

# Übungsfall: Der (E)i-Pod und die Messer

Von Rechtsanwalt Dr. **Oliver Sahan**, Hamburg

*Diese Klausur wurde von dem Autor im Rahmen seiner Tätigkeit als Arbeitsgruppenleiter entwickelt. Sie richtet sich an Examenskandidaten sowie Studenten, welche sich mit dem Themenbereich der Eigentums- und Vermögensdelikte beschäftigen. Der Schwerpunkt der Klausur liegt bei den Eigentums- und Vermögensdelikten, die Bearbeitungszeit beträgt 4,5 Stunden.*

## Sachverhalt

Die 76-jährige O, deren einziger Verwandter ihr älterer Bruder ist, wohnt allein in einer großen Stadtwohnung. Eines Tages ruft T, der gewerblich elektronische Geräte per Telefon veräußert, bei ihr an und fragt, ob sie Interesse habe, für 250 Euro einen i-Pod zu erwerben. O missversteht T und fragt erstaunt nach, warum der „Eipott“ so teuer sei. T erkennt den Irrtum der O und begründet den – für den i-Pod angemessenen und marktüblichen – Preis damit, dass es sich um einen Topf mit allen technischen Raffinessen handele, der der O sicherlich viel Freude bereiten werde. Die wohlhabende O ist bereit, sich etwas für die Küche zu gönnen und nimmt an. Einige Tage später unterschreibt O einen ihr von T zugeschickten Vertrag, der der mündlichen Vereinbarung entspricht und eine ordnungsgemäße Widerrufsrechtsbelehrung enthält. Daraufhin erhält O per Post ein Paket, das den i-Pod und eine Rechnung über 250 Euro enthält. Aufgrund ihrer altersbedingten Unkonzentriertheit verliert O das Paket zunächst aus den Augen. Als sie es drei Wochen nach Erhalt öffnet, fragt sie sich, was sie mit diesem „Ding“ anfangen solle.

Gerade hat O den i-Pod vorsichtshalber in ihren Nachttisch gelegt und dessen Tür sorgfältig abgeschlossen, als es an der Tür läutet. Immer noch ratlos geht sie zur Tür. Es ist T, der noch etwas mehr an der leichtgläubigen O verdienen möchte. Er gibt sich als ehemaliger Drogenabhängiger aus und bietet O ein Set mit 7 Messern zum Preis von 100 Euro an. Er erklärt O, dass man diese Messer – was zutrifft – für den halben Preis im Fachhandel erhalte. Der Mehrerlös werde aber dafür verwendet, so behauptet er wahrheitswidrig, Kinderspielplätze in der Umgebung von gebrauchten Spritzen zu reinigen. O hat sich schon oft darüber erregt, dass kleine Kinder im Sommer Gefahr liefen, in eine möglicherweise infizierte Spritze zu treten. Um den Kleinen zu helfen, akzeptiert sie den höheren Preis und erwirbt die Messer von T gegen Barzahlung von 100 Euro.

Während O spazieren geht, um sich etwas zu zerstreuen, kümmert sich P, die Putzfrau der O, um den Haushalt der alten Dame. Neugierig wie immer rüttelt sie auch an der Tür des Nachttisches. Als sie merkt, dass er verschlossen ist, will sie wissen, was O vor ihr verheimlichen will. Mit Hilfe einer Nagelfeile öffnet sie das Schloss. Sofort ordnet sie den i-Pod zutreffend als eine neue Art „Walkman“ ein und kann der Versuchung nicht widerstehen: Sie steckt das Gerät ein, um es ihrem Sohn zum Geburtstag zu schenken.

Als O einige Wochen später eines natürlichen Todes stirbt, ist es P, die sie in ihrem Bett liegend entdeckt. Schnell

überwindet die treue Seele ihr Entsetzen und nimmt beim Verlassen der Wohnung das neue Messerset mit.

Als P am selben Abend ihrer Freundin F die Messer unter Offenbarung der Herkunft präsentiert, ist diese voller Begeisterung. Sie überredet P, ihr das Set für 60 Euro zu verkaufen und nimmt es später mit nach Hause, obwohl ihr angesichts ihrer desolaten finanziellen Lage bewusst ist, dass sie den Kaufpreis nicht bezahlen kann.

Wie haben T, P und F sich strafbar gemacht? Die erforderlichen Strafanträge sind gestellt.

## Lösung

### 1. Handlungsabschnitt: Abschluss des Kaufvertrags über den i-Pod

#### A. § 263 Abs. 1 StGB gegenüber und zu Lasten O

T könnte sich eines Betruges gem. § 263 Abs. 1 StGB gegenüber und zu Lasten der O schuldig gemacht haben, indem er sie in ihrem Glauben bestärkte, es handele sich bei dem Kaufgegenstand um einen „Eipott“.

## I. Tatbestand

### 1. Objektiver Tatbestand

#### a) Täuschung über Tatsachen

Dann müsste T die O über Tatsachen getäuscht haben. Eine Täuschung ist die intellektuelle Einwirkung auf das Vorstellungsbild eines anderen, durch die eine unrichtige Vorstellung über Tatsachen erzeugt oder aufrecht erhalten werden soll.<sup>1</sup> Tatsachen sind alle konkreten Geschehnisse und Zustände der Vergangenheit oder Gegenwart, die die Außenwelt oder psychische Vorgänge betreffen und dem Beweis zugänglich sind.<sup>2</sup> O nahm an, dass Gegenstand der Verkaufsverhandlungen ein Topf sei, während tatsächlicher Verhandlungsgegenstand ein technisches Gerät („i-Pod“) war. In dieser Fehlvorstellung bestärkte T die O, indem er behauptete, der Topf sei mit allen technischen Raffinessen ausgestattet. Also täuschte T die O über Tatsachen.

#### b) Dadurch Irrtum

Infolge dieser aus zunächst missverständlichen und dann bewusst irreleitenden Aussagen bestehenden Täuschung blieb O bei ihrer irrigen Annahme.

