde sie gerne für die alte Uhr haben, mag dafür aber kein Geld ausgeben.

Da kommt A eine Idee. Nachdem sie und M sich einige Schritte vom Laden entfernt haben, wendet sie sich an M und bittet ihn unter Hinweis auf ihr Alter, noch einmal zurückzugehen und ihre Uhrenkette zu holen, die sie auf dem Tresen versehentlich liegen gelassen habe. M nickt und spurtet rasch zurück. B ist inzwischen in der Werkstatt verschwunden, wie es A gehofft hatte. M sieht die Kette auf dem Tresen liegen, hält sie für die Kette der A, ergreift sie, eilt damit zur wartenden A und übergibt sie ihr. Dann eilt M davon. Dabei fällt ihm unbemerkt ein Pfandbon des Supermarktes „S“ über 1 € aus der Tasche. Diesen hebt A auf und begibt sich zum Supermarkt, um ihn dort einzulösen. Da nur eine Selbstbedienungskasse frei ist, steckt sie den Bon dort in einen dafür vorgesehenen Schlitz. Außerdem steckt sie ihre EC-Karte in das Lesegerät. Der Automat zieht den Bon ein, scannt dabei dessen Strichcode und überweist 1 € auf das Girokonto der A. Dann entnimmt A ihre EC-Karte und verlässt den Supermarkt.

Ohne dass A es bemerkt hatte, hatte M aber zuvor auch den Termin, den B der A genannt hatte, in seinem Mobiltelefon notiert. Früh am Morgen dieses Tages geht M zum Laden der B. Er geht davon aus, dass sich B, die sich ja nur die Nachnamen notiert hatte, nicht mehr an die ohnehin maskierten Gesichter erinnern können. Deshalb sagt er zu B, als diese endlich aus ihrer Werkstatt auftaucht: „Mein Name ist A, ich möchte eine reparierte Taschenuhr abholen!“ Dabei will M den Preis für die Reparatur bezahlen, aber auf diese

Weise den deutlich höheren Kaufpreis für die Uhr, die er unbedingt haben möchte, einsparen. B aber stutzt und sagt zu M: „Moment mal, Freundchen, A war doch eine ältere Dame, und die hat ihre Uhr gerade eben bereits abgeholt! Verschwinden Sie schleunigst, sonst rufe ich die Polizei!“ Daraufhin läuft M rasch davon.

Aufgabenstellung

Wie haben sich A und M nach dem StGB strafbar gemacht? Eventuell erforderliche Strafanträge sind gestellt.

Lösungsvorschlag:

Tatkomplex 1: Holen der Uhrenkette

Hinweis 1: Die Bildung von Tatkomplexen ist nicht zwingend erforderlich, aber ratsam. Wer keine Tatkomplexe bildet, sollte chronologisch prüfen, um nicht durcheinander zu geraten. In jedem Fall ist die Strafbarkeit des M bzgl. der Uhrenkette vor einer diesbezüglichen Strafbarkeit der A zu prüfen.

A. Strafbarkeit des M

I. § 242 Abs. 1 StGB

Indem M die Uhrenkette ergriff und zu A brachte, könnte M sich wegen Diebstahls nach § 242 Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben.

Hinweis 2: Dies in zwei einzelne Handlungen zu trennen, würde eine natürliche Handlungseinheit auseinanderreißen. Daher ist es sinnvoller, diesen einheitlichen Lebensvorgang als eine Handlung zu bewerten und der Diebstahlsprüfung zugrunde zu legen.

1. Tatbestand

a) Objektiver Tatbestand

Die Uhrenkette, eine bewegliche Sache, stand im Eigentum der B, also im Eigentum eines anderen als M,¹ war also für M fremd.

Hinweis 3: Bzgl. Sache und Beweglichkeit genügt eine Feststellung. Fremdheit sollte aber zumindest im verkürzten Gutachtenstil subsumiert werden. Alternativ kann eine Sache als für den Täter fremd definiert werden, „wenn sie weder in dessen Alleineigentum steht noch herrenlos ist.“²

* Diese Klausur ist mittelschwer. Im Vordergrund stehen Vermögensdelikte sowie Täterschaft und Teilnahme, somit im Kern Stoff des zweiten Semesters. Gleichwohl verlangt die Klausur sorgfältiges Arbeiten.

** Der Autor *Axmann* ist Stud. Hilfskraft am Lehrstuhl von Prof. Dr. *Christian Schröder*, Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg. Der Autor *Dr. Bergmann* ist Habilitand an diesem Lehrstuhl und Lehrkraft für besondere Aufgaben an der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg.

¹ *Eser/Bosch*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 242 Rn. 12; *Wittig*, in: v. Heintschel-Heinegg (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar StGB, Stand: 1.2.2022, § 242 Rn. 6; *Schmidt*, in: Matt/Renzikowski (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl. 2020, § 242 Rn. 7; *Joecks/Jäger*, Strafgesetzbuch, Studienkommentar, 13. Aufl. 2021, § 242 Rn. 9.

² *Hohmann*, in: Erb/Schäfer (Hrsg.), Münchener Kommentar zum StGB, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 246 Rn. 12; *Kindhäuser*, in:

Diese müsste M weggenommen haben. Eine Wegnahme ist der Bruch fremden und die Begründung neuen, nicht notwendigerweise tätereigenen Gewahrsams.³

Zunächst müsste jemand anderes als M hinsichtlich der Uhrenkette Gewahrsamsinhaber gewesen sein.⁴ Gewahrsam ist die tatsächliche Sachherrschaft über eine Sache, die von einem natürlichen Herrschaftswillen getragen wird und deren Reichweite sich nach der Verkehrsanschauung bemisst.⁵ Jedenfalls bis zum Ablegen der Uhrenkette auf dem Tresen übte B die Herrschaft darüber aus, auch danach hatte B noch die Möglichkeit, jederzeit auf die Kette zuzugreifen. Somit hatte sie die tatsächliche Sachherrschaft. Sie hatte zumindest den generellen Willen, über alle Gegenstände im Laden inklusive des Tresens an der Ladentür zu herrschen, also war dieses Sachherrschaft auch von einem natürlichen Herrschaftswillen getragen. Deshalb rechnet auch die Verkehrsanschauung der B den Gewahrsam (als sog. „gelockerter Gewahrsam“⁶ zu).⁷ Also war zunächst ein anderer als M Gewahrsamsinhaber der Kette.

M müsste neuen Gewahrsam an der Kette begründet haben.⁸

Hinweis 4: Hier kann man auch zuerst den Bruch und dann die Neubegründung prüfen, das ist natürlich gut vertretbar.⁹ Wenn man dem hier verfolgten Ansatz folgt, muss man die Neubegründung als solche nicht zwingend neu (als Erlangung der tatsächlichen Herrschaft über die Sache, sodass jene ohne Behinderung durch den bisherigen Gewahrsamsinhaber ausgeübt werden und dieser seinerseits nicht mehr über die Sache verfügen kann, ohne die Verfügungsmacht des Täters zu beseitigen)¹⁰ definieren, sondern kann einfach nochmals unter die Gewahrsamsdefinition subsumieren, nun allerdings nach Durchführung der im einleitenden Obersatz zugrunde gelegten Tathandlung (hier also das Ergreifen).

Durch das Ergreifen der Kette umschloss M diese zumindest teilweise mit der Hand, übte deshalb nun allein die tatsächliche Sachherrschaft über die Kette aus. Diese war auch von

einem natürlichen Willen des M getragen, die Uhrenkette zu beherrschen. Die Verkehrsanschauung rechnet bei kleinen, handlichen Gegenständen demjenigen, der sie ergreift, eine eigene, mit den Händen gebildete Herrschaftssphäre selbst innerhalb einer fremden Herrschaftssphäre zu.¹¹ Dies gilt erst recht auf der Straße vor einem Ladenlokal, sodass M auch nach der Verkehrsanschauung Gewahrsam an der Kette durch das Ergreifen begründet hat.

Hinweis 5: Eine echte Herrschaftssphäre, in der M eine Enklave hätte bilden müssen, bestand hier nicht. M hielt sich ja nicht im Laden der B auf, sondern auf der Straße davor. Daher hat er schon mit dem Ergreifen neuen Gewahrsam begründet. Dies gilt selbst dann, wenn man der heute ganz herrschenden Apprehensionstheorie oder der veralteten und nicht mehr vertretenen Kontrektationstheorie (Berühren des Diebesgutes) nicht folgt und stattdessen auf die Ablationstheorie (Fortbringen des Diebesgutes) oder die noch engere Illationstheorie (In-Sicherheit-Bringen des Diebesguts, etwa in ein Versteck) abstellt.¹²

Dieser Gewahrsamswechsel vollzog sich zumindest ohne Willen der B,¹³ somit im Wege eines Gewahrsamsbruches.

Somit hat M die Uhrenkette weggenommen.

b) Subjektiver Tatbestand

Dies müsste vorsätzlich erfolgt sein. Dazu müsste M mit dem Wissen um die objektiven Tatbestandsmerkmale und dem Willen gehandelt haben, die Tathandlung vorzunehmen.¹⁴

M wusste, dass die Kette eine bewegliche Sache ist. Er dachte, dass diese im Eigentum der A stehe, also im Eigentum zumindest eines anderen. Also wusste er, dass die Uhrenkette eine für ihn fremde Sache war. Dass er die Identität des Eigentümers falsch einschätzte, ist insoweit unbeachtlich (vergleichbar einem error in persona vel obiecto)¹⁵.

Er dachte, dass A die Kette liegen gelassen hätte. Also ging er von einem gelockerten Gewahrsam¹⁶ der A aus. Also wusste er, dass daran fremder Gewahrsam bestand. Dass er

Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 3, 5. Aufl. 2017, § 242 Rn. 15.

³ Eser/Bosch (Fn. 1), § 242 Rn. 22; Schmitz, in: Erb/Schäfer (Fn. 2), § 242 Rn. 49; Kindhäuser (Fn. 2), § 242 Rn. 27.

⁴ Vgl. auch Eser/Bosch (Fn. 1), § 242 Rn. 32.

⁵ Eser/Bosch (Fn. 1), § 242 Rn. 23; Weber/Werner, in: Weber (Hrsg.), Creifelds Rechtswörterbuch, 26. Ed., 2021, Stichwort: Gewahrsam; Schmitz (Fn. 3), § 242 Rn. 55.

⁶ Vgl. dazu BGH NStZ 2020, 483 (Rn. 4 ff.); Rengier, Strafrecht, Besonderer Teil I, 24. Aufl. 2022, § 2 Rn. 60 ff.

⁷ Schmidt (Fn. 1), § 242 Rn. 14; Ruß, in: Cirener u.a. (Hrsg.), Leipziger Kommentar, Bd. 13, 13. Aufl. 2021, § 242 Rn. 20; Kindhäuser/Böse, Strafrecht, Besonderer Teil II, 11. Aufl. 2021, § 2 Rn. 36.

⁸ Für diese Prüfungsreihenfolge Rengier (Fn. 6), § 2 Rn. 22 und 44.

⁹ So etwa Eser/Bosch (Fn. 1), § 242 Rn. 35 und 37.

¹⁰ Rengier (Fn. 6), § 2 Rn. 22 und 44.

