

Entscheidungsbesprechung

OLG Hamm, Urt. v. 7.12.2023 – 4 ORs 111/23¹

Zur Abgrenzung zwischen Trickdiebstahl und Sachbetrug sowie zum unmittelbaren Ansetzen zum Versuch bei einer Tat nach dem „Wash-Wash-Verfahren“

1. Ist bei einer Tat nach dem „Wash-Wash-Verfahren“ der Tatentschluss des Täters darauf gerichtet, den Geschädigten durch Vortäuschung der Fähigkeit und Bereitschaft, Geldscheine zu vermehren, dazu zu bewegen, seinen Gewahrsam an den Geldscheinen lediglich zu lockern, um dann durch einen Trick unbemerkt die Geldscheine an sich zu nehmen, so dürfte es sich in rechtlicher Hinsicht um einen beabsichtigten Trickdiebstahl (§ 242 StGB) handeln. Ist der Tatentschluss hingegen darauf gerichtet, den Geschädigten durch Täuschung dazu zu bewegen, nicht nur seinen Gewahrsam an den Geldscheinen zu lockern, sondern dem Täter sogar eigenen Gewahrsam an den Geldscheinen einzuräumen – etwa indem er ihm vorspiegelt, die Vermehrung der Geldscheine müsse an einem anderen Ort stattfinden, weshalb der Täter das Geld mitnehmen müsse – so dürfte es sich in rechtlicher Hinsicht um einen beabsichtigten Sachbetrug (§ 263 StGB) handeln (Rn. 11 und 15).
2. Bei einem versuchten Trickdiebstahl setzt ein unmittelbares Ansetzen zum Versuch (§ 242 StGB) voraus, dass sich eine Gewahrsamslockerung hinsichtlich der betroffenen Sache jedenfalls anbahnt (Rn. 13).
3. Bei einem versuchten Sachbetrug ist für das unmittelbare Ansetzen erst diejenige Täuschungshandlung maßgeblich, die den Getäuschten unmittelbar zur irrtumsbedingten Vermögensverfügung (Urteil spricht von „Verfügungsverfügung“) bestimmen und den Vermögensschaden herbeiführen soll. Diese Täuschung muss sich auf einen konkreten Vermögensgegenstand – hier konkrete Geldscheine – konkretisiert haben (Rn. 16).

(Amtliche Leitsätze)

StGB §§ 242, 263

RiOLG Prof. Dr. Janique Brüning, Kiel*

I. Sachverhalt

Im Februar 2019 bot der Zeuge Q einen Baukran im Internet zum Verkauf an. Der Angeklagte und der anderweitig verfolgte V kontaktierten Q und vereinbarten ein Treffen für den 4.3.2019. Bei diesem Treffen bekundeten der Angeklagte und V Interesse am Kauf weiterer Baumaschinen im Wert von über 400.000 Euro, wobei die Zahlung in bar erfolgen sollte.

* Janique Brüning ist Inhaberin der Professur für Strafrecht, Strafprozessrecht, Wirtschaftsstrafrecht und Sanktionenrecht an der Christian-Albrechts-Universität zu Kiel und Richterin am Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgericht.

¹ Die Entscheidung ist veröffentlicht in BeckRS 2023, 40895 sowie NStZ 2024, 364.

Am 10.3.2019 trafen sich die Beteiligten erneut. Der Angeklagte und V brachten einen Tresor mit, der mit weißem Blankopapier gefüllt war. Sie erklärten Q, dass es in ihrem Heimatland üblich sei, größere Geldbeträge aus Sicherheitsgründen in Papier umzuwandeln und bei Bedarf zurück in echte Geldscheine zu konvertieren. Q gab einen 50-Euro-Schein, den der Angeklagte zwischen zwei Blankopapiere legte. V beträufelte das Papier mit einer Flüssigkeit, und durch einen Trick wirkte es so, als ob die Blankopapiere in zwei 50-Euro-Scheine umgetauscht wurden, sodass Q drei 50-Euro-Scheine vorfand.

Am 12.3.2019 erklärten der Angeklagte und V dem Q, dass sie 50.000 Euro benötigten, um das Blankopapier in echtes Geld zu verwandeln. Q sagte, er könne zwischen 15.000 und 20.000 Euro besorgen. Ein weiteres Treffen wurde für den 20.3.2019 vereinbart. Q bekam jedoch Zweifel und informierte die Polizei.

Am 20.3.2019 erschienen der Angeklagte und V im Büro von Q. Man unterhielt sich zwei bis fünf Minuten über allgemeine Themen. Weder der Angeklagte noch V erkundigten sich nach dem Geld oder dem Tresor, oder forderten Q auf, das Geld zu holen. Dann griff die Polizei zu. Der Angeklagte sowie V wurden verhaftet.

Das Landgericht hat den Angeklagten mangels unmittelbaren Ansetzens zur Tat gem. § 22 StGB freigesprochen. Dagegen wendet sich die Staatsanwaltschaft mit ihrer Revision, die sie im Wesentlichen damit begründet, dass ein unmittelbares Ansetzen zu bejahen sei, weil die zugrunde liegende Täuschungshandlung bereits vorgenommen worden sei. Im Übrigen wird eine lückenhafte Sachverhaltsfeststellung gerügt. Aufgrund fehlender Feststellungen zum beabsichtigten Vorgehen des Angeklagten könne nicht zwischen Trickdiebstahl und Sachbetrug abgegrenzt werden.

II. Einführung in die Problematik

Das Thema erinnert an die alten alchemistischen Bestrebungen, unedle Metalle in Gold zu verwandeln. Schon der sagenumwobene Stein der Weisen sollte diese Transmutation ermöglichen. Selbst renommierte Naturwissenschaftler wie Isaac Newton, bekannt u.a. für seine Gravitationstheorie, begaben sich heimlich auf die Suche nach diesem mythischen Stein.

Heute erinnern uns moderne Magier an diese alchemistischen Träume vergangener Zeiten. Während die Ehrlich Brothers scheinbar mühelos einen Fünf-Euro-Schein in einen 100-Euro-Schein „umfalten“, nutzen auch Kriminelle den jahrhundertealten Wunsch aus, durch magische oder übernatürliche Kräfte reich zu werden. Ein Beispiel für diese moderne Alchemie ist das sog. „Wash-Wash-Verfahren“,² bei dem wundersame chemische Prozesse vorgetäuscht werden. Dabei behaupten die Täter, dass beschichtetes oder eingefärbtes Bargeld aus illegalen Quellen oder am Zoll vorbeigeschmuggeltes geschwärztes Geld gereinigt werden müsse. Den potenziellen Opfern wird der „Reinigungsprozess“ mit echten, gefärbten Banknoten vorgeführt. Anschließend werden die Opfer aufgefordert, die Kosten für Chemikalien oder andere Gebühren für die Reinigung des restlichen eingefärbten Geldes zu bezahlen, und werden mit einem Teil des – im wahrsten Sinne des Wortes – gewaschenen Geldes als Belohnung gelockt. Nachdem die Täter das Geld für die angeblich benötigten Chemikalien im Voraus erhalten haben, verschwinden sie mit der „Anzahlung“. Der vorliegende Sachverhalt katapultiert das Vorgehen der Kriminellen in eine neue Sphäre der Dreistigkeit. Das corpus delicti ist nicht einmal „schmutziges“ Geld, das gereinigt werden soll, sondern „reines“ Papier, das durch vermeintliche chemische Trickereien in echtes Geld verwandelt werden könnte.³ Die Tatsa-

² Dazu Dannecker, in: Graf/Jäger/Wittig, Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, Bd. 1, 3. Aufl. 2024, § 263 Rn. 572 f.

³ Dazu KG Berlin NStZ 2013, 138 mit Anm. Kudlich JA 2013, 552; im Unterschied zum vorliegenden Fall wurde in jenem Fall aber nicht behauptet, aus Blankopapier „echtes“ Geld herstellen zu können, sondern lediglich

che, dass die Gier das rationale Denken des Opfers nicht außer Kraft setzte und Q nicht auf die Manipulation hereinfließt, führt uns strafrechtsdogmatisch in die Gefilde der Versuchsstrafbarkeit. Aber der Reihe nach, denn der Sachverhalt bietet auch eine wunderbare Gelegenheit, um zuvor die überaus examensrelevante Abgrenzung von Diebstahl und Betrug bei sog. „Trickdiebstählen“ zu wiederholen.

1. Die Abgrenzung des Diebstahls vom Betrug

Die Abgrenzung zwischen Betrug und Diebstahl erweist sich insbesondere dann als schwierig, wenn der Täter mittels einer List eine fremde bewegliche Sache durch die Mitwirkung des Gewahrsamshabers erlangt.⁴ Die zentrale Frage ist hier, ob die Überlassung des Geldes als listige, fremdschädigende Wegnahme i.S.v. § 242 StGB oder als selbstschädigende, freiwillige Herausgabe des Geldes im Sinne einer Vermögensverfügung nach § 263 StGB zu bewerten ist. Die Besonderheit dieser Konstellationen des sog. Trickdiebstahls besteht darin, dass der endgültige Gewahrsamsverlust in zwei Schritten erfolgt. In einem ersten Schritt ermöglicht das Opfer dem Täter freiwillig den Zugriff auf das Tatobjekt, wobei sich der Täter noch in der Nähe oder zumindest im Herrschaftsbereich des Opfers befindet. In einem zweiten Schritt entfernt sich der Täter sodann aus dem Herrschafts- oder dem unmittelbaren Zugriffsbereich des Opfers. Während das Opfer mit dem ersten Schritt grundsätzlich einverstanden ist, gilt dies für den zweiten Schritt hingegen nicht. Der erste Akt entspricht also dem „äußeren Erscheinungsbild“ des selbstschädigenden Betrugs, der zweite Akt dem des fremdschädigenden Diebstahls.

Da Probleme in Klausuren nicht „frei“ erörtert werden, sondern in Tatbestandsmerkmale gekleidet und diese wiederum systematisch in den deliktischen Prüfungsaufbau eingeordnet und geprüft werden müssen, folgt hier zur Wiederholung der Prüfungsaufbau des Diebstahls und des Betrugs.

Diebstahl gem. § 242 Abs. 1 StGB

I. Tatbestand

1. Objektiver Tatbestand

- a) Fremde bewegliche Sache
- b) Wegnahme

2. Subjektiver Tatbestand

- a) Vorsatz
- b) Zueignungsabsicht
- c) Rechtswidrigkeit der beabsichtigten Zueignung
- d) Vorsatz bzgl. c)

II. Rechtswidrigkeit

III. Schuld

eine Geldfälschung, die als solche aber nicht erkennbar sei.

⁴ Högel, Die Abgrenzung zwischen Trickdiebstahl und Betrug, 2015, S. 21 f.; dazu bereits Brüning/Rapp, ZJS 2023, 906 (908 ff.); siehe auch Bosch, Jura 2023, 1396 ff.; Strauß, JuS 2024, 308 ff. sowie Brüning, Fall 6 der Baltic Crime Stories, abrufbar unter <https://www.baltic-crime-stories.de/fall/6-woelfe-im-schafspelz.html> (20.7.2024)

Betrug gem. § 263 Abs. 1 StGB

I. Tatbestand

1. Objektiver Tatbestand

- a) Täuschung
- b) Irrtum
- c) Vermögensverfügung
- d) Vermögensschaden

2. Subjektiver Tatbestand

- a) Vorsatz
- b) Bereicherungsabsicht
- c) Rechtswidrigkeit der beabsichtigten Bereicherung
- d) Vorsatz bzgl. c)

II. Rechtswidrigkeit

III. Schuld

In den Fällen des Trickdiebstahls ist der zur Erkenntnis führende Stein der Weisen beim Diebstahl gem. § 242 StGB in der Wegnahme und beim Betrug gem. § 263 StGB in der Vermögensverfügung vergraben.

Wegnahme bedeutet Bruch fremden und Begründung neuen Gewahrsams.⁵ Für das „Schicksal“ der Wegnahme ist also der Gewahrsamsbegriff von zentraler Bedeutung.⁶ Dabei ist der Begriff des Gewahrsams nicht nur für die Abgrenzung zwischen *versuchtem* und *vollendetem* Diebstahl relevant, sondern mittelbar auch für die Abgrenzung zwischen Diebstahl und Betrug.⁷ Da das Opfer nur mit dem oben beschriebenen ersten Schritt, nicht aber mit dem zweiten Schritt einverstanden ist, ist fraglich, ob das Opfer den Gewahrsam bereits mit diesem ersten Schritt, der Übergabe der Sache, verloren hat.

Gewahrsam bezeichnet das tatsächliche Herrschaftsverhältnis einer Person über eine Sache, getragen von einem Herrschaftswillen und bestimmt durch die Verkehrsauffassung des täglichen Lebens.⁸ Der Gewahrsam umfasst damit eine objektive Komponente (Herrschaftsmöglichkeit) und ein subjektives Element (Herrschaftswille), die nach einem sozial-normativen Maßstab bewertet werden.⁹

„Trotz dieser – vermeintlich – überschaubaren Voraussetzungen, erweist sich die Aufgabe, die Gewahrsamslage zu bestimmen, bei Licht gesehen als keine einfache.“¹⁰

Hinzu kommt, dass der definitorische Grundansatz des Gewahrsamsbegriffs nicht völlig unumstrit-

⁵ Schmitz, in: MüKo-StGB, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 242 Rn. 49; Schramm, JuS 2008, 678 (680); Wittig, in: BeckOK StGB, Stand: 1.5.2023, § 242 Rn. 10.

⁶ Brüning, ZJS 2015, 310 (311); vgl. auch Brüning/Rapp, ZJS 2023, 906 (909). Zum Gewahrsamsbegriff siehe auch Rönnau, JuS 2009, 1088; Jüchser, ZJS 2012, 195 ff.; Bosch, Jura 2014, 1237 ff.

⁷ Vgl. dazu Bosch, Jura 2023, 1396 (1399), spiegelbildlich zur Frage es Verfügungsbewusstsein i.R.d. § 263 StGB.

⁸ BGH NStZ 2020, 483; BGH NStZ 2021, 425 (426).

⁹ Vogel/Brodowski, in: LK-StGB, Bd. 13, 13. Aufl. 2022, § 242 Rn. 54; Wittig, in: BeckOK StGB, Stand: 1.5.2023, § 242 Rn. 11.

¹⁰ Zivanic, NZWiSt 2022, 7 im Kontext der sog. Bankautomatenfälle.

ten ist.¹¹ Doch trotz des Streits um den Gewahrsamsbegriff geht es in der Klausur nicht darum, die rechtliche Definition des Gewahrsamsbegriffs zu erörtern. Vielmehr ist der oben erwähnte, vom BGH in ständiger Rechtsprechung vertretene, sozial-faktische Gewahrsamsbegriff als rechtlicher Maßstab anzuwenden. Die eigentliche Leistung in der Klausur besteht darin, den Sachverhalt zu analysieren und auf die entsprechenden Kriterien anzuwenden. Dabei ist zunächst vom „Urbild unmittelbar-physischer Gewahrsamsverhältnisse“¹² auszugehen. Ein den Gewahrsam begründendes tatsächliches Herrschaftsverhältnis liegt grundsätzlich vor, wenn der Gewahrsamsinhaber die Macht hat, mit der Sache nach freiem Belieben zu verfahren. Dies ist der Fall, wenn der Verwirklichung des Herrschaftswillens keine tatsächlichen Hindernisse entgegenstehen,¹³ also eine tatsächliche physische Zugriffsmöglichkeit besteht. Allerdings wird dieser Archetypus des Gewahrsams durch den „elastischen Maßstab“¹⁴ der Verkehrsauffassung des täglichen Lebens normativ überlagert. Damit wird der Gewahrsam aufgrund sozial-normativer Wertungsgesichtspunkte zugeschrieben. Einigkeit besteht insoweit, dass das einmal begründete tatsächliche Herrschaftsverhältnis zwischen dem Gewahrsamsinhaber und der Sache jedenfalls dann bestehen bleibt, wenn sich der Gewahrsamsinhaber von der Sache entfernt und die entfernungsbedingte Trennung nicht auf Dauer angelegt ist.¹⁵ Die Entfernung führt dann grundsätzlich nur zu einer Gewahrsamslockerung, nicht aber zu einem Gewahrsamsverlust, jedenfalls dann nicht, wenn der Gewahrsamsinhaber noch weiß, wo sich die Sache befindet.¹⁶

Die Verkehrsanschauung ermöglicht ferner die soziale Zuordnung einer Sache zu einem bestimmten Herrschaftsbereich, den sog. Gewahrsamssphären.¹⁷ Befindet sich die Sache in der Gewahrsamssphäre einer Person, wird ihr die Herrschaft über darin befindliche Sachen zugesprochen, und zwar auch dann, wenn sie nicht anwesend ist, etwa in Wohnungen oder Supermärkten.

In der vorliegenden Entscheidung stellt sich demnach die Frage, ob Q, gesetzt dem Fall, er wäre den Träumen der modernen Alchemie erlegen gewesen, Gewahrsam verloren hätte, wenn er die Geldscheine an den Angeklagten und V übergeben hätte oder ob dies zunächst nur eine Gewahrsamslockerung begründet hätte.

Eine Wegnahme verlangt darüber hinaus, dass der Täter den Gewahrsam „bricht“, also gegen oder ohne den Willen des Gewahrsamsinhabers handelt, mithin ohne dessen Einverständnis. Der Bruch des Gewahrsams qualifiziert Diebstahl als Fremdschädigungsdelikt und unterscheidet ihn vom Betrug, bei dem das Opfer manipuliert wird, sich selbst zu schädigen, indem es den Gewahrsam freiwillig überträgt. Im Falle einer einverständlichen Gewahrsamsübertragung liegt demnach keine Fremdschädigung, sondern eine Selbstschädigung und damit eine Verfügung i.S.d. § 263 StGB vor. Dies zeigt, dass die Kriterien zur Bestimmung des Merkmals „Bruch“ (§ 242 Abs. 1 StGB) und der Vermögensverfügung (§ 263 Abs. 1 StGB) identisch sind. Liegt das eine vor, scheidet das andere aus.

Eine Vermögensverfügung i.S.d. § 263 Abs. 1 StGB ist jedes Tun, Dulden oder Unterlassen, das sich unmittelbar vermögensmindernd auswirkt. Zur Abgrenzung des Sachbetrugs vom Diebstahl muss das Verfügungsverhalten beim Sachbetrug eine unmittelbare Vermögensminderung bewirken. Zudem muss der Verfügende freiwillig und mit Verfügungsbewusstsein handeln. Eine Vermögensminderung

¹¹ Einen kurzen Überblick gibt *Rönnau*, JuS 2009, 1088.

¹² *Ling*, ZStW 110 (1998), 919 (922).

¹³ *Vogel/Brodowski*, in: LK-StGB, Bd. 13, 13. Aufl. 2022, § 242 Rn. 62.

¹⁴ *Heinrich*, in: *Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf*, Strafrecht, Besonderer Teil, 4. Aufl. 2021, § 13 Rn. 40.

¹⁵ *Vogel/Brodowski*, in: LK-StGB, Bd. 13, 13. Aufl. 2022, § 242 Rn. 64.

¹⁶ Zur Unterscheidung von verlorenen und vergessenen Sachen BGH NStZ 2020, 483; *Rennicke*, ZJS 2020, 499 (500).