#### c) Dadurch Vermögensverfügung

Ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal des Betruges ist die Vermögensverfügung, durch deren Prüfung der Charakter des Betruges als Selbstschädigungsdelikt gewahrt werden soll. Vermögensverfügung ist jedes Tun, Dulden oder Unterlassen, das unmittelbar zu einer Vermögensminderung geführt hat.

<sup>1</sup> BGH NJW 2001, 2187 (2188).

<sup>2</sup> Tiedemann, in: Jähnke/Laufhütte/Odersky (Hrsg.), Strafrechtsgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 6, 11. Aufl. 2005, § 263 Rn. 11 ff.

*Hinweis:* Nur beim sog. Besitz- oder Sachbetrug ist zudem ausnahmsweise Verfügungsbewusstsein erforderlich, um eine sinnvolle Abgrenzung zum Fremdschädigungsdelikt des Trickdiebstahls zu ermöglichen.

Ob O aufgrund der mitgeschickten Rechnung bereits 250 Euro an T zahlte, ist nicht ersichtlich und nach dem Grundsatz in dubio pro reo abzulehnen. Jedenfalls unterschrieb O jedoch aufgrund ihres Irrtums den Kaufvertrag, wodurch für sie gemäß § 433 Abs. 2 BGB die Verpflichtung entstand, 250 Euro an T zu zahlen. Ob das Entstehen einer solchen Verpflichtung unmittelbar das Vermögen vermindert, hängt davon ab, was unter Vermögen zu verstehen ist.

Ausgangspunkt sowohl des rein wirtschaftlichen als auch des juristisch-ökonomischen Vermögensbegriffs ist die Gesamtheit der wirtschaftlichen Güter eines Rechtsträgers.<sup>3</sup> Grundsätzlich ist anerkannt, dass die Belastung mit einer Verbindlichkeit eine konkrete Gefährdung des Vermögens darstellt, die geeignet ist, einen wirtschaftlichen Minderwert des betroffenen Vermögens zu begründen.<sup>4</sup> Die Belastung mit einer Verbindlichkeit stellt indes dann keine konkrete Gefahr für das Vermögen und damit auch keine Vermögensminderung dar, wenn dem Getäuschten rechtlich institutionalisierte und nicht von der Täuschung betroffene Möglichkeiten zustehen, die Inanspruchnahme aus dem Vertrag zu verhindern.<sup>5</sup>

Die Anfechtbarkeit des Vertrages wegen Täuschung ermöglicht es dem Getäuschten, sich vom Vertrag loszusagen. Die Voraussetzungen der Anfechtbarkeit muss der Getäuschte allerdings selbst beweisen, was er möglicherweise nicht kann, so dass er allein das Risiko trägt, nicht vom Vertrag loszukommen.<sup>6</sup> Bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise schließt die Anfechtbarkeit somit die Vermögensminderung durch die Belastung mit einer Verbindlichkeit nicht aus.

Eine etwaige Stornierungsbereitschaft des täuschenden Vertragspartners schließt angesichts der ungewissen und oft von Zufällen abhängenden Beanstandung der ungewünschten Leistung durch den Getäuschten, der von der Stornierungsbereitschaft regelmäßig nichts weiß, ebenso wenig aus.<sup>7</sup>

Ist dem Getäuschten hingegen ein Widerrufsrecht gesetzlich oder vertraglich eingeräumt, hat er die Möglichkeit, sich einseitig und ohne Beweisprobleme vom Vertrag zu lösen. So lange die Widerrufsfrist nicht abgelaufen ist, wird das Vermögen bei wirtschaftlicher Belastung also noch nicht vermindert.<sup>8</sup>

Ist der Täuschende vorleistungsverpflichtet und nicht in der Lage oder nicht gewillt, die Leistung zu erbringen, ver-

hindert die Einrede des (noch) nicht erfüllten Vertrages die Annahme einer Vermögensminderung durch das Eingehen der Verbindlichkeit.<sup>9</sup>

O hatte die Möglichkeit, den mit T geschlossenen Vertrag gem. §§ 143, 142, 123 BGB anzufechten. Diese Möglichkeit bestand nach § 124 Abs. 1 und Abs. 2 BGB für ein Jahr ab Öffnen des Pakets. Die durch T erfolgte Täuschung hätte O indes beweisen müssen, so dass die Anfechtbarkeit der Annahme einer Vermögensminderung nicht entgegensteht. Eine Stornierungsbereitschaft des T ist nicht ersichtlich. O hatte jedoch auch ein Widerrufsrecht gem. §§ 312d Abs. 1, 312b, 355 BGB, da sie mit T einen Fernabsatzvertrag nach § 312b Abs. 1 BGB abgeschlossen hatte und T Unternehmer i.S.d. § 14 Abs. 1 BGB war. Das Widerrufsrecht erlosch jedoch mit Ablauf von zwei Wochen nachdem O den Vertrag mit der Widerrufsbelehrung erhalten hatte, § 355 Abs. 1 und Abs. 2 BGB. Somit bestand für O, als sie das Paket drei Wochen nach Erhalt öffnete, bereits keine Möglichkeit mehr, sich einseitig vom Vertrag zu lösen. T war auch in der Lage und gewillt, seine Leistung zu erbringen, so dass O die Fälligkeit ihrer Zahlungspflicht nicht durch die Einrede des nicht erfüllten Vertrages verhindern konnte. Also verminderte das Vermögen der O sich spätestens mit Ablauf ihrer Widerrufsfrist um die Verbindlichkeit in Höhe von 250 Euro. Eine Vermögensverfügung lag vor.