¹¹ Kühl, in: Lackner/Kühl, 29. Aufl. 2019, § 242 Rn. 16; Wittig (Fn. 1), § 242 Rn. 26.1; Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, 69. Aufl. 2022, § 242 Rn. 18; Schmidt (Fn. 1), § 242 Rn. 21.

¹² Zum Ganzen ausführlicher bei Eser/Bosch (Fn. 1), § 242 Rn. 37; Fischer (Fn. 11), § 242 Rn. 17; Rengier (Fn. 6), § 2 Rn. 60.

¹³ Zur Definition Rengier (Fn. 6), § 2 Rn. 64; Eser/Bosch (Fn. 1), § 242 Rn. 35; Schmitz (Fn. 3), § 242 Rn. 86.

¹⁴ Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 51. Aufl. 2021, Rn. 203; Sternberg-Lieben/Schuster, in: Schönke/Schröder (Fn. 1), § 15 Rn. 9; Joecks/Jäger (Fn. 1), § 15 Rn. 7.

¹⁵ Dazu ausführlich Wessels/Beulke/Satzger (Fn. 14), Rn. 247 ff.; Rengier (Fn. 6), § 2 Rn. 84.

¹⁶ Zu gelockertem Gewahrsam bei vergessenen (aber nicht verlorenen) Sachen Eser/Bosch (Fn. 1), § 242 Rn. 28; Rengier (Fn. 6), § 2 Rn. 39; Wessels/Hillenkamp/Schuh, Strafrecht, Besonderer Teil 2, 44. Aufl. 2021, Rn. 110.

die Identität des Gewahrsamsinhabers falsch einschätzte, ist abermals unbeachtlich. Er wusste, dass er durch sein Ergreifen neuen Gewahrsam begründen würde, dies wollte er auch. Allerdings dachte er, A sei als Gewahrsamsinhaberin mit dem Gewahrsamswechsel einverstanden. Also dachte er nicht, dass er zumindest ohne den Willen des bisherigen Gewahrsamsinhabers handeln würde, hatte daher nicht den Vorsatz, den Gewahrsamswechsel im Wege eines Bruches herbeizuführen. Also hatte er keinen Vorsatz, die Kette jemandem wegzunehmen. Der subjektive Tatbestand ist folglich nicht erfüllt.

Hinweis 6: Wer dies nicht bemerkt, muss das Delikt trotzdem im subjektiven Tatbestand scheitern lassen. Es fehlt hier bereits am Vorsatz dauerhafter Enteignung im Rahmen der Absicht rechtswidriger Zueignung,¹⁷ da M die Kette ja gerade der vermeintlichen Eigentümerin bringen will. Wer den subjektiven Tatbestand erst in diesem Punkt ablehnt, hat leider gleichwohl nicht genau genug geprüft, dies ist ein Fehler. Ein Bejahen des subjektiven Tatbestands ist demgegenüber ein grober Fehler!

2. Ergebnis

M hat sich nicht wegen Diebstahls nach § 242 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

II. § 246 Abs. 1 StGB

Durch dieselbe Handlung könnte sich M wegen Unterschlagung nach § 246 Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben.

1. Tatbestand

Die Uhrenkette war eine für M fremde, bewegliche Sache. Diese müsste M sich oder einem anderen zugeeignet haben. Zueignung ist die zweifelsfreie Manifestation des Zueignungswillens.¹⁸

Hinweis 7: Dieser Ansatz der h.M., der das eigentlich objektive Merkmal der Zueignung vom subjektiven Zueignungswillen abhängig macht, führt hier zu einem etwas veränderten Prüfungsaufbau, der die strikte Trennung zwischen objektivem und subjektivem Tatbestand aufgibt.¹⁹ Allerdings ist es ebenso vertretbar, an dieser Trennung festzuhalten und den Zueignungswillen erst im subjektiven Tatbestand zu prüfen.²⁰ Ein solcher Aufbau liegt jedenfalls dann näher, wenn man einer der ebenfalls vertretenen objektiven Zueignungstheorien folgt, auf die die Bearbeiter an dieser Stelle aber nicht eingehen müssen.²¹

¹⁷ Vgl. zu den Komponenten der Zueignungsabsicht Rengier (Fn. 6), § 2 Rn. 89; Wessels/Hillenkamp/Schuhr (Fn. 16), Rn. 150 ff.

¹⁸ Ganz h.M., auf die sich die Prüfung beschränken kann, vgl. Rengier (Fn. 6), § 5 Rn. 23 f.; Joecks/Jäger (Fn. 1), § 246 Rn. 17.

¹⁹ Ebenso Rengier (Fn. 6), § 5 Rn. 5 ff.

²⁰ Aufbauhinweise hierzu finden sich bei Rengier (Fn. 6), § 5 Rn. 7 f., mit weiteren Hinweisen und Quellen.

²¹ Vgl. dazu den knappen Überblick bei Rengier (Fn. 6), § 5

Wer allerdings den Streit²² zwischen der engen Manifestationstheorie (die den objektiv eindeutigen Rückschluss auf den Zueignungswillen aus dem Verhalten fordert) und der weiten Manifestationstheorie (die den Schluss auf den Zueignungswillen bei dessen Kenntnis ausreichen lässt) anspricht, zeigt überdurchschnittliche Kenntnisse des Unterschlagungstatbestandes.

Zunächst müsste M mit Zueignungswillen gehandelt haben. Dies ist der Vorsatz dauerhafter Enteignung und der Vorsatz zumindest zeitweiliger Aneignung.²³ M wollte die Uhrenkette A als der vermeintlichen Eigentümerin zurückbringen. Er hatte somit gerade nicht den Vorsatz, A dauerhaft aus ihrer Position zu verdrängen. Somit hatte er nicht den Vorsatz dauerhafter Enteignung. Folglich handelte er nicht mit Zueignungswillen, somit hat er sich oder einem Dritten die Kette nicht zugeeignet. Also ist der Tatbestand nicht erfüllt.

2. Ergebnis

M hat sich nicht wegen Unterschlagung nach § 246 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

III. Ergebnis

M hat sich nicht strafbar gemacht.

B. Strafbarkeit der A

I. § 263 Abs. 1 StGB gegenüber M und zu Lasten B

Hinweis 8: Es ist nicht zwingend, mit dem Betrug zu beginnen. Das Problem des Dreiecksbetrugs kann auch im Rahmen der Prüfung eines Diebstahls in mittelbarer Täterschaft angesprochen werden, dann im Merkmal des Gewahrsamsbruches (vgl. Hinweis 14).²⁴

Indem A den M bat, ihr die Uhrenkette zu holen, könnte sie sich des Betruges gem. § 263 Abs. 1 StGB gegenüber M und zu Lasten B strafbar gemacht haben.

1. Tatbestand

a) Objektiver Tatbestand

Zunächst müsste A den M getäuscht haben. Dazu müsste sie auf das Vorstellungsbild des M in Bezug auf Tatsachen²⁵ bewusst irreführend eingewirkt haben.²⁶ Indem sie ihn bat,

Rn. 20 ff.

²² Zum Ganzen ausführlich bei Kindhäuser (Fn. 2), § 246 Rn. 11 und 12; Wittig (Fn. 1), § 246 Rn. 4 f.; Schmidt (Fn. 1), § 246 Rn. 5; Fischer (Fn. 11), § 246 Rn. 6 ff.

²³ Rengier (Fn. 6), § 5 Rn. 16 ff.; Joecks/Jäger (Fn. 1), § 246 Rn. 27.

²⁴ Ebenso Rengier (Fn. 6), § 2 Rn. 64, der allerdings ebenfalls vorzieht, mit der Betrugsprüfung zu beginnen.

²⁵ Zum Tatsachenbezug des Betruges Rengier (Fn. 6), § 13 Rn. 4 ff.; Wessels/Hillenkamp/Schuhr (Fn. 16), Rn. 485 ff.

²⁶ Perron, in: Schönke/Schröder (Fn. 1), § 263 Rn. 11; Rengier (Fn. 6), § 13 Rn. 9 ff.; Wessels/Hillenkamp/Schuhr (Fn. 16),

ihre Uhrenkette zu holen, den sie auf dem Tresen liegen gelassen habe, behauptete sie implizit, die Uhrenkette stehe in ihrem Eigentum. Tatsächlich stand er aber im Eigentum der B. Also wirkte sie auf das Vorstellungsbild des M bewusst irreführend ein und täuschte ihn somit.

Dies glaubte M, hatte demzufolge eine Fehlvorstellung (im Vergleich zur Wirklichkeit) über Tatsachen und irrte sich demzufolge entsprechend.²⁷

Infolgedessen müsste er über Vermögen verfügt haben.²⁸ Er nahm die Kette vom Tresen und brachte und übergab sie A. Insoweit verfügte er über Vermögen, allerdings nicht über sein Vermögen, sondern über Vermögen von B. Unter welchen Voraussetzungen dieses Verhalten der B wie eine eigene Vermögensverfügung zuzurechnen²⁹ ist, ist indessen umstritten.

Die Befugnistheorie (auch Ermächtigungstheorie) nimmt eine solche Zurechnung nur vor, wenn der Verfügende zivilrechtlich zur Verfügung befugt ist.³⁰ Daran fehlte es hier, sodass nach dieser Ansicht das Verhalten des M nicht der B als Vermögensverfügung zuzurechnen ist. Dabei hilft auch die subjektive Befugnistheorie mangels Verfügungsbefugnis nicht weiter.³¹

Nach der Lagertheorie reicht es aus, wenn der Handelnde auf der Seite („im Lager“) des Vermögensinhabers steht (und nicht auf der Seite des Täters).³² M ist aber für B ein ebenso fremder Dritter wie A. Mangels irgendwelcher rechtlicher oder faktischen Nähebeziehungen steht M daher nicht im Lager der B, sondern in dem Geschehen um die Uhrenkette auf Seite der A. Somit ist auch nach dieser Ansicht das Verhalten des M nicht der B als Vermögensverfügung zuzurechnen.

Die ähnliche Theorie der faktischen Nähe lässt es für eine Zurechnung ausreichen, dass der Handelnde in einer (im Verhältnis zum Täter) Nähebeziehung zum Vermögensgegenstand stand, indem er auf diesen bereits vor der Tat eine bessere Einwirkungsmöglichkeit hatte als der Täter und zudem eine gewisse Nähebeziehung zum Vermögensinhaber aufweist.³³ Mangels Nähbeziehung zu B und zur Kette steht M der Kette jedoch nicht „näher“ als A. Dass M als jüngerer Mensch agiler als A ist, spielt für die „Nähe“ zur Kette keine Rolle. Somit hatte M insbesondere keine qualitativ bessere Möglichkeit als A, auf die Kette einzuwirken, als A ihn darum bat, die

Kette zu holen. Somit ist auch nach dieser Ansicht das Verhalten des M nicht der B als Vermögensverfügung zuzurechnen.

Alle Meinungen kommen zum gleichen Ergebnis, sodass der Streit nicht entschieden werden muss.

Das Verhalten ist dem Vermögensinhaber nicht zuzurechnen, insoweit liegt keine betrugsrelevante Vermögensverfügung vor.

Somit ist der objektive Tatbestand nicht erfüllt.

b) Zwischenergebnis

Der Tatbestand ist somit nicht erfüllt.

2. Ergebnis

A hat sich nicht wegen Betrugs gem. § 263 Abs. 1 StGB gegenüber M und zu Lasten B strafbar gemacht.

II. §§ 242 Abs. 1, 25 Abs. 1 Var. 2 StGB

Durch dieselbe Handlung könnte sich A aber wegen Diebstahls in mittelbarer Täterschaft nach §§ 242 Abs. 1, 25 Abs. 1 Var. 2 StGB strafbar gemacht haben.

1. Tatbestand

a) Objektiver Tatbestand

Die Uhrenkette, eine bewegliche Sache, stand im Eigentum allein der B, also im Eigentum eines anderen als A, war also für A fremd.

Diese müsste A weggenommen haben. Vor der Handlung der A hatte B (gelockerten) Gewahrsam an der Kette und danach M (vgl. *Hinweis 4* und *Hinweis 5*), sodass ein für A fremder Gewahrsam zu dieser Zeit bestand. Als A die Kette von M entgegennahm, begründete sie die eigene tatsächliche Sachherrschaft, die von einem natürlichen Herrschaftswillen getragen war, sodass auch die Verkehrsanschauung ihr den Gewahrsam zusprach. A begründete folglich neuen Gewahrsam. Dieser Gewahrsamswechsel vollzog sich jedoch mit Einverständnis des vorherigen Gewahrsamsinhabers M, also nicht ohne den Willen des vorherigen Gewahrsamsinhabers, also nicht im Wege eines Bruches.

Allerdings könnte bereits die Gewahrsamsneubegründung durch M der A wie eine eigene Gewahrsamsneubegründung über § 25 Abs. 1 Var. 2 StGB zuzurechnen sein.³⁴

Hinweis 9: Eine Prüfung der Voraussetzung der mittelbaren Täterschaft sollte an der konkreten Tathandlung ansetzen, die der Täter selbst nicht verwirklicht, sodass über eine Handlungszurechnung eines anderen (des potenziellen Tatmittlers) nachgedacht wird.

M hat eine zurechenbare Gewahrsamsneubegründung als Gewahrsamswechsel von B zu M vorgenommen (siehe oben). Dabei handelte M aber subjektiv ohne den für die Diebstahlsstrafbarkeit nötigen Vorsatz des Bruches fremden Gewahr-

³⁴ Zur Funktion des § 25 StGB, fremdes Verhalten wie eigenes zuzurechnen, *Heine/Weißer*, in: Schönke/Schröder (Fn. 1), § 25 Rn. 8.

Rn. 485 ff.

²⁷ Vgl. zur Definition *Rengier* (Fn. 6), § 13 Rn. 40.

²⁸ *Rengier* (Fn. 6), § 13 Rn. 61.

²⁹ Auf die Fragestellung nach einem Zurechnungszusammenhang verweist auch *Rengier* (Fn. 6), § 13 Rn. 94.

³⁰ *Roxin/Schünemann*, JuS 1969, 374; *Hefendehl*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum StGB, Bd. 5, 3. Aufl. 2019, § 263 Rn. 358 ff.

³¹ *Hefendehl* (Fn. 30), § 263 Rn. 361; *Kindhäuser* (Fn. 2), § 263 Rn. 217.

³² *Rengier* (Fn. 6), § 13 Rn. 103; *Wessels/Hillenkamp/Schuhr* (Fn. 16), Rn. 645, *Saliger*, in: Matt/Renzikowski (Fn. 1), § 263 Rn. 134.

³³ Vgl. RGSt 25, 244 (247); BGHSt 18, 221 (221); *Joecks/Jäger* (Fn. 1), § 263 Rn. 91.

sams. Folglich bestand bei M ein Strafbarkeitsdefizit, also ein „Defekt“.³⁵ Dieser beruhte auf einem Irrtum, den A durch ihre Täuschung hervorrief.

Hinweis 10: Hier kann man auf die Ergebnisse der Betrugsprüfung verweisen.

Fraglich ist, ob dies ein täterschaftliches Ausnutzen des Defektes ist oder eine bloße Teilnahme an der Handlung des M, sodass eine Abgrenzung zwischen Täterschaft und Teilnahme erforderlich ist.³⁶

Hinweis 11: Die Abgrenzung wird bisweilen pauschal zu Beginn des Tatbestands vorgenommen. Das ist zumindest ungenau, die Abgrenzung ist besser in Bezug auf die konkrete Tathandlung vorzunehmen. Es war nicht notwendig, auf die Abgrenzung detailliert einzugehen. Zumindest eine schlüssige Feststellung, dass A täterschaftlich durch M handelte und nicht lediglich an der Tat des M teilnahm, sollte aber erfolgen.

Die Abgrenzung zwischen Täterschaft und Teilnahme ist indes zwischen Literatur und Rechtsprechung umstritten.

Nach der in der Literatur vorherrschenden Tatherrschaftslehre ist Täter, wer das Geschehen herrschend in Händen hält, es nach seinem Willen hemmen oder ablaufen lassen kann.³⁷ Allein A überblickte den Sachverhalt und wusste um die tatsächlichen Verhältnisse, also hielt A mittels überlegenen Wissens das Geschehen lenkend in den Händen und konnte durch das Gespräch mit M das Geschehen hemmen oder – wie in diesem Fall – ablaufen lassen. Somit hatte A Tatherrschaft kraft überlegenen Wissens, nach dieser Meinung war A also Täterin.

Hinweis 12: Ein anderes Ergebnis ist hier nicht vertretbar.

Die Rechtsprechung grenzt die Täterschaft von der Teilnahme zwar auf Grundlage einer modifizierten subjektiven Theorie voneinander ab, stellt aber für die Abgrenzung zwischen mittelbarer Täterschaft und Teilnahme heute ganz maßgeblich auf die Tatherrschaft ab, ohne noch wesentlich auf eine subjektive Einkleidung abzustellen,³⁸ sodass sich aus Sicht der

³⁵ Zu dieser Voraussetzung mittelbarer Täterschaft *Heine/Weißer* (Fn. 34), § 25 Rn. 6, die allerdings auch für Fälle des vollverantwortlich handelnden Vordermanns eine mittelbare Täterschaft diskutieren („Täter hinter dem Täter“); *Kudlich*, in: v. Heintschel-Heinegg (Fn. 1), § 25 Rn. 20.

³⁶ Zur Eingliederung des Streits an dieser Stelle im Aufbau *Wessels/Beulke/Satzger* (Fn. 14), Rn. 518a.

³⁷ *Wessels/Beulke/Satzger* (Fn. 14), Rn. 512, 518; *Murmann*, Grundkurs Strafrecht, 6. Aufl. 2021, § 27 Rn. 8 f.

³⁸ BGHSt 35, 347 (351); ähnlich auch *Fischer* (Fn. 11), § 25 Rn. 4; vgl. die Analyse von *Joecks/Scheinfeld*, in: Erb/Schäfer (Hrsg.), Münchener Kommentar zum StGB, Bd. 1, 4. Aufl. 2020, § 25 Rn. 23; *Schünemann*, in: Laufhütte/Rissing-van-Saan/Tiedemann (Hrsg.), Leipziger Kommentar, Bd. 1, 12. Aufl. 2007, § 25 Rn. 27.

Rechtsprechung nichts anderes ergibt, A also Täterin war.

Hinweis 13: Da die Rechtsprechung hier keinen wesentlich anderen Ansatz verfolgt, genügt eine solche kurze Darstellung ein anderes Ergebnis ist hier nicht vertretbar.

Der Streit wirkte sich hier also nicht aus. A hat folglich den Defekt täterschaftlich ausgenutzt. Somit wird ihr die Gewahrsamsneubegründung durch M wie eine eigene Handlung zugerechnet.

Dies geschah ohne Willen der vorherigen Gewahrsamsinhaberin B, also im Wege eines Bruches.

Hinweis 14: Dieses Merkmal wird an dieser Stelle wie ein Umstand geprüft. Es wird hier daher nicht der Bruch durch M der A zugerechnet, sondern geprüft, ob aus Sicht der A der Wechsel ein Bruch war. Wer demgegenüber den Bruch des M zurechnet, prüft auch noch vertretbar. Wer mit der Prüfung des Diebstahls in mittelbarer Täterschaft begonnen hat, muss an dieser Stelle die Abgrenzung zum Dreiecksbetrug eingehen und die Frage aufwerfen, ob sich B nicht das Verhalten des M als eigenes tatbestandsausschließendes Einverständnis zurechnen lassen muss, wobei dabei dann auf die unterschiedlichen Meinungen einzugehen ist, vgl. dazu auch *Hinweis 8*.

Folglich hat A die Kette (zurechenbar) weggenommen. Der objektive Tatbestand ist folglich erfüllt.

b) Subjektiver Tatbestand

A müsste zunächst mit Vorsatz gehandelt haben. A wusste, dass der Kette eine für sie fremde, bewegliche Sache war. Sie wusste, dass sie diese zurechenbar durch M wegnehmen würde. Das wollte sie auch. Somit handelte sie mit Vorsatz.

Zudem müsste A in der Absicht rechtswidriger Zueignung gehandelt haben.

Hinweis 15: Dieses Merkmal sollte – wie schon oben die Gewahrsamsfragen, vgl. *Hinweise 4 und 5* – durch saubere Subsumtion der Teilmerkmale geprüft werden. Eine pauschale Feststellung ist zumindest bei der ersten Prüfung der Absicht rechtswidriger Zueignung in der Klausur keine überzeugende Leistung.

Dies setzt zunächst die Absicht zumindest zeitweiliger Aneignung voraus.³⁹ Dazu müsste es das Ziel des Handelns der A (dolus directus 1. Grades) gewesen sein, mit der Uhrenkette wie ein Eigentümer zu verfahren.⁴⁰ A strebte an, die Kette später mit ihrer Uhr zu verbinden, zu behalten und in diesem Sinne zu nutzen, also wie ein Eigentümer damit zu verfahren. Also hatte sie die Absicht zeitweiliger Aneignung.

Zudem müsste sie mit dem Vorsatz dauerhafter Enteignung

³⁹ *Rengier* (Fn. 6), § 2 Rn. 89 und 91; *Wessels/Hillenkamp/Schuhr* (Fn. 16), Rn. 151.

⁴⁰ Vgl. *Eser/Bosch* (Fn. 1), § 242 Rn. 47: Anmaßung einer eigentümerähnlichen Herrschaftsmacht; *Wessels/Hillenkamp/Schuhr* (Fn. 16), Rn. 150.

gehandelt haben.⁴¹ Sie hatte nicht den Willen, die Kette zurückzugeben oder an B zurückgelangen zu lassen. Deshalb nahm sie zumindest billigend in Kauf, dass B diese Uhrenkette niemals zurückerhalten könnte. Also handelte sie mit dem Vorsatz bezüglich einer dauerhaften Enteignung der B.

Für diese erstrebte Zueignung stand A kein fälliger und einredefreier Anspruch zur Seite, sodass diese rechtswidrig war.⁴² Dies war A auch bewusst, somit hatte sie zudem den entsprechenden Vorsatz.⁴³

Mithin handelte A in der Absicht rechtswidriger Zueignung.

2. Rechtswidrigkeit und Schuld

A handelte rechtswidrig und schuldhaft.

3. Strafantragserfordernis

Gem. § 248a StGB ist beim Diebstahl geringwertiger Sachen für die Verfolgbarkeit grundsätzlich ein Strafantrag erforderlich. Die Uhrenkette ist etwa 10 € wert, also bereits nach der engsten Ansicht, die die Wertgrenze bei 25 € zieht,⁴⁴ und somit auch nach allen anderen Ansichten⁴⁵ geringwertig. Der somit erforderliche Strafantrag wurde gestellt.

Hinweis 16: Die Geringwertigkeit nur festzustellen, ohne auf irgendeine Wertgrenze einzugehen, ist zu knapp, um zu überzeugen.

4. Ergebnis

A hat sich somit wegen Diebstahls in mittelbarer Täterschaft nach §§ 242 Abs. 1, 25 Abs. 1 Var. 2 StGB strafbar gemacht.

III. §§ 246 Abs. 1, 25 Abs. 1 Var. 2 StGB

Indem A die Kette der B durch M (zurechenbar im Wege der mittelbaren Täterschaft) in der Absicht rechtswidriger Zueignung weggenommen hat (vgl. unter B. II. 1.), hat sie zugleich eine Unterschlagung in mittelbarer Täterschaft nach §§ 246 Abs. 1, 25 Abs. 1 Var. 2 StGB begangen.

Hinweis 17: Hier reicht eine Feststellung, da jeder Diebstahl in mittelbarer Täterschaft auch eine Unterschlagung in mittelbarer Täterschaft enthält. Diese kann auch im Rahmen des Ergebnisses dieses Tatkomplexes bzw. im Rahmen der Überlegung zu den Konkurrenzen erfolgen.

⁴¹ Rengier (Fn. 6), § 2 Rn. 89; zum Erfordernis von bloßem Eventualvorsatz Eser/Bosch (Fn. 1), § 242 Rn. 64.

⁴² Zur Definition Rengier (Fn. 6), § 2 Rn. 187; Eser/Bosch (Fn. 1), § 242 Rn. 59.

⁴³ Zum Vorsatzerfordernis Eser/Bosch (Fn. 1), § 242 Rn. 65; Wessels/Hillenkamp/Schuh (Fn. 16), Rn. 203.

⁴⁴ BGH, Beschl. v. 9.7.2014 – 2 StR 176/04 = BeckRS 2004, 07428.

⁴⁵ Etwa Rengier (Fn. 6), § 3 Rn. 40; Hoyer, in: Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 6, 9. Aufl. 2017, § 248a Rn. 9, für 50 €. Demgegenüber für 30 € OLG Oldenburg NStZ-RR 2005, 111.

IV. § 246 Abs. 1 StGB

Durch das spätere Entgegennehmen der Kette könnte sich A wegen Unterschlagung nach § 246 Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben, allerdings ist diese (gemessen an der oben unter III. vorausgesetzten Zueignung in mittelbarer Täterschaft) nochmalige Zueignung nach zutreffender Ansicht schon tatbestandlich ausgeschlossen.⁴⁶

Hinweis 18: Diese Handlung trifft zeitlich nah mit der anderen Tathandlung, die aber schon den Diebstahl in mittelbarer Täterschaft begründet, zusammen. Genau genommen muss man aber diese beiden Tathandlungen trennen, weil nur so die Problematik der wiederholenden Zueignung Sinn ergibt. Daher stellt sich hier die Frage, ob man sich eine Sache erneut zueignen kann. Nach der Konkurrenzlösung ist die möglich.⁴⁷ Diese Sichtweise ist vertretbar, dann tritt aber auch diese Unterschlagung als mitbestrafte Nachtat hinter den Diebstahl in mittelbarer Täterschaft zurück. Dagegen ist für die auf die objektive Zueignung abstellende Tatbestandslösung eine erneute Zueignung unmöglich.⁴⁸

V. Ergebnis

Die Strafbarkeit wegen Unterschlagung in mittelbarer Täterschaft tritt wegen der gesetzlich angeordneten Subsidiarität hinter die Strafbarkeit wegen Diebstahls in mittelbarer Täterschaft zurück.

Tatkomplex 2: „Aufheben des Pfandbons“

A. Strafbarkeit der A

I. § 242 Abs. 1 StGB

Durch Aufheben des Bons könnte sich A wegen Diebstahls gem. § 242 Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben.

Hinweis 19: Aufheben und Einlösen bilden schon aufgrund der räumlichen und zeitlichen Distanz keinen einheitlichen Lebensvorgang und daher auch keine natürliche Handlungseinheit. Zwischen beiden Handlungen musste sauber unterschieden werden.

1. Tatbestand

a) Objektiver Tatbestand

Der Bon, eine bewegliche Sache, stand im Eigentum des M, also zumindest auch im Eigentum eines anderen als A,⁴⁹ war

⁴⁶ Für einen Tatbestandsausschluss etwa BGHSt 14, 38 (43 ff.); dem zustimmend Rengier (Fn. 6), § 5 Rn. 51 f. m.w.N.

⁴⁷ Für eine Konkurrenzregelung etwa Bosch, in: Schönke/Schröder (Fn. 1), § 246 Rn. 19; Wessels/Hillenkamp/Schuh (Fn. 16), Rn. 328 ff.

⁴⁸ Zum Ganzen ausführlich bei Hohmann (Fn. 2), § 246 Rn. 41 ff.; Wittig (Fn. 1), § 246 Rn. 8 und 8.1; Bosch (Fn. 47), § 246 Rn. 19; Kindhäuser (Fn. 2), § 246 Rn. 37 ff.

⁴⁹ Eser/Bosch (Fn. 1), § 242 Rn. 12; Wittig (Fn. 1), § 242 Rn. 6; Schmidt (Fn. 1), § 242 Rn. 7; Joecks/Jäger (Fn. 1), § 242 Rn. 9.

also für A fremd.

Diesen müsste A weggenommen haben. Zur Definition der Wegnahme s.o.⁵⁰

Zunächst müsste eine andere Person als A Gewahrsamsinhaber des Pfandbons gewesen sein.⁵¹ Zur Definition des Gewahrsams s.o.⁵² Jedenfalls bis zum Herausfallen aus der Tasche übte M die Sachherrschaft aus. Danach aber hatte er keine Möglichkeit mehr, auf den Bon zuzugreifen. Somit ist schon die tatsächliche Sachherrschaft fraglich. Hinzu kommt, dass M den Bon unbemerkt verlor. Er wusste also nicht, wo sich der Bon befand. Daher findet sein Herrschaftswille kein Ziel mehr. Auch die Verkehrsanschauung geht in einem solchen Fall des Verlierens davon aus, dass die Sache gewahrsamslos geworden ist. Somit fehlte es am Gewahrsam einer anderen Person.

Hinweis 20: Bezüglich des fremden Gewahrsams ist auch hier auf eine sorgfältige Subsumtion zu achten. Mit der Definition (die stimmen sollte) muss gearbeitet werden. Es ist also unter die einzelnen Teile erkennbar zu subsumieren. Allerdings ist es nicht zu beanstanden, gleich die relevanten Gesichtspunkte zu nennen, die gegen Gewahrsam sprechen. Insbesondere ist es vertretbar, mit Verweis auf den fehlenden Herrschaftswillen Gewahrsam abzulehnen – fehlt ein Merkmal, dann lässt sich schon aus diesem Grund fremder Gewahrsam vertretbar ablehnen. Die bloße Feststellung, verlorene Sachen seien gewahrsamslos, genügt aber demgemäß nicht.

Somit hat A den Bon nicht weggenommen.

b) Zwischenergebnis

Der Tatbestand ist nicht erfüllt.

2. Ergebnis

A hat sich nicht wegen Diebstahls gem. § 242 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

II. § 246 Abs. 1 StGB

Durch dieselbe Handlung könnte sich A wegen Unterschlagung nach § 246 Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben.

1. Tatbestand

Der Bon war eine für A fremde, bewegliche Sache. Diesen müsste sich A zugeeignet haben. Zur Definition der Zueignung s.o.⁵³

A hatte den Willen, den Bon wie ein Eigentümer einzulösen, also den Vorsatz zumindest zeitweiliger Aneignung. Außerdem nahm sie dabei zumindest billigend in Kauf, dass M den Bon niemals zurückerhalten könnte, hatte also auch

Vorsatz dauerhafter Enteignung und somit Zueignungswillen.⁵⁴ Allerdings würde auch ein redlicher Finder den Bon ergreifen und aufheben. Dieses Verhalten kommuniziert also den Zueignungswillen nicht zweifelsfrei. Insoweit hat sich dieser nicht zweifelsfrei manifestiert, sodass es an einer Zueignung fehlt.

Hinweis 21: Fehlerhaft wäre es, mit dem hier zugrunde gelegten Manifestationsverständnis die Zueignung zu bejahen.

2. Ergebnis

A hat sich nicht wegen Unterschlagung nach § 246 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

Hinweis 22: Die Bearbeiter könnte hier noch kurz auf einen versuchten Diebstahl und eine versuchte Unterschlagung eingehen. Der versuchte Diebstahl muss hier dann allerdings am fehlenden Gewahrsam des M scheitern, da sich A genau das reale Geschehen vorstellte.⁵⁵ Die versuchte Unterschlagung scheitert am unmittelbaren Ansetzen, da A noch mehrere Zwischenschritte bestreiten muss, um sich den Geldwert anzueignen, so muss sie noch in den Laden gehen, den Bon in das Lesegerät einstecken und ihre Karte in das Gerät führen.⁵⁶

B. Gesamtergebnis

A hat sich nicht strafbar gemacht.

Tatkomplex 3: „Einlösen des Pfandbons“

A. Strafbarkeit der A

I. § 263a Abs. 1 Var. 3 StGB

Indem A den Bon in die Selbstbedienungskasse einführte, könnte sie sich wegen Computerbetrugs gem. § 263a Abs. 1 Var. 3 StGB strafbar gemacht haben.

Hinweis 23: Da hier erkennbar keine Kommunikation mit einem Menschen stattfand, lohnte es nicht, zuvor noch Betrug oder versuchten Betrug zu prüfen. Es ist aber sicherlich auch nicht falsch, das vorab kurz anzusprechen. Die Auszahlung des Bons erfolgte hier durch Überweisung auf das Konto der A, damit nicht noch etwaige Eigentumsdelikte in Bezug auf etwaiges ausgegebenes Bargeld geprüft werden mussten und der Fokus eindeutig auf den Computerbetrug gelenkt wurde. Dieses Delikt ist komplex, daher ist eine solche Prüfung immer als schwierig einzustufen. Gleichwohl sollte erkannt werden, dass dieses Delikt hier zu prüfen war. Es genügt jedoch, hier verständlich mit den Tatbestandsmerkmalen umzugehen und nachvollziehbar die Ergebnisse zu begründen!

⁵⁰ Vgl. oben im 1. Tatkomplex unter A. I. 1. a).

⁵¹ Vgl. auch *Eser/Bosch* (Fn. 1), § 242 Rn. 32.

⁵² Vgl. oben im 1. Tatkomplex unter A. I. 1. a).

⁵³ Vgl. oben im 1. Tatkomplex unter A. II. 1.

⁵⁴ Vgl. dazu *Rengier* (Fn. 6), § 5 Rn. 16 ff.; *Joecks/Jäger* (Fn. 1), § 246 Rn. 27.