¹⁷ Dazu *Brüning*, ZJS 2015, 310 (311).

liegt immer dann vor, wenn der Getäuschte einen Gewahrsamsverlust erleidet, wie ihn die Wegnahme nach § 242 StGB voraussetzt. In einer Klausur ist bei der Abgrenzung zwischen Betrug und Diebstahl also darauf zu achten, dass jede Gewahrsamsverschiebung konsequenterweise auch eine Vermögensminderung zur Folge hat. Führt eine Täuschung hingegen nur zu einer Gewahrsamslockerung, liegt noch keine Vermögensminderung und damit auch noch keine Vermögensverfügung vor. In den Konstellationen des Trickdiebstahls ist es daher denkbar, dass der erste Akt nur eine Gewahrsamslockerung begründet, die insoweit noch nicht zu einer Vermögensminderung führt, und erst der zweite Akt den endgültigen Gewahrsamsverlust und damit eine Vermögensminderung bewirkt.

Dies verdeutlicht, dass das Merkmal der Unmittelbarkeit in diesem Zusammenhang im Ergebnis ohne Bedeutung ist. An der Unmittelbarkeit soll es in den Fällen des Trickdiebstahls immer dann fehlen, wenn sich der Täter durch die Täuschung lediglich die Möglichkeit verschafft, auf die Sache zuzugreifen.¹⁸ In diesem Fall liegt aber, wie gerade ausgeführt, noch keine Gewahrsamsverschiebung und damit auch keine Vermögensminderung vor, sodass die Frage der Unmittelbarkeit irrelevant wird.¹⁹

Fraglich ist ferner, nach welchen Kriterien das (selbstschädigende) Einverständnis in die Gewahrsamsverschiebung bewertet wird. Während die Rechtsprechung diese Frage im Zusammenhang mit der Abgrenzung von Raub (§ 249 StGB) und räuberischer Erpressung (§§ 253, 255 StGB) ausschließlich nach dem äußeren Erscheinungsbild beantwortet,²⁰ geht sie davon aus, dass für die Abgrenzung zwischen Trickdiebstahl (§ 242 StGB) und Betrug (§ 263 StGB) und damit für die Bewertung des Einverständnisses in die Gewahrsamsverschiebung neben dem äußeren Erscheinungsbild auch die innere Willensrichtung des Opfers maßgeblich ist.²¹ Dies ist insofern nachvollziehbar, als in Fällen wie dem vorliegenden die Sache dem äußeren Anschein nach stets (einverständlich) übergeben worden ist. Die Frage ist nur, worauf sich das Einverständnis bezieht: auf eine Gewahrsamslockerung oder auf einen Gewahrsamsverlust. Und dies hängt von der inneren Willensrichtung des Opfers ab.

2. Der Versuch, insbesondere der Tatentschluss und das unmittelbare Ansetzen

Da es im vorliegenden Fall nicht zur Übergabe der geforderten Geldscheine gekommen ist, ist die Tat nicht vollendet, und es ist fraglich, ob sie überhaupt das Versuchsstadium erreicht hat.

Bei vergleichsweise einfachen Delikten wie Körperverletzung (§ 223 StGB) oder Totschlag (§ 212 StGB) gelingt den Studierenden der Prüfungsaufbau des Versuchs häufig noch gut. Doch sobald komplexere Straftatbestände wie Diebstahl (§ 242 StGB) oder Betrug (§ 263 StGB) geprüft werden müssen, treten vermehrt Fehler auf.

Allgemein gilt folgender Versuchsaufbau. Dabei erscheint es ratsam, die Vorprüfung nicht als eigenen Gliederungspunkt aufzuführen, um die übliche Nummerierung des Gliederungssystems beizubehalten. Die Vorprüfung kann sich insoweit nahtlos an den Obersatz anschließen.

¹⁸ Saliger, in: Matt/Renzikowski, Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl. 2020, § 263 Rn. 119.

¹⁹ Högel, Die Abgrenzung zwischen Trickdiebstahl und Betrug, 2015, S. 217 ff.; Hefendehl, in: MüKo-StGB, Bd. 5, 4. Aufl. 2022, § 263 Rn. 446 ff.

²⁰ BGH BeckRS 2018, 9623; BGH BeckRS 2021, 28048. Zur Abgrenzung von Raub und räuberischer Erpressung, siehe Heghman, ZJS 2023, 966 ff.

²¹ BGH NStZ 2016, 727; BGH NJW 1963, 1068 (sog. „Sammelgaragenfall“); BGH BeckRS 1986, 31109646; BGH NStZ 2016, 727.

Vorprüfung

- Keine Vollendung
- Strafbarkeit des Versuchs

I. Tatbestand

1. Tatentschluss
2. Unmittelbares Ansetzen

II. Rechtswidrigkeit

III. Schuld

IV. Kein Rücktritt gem. § 24 StGB

In der sog. Vorprüfung ist zu untersuchen, ob der Sachverhalt überhaupt Anlass zur Prüfung des Versuchs gibt. Dies ist nur dann der Fall, wenn die Tat nicht vollendet wurde, weil mindestens ein Tatbestandsmerkmal nicht erfüllt ist. Ist es nicht möglich, den Grund für die Nichtvollendung der Tat in ein oder zwei Sätzen kurz darzustellen, empfiehlt es sich, mit der Prüfung des vollendeten Delikts zu beginnen. Erst wenn der objektive Tatbestand des vollendeten Delikts verneint wird, ist der Versuch zu prüfen.²² In einem weiteren Schritt ist die sich aus § 23 Abs. 1 StGB ergebende Versuchsstrafbarkeit zu prüfen.

Da Versuchshandlungen äußerlich oft neutral erscheinen, ist es ohne Berücksichtigung der Vorstellung des Täters nicht möglich, eindeutig festzustellen, welche Tat der Täter versucht hat. Wenn z.B. A am geöffneten Fenster steht, mit einem Gewehr hantiert und schießt, lässt sich aus dem äußeren Geschehen nicht erkennen, ob es sich um ein versuchtes Tötungsdelikt oder um eine versuchte Sachbeschädigung handelt. Aus diesem Grund ist es notwendig, mit der Prüfung des subjektiven Tatbestands beim Versuch zu beginnen.²³ Dabei ist der subjektive Tatbestand des Versuchs mit dem des vollendeten Delikts identisch. Das bedeutet, dass der subjektive Tatbestand sowohl den Vorsatz als auch alle anderen subjektiven Unrechtsmerkmale umfasst. Man spricht in diesem Zusammenhang üblicherweise vom sog. Tatentschluss.²⁴

Allerdings bezieht sich die Vorsatzprüfung bei einem vollendeten Delikt auf ein reales – strafbares – vergangenes Geschehen. Im Gegensatz zur Vorsatzprüfung beim vollendeten Delikt kann in der Versuchsprüfung kein „Rückblick auf die im objektiven Tatbestand betrachtete Tathandlung“²⁵ erfolgen, weil kein realer Geschehensablauf vorliegt. Vielmehr ist im subjektiven Tatbestand auf die Vorstellung des Täters abzustellen,²⁶ d.h. Bezugspunkt für die Vorsatzprüfung ist der (fiktive) Sachverhalt, den sich der Täter vorgestellt hat.²⁷

Obwohl die Prüfung des Vorsatzes bei vollendeten und versuchten Delikten nach denselben rechtlichen Maßstäben erfolgt, ist der tatsächliche Prüfungsumfang des Vorsatzes bei Versuchsdelikten in Klausuren wesentlich umfangreicher. Dies liegt daran, dass die rechtliche Bewertung des vorgestellten Täterverhaltens und damit die inhaltliche Prüfung der Tatbestandsmerkmale im Rahmen der Vorsatzprüfung erfolgen. Insoweit ergibt sich für den Diebstahl und den Betrug folgender Versuchsaufbau.

²² Zur Vorprüfung *B. Heinrich*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 7. Aufl. 2022, Rn. 652 f.

²³ *Rath*, *JuS* 1998, 1106 (1101); *Krack*, *JA* 2015, 905 (906); *Kusche*, *Jura* 2019, 913 (916); *Rengier*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 15. Aufl. 2023, § 34 Rn. 7 ff.; *Kudlich*, in: *Hilgendorf/Kudlich/Valerius, Handbuch des Strafrechts*, Bd. 3, 2021, § 57 Rn. 30; a.A. *Bock*, *JR* 2021, 497 (499 ff.).

²⁴ *Wessels/Beulke/Satzger*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 53. Aufl. 2023, Rn. 953.

²⁵ *Krack*, *JA* 2015, 905 (906).

²⁶ *Kusche*, *Jura* 2019, 913 (916).

²⁷ *Rengier*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 15. Aufl. 2023, § 34 Rn. 13.

Versuchter Diebstahl gem. §§ 242 Abs. 1, Abs. 2, 22, 23 Abs. 1 Var. 2 StGB

Vorprüfung

- I. Tatbestand
 1. Tatenschluss
 - a) Vorsatz bzgl. fremder beweglicher Sache
 - b) Vorsatz bzgl. Wegnahme
 - c) Zueignungsabsicht
 - d) Vorsatz bzgl. Rechtswidrigkeit der beabsichtigten Zueignung
 2. Unmittelbares Ansetzen
- II. Rechtswidrigkeit
- III. Schuld
- IV. Kein Rücktritt gem. § 24 StGB

Versuchter Betrug gem. §§ 263 Abs. 1, Abs. 2, 22, 23 Abs. 1 Var. 2 StGB

Vorprüfung

- I. Tatbestand
 1. Tatenschluss
 - a) Vorsatz bzgl. Täuschung
 - b) Vorsatz bzgl. Irrtums
 - c) Vorsatz bzgl. Vermögensverfügung
 - d) Vorsatz bzgl. Vermögensschadens
 - e) Bereicherungsabsicht
 - f) Vorsatz bzgl. Rechtswidrigkeit der beabsichtigten Bereicherung
 2. Unmittelbares Ansetzen
- II. Rechtswidrigkeit
- III. Schuld
- IV. Kein Rücktritt gem. § 24 StGB

Prüft man einen versuchten Betrug, so müssen im Tatenschluss die Tatbestandsmerkmale Täuschung, Irrtum, Vermögensverfügung und Vermögensschaden sowie die Bereicherungsabsicht geprüft, d.h. definiert und auf der Basis des vom Täter vorgestellten Sachverhalts subsumiert werden. Es ist nicht leicht, den hier notwendigen ständigen Wechsel zwischen objektiver Darstellung (Definition, Schlussfolgerung) und subjektiver Tätervorstellung (als anzuwendenden Lebenssachverhalt) sauber zu formulieren.²⁸ In einer Klausur wäre die Abgrenzung zwischen Diebstahl und Betrug folglich im Tatenschluss zu prüfen und die oben dargestellten Probleme wären beim Vorsatz bzgl. der Wegnahme bzw. bzgl. der Vermögensverfügung zu erörtern.²⁹

Das strafbare Versuchsstadium hat der Täter gem. § 22 StGB aber erst erreicht, wenn er nach seiner Vorstellung von der Tat zur Verwirklichung des Tatbestandes auch unmittelbar angesetzt hat. Das unmittelbare Ansetzen verwirklicht den objektiven „Rumpftatbestand“³⁰ der Versuchsprüfung und manifestiert folglich den Tatenschluss nach außen. Insoweit wird sichergestellt, „dass die Ver-

²⁸ Krack, JA 2015, 905 (907).

²⁹ Kudlich, JA 2013, 552 (554).

³⁰ Kudlich, in: Hilgendorf/Kudlich/Valerius, Handbuch des Strafrechts, Bd. 3, 2021, § 57 Rn. 52.

suchsstrafbarkeit nicht in der Art eines Gesinnungsunrechts allein an die Tätervorstellung anknüpft³¹. Dabei handelt es sich um „ein unverzichtbares Minimum, das sich aus Grundprinzipien des deutschen Strafrechts als Tatstrafrecht ergibt.“³² Obgleich es sich beim unmittelbaren Ansetzen um ein Merkmal des objektiven Tatbestands des Versuchs handelt, muss der Täter gem. § 22 StGB „nach seiner Vorstellung“ handeln. Insoweit besteht Einigkeit darüber, dass die Tätervorstellung die Grundlage für die Beurteilung des unmittelbaren Ansetzens ist, wobei es nur um die (fiktive) tatsächliche Grundlage geht, nicht aber um den rechtlichen Beurteilungsmaßstab.³³

Der Täter muss ferner gem. § 22 StGB zur „Verwirklichung des Tatbestandes“ angesetzt haben, d.h. rechtlicher Bezugspunkt des unmittelbaren Ansetzens ist der konkrete Tatbestand auf den sich der Tatentschluss bezieht.³⁴ Sofern der Täter die Begehung mehrerer Straftatbestände plant, ist für jeden einzelnen der Zeitpunkt des unmittelbaren Ansetzens gesondert zu bestimmen.³⁵

Unter Zugrundlegung dieser subjektiv-normativen Bewertungsgrundlage ist nunmehr anhand von objektiven Maßstäben zu klären, ob der Täter unmittelbar angesetzt hat.³⁶ Über die objektiven Kriterien anhand derer das unmittelbare Ansetzen bewertet wird, besteht allerdings keine Einigkeit. Die Problematik lässt sich jedoch in einer Klausur viel leichter lösen, als das vielschichtige Meinungsbild vermuten lässt.

Hat der Täter sämtliche Tathandlungen vorgenommen und läuft die von ihm in Gang gesetzte Kausalkette unverzüglich und ungehindert weiter, so kann der Täter durch sein Handeln nicht mehr näher an die Tatbestandsverwirklichung „heranrücken“ als er es bereits getan hat. Aus diesem Grund ist das unmittelbare Ansetzen grundsätzlich immer dann zu bejahen, wenn der Täter alles Erforderliche zur Verwirklichung des Tatbestands getan hat, also ein sog. beendeter Versuch gegeben ist.³⁷

Die Antwort auf die Frage, wann der Täter nach seiner Vorstellung unmittelbar zur Tat ansetzt, ist vor allem in zwei Konstellationen ausführlicher zu diskutieren. Dies gilt zunächst für den Fall, dass zwischen der Ausführungshandlung und dem vorgestellten tatbestandlichen Erfolg ein langer Zeitraum liegt oder das Opfer noch unbewusst selbstschädigende Handlungen vornehmen muss, um den tatbestandsmäßigen Erfolg herbeizuführen. Und es gilt zweitens auch für den Fall des unbeeendeten Versuchs, also wenn der Täter aus seiner Sicht noch nicht alles Erforderliche zur Tatbestandsverwirklichung unternommen hat.

In der Rechtsprechung und Literatur erfreut sich die umgangssprachliche Redewendung „Jetzt geht's los!“ großer Beliebtheit. Danach liegt ein unmittelbares Ansetzen des Täters vor, wenn er die Schwelle des „Jetzt geht's los“³⁸ überschreitet. Um zu bestimmen, wann diese Schwelle überschritten wird, werden eine Vielzahl von Kriterien herangezogen, die teilweise miteinander kombiniert werden.³⁹ Für ein unmittelbares Ansetzen sprechen danach

³¹ *Krack*, JA 2015, 905 (908).

³² *Kudlich/Schuhr*, in: SSW-StGB, 6. Aufl. 2024, § 22 Rn. 36.

³³ *Eser/Bosch*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 22 Rn. 33/34.

³⁴ BGH NJW 2020, 2570 (2571); *Brockhaus*, in: AnwaltKommentar StGB, 3. Aufl. 2020, § 22 Rn. 24.

³⁵ *Heger/Petzsche*, in: in: Matt/Renzikowski, Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl. 2020, § 22 Rn. 31; *B. Heinrich*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 7. Aufl. 2022, Rn. 730.

³⁶ *Bosch*, Jura 2011, 909.

³⁷ Die Unterscheidung zwischen beendeten und unbeeendeten Versuch ist für die Prüfung der Rücktrittsvoraussetzungen von Bedeutung. Sie kann jedoch auch für die Frage des unmittelbaren Ansetzens herangezogen werden, siehe dazu *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 2, 2003, § 29 Rn. 99 ff., 1992 ff.; *Heger*, in: Lackner/Kühl/Heger, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2023, § 22 Rn. 8; *Bock*, JR 2021, 497 (498).

³⁸ BGH NStZ 2020, 598; BGH NStZ 2022, 409 (412).

³⁹ *Cornelius*, in: BeckOK StGB, Stand: 1.5.2024, § 22 Rn. 35.

- eine zeitliche und räumliche Unmittelbarkeit (wenn die bereits vorgenommene Handlung – aus der Sicht des Täters – in einem engen zeitlichen und räumlichen Zusammenhang mit der Tatbestandsverwirklichung steht),⁴⁰
- eine unmittelbare Gefährdung des geschützten Rechtsgutes,⁴¹
- eine Handlung, die bei ungestörtem Fortgang ohne Zwischenakte und ohne weitere Willensimpulse in die Tatbestandsverwirklichung einmündet⁴² sowie
- ein „friedensstörender Zugriff“ auf die Opfersphäre (der dann gegeben ist, wenn der Täter durch seine Handlung seinen verbrecherischen Willen in der Weise nach außen manifestiert, dass der Eindruck der Unverletzlichkeit der Rechtsordnung erschüttert wurde).⁴³

In der Regel hat der Täter auch unmittelbar angesetzt, wenn er bereits ein Merkmal des gesetzlichen Tatbestands verwirklicht hat (sog. Teilverwirklichungslehre).⁴⁴ Dies gilt jedoch nicht ausnahmslos.⁴⁵ Denn der Täter muss zur Verwirklichung der *Tat* und nicht zur Verwirklichung einzelner Tatbestandsmerkmale angesetzt haben. Rechtlicher Bezugspunkt des unmittelbaren Ansetzens ist die gesamte Tat, sodass das Ansetzen bereits auf die Verwirklichung *aller* Tatbestandsmerkmale gerichtet sein muss.⁴⁶ Insbesondere bei mehraktigen Geschehen, bei denen die Verwirklichung der Tatbestandsmerkmale zeitlich gestreckt ist, sind die oben genannten Kriterien oft nicht erfüllt.

III. Die Entscheidung

Das OLG Hamm verwirft die Revision der Staatsanwaltschaft gegen das freisprechende Berufungsurteil des Landgerichts als unbegründet. Der Angeklagte habe nicht unmittelbar zur Tat angesetzt, wobei dahinstehen könne, ob der Tatplan des Angeklagten auf einen Trickdiebstahl (§ 242 StGB) oder auf einen Sachbetrug (§ 263 StGB) gerichtet gewesen sei, „denn nach den rechtsfehlerfrei getroffenen Feststellungen des Urteils ist hinsichtlich beider möglicher Tatvarianten ein unmittelbares Ansetzen zur Tatausführung nicht gegeben.“⁴⁷

Das Gericht prüft sodann die beiden möglichen Tatvarianten und beginnt mit dem versuchten Diebstahl.⁴⁸ Im Hinblick auf die allgemeine Abgrenzung des Trickdiebstahls vom Sachbetrug führt das Gericht aus, dass der Sachverhalt rechtlich als Trickdiebstahl zu qualifizieren sei, sofern es Q nur darum gegangen sei, seinen Gewahrsam zu lockern.⁴⁹ Sodann bestimmt das Gericht den allgemeinen rechtlichen Prüfungsmaßstab für das unmittelbare Ansetzen. Ein solches bestehe „in einem Verhalten des Täters, das nach seiner Vorstellung von der Tat in ungestörtem Fortgang ohne weitere wesentliche Zwischenakte zur – vollständigen – Tatbestandserfüllung führt oder im unmittelbaren räumlichen und zeitlichen Zusammenhang in sie einmündet. Diese Voraussetzung kann schon gegeben sein, bevor der Täter eine der Beschreibung des gesetzlichen Tatbestandes entsprechende Handlung vornimmt; regelmäßig genügt es, wenn der Täter ein Merkmal des gesetzlichen Tatbestandes ver-

⁴⁰ BGH BeckRS 2022, 7965; BayObLG NJW 2024, 2126 (2127).