#### d) Dadurch Vermögensschaden

O müsste infolge dieser Vermögensverfügung einen Vermögensschaden erlitten haben. Ein Vermögensschaden ist zu bejahen, wenn ein Vergleich der Vermögenslagen vor und nach der Verfügung ergibt, dass die Vermögensminderung nicht unmittelbar durch ein vermögenswertes Äquivalent ausgeglichen wurde.<sup>10</sup> Für die also vorzunehmende Gesamtsaldierung kommt es grundsätzlich allein auf die objektive Sachlage an.<sup>11</sup> Nur ausnahmsweise ist unter normativer Betrachtung auch der subjektive Wert der Vermögensverschiebung für die individuellen wirtschaftlichen Verhältnisse des Verletzten zu berücksichtigen.<sup>12</sup> Hierfür sind drei Fallgruppen anerkannt:

(1) Dem Opfer werden infolge der täuschungsbedingten Verfügung Mittel entzogen, die für die ordnungsgemäße Erfüllung seiner sonstigen Verbindlichkeiten sowie für eine angemessene Wirtschafts- und Lebensführung unerlässlich sind;

(2) das Opfer wird durch die täuschungsbedingte Verfügung zu weiteren vermögensschädigenden Maßnahmen genötigt oder

(3) das Opfer kann die Gegenleistung nicht oder nicht in vollem Umfang zu dem vertraglich vorausgesetzten Zweck oder in anderer zumutbarer Weise verwenden.<sup>13</sup>

<sup>3</sup> Fischer, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 57. Aufl. 2010, § 263 Rn. 55 m.w.N; Tiedemann (Fn. 2), § 263 Rn. 126 m.w.N; BGHSt 2, 264.

<sup>4</sup> BGH NJW 1985, 1563; NJW 1993, 2694; Tiedemann (Fn. 2), § 263 Rn. 173.

<sup>5</sup> Tiedemann (Fn. 2), § 263 Rn. 176.

<sup>6</sup> BGHSt 23, 300, 302 f.; BGH NJW 1985, 1563 f.

<sup>7</sup> BGHSt 23, 300, 302 f.; a.A. Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch, Kommentar, 26. Aufl. 2007, § 263 Rn. 44.

<sup>8</sup> BGH MDR 1971, 546; BayObLG JZ 1986, 1122.

<sup>9</sup> BGH StV 1995, 255; BGH NStZ 1998, 85.

<sup>10</sup> BGHSt 34, 199; Cramer/Perron, in Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 27. Aufl. 2006, § 263 Rn. 106.

<sup>11</sup> Fischer (Fn. 3), § 263 Rn. 85.

<sup>12</sup> BGHSt 16, 321; Fischer (Fn. 3), § 263 Rn. 86 m.w.N.

<sup>13</sup> Diese drei Fallgruppen sind in der Rechtsprechung anerkannt, vgl. nur BGHSt 16, 321.

Bei objektiver wirtschaftlicher Betrachtungsweise wurde die Verminderung des Vermögens der O um die Verbindlichkeit in Höhe von 250 Euro kompensiert durch zunächst einen Anspruch auf Übergabe und Übereignung (§ 433 Abs. 1 S. 1 BGB) eines i-Pods von entsprechendem Marktwert. Dieser Anspruch wurde dann im Wege der Erfüllung ersetzt durch den Zufluss von Besitz und Eigentum an einem i-Pod im Wert von 250 Euro. Bei rein objektiver Betrachtung waren Leistung und Gegenleistung wirtschaftlich ausgeglichen, so dass ein Schaden grundsätzlich nicht anzunehmen ist. O konnte den i-Pod allerdings nicht zu dem mündlich abgesprochenen Zweck verwenden, Eier zu kochen. Der 76-jährigen war auch nicht zuzumuten, sich über die Funktionsweise eines i-Pods zu informieren, sich den Umgang mit dem Gerät anzueignen und ihn dann für sich zu nutzen. Also lag ein Fall des persönlichen Schadenseinschlags vor. O hat trotz objektiver Ausgeglichenheit von Leistung und Gegenleistung einen Schaden erlitten.

*Hinweis:* Hier ist ein anderes Ergebnis ausgehend vom wirtschaftlichen Vermögensverständnis gut vertretbar. Es bedarf insoweit aber einer ausführlichen Begründung, um entgegen der h.M. zu entscheiden.

## 2. Subjektiver Tatbestand

T handelte vorsätzlich und in der Absicht rechtswidriger und stoffgleicher Bereicherung, insbesondere weil ihm bekannt war, dass er keinen Anspruch auf den Abschluss eines Kaufvertrages mit O hatte.

## II. Rechtswidrigkeit und Schuld

T handelte auch rechtswidrig und schuldhaft.

### B. Ergebnis

T hat sich des Betruges gegenüber und zu Lasten der O schuldig gemacht, indem er sie in ihrem Glauben bestärkte, sie würde durch den Kaufvertrag einen Topf erwerben.

## 2. Handlungsabschnitt: Veräußerung des Messersets

### A. § 263 Abs. 1 StGB gegenüber und zu Lasten O

T könnte sich eines weiteren Betruges gemäß § 263 Abs. 1 StGB gegenüber und zu Lasten der O schuldig gemacht haben, indem er sie zum Erwerb des Messersets bewegte und dabei behauptete, der Erlös werde zur Hälfte zur Reinigung von Kinderspielplätzen verwendet.

### I. Tatbestand

#### 1. Objektiver Tatbestand

##### a) Täuschung über Tatsachen und dadurch verursachter Irrtum

Indem T gegenüber O wahrheitswidrig behauptete, die Hälfte des Erlöses aus dem Kaufvertrag über das Messersets sei dazu bestimmt, die Reinigung von Kinderspielplätzen zu finanzieren, erweckte er eine entsprechende Fehlvorstellung der O über dem Beweis zugängliche Umstände der Gegenwart, so

dass er sie über Tatsachen täuschte und einen entsprechenden Irrtum in ihr hervorrief.

##### b) Dadurch Vermögensverfügung

O zahlte aufgrund ihres Irrtums über den Verwendungszweck des Geldes umgehend den Betrag von 100 Euro, so dass ihr Vermögen sich um den Besitz und das Eigentum an Geldscheinen im Wert von 100 Euro verminderte und damit eine Vermögensverfügung erfolgte.

##### c) Dadurch Vermögensschaden

Durch diese Verfügung müsste O ein Vermögensschaden entstanden sein. O verlor Besitz und Eigentum an Geldscheinen im Wert von 100 Euro. Im Gegenzug erhielt sie Besitz und Eigentum an einem Messersets, dem ein Marktwert von 50 Euro zukam. Also erlitt O eine Vermögenseinbuße in Höhe von 50 Euro. Allerdings war O sich des Umstandes bewusst, dass sie 50 Euro mehr als den üblichen Marktpreis für die Messer bezahlte, so dass das Vorliegen eines Vermögensschadens fraglich ist.

##### aa) Kein Vermögensschaden bei bewusster Selbstschädigung

Nach einer in der Literatur vertretenen Ansicht kann in Fällen bewusster Selbstschädigung kein Vermögensschaden angenommen werden.<sup>14</sup> O war sich der Unausgeglichenheit der ausgetauschten Leistungen bewusst. Also erlitt sie nach dieser Ansicht keinen Schaden.

##### bb) Vermögensschaden auch bei bewusster Selbstschädigung

Nach der älteren Rechtsprechung, die neuerdings wieder Zuspruch gefunden hat, ist für die Annahme eines Vermögensschadens lediglich erforderlich, dass das Betrugsopfer wirtschaftlich ärmer geworden ist.<sup>15</sup> O ist aufgrund der unausgeglichenen Leistungen wirtschaftlich ärmer geworden. Somit erlitt sie nach dieser Ansicht trotz ihres Bewusstseins um diese Unausgeglichenheit einen Vermögensschaden.

##### cc) Zweckverfehlungslehre

Die ganz h.M. sucht den Kompromiss zwischen diesen beiden Polen in der sogenannten Zweckverfehlungslehre. Ausnahmsweise sei ein Vermögensschaden auch bei bewusster Selbstschädigung anzunehmen, wenn dem Verfügenden durch die Täuschung die Erreichung eines sozialen oder wirtschaftlichen Zwecks vorgegaukelt werde, der durch die Vermögensleistung tatsächlich verfehlt werde.<sup>16</sup> Als betrugsrelevanter Zweck kommt nicht jedes subjektive Motiv des Leistenden in Betracht, relevant sind vielmehr nur objektivierbare und sinnvolle Ziele, die entweder auf die Schaffung ökonomischer

<sup>14</sup> Arzt, in: Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf, Strafrecht, Besonderer Teil, § 20 Rn. 111 f.

<sup>15</sup> RGSt 70, 255 f.; Schmoller, JZ 1991, 117.

<sup>16</sup> Tiedemann (Fn. 2), § 263 Rn. 177 f.; Hoyer, in: Rudolphi u.a. (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, § 263 Rn. 209 f.; Cramer/Perron (Fn. 10), § 263 Rn. 102; BGHSt 19, 37 (45); 31, 93 (95 f.); BGH NStZ 1995, 134.

mischer Werte gerichtet sind (wirtschaftliche Zwecke) oder die Bedingungen des Zusammenlebens der Menschen verbessern sollen (soziale Zwecke).<sup>17</sup> O war sich der Unausgeglichenheit der ausgetauschten Leistungen bewusst und nahm dies in Kauf, weil sie davon ausging, dass von dem Mehrerlös die Reinigung von Kinderspielplätzen finanziert werden sollte. T hatte zu keinem Zeitpunkt vor, das Geld tatsächlich für diesen sozialen Zweck einzusetzen, sondern wollte das Geld als Gewinn zu eigenem Vorteil verwenden. Also wurde der von O mit der Leistung erstrebte soziale Zweck verfehlt. Folglich liegt nach dieser Ansicht ein Vermögensschaden vor.

#### dd) Stellungnahme

Gegen die Annahme eines Schadens in Fällen bewusster Selbstschädigung spricht, dass derjenige, der weiß, dass er sein Vermögen mindert, ohne einen materiellen Gegenwert dafür zu erhalten, noch nicht einmal über die für ihn wirtschaftlich nachteiligen Folgen seiner Verfügung getäuscht wird.

Andererseits könnte für die Annahme eines Schadens in diesen Fällen angeführt werden, dass zum Betrug lediglich gehöre, dass der Getäuschte durch seinen Irrtum zu einer einseitigen vermögensmindernden Verfügung veranlasst und dadurch wirtschaftlich ärmer geworden sei.

Alle täuschungsbedingten einseitigen Vermögensminderungen (also alle Spenden-, Bettel- und Subventionserschleichungen) aus dem Bereich des strafbaren Betrugs herausfallen zu lassen, erscheint kriminalpolitisch unververtretbar. Andererseits ist es nicht akzeptabel, dass jede unausgeglichene Vermögenshingabe Betrug auslösen soll, wenn sie nur durch Täuschung veranlasst war, weil dann jeder Angriff auf die Dispositionsfreiheit strafbegründende Wirkung hätte.

Entscheidende Bedeutung kommt dem Umstand zu, dass der Betrug ein Selbstschädigungsdelikt ist. Die Täuschung hat aus diesem Grund nicht nur die Funktion, den Verfügenden zur Vermögensminderung zu motivieren, sondern auch das Vermögensschädigende seines Verhaltens zu verschleiern. Dieser funktionale Zusammenhang fehlt, wenn das Opfer sich bewusst ist, dass es sich durch eine einseitige Vermögensminderung selbst schädigt. Ausnahmsweise ist ein solcher Zusammenhang und damit ein Vermögensschaden aber auch in den Fällen anzunehmen, in denen dem Verfügenden durch die Täuschung die Erreichung eines sozialen oder wirtschaftlichen Zwecks vorgegaukelt wird. Somit ist der h.M. zu folgen und vorliegend ein Vermögensschaden der O anzunehmen.

#### 2. Subjektiver Tatbestand

T handelte vorsätzlich und in der Absicht rechtswidriger und stoffgleicher Bereicherung.

## II. Rechtswidrigkeit und Schuld

T handelte auch rechtswidrig und schuldhaft.

