

Fortgeschrittenenklausur: Geldabheben mit Hindernissen

Von Dr. Dr. **Philipp-Alexander Hirsch**, Freiburg i.Br., Dipl.-Jur. **Johannes Stefan Weigel**, Göttingen*

Der Fall wurde im Wintersemester 2021/22 im Rahmen der Übung im Strafrecht für Fortgeschrittene an der Georg-August-Universität Göttingen als dreistündige Klausur gestellt. Von 115 Bearbeiterinnen und Bearbeitern haben 32 % nicht bestanden. Der Notendurchschnitt lag bei 5,0 Punkten. Der erste Tatkomplex ist an eine Entscheidung des OLG Köln in NSiZ 2021, 48 zum sog. Cash-Trapping angelehnt und erfordert schwerpunktmäßig die Erörterung des unmittelbaren Ansetzens zur Wegnahme i.S.v. § 242 StGB. Der zweite Tatkomplex greift eine aktuelle und kontrovers diskutierte Entscheidung des 4. Strafsenats des BGH in NSiZ 2021, 425 zum Gewahrsamsbruch i.S.v. § 242 StGB bei Geldabhebungen von Bankautomaten auf, wenn der Täter nach bereits erfolgter PIN-Eingabe durch den Karteninhaber einen Geldbetrag eingibt und Geld entnimmt. Ergänzt wird dies im dritten Tatkomplex um klassische Klausurprobleme zur Hehlerei nach § 259 StGB.

Sachverhalt

Willi (W) studiert Forstwirtschaft und ist derzeit knapp bei Kasse. Da er seine Freundin Berta (B) mal wieder zum Essen ausführen will, beschließt er, sich eine „einmalige Finanzspritze zu gönnen“. Da er flinke Finger hat und gut basteln kann, befestigt er eines Morgens im Innenbereich der örtlichen Sparkassenfiliale (S) vor dem Geldausgabeschacht eines Geldautomaten eine Blende aus Metall, die an der Innenseite mit doppelseitigem Klebeband versehen ist. Sein Plan ist, dass beim nächsten Abhebevorgang einige Geldscheine an dem Klebeband kleben bleiben und so weder ausgegeben noch vom Automaten wieder eingezogen werden können. Der Automat wird – wie W weiß – in solchen Fällen eine Funktionsstörung melden. Dabei hat W vor, im Eingangsbereich der Filiale zu warten und nach dem „Zuschnappen der Falle“ – d.h. nachdem ein ahnungsloser Kunde, der glaubt, wegen der Funktionsstörung sei kein Geld ausgezahlt worden, den Automaten und die Filiale unverrichteter Dinge verlassen hat – die Blende vom Geldausgabeschacht zu entfernen und das „hängen-“ bzw. „klebengebliebene“ Geld herauszuholen. In der Tat kommt nach kurzer Zeit Ottilie (O) und will 100 € abheben. Als sie allerdings kein Geld aus dem Automaten erhält und der Automat eine Funktionsstörung meldet, ruft sie eine Mitarbeiterin der S herbei, welche die Blende entdeckt und entfernt. An der Innenseite der Blende ist ein 100 €-Schein kleben geblieben, den die Mitarbeiterin der O aushändigt. Der Automat wird neu gestartet und ist wieder betriebsbereit.

W will allerdings nicht unverrichteter Dinge nach Hause gehen. Als er den Rentner Emil (E) an den Geldautomaten

herantreten sieht, kommt ihm eine neue Idee: W wartet, bis E seine EC-Karte eingeschoben und seine PIN eingegeben hat, und tritt dann an E heran. W sagt dem E, er wolle ihm etwas verkaufen und hält dem E mit einer Hand einen bunten Einkaufsprospekt eines Supermarktes vors Gesicht. Mit der anderen Hand gibt er gleichzeitig einen Auszahlungsbetrag von 350 € ein, den der Automat kurze Zeit später im Geldausgabefach zur Entnahme bereitstellt. E ist immer noch abgelenkt und sagt, er wolle nichts kaufen. So gelingt es W, die Geldscheine zu entnehmen und wegzugehen.

Noch am Abend desselben Tages lädt er B zum Essen bei einem Italiener ein. Voller Stolz erzählt er ihr sofort, auf welche Weise er zuvor an das Geld gekommen ist, mit dem er sie ausführen möchte. B meint daraufhin zu W: „Dann gönne ich mir doch heute mal die Seezunge und dazu einen Frascati!“ W lässt sich nicht lumpen und ordert eine hervorragend schmeckende Seezunge und einen halben Liter des begehrten Weißweines. Er selbst ist noch zu aufgereggt und begnügt sich damit, B beim Mahl zuzusehen. Nachdem B das Essen und den Wein konsumiert hat, bringt der nichtsahnende Restaurantinhaber (I) die Rechnung über 40 €, die W mit einem 50 €-Schein aus seiner Beute bezahlt. Den 10 €-Schein, den W von I als Wechselgeld erhält, schenkt W gönnerhaft der B. Obwohl B die Herkunft des 10 €-Scheins kennt, bedankt sie sich und steckt den Schein ein.

Aufgabenstellung

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

Ggf. erforderliche Strafanträge sind gestellt. Eine Strafbarkeit nach §§ 123, 261 StGB ist nicht zu prüfen.

Lösungsvorschlag

Tatkomplex 1: Das „Cash-Trapping“

A. Strafbarkeit des W

I. Versuchter Diebstahl gem. §§ 242 Abs. 1, Abs. 2, 22, 23 Abs. 1 StGB durch das Anbringen der Metallblende

W kann sich wegen versuchten Diebstahls gem. §§ 242 Abs. 1, Abs. 2, 22, 23 Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben, indem er die Metallblende am Geldautomaten anbrachte.

1. Vorprüfung

W hat kein Geld erlangt, sodass die Tat nicht vollendet ist. Die Versuchsstrafbarkeit folgt aus §§ 242 Abs. 2, 23 Abs. 1 Var. 2 StGB.

2. Tatentschluss

W muss zur Begehung eines Diebstahls entschlossen gewesen sein. Dies erfordert Vorsatz hinsichtlich der Wegnahme einer fremden beweglichen Sache sowie die Absicht, sich diese rechtswidrig zuzueignen.

a) Fremde bewegliche Sache

Dafür müssen die Geldscheine, die an der Metallblende „hängenbleiben“ sollten und die W später entnehmen wollte,

* *Philipp-Alexander Hirsch* ist Forschungsgruppenleiter am Max-Planck-Institut zur Erforschung von Kriminalität, Sicherheit und Recht in Freiburg i.Br. *Johannes Stefan Weigel* ist Doktorand am Lehrstuhl für Strafrecht und Strafprozessrecht von Prof. Dr. Uwe Murmann an der Georg-August-Universität Göttingen.

nach seiner Vorstellung fremde, d.h. im Eigentum eines anderen stehende,¹ bewegliche Sachen sein. Ursprünglich stehen die im Automaten befindlichen Geldscheine – bewegliche, körperliche Gegenstände, d.h. Sachen (§ 90 BGB) – im Eigentum der S, die jedoch durch den Auszahlungsvorgang das Eigentum nach § 929 S. 1 BGB an denjenigen übertragen könnte, der das Geld entnimmt. Bei Abhebungen an Geldautomaten ergibt jedoch die Auslegung des Übereignungsangebots der geldausgebenden Bank nach h.M., dass sich die Übereignungserklärung nur an denjenigen richtet, der zur Abhebung berechtigt ist² bzw. den Automaten ordnungsgemäß bedient³, nicht aber an einen beliebigen Dritten. Nach anderer Ansicht entfällt die Fremdheit einer Sache auch dann nicht, wenn der Täter durch die Tathandlung Eigentum erlangt, so dass diese Übereignungsfrage irrelevant sei.⁴ In jedem Fall stellte sich W damit Umstände vor, die dazu führten, dass an der Blende „hängengebliebene“ Geldscheine im Eigentum der S bleiben würden und damit für ihn fremde bewegliche Sachen wären.

b) Wegnahme

Darüber hinaus muss W Tatentschluss zur Wegnahme, d.h. zum Bruch fremden und zur Begründung neuen Gewahrsams, gehabt haben.⁵ Gewahrsam ist die von einem natürlichen Herrschaftswillen getragene tatsächliche Sachherrschaft, wobei es maßgeblich auf die Anschauungen des täglichen Lebens,

d.h. die Verkehrsauffassung, ankommt.⁶ Ausreichend ist hierfür „ein genereller, auf sämtliche in der eigenen Herrschaftssphäre befindlichen Sachen bezogener Wille“⁷.

Nach Ws Vorstellung sollten Geldscheine an der im Automaten installierten Blende festkleben und damit letztlich im Automaten, der sich wiederum in der Filiale der S befindet, verbleiben. Bezüglich aller sich in ihrem Herrschaftsbereich⁸ befindlichen Gegenstände besteht ein genereller Gewahrsamswille der Mitarbeiter der S. Dass diese nach Ws Vorstellung keine Kenntnis von der Blende und an diesen hängenbleibenden Geldscheinen haben würden, ist diesbezüglich unerheblich.⁹ Damit bestand nach Ws Vorstellung fremder Gewahrsam der S.

Ferner muss W den Entschluss gehabt haben, diesen Gewahrsam zu brechen, d.h. gegen oder ohne den Willen der S aufzuheben.¹⁰ Hieran fehlt es, falls es durch den Auszahlungsvorgang zu einem einverständlichen Gewahrsamswechsel gekommen ist. Zu einem expliziten Einverständnis (etwa durch ausdrückliche Erklärung ihrer Mitarbeiter) sollte es nach Ws Vorstellung nicht kommen, jedoch könnte mit Blick auf die ordnungsgemäße Einleitung des Auszahlungsvorgangs durch einen nichtsahnenden Kunden nach der sog. „Lehre vom bedingten Einverständnis“¹¹ ein bedingtes tatbestandsausschließendes Einverständnis vorliegen. Allerdings knüpfen Automatenbetreiber wie S ihr Einverständnis mit dem Gewahrsamsübergang nicht nur an eine ordnungsgemäße Bedienung, sondern auch an das ordnungsgemäße Funktionieren

¹ Rengier, Strafrecht, Besonderer Teil I, 24. Aufl. 2022, § 2 Rn. 9; Hilgendorf/Valerius, Strafrecht, Besonderer Teil II, 2. Aufl. 2021, § 2 Rn. 14.

² Vgl. nur BGH NJW 2018, 245; BGH NSTZ 2019, 726 m. Anm. Krell und Jäger, JA 2020, 66; OLG Celle NJW 1959, 1981. Dem folgen in der Sache Teile der Literatur, vgl. Wittig, in: v. Heintschel-Heinegg (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar StGB, Stand: 1.5.2022, § 242 Rn. 8; Kühl, in: Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch, Kommentar, 29. Aufl. 2018, § 242 Rn. 23; Duttge, in: Dölling u.a. (Hrsg.), Handkommentar, Gesamtes Strafrecht, 5. Aufl. 2022, § 242 Rn. 1; Lenk, JuS 2020, 407 (411).

³ So noch BGHSt 35, 152 (158 ff.) m. zust. Anm. Huff, NJW 1988, 981 sowie Otto, JR 1987, 221 (222 f.) und m.w.N. Kretschmer, in: Leipold/Tsambikakis/Zöller (Hrsg.), Anwalt-Kommentar StGB, 3. Aufl. 2020, § 242 Rn. 12; Kindhäuser, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 3, 5. Aufl. 2017, § 242 Rn. 51 und Wessels/Hillenkamp/Schuh, Strafrecht, Besonderer Teil 2, 44. Aufl. 2021, Rn. 189.

⁴ Vgl. Schmitz, in: Erb/Schäfer (Hrsg.), Münchener Kommentar zum StGB, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 242 Rn. 43 oder Hoyer, in: Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 9. Aufl. 2019, § 242 Rn. 17 f.; i.E. auch Vogel, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 8, 12. Aufl. 2010, § 242 Rn. 46; krit. jedoch Timmermann, Diebstahl und Betrug im Selbstbedienungsladen, 2014, S. 58 und Kretschmer (Fn. 3), § 242 Rn. 12.

⁵ Hilgendorf/Valerius (Fn. 1), § 2 Rn. 21.

⁶ Vgl. statt vieler m.w.N. BGH NSTZ 2019, 726 f. und Rengier (Fn. 1), § 2 Rn. 25. Vgl. jedoch krit. zum Abstellen auf die „Umstände des Einzelfalls“ Wessels/Hillenkamp/Schuh (Fn. 3), Rn. 88 sowie eingehend zum Kriterium der „Verkehrsauffassung“ jüngst auch Zivanic, NZWiSt 2022, 7 (8 f.) m.w.N.

⁷ Vgl. BGH NSTZ 2021, 425 f.; Rengier (Fn. 1), § 2 Rn. 29; Wessels/Hillenkamp/Schuh (Fn. 3), Rn. 94; Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar, 69. Aufl. 2022, § 242 Rn. 13.

⁸ Die Metallblende selbst stellt keine Gewahrsamsenkave des W dar, da an dieser hängenbleibende Geldscheine noch nicht derart in die höchstpersönliche Sphäre des W gelangen, dass S zur Wiedererlangung der Geldscheine in eine fremde „Tabusphäre“ eindringen und mit besonderem Widerstand rechnen müsste. Ein Gewahrsamsverlust ließe sich allenfalls begründen, wenn man eine Parallele zum Verstecken von Gegenständen in fremder Gewahrsamssphäre zieht (vgl. dort für einen Gewahrsamsverlust argumentierend Rengier [Fn. 1], § 2 Rn. 58; Bosch, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 242 Rn. 39 m.w.N.). Dann läge hier jedoch bereits ein vollendeter Diebstahl vor.

⁹ Vgl. zum generellen Gewahrsamswillen bezüglich Gegenständen, die sich im eigenen räumlichen Machtbereich befinden, Schmitz (Fn. 4), § 242 Rn. 72 ff. und Wessels/Hillenkamp/Schuh (Fn. 3), Rn. 94.

¹⁰ Joecks/Jäger, Strafgesetzbuch, Studienkommentar, 13. Aufl. 2021, § 242 Rn. 10.

¹¹ Vgl. hierzu eingehend unten Tatkomplex 2, A. II. 1. a) bb) (1).

des Automaten selbst,¹² woran es aber wegen der Anbringung der Metallblende fehlt.

Mithin stellte sich W Umstände vor, die einen fortbestehenden Gewahrsam der S an „hängenbleibendem“ Geld begründen. Diesen Gewahrsam wollte W auch zumindest ohne den Willen der Verantwortlichen der S brechen, indem er dieses Geld an sich nimmt. Damit wollte er das „hängengebliebene“ Geld wegnehmen.

c) Zueignungsabsicht

Nachdem es W darauf ankam, das Geld für eigene Zwecke zu verwenden, obwohl er wusste, dass er darauf keinen fälligen und einredefreien Anspruch hatte,¹³ handelte er auch in der Absicht rechtswidriger Zueignung.

3. Unmittelbares Ansetzen

Ferner muss W i.S.v. § 22 StGB unmittelbar zur Tat angesetzt haben. Nach der herrschenden sog. „Zwischenaktslehre“ muss dazu der Täter nach seiner Vorstellung von der Tat die Schwelle zum „Jetzt geht es los!“ überschreiten und objektiv derart zur tatbestandlichen Ausführungshandlung ansetzen, dass diese bei ungestörtem Fortgang des Geschehens ohne wesentlichen Zwischenschritte in die Tatbestandsverwirklichung einmündet. Dies erfordert keine der Beschreibung des gesetzlichen Tatbestandes entsprechende Handlung, sondern kann auch schon bei vorgelagerten Handlungen der Fall sein, wenn diese planmäßig unmittelbar zur Tatbestandsverwirklichung führen bzw. in unmittelbarem räumlich-zeitlichen Zusammenhang hierzu stehen.¹⁴

Mit Blick darauf kann bereits die Anbringung der Metallblende als unmittelbares Ansetzen zu qualifizieren sein, wenn die Anbringung und die spätere Mitnahme des Geldes eine natürliche Einheit bilden. Denn dann ist die Anbringung der Metallblende so eng mit der tatbestandlichen Ausführungshandlung i.S.v. § 242 StGB verknüpft, dass sie unmittelbar in die Tatbestandsverwirklichung einmündet. Hierfür spricht,

dass sich beim sog. „Cash-Trapping“ die Preisgabe der Geldscheine letztlich automatisch vollziehen soll, nachdem die Blende am Geldautomaten angebracht wurde.¹⁵ In diesem Fall kommt hinzu, dass W im Eingangsbereich der Filiale wartete und die Blende zeitnah nach „Zuschnappen der Falle“ entfernen wollte, sodass auch ein enger räumlich-zeitlicher Zusammenhang von Anbringung der Metallblende und Tatbestandsverwirklichung besteht.

Dem ist jedoch entgegenzuhalten, dass gerade beim „Cash-Trapping“ die Entscheidung über einen Vollzug der Wegnahme bis zu dem Zeitpunkt beim Täter verbleibt, an dem er sich entschließt, möglichst unbeobachtet das hängengebliebene Geld mitzunehmen. Die entscheidende Willensentschließung zur Wegnahme findet also erst nach Benutzung des Automaten und einer endgültigen Abwägung zwischen dem Risiko der Entfernung der Metallblende und der Möglichkeit eines Tatabbruchs statt.¹⁶ Entsprechend hätte sich W hier zunächst noch davon überzeugen müssen, dass der Kunde nach der Fehlermeldung von weiteren Nachforschungen bzgl. des Verbleibs des Geldes absieht und ahnungslos den Automaten verlässt. Dann hätte er einen unbeobachteten Moment abpassen müssen, bevor er zum Automaten geht, um erst dann zur Entfernung der Blende und Mitnahme des Geldes schreiten zu können.¹⁷ Angesichts dessen kann nicht davon gesprochen werden, dass W bereits mit Anbringen der Metallblende die Schwelle zum „Jetzt geht es los!“ überschritten hatte.

Auch objektiv betrachtet ist hier eine natürliche Einheit zwischen Anbringung der Blende und späterer Wegnahme des Geldes abzulehnen. Zwar schließen das Weggehen vom Automaten, das Beobachten desselben und das Wiederhingehen unmittelbar an die Anbringung der Metallblende an und lassen sich insoweit als notwendige, tatbestandsnahe Handlungen qualifizieren, die einen räumlich-zeitlichen Zusammenhang zur tatsächlichen Wegnahme des Geldes herstellen.¹⁸ Jedoch führen diese Handlungen nicht dazu, dass W nach seiner Vorstellung von der Tat einen unmittelbaren, grundsätzlich unabhängig vom Opferverhalten bestehenden Zugriff auf das Geld erhält. Insoweit unterscheidet sich die vorliegende Fallkonstellation wesentlich von prima facie ähnlich gelagerten Fällen, in denen insbesondere von der Rechtsprechung ein unmittelbares Ansetzen beim Diebstahl bereits dann bejaht wurde, wenn der Täter einen Warenautomaten aufbrechen wollte und schon so auf den Schutzmechanismus des Automaten eingewirkt hatte, dass nach seiner Vorstellung von der

¹² Vgl. *Schmitz* (Fn. 4), § 242 Rn. 100; *Kindhäuser* (Fn. 3), § 242 Rn. 49; zust. *Rengier* (Fn. 1), § 2 Rn. 74. Soweit teilweise auch bei Ausnutzung technischer Defekte eines Automaten ein die Wegnahme ausschließendes Einverständnis unter Hinweis darauf angenommen wird, dass nach der Lehre vom bedingten Einverständnis nur automatentypische, äußerlich erkennbare Bedingungen gestellt werden dürfen (vgl. *Vogt/Brand*, Jura 2008, 306 f.; *Geppert*, JK 10/08, StGB 263 a/16), liegen dem andere Fallkonstellationen zugrunde. Denn hier stellt die angebrachte Metallblende eine äußerlich erkennbare Manipulation an der Mechanik des Automaten dar, an deren Fehlen S als Automatenaufstellerin ersichtlich ihr Einverständnis knüpft.

¹³ *Rengier* (Fn. 1), § 242 Rn. 89 ff., 187.

¹⁴ Vgl. statt vieler nur BGHSt 48, 34 (35 f.); BGH NStZ 2013, 156 (157); BGH 2018, 648 (649); *Fischer* (Fn. 7), § 22 Rn. 10 f.; *Rengier*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 13. Aufl. 2021, § 34 Rn. 22; *Murmann*, Grundkurs Strafrecht, 6. Aufl. 2021, § 28 Rn. 66; differenzierend *Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 51. Aufl. 2021, Rn. 946 ff.

¹⁵ Vgl. so auch *Niemann*, NStZ 2021, 50 (51) sowie i.E. auch die Argumentation der Staatsanwaltschaft in der zugrundeliegenden Originalentscheidung OLG Köln NStZ 2021, 48.

¹⁶ So argumentiert das OLG Köln NStZ 2021, 48 f.

¹⁷ Vgl. i.E. ähnlich auch die Fallbearbeitung von *Grommes*, JA 2021, 669 (680), bei der der Täter jedoch – anders als hier – zur Entnahme des Geldes die Filiale erneut betreten musste.

¹⁸ Dies räumt auch das OLG Köln NStZ 2021, 48 (49) explizit für den Fall ein, dass „der Täter in Sichtweite des Geldautomaten wartet und die an der Metallleiste klebenden Geldscheine nach der Nutzung des Automaten zeitnah an sich nehmen würde, bevor die Manipulation entdeckt wird“.

Tat bei Überwindung des Schutzes ein unmittelbarer Zugriff auf die Beute ohne zeitliche Zäsur möglich sein sollte;¹⁹ oder wenn in sog. „Klingelfällen“ der Täter unmittelbar im Anschluss an das Opferverhalten (Öffnen der Tür) die Tat begehen will.²⁰ Denn anders als in den vorgenannten Fällen eröffnet das Anbringen der Metallblende keinen unmittelbaren, vom Opferverhalten unabhängigen Zugriff auf das Geld, da es darauf ankommt, dass der Kunde die Geldausgabe durch Eingabe von PIN und Geldbetrag initiiert, nach der Fehlermeldung von weiteren Nachforschungen bzgl. des Verbleibs des Geldes absieht und ahnungslos den Automaten verlässt.

Dieses Ergebnis findet eine weitere Bestätigung, wenn man zur Bestimmung des unmittelbaren Ansetzens ergänzend auf das konkrete Maß der Gefährdung des geschützten Rechtsguts²¹ sowie ein Eindringen in die Opfersphäre²² abstellt. Die Befestigung der Blende stellt weder eine hinreichende Gefährdung des Eigentums der Bank oder des Kunden noch eine direkte Einwirkung auf die Opfersphäre dar, da Bank und Kunde beim „Cash-Trapping“ – wie auch hier geschehen – die fehlerhafte Funktion des Automaten bemerken und ungehindert den Täterplan vereiteln können. Bis zur Abnahme der Blende durch den Täter befindet sich das Geld noch in der uneingeschränkten Einflussosphäre der Bank, sodass allenfalls von einer – als straflose Vorbereitungshandlung zu qualifizierenden – Gewahrsamslockerung gesprochen werden kann.²³ Auch unter Berücksichtigung dieser Aspekte hat W noch nicht unmittelbar zum Versuch angesetzt.²⁴

Hinweis: A.A. vertretbar. Für die Benotung maßgeblich ist nicht das Ergebnis, sondern ob eine überzeugende Bewer-

¹⁹ So etwa BGH NJW 2020, 2570 m. Anm. *Eisele*, JuS 2020, 798 und v. *Heintschel-Heinegg*, JA 2020, 550 zum Aufbruch eines Zigarettenautomaten oder BGH NSTZ 2020, 353 m. Anm. *Kudlich*, NSTZ 2020, 354 und *Eisele*, JuS 2020, 796 zum Wohnungseinbruchdiebstahl; vgl. dazu auch *Rengier* (Fn. 14), § 34 Rn. 60 f., 67.

²⁰ Vgl. etwa BGHSt 26, 201; BGH NSTZ 2012, 85; BGH StV 2017, 441 (442) bei angestrebter Begehung eines Totschlags bzw. Raubes sowie BGH, Urt. v. 12.3.1985 – 5 StR 722/84 sowie BGH BeckRS 2015, 18251, wenn der Täter nach Klingeln ohne Nötigungsabsicht lediglich einen Trickdiebstahl begehen will. Vgl. im letztgenannten Fall jedoch anders BGH NSTZ 2018, 616 (617) mit zust. Anm. *Jäger*, JA 2018, 875 ff. und krit. *Rengier* (Fn. 14), § 34 Rn. 36, siehe auch *Wessels/Beulke/Satzger* (Fn. 14), Rn. 951.

²¹ Was auch die Rspr. regelmäßig tut, vgl. bereits BGHSt 22, 80 und zuletzt und m.w.N. BGH NJW 2020, 2570 f. Vgl. zur dogmatischen Einordnung auch *Ambos*, in: *Dölling u.a.* (Fn. 2), § 22 Rn. 23 f. und *Murmann* (Fn. 14), § 28 Rn. 69 m.w.N.

²² Vgl. dazu insb. *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 2, 2003, § 29 Rn. 139 ff.; *ders.*, JuS 1979, 4; ähnlich *Jakobs*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1991, § 25 Rn. 66, 68.

²³ So auch das OLG Köln NSTZ 2021, 48 (50).

²⁴ Vgl. zust. zur zugrundeliegenden Originalentscheidung des OLG Köln NSTZ 2021, 48 auch *Wittig* (Fn. 2), § 242 Rn. 44.2; wohl auch *Rengier* (Fn. 14), § 34 Rn. 33a; krit. jedoch *Niemann*, NSTZ 2021, 50 (51).

zung des konkreten Einzelfalles erfolgt, insbesondere ob der Täter nach seinem Tatplan noch „weit genug“ von der Tatbestandsverwirklichung entfernt war. Besonders positiv ist dabei, wenn man ausgehend von der „Zwischenaktslehre“ auch Erwägungen der Risiko- und Sphärentheorie einbezieht.²⁵ Auch ist positiv zu werten, wenn die Maßstäbe bekannt sind, die Rechtsprechung und Literatur an vergleichbare Fälle stellen. Neben den bereits erwähnten Fällen (Aufbrechen von Warenautomaten und sog. „Klingelfälle“) sind mit Blick auf Geldautomaten auch die Fälle des sog. „Skimmings“ zu nennen, in denen der Täter die Daten von Bankkarten ausspäht, diese auf gefälschte Karten kopiert und hiermit Abhebungen bzw. Zahlungen vornimmt. Angesichts dieser zeitlich viel gestreckteren Vorgehensweise lehnt jedoch das OLG Köln NSTZ 2021, 48 (49) eine Vergleichbarkeit mit dem „Cash Trapping“ zu Recht ab.

2. Ergebnis

W hat sich folglich nicht wegen versuchten Diebstahls strafbar gemacht.

II. Versuchter Computerbetrug gem. §§ 263a Abs. 1 Var. 4, Abs. 2 StGB i.V.m. §§ 263 Abs. 2, 22, 23 Abs. 1 StGB durch das Anbringen der Metallblende

Allerdings kann das Anbringen der Metallblende eine Strafbarkeit des W wegen versuchten Computerbetruges nach §§ 263a Abs. 1 Var. 4, Abs. 2 StGB i.V.m. §§ 263 Abs. 2, 22, 23 Abs. 1 StGB begründen. Die Tat ist mangels Erhalts des Geldes durch W nicht vollendet und die Versuchsstrafbarkeit ergibt sich aus § 263a Abs. 2 StGB i.V.m. §§ 263 Abs. 2, 23 Abs. 1 Var. 2 StGB. Jedoch musste W auch zur Begehung eines Computerbetruges nach § 263a Abs. 1 Var. 4 StGB entschlossen gewesen sein, also manipulativ auf das Ergebnis eines Datenverarbeitungsvorgangs einwirken wollen. In diesem Fall diene die Metallblende nach Ws Plan jedoch nicht dazu, im Rahmen des Auszahlungsvorgangs die Datenverarbeitung des Geldautomaten zu manipulieren, sondern lediglich das Geld am Ausgabeschacht abzufangen. Eine Vermögensdisposition durch Manipulation des Ergebnisses eines Datenverarbeitungsvorgangs (d.h. eine „Computerverfügung“) wollte W folglich nicht auslösen. Mithin scheidet mangels Tatentschluss eine Strafbarkeit wegen versuchten Computerbetruges aus.

B. Ergebnis

W ist im ersten Tatkomplex straflos.

²⁵ Vgl. allgemein zur argumentativen Vorgehensweise bei der Bestimmung des unmittelbaren Ansetzens *Kindhäuser/Hilgen-dorf*, Strafrecht, Lehr- und Praxiskommentar, 9. Aufl. 2022, § 22 Rn. 16 und *Rengier* (Fn. 14), § 34 Rn. 24 ff.

Tatkomplex 2: Das Ablenkungsmanöver**A. Strafbarkeit des W****I. Computerbetrug zulasten der S gem. § 263a Abs. 1 Var. 3 StGB durch Eingabe des Geldbetrages**

Durch Eingabe des Geldbetrages kann sich W wegen Computerbetruges zulasten der S gem. § 263a Abs. 1 Var. 3 StGB strafbar gemacht haben.

1. Tatbestandsmäßigkeit

Hierfür muss die Eingabe des Geldbetrages als Verwendung von Daten i.S.v. § 263a Abs. 1 Var. 3 StGB, d.h. als Einführung von Daten in einen Datenverarbeitungsvorgang, zu qualifizieren sein.²⁶ Die Eingabe des Geldbetrages ist ein Daten-Input, der sich unmittelbar im Verarbeitungsvorgang des Geldautomaten (durch Bestimmung des auszahlenden Betrages) auswirkt, und daher als Verwendung von Daten zu qualifizieren ist.²⁷

Diese Datenverwendung muss auch unbefugt sein. Dies ist nach der sog. subjektivierenden Auslegung der Fall, wenn Daten gegen den tatsächlichen oder mutmaßlichen Willen des Berechtigten verwendet werden.²⁸ Es widersprach dem mutmaßlichen Willen der Verantwortlichen der S, dass ein anderer als der jeweilige Kontoinhaber den auszahlenden Betrag festlegt und entnimmt. Danach läge also eine unbefugte Einwirkung seitens W vor. Nach der computerspezifischen Auslegung lässt sich Unbefugtheit nur unter Rekurs auf den Datenverarbeitungsvorgang an sich bestimmen und erfordert, dass die verwendeten Daten computerspezifische Abläufe selbst betreffen.²⁹ Hier bestimmt die Eingabe des Geldbetrages lediglich den auszahlenden Betrag, ohne unmittelbar den computerspezifischen Auszahlungsablauf zu beeinflussen, wonach eine unbefugte Verwendung also ausscheiden würde. Schließlich handelt nach der von der h.M. vertretenen betrugspezifischen Auslegung derjenige unbefugt, der täuschungsäquivalent gegenüber dem Computer eine nicht vorhandene Berechtigung zur Nutzung von Daten als solche vorspiegelt.³⁰

²⁶ Schmidt, in: v. Heintschel-Heinegg (Fn. 2), § 263a Rn. 14; Fischer (Fn. 7), § 263a Rn. 10.

²⁷ Stellt man jedoch darauf ab, dass W weder die auf der Bankkarte gespeicherten Daten noch die PIN-Nummer des E verwandte (vgl. so in einem ähnlich gelagerten Fall Jäger, JA 2018, 312), dann ist mit Var. 4 weiterzuprüfen, wobei sich in der Sache keine Unterschiede ergeben.

²⁸ Vgl. Kindhäuser (Fn. 3), § 263a Rn. 27; Hilgendorf, JuS 1997, 130 (132); Scheffler/Dressel, NJW 2000, 2645; Bühler, MDR 1991, 14 (16); früh auch BGHSt 40, 331 (334 f.) und zust. Mitsch, JR 1995, 432 (433).

²⁹ Vgl. OLG Celle NSTz 1989, 367; zust. Neumann, JuS 1990, 535 (537) und Arloth, Jura 1996, 354 (357 f.).

³⁰ Vgl. nur BGHSt 47, 160 (162 f.); BGH MMR 2005, 95 (96); BGH NSTz-RR 2015, 337 (338); Bär, in: Graf/Jäger/Wittig (Hrsg.), Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, Kommentar, 2. Aufl. 2017, § 263a Rn. 14; Tiedemann, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 9, 12. Aufl. 2012, § 263a Rn. 44; Schmidt (Fn. 26), § 263a Rn. 23; wohl auch Fischer (Fn. 7), § 263a Rn. 11.

Nachdem W durch die Eingabe des Geldbetrages – anders als durch Eingabe der PIN oder Einlesen der Karte – keine Nutzungsberechtigung vorspiegelte, entfiel also auch hiernach eine unbefugte Datenverwendung.

Gegen die subjektivierende Auslegung spricht jedoch schon der Wortlaut des § 263a StGB (Computerbetrug), der eine Nähe zum Betrug nahelegt, wonach eine manipulative Einwirkung erforderlich ist, die sich nicht in einem bloßen Widerspruch zum tatsächlichen oder mutmaßlichen Willen des Berechtigten erschöpft. Dies bestätigt auch der systematische Zusammenhang zu §§ 263, 266 StGB, da hiernach die Schädigung fremden Vermögens nicht per se strafbar ist. Folgte man der subjektivierenden Auslegung, würde jedoch über den § 263a StGB eine allgemeine „Computeruntreue“ in der Form geschaffen, dass jedes vertragswidrige Verhalten im Zusammenhang mit Datenverarbeitung strafbar wäre. Daher ist die subjektivierende Auslegung abzulehnen. Da im Übrigen betrugspezifische und computerspezifische Auslegung zu identischen Ergebnissen gelangen, bedarf es insoweit keines Streitentscheides.

2. Ergebnis

Mangels Unbefugtheit scheidet einer Strafbarkeit nach § 263a Abs. 1 Var. 3 StGB aus.

Hinweis: A.A. unter Zugrundelegung der subjektivierenden Auslegung vertretbar. Hier kann man in der Prüfung ökonomisch arbeiten und Gefühl für Schwerpunktsetzung beweisen, in dem man diesen als „Standard“ zu bezeichnenden Meinungsstreit³¹ anreißt und lediglich eine Abgrenzung zur subjektivierenden Auslegung vornimmt.

II. Diebstahl gem. § 242 Abs. 1 StGB durch das Ansichnehmen der Geldscheine

Jedoch kann sich W des Diebstahls gem. § 242 Abs. 1 StGB schuldig gemacht haben, indem er die Geldscheine an sich genommen hat.

*1. Tatbestandsmäßigkeit**a) Objektiver Tatbestand**aa) Fremde bewegliche Sache*

Wie schon im ersten Tatkomplex so stehen auch hier die Geldscheine weiterhin im Eigentum der S, da die S das Geld allenfalls an den berechtigten E übereignen will bzw. eine Eigentumsbegründung durch Wegnahme die Fremdheit nicht entfallen lässt.³²

³¹ Vgl. zum Streitstand auch Fischer (Fn. 7), § 263a Rn. 10 ff. und mit einer aktuellen Falllösung auch Rehmet/Ströle, JuS 2021, 338 (341).

³² Vgl. oben Tatkomplex 1, A I. 2. a) mit Fn. 1 ff. Auch nach der Auffassung, nach der sich das Übereignungsangebot der geldausgebenden Bank an denjenigen richtet, der den Automaten ordnungsgemäß bedient (vgl. oben Fn. 3), liegt lediglich ein an E gerichtetes Angebot vor. Dass W den konkreten Auszahlungsbetrag auswählt und die Scheine entnimmt, ändert hieran nichts, da E selbst die PIN in den Geldautomaten

bb) Wegnahme

W muss die Scheine weggenommen haben. Durch Mitnahme des Geldes hat W eigenen Gewahrsam am 100 €-Schein begründet.³³ Fraglich ist allein, ob dies unter Bruch fremden Gewahrsams geschah. Bei Abhebungen von Geldautomaten ist umstritten, wie die Gewahrsamsverhältnisse an Geldscheinen zu beurteilen sind, die sich im Ausgabefach eines Geldautomaten befinden, aber noch nicht vom Kunden – der sich zuvor durch Eingabe einer PIN legitimiert hatte – entnommen wurden.³⁴

Hinweis: Die folgende Streitdarstellung und -entscheidung zu den Gewahrsamsverhältnissen erfolgt aus didaktischen Gründen besonders ausführlich. Eine Darstellung in dieser Breite wird von Prüflingen nicht erwartet.

(1) Bruch des Gewahrsams der Bank (3. Strafsenat)

Der 3. Strafsenat des BGH geht in solchen Fällen von einem fortbestehenden Gewahrsam der Bank aus, solange sich das Geld noch im Ausgabefach des Automaten befindet.³⁵ Ausgangspunkt ist die von der ganz h.M. anerkannte sog. „Lehre vom bedingten Einverständnis“, wonach es bei einer ordnungsgemäßen Bedienung von Waren- und Geldautomaten zu einem einverständlichen Gewahrsamswechsel kommt. Widerspreche die Bedienung des Automaten jedoch den äußerlich erkennbaren Bedingungen einer ordnungsgemäßen Nutzung, so werde der fortbestehende Gewahrsam des Automatenbetreibers gebrochen.³⁶ Ob bei Geldabhebungen das Einver-

eingetragen hat, sodass sich das Angebot der S auf Übereignung an ihn richtet. Durch das Dazwischentreten des W wird lediglich verhindert, dass E dieses Angebot der S annehmen konnte. Vgl. ähnlich *Jäger*, JA 2018, 309 (310 mit Fn. 2) und zur Fremdheit in der vorliegenden Fallkonstellation auch *Bechtel*, JR 2021, 39 (40 mit Fn. 12).

³³ Vertretbar ist es auch, die Wegnahmehandlung bereits in der Eingabe des Geldbetrages zu sehen, welche durch das Herausnehmen aus dem Auswurfschacht abgeschlossen wird, so etwa *Jäger*, JA 2020, 66 (68). Dann stellt sich jedoch nicht mehr die im Folgenden erörterte Frage eines Mitgewahrsams des E und es kommt allein darauf an, ob ein Gewahrsam der S gebrochen wurde oder nicht.

³⁴ Vgl. zu den abweichenden Auffassungen der *Senate Kudlich*, JA 2021, 519; *Bechtel*, JR 2021, 39 f. und *Zivanic*, NZWiSt 2022, 7 ff.

³⁵ BGH NStZ 2019, 726. krit. Anm. *Krell*, krit. auch *Rengier* (Fn. 1), § 2 Rn. 73a; *Lenk*, JuS 2020, 407 (411 f.) und *Ruppert*, StV 2020, 664; zust. *Schmitz* (Fn. 4), § 242 Rn. 107 f.; *Jäger*, JA 2020, 66 (68); *Waßmer*, HRRS 2020, 25 (27) und zuvor bereits *El-Ghazi*, jurisPR-StrafR 6/2018 Anm. 1.

³⁶ Vgl. dazu nur *Rengier* (Fn. 1), § 2 Rn. 70 ff.; *Fischer* (Fn. 7), § 242 Rn. 25 ff.; *Otto*, JR 1987, 221 (222 f.); *Kudlich*, in: Hilgendorf/Kudlich/Valerius (Hrsg.), Handbuch des Strafrechts, Bd. 5, 2020, § 29 Rn. 42; *Bosch* (Fn. 8), § 242 Rn. 36a; *Schmitz* (Fn. 4), § 242 Rn. 99–108; *Kindhäuser* (Fn. 3), § 242 Rn. 49; *Vogel* (Fn. 4), § 242 Rn. 114 ff.; *Wessels/Hillenkamp/Schuhr* (Fn. 3), Rn. 124 f.; siehe ferner *Arzt u.a.*, Strafrecht,

ständnis mit dem Gewahrsamsübergang auf bestimmte Personen beschränkt ist, hängt hiernach also davon ab, ob dies als Bedingung einer ordnungsgemäßen Nutzung im Bedienungsvorgang des Geldautomaten hinreichend objektiviert ist.³⁷ Nach dem 3. Strafsenat ergibt sich nun aus der „allgemein bekannte[n] Programmierung von Geldautomaten, wonach das Geld nur bei technisch ordnungsgemäßer Bedienung durch Eingabe von Bankkarte und PIN ausgegeben wird,“ dass das Einverständnis mit dem Gewahrsamsübergang „in personeller Hinsicht erkennbar auf diejenigen Personen“ beschränkt sei, „die den Geldausgabevorgang entsprechend initiieren“.³⁸ Danach sollte hier Gewahrsam nur an E übertragen werden. Da es hierzu nicht gekommen ist, bestünde am Geld der Gewahrsam der S fort. Diesen Gewahrsam hätte W durch Mitnahme des Geldes gebrochen.

(2) Einverständliche Gewahrsamsübertragung durch die Bank (2. Strafsenat)

Der 2. Strafsenat des BGH lehnt eine derart persönliche Beschränkung der Gewahrsamsübertragung jedoch ab, da die Identität des Abhebenden allein bei Eingabe der PIN überprüft werde. Da bei der Eingabe des Auszahlungsbetrages keine solche Identitätsprüfung stattfindet, sei nicht äußerlich erkennbar, dass die Gewahrsamsübertragung persönlich auf den Berechtigten beschränkt sei. Daher sei von einem einverständlichen Gewahrsamswechsel auszugehen, wenn sich der Kunde durch Eingabe der PIN bereits legitimiert hat und sodann der Täter den Geldausgabevorgang durch Eingabe eines Geldbetrages initiiert sowie das Geld an sich nimmt, da der Automat hierbei durchgehend ordnungsgemäß bedient werde.³⁹ Danach stellt die Eingabe des Geldbetrages durch W eine ordnungsgemäße Bedienung des Geldautomaten dar, sodass mit Ausgabe des Geldes und dessen Mitnahme der Gewahrsamswechsel einverständlich erfolgte. Eine Wegnahme durch W schied hiernach aus.

(3) Bruch des Mitgewahrsams des Kunden (4. Strafsenat)

Zuletzt hat der 4. Strafsenat des BGH diesen Streit für Kon-

Besonderer Teil, 4. Aufl. 2021, Rn. 55 f. und krit. zu diesem „Automatensonderrecht“ *Rönnau*, in: Heinrich u.a. (Hrsg.), Strafrecht als scientia universalis: Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag, 2011, S. 487 f.

³⁷ So im Grunde weitgehend unstrittig, vgl. u.a. *Kindhäuser* (Fn. 3), Rn. 49; *Vogel* (Fn. 4), § 242 Rn. 114 f.; *Schmitz* (Fn. 4), § 242 Rn. 99; *Steinhilper*, GA 1985, 114 (123 ff.); *Waßmer*, HRRS 2020, 25 (26 f.); *Ruppert*, StV 2022, 15 (18); *ders.*, StV 2020, 664 (666 f.), krit. dazu *Rönnau* (Fn. 36), S. 498 ff. Vereinzelt wird dagegen darauf abgestellt, ob aus Sicht eines fiktiven Beobachters von einer ordnungsgemäßen Bedienung gesprochen werden kann, vgl. *Herzberg*, JA 1980, 385 (391) und *Seier*, JA 1980, 682 (683).

³⁸ BGH NStZ 2019, 726 (727).

³⁹ So BGH NJW 2018, 245 m. zust. Anm. *Brand* sowie *Eisele*, JuS 2018, 301 f.; zust. auch *Rengier* (Fn. 1), § 2 Rn. 73a; *Lenk*, JuS 2020, 407 (411) und *Fischer* (Fn. 7), § 242 Rn. 26; abl. *El-Ghazi*, NStZ 2021, 425 (427).

stellationen wie der vorliegenden dahinstehen lassen, da jedenfalls der weiterhin am Automaten stehende Kunde einen Mitgewahrsam am Geld erlangt habe, der vom Täter gebrochen werde.⁴⁰ Dafür spreche, dass es sozial üblich sei und Dritte von den Kreditinstituten auch dazu angehalten würden, Abstand zum abhebenden Kunden einzuhalten, damit dieser das Geld ungestört annehmen könne. Unter Berücksichtigung der Verkehrsanschauung werde also bereits mit Ausgabe des Geldes dem Kunden jedenfalls ein Mitgewahrsam zugewiesen.⁴¹ Dieser sei auch von einem antizipierten Herrschaftswillen des Abhebenden getragen, der als Kontoinhaber nach Belastung des eigenen Kontos auch das Geld entnehmen wolle. Hier stand E weiterhin unmittelbar am Geldautomaten, als er von W abgelenkt wurde. Nach dieser Ansicht standen daher die vom Automaten ausgegebenen Geldscheine zumindest im Mitgewahrsam des E, den W, durch deren Mitnahme zumindest ohne den Willen des E, gebrochen hat.

Hinweis: Eine klärende Entscheidung des *Großen Senats für Strafsachen* zur divergierenden Rechtsprechung der drei genannten *Strafsenate* steht noch aus. Ein entsprechender Anfragebeschluss des *3. Strafsenates* im Wege des Vorlageverfahrens gem. § 132 GVG hat sich durch Rechtsmittelrücknahme erledigt. Der *4. Strafsenat* hat in seiner jüngsten Entscheidung die Erforderlichkeit eines Anfrage- und Vorlageverfahrens verneint, da es sich – was jedoch sehr zweifelhaft erscheint⁴² – bei den von den anderen *Senaten* entschiedenen Fällen um anders gelagerte Sachverhaltskonstellationen gehandelt habe.⁴³

(4) Stellungnahme

Gegen die letztgenannte Auffassung spricht jedoch, dass hier der geldabhebende Kunde E faktisch keinen Mitgewahrsam hat. Ein solcher setzt nämlich voraus, dass E eine tatsächliche Zugriffsmöglichkeit auf das Geld hat. Von einer faktischen Zugriffsmöglichkeit kann jedoch nur bei einem tatsächlichen Herrschaftswillen gesprochen werden, wenn der Kunde positiv weiß, dass Geld im Ausgabefach bereitgestellt wird bzw. wurde. Die Annahme eines bereits mit PIN-Eingabe bestehenden, antizipierten Beherrschungswillen durch den *4. Strafsenat* erscheint angesichts dessen als bloße Fiktion.⁴⁴ Denn nach

Eingabe der PIN besteht technisch noch immer die Möglichkeit, den Auszahlungsvorgang abzubrechen. Um Zugriff auf das Geld zu erhalten und diesbezüglich einen Herrschaftswillen auszubilden, bedarf es also gerade des weiteren Willensentschlusses, den Geldbetrag einzugeben.⁴⁵ Mithin kann die Auffassung des *4. Strafsenates* nicht überzeugen, sodass jedenfalls im Verhältnis zu E nicht von einem Gewahrsamsbruch des W gesprochen werden kann.

Hinweis: Selbst wenn man – mit dem *4. Strafsenat* – einen antizipierten Herrschaftswillen ausreichen lässt, lässt sich nur schwerlich von einem Gewahrsam des Kunden am ausgegebenen Geld sprechen, und zwar unabhängig davon, ob man Gewahrsam primär faktisch oder primär nach der Verkehrsanschauung bestimmt: So ließe sich ein (Mit-)Gewahrsam nach einem normativ-sozialen Gewahrsamsbegriff⁴⁶ nur begründen, wenn das ausgegebene Bargeld von der Verkehrsanschauung (auch) regelmäßig der Person als „das Ihrige“ zugeordnet wird, die sich als Abhebender durch Eingabe der PIN legitimiert hat. Dagegen spricht jedoch zum einen, dass dann auch in den Fällen ein Mitgewahrsam des Kunden vorläge, in denen ange-

vierten Gewahrsamsbegriff anders jedoch *Zivanic*, NZWiSt 2022, 7, der „eine über de[m] Geschehensablauf schwebende redlich handelnde und denkende fiktive Person“ konstruieren will und so den Gewahrsam i.E. faktisch losgelöst vom tatsächlichen Bankkunden und primär anhand verkehrstypischer „rechtliche[r] Beziehungen“ bestimmt. Damit löst er sich jedoch, entgegen eigener Beteuerung, gänzlich vom Erfordernis einer irgendwie gearteten „tatsächlichen Sachherrschaft“ und einem „Sachherrschaftswillen“ und verrechtlicht den Gewahrsamsbegriff letztlich vollständig. Ein nach äußeren Umständen, für jeden erkennbarer Beurteilungsmaßstab für Gewahrsamsverhältnisse erodiert hierdurch. Zudem kommt es zu kontraintuitiven Ergebnissen in Fällen wie hier, wo angesichts der vollständigen Unwissenheit des Kunden über die (nicht selbst veranlasste) Ausgabe des Geldes kaum von einer Herrschaftsbeziehung zur Sache gesprochen werden kann.

⁴⁵ Dass der Bankkunde die Abhebung mit dem Ziel der Erlangung der Scheine in Gang gesetzt hat, so *Bechtel*, JR 2021, 37 (41) und *Zivanic*, NZWiSt 2022, 7 (11), ändert hieran nichts. Insoweit ist es auch entlarvend, wenn *Schröder*, WuB 2021, 332 (333) dem *4. Strafsenat* mit dem Argument beipflichtet, dass der Karteninhaber bereits nach Eingabe der PIN bzgl. sämtlichen Geldes im Ausgabefach einen Sachherrschaftswillen habe, weil er „in dieser Höhe eine korrespondierende Sollbuchung zu erwarten hat“ (Herv. durch *Verf.*). Dies ist nichts anderes als eine normativierende Zuschreibung, mithin – da es an einem tatsächlichen Willen weiterhin fehlt – eine Rechtsfiktion.

⁴⁶ Wonach sich Gewahrsam aus der allgemeinen sozialen Anschauung bestimmt, *Schmitz* (Fn. 4), § 242 Rn. 55 ff.; zust. *Wessels/Hillenkamp/Schuhr* (Fn. 3), Rn. 87 f.; *Kühl* (Fn. 2), § 242 R. 9. Teilweise wird angenommen, dass sich auch der *4. Strafsenat* in BGH NStZ 2021, 425 einem solchen Gewahrsamsverständnis angenähert habe, vgl. *El-Ghazi*, NStZ 2021, 425 (428), ähnlich wohl auch *Ruppert*, StV 2022, 17.

⁴⁰ Vgl. BGH NStZ 2021, 425 m. zust. Anm. *Schröder*, WM 2021, 799 sowie zust. auch *Zivanic*, NZWiSt 2022, 7; krit. dagegen *El-Ghazi*, NStZ 2021, 425 (428); *Ruppert*, StV 2022, 15 (17).

⁴¹ Vgl. i.E. ähnlich und eingehend zur Verkehrsauffassung bei der Bestimmung von Gewahrsamsverhältnissen *Zivanic*, NZWiSt 2022, 7 (9 ff.).

⁴² So auch *Kudlich*, JA 2021, 519 (521); *Ruppert*, StV 2022, 15; anders jedoch *Bechtel*, JR 2022, 37 (40).

⁴³ Vgl. BGH NStZ 2021, 425 (427).

⁴⁴ So auch *Wessels/Hillenkamp/Schuhr* (Fn. 3), Rn. 189. Da das Opfer gar nicht weiß, dass Geld ausgegeben wurde, spricht *Ruppert*, StV 2022, 15 (17 f.) davon, dass das Einverständnis gänzlich „fiktiv“ sei; ebenso („Rechtsfiktion“) *Lenk*, NStZ 2021, 1545 (1547). Vgl. ausgehend von einem stark normati-

sichts fehlender faktischer Zugriffsmöglichkeit auf das Geld (etwa, wenn der Kunde nach Eingabe der PIN weggestoßen oder mit Gewaltandrohung verscheucht wird) nach den Anschauungen des täglichen Lebens kaum von einer Sachherrschaft des Kunden gesprochen werden kann.⁴⁷ Zum anderen zeigt der Umstand, dass Geldautomaten das ausgegebene Geld bereits nach kurzer Zeit wieder einziehen, wenn es nicht entnommen wird, dass Banken mit Bereitstellung des Geldes ihren Gewahrsam lediglich lockern, ohne dem Kunden eine stabile Mitgewahrsamsposition einzuräumen.⁴⁸ Doch auch wenn man den Gewahrsam nicht primär nach der Verkehrsanschauung, sondern primär mit der räumlichen Nähe des Kunden zum Geldautomaten und der dadurch bedingten faktischen Zugriffsmöglichkeit begründet, führt dies nicht zwangsläufig zu einem Bruch des Gewahrsams des Kunden. Denn jedenfalls in Fällen wie dem vorliegenden, wo Täter und Opfer beieinanderstehen und der Täter – hier wegen überlegenen Wissens des W – die bessere Zugriffsmöglichkeit auf das Geld hat, hat der Täter einen zumindest gegenüber dem Kunden übergeordneten Mitgewahrsam.⁴⁹ Die Aufhebung untergeordneten Mitgewahrsams stellt jedoch keine Wegnahme i.S.v. § 242 StGB dar,⁵⁰ sodass jedenfalls im Verhältnis von W und E nicht von einem Gewahrsamsbruch gesprochen werden kann. Daran ändert auch der vom 4. Senat angeführte Umstand nichts, dass Dritte üblicherweise Abstand zum Abhebenden halten würden. Denn zum einen lässt sich das sozial übliche und teils von Banken ausdrücklich eingeforderte Abstandhalten ebenso für das Gegenteil anführen: Gerade dass ein solcher Abstand üblich ist, zeigt die im Zeitpunkt des Abhebens ungesicherte Position des Kunden.⁵¹ Zum anderen soll der einzuhaltende Mindestabstand den ungestörten Abhebevorgang insgesamt sichern (etwa das Ausspähen der PIN verhindern) und hat daher nicht zwangsläufig gewahrsamsrelevante Aussagekraft.⁵² Mithin kann die Auffassung des 4. Strafsenates auch unter Annahme eines antizipierten Herrschaftswillens nicht überzeugen.

Hinweis: Anders mag es sich verhalten, wenn der berechnigte Karteninhaber nicht nur die PIN, sondern auch den

Auszahlungsbetrag eingegeben hat und nur noch das Geld aus dem Automaten entnehmen muss. Dann bestünde ein aktueller (und nicht bloß fingierter) antizipierter Beherrschungswille, vergleichbar der – vom 4. Strafsenat zu Unrecht angeführten⁵³ – Situation des Ladenbesitzers, dem nach der Verkehrsanschauung der Gewahrsam bereits an solchen Sachen zugesprochen wird, die mit seinem Einverständnis vor seiner verschlossenen Tür abgestellt werden.⁵⁴ Allein in einer solchen Konstellation lässt sich überzeugend für einen mindestens gleichrangigen Mitgewahrsam des Kunden, der vom Täter gebrochen wird, argumentieren.

Gleichwohl bleibt fraglich, ob W dann womöglich einen fortbestehenden Gewahrsam der S gebrochen hat. Dies hängt davon ab, ob mit dem 2. Strafsenat von einer einverständlichen Gewahrsamspreisgabe gesprochen werden kann oder mit dem 3. Strafsenat gerade eine solche nicht vorliegt, weil dieses Einverständnis personell auf den berechtigten Kontoinhaber (hier E) beschränkt ist. Insoweit ist dem 2. Strafsenat dahingehend zuzustimmen, dass die Identität des Berechtigten vom Geldautomaten nur durch die Eingabe von Codekarte und PIN überprüft wird. Betrachtet man die Eingabe des Geldbetrages isoliert, findet keine weitere Identitätsprüfung statt. Dies spricht hier dafür, mit dem 2. Strafsenat eine ordnungsgemäße Bedienung und damit ein wegnahmeausschließendes Einverständnis anzunehmen.⁵⁵ Jedoch würde man einen bei natürlicher Betrachtung einheitlichen Auszahlungsvorgang willkürlich aufspalten, wenn man derart zwischen PIN- und Betrag-Eingabe differenziert.⁵⁶ Die PIN-Eingabe soll nicht nur die Eigentumsübertragung an den Berechtigten autorisieren, sondern den Geldausgabevorgang insgesamt legitimieren.⁵⁷ Hierdurch kommt es auch nicht – wie zum Teil eingewandt wird – zu einer vollständigen Verrechtlichung der „Lehre vom bedingten Einverständnis“.⁵⁸ Denn es geht nicht darum, eine weitere, rein rechtlich begründete persönliche Beschränkung des Einverständnisses einzuführen, sondern die per PIN-Eingabe äußerlich erkennbare Identitätsprüfung auf einen in tatsächlicher Hinsicht einheitlichen Lebensvorgang der Auszahlung zu beziehen, auf den sich der Wille des Gewahrsamsinhabers (hier die S) insgesamt bezieht.⁵⁹ Dass insoweit

⁴⁷ So aber wohl Zivanic, NZWiSt 2022, 7 (11). Wie hier auch Kudlich, JA 2021, 519 (521); ähnlich wohl auch Ruppert, StV 2022, 17 (18).

⁴⁸ Ähnlich auch Kudlich, JA 2021, 519 (521) und Bechtel, JR 2021, 37 (41). Schröder, WuB 2021, 332 (333) will deswegen bis zur Entnahme des Geldes immerhin einen Mitgewahrsam von Bank und Kunde anerkennen.

⁴⁹ So auch El-Ghazi, NStZ 2021, 425 (428).

⁵⁰ Vgl. nur Kühl (Fn. 2), § 242 Rn. 13; Rengier (Fn. 1), § 2 Rn. 33; Fischer (Fn. 7), § 242 Rn. 14a. I.E. zust. Wessels/Hillenkamp/Schuh (Fn. 3), Rn. 101, die allerdings schon die Konstruktion eines gestuften Gewahrsams ablehnen; der „Untergeordnete“ hat so schon keine Sachherrschaft.

⁵¹ Ebenfalls krit. in dieser Hinsicht Ruppert, StV 2022, 15 (17); anders jedoch Schröder, WuB 2021, 332 (333).

⁵² Vgl. ebenso Bechtel, JR 2021, 37 (41).

⁵³ BGH NStZ 2021, 426, insoweit krit. auch Lenk, NJW 2021, 1547.

⁵⁴ Vgl. dazu BGH NJW 1968, 662.

⁵⁵ So auch Ruppert, StV 2022, 15 (18); Bechtel, JR 2021, 37 (42) und bereits zur Ausgangsentscheidung des 2. Strafsenates Brand, NJW 2018, 246; Eisele, JuS 2018, 300 (302) sowie ursprünglich auch Jäger, JA 2018, 309 (310 f.).

⁵⁶ So nunmehr auch Jäger, JA 2020, 66 (68), dagegen Lenk, JuS 2020, 407 (411) und Ruppert, StV 2020, 664 (667).

⁵⁷ So auch Schmitz (Fn. 4), § 242 Rn. 108.

⁵⁸ So aber Ruppert, StV 2020, 666 (667); erneut Ruppert, StV 2022, 17 (18); wohl ähnlich Krell, NStZ 2019, 728 (729 f.).

⁵⁹ Teilweise wird einer solchen Sichtweise entgegengehalten, dass hierdurch Folgeprobleme entstünden, so Krell, NStZ 2019, 728 (729 f.) und Bechtel, JR 2022, 37 (42). Bspw. sieht Krell die Gefahr einer Strafbarkeit wegen Diebstahls, wenn der

nicht zwischen PIN-Eingabe und Eingabe des Auszahlungsbetrages differenziert wird, zeigt das sozial übliche und von Banken durch explizite Nutzungsanweisungen eingeforderte Abstandhalten, wonach eine ordnungsgemäße Bedienung des Automaten neben der PIN-Eingabe erkennbar ebenso die ungestörte Auswahl des Geldbetrages und das Ansichnehmen des Geldes erfordert. Davon ausgehend hat hier die S ihr Einverständnis mit dem Gewahrsamswechsel auf den berechtigten E persönlich beschränkt.⁶⁰ Damit hat W einen fortbestehenden Gewahrsam der S gebrochen.

Hinweis: A.A. gut vertretbar. Da in diesem Fall sowohl nach dem 3. wie auch nach dem 4. *Strafsenat* ein Gewahrsamsbruch vorliegt (wessen Gewahrsam gebrochen wird ist i.R.v. § 242 StGB unerheblich), bedarf es eigentlich keines Streitentscheides, wenn man die Auffassung des 2. *Strafsenats* des BGH ablehnt. Anders verhält es sich jedoch, wenn die Wegnahme mit Nötigungsmitteln erzwungen wird und eine Strafbarkeit nach § 249 StGB in Betracht kommt.⁶¹ Dann müsste – wenn man der Ansicht des 3. *Strafsenats* des BGH folgt – erörtert werden, ob eine qualifizierte Nötigung auch gegenüber einem Nicht-Gewahrsamsinhaber für einen Raub ausreicht.⁶²

Berechtigte Geld abhebt und einen Dritten, bspw. zur Begleichung von Schulden, auffordert, sich dieses direkt aus dem Automatenfach zu nehmen (vgl. *Krell*, NSTZ 2019, 726 [730]). Dieses Problem lässt sich nicht schlicht dadurch lösen, dass man – wie *Zivanic*, NZWiSt 2022, 7 (11 mit Fn. 63) – einen Mitgewahrsam des Bankkunden annimmt, da dann der Dritte trotz des Einverständnisses des Mitgewahrsamsinhabers den mindestens gleichgeordneten Mitgewahrsam der Bank brechen würde. Vielmehr erledigt sich das von *Krell* ausgemachte Problem unabhängig davon, da richtigerweise ein Streckengeschäft von Bank, Bankkunden und Drittem vorliegt, wodurch letzterer Eigentümer wird, sodass es schon an der Fremdheit des Geldes fehlt. Vgl. zur sachenrechtlichen Lage *Vieweg/Lorz*, Sachenrecht, 9. Aufl. 2022, § 4 Rn. 32. Falls man mit Teilen der Literatur trotz des Eigentumserwerbs die Fremdheit bejaht (siehe oben Fn. 4), gelangt man zum selben Ergebnis, wenn man auf einen antizipierten Willen der Bank abstellt, dass auch Dritte im Einverständnis mit dem Kunden das Geld dem Ausgabefach entnehmen sollen, siehe dazu *Waßmer*, HRRS 2020, 25 (27) und *Jäger*, JA 2020, 66 (68).

⁶⁰ Vgl. ebenso für eine solche persönliche Beschränkung des Einverständnisses bei Geldabhebungen *Wessels/Hillenkamp/Suhr* (Fn. 3), Rn. 189; *Kindhäuser/Hilgendorf* (Fn. 25), § 242 Rn. 44; *Schmitz* (Fn. 4), § 242 Rn. 107 f. m.w.N.; *Jäger*, JA 2020, 66; *El-Ghazi*, NSTZ 2021, 425 (427 f.); *Waßmer*, HRRS 2020, 25 (27). Abl. *Krell*, NSTZ 2019, 726 (729 f.) und *Lenk*, JuS 2020, 407 (411 f.). Ähnlich krit. auch *Ruppert*, StV 2022, 15 (18).

⁶¹ So etwa in BGH NJW 2018, 245.

⁶² Dies ist der Fall, wenn der Dritte (hier die Sparkasse) bereit ist, den fremden Gewahrsam (hier des Kunden) zu schützen. Vgl. dazu m.w.N. nur *Rengier* (Fn. 1), § 7 Rn. 17, 21.

b) Subjektiver Tatbestand

Nachdem er die Umstände kannte, aus denen sich die Fremdheit der Geldscheine ergab, und ihm bei gebotener Parallelwertung in der Laiensphäre klar sein musste, dass S allein an E auszahlen wollte, handelte W auch vorsätzlich. Auch wollte W die Geldscheine dauerhaft der S entziehen und für eigene Zwecke verwenden, ohne einen fälligen und einredefreien Anspruch auf das Geld zu haben. Daher handelte er auch in der Absicht rechtswidriger Zueignung.

2. Rechtswidrigkeit und Schuld

W handelte rechtswidrig und schuldhaft.

B. Ergebnis

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

3. Tatkomplex: Das Restaurant

A. Strafbarkeit des W

I. Betrug gem. § 263 Abs. 1 StGB durch die Zahlung mit dem gestohlenen Geldschein

Dadurch, dass W mit dem gestohlenen 50 €-Schein zahlte, kann er sich wegen Betruges gegenüber und zulasten von I strafbar gemacht haben.

1. Tatbestandsmäßigkeit

a) Objektiver Tatbestand

aa) Täuschungsbedingter Irrtum

W muss den I über Tatsachen getäuscht haben. Täuschung ist die irreführende Einwirkung auf das Vorstellungsbild eines anderen.⁶³ W erklärte durch die Bezahlung konkludent, er sei Eigentümer des zur Zahlung hingegebenen Geldscheins. Tatsächlich war jedoch S Eigentümerin des Scheines, sodass W durch die Bezahlung schlüssig über Tatsachen getäuscht hat. Hierdurch kam es auf Seiten des I zu einer korrespondierenden Fehlvorstellung,⁶⁴ sodass auch ein Irrtum vorliegt.

bb) Vermögensverfügung

Auf Grund des Irrtums muss es zu einer Vermögensverfügung gekommen sein, d.h. einem Tun oder Unterlassen, das sich unmittelbar vermögensmindernd auswirkt⁶⁵. Jedenfalls die Übereignung des 10 €-Scheins als Wechselgeld ist eine solche Verfügung.

cc) Vermögensschaden

Hierdurch muss es seitens I schließlich zu einem Vermögensschaden, d.h. unmittelbar zu einer nicht durch Zuwachs ausgeglichenen Minderung des wirtschaftlichen Gesamtwerts

⁶³ *Rengier* (Fn. 1), § 13 Rn. 9 m.w.N.

⁶⁴ *Joecks/Jäger* (Fn. 10), § 263 Rn. 69.

⁶⁵ *Joecks/Jäger* (Fn. 10), § 263 Rn. 83; *Hilgendorf/Valerius* (Fn. 1), § 7 Rn. 62.

des Vermögens,⁶⁶ gekommen sein. Vor dem Bezahlen hatte I einen 10 €-Schein und einen Zahlungsanspruch gegen W auf 40 €. Durch die Bezahlung hat I sodann Gewahrsam am 50 €-Schein sowie – mangels Kenntnis von dessen deliktischer Herkunft – hieran auch Eigentum gem. §§ 929 S. 1, 932 BGB gutgläubig erworben. Die Tatsache, dass das Geld gestohlen war, ist unschädlich, da gem. § 935 Abs. 2 BGB der Abschluss des § 935 Abs. 1 BGB nicht greift. Zwar wurde ehemals bei einem (nur) gutgläubigen Eigentumserwerb ein Vermögensschaden darin gesehen, dass der gutgläubige Erwerb mit einem Makel belastet sei (sog. Makeltheorie⁶⁷). Dagegen spricht jedoch, dass dies allenfalls einen moralischen Makel darstellt, der den wirtschaftlichen Wert nicht mindert – zumal es sich um den gutgläubigen Erwerb von Geld handelt. Ein Vermögensschaden in Form eines Gefährdungsschadens ist allenfalls bei einem besonderen, wirtschaftlich konkret bezifferbaren Prozessrisiko des gutgläubigen Erwerbers anzuerkennen.⁶⁸ Daran fehlt es hier jedoch aufgrund der Beweislastverteilung mit Blick auf § 932 Abs. 1 S. 1 BGB⁶⁹ und der Sonderregelung des § 935 Abs. 2 BGB für Geld.

2. Ergebnis

Somit hat W sich nicht wegen Betruges strafbar gemacht, indem er I mit dem gestohlenen Geld bezahlte.

II. Unterschlagung gem. § 246 Abs. 1 StGB durch Zahlung mit dem geraubten Geld

Allerdings kann sich W durch dieselbe Handlung wegen Unterschlagung gem. § 246 Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben. Hierfür muss sich W das Geld zugeeignet haben, als er mit dem Geld die Rechnung des I bezahlte. Zwar dürfte W hierdurch seinen Willen, über das Geld wie ein Eigentümer zu verfügen, nach außen erkennbar betätigt haben, also einen nach außen manifestierten Zueignungsakt vorgenommen haben. Jedoch hatte W das Geld bereits in Zueignungsabsicht weggenommen. Dies führt nach Rechtsprechung und Teilen der Literatur dazu, dass die Bezahlung bereits nicht tatbe-

standsmäßig ist (sog. Tatbestandslösung⁷⁰). Nach anderer Auffassung stellt die Bezahlung zwar eine tatbestandsmäßige Zueignung dar, tritt jedoch als mitbestrafte Nachtat gegenüber dem Diebstahl zurück (sog. Konkurrenzlösung⁷¹). Damit scheidet nach beiden Auffassungen eine Bestrafung des W wegen Unterschlagung nach § 246 Abs. 1 StGB aus.

B. Strafbarkeit der B

I. Hehlerei gem. § 259 Abs. 1 Var. 2 StGB durch das Konsumieren der ausgegebenen Speisen und Getränke

Eine zunächst in Betracht kommende Strafbarkeit wegen Hehlerei gem. § 259 Abs. 1 Var. 2 StGB dadurch, dass B die spendierten Speisen und Getränke konsumiert hat, scheidet bereits daran, dass das Essen selbst nicht durch eine gegen fremdes Vermögen gerichtete Vortat rechtswidrig erlangt wurