

Übungsfall: Der Transporter*

Von Privatdozent Dr. Erik Kraatz, Berlin

Sachverhalt

Brummifahrer B fuhr täglich einen Lkw des Unternehmens F auf der Route Bochum-Köln-Bochum und lieferte an Kunden von F Waren aus. Eine strikt einzuhaltende Route wurde hierbei vom Inhaber F nicht vorgegeben, vielmehr durfte je nach den Verkehrsverhältnissen die schnellste Strecke gewählt werden. Für die zumeist sehr wertvolle Fracht wurde extra im nicht gesondert verschließbaren Laderaum ein zusätzlicher größerer Safe eingebaut, zu deren Öffnung aus Sicherheitsgründen zwei Schlüssel benötigt wurden: einen bekam der Fahrer, einen anderen der Transportleiter T (der auch Schlüssel zum Lkw besaß). Die Reserveschlüssel vom Safe sowie vom Lkw verblieben beim Firmeninhaber F. In einem unbeobachteten Moment hatte sich B jedoch „für alle Fälle“ heimlich einen Zweitschlüssel vom Schlüssel des T angefertigt.

Als B und T eines Tages an einem Rasthof hielten – zu diesem Zeitpunkt befanden sich im Lkw lediglich noch wertvolle Waren im Safe, der übrige Laderaum war leer –, ging B auf die Toilette und schlich sich dann, während T sich etwas zu essen aussuchte, zurück zum Lkw und ließ den Motor an, um mit der Ware alleine abzuhaufen und sich einige Euros dazu zu verdienen. Als T den Motor hörte, rannte er aus der Gaststätte, um zu sehen, wer mit dem Transporter losfuhr. Bevor er jedoch B am Steuer des fahrenden Transporters erblicken konnte, wurde ihm von C ein Bein gestellt. C war ein Freund des B, der das Geschehen beobachtet und den Plan des B erraten hatte und diesem helfen wollte, die „Beute“ in Sicherheit zu bringen. Durch seinen Sturz fiel T hin, zog sich eine Beule zu und konnte nicht erkennen, wer am Steuer saß.

B fuhr zu einem ihm bekannten Hehler nach Hannover (fernab jeder Tour-Route). Gemeinsam räumten sie den Transporter unter Öffnung des Schlosses mit dem Schlüssel des B sowie dem erstellten Zweitschlüssel aus. Dann stellte B – wie zuvor geplant – den Transporter auf dem Werkgelände des Unternehmens F ab und meldete bei der Polizei, entführt und bewusstlos geschlagen worden zu sein, als er die Entwendung des Lkws verhindern wollte. Erst nachts sei er alleine im ausgeräumten Wagen vor der Firmenzentrale aufgewacht.

Wie haben sich B und C nach dem StGB strafbar gemacht?

Erforderliche Strafanträge sind gestellt. Auf eine Strafbarkeit wegen der Herstellung des Zweitschlüssels ist nicht einzugehen!

Lösungsvorschlag

A. Strafbarkeit des B

I. §§ 242 Abs. 1, 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 StGB bezüglich der Ware im Safe

Indem B beim Rasthaus mit dem Geldtransporter losfuhr, kann er sich gemäß §§ 242 Abs. 1, 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 StGB bezüglich der transportierten Ware im Safe strafbar gemacht haben.

1. Objektiver Tatbestand

Hierzu müsste B die Waren, für ihn fremde bewegliche Sachen, weggenommen haben. Wegnahme ist der Bruch fremden und die Begründung neuen (nicht notwendigerweise tätereigenen) Gewahrsams.¹ Gewahrsam ist das tatsächliche Herrschaftsverhältnis einer Person über eine Sache, das von einem Herrschaftswillen getragen ist und das sich im Zweifel nach der Verkehrsauffassung bestimmt.² B hatte als Fahrer des Fahrzeugs die tatsächliche Herrschaft über Fahrzeug und Ladung sowie einen Schlüssel für den hinteren Safe und damit selbst Gewahrsam an der darin befindlichen Ware. Fraglich ist daher, ob noch ein anderer zumindest Mitgewahrsam an der Ware hatte:

a) In Betracht kommt hier zunächst, dass der Firmeninhaber F, der ja selbst über zwei Schlüssel für den hinteren Safe im Transportfahrzeug (und Ersatzschlüssel für den Lkw selbst, falls der Laderaum abgeschlossen sein sollte) verfügte, Mitgewahrsamsinhaber war. Hierzu müsste er jedoch noch eine faktische Einwirkungsmöglichkeit auf die wertvolle Ware trotz der räumlichen Entfernung gehabt haben. Dies ist anzunehmen, wenn der Firmeninhaber die Fahrtrouten des Fahrzeugs kennt und diese in der unmittelbaren Nähe des Geschäftsbetriebs stattfinden. Bei Fernfahrten oder bei unkontrollierbaren Fahrten in der räumlichen Nähe des Firmensitzes – also bei unbekannter Fahrtroute innerhalb einer großen Stadt oder Region – hat der Firmeninhaber dagegen keinerlei Kenntnis, wo sich der Lkw mit seiner Ladung genau befindet und damit keinerlei tatsächliche Zugriffsmöglichkeit (Sachherrschaft) hierauf.³ Vorliegend war eine feste Fahrtroute nicht vorgesehen, so dass B von der kürzesten Strecke

* Der Autor ist Privatdozent an der Freien Universität Berlin mit der Lehrbefugnis für Strafrecht, Strafverfahrensrecht und Wirtschaftsstrafrecht. Der Fall wurde – mit leicht eingeschränkter Fragestellung (keine Prüfung der §§ 145d, 164, 266 StGB) – während der vom Autor als Lehrstuhlvertreter abgehaltenen Vorlesung Strafrecht II (Besonderer Teil) an der Ruhr-Universität Bochum im WS 2009/2010 als zweistündige Probeklausur zur Vorbereitung auf die Abschlussklausur ausgegeben.

¹ Vgl. nur *Lackner/Kühl*, Strafgesetzbuch, Kommentar, 27. Aufl. 2011, § 242 Rn. 8.

² So der faktisch-soziale Gewahrsamsbegriff der Rechtsprechung, vgl. zuletzt LG Zwickau NJW 2006, 166; allgemein zu den Feinheiten des Gewahrsamsbegriffs: *Schmitz*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 3, 2003, § 242 Rn. 42 ff.

³ Vgl. BGH GA 1979, 390; OLG Köln VRS 107 (2004), 366 mit Anm. *Otto*, JK 8/05, StGB § 242/22; *Geppert*, JK 4/02, StGB § 242/21.

abweichen konnte, der Firmeninhaber bei der Fernfahrt des B und T nie genau wusste, wo sich das Fahrzeug in diesem Moment gerade befand und er so keinen Einfluss auf die Ware nehmen konnte und daher keinen Mitgewahrsam mehr hatte.

b) Als B losfuhr, könnte jedoch Transportleiter T trotz des Aussteigens Mitgewahrsam gehabt haben. Soweit B und T jeweils einen Schlüssel für das Doppelschloss des Safes besaßen, waren beide Mitgewahrsamsinhaber, zumindest solange sich beide noch im oder am Fahrzeug befanden. Als B losfuhr, befand sich T zwar im Rasthaus. Ein einmal begründeter Gewahrsam bleibt jedoch unabhängig von einer (auch weiten) Entfernung zwischen Gewahrsamsinhaber und Sache (z.B. bei einer Urlaubsreise) bestehen, solange trotz räumlicher Entfernung von der Sache die Einwirkungsmacht des Gewahrsamsinhabers auf die Sache im Rahmen des Sozialüblichen bestehen bleibt – man spricht dann von einer bloßen Gewahrsamslockerung.⁴ In diesem Sinne befand sich T noch in einer Nähe zum Transportwagen, die es ihm erlaubte, auf diesen sowie mit seinem Schlüssel mit B zusammen auf die Waren im Safe zuzugreifen. T blieb also Mitgewahrsamsinhaber, so dass B mit dem alleinigen Losfahren den Mitgewahrsam des T gebrochen und neuen Eigengewahrsam begründet und die Ware im Safe damit weggenommen hat.

Hinweis: Wer eine Wegnahme ablehnt, muss eine veruntreuende Unterschlagung nach § 246 Abs. 1, Abs. 2 StGB prüfen!

2. Subjektiver Tatbestand

B handelte vorsätzlich sowie hinsichtlich der Ware mit der Absicht rechtswidriger Zueignung.

3. Rechtswidrigkeit und Schuld

Mangels Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründen geschah die Tat rechtswidrig und schuldhaft.

4. § 243 Abs. 1 S. 2 StGB

Es könnte sogar ein Regelbeispiel des § 243 Abs. 1 S. 2 StGB und damit ein benannter Strafzumessungsgrund verwirklicht worden sein.

Hinweis: Benannte Strafzumessungsgründe/-regeln sind in einer Klausur nach der Schuld auch dann zu erörtern, wenn nicht eigens danach gefragt wird. Unbenannte Strafzumessungsgründe/-regeln (wie z.B. §§ 213 Var. 2 [„oder liegt sonst ein minder schwerer Fall vor“], 224 Abs. 1 StGB [„in minderschweren Fällen“]) dagegen nur, wenn eigens nach Strafe, Strafart oder Strafzumessung gefragt ist.

a) In Betracht kommt hierbei zunächst § 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 StGB. Der Oberbegriff des „umschlossenen Raumes“ verlangt ein (nicht notwendig kubisch abgeschlossenes und erst recht nicht notwendig verschlossenes⁵) Raumgebilde, „das (mindestens auch) dazu bestimmt ist, von Menschen betreten zu werden, und das mit (mindestens teilweise künstlichen) Vorrichtungen umgeben ist, die das Eindringen von Unbefugten abwehren sollen“⁶, worunter zwar neben der Fahrgastzelle in einem Fahrzeug⁷ auch der Laderaum eines Lkw fällt, sofern er anders als beim Kofferraum eines Pkw („Behältnis“ i.S.v. § 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 StGB⁸) auch tatsächlich – wie vorliegend – betreten werden kann und soll.⁹ B müsste aber auch eine der aufgeführten Handlungsmodalitäten erfüllt haben, wobei angesichts der Öffnung mit einem Schlüssel lediglich das Eindringen mit einem „falschen“ Schlüssel einschlägig sein könnte. „Falsch“ sind zwar nicht nur die eigentlichen echten Nachschlüssel/Zweitschlüssel, sondern – jedenfalls nach der Rechtsprechung¹⁰ – auch die vom Berechtigten nicht zur Öffnung bestimmten Schlüssel, d.h. diejenigen, die der Berechtigte subjektiv nicht, nicht mehr oder noch nicht als Zubehör zum Schloss betrachtet¹¹ und von deren Existenz er entweder keine Ahnung hat (z.B. bei den einem neuen Mieter ohne Wissen des Vermieters übergebenen Schlüsseln¹²) oder deren Existenz er zwar kennt, deren Bestimmung zur Öffnung des konkreten Schlosses aufgrund eines nach außen erkennbaren¹³ subjektiven Entwidmungsaktes aber abspricht (sog. „entwidmeter“ Schlüssel). Den Laderaum des Lkw öffnete B jedoch mit seinem Zündschlüssel, dem eine Öffnungsbestimmung mangels Kenntnis von seinem Plan durch den Firmeninhaber F natürlich noch nicht abgesprochen worden war.

b) B könnte jedoch durch die Safeöffnung in Hannover eine Sache gestohlen haben, „die durch ein verschlossenes

⁴ Vgl. nur RGSt 50, 183 (185); BGHSt 16, 271 (273); *Eser/Bosch*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 28. Aufl. 2010, § 242 Rn. 26; *Vogel*, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 8, 12. Aufl. 2010, § 242 Rn. 64 (es genüge daher eine „potentielle Sachherrschaft“). Eine derartige Gewahrsamslockerung wird etwa angenommen für die Gegenstände des eigenen Hausstandes, während man sich auf der Arbeit befindet, für die vom Bauern auf dem Feld zurückgelassenen Gerätschaften (BGHSt 16, 271 [273]), für ein nach einem Unfall zurückgelassenes Fahrzeug, um Hilfe zu holen (OLG Köln VRS 14 [1958], 299) oder für eigene, aber gerade herumstreunende Katzen (RGSt 50, 183).

⁵ Dies ergibt sich aus einem Umkehrschluss aus § 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 StGB, wo der Gesetzgeber ausdrücklich ein „verschlossenes Behältnis“ als Sicherung verlangt.

⁶ BGHSt 1, 158 (164).

⁷ Vgl. BGHSt 2, 214; BGHSt 4, 16; a.A. noch das Reichsgericht: RGSt 71, 198.

⁸ Vgl. BGHSt 4, 16; BGH JZ 1959, 672.

⁹ Vgl. BGHSt 4, 16.

¹⁰ RGSt 52, 84; BGHSt 13, 15; BGHSt 21, 189; BGH StV 1998, 204.

¹¹ BGHR StGB § 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 Schlüssel, falscher 1.

¹² BGHSt 13, 15 (16).

¹³ *Fischer*, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 58. Aufl. 2011, § 243 Rn. 8.

Behältnis [...] besonders gesichert“ war (§ 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 StGB).

aa) Ein Behältnis ist jedes notwendig kubisch (d.h. nach allen Seiten hin) abgeschlossene Raumgebilde, das der Aufnahme von Sachen dient und sie umschließt, das aber nicht zum Betreten durch Menschen bestimmt ist. Hierunter fällt ein nur zur Aufnahme von Waren bestimmter Safe.

bb) Der Safe müsste aber nicht nur verschlossen gewesen sein – was er vorliegend war –, sondern die in ihr enthaltene Ware müsste auch „gegen Wegnahme (durch B!) besonders gesichert“ gewesen sein. Hieran kann man zweifeln, verfügte B doch nicht nur über den Fahrzeugschlüssel für die Außentür zum Laderaum, sondern aufgrund des nachgemachten Zweitschlüssels von T über beide zur ordnungsgemäßen Öffnung notwendigen Schlüssel. Daher stellte das Safeschloss für ihn faktisch kein besonderes Wegnahmehindernis dar. Aus diesem Grunde wird in diesen Fällen teilweise § 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 StGB verneint.¹⁴

Jedenfalls aber, wenn der Täter den Schlüssel aus einer Straftat erlangt hat¹⁵ oder ihn aus anderen Gründen unberechtigterweise besitzt¹⁶ oder er berechtigterweise einen Schlüssel besitzt, ohne hiermit auch die Befugnis zum Öffnen eingeräumt bekommen zu haben¹⁷, soll aus Sicht des Opfers – parallel zum Entwidmungsgedanken beim falschen Schlüssel – das Schloss auch und gerade gegen den Schlüsselinhaber eine besondere Sicherung darstellen. Denn auch in diesen Fällen setzt sich der Täter über die besondere Sicherung hinweg, mit der der Eigentümer zu erkennen gegeben hat, am Erhalt der Sache ein gesteigertes Interesse zu haben, und verwirklicht das hierin liegende erhöhte Handlungsunrecht. Dem hat sich jüngst der Bundesgerichtshof angeschlossen:

„Das Regelbeispiel setzt voraus, dass das Behältnis verschlossen ist. Weitere Sicherungen, etwa durch Wegschließen des Schlüssels, sind danach zu seiner Erfüllung nicht erforderlich. Der Täter muss [...] die Sicherung überwinden, wobei es aber nicht darauf ankommt, wie er das bewirkt. § 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 StGB betont nämlich die besondere Sicherung des Diebstahlsobjekts, während § 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 StGB besondere Arten der Tatausführung bei einer allgemeinen Sicherung des Gegenstandes hervorhebt; auf eine besondere Gestaltung der Tathandlung über das Überwinden der Sicherung hinaus kommt es dagegen bei § 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 StGB nicht an. Daher scheidet die Anwendung des Regelbeispiels [...] auch dann nicht aus, wenn der Verschluss mit dem dafür vorgesehenen Schlüssel geöffnet wird. Allenfalls dann, wenn der Benutzer des Schlüssels zu dessen Verwendung befugt ist, könnte für ihn die Eigenschaft des Behältnisses als besondere Diebstahlsicherung entfallen. Jedenfalls wenn ein Unbefugter den Schlüssel an sich nimmt und er damit das Behältnis öffnet, überwindet er die Diebstahlssi-

cherung, die sich aus dem Verschlusszustand des Behältnisses ergibt.“¹⁸ Nach diesen Grundsätzen besaß B zwar den Schlüssel für den Lkw und die Ladetür als Berechtigter, jedoch den Safeschlüssel des T nur aufgrund des Nachmachens und damit als Unberechtigter, so dass der verschlossene Safe trotz der bei B vorhandenen Schlüssel eine besondere Sicherung gegen eine Wegnahme durch B darstellte.

cc) Fraglich könnte einzig sein, ob sich hieran etwas dadurch ändert, dass B den Safe nicht vor Ort öffnet, sondern gleich die Ware samt Safe mitnimmt.

Nach einer Auffassung soll die besondere kriminelle Energie, die den Grund der Strafschärfung bildet, gerade im Überwinden der Schutzvorrichtung vor Ort bestehen, bilde die Schutzvorrichtung doch sonst gerade keinen tauglichen Wegnahmeschutz.¹⁹

Hiergegen spricht jedoch, dass der Gesetzgeber mit der Neufassung der Strafschärfungsnorm im Verhältnis zum früheren Recht („wenn aus einem [...] umschlossenen Raume [...] durch Erbrechen von Behältnissen gestohlen wird“) gerade auch den Fall erfassen wollte, „dass der Dieb die verschlossene Kassette aus einem Haus stiehlt und erst an einem anderen Ort aufbricht“²⁰. Folgerichtig nimmt die überwiegende Ansicht²¹ an, dass es ausreicht, wenn das verschlossene Behältnis mit entwendet wird. Denn der Grund für die Strafschärfung liege darin, dass der Täter ein erhöhtes Maß an Rücksichtslosigkeit gegenüber fremdem Eigentum durch den Diebstahl einer gesicherten Sache zeige, obwohl das Opfer durch die Sicherung zu erkennen gegeben habe, dass es auf die Erhaltung der gesicherten Sache einen besonderen Wert lege. Folgt man letzterer Ansicht, so hat B das Regelbeispiel des § 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 StGB verwirklicht.

Hinweis: Eine andere Ansicht ist mit entsprechender Begründung selbstverständlich vertretbar!

5. Ergebnis

B hat sich somit nach §§ 242 Abs. 1, 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 StGB strafbar gemacht.

II. § 246 Abs. 1 und Abs. 1 StGB bezüglich der Ware im Safe

Durch das alleinige Wegfahren mit dem Transporter nach Hannover (fernab jeder Tour-Route) hat sich B die Ware im Safe, für ihn fremde bewegliche Sachen, bereits objektiv zugeeignet, unabhängig davon, ob man für diese Zueignung als Manifestation des Zueignungswillens bereits ein objektiv

¹⁸ BGH NJW 2010, 3175.

¹⁹ So *Eser/Bosch* (Fn. 4), § 243 Rn. 25; *Hoyer* (Fn. 16), § 243 Rn. 31.

²⁰ BT-Drs. IV/650, S. 403; vgl. zur früheren Gesetzesfassung nur *Schwarz/Dreher*, Strafrecht, 29. Aufl. 1967, Anm. C. c).

²¹ BGHSt 24, 248; *Fischer* (Fn. 13), § 243 Rn. 17; *Rengier*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 1, 12. Aufl. 2010, § 3 Rn. 30; *Wessels/Hillenkamp*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 33. Aufl. 2010, Rn. 224.

¹⁴ So *Fischer* (Fn. 13), § 243 Rn. 17.

¹⁵ BayObLG NJW 1987, 665 (666).

¹⁶ OLG Hamm NJW 1982, 777; *Hoyer*, in: Rudolphi u.a. (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Stand: Oktober 2010, § 243 Rn. 30.

¹⁷ *Kindhäuser*, Strafrecht, Lehr- und Praxiskommentar, 3. Aufl. 2010, § 243 Rn. 23.

zweideutiges Verhalten ausreichen lässt (sog. weite Manifestationslehre²²) oder aber – wie vorliegend erfüllt – eine unzweideutige Handlung verlangt (sog. enge Manifestationslehre²³). Die Ware war dem B als Fahrer vom Unternehmer F übertragen worden, mit ihr im Sinne des F zu verfahren, d.h. sie wurde ihm im Sinne des Qualifikationstatbestandes des § 246 Abs. 2 StGB „anvertraut“.²⁴ Die Tat erfolgte vorsätzlich, rechtswidrig und schuldhaft, so dass sich B bezüglich der Ware auch nach § 246 Abs. 1 und Abs. 2 StGB strafbar gemacht hat. Diese veruntreuende Unterschlagung tritt aber aufgrund der ausdrücklichen Subsidiaritätsklausel hinter den Diebstahl zurück.

III. § 242 Abs. 1 StGB bezüglich des Transportfahrzeugs

Als B mit dem Transportfahrzeug losfuhr, kann er sich zudem nach § 242 Abs. 1 StGB am Transporter selbst strafbar gemacht haben.

1. Objektiver Tatbestand

Mit dem Losfahren brach B zwar nicht den Gewahrsam des Firmeninhabers F am Transporter (insoweit gilt das Gleiche wie zum Gewahrsam des F bezüglich der Ladung, s.o.), einer für B fremden beweglichen Sache, jedoch auch diesbezüglich einen durch das Aussteigen nur gelockerten Mitgewahrsam des T.

2. Subjektiver Tatbestand

a) Dies geschah vorsätzlich.

b) Fraglich ist jedoch, ob B auch bezüglich des Transporters mit Zueignungsabsicht gehandelt hat. Zueignungsabsicht ist die Absicht (dolus directus ersten Grades)²⁵ einer zumindest vorübergehenden Aneignung der Sachsubstanz oder des in der Sache verkörperten Wertes²⁶ unter Leugnung fremden

Eigentums²⁷ sowie zumindest dolus eventualis bezüglich einer dauerhaften Enteignung²⁸. Unter welchen Voraussetzungen bereits in der gewollten bloßen Nutzung eines Kraftfahrzeugs eine gewollte dauerhafte Enteignung liegt, wird nicht einheitlich beurteilt:

aa) Die Rechtsprechung bejaht einen Enteignungswillen bereits, wenn beim Täter unter Berücksichtigung aller Einzelumstände²⁹ ein Rückführungswille nicht positiv nachgewiesen werden kann, d.h. ein Wille, das entwendete (Kraft-) Fahrzeug in eine Lage zurückzuführen, die es dem Berechtigten ohne Mühe ermöglicht, seine ursprüngliche Verfügungsgewalt (seinen Gewahrsam) wieder zu erlangen; ein derartiger unbedingter Rückführungswille sei schließlich für eine bloße – bei Kraftfahrzeugen (nur) nach § 248 b StGB ausnahmsweise strafbare – Gebrauchsanmaßung (furtum usus) kennzeichnend.³⁰ Indiz für einen fehlenden Rückführungswillen sei das Stehenlassen des Fahrzeugs an einer allgemein zugänglichen Stelle, wo es (insbesondere unverschlossen oder mit stecken gelassenem Zündschlüssel) dem beliebigen Zugriff Dritter preisgegeben und es dem Zufall überlassen wird, ob, wann und in welchem Zustand das Fahrzeug an den Berechtigten zurückgelangt.³¹ Wer beispielsweise ein Fahrzeug im Ruhrgebiet „irgendwo“ stehen lassen und sich selbst überlassen will, soll Zueignungsabsicht haben.³² Wer dagegen ein auffälliges Fahrzeug wie ein Feuerwehrfahrzeug³³ oder einen großen Hochdruckspülwagen³⁴ im öffentlichen Straßenland abstellt oder wer ein einfaches Fahrzeug am üblichen Standort des Fahrzeugs wieder abstellt,³⁵ geht grundsätzlich davon aus, dass der Berechtigte sein Fahrzeug

dem Eigentumsdelikt Diebstahl ein allumfassendes Vermögensdelikt machen und ist daher abzulehnen.

²⁷ Die Leugnungstheorie (Zueignung sei Eigentumsverletzung durch Leugnung/Nichtrespektierung fremden Eigentums – „se ut dominum gerere“) von Teilen der Literatur (z.B. Rudolphi, GA 1965, 33) sollte man eher als Ergänzung der Vereinigungsformel sehen, denn als echte Alternativformel.

²⁸ So die h.M.: Fischer (Fn. 13), § 242 Rn. 41; Lackner/Kühl (Fn. 1), § 242 Rn. 25; Rengier (Fn. 21), § 2 Rn. 40; Wessels/Hillenkamp (Fn. 21), Rn. 150; Witzigmann, JA 2009, 488 (492).

²⁹ BGHSt 22, 45 (46).

³⁰ Vgl. nur BGHSt 22, 45 (46); BGH NStZ 1982, 420; BGH NStZ 1987, 71 (72); BGH NStZ 1996, 38; zustimmend Kindhäuser (Fn. 17), § 242 Rn. 93.

³¹ Vgl. RGSt 64, 259 (260); BGHSt 13, 43 (44); BGHSt 22, 45 (46); BGH VRS 17 (1959), 56 (57); BGH VRS 24 (1963), 213; KG VRS 37 (1969), 438 (439). Dies muss der Täter freilich bereits zum Zeitpunkt der Wegnahme gewollt haben, eine erst hinterher gewollte Preisgabe des Fahrzeugs genügt nicht, auch nicht für eine Strafbarkeit nach § 246 StGB: vgl. BGH GA 1960, 182; BGH GA 1961, 172 (173).

³² BGHSt 22, 45 (47).

³³ Zutreffend Vogel (Fn. 4), § 242 Rn. 159; a.A. OLG Koblenz VRS 46 (1974), 33 (35).

³⁴ BGH VRS 51 (1976), 210 (211).

³⁵ Vgl. nur OLG Stuttgart Die Justiz 1973, 396.

²² Vgl. nur BGHSt 14, 38 (41), Vogel (Fn. 4), § 246 Rn. 22 ff.

²³ Vgl. OLG Hamm wistra 1999, 112; Lackner/Kühl (Fn. 1), § 246 Rn. 4; Wessels/Hillenkamp (Fn. 21), Rn. 280.

²⁴ Vgl. zu diesem Begriff nur BGHSt 9, 90 (91).

²⁵ Vgl. nur BGH VRS 22 (1962), 206 (207); OLG Hamburg NJW 1964, 736 (737); Witzigmann, JA 2009, 488 (492).

²⁶ So die Rechtsprechung seit der noch immer lesenswerten Grundsatzentscheidung RGSt 40, 10. In Kombination der Substanztheorie (Zueignung der Sachsubstanz: RGSt 10, 369 [371]; RGSt 35, 355 [356]) mit einem engen Sachwertverständnis (Sachwert = der nach Art und Funktion mit der Sache verknüpften, in ihr verkörperten Wert, sog. „lucrum ex re“ [übersetzt: „Vorteil aus der Sache“]; RGSt 55, 59 f.; Rudolphi, GA 1965, 33 [38 ff.]; Eser/Bosch [Fn. 4], § 242 Rn. 49 – „Vereinigungs- oder Kompromissformel“). Der von Teilen der Rechtsprechung (BGHSt 4, 236; OLG Hamm NJW 1964, 1427 [1429]) und des Schrifttums (Wessels, JZ 1965, 631 [633 f.]; Hoyer [Fn. 16], § 242 Rn. 81) mit umfasste weite Sachwertbegriff (Sachwert = jede wirtschaftliche Verwendungsmöglichkeit, d.h. jede in der Sache selbst steckende Möglichkeit, sie manipulativ zu lukrativen Geschäften zu missbrauchen, sog. „lucrum ex negotio cum re“ [übersetzt: „Vorteile aus dem Geschäft mit der Sache“]) würde aus

unversehrt zurückerhält, so dass es dann an einer Zueignungsabsicht fehlt. Letzteres würde nach der Rechtsprechung vorliegend gelten, wo der Transporter auf dem Werkgelände des Unternehmens F abgestellt werden sollte und wurde.

bb) Demgegenüber sehen einige Stimmen im Schrifttum³⁶ eine derartige Beweislastumkehr für unzulässig und angesichts der Strafbarkeit des § 248b StGB kriminalpolitisch auch für nicht erforderlich an und verlangen vielmehr einen positiven Nachweis der Zueignungsabsicht; eine bloße Gleichgültigkeit des Täters, ob das Fahrzeug an den Berechtigten zurück gelange, sei entgegen der Rechtsprechung gerade nicht ausreichend, zumal in den Zeiten automatisierter Fahndungssysteme stehen gelassene Kraftfahrzeuge regelmäßig an den Eigentümer zurückgelangen würden³⁷ und die Gefahr, dass sich Unbefugte der stehen gelassenen Fahrzeuge dauerhaft bemächtigen oder diese gar ausschachten würden, doch sehr gering und daher zu vernachlässigen sei.³⁸ Angesichts der positiven Rückführungsabsicht würde auch nach dieser Ansicht eine Zueignungsabsicht ausscheiden.

cc) Gleiches gilt daher auch für die im Schrifttum vertretene vermittelnde Position³⁹, die zwar keinen positiven Nachweis eines Rückführungswillens verlangt, von einer bloßen Gebrauchsanmaßung aber auch nur dann ausgeht, wenn der Täter es für sicher hält oder aber ernsthaft darauf vertraut, dass der Berechtigte das Fahrzeug nach Lage der Dinge alsbald und ohne erhebliche Wertminderung zurückerhält.

3. Ergebnis

Mangels Zueignungsabsicht scheidet ein Diebstahl am Transporter selbst aus.

IV. § 248b Abs. 1 StGB

Indem B mit dem Fahrzeug losfuhr, kann er sich jedoch nach § 248b Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben.

1. Objektiver Tatbestand

Hierzu müsste er das Fahrzeug gegen den Willen des Firmeninhabers als der Berechtigte in Gebrauch genommen haben. Dies ist vom strengen Wortlaut aus problematisch, da B ja der berechtigte Fahrer war und daher das Fahrzeug sowohl vom Firmensitz als auch vom Restaurant wieder zurück auf die Autobahn, die zur offiziellen Fahrtroute führte, lenken sollte und durfte. Erst als er von der Fahrtroute deutlich abwich und nach Hannover fuhr, handelte er gegen den Willen des Firmeninhabers. Aus dem erlaubten *Ingebrauchnehmen* wurde also ein vom Willen des Berechtigten nicht mehr gedecktes *Ingebrauchhalten*. Während einige in derartigen

Fällen des Ingebrauchhaltens den Wortlaut des Ingebrauchnehmens als überschritten ansehen und § 248b StGB verneinen,⁴⁰ stellen Rechtsprechung und überwiegende Ansicht im Schrifttum beide Fälle stets gleich,⁴¹ da der Gesetzeswortlaut nicht eindeutig sei (in § 290 StGB bedeute „in Gebrauch nehmen“ etwa jede nutzbare Verwendung des Pfandgegenstandes). Er könnte daher auch so verstanden werden, dass eine Ingebrauchnahme jede Benutzung des Fahrzeugs unter Einwirkenlassen der hierzu geeigneten Kräfte als Fortbewegungsmittel durch die Ausübung einer dem Täter nicht zustehenden Herrschaftsgewalt über das ganze Fahrzeug sei – derartige Kräfte wirkten aber nicht nur bei der Ingangsetzung, sondern auch später, „denn die immer wieder erneuerten Kräfte zur Fortbewegung wirken bis zur Außerbetriebnahme weiter“⁴². Ein derartiges Verständnis entspräche auch dem Normzweck, verletze doch auch derjenige, der das Fahrzeug gegen den Willen des Berechtigten weiternutzt, deren Nutzungsrecht. Folgt man dem, so hat B das Fahrzeug gegen den Willen des Berechtigten F in Gebrauch genommen.

2. Subjektiver Tatbestand, Rechtswidrigkeit, Schuld

Dies geschah vorsätzlich, rechtswidrig und schuldhaft.

3. Strafantrag

Der nach § 248b Abs. 3 StGB erforderliche Strafantrag wurde gestellt.

4. Ergebnis

B hat sich damit nach § 248b Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

VI. § 242 Abs. 1 StGB bezüglich des Benzins

Der unbefugte Gebrauch des Fahrzeugs verdrängt trotz seiner eigenen Subsidiaritätsklausel im Rahmen der Konsumtion den tatbestandlich an sich mitverwirklichten Diebstahl des Benzins, da § 248b StGB ansonsten gänzlich leerlaufen würde.⁴³

VII. § 246 Abs. 1 und Abs. 2 StGB bezüglich des Benzins

Gleiches (konkurrenzrechtliches Zurücktreten in Form der Konsumtion) gilt bezüglich einer Unterschlagung des dem Fahrer nach § 246 Abs. 2 StGB (zusammen mit dem Fahrzeug) anvertrauten Benzins.⁴⁴

³⁶ Vgl. *Schaffstein*, GA 1964, 97 (100); *Vogel* (Fn. 4), § 242 Rn. 160.

³⁷ So bereits *Schaudwet*, JR 1965, 413 (414); ebenso *Eser/Bosch* (Fn. 4), § 242 Rn. 54.

³⁸ So *Schaffstein*, GA 1964, 97 (100); zustimmend *Vogel* (Fn. 4), § 242 Rn. 160.

³⁹ Vgl. nur *Eser/Bosch* (Fn. 4), § 242 Rn. 54; *Krey/Hellmann*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 15. Aufl. 2008, Rn. 63 f.

⁴⁰ So etwa AG München NStZ 1986, 458 (459); *Hohmann*, in: *Joecks/Miebach* (Fn. 2), § 248b Rn. 17.

⁴¹ BGHSt 11, 47; BGH GA 1963, 344; OLG Schleswig NStZ 1990, 340; *Eser/Bosch* (Fn. 4), § 248b Rn. 4a; *Fischer* (Fn. 13), § 248b Rn. 4; *Wessels/Hillenkamp* (Fn. 23), Rn. 398.

⁴² BGHSt 11, 47 (50).

⁴³ Vgl. nur BGHSt 14, 386 (388); BGH GA 1960, 182; OLG Celle NJW 1953, 37; *Vogel* (Fn. 4), § 242 Rn. 161; kritisch *Ranft*, JA 1984, 277 (281 f.).

⁴⁴ Vgl. nur *Vogel* (Fn. 4), § 242 Rn. 161.

VIII. § 266 Abs. 1 StGB

Indem B als Fahrer des Unternehmers F dessen Ware an sich brachte, kann sich B sogar nach § 266 Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben.

1. Objektiver Tatbestand

a) Der Treubruchstatbestand (§ 266 Abs. 1 Var. 1 StGB) verlangt den Missbrauch der dem Täter „durch Gesetz, behördlichen Auftrag oder Rechtsgeschäft eingeräumten Befugnis, über fremdes Vermögen zu verfügen oder einen anderen zu verpflichten“. Hierzu muss dem Täter von Seiten des Vermögensinhabers eine Verfügungsermächtigung i.S.d. § 185 BGB (für dingliche Verfügungen) oder (da es eine Verpflichtungsermächtigung nicht geben kann: dies würde die Stellvertretungsregeln umgehen!⁴⁵) Vertretungsmacht zum Abschluss von Verpflichtungsgeschäften erteilt worden sein, in deren Rahmen sich der Täter im Außenverhältnis hält und ein wirksames⁴⁶ Rechtsverhältnis abschließt, obwohl er im Innenverhältnis zum Opfer – von diesem Innenverhältnis sind Vertretungsmacht und Verfügungsermächtigung zivilrechtlich abstrakt! – das Rechtsgeschäft entweder gar nicht oder nicht in dieser Art und Weise abschließen darf (oder kurz: Missbrauch durch wirksames Rechtsgeschäft [im Rahmen des rechtlichen Könnens] unter Überschreitung des rechtlichen Dürfens). An einer derartigen Berechtigung zum Abschluss eines wirksamen Rechtsgeschäftes im Außenverhältnis fehlte es dem Fahrer B als bloßen Boten, abgesehen davon, dass die Schädigung nicht durch ein Rechtsgeschäft, sondern durch eine rein faktische Handlung erfolgte.⁴⁷

⁴⁵ Ebenso BGHZ 34, 122 (125); BGHZ 114, 96 (100); Gursky, in: Staudinger, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 2009, § 185 Rn. 104 f.; Medicus, Allgemeiner Teil des BGB, 10. Aufl. 2010, Rn. 1006; Schramm, in: Säcker/Rixecker (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 1/1, 5. Aufl. 2006, § 185 Rn. 49.

⁴⁶ So die h.M.: BGHSt 5, 61 (63); BGHSt 50, 299 (313); BGHSt 50, 331 (341); Lackner/Kühl (Fn. 1), § 266 Rn. 6; Rengier (Fn. 21), § 18 Rn. 6; Saliger, in: Satzger/Schmitt/Widmaier (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 2009, § 266 Rn. 21; a.A. Schünemann, in: Jähne/Laufhütte/Odersky (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 7, 11. Aufl. 2005, § 266 Rn. 34 mit seiner typologischen Ansicht.

⁴⁷ Auf die klassische Frage, ob der Täter auch beim Missbrauchstatbestand über eine Vermögensbetreuungspflicht verfügen muss (so die seit dem Scheckkartenurteil des Bundesgerichtshofs [BGHSt. 24, 386] weitaus herrschende monistische Sichtweise, die den Relativsatz „und dadurch dem, dessen Vermögensinteressen er zu betreuen hat, Nachteil zufügt“ auf beide Tatbestandsvarianten bezieht: BGHSt 33, 244 [250]; BGHSt 35, 224 [227 f.]; BGHSt 50, 331 [342]; Lackner/Kühl [Fn. 1], § 266 Rn. 4; Rengier [Fn. 21], § 18 Rn. 8) oder nicht (so die frühere dualistische Theorie: RGSt 69, 58 [59]; RGSt 69, 279 [280]; Welzel, Das Deutsche Strafrecht, 11. Aufl. 1969, S. 385 f.), kommt es hier daher nicht an.

b) In Betracht kommt daher allenfalls der Treubruchstatbestand, der voraussetzt, dass der Täter eine „ihm kraft Gesetzes, behördlichen Auftrags, Rechtsgeschäfts oder eines Treueverhältnisses obliegende Pflicht, fremde Vermögensinteressen wahrzunehmen, verletzt“. Diese Pflicht, die wegen des folgenden Relativsatzes gemeinhin als „Vermögensbetreuungspflicht“ bezeichnet wird, muss nach den einschränkenden Anforderungen der Rechtsprechung⁴⁸ und von weiten Teilen der Lehre⁴⁹ eine Hauptpflicht zur fremdnützigen Vermögensfürsorge sein, „die sich ihrer Dauer nach über eine gewisse Zeit oder ihrem Umfang nach über bloße Einzelfälle hinaus“ erstreckt, „so dass der Verpflichtete für ihre Erfüllung einen gewissen Spielraum, eine gewisse Bewegungsfreiheit oder Selbständigkeit habe [...]“.^{50, 51} Eine derartige, auf eigener Entscheidung beruhende fremdnützige Tätigkeit wirtschaftlicher Art (also in Bezug auf ihm anvertraute Vermögensinteressen), die im Zivilrecht als Geschäftsbesorgung (§ 675 I BGB) bezeichnet wird⁵², fehlt unstreitig bei rein mechanischen Tätigkeiten wie bloßen Botendiensten, die neben Bäckerjungen, Milchmännern oder Kellnern⁵³ auch ein Spediteur mit Transportauftrag⁵⁴ lediglich vollbringt. B war daher nicht vermögensbetreuungspflichtig.

2. Ergebnis

B hat sich damit nicht nach § 266 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

IX. § 153 Abs. 1 StGB

Durch seine Falschaussage gegenüber dem Polizeibeamten hat sich B nicht nach § 153 Abs. 1 StGB (uneidliche falsche Aussage) strafbar gemacht, da die Polizei ausweislich § 163

⁴⁸ BGHSt 3, 289 (293 f.); BGHSt 4, 170 (172); BGHSt 5, 187 (188); BGHSt 6, 314 (318); BGHSt 8, 271 (272); BGHSt 22, 190 (191 f.); BGHSt 24, 386 (388); BGHSt 41, 224 (228 f.); BGH GA 1977, 18 (19).

⁴⁹ Vgl. nur Haas, Die Untreue (§ 266 StGB), 1997, S. 36 ff.; Heinitz, in: Geerds/Naucke (Hrsg.), Festschrift für Hellmuth Mayer zum 70. Geburtstag am 1. Mai 1965, 1966, S. 433 (S. 438 ff.); Perron, in: Schöne/Schröder (Fn. 4), § 266 Rn. 23 ff.; Mitsch, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2/1, 2. Aufl. 2003, § 8 Rn. 42.

⁵⁰ RGSt 69, 58 (61).

⁵¹ Vgl. zur berechtigten Kritik an diesen „äußerst vagen“ (Kindhäuser, in: Dölling [Hrsg.], Jus humanum, Grundlagen des Rechts und Strafrecht, Festschrift für Ernst-Joachim Lampe zum 70. Geburtstag, 2003, S. 709 [S. 715 f.]) Kriterien nur Kargl, ZStW 113 (2001), 565 (585 f.).

⁵² Auf eine Geschäftsbesorgung und deren Merkmale zur Einschränkung der Vermögensinteressenswahrnehmungspflicht verweisen auch Haas (Fn. 50), S. 39; Perron (Fn. 50), § 266 Rn. 23a; Nelles, Untreue zum Nachteil von Gesellschaften, 1991, S. 536 f.; Schünemann (Fn. 46), § 266 Rn. 74.

⁵³ Vgl. zu diesen und weiteren Beispielen Kempermann, JW 1936, 3428; Schwinge, JW 1936, 3429.

⁵⁴ Vgl. BGH wistra 1982, 107.

Abs. 3 StPO, der gerade nicht auf § 59 StPO verweist, keine zur eidlichen Vernehmung zuständige Stelle ist.⁵⁵

X. § 164 Abs. 1 StGB

Durch seine Aussage gegenüber der Polizei, entführt und bewusstlos geschlagen worden zu sein, als er die Entwendung des Lkws verhindern wollte, hat B nicht – wie von § 164 Abs. 1 StGB verlangt – „einen anderen“, d.h. eine hinreichend individualisierte andere Person⁵⁶ so verdächtigt, dass gegen diese bestimmte Person ein Anfangsverdacht (vgl. § 152 StPO) so hervorgerufen, verstärkt oder umgelenkt wurde, der im konkreten Einzelfall geeignet war, einen bestimmten (in Wahrheit) Unschuldigen der Gefahr eines strafrechtlichen (wenn auch nur in der Form der §§ 59, 60 StGB oder einer Maßregel der Besserung und Sicherung i.S.d. §§ 61 ff. StGB) oder einer disziplinarrechtlichen (z.B. §§ 2, 5 Bundesdisziplinarordnung oder § 7 Wehrdisziplinarordnung) behördlichen Einschreitens auszusetzen.⁵⁷ Anzeigen wie solche des B ohne hinreichend genaue Bestimmung des Täters unterfallen nicht § 164 StGB.

XI. §§ 258 Abs. 1, Abs. 4, 22 StGB

Eine versuchte Strafvereitelung durch seine Aussage gegenüber der Polizei scheidet aus, da B nicht zu verhindern versucht hat, dass der staatliche Anspruch auf Verhängung der Strafe gegen einen „anderen“ ganz oder zum Teil vereitelt wird; die „Selbststrafvereitelung“ ist angesichts des Grundsatzes „nemo tenetur se ipsum accusare“ freilich straflos.

XII. § 145d Abs. 1 Nr. 1 und Abs. 2 Nr. 1 StGB

Durch seine Meldung gegenüber Polizeibeamten, entführt und bewusstlos geschlagen worden zu sein, als er die Entwendung des Lkws verhindern wollte, kann sich B jedoch nach § 145d Abs. 1 Nr. 1 und Abs. 2 Nr. 1 StGB strafbar gemacht haben.

1. Objektiver Tatbestand

a) Die Polizei ist nach § 158 Abs. 1 StPO eine zur Entgegennahme von Anzeigen zuständige Stelle und damit tauglicher Adressat der Täuschung.

b) Als Tathandlung verlangt § 145d Abs. 1 Nr. 1 StGB das Vortäuschen einer angeblich begangenen (verfolgbaren) rechtswidrigen Tat (§ 11 Nr. 5 StGB), die in Wirklichkeit aber nicht begangen worden ist, also die Schaffung einer objektiv unrichtigen Verdachtslage, die geeignet ist, ein unnützes behördliches Einschreiten auszulösen⁵⁸. Dies trifft auf

die von B behauptete Entführung (§ 239 StGB) sowie erlittene Körperverletzung (§ 223 StGB) zu, nicht aber auf den ebenfalls behaupteten Diebstahl der Ware, der tatsächlich stattgefunden hat.

c) Bezüglich letzterem hat B jedoch behauptet, dass der tatsächlich begangene Diebstahl der Ware durch eine andere Person begangen worden sei, während in Wahrheit er diese Tat ausgeführt hat, d.h. er hat dem Wortlaut nach i.S.d. § 145d Abs. 2 Nr. 1 StGB über die Beteiligten an einer rechtswidrigen Tat zumindest zu täuschen gesucht.

Zweifeln könnte man an einer derartigen Strafbarkeit jedoch deshalb, weil es B mit seiner Aussage maßgeblich darum ging, den möglichen Verdacht von sich selbst auf unbekannte Dritte zu lenken und so zu verhindern, dass sich die Ermittlungsmaßnahmen gegen ihn selbst richteten. Da niemand verpflichtet ist, sich selbst zu belasten (nemo tenetur se ipsum accusare), kann

aa) im bloßen (einfachen) Bestreiten eines Tatvorwurfs nämlich noch keine strafbare Täuschung über den Beteiligten an der rechtswidrigen Tat erblickt werden (sog. einfaches Leugnen), und zwar selbst dann nicht, wenn hierdurch zwangsläufig ein anderer in den Verdacht der Täterschaft gerät.⁵⁹

bb) Dies kann nicht anders sein, wenn der Täter in derartigen Fällen – es kommt nur eine bestimmte andere Person in Betracht – ausdrücklich diesen beschuldigt, doch der Täter gewesen zu sein, weil er dann die Beweislage nicht verändert und den Tatverdacht gegen den anderen, der durch das bloße Leugnen sowieso schon besteht, nicht verstärkt (sog. modifiziertes Leugnen).⁶⁰

cc) Erst wenn der Täter die Beweislage aktiv zum Nachteil eines anderen verfälscht und damit statt bloßem Selbstschutz eine neue Beweissituation herstellt (sog. qualifiziertes Leugnen), überschreitet er den durch den nemo tenetur-Grundsatz ihm eingeräumten straflosen Bereich.⁶¹ Wer also seine eigene Täterschaft nicht lediglich abstreitet oder motiviert leugnet, sondern über die Selbstverteidigung hinausgehend einen Tatverdacht gegen andere konstruiert⁶², wie vorliegend B durch seine ausschmückende Entführungsgeschichte, der überschreitet die zulässige Selbstbegünstigung und sucht in strafbarer Weise über den Beteiligten zu täuschen.

2. Subjektiver Tatbestand

L handelte

Erfüllung ihrer wirklichen Aufgaben abgehalten zu werden: BGHSt 6, 251 (255); BGHSt 19, 305 (307 f.).

⁵⁹ OLG Hamm NJW 1965, 62; OLG Frankfurt a.M. DAR 1999, 225; *Wessels/Hettinger*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 1, 34. Aufl. 2010, Rn. 696.

⁶⁰ OLG Düsseldorf JZ 1992, 978; *Geppert*, Jura 2000, 383 (387 f.); *Zopfs*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 2/2, 2005, § 164 Rn. 26.

⁶¹ OLG Hamm NJW 1965, 62; BayObLG NJW 1986, 441 (442); OLG Frankfurt a.M. DAR 1999, 225.

⁶² Vgl. *Keller*, JR 1986, 30; *Wessels/Hettinger* (Fn. 59), Rn. 697.

⁵⁵ Vgl. hierzu umfassend *Geppert*, Jura 2002, 173 (176).

⁵⁶ Vgl. nur BGHSt 13, 219 (220); OLG Düsseldorf NJW 1962, 1263 (1264).

⁵⁷ Vgl. zu diesem Verständnis des „Verdächtigen“ nur *Fischer* (Fn. 15), § 164 Rn. 5a.

⁵⁸ Dies ergibt sich aus dem Schutz der inländischen Strafrechtspflege, deren Organe vor unnötiger Inanspruchnahme geschützt werden sollen und damit davor, durch unnötigen Einsatz ihrer persönlichen und sachlichen Mittel von der

a) bezüglich der Aussage gegenüber einer zur Entgegennahme von Anzeigen zuständigen Stelle vorsätzlich sowie

b) hinsichtlich des Nichtvorliegens von Entführung und Körperverletzung sowie hinsichtlich der Täuschung über den Beteiligten am Diebstahl wider besseren Wissens (zumindest mit *dolus directus* zweiten Grades).

3. Rechtswidrigkeit und Schuld

Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe sind nicht ersichtlich.

4. Konkurrenzen

Hinweis: Innertatbestandliche Konkurrenzen sollten bereits im Rahmen der Deliktsprüfung selbst und nicht erst bei der abschließenden Konkurrenz Betrachtung abgehandelt werden.

Da die Täuschung über den Beteiligten am Diebstahl durch die mit gleicher Handlung (Aussage) erfolgte Vortäuschung von Freiheitsberaubung und Körperverletzung geschah, tritt § 145d Abs. 2 Nr. 1 StGB konkurrenzrechtlich hinter § 145d Abs. 1 Nr. 1 StGB zurück.⁶³

5. Ergebnis

B hat sich nach § 145d Abs. 1 Nr. 1 StGB strafbar gemacht.

XIII. Konkurrenzen und Ergebnis

Soweit die unbefugte Verwendung dem Diebstahl der Ware im Safe diente und in unmittelbarem räumlichen und zeitlichen Zusammenhang zum Diebstahl erfolgte, kann noch eine natürliche Handlungseinheit und damit eine Tateinheit zwischen § 242 StGB und § 248b StGB angenommen werden. Trotz der ausdrücklichen Subsidiaritätsklausel tritt § 248b StGB hierbei nicht hinter § 242 StGB zurück, da beide Gesetzesverstöße sich gegen unterschiedliche Rechtsgüter (Gebrauchsanmaßung am Fahrzeug; Diebstahl an der Ware) richten.⁶⁴ Das mit weiterer Handlung erfolgte Vortäuschen einer Straftat steht hierzu in Tatmehrheit (§ 53 StGB).

B hat sich somit nach §§ 242 Abs. 1, 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 2; 248b Abs. 1; 52 Abs. 1; 145d Abs. 1 Nr. 1; 53 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.⁶⁵

⁶³ Ebenso BGHR § 145d Abs. 2 Nr. 1 Täuschen 1 für den Fall, dass jemand einen Kfz-Diebstahl vortäuscht, um den Verdacht der eigenen Täterschaft einer Straßenverkehrgefährdung auf den vermeintlichen Dieb zu lenken.

⁶⁴ Vgl. zur Tateinheit beim Abtransport von Diebesbeute BGHR § 52 Abs. 1 Handlung, dieselbe 3.

⁶⁵ Beachte: Grob falsch wäre es hier, den § 242 Abs. 1 StGB hinter § 243 StGB zurücktreten zu lassen, denn § 243 StGB ist lediglich eine Strafzumessungsvorschrift und kein Qualifikationstatbestand, mit dem der Tatbestand des § 242 Abs. 1 StGB konkurrieren könnte!

B. Strafbarkeit des C

I. §§ 242 Abs. 1, 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 2, 25 Abs. 2 StGB an der Ware

Dadurch, dass C dem T ein Bein stellte, kann er sich nach §§ 242 Abs. 1, 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 2, 25 Abs. 2 StGB bezüglich der Ware im Lkw strafbar gemacht haben.

1. Objektiver Tatbestand

a) Die Ware bestand aus auch für C fremden beweglichen Sachen.

b) Diese müsste C aber auch weggenommen haben. Da die Wegnahme durch B erfolgte, kann diese äußere Handlung dem C einzig über § 25 Abs. 2 StGB (als eigene) zugerechnet werden, wenn C Mittäter des Diebstahls war. Eine Mittäterschaft setzt einen gemeinsamen Tatplan, ein arbeitsteiliges Zusammenwirken sowie voraus, dass jeder auch Alleintäter sein könnte.⁶⁶ C hat jedoch vor der Tat diese nicht mit B geplant oder sich auch nur mit B über die Tat und die von B und C zu leistenden wesentlichen Tatbeiträge verständigt. Vielmehr hat C den alleinigen Plan des B erraten und sich einseitig in dessen Plan ergänzend eingefügt. Ein derartiger „Einpassungsentschluss“, „mit dem der nicht unmittelbar ausführende, aber gestaltend mitwirkende Beteiligte seinen Beitrag mit dem Tun des Ausführenden verbindet“⁶⁷, wird zwar von Teilen des Schrifttums⁶⁸ für ausreichend erachtet, führt mit seiner „einseitigen Mittäterschaft“ in der Weise, dass der sich Einpassende „als Täter ‚mit‘ dem Alleintäter [...] und damit als ‚Mit-Täter‘“⁶⁹ hafte, nicht nur zu einem „Widerspruch in sich“⁷⁰, sondern auch zu einem Widerspruch zum Gesetzeswortlaut, der eine „gemeinschaftliche“ Tatbegehung, d.h. eine „Tatbegehung in Gemeinschaft“ (zusammen) verlangt. Ein Einpassungsentschluss genügt daher den Anforderungen des § 25 Abs. 2 StGB nicht⁷¹, so dass eine Mittäterschaft bereits aus diesen Gründen (unabhängig von der Problematik der sukzessiven Mittäterschaft) ausscheidet.

2. Ergebnis

Mangels Mittäterschaft hat sich C nicht nach §§ 242 Abs. 1, 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 2, 25 Abs. 2 StGB strafbar gemacht.

II. §§ 242 Abs. 1, 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 2, 27 Abs. 1 StGB

Indem der C dem T ein Bein stellte, kann er sich jedoch nach §§ 242 Abs. 1, 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 2, 27 Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben.

⁶⁶ Vgl. ausführlich zu diesen Voraussetzungen *Geppert*, Jura 2011, 30.

⁶⁷ Dieser wird vertreten von *Jakobs*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1991, 21/43.

⁶⁸ Vor allem von *Jakobs* (Fn. 67), 21/43; ihm folgend *Lesch*, Das Problem der sukzessiven Beihilfe, 1992, S. 276.

⁶⁹ *Lesch*, JA 2000, 73 (77).

⁷⁰ *Blei*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 18. Aufl. 1983, S. 276; ebenso *Küpper*, GA 1998, 519 (526).

⁷¹ Ausführlich hierzu *Kraatz*, Die fahrlässige Mittäterschaft, 2006, S. 239 f.

1. Objektiver Tatbestand

a) Mit dem besonders schweren Diebstahl des B liegt eine tatbestandsmäßig-vorsätzliche und rechtswidrige (nicht notwendigerweise schuldhaft) Haupttat vor.

b) Hierzu müsste C Hilfe geleistet, also die Tat zumindest gefördert haben. Dies erscheint insoweit fraglich, als B zum Tatzeitpunkt bereits angefahren war, der Diebstahl also bereits vollendet, wenngleich noch nicht beendet war. Ob auch noch zwischen Voll- und Beendigung eine (sukzessive) Beihilfe möglich ist, ist streitig:

aa) Nach der Rechtsprechung ist eine sukzessive Beihilfe möglich. Sie sei aber nach subjektiven Kriterien von der Begünstigung abzugrenzen: Will der Gehilfe noch die Haupttat fördern, so liege eine Beihilfe vor, wolle er dagegen dem Täter nur seine Beute sichern, so sei eine Begünstigung gegeben.⁷² Da C dem B seine Beute sichern helfen wollte, wäre hiernach eine bloße Begünstigung gegeben.

bb) Im Schrifttum wird dagegen zu Recht eine sukzessive Beihilfe gänzlich abgelehnt: Der Zeitpunkt der Beendigung sei gesetzlich nicht definiert, so dass die Rechtsfigur der sukzessiven Beihilfe (wie jene der sukzessiven Mittäterschaft) gegen Art. 103 Abs. 2 GG verstoßen würde. Zudem existierten die Anschlussdelikte der §§ 257 ff. StGB, die durch die Möglichkeit der sukzessiven Beihilfe zum Teil ausgehebelt würden.⁷³ Da nach beiden Ansichten jedoch eine Beihilfe ausscheiden würde, braucht der Streit nicht entschieden zu werden.

2. Ergebnis

C hat sich nicht nach §§ 242 Abs. 1, 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 2, 27 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

III. § 252 StGB

Eine Strafbarkeit nach § 252 StGB scheidet daran, dass C nicht selbst auf frischer Tat nach vollendetem Diebstahl betroffen wurde und daher auch nicht Gewalt verübt hat, um „sich“ im Besitz des gestohlenen Gutes zu erhalten; Gewalttätigkeiten nach vollendetem Diebstahl in Drittbeutesicherungsabsicht zugunsten des Vortäters genügen auf Grund des eindeutigen Gesetzeswortlauts für § 252 StGB gerade nicht.

IV. § 257 Abs. 1 StGB

Indem C dem T eine Bein gestellt und so verhindert hat, dass T den B erkannte, kann C sich jedoch nach § 257 Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben.

⁷² BGHSt 2, 344 (346); BGHSt 4, 132 (133); BGHSt 19, 323 (325).

⁷³ So etwa Geppert, Jura 1999, 266 (272); Joecks, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 2003, § 27 Rn. 17; Kühl, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 6. Aufl. 2008, § 20 Rn. 236 ff.; Schünemann, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 12. Aufl. 2007, § 27 Rn. 42.

1. Objektiver Tatbestand

a) Eine rechtswidrige Vortat lag mit dem vollendeten Diebstahl des B (Wegnahme erfolgte durch das Losfahren) vor.

b) Hierzu müsste C Hilfe geleistet haben. Während hierunter teilweise jede mit Vorteilssicherungstendenz geleistete Unterstützung verstanden wird,⁷⁴ wird man aufgrund des Fehlens der Versuchsstrafbarkeit eine Ausführungshandlung fordern müssen, die (ex ante) objektiv geeignet ist, den Sicherungszweck zu erfüllen, auch wenn dies im Einzelfall misslingt.⁷⁵ Das Beinstellen des C ermöglichte sogar das unerkannte Entkommen des B.

2. Subjektiver Tatbestand

C handelte mit Vorsatz bezüglich der Elemente des objektiven Tatbestandes sowie mit der Absicht, dem Vortäter B die Vorteile seiner Tat zu sichern.

3. Ergebnis

C hat sich damit nach § 257 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

V. §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nr. 3 StGB

Indem C dem T ein Bein stellte und T dadurch hinfiel, kann sich C nach §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nr. 3 StGB strafbar gemacht haben.

1. Objektiver Tatbestand

a) Durch das Beinstellen, wodurch T hinfiel, wurde T übel und unangemessen behandelt (körperliche Misshandlung) sowie aufgrund der hierdurch verursachten Beule an seiner Gesundheit beschädigt.

b) Fraglich ist einzig, ob dies i.S.d. § 224 Abs. 1 Nr. 3 StGB „mittels eines hinterlistigen Überfalls“ erfolgte. Dieser Qualifikationstatbestand verlangt nicht nur einen „Überfall“, d.h. einen unvorhergesehenen Angriff, mit dem das Opfer nicht rechnete und auf den es sich demzufolge nicht einstellen konnte, sondern vor allem ein „hinterlistiges“ Vorgehen hierbei, d.h. ein planmäßiges Vorgehen des Täters unter Verheimlichung seiner wahren Absicht.⁷⁶ Ein bloßes Ausnutzen des Überraschungsmoments – wie vorliegend – genügt gerade nicht.⁷⁷

2. Subjektiver Tatbestand

C handelte vorsätzlich.

3. Rechtswidrigkeit und Schuld

Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe sind nicht ersichtlich.

⁷⁴ So Seelmann, JuS 1983, 32 (34).

⁷⁵ Vgl. nur BGHSt 4, 221 (224); BGHSt 24, 166 (167); BGHSt 36, 277 (281); Fischer (Fn. 15), § 257 Rn. 7; Geppert, Jura 1980, 269 (274).

⁷⁶ Vgl. nur BGH NStZ 2004, 93; BGH NStZ 2005, 40; BGH NStZ 2007, 702.

⁷⁷ Vgl. BGH NStZ 2004, 93; BGH NStZ 2005, 40; BGH NStZ-RR 2009, 77.

4. Ergebnis

C hat sich nach § 223 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

VI. Konkurrenzen und Ergebnis

Die Körperverletzung steht zu der durch die gleiche Handlung begangenen Begünstigung in Tateinheit. C hat sich somit nach §§ 257 Abs. 1; 223 Abs. 1; 52 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

C. Gesamtergebnis

B hat sich nach §§ 242 Abs. 1, 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 2, 248b Abs. 1, 52 Abs. 1 StGB strafbar gemacht und C nach §§ 257 Abs. 1, 223 Abs. 1, 52 Abs. 1 StGB.