<sup>17</sup> Tiedemann (Fn. 2), § 263 Rn. 182.

## B. Ergebnis

T hat sich eines weiteren Betruges gem. § 263 Abs. 1 StGB gegenüber und zu Lasten der O schuldig gemacht, indem er ihr gegenüber wahrheitswidrig behauptete, die Hälfte des für die Messer gezahlten Geldes werde für die Reinigung von Spielplätzen verwendet.

### Teil 2: Strafbarkeit der P

#### 1. Handlungsabschnitt: Aufbrechen des Nachttischs und Mitnahme des i-Pods

##### A. Strafbarkeit gem. §§ 242 Abs. 1, 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 StGB

P könnte sich des Diebstahls in einem besonders schweren Fall gem. §§ 242 Abs. 1, 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 StGB schuldig gemacht haben, indem sie den Nachttisch der O aufbrach und den i-Pod mitnahm, um diesen ihrem Sohn zu schenken.

## I. Tatbestand

### 1. Objektiver Tatbestand

Indem P den im Eigentum der O stehenden i-Pod aus dem Nachttisch nahm und einsteckte, ohne dass O davon wusste, nahm sie eine fremde bewegliche Sache weg.

### 2. Subjektiver Tatbestand

#### a) Vorsatz

P handelte vorsätzlich.

#### b) Absicht rechtswidriger Zueignung

Sie müsste auch in der Absicht gehandelt haben, den i-Pod sich oder einem Dritten rechtswidrig zuzueignen. Mit Zueignungsabsicht handelt, wer die dauernde Enteignung des Berechtigten zumindest mit *dolus eventualis* in seinen Vorsatz aufgenommen hat und die zumindest vorübergehende Aneignung zu eigenen Gunsten oder zu Gunsten eines Dritten mit *dolus directus* ersten Grades erstrebt.<sup>18</sup>

Aneignung ist die Begründung von Eigenbesitz mit dem Willen, wie ein Eigentümer über die Sache zu verfügen.<sup>19</sup> Die Drittzueignungsabsicht setzt voraus, dass der Täter seinen Willen gerade auf die Selbstaneignung durch den Dritten gerichtet hat.<sup>20</sup>

Rechtswidrig ist die erstrebte Aneignung, wenn auf sie kein zivilrechtlicher Anspruch besteht und sie nicht gerechtfertigt ist.<sup>21</sup> Hinsichtlich der Rechtswidrigkeit ist Vorsatz erforderlich.<sup>22</sup>

P wusste und nahm in Kauf, dass O dauerhaft aus ihrer faktischen Eigentümerposition verdrängt wurde. Ihr kam es gerade darauf an, den i-Pod ihrem eigenen Sohn zum Geburtstag zu schenken. Damit erstrebte sie nicht etwa nur die Ermöglichung einer Aneignung durch ihren Sohn (Drittzueignungsabsicht), sondern zuvor Eigenbesitz an dem Gerät

<sup>18</sup> Fischer (Fn. 3), § 242 Rn. 41.

<sup>19</sup> BGHSt 1, 264; BGHSt 24, 115.

<sup>20</sup> Fischer (Fn. 3), § 242 Rn. 48 m.w.N.

<sup>21</sup> Fischer (Fn. 3), § 242 Rn. 49 ff.

<sup>22</sup> Fischer (Fn. 3), § 242 Rn. 49.

sowie die Möglichkeit, im Wege der Schenkung wie ein Eigentümer selbst über die Sache verfügen zu können. Also hatte sie die Absicht, sich den i-Pod selbst zuzueignen. Sie hatte keinen zivilrechtlichen Anspruch auf Übereignung des i-Pods gegen O und die erstrebte Aneignung war auch nicht gerechtfertigt, so dass die erstrebte Zueignung rechtswidrig war. Dies wusste P, so dass sie auch insoweit vorsätzlich handelte. P handelte also in der Absicht, sich den i-Pod rechtswidrig zuzueignen.

## II. Rechtswidrigkeit und Schuld

P handelte rechtswidrig und schuldhaft.

## III. Besonders schwerer Fall nach § 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 StGB

Möglicherweise erfüllte P das Regelbeispiel des § 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 StGB, so dass die Annahme eines besonders schweren Falles indiziert ist. Dann müsste P eine Sache gestohlen haben, die durch ein verschlossenes Behältnis oder eine andere Schutzvorrichtung gegen Wegnahme besonders gesichert war. Behältnis ist ein zur Aufnahme von Sachen dienendes und sie umschließendes Raumgebilde, das nicht dazu bestimmt ist, von Menschen betreten zu werden.<sup>23</sup> Es muss verschließbar sein, also ein Schloss oder eine diesem vergleichbare Sicherungsvorrichtung haben und zur Zeit der Tat auch verschlossen sein.<sup>24</sup> Die besondere Sicherung gegen Wegnahme ist bei einem verschlossenen Behältnis regelmäßig gegeben, wenn nicht der Schlüssel steckt oder das Behältnis selbst ohne weiteres und mühelos weggenommen werden kann.<sup>25</sup> Der Täter muss die Schutzvorrichtung überwinden und dadurch seine erhöhte kriminelle Energie dartun, um das Regelbeispiel zu verwirklichen.<sup>26</sup> Der i-Pod befand sich zum Zeitpunkt des Gewahrsamswechsels in dem abgeschlossenen Nachttisch der O. P hätte den Gewahrsamswechsel ohne die Überwindung des Schlosses nicht herbeiführen und auch den Nachttisch als solchen nicht ohne weiteres und mühelos mitnehmen können. Also war der i-Pod eine Sache, die durch ein verschlossenes Behältnis gegen Wegnahme besonders gesichert war. Diese Wegnahmesicherung überwand P, indem sie das Schloss knackte. Sie wusste auch, dass sie ein Schloss aufbrach und als sie den i-Pod an sich nahm, war ihr auch klar, dass das Schloss als Wegnahmesicherung diente.

Fraglich ist, ob trotz des erst nach dem Überwinden der Wegnahmesicherung gefassten Tatentschlusses ein besonders schwerer Fall des Diebstahls angenommen werden kann. Zwar knackte P das der Sicherung gegen Wegnahme dienende Schloss des Nachttisches. Auch verlangt das Regelbeispiel Nr. 2 seinem Wortlaut nach – anders als Nr. 1 – nicht die Überwindung der Sicherung „zur Ausführung der Tat“. Trotzdem ist entsprechend dem Sinn und Zweck der Regelbeispiele des § 243 StGB zu prüfen, ob P durch das Öffnen

des Schlosses ein erhöhtes Maß an krimineller Energie erkennen ließ. P brach das Schloss aus purer Neugier auf und nicht etwa, um ihre Zueignungsabsicht realisieren zu können. Ihr Verhalten erfüllt angesichts dieser Motivation möglicherweise das Unrecht einer Sachbeschädigung. Das Ausnutzen der durch diese Sachbeschädigung geschaffenen Lage für eine Wegnahme kann indes nicht mit einem erhöhten Maß an krimineller Energie in Bezug auf die Ermöglichung eines Diebstahls gleichgesetzt werden. Also verwirklichte P nicht das Regelbeispiel des § 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 StGB.

*Hinweis:* Ein anderes Ergebnis ist gut vertretbar, gerade mit Hilfe eines Gegenschlusses unter Hinweis auf den Wortlaut der Nr. 1 in § 243 Abs. 2 StGB.

## IV. Ergebnis

Indem P den Nachttisch aufbrach und den i-Pod einsteckte, hat sie sich des Diebstahls gem. § 242 Abs. 1 StGB – allerdings nicht in einem besonders schweren Fall – schuldig gemacht.

### B. Strafbarkeit gem. § 246 Abs. 1 StGB

Der durch dasselbe Verhalten erfüllte Tatbestand der Unterschlagung ist gegenüber dem Diebstahl subsidiär (§ 246 Abs. 1 StGB a.E.) und tritt im Wege der Gesetzeskonkurrenz zurück.

### C. Strafbarkeit gem. 303 Abs. 1 StGB

Ob P den Nachttisch der O als eine für sie fremde Sache durch das Öffnen des Schlosses beschädigte, ist nicht erkennbar und nach dem Grundsatz des in dubio pro reo abzulehnen.

## 2. Handlungsabschnitt: Mitnahme des Messersets

### A. Strafbarkeit gem. § 242 Abs. 1 StGB

Indem P das Messerset beim Verlassen der Wohnung der O mitnahm, könnte sie sich des Diebstahls in einem weiteren Fall schuldig gemacht haben.

### I. Tatbestand

#### 1. Fremde bewegliche Sache

Die Messer müssten für P zum Zeitpunkt des Verlassens der Wohnung der O fremde bewegliche Sachen gewesen sein. Eine Sache ist für den Täter fremd, wenn sie nicht in seinem Alleineigentum steht und nicht herrenlos ist, wenn sie also zumindest auch im Eigentum eines anderen steht.<sup>27</sup> Ursprünglich standen die Messer im Eigentum des T. Dieser übereignete sie zum Zwecke der Erfüllung gem. § 929 S. 1 BGB und angesichts der sofortigen Zahlung des Kaufpreises auch bedingungslos an O. Durch den Tod der O ging das Eigentum im Wege der Universalsukzession (§ 1922 BGB) auf die Erben, vermutlich also den Bruder der O, über. Also waren die Messer für P fremd, als sie mit ihnen die Wohnung der O verließ.

<sup>23</sup> Vgl. *Großer Senat* für Strafsachen, BGHSt 1, 163.

<sup>24</sup> *Fischer* (Fn. 3), § 243 Rn. 14.

<sup>25</sup> *Lackner/Kühl* (Fn. 7), § 243 Rn. 16.

<sup>26</sup> *Otto*, JZ 1985, 24.

<sup>27</sup> *Eser*, in: *Schönke/Schröder* (Fn. 10), § 242 Rn. 12.

## 2. Wegnahme

P müsste die für sie fremden Messer weggenommen haben. Wegnahme bedeutet Aufhebung fremden und Begründung neuen Gewahrsams durch Bruch, also gegen oder ohne den zustimmenden Willen des Berechtigten.<sup>28</sup> Gewahrsam ist ein tatsächliches Herrschaftsverhältnis zwischen einer Person und einer Sache, das von einem Herrschaftswillen getragen ist. Ob diese Elemente vorliegen, ist nach der natürlichen Auffassung des täglichen Lebens zu beurteilen.<sup>29</sup> Als P die Messer aus der Wohnung der O entfernte, war letztere bereits tot, so dass sie keinen Herrschaftswillen mehr bilden konnte und damit auch keinen Gewahrsam mehr hatte. Auch die Erben der O hatten zu diesem Zeitpunkt mangels Kenntnis vom Erbfall noch keinen Herrschaftswillen gebildet oder gar manifestiert. Angesichts des tatsächlichen Charakters des Gewahrsams hatte auch kein Übergang von Gesetzes wegen stattgefunden.

*Hinweis:* Im Gegensatz zum zivilrechtlichen Besitz (§ 857 BGB) geht der strafrechtliche Gewahrsam nicht von Gesetzes wegen auf die Erben über.

Also waren die Messer gewahrsamslos, als P sie mitnahm, so dass sie sie nicht weggenommen hat.

## II. Ergebnis

P hat sich nicht des Diebstahls an den Messern schuldig gemacht.

### B. Strafbarkeit gem. 246 Abs. 1 StGB

Möglicherweise hat P sich der Unterschlagung gemäß § 246 Abs. 1 StGB an den Messern schuldig gemacht, indem sie diese aus der Wohnung der O mitnahm.

## I. Tatbestand

### 1. Objektiver Tatbestand

#### a) Fremde bewegliche Sachen

Die Messer waren bewegliche und für P fremde Sachen.

#### b) Zueignung

Diese müsste P sich zueignet haben. Zueignung ist die Manifestation des Zueignungswillens.<sup>30</sup> P hatte den Willen, Eigenbesitz an den Messern zu begründen und wie ein Eigentümer mit ihnen zu verfahren, wobei sie billigend in Kauf nahm, dass sie die wirklich Berechtigten dauerhaft aus ihrer Position verdrängte. Dieser Wille manifestierte sich erkennbar, eindeutig und unmissverständlich, als P nach Entdeckung des Todes der O die Messer einsteckte und mit ihnen die Wohnung verließ. Also eignete P sich die Messer zu.

### c) Rechtswidrigkeit der Zueignung

Die Zueignung müsste rechtswidrig gewesen sein. Eine Zueignung ist rechtswidrig, wenn der Täter keinen zivilrechtlichen Anspruch auf sie hat und sie nicht gerechtfertigt ist.<sup>31</sup> P hatte keinen zivilrechtlichen Anspruch auf die Übereignung der Messer und war auch nicht gerechtfertigt, so dass die erfolgte Zueignung auch rechtswidrig war.

### 2. Subjektiver Tatbestand

P handelte hinsichtlich der Fremdheit der Messer und der Rechtswidrigkeit der Zueignung vorsätzlich.

## II. Schuld

P handelte auch schuldhaft.

## III. Ergebnis

P hat sich der Unterschlagung an den Messern schuldig gemacht, indem sie diese einsteckte und mit ihnen die Wohnung der O verließ.

### 3. Handlungsabschnitt: Veräußerung der Messer an F

#### A. Strafbarkeit gem. § 263 Abs. 1 StGB gegenüber und zu Lasten F

P legte die deliktische Herkunft der Messer gegenüber F offen, so dass sie diese nicht täuschte und somit ihr gegenüber auch keinen Betrug beging.

#### B. Strafbarkeit gem. 246 Abs. 1 StGB

Indem P die Messer an F veräußerte, könnte sie eine Unterschlagung begangen haben. Ob P ihren Zueignungswillen manifestierte, ist angesichts der Offenlegung der Eigentumsverhältnisse allerdings fraglich. Angesichts der an denselben Messern bereits angenommenen Unterschlagung durch die Mitnahme aus der Wohnung der O handelte es sich aber allenfalls um eine sogenannte Zweitueignung. Diese wird entweder als schon nicht tatbestandserfüllend (sog. „Tatbestandslösung“)<sup>32</sup> oder aber zumindest als mitbestrafte Nachtat (sog. „Konkurrenzlösung“)<sup>33</sup> angesehen, so dass eine Strafbarkeit insoweit jedenfalls ausscheidet.

## Teil 3: Strafbarkeit der F

#### A. § 263 Abs. 1 StGB gegenüber und zu Lasten der P

F könnte sich des Betruges gemäß § 263 Abs. 1 StGB gegenüber und zu Lasten der P schuldig gemacht haben, indem sie dieser die Messer abkaufte, obwohl ihr bewusst war, dass sie diese nicht würde bezahlen können.

<sup>28</sup> Eser (Fn. 27), § 242 Rn. 22. Vgl. aber auch Rotsch, GA 2008, 65.

<sup>29</sup> BGHSt 16, 273; 22, 182.

<sup>30</sup> Eser (Fn. 27), § 246 Rn. 10 f.

<sup>31</sup> Eser (Fn. 27), § 246 Rn. 22.

<sup>32</sup> BGHSt 14, 38; Lackner/Kühl (Fn. 7), § 246 Rn. 7 m.w.N.

<sup>33</sup> Baumann, NJW 1961, 1141; Bockelmann, JZ 1960, 621; Wessels/Hillenkamp, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, Rn. 301 f. m.w.N.

**I. Tatbestand**

*1. Objektiver Tatbestand*

*a) Täuschung über Tatsachen und dadurch Irrtum*

Dann müsste F die P über Tatsachen getäuscht und dadurch in ihr einen Irrtum erregt haben. Indem F die P überredete, ihr die Messer zum Preis von 60 Euro zu verkaufen, erweckte sie in ihr zumindest durch schlüssiges Verhalten die Fehlvorstellung, dass sie, F, gewillt und in der Lage sei, diesen Kaufpreis auch zu zahlen. P glaubte an die Zahlungsbereitschaft und -fähigkeit der F, sonst hätte sie ihr die Messer nicht mitgegeben. Also täuschte F die P, die dadurch einem entsprechenden Irrtum unterlag.

*b) Dadurch Vermögensverfügung*

P müsste infolge ihres Irrtums über ihr Vermögen verfügt haben. Beim sog. Besitz- oder Sachbetrug, bei dem es zu einer Gewahrsamsübertragung kommt, ist zusätzlich zu den sonstigen Anforderungen an die Vermögensverfügung ausnahmsweise Verfügungsbewusstsein erforderlich, um eine sinnvolle Abgrenzung zum Fremdschädigungsdelikt des Trickdiebstahls zu ermöglichen. P übergab F die Messer zur Erfüllung des Kaufvertrages, nahm also ein bewusstes aktives Tun vor, das auf ihre Fehlvorstellung zurückzuführen war, F sei in der Lage und gewillt, den vereinbarten Kaufpreis zu zahlen. Fraglich ist, ob sich durch dieses Verhalten das Vermögen der P unmittelbar verringerte.

P hatte nie Eigentum an den Messern, so dass sie dieses auch nicht durch die Übergabe an F verlor. P übertrug aber den Besitz an den Messern auf F. Ob durch den Verlust des Besitzes das strafrechtlich geschützte Vermögen der P unmittelbar vermindert wurde, hängt davon ab, welcher Vermögensbegriff dem § 263 Abs. 1 StGB zugrunde liegt.