⁵⁵ *Rengier* (Fn. 6), § 2 Rn. 23 ff.; *Wessels/Hillenkamp/Schuh* (Fn. 16), Rn. 82 ff.

⁵⁶ *Eser/Bosch* (Fn. 1), § 22 Rn. 37 f.

1. Tatbestand

a) Objektiver Tatbestand

Daten sind alle codierten und codierbaren Informationen unabhängig vom Verarbeitungsgrad.⁵⁷ Der Strichcode auf dem Pfandbon codiert den Pfandbetrag, somit handelt es sich um Daten.

Diese Daten müssten verarbeitet worden sein. Datenverarbeitung meint elektrische und technische Vorgänge, die darin bestehen, dass ein Programm diese Daten durch eine Eingabe aufnimmt und mittels Arbeitsbefehlen, die in der Datenverarbeitungsanlage hinterlegt sind, damit Arbeitsergebnisse erzielt.⁵⁸ Die Automatenkasse scannt den Strichcode, nimmt also die Daten auf, decodiert den darin gespeicherten Betrag und gibt Münzen in entsprechender Summe und Stückelung aus, erzielt also aus den Daten Arbeitsergebnisse. Also werden die Daten verarbeitet.

Hinweis 24: Es genügte, die Merkmale „Daten“ und „Datenverarbeitung“ ohne Definition lediglich nachvollziehbar aus dem Sachverhalt abzuleiten. Auch eine Feststellung ist noch vertretbar. Das Merkmal „Datenverarbeitung“ kann auch zunächst zurückgestellt und sogleich die Var. 3 (unbefugte Verwendung der Daten) geprüft werden.

Diese Daten müsste A unbefugt verwendet haben. Durch das Einspeisen in den Datenverarbeitungsvorgang hat sie die Daten verwendet. Umstritten ist allerdings, unter welchen Voraussetzungen eine Verwendung unbefugt erfolgt.

Hinweis 25: Das ist ein Standard-Streit dieses Delikts, der gleichwohl schwierig und hier in eine atypischen Fallgestaltung (der Bon ist ein „kleines Inhaberpapier“ gem. § 807 BGB und daher quasi wie Bargeld zu behandeln, der Inhaber ist als Berechtigter anzusehen) eingekleidet ist. Wichtiger als die genaue Kenntnis der Ansichten ist hier Problembewusstsein.

Nach der subjektivierenden Auslegung ist eine Verwendung unbefugt, die dem Willen (tatsächlich oder mutmaßlich) der Person widerspricht, die die Berechtigung in Bezug auf die Daten hat, wobei dies die Person umfasst, die die Datenverarbeitungsanlage betreibt, aber auch die Person, die eine Verfügungsberechtigung in Bezug auf die Daten selbst hat.⁵⁹ Verfügungsberechtigt über den auf dem Pfandbon codierten Betrag war M, dieser war mit einer Verwendung durch A mutmaßlich nicht einverstanden. Somit verwendete sie die Daten nach dieser Auslegung unbefugt.

Nach der computerspezifischen Auslegung ist eine Verwendung unbefugt, wenn sich ein der Verwendung entgegenstehender Wille des Betreibers der Anlage in der Programmgestaltung niedergeschlagen hat, sodass dieses die Berechtigung überprüft.⁶⁰ Die Automatenkasse reagiert aber auf das Einführen des Bons, ohne dass eine Berechtigung seitens des Programms, darüber zu verfügen, überprüft wird. Die Erfassung der EC-Karte dient nicht der Überprüfung einer Berechtigung, sondern lediglich dazu, die Auszahlung zu ermöglichen. Somit hat sich in der Programmgestaltung aber nicht ein Wille des Betreibers der Anlage niedergeschlagen, die Berechtigung zu überprüfen. Nach dieser Ansicht verwendete A die Daten also befugt.

Hinweis 26: Zu dieser Auslegung werden noch engere Sichtweisen vertreten, die ein Unbefugtsein unter noch strengeren Anforderungen annehmen, somit aber hier zum gleichen Ergebnis gelangen. So wird etwa teilweise eine irreguläre Einwirkung auf die Datenverarbeitung, etwa in Form einer Datenmanipulation, verlangt.⁶¹ Daran fehlt es hier aber erst recht. Auf diese engeren Ansichten braucht aber nicht eingegangen zu werden.

Nach der betrugspezifischen Auslegung erfolgt die Verwendung unbefugt, wenn sie als Täuschung zu werten sein würde, wenn man den Computer durch einen Menschen ersetzen würde.⁶² Der Pfandbon ist allerdings wie ein Inhaberpapier konzipiert (vgl. § 807 BGB), sodass der Inhaber berechtigt ist, die Auszahlung zu verlangen.⁶³ Somit würde ein Mensch nur den codierten Betrag überprüfen und über die Berechtigung nicht weiter nachdenken. Folglich würde A über die Berechtigung nicht täuschen bzw. der Mensch sich darüber nicht irren. Also verwendet A auch nach der betrugspezifischen Auslegung die Daten befugt.

Hinweis 27: Das ist dem Charakter des Bons als Inhaberpapier geschuldet, das insoweit wie Bargeld funktioniert. Wer mit gestohlenem Bargeld bezahlt, täuscht auch nicht über die Berechtigung hierüber. Deshalb war es hier nicht notwendig, auf die verschiedenen Spielarten, die innerhalb dieser Auslegung diskutiert werden (umfassende Würdigung der Gesamtsituation durch den fiktiven Menschen oder weitgehende Beschränkung auf die Prüfung der eingegebenen Daten?), weiter einzugehen.⁶⁴

Die Ansichten gelangen zu verschiedenen Ergebnissen, sodass ein Streitentscheid erforderlich ist. Die subjektivierende Auslegung führt dazu, dass die Strafbarkeit deutlich im Vergleich zur Betrugsstrafbarkeit ausgedehnt wird. § 263a StGB

⁶⁰ Vgl. *Achenbach*, JR 1994, 295.

⁶¹ Vgl. dazu *Neumann*, JuS 1990, 537; Überblick zu den Unteransichten bei *Rengier* (Fn. 6), § 14 Rn. 19 f.

⁶² BGH StV 2004, 684 (685); *Rengier* (Fn. 6), § 14 Rn. 19 f. m.w.N.

⁶³ Vgl. dazu auch *Rengier* (Fn. 6), § 14 Rn. 24, mit einer auf der Grundlage der betrugspezifischen Auslegung gelösten ganz ähnlichen Fallvariante eines Online-Gutscheins, der an den falschen Adressaten gelangte und von diesem eingelöst wird; vgl. auch *Wessels/Hillenkamp/Schuh* (Fn. 16), Rn. 613.

⁶⁴ Mehr dazu bei *Rengier* (Fn. 6), § 14 Rn. 22 ff.; *Wessels/Hillenkamp/Schuh* (Fn. 16), Rn. 613.

⁵⁷ *Rengier* (Fn. 6), § 14 Rn. 4; *Wessels/Hillenkamp/Schuh* (Fn. 16), Rn. 605.

⁵⁸ *Rengier* (Fn. 6), § 14 Rn. 4.

⁵⁹ Vgl. BayObLG JR 1994, 289 (291); *Popp*, JuS 2011, 292; *Mitsch*, Strafrecht, Besonderer Teil 2, 3. Aufl. 2015, S. 395 ff.

hat aber die Funktion, lediglich den Umstand zu kompensieren, dass ein Mensch durch einen Computer ersetzt wurde, weshalb die Betrugsstrafbarkeit mangels Täuschungsadressat hier nicht ansetzen kann.⁶⁵ Würde man der subjektiven Auslegung folgen, würde dieser Zweck konterkariert und das Delikt letztlich so weit aushöhlt, dass schon jeder vertragswidrige Gebrauch eines elektronischen Geräts erfasst werden könnte.⁶⁶ Deshalb ist diese Ansicht abzulehnen.

Die anderen Ansichten gelangen indes zu demselben Ergebnis, sodass eine weitere Streitentscheidung nicht erforderlich ist. A verwendete die Daten nicht unbefugt.

Hinweis 27: Selbstverständlich ist es vertretbar, der ersten Ansicht zu folgen, wenn insoweit überzeugend argumentiert wird. Dann geht das Delikt im Übrigen durch. Beim Vermögensschaden muss dann aber noch das Dreiecksverhältnis zwischen M, A und dem Automaten (bzw. dem Inhaber des „S“-Supermarkts als Betreiber) diskutiert werden, auf dem Boden der subjektivierenden Auslegung muss man dieses aber wohl so verstehen, dass sich M die „Verfügung“ des Automaten (die Auszahlung auf das Konto) als schädigende Handlung zurechnen lassen muss. Auf diesen schwierigen Punkt musste aber nicht explizit eingegangen werden.

b) Zwischenergebnis

Der Tatbestand ist nicht erfüllt.

2. Ergebnis

A hat sich nicht wegen Computerbetrugs nach § 263a Abs. 1 Var. 3 StGB strafbar gemacht.

II. § 265a Abs. 1 StGB

Durch dieselbe Handlung könnte sich A aber wegen Erschleichen von Leistungen nach § 265a Abs. 1 Var. 1 StGB strafbar gemacht haben. Allerdings ist die Buchung des Guthabens auf das Girokonto der A, die die Automatenkasse veranlasst, keine entgeltliche Leistung, sodass der allein auf entgeltliche Leistungen zugeschnittene Tatbestand des § 256a Abs. 1 StGB (wie auch die im subjektiven Tatbestand zu prüfende Absicht, das Entgelt nicht zu erbringen, verdeutlicht), auf diesen Vorgang keine Anwendung findet.⁶⁷ Auf den Streit, ob die Automatenkasse ein Leistungsautomat sein muss, kommt es hier daher nicht mehr an.⁶⁸ A hat sich nicht wegen Erschleichens von Leistungen nach § 265a Abs. 1 Var. 1 StGB strafbar gemacht.

⁶⁵ Rengier (Fn. 6), § 14 Rn. 1; Wessels/Hillenkamp/Schuhr (Fn. 16), Rn. 601.

⁶⁶ Vgl. Rengier (Fn. 6), § 14 Rn. 16; Wessels/Hillenkamp/Schuhr (Fn. 16), Rn. 613.

⁶⁷ So schon für die Eingabe von fremdem Leergut in einen Pfandbonautomaten Hellmann, JuS 2001, 353 (356 f.), der m.w.N. als ungeschriebenes Merkmal auch des objektiven Tatbestands die Entgeltlichkeit der Leistung verlangt und dies deshalb für Pfandrückgabefälle generell verneint.

⁶⁸ Vgl. Hellmann, JuS 2001, 353 (356) m.w.N. zum Streit.

III. § 246 Abs. 1 StGB

Durch dieselbe Handlung könnte sich A aber wegen Unterschlagung nach § 246 Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben.

1. Tatbestand

Der Bon war eine für A fremde, bewegliche Sache. Diesen müsste sich A zugeeignet haben. Wie schon aufgezeigt, hatte sie einen Zueignungswillen. Dieser müsste sich zweifelsfrei manifestiert haben.⁶⁹ Die Einlösung des Bons führt zu dessen Einbehalt, in der Regel auch zu dessen Vernichtung bzw. Entwertung. Insoweit wird für jeden objektiven Beobachter durch das Einführen in den Automaten der Wille der A, sich den Bon zuzueignen, zweifelsfrei manifestiert. Somit hat A sich den Bon auch zugeeignet.

A hatte keinen fälligen, einredefreien Anspruch auf den Bon, sodass diese Zueignung rechtswidrig war. Zudem war sie sich bewusst, dass es sich um eine fremde, bewegliche Sache handelte, die sie sich rechtswidrig zueignete. Insoweit handelte sie auch mit (zumindest bedingtem) Vorsatz.

Hinweis 29: Da „Sache“, „fremd“, „beweglich“, „Rechtswidrigkeit der Zueignung“ Umstände sind und keine Handlungen, genügt es für den in dieser Hinsicht zu prüfenden Vorsatz, ein kognitives Element festzustellen (also das Bewusstsein um diese Umstände. Das voluntative Element ist nur für Handlungen relevant, insoweit wurde das bereits mit dem oben geprüften Zueignungswillen als Vorsatz bezüglich der Tathandlung festgestellt. Es ist daher keinesfalls als Fehler zu bewerten, wenn an dieser Stelle hier ein Wille nicht explizit thematisiert wird.

Somit ist der Tatbestand erfüllt.

2. Rechtswidrigkeit und Schuld

A handelte rechtswidrig und schuldhaft.

3. Strafantragserfordernis

Gem. § 248a StGB ist bei der Unterschlagung geringwertiger Sachen für die Verfolgbarkeit grundsätzlich ein Strafantrag erforderlich. Der Pfandbon ist 1 € wert, also bereits nach der engsten Ansicht, die die Wertgrenze bei 25 € zieht,⁷⁰ und somit auch nach allen anderen Ansichten⁷¹ geringwertig. Der somit erforderliche Strafantrag wurde gestellt.

4. Ergebnis

A hat sich somit wegen Unterschlagung nach § 246 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

⁶⁹ Ganz h.M., auf die sich die Prüfung beschränken kann, vgl. Rengier (Fn. 6), § 5 Rn. 23 f.

⁷⁰ BGH, Beschl. v. 9.7.2014 – 2 StR 176/04 = BeckRS 2004, 07428.

⁷¹ Etwa Rengier (Fn. 6), § 3 Rn. 40, für 50 €. Demgegenüber für 30 € OLG Oldenburg NStZ-RR 2005, 111; vgl. dazu auch Hoyer (Fn. 43), § 248a Rn. 9.

IV. § 123 Abs. 1 StGB

Durch das Betreten des Supermarktes „S“ könnte sich A auch wegen Hausfriedensbruchs gem. § 123 Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben.

1. Tatbestand

Der Supermarkt „S“ ist ein Geschäftsraum, den A betreten hat. Eindringen ist A, wenn dies gegen den Willen des Berechtigten geschah.⁷² Für Räume wie einem Supermarkt, die dem allgemeinen Publikumsverkehr offenstehen, wird für ein Eindringen allerdings überwiegend verlangt, dass das äußere Erscheinungsbild von dem abweicht, das durch die generelle Zutritts-erlaubnis gedeckt ist.⁷³ A ließ äußerlich ihre deliktische Absicht aber nicht erkennen, somit wich ihr Erscheinungsbild nicht von dem durch die generelle Zutritts-erlaubnis gedeckten ab. Die ältere Ansicht, die ein Eindringen bereits dann annimmt, wenn der Täter beim Betreten die Absicht verfolgt, eine Straftat zu begehen,⁷⁴ wird heute zu Recht ganz überwiegend abgelehnt, weil sich nicht sinnvoll differenzieren lässt zwischen Personen, die mit dem Willen den Raum betreten, Straftaten zu begehen, und Personen, die den Willen erst dort entwickeln.⁷⁵ A ist somit nicht eingedrungen.

Der Tatbestand ist nicht erfüllt.

2. Ergebnis

A hat sich nicht wegen Hausfriedensbruchs gem. § 123 Abs. 1 StGB strafbar gemacht, indem sie den Supermarkt betrat.

B. Ergebnis

A hat sich wegen Unterschlagung nach § 246 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

Hinweis 30: Sollte der Computerbetrug ebenfalls bejaht worden sein, tritt die Unterschlagung wegen der ähnlichen Schutzrichtung (Vermögensdelikte) aufgrund der Subsidiaritätsklausel in § 246 Abs. 1 StGB dahinter zurück.⁷⁶

⁷² Vgl. *Sternberg-Lieben/Schittenhelm*, in: Schönke/Schröder (Fn. 1), § 123 Rn. 11; *Wessels/Hettinger/Engländer*, Strafrecht, Besonderer Teil 1, 45. Aufl. 2021, Rn. 559; *Rengier*, Strafrecht, Besonderer Teil II, 23. Aufl. 2022, § 30 Rn. 8; vgl. *Kindhäuser/Hilgendorf*, Strafgesetzbuch, Lehr- und Praxis-kommentar, 8. Aufl. 2020, § 123 Rn. 22.

⁷³ *Wessels/Hettinger/Engländer* (Fn. 72), Rn. 596; *Rengier* (Fn. 72), § 30 Rn. 12; *Kindhäuser/Hilgendorf* (Fn. 72), § 123 Rn. 21; *Sternberg-Lieben/Schittenhelm* (Fn. 72), § 123 Rn. 26; *Fischer* (Fn. 11), § 123 Rn. 17 f.

⁷⁴ So etwa noch *Buchetmann*, Die Abgrenzung der Verbrechensmerkmale nach Behlings Lehre vom Tatbestand veranschaulicht am Hausfriedensbruch, 1934, S. 161; vgl. zum Ganzen auch die Kritik von *Kindhäuser/Hilgendorf* (Fn. 72), § 123 Rn. 22.

⁷⁵ *Kindhäuser/Hilgendorf* (Fn. 72), § 123 Rn. 22.

⁷⁶ Vgl. dazu *Rengier* (Fn. 6), § 5 Rn. 66 ff.; *Wessels/Hillenkamp/Schuh* (Fn. 16), Rn. 307.

Tatkomplex 4: „Abholen der Taschenuhr“**A. Strafbarkeit des M****I. § 263 Abs. 1 StGB gegenüber B und zu Lasten A**

Indem M der B gegenüber angab, A zu heißen, könnte er sich wegen Betruges nach § 263 Abs. 1 StGB gegenüber B und zu Lasten A strafbar gemacht haben.

Zwar wirkte M mittels einer falsche Tatsachenbehauptung auf das Vorstellungsbild der B bewusst irreführend ein, als er sagte, er heiße A. Insoweit täuschte er B. Allerdings durchschaute B den Schwindel. Also entwickelte sie keine Fehlvorstellung über Tatsachen, irrte somit nicht. Folglich ist der objektive Tatbestand nicht erfüllt, sodass sich M nicht wegen Betruges strafbar gemacht hat.

Hinweis 31: Es ist sehr gut vertretbar, dies gar nicht zu prüfen, sondern gleich den Versuch zu prüfen. Dann sollte aber in der Vorprüfung konkret benannt werden, an welcher Stelle die Prüfung des vollendeten Delikts im objektiven Tatbestand scheitert.

II. §§ 263 Abs. 1, Abs. 2, 22, 23 Abs. 1 StGB gegenüber B und zu Lasten A

Durch dieselbe Handlung könnte sich M aber wegen eines versuchten Betruges nach §§ 263 Abs. 1, Abs. 2, 22, 23 Abs. 1 StGB gegenüber B und zu Lasten A strafbar gemacht haben.

1. Vorprüfung

Wie eben aufgezeigt, wurde der objektive Tatbestand des Betruges nicht erfüllt. Somit ist die Tat nicht vollendet. Die Strafbarkeit des Versuchs ergibt sich aus §§ 23 Abs. 1 Var. 2, 12 Abs. 2, 263 Abs. 2 StGB.

2. Tatentschluss

Zunächst müsste M in der Vorstellung gehandelt haben, den objektiven Tatbestand eines Betruges zu verwirklichen.

M stellte sich vor, die Unwahrheit gegenüber B zu kommunizieren, als er angab, A zu heißen. Also war er sich bewusst, B zu täuschen. Dies wollte er auch.

Er stellte sich zudem vor, dass B ihm glauben und folglich irren würde.

Infolgedessen würde B ihm die von A zur Reparatur gebrachte Taschenuhr aushändigen und ihm somit den unmittelbaren Besitz an der Uhr verschaffen, nahm M an. Dadurch würde B den unmittelbaren Besitz, den sie als Werkunternehmer am Werkgegenstand auch berechtigt ausübt, verlieren. Somit stellte sich M ein Tun vor, dass sich unmittelbar vermögensmindernd auswirken würde.⁷⁷ Das nach h.M. für einen Sachbetrug notwendige Verfügungsbewusstsein⁷⁸ hat sich M bei B vorgestellt. Er stellte sich somit eine Vermögensverfügung vor.

⁷⁷ Zur Definition *Rengier* (Fn. 6), § 13 Rn. 63; *Wessels/Hillenkamp/Schuh* (Fn. 16), Rn. 515.

⁷⁸ Dazu ausführlich *Rengier* (Fn. 6), § 13 Rn. 64; *Wessels/Hillenkamp/Schuh* (Fn. 16), Rn. 518 ff.

Hinweis 32: Dies kann auch viel knapper geprüft werden. Mit der Begründung, dass der Besitz für B von keinem nennenswerten Wert sein könnte, ist es auch gut vertretbar, die Dreieckskonstellation hier wieder beim Merkmal der Vermögensverfügung anzusprechen (vgl. *Hinweis 14*).

Er stellte sich vor, dass er B den Preis für die Reparatur bezahlen würde, sodass er keinen Vermögensschaden für B wollte.

Hinweis 33: Daran würde ein versuchter Betrug gegenüber und zu Lasten B scheitern, weshalb diese Prüfung hier übersprungen wurde. Dies konnte natürlich zuvor geprüft werden. Eine so kleinteilige Vorgehensweise wurde aber gar nicht erwartet.

Allerdings würde nach Vorstellung des M die A dadurch keine Möglichkeit mehr haben, die Taschenuhr zu erlangen. A würde somit in faktischer Hinsicht die Position, die ihr das Eigentumsrecht einräumt, verlieren. Somit stellte er sich einen Vermögensschaden für A vor, der durch die vorgestellte Vermögensverfügung bewirkt werden würde.

Allerdings müsste er sich auch eine Situation vorgestellt haben, in der der A das Verhalten der B und damit dieses Bewirken wie deren eigenes Verhalten zurechenbar ist. Die Anforderungen, die daran zu stellen sind, sind aber umstritten.

Hinweis 34: Wenn die Meinungen zuvor bereits dargestellt wurden, kann nun direkt unter sie subsumiert werden (verkürzte Darstellung des Streits im verkürzten Gutachtenstil!)

Zur Herausgabe der Taschenuhr an einen nichtbevollmächtigten Dritten war B nach der Vorstellung des M zivilrechtlich nicht befugt, insoweit würde sich M nach dieser Ansicht keine Situation vorstellen, in der A das Verhalten der B wie eigenes Verhalten zuzurechnen wäre. Somit hat M auf Grundlage der Befugnistheorie keinen Vorsatz, einen durch die Vermögensverfügung der B der A zurechenbaren Vermögensschaden herbeizuführen.