⁴¹ BGH NJW 2020, 559 (560); BGH NJW 2024, 604 (607).

⁴² BGH NSTZ 2021, 537; BGH BeckRS 2022, 17533.

⁴³ *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 2, 2003, § 29 Rn. 139 ff.

⁴⁴ BGH NSTZ 2011, 400 (401).

⁴⁵ Dazu bereits *Brüning/Rapp*, ZJS 2023, 906 (915).

⁴⁶ *Eser/Bosch*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 22 Rn. 37; *Jäger*, in: SK-StGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2017, § 22 Rn. 12; dazu auch *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 2, 2003, § 29 Rn. 139 ff.

⁴⁷ OLG Hamm BeckRS 2023, 40895 Rn. 10.

⁴⁸ OLG Hamm BeckRS 2023, 40895 Rn. 11 ff.

⁴⁹ OLG Hamm BeckRS 2023, 40895 Rn. 12.

wirklicht.“⁵⁰ Der *Senat* betont im Folgenden auch die Tatbestandsbezogenheit des unmittelbaren Ansetzens und führt aus: Mit Blick auf das unmittelbare Ansetzen „muss aber immer das, was [der Täter] zur Verwirklichung seines Vorhabens unternimmt, zu dem in Betracht kommenden Straftatbestand in Beziehung gesetzt werden. Hiernach ist es für den Versuch eines Diebstahls nach § 242 StGB grundsätzlich erforderlich, zum Gewahrsamsbruch anzusetzen.“ Mit Blick auf den versuchten Trickdiebstahl „setzt ein unmittelbares Ansetzen demnach voraus, dass sich eine Gewahrsamslockerung hinsichtlich der betroffenen Sache jedenfalls anbahnt.“⁵¹ Der Tatbestandsbezug liegt nach Ansicht des Gerichts also nicht erst aufgrund des Gewahrsamsbruchs vor, der die Wegnahme erst vollendet, sondern ist bereits durch die Gewahrsamslockerung hergestellt worden. Im konkreten Fall fehle es an einem unmittelbaren Ansetzen, da nach dem Vorstellungsbild des Angeklagten noch mehrere wesentliche Zwischenakte erforderlich gewesen wären. Q hätte die betreffenden Geldscheine noch präsentieren müssen und die zur Geldvermehrung erforderlichen Geldscheine „aus der Hand geben“ müssen, um eine Gewahrsamslockerung anzubahnen. Da dies nicht geschehen sei, habe aus Sicht des Angeklagten keine Gefährdung des geschützten Rechtsguts vorgelegen.⁵²

„Sofern der Tatentschluss des Angekl. darauf gerichtet war, den Zeugen Q durch Täuschung sogar dazu zu bewegen, nicht nur seinen Gewahrsam an den Geldscheinen zu lockern, sondern dem Angekl. eigenen Gewahrsam an den Geldscheinen einzuräumen – etwa indem er ihm vorspiegelte, die Vermehrung der Geldscheine könne nicht in den Räumlichkeiten des Zeugen Q stattfinden, weshalb der Angekl. das Geld mitnehmen müsse – würde es sich in rechtlicher Sicht um einen beabsichtigten Sachbetrug handeln.“⁵³

Auch bei einem Betrug sei es „für das Erreichen des Versuchsstadiums regelmäßig ausreichend, dass der Täter bereits ein Merkmal des gesetzlichen Tatbestands verwirklicht“⁵⁴ habe. Dies könne durch die Täuschungshandlung bzw. das Hervorrufen eines Irrtums geschehen. Jedoch müsse auch bei mehraktigen Geschehen die Tatbestandsbezogenheit beachtet werden. Daher sei „erst diejenige Täuschungshandlung maßgeblich, die den Getäuschten unmittelbar zur irrumsbedingten [Vermögensverfügung⁵⁵] bestimmen und den Vermögensschaden herbeiführen“⁵⁶ solle. Das Gericht kommt zu dem Schluss, dass die bisherigen Täuschungshandlungen, insbesondere die Behauptung, Geld vermehren zu können, „nur allgemeiner Art“ gewesen seien und dazu gedient hätten, Vertrauen aufzubauen. Es handele sich daher um Vorbereitungshandlungen. Bei dem Treffen am 20.3.2019 sei lediglich über alltägliche Dinge gesprochen worden.

„Demnach fehlt es an derjenigen Täuschungshandlung, die den Zeugen Q unmittelbar zur irrumsbedingten [Vermögensverfügung], dem Überreichen oder Überlassen konkreter Geldscheine, bestimmen sollte.“

⁵⁰ OLG Hamm BeckRS 2023, 40895 Rn. 12.

⁵¹ OLG Hamm BeckRS 2023, 40895 Rn. 13.

⁵² OLG Hamm BeckRS 2023, 40895 Rn. 14.

⁵³ OLG Hamm BeckRS 2023, 40895 Rn. 15.

⁵⁴ OLG Hamm BeckRS 2023, 40895 Rn. 16.

⁵⁵ Im Urteil heißt es (wahrscheinlich aufgrund eines Versehens) „Verfügungsverfügung“ statt „Vermögensverfügung“.

⁵⁶ OLG Hamm BeckRS 2023, 40895 Rn. 16.

Im Übrigen war „das fremde Rechtsgut [...] aus Sicht des Angekl. auch noch nicht konkret gefährdet, als sich die Polizeibeamten – wohl verfrüht – zum Zugriff entschlossen haben.“⁵⁷ Ein unmittelbares Ansetzen liege daher nicht vor. Da dies bereits anhand der vom Landgericht getroffenen Feststellungen habe bewertet werden können, seien die Sachverhaltsfeststellungen auch nicht lückenhaft gewesen.⁵⁸

IV. Bewertung der Entscheidung

Der *Senat* hat den Freispruch des Angeklagten zu Recht „gehalten“. Der Angeklagte hat unter keinem denkbaren Gesichtspunkt, weder unter dem des versuchten Diebstahls noch unter dem des versuchten Betrugs, zu einer Tat gem. § 22 StGB unmittelbar angesetzt.

Dass das OLG hier offenlassen musste, ob sich der Täter bei Gelingen seines Plans wegen Betrugs oder wegen Diebstahls strafbar gemacht hätte, ist den knappen tatsächlichen Feststellungen der Berufungsinstanz geschuldet. Da der *Senat* aber zu Recht davon ausgegangen ist, dass auch die vorliegenden Feststellungen zur „Entscheidung“ ausreichen, greift die Aufklärungsrüge zu Recht nicht durch.

Für die Abgrenzung zwischen Diebstahl und Betrug stellt das Gericht zutreffend darauf ab, ob durch die Übergabe des Geldes bereits ein Gewahrsamsverlust oder nur eine Gewahrsamslockerung eingetreten ist, begründet dies aber nicht. Nun gehört es zu den Privilegien von Revisionsinstanzen, sich kurz fassen zu können. Dieses Privileg steht den Studierenden in der Klausur aber nicht zu. Von ihnen wird eine Begründung verlangt, da gerade diese die wesentliche Grundlage für das Verständnis und die Bewertung der juristischen Argumentation ist.

Daher müsste im vorliegenden Fall – richtig verortet im Prüfungsaufbau – erläutert werden, wie sich der Gewahrsamsverlust von der Gewahrsamslockerung unterscheidet und aus welchem Grund sich diese Unterscheidung auf die Abgrenzung des Diebstahls vom Betrug auswirkt.

Wie sich der Gewahrsamsverlust von der Gewahrsamslockerung unterscheidet, deutet das Gericht im Rahmen der Ausführungen zum versuchten Betrug an, da es von einem Gewahrsamsverlust ausgeht, wenn der Angeklagte behauptet hätte, „die Vermehrung der Geldscheine könne nicht in den Räumlichkeiten des Zeugen Q stattfinden“ und er das Geld habe mitnehmen müssen. Insoweit bemüht das OLG im Ergebnis das oben ausgeführte Entfernungskriterium. Fraglich ist aber, ob selbst eine Entfernung bereits zu einem Gewahrsamsverlust geführt hätte. Denn hätte Q das Geld zurückerhalten sollen, wäre eine etwaige Entfernung nicht auf Dauer angelegt gewesen. In diesem Fall hätten sozial-normative Gesichtspunkte daher auch nur eine Gewahrsamslockerung begründen können.

Warum aber kommt es für die Unterscheidung zwischen Diebstahl und Betrug darauf an, ob die Geldübergabe zu einer Gewahrsamslockerung oder zu einem Gewahrsamsverlust geführt hat? Hätte die Geldübergabe zu einem Gewahrsamsverlust geführt und hätte Q sich mit diesem Gewahrsamsverlust einverstanden erklärt, dann hätte der Angeklagte keinen Gewahrsam gebrochen und damit läge keine fremdschädigende Wegnahme vor. Vielmehr hätte Q freiwillig eine selbstschädigende Vermögensminderung vorgenommen. Hätte die Geldübergabe allerdings lediglich zu einer Gewahrsamslockerung geführt, dann hätte in diesem Moment mangels Gewahrsamsübergang keine Wegnahme und mangels Vermögensminderung auch keine Vermögensverfügung vorgelegen. Ein Gewahrsamswechsel wäre erst eingetreten, wenn sich der Angeklagte aus dem Zugriffsbereich des Q entfernt hätte. Mit dieser Entfernung wäre Q dann nicht mehr einverstanden gewesen, mit der Folge, dass dieser Gewahrsamsverlust dann durch Bruch erfolgt wäre und somit zu einer Wegnahme geführt hätte.

⁵⁷ OLG Hamm BeckRS 2023, 40895 Rn. 17.

⁵⁸ OLG Hamm BeckRS 2023, 40895 Rn. 18.

Für die Diebstahls- und die Betrugsvariante ergeben sich somit unterschiedliche Vollendungszeitpunkte. Während ein Betrug im Falle des Gewahrsamsverlustes bereits mit der Geldübergabe eingetreten wäre, wäre der Diebstahl erst mit dem späteren Zeitpunkt des Sich-Entfernens vollendet gewesen. Dies ist wichtig für die nun zu bewertende Frage, ob und ggf. wann der Angeklagte unmittelbar zur Tat angesetzt hat.

Das Gericht verzichtet zwar auf das „Jetzt geht’s los!“-Kriterium, kombiniert aber die Zwischenaktstheorie mit der Teilverwirklichungslehre und dem Gefährdungsansatz. Das Gericht betont insoweit die Teilverwirklichungslehre und die damit verbundene Tatbestandsbezogenheit. Zutreffend fordert der *Senat* daher für das unmittelbare Ansetzen zum Diebstahl ein unmittelbares Ansetzen zum Gewahrsamsbruch, da dies den Vollendungszeitpunkt markiert. Warum beim versuchten Trickdiebstahl ein unmittelbares Ansetzen bereits ausreichen soll, wenn lediglich eine Gewahrsamslockerung bevorsteht, ist nicht nachvollziehbar. In diesen Fällen ist oft ein weiterer wesentlicher Zwischenschritt erforderlich, bevor der endgültige Gewahrsamsverlust eintritt. Zwischen der Gewahrsamslockerung und dem Gewahrsamsverlust kann ein erheblicher Zeitraum liegen, und es kann lange dauern, bis der Täter die Gelegenheit erhält, den endgültigen Gewahrsamsverlust herbeizuführen. Daher ist es nicht sinnvoll, bereits die Gewahrsamslockerung als festen Bezugspunkt für das unmittelbare Ansetzen zu wählen. Zwar wandelt das OLG mit dieser Annahme auf den Spuren des BGH, doch ist dies kein inhaltliches Argument für deren Richtigkeit. Rhetorisch greift das Gericht auch beim versuchten Betrug auf die Teilverwirklichungslehre zurück, weicht diese aber letztlich dahingehend auf, dass insoweit nur auf bereits verwirklichte Tatbestandsmerkmale zurückgegriffen werden könne, die das Rechtsgut bereits konkret gefährdet haben. Beim Betrug ist die bereits verwirklichte Täuschung daher richtigerweise nur dann für das unmittelbare Ansetzen maßgeblich, wenn sie unmittelbar in die irrtumsbedingte Vermögensverfügung einmündet. Diese Sichtweise verdient im Ergebnis Zustimmung.

V. Fazit und Ausblick

Die Entscheidung zeigt, dass ein kurzes Urteil eines Oberlandesgerichts Studierende vor unerwartete Herausforderungen stellen kann. Diese bestehen nicht unbedingt darin, rechtliche Streitfragen zu lösen, sondern vielmehr darin, den Sachverhalt korrekt zu erfassen und die darin enthaltenen Rechtsfragen strukturiert im Prüfungsaufbau den entsprechenden Tatbestandsmerkmalen zuzuordnen und präzise zu subsumieren. Insbesondere, wenn auch die Versuchsstrafbarkeit eines Delikts zu prüfen ist, ist es wichtig, den Prüfungsaufbau sicher zu beherrschen. Ein sicheres Strukturverständnis und eine präzise Handhabung des Deliktsaufbaus, einschließlich des Versuchsaufbaus, gehören zum gut sortierten Werkzeugkasten, um die strafrechtlichen Examensprüfungen erfolgreich zu meistern.