*aa) Rein ökonomischer Vermögensbegriff*

Der rein wirtschaftliche Vermögensbegriff versteht unter Vermögen die Gesamtheit der wirtschaftlichen Güter eines Rechtsträgers, unabhängig davon, ob sie diesem rechtlich zustehen oder nicht. Als Begründung hierfür wird angeführt, dass es kein strafrechtlich ungeschütztes Vermögen gebe.<sup>34</sup> Der Besitz an neuwertigen Messern gehört, auch wenn er unrechtmäßig begründet wurde, zu den wirtschaftlich wertvollen Gütern eines Rechtsträgers. Danach stellte die bewusste Verschaffung von Besitz an den Messern eine Vermögensverfügung der P dar.

*bb) Juristisch-ökonomischer Vermögensbegriff*

Nach dem juristisch-ökonomischen Vermögensbegriff gehören dagegen zum geschützten Vermögen nur solche Positionen, die einen wirtschaftlichen Wert haben und unter dem Schutz der Rechtsordnung stehen. Begründet wird dies damit, dass die Rechtsordnung sich in Widerspruch zu sich selbst setzen würde, wenn das, was in einer Teilrechtsordnung – insbesondere dem Zivilrecht – verboten ist, mit Mitteln des

Strafrechts durchgesetzt würde.<sup>35</sup> Der Besitz an Messern ist ein wirtschaftliches Gut, das grundsätzlich auch von der Rechtsordnung anerkannt und nicht missbilligt wird. P hat den Besitz allerdings unrechtmäßig, nämlich im Wege der Unterschlagung erlangt. Dieser unrechtmäßige Besitz könnte als rein faktische, wirtschaftlich wertvolle, aber von der Rechtsordnung nicht gewollte Position einzuordnen sein. Dem steht jedoch entgegen, dass unsere Rechtsordnung durch die Regelung der §§ 858, 859 BGB auch den aus Straftaten erlangten, unrechtmäßigen Besitz schützt und ihm dadurch zumindest ein Mindestmaß an Anerkennung zubilligt. Also stellte die Übertragung des Besitzes an den Messern auch nach juristisch-ökonomischer Betrachtungsweise eine Verfügung über geschütztes Vermögen dar.

*Hinweis:* An dieser Stelle ist mit entsprechender Begründung ein anderes Ergebnis gut vertretbar.

*c) Dadurch Vermögensschaden*

Dem Verlust des Besitzes an den Messern, der P offenbar 60 Euro wert war, stand ein Anspruch auf Zahlung von 60 Euro gegenüber. Dieser war bei wirtschaftlicher Betrachtung angesichts der Zahlungsunfähigkeit und -unwilligkeit der F aber nahezu nichts wert. Also erlitt P aufgrund der Verfügung einen Vermögensschaden.

*2. Subjektiver Tatbestand*

F handelte vorsätzlich und in der Absicht rechtswidriger und stoffgleicher Bereicherung.

**II. Rechtswidrigkeit und Schuld**

Sie handelte auch rechtswidrig und schuldhaft.

**III. Ergebnis**

F hat sich des Betruges gegenüber und zu Lasten der P schuldig gemacht.

**B. Strafbarkeit gem. § 259 Abs. 1 StGB**

F könnte sich einer Hehlerei gem. § 259 Abs. 1 StGB schuldig gemacht haben, indem sie mit P einen Kaufvertrag über die Messer abschloss.

**I. Tatbestand**

*1. Objektiver Tatbestand*

Indem F mit P den Kaufvertrag über die von P unterschlagenen Messer abschloss und diese entgegennahm, kaufte sie Sachen an, die ein anderer durch eine gegen fremdes Vermögen gerichtete rechtswidrige Tat erlangt hatte.

<sup>35</sup> Tiedemann (Fn. 2), § 263 Rn. 131 m.w.N.; die Rechtsprechung des BGH ist uneinheitlich, im Grundsatz vertritt er einen streng wirtschaftlichen Vermögensbegriff, BGHSt 2, 264, in Ausnahmen lehnt er aber Betrug unter Verwendung des juristisch-ökonomischen Vermögensbegriffs ab, BGHSt 4, 373.

<sup>34</sup> Fischer (Fn. 3), § 263 Rn. 65 m.w.N.

## 2. Subjektiver Tatbestand

### a) Vorsatz

Aufgrund der Schilderungen der P handelte F auch in vollem Umfang vorsätzlich.

### b) Absicht, sich zu bereichern

F müsste in der Absicht gehandelt haben, sich zu bereichern. Die von § 259 Abs. 1 StGB geforderte Bereicherungsabsicht ist nur bei einem materiellen Vorteilsstreben zu bejahen.<sup>36</sup> Die Absicht der F ist darauf gerichtet, die Messer, denen ein Marktwert von 50 Euro zukommt, zu erhalten, ohne hierfür überhaupt etwas zu bezahlen. Also erstrebte sie einen materiellen Vorteil für sich selbst und handelte in der Absicht, sich zu bereichern.

## II. Rechtswidrigkeit und Schuld

F handelte rechtswidrig und schuldhaft.

## III. Ergebnis

F hat sich der Hehlerei schuldig gemacht.

### C. Strafbarkeit gem. 261 Abs. 2 Nr. 1 StGB

Indem F sich die Messer verschaffte, hat sie keine Geldwäsche i.S.d § 261 Abs .2 Nr. 1 StGB begangen, da die durch P verwirklichte erste Unterschlagung nicht gewerbsmäßig oder von einem Bandenmitglied begangen wurde und damit keine taugliche Vortat nach § 261 Abs. 1 S. 2 Nr. 4a StGB darstellte.

### Teil 4: Gesamtergebnis und Konkurrenzen

T ist zu bestrafen wegen Betruges in zwei Fällen gem. §§ 263 Abs. 1; 53 StGB.

P ist zu bestrafen wegen Diebstahls in Tatmehrheit mit einer Unterschlagung gem. §§ 242 Abs. 1, 246 Abs. 1; 53 StGB.

F ist zu bestrafen wegen Betruges in Tateinheit mit einer Hehlerei gem. §§ 263 Abs. 1; 259 Abs. 1; 52 StGB.

---

<sup>36</sup> Fischer (Fn. 3), § 259 Rn. 26.