Nach der Vorstellung des M hat B aber eine vertragliche Beziehung zu A und auf dieser Grundlage berechtigten Besitz an der Uhr auf Grundlage des Werkvertrags. Somit stellt sich M ein rechtliches und tatsächliches Näheverhältnis vor, sodass nach dieser Vorstellung B im Lager der A steht. Somit hat M auf Grundlage der Lagertheorie den Vorsatz, einen durch die Vermögensverfügung der B der A zurechenbaren Vermögensschaden herbeizuführen.

Nach Vorstellung des M hatte B auch eine deutlich bessere Möglichkeit, auf die Taschenuhr zuzugreifen, als er selbst sie hatte. Aufgrund des Werkvertrags bestand zudem auch ein persönliches Näheverhältnis zwischen B und A. Auch auf Grundlage der Theorie der faktischen Nähe hat M also den Vorsatz, dass B durch die Vermögensverfügung einen der A zurechenbaren Schaden herbeiführt.

Hinweis 35: Andere Ergebnisse sind hier für die jeweiligen Meinungen wohl kaum vertretbar. Zum Streit selbst vgl. *Hinweis 13*.

Da die Meinungen zu unterschiedlichen Ergebnissen gelangen, ist eine Streitentscheidung erforderlich. Die auf die faktische Nähe bzw. das Lager ausgerichteten Theorien orientieren sich an den faktischen Verhältnissen und somit an Kriterien, die auch für die übrigen Tatbestandsmerkmale des Betrugs übertragbar sind.⁷⁹ Deshalb gebührt dieser Theorie der Vorzug.

Hinweis 36: Natürlich ist auch die Befugnistheorie mit entsprechender Begründung sehr gut vertretbar. Dann ist an dieser Stelle die Prüfung abzubrechen und stattdessen ein versuchter Diebstahl in mittelbarer Täterschaft zu prüfen.

Hinweis 37: Wünschenswert wäre es, wenn hier sogar noch intensiver argumentiert wird. Unvertretbar und daher deutlich zu rügen ist es, wenn der Streit nicht entschieden bzw. ohne Argumentation entschieden wird. Dass man zur Straffreiheit käme, wenn man der Befugnistheorie folgen würde, ist zudem kein Argument, sondern eine Konsequenz dieser Ansichten. Auch eine derartige Argumentation, die nur auf ein Ergebnis abstellt, sollte daher vermieden werden. Sie überzeugt im Zweifel niemanden, vor allem nicht die Vertreter der Gegenansicht.

Nach dieser Ansicht hat sich M also einen Vermögensschaden der A vorgestellt. Er wollte einen solchen auch durch die Täuschung kausal verursachen, somit handelte M in der Vorstellung zur Verwirklichung des objektiven Tatbestands.

Weiterhin müsste M in der Absicht rechtswidriger Bereicherung gehandelt haben. M strebte (*dolus directus* 1. Grades) einen Vermögensvorteil an,⁸⁰ der stoffgleich zum vorgestellten Schaden bei A war.⁸¹ Auf diesen hatte er – wie er auch wusste – keinen fälligen, einredefreien Anspruch,⁸² sodass diese erstrebte Bereicherung rechtswidrig war und M diesbezüglich Vorsatz hatte.⁸³

Mithin handelte M in der Absicht rechtswidriger Bereicherung.

Folglich ist auch der subjektive Tatbestand erfüllt.

⁷⁹ Ebenso *Rengier* (Fn. 6), § 13 Rn. 103; *Joecks/Jäger* (Fn. 1), § 263 Rn. 91 f.

⁸⁰ Zur Definition *Rengier* (Fn. 6), § 13 Rn. 237 f.; *Joecks/Jäger* (Fn. 1), § 263 Rn. 168 f.

⁸¹ Zu den Einzelheiten *Rengier* (Fn. 6), § 13 Rn. 246; *Joecks/Jäger* (Fn. 1), § 263 Rn. 170.

⁸² Zu dieser Definition für die Rechtswidrigkeit der erstrebten Bereicherung *Rengier* (Fn. 6), § 13 Rn. 265; *Joecks/Jäger* (Fn. 1), § 263 Rn. 172.

⁸³ Zum Vorsatzerfordernis *Rengier* (Fn. 6), § 13 Rn. 268; *Joecks/Jäger* (Fn. 1), § 263 Rn. 173.

3. Unmittelbares Ansetzen

M sprach mit B, gab sich dabei als A aus und bat um die Herausgabe der Taschenuhr. Nach seiner Vorstellung musste B ihm nun nur noch Glauben schenken und ihm die Uhr aushändigen. Somit hat M dadurch subjektiv die Schwelle zum „Jetzt-geht-es-los!“ überschritten und es sind nach seiner Vorstellung keine wesentlichen Zwischenschritte mehr erforderlich, um den Tatbestand zu verwirklichen.⁸⁴ Also hat M unmittelbar angesetzt.

4. Rechtswidrigkeit und Schuld

M handelte rechtswidrig und schuldhaft.

5. Ergebnis

A hat sich somit wegen versuchten Betrugs nach §§ 263 Abs. 1, Abs. 2, 22, 23 Abs. 1 StGB gegenüber B und zu Lasten A strafbar gemacht.

Hinweis 38: Wer den Versuch vertretbar scheitern lässt, weil er der Befugnistheorie folgt, prüft im Anschluss einen versuchten Diebstahl in mittelbarer Täterschaft – also die gleiche Konstellation wie im 1. TK, allerdings nun im Versuch. Problematisch ist dabei aber der Wegnahmenvorsatz. M weiß, dass sich die Taschenuhr zum Zwecke der Reparatur in Besitz und Gewahrsam der B befindet. Darüber herrscht – auch nach Vorstellung des M – B aber allein, deshalb hat B nach Vorstellung des M Alleingewahrsam an der Taschenuhr. Damit stellt sich M zwar fremden Gewahrsam vor und hat auch den Vorsatz, neuen Gewahrsam zu begründen, indem er sich die Uhr von B aushändigen lassen will. Allerdings würde dieser Gewahrsamswechsel nicht im Wege eines Bruchs erfolgen, weil B ja die Uhr an M nach dessen Vorstellung freiwillig und bereitwillig übergeben würde. Insofern fehlt es klar am Vorsatz in Bezug auf einen Bruch. Selbst wenn man grundsätzlich die Konstruktion eines übergeordneten bzw. untergeordneten Gewahrsams für möglich hält,⁸⁵ muss man doch in einer Konstellation wie der vorliegenden einen Alleingewahrsam der B annehmen. A hat keinerlei faktische Möglichkeiten, auf die Uhr zuzugreifen, allein B hat Zugang zur Werkstatt. Insofern unterscheidet sich der deutlich an faktischer Herrschaft orientierte Gewahrsam vom Besitz – ein Besitzmittlungsverhältnis lässt sich hier annehmen.

Wer gleichwohl auf die Möglichkeit abstellt, dass es übergeordneten bzw. untergeordneten Gewahrsam gibt, könnte bei intensiver und überzeugender Begründung im Ergebnis vielleicht gerade noch vertretbar argumentieren, dass M den Vorsatz hat, dass A noch übergeordneten Gewahrsam hat. An eine solche Wertung sind aber strenge Anforderungen zu stellen! Dann kann der versuchte Diebstahl

(in mittelbarer Täterschaft) weitergeprüft werden. Die Prüfung läuft dann ähnlich ab. Auch dann will M nach seiner Vorstellung neuen Gewahrsam durch Übergabe seitens B erlangen. Auch dann stellt er sich vor, dass B selbst damit einverstanden ist. Doch in seiner Vorstellung ist die übergeordnete Gewahrsamsinhaberin A dann mit dem Gewahrsamswechsel an der Taschenuhr nicht einverstanden, wofür er B täuschen will. Also würde er in seiner Vorstellung einen Gewahrsamswechsel durch B im Wege eines Bruches veranlassen. Somit würde B in diesem Merkmal als Tatmittler eingesetzt – vertretbar ist es auch, hier auf die Tatmittlung gar nicht einzugehen, sondern in der gedachten Übergabe von B an M die Wegnahmehandlung zu sehen. Dann dürfte aber das unmittelbare Ansetzen nach allen Sichtweisen abzulehnen sein.

III. §§ 246 Abs. 1, Abs. 3, 25 Abs. 1 Var. 2, 22, 23 Abs. 1 StGB

Hinweis 39: Man könnte auch eine schlichte versuchte Unterschlagung prüfen (ohne mittelbare Täterschaft), die darin läge, dass M plant, die Uhr von B wie der Eigentümer entgegenzunehmen und für die Reparatur dann zu bezahlen. Das wäre eine zweifelsfreie Manifestation seines Zueignungswillens an einer für ihn fremden, beweglichen Sache. Allerdings muss man wohl sagen, dass M dazu noch nicht unmittelbar angesetzt hat. Hier ist als wesentlicher Zwischenschritt noch erforderlich, dass B in die Werkstatt oder ins Lager geht, die Uhr sucht, nimmt und M bringt. Auch die Schwelle zum „Jetzt-geht-es-los!“ überschreitet M eigentlich erst dann, wenn er die Uhr wirklich aus den Händen der B entgegennimmt – bis dahin kann er es sich noch anders überlegen und z.B. einfach fortgehen, solange B in der Werkstatt bzw. im Lager ist. Somit ist ein unmittelbares Ansetzen diesbezüglich eher abzulehnen. Dann ist aber der schon vorher sich ereignende Versuch zu prüfen, die Unterschlagung in mittelbarer Täterschaft zu begehen, indem er B die Taschenuhr holen lassen will.

Durch dieselbe Handlung könnte sich M wegen versuchter Unterschlagung in mittelbarer Täterschaft nach §§ 246 Abs. 1, Abs. 3, 25 Abs. 1 Var. 2, 22, 23 Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben.

1. Vorprüfung

Das bloße Berühren, Eigentümer zu sein, würde als Manifestation des Zueignungswillens den Anwendungsbereich der Unterschlagung viel zu weit ausdehnen, deshalb muss für eine Manifestation des Zueignungswillens verlangt werden, dass der Täter in irgendeiner Weise – und sei es über einen Tatmittler – zumindest tatsächlich auf die Sache zugreifen kann (bzw. eine irgendwie geartete sachenrechtliche Herrschaftsbeziehung hat).⁸⁶

⁸⁴ Zu dieser ganz h.M. *Wessels/Beulke/Satzger* (Fn. 14), Rn. 601; *Murmann*, in: *Cirener u.a.* (Fn. 7), Bd. 2, § 22 Rn. 91 f.

⁸⁵ Dazu instruktiv *Rengier* (Fn. 6), § 2 Rn. 33 ff.; *Wessels/Hillenkamp/Schuh* (Fn. 16), Rn. 96.

⁸⁶ *Rengier* (Fn. 6), § 5 Rn. 29 ff.; *Wessels/Hillenkamp/Schuh* (Fn. 16), Rn. 311.

Hinweis 40: Dies ist ein sehr schwieriger Punkt, der selbst im Examen oft nicht gesehen wird. Wer Vollendung prüft und das Berühren dafür ausreichen lässt, hat die Anforderungen, die an die Manifestation zu stellen sind, noch nicht ganz verinnerlicht. Es ist nicht zu kritisieren, wenn zunächst eine (unmittelbare) Unterschlagung durch das Gespräch mit B (also gerade durch das Sich-Berühren) geprüft wird und dann im Rahmen der Prüfung der Manifestation des Zueignungswillens herausgearbeitet wird, dass die verbale Äußerung – mag sie auch den Zueignungswillen klar erkennen lassen – nicht ausreicht.

Dazu ist es aber nicht gekommen, deshalb ist der Tatbestand unvollendet geblieben.

Die Strafbarkeit des Versuchs der Unterschlagung folgt aus §§ 23 Abs. 1 Var. 2, 12 Abs. 2, 246 Abs. 3 StGB.

2. Tatentschluss

M war sich bewusst, dass die Taschenuhr eine bewegliche Sache ist, die im Alleineigentum der A stand, also im Eigentum zumindest auch eines anderen, und daher für ihn fremd war.

Er müsste mit dem Vorsatz gehandelt haben, sich die Taschenuhr rechtswidrig zuzueignen. Dazu müsste er zunächst mit Zueignungswillen gehandelt haben. Zueignungswille setzt sich zusammen aus dem Vorsatz zumindest zeitweiliger Aneignung und dem Vorsatz dauerhafter Enteignung. M wollte die Taschenuhr wie eine eigene benutzen, damit also wie ein Eigentümer verfahren, sich also eine eigentümerähnliche Stellung anmaßen, sie sich also bewusst aneignen. Also hatte er den Vorsatz zumindest zeitweiliger Aneignung. Dabei nahm er bewusst zumindest billigend in Kauf, dass A die Taschenuhr niemals wieder zurückerhalten könnte, also hatte er auch den Vorsatz dauerhafter Enteignung. Somit hatte er Zueignungswillen.

Hinweis 41: An dieser Stelle könnte man es dabei belassen und sich auf den Standpunkt stellen, dieser Zueignungswille sei bereits der im Rahmen des Tatentschlusses zu prüfende Zueignungsvorsatz – Fragen der Manifestation betreffen nur das unmittelbare Ansetzen, das nur bei aus der Sicht des Handelnden unmittelbar bevorstehender Manifestation zu bejahen sei. Dann müsste man innerhalb des unmittelbaren Ansetzens auch etwaige Fragen mittelbarer Täterschaft prüfen, und zwar – da es um eine Versuchsprüfung geht – aus Sicht des Täters. Dieser Aufbau dürfte vertretbar sein. Er ist dem Umstand geschuldet, dass die Unterschlagung auch in vollendeter Form ganz überwiegend nicht mehr mit strikter Trennung zwischen objektivem und subjektivem Tatbestand geprüft wird, sich Objektives und Subjektives vielmehr im Merkmal der Zueignung vermischen.⁸⁷ Dann kann man das auch in der Versuchsprüfung abbilden und derartige Fragen im unmittelbaren Ansetzen prüfen.

Im Aufbau einfacher und klarer dürfte es allerdings sein, neben dem Zueignungswillen noch den Vorsatz zu ver-

langen, diesen auch in einer Tathandlung eindeutig manifestieren zu lassen. Dies ermöglicht es, die konkrete Verhaltenssteuerung – ggf. auch zurechenbar über einen Tatmittler – mit in die Vorsatzprüfung aufzunehmen (denn der Zueignungswille bildet in dieser Prüfung ja eigentlich nur ein latent überschießendes⁸⁸ Fernziel, ein Motiv der konkreten Zueignungshandlung ab, die der eigentlichen Prüfung zugrunde liegt). Damit ermöglicht dieser Aufbau, konkret im Vorsatz auf die Frage einzugehen, ob der Täter diesen Zueignungswillen gerade durch die zu prüfende Handlung – hier also die Lüge gegenüber B – umsetzen wollte. Hier soll deshalb dieser zweite Weg beschritten werden.

M müsste mit dem Vorsatz gehandelt haben, diesen Zueignungswillen zweifelsfrei zu manifestieren. Ihm war aber auch klar, dass durch die bloße Lüge gegenüber B zwar ein solcher Wille erkennbar, aber noch nicht hinreichend manifestiert wird (vgl. Vorprüfung). Allerdings könnte er sich vorgestellt und gewollt haben, dass er durch B eine derartige Handlung begeht, sodass er sich diese wegen § 25 Abs. 1 Var. 2 StGB wie eine eigene zurechnen lassen muss.

Dazu müsste er sich zunächst vorgestellt haben, dass B eine taugliche Manifestationshandlung vornimmt. Er stellte sich vor, dass B die Uhr aus der Werkstatt bzw. aus dem Lager holt und dabei seinem Willen folgt, sie ihm als dem vermeintlichen Eigentümer zu bringen. Damit stellt er sich aber ein Verhalten vor, das im Kontext der vorherigen Angabe des M, A zu sein, als Manifestation des Willens des M gewertet werden muss, dem M die Uhr zuzueignen. Diesen Manifestationsakt wollte M auch vornehmen.

Weiterhin müsste er mit dem Vorsatz gehandelt haben, einen Defekt bei B bewusst auszunutzen. Er stellte sich vor, B würde ihn für den Eigentümer halten, sodass es nach seiner Vorstellung bei B am Vorsatz bzgl. einer dauerhaften Enteignung des Eigentümers fehlen würde. Das somit vorgestellte Strafbarkeitsdefizit bei B wollte M durch sein Verhalten hervorrufen, also auch bewusst täterschaftlich ausnutzen.

Hinweis 42: Hier ergibt sich kein Unterschied zur obigen Abgrenzung (vgl. auch *Hinweis 18*), sodass hier in gleicher Weise alle Meinungen zu einer Täterschaft wegen des überlegenen Wissens/Wissensherrschaft des M kommen.

Somit hatte er den Vorsatz, durch B als Tatmittler zu handeln. Somit muss er sich dieses Verhalten von B wegen § 25 Abs. 1 Var. 2 StGB wie eigenes Verhalten zurechnen lassen. Er hatte also den Vorsatz, dadurch den Zueignungswillen zweifelsfrei zu manifestieren, sich die Taschenuhr also zuzueignen.

Er wusste, dass er keinen Anspruch auf diese hatte, stellte sich folglich eine rechtswidrige Zueignung vor. Somit hatte er auch den Vorsatz rechtswidriger Zueignung.

Also lag der Tatentschluss vor.

⁸⁷ Rengier (Fn. 6), § 5 Rn. 5 ff.

⁸⁸ Insoweit parallel zur Absicht rechtswidriger Zueignung beim Diebstahl, vgl. Rengier (Fn. 6), § 5 Rn. 16 und § 2 Rn. 86.

3. Unmittelbares Ansetzen

Indem er B anlog, hatte M bereits begonnen, seinen Plan in die Tat umzusetzen und somit subjektiv die Schwelle zum „Jetzt-geht-es-los!“ überschritten. Nach seiner Vorstellung hatte er alles Erforderliche getan und auf den Tatmittler bereits vollständig nach seinem Plan eingewirkt. Ob das aber ausreicht, ist umstritten.

Hinweis 43: Das ist ein klassischer Streit, der bekannt sein sollte.

Ein unmittelbares Ansetzen würde hier nur die Ansicht bejahen, die mit dem Abschluss des Einwirkens auf den Tatmittler bereits das Rechtsgut als konkret gefährdet ansieht.⁸⁹ Die übrigen Ansichten, die entweder verlangen, dass der Tatmittler selbst unmittelbar ansetzen muss,⁹⁰ oder auf die allgemeine Formel abstellen und verlangen, dass nach dem gewöhnlichen Ablauf keine wesentlichen Zwischenschritte mehr zu erwarten sind,⁹¹ lehnen hier ein unmittelbares Ansetzen ab.

Eine Streitentscheidung ist somit erforderlich. Für die erste Ansicht spricht, dass der Täter aus seiner Sicht alles Erforderliche getan hat, insbesondere beim Einsatz eines technischen Werkzeugs auch schon mit der Einwirkung auf ein solches (z.B. auf einen Computer, der dann ein Programm abarbeitet) ein unmittelbares Ansetzen anzunehmen wäre (vgl. insoweit auch die Konstellation an der Automatenkasse). Zudem lässt sich ein unmittelbares Ansetzen für B gar nicht wirklich prüfen, da diese ja keinen Vorsatz hat, also gar kein Vorstellungsbild liefert, anhand dessen man das unmittelbare Ansetzen bewerten kann. Somit ist der ersten Ansicht zu folgen, M hat unmittelbar angesetzt.

Hinweis 44: Die h.M. würde hier anders argumentieren,⁹² natürlich ist das dann sehr gut vertretbar. Dann bricht die Prüfung an dieser Stelle ab.

4. Rechtswidrigkeit und Schuld

M handelte rechtswidrig und schuldhaft.

5. Kein Rücktritt

Ohne Zäsur oder neuen Plan kann M sein Vorhaben nicht mehr umsetzen, sodass der Versuch fehlgeschlagen ist.⁹³ Ein Rücktritt liegt daher nicht vor.

Hinweis 45: Das war hier nicht zwingend zu anzusprechen.

6. Ergebnis

M hat sich wegen versuchter Unterschlagung in mittelbarer Täterschaft nach §§ 246 Abs. 1, Abs. 3, 25 Abs. 1 Var. 2, 22, 23 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

B. Ergebnis

Hinter den versuchten Betrug tritt die versuchte Unterschlagung in mittelbarer Täterschaft wegen der ähnlichen Zielrichtung (Vermögensdelikt im weiteren Sinne) als subsidiär zurück.

Gesamtergebnis

A hat sich nach §§ 242 Abs. 1, 25 Abs. 1 Var. 2 StGB in Tatmehrheit nach § 53 StGB mit § 246 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

M hat sich nach §§ 263 Abs. 1, Abs. 2, 22, 23 Abs. 1 StGB strafbar gemacht, dahinter tritt die Strafbarkeit nach § 246 Abs. 1, Abs. 3, 25 Abs. 1 Var. 2, 22, 23 Abs. 1 StGB im Wege der Subsidiarität zurück.

Hinweis 48: Sollte für A im Tatkomplex „Einlösen des Pfandbons“ ein Computerbetrug nach § 263a Abs. 1 Var. 3 StGB bejaht worden sein, tritt die zugleich verwirklichte Unterschlagung im Wege der Subsidiarität dahinter zurück.

Für M war es möglich, im letzten Tatkomplex einen versuchten Diebstahl in mittelbarer Täterschaft anstelle des versuchten Betruges zu bejahen, hinter den die versuchte Unterschlagung in mittelbarer Täterschaft ebenfalls im Wege der Subsidiarität zurücktreten würde. Möglich war es bei entsprechender Argumentation auch, zu einer völligen Straflosigkeit von M zu gelangen.

⁸⁹ Zu dieser Ansicht *Baumann/Weber/Mitsch/Eisele*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 13. Aufl. 2021, § 29 Rn. 155.

⁹⁰ *Kühl* (Fn. 11), § 22 Rn. 9.

⁹¹ *Wessels/Beulke/Satzger* (Fn. 14), Rn. 613 f.

⁹² Dazu etwa *Wessels/Beulke/Satzger* (Fn. 14), Rn. 614.

⁹³ Zum Fehlschlag und seine Prüfung im Rücktritt ausführlicher *Wessels/Beulke/Satzger* (Fn. 14), Rn. 628; *Murmann* (Fn. 37), § 28 Rn. 109 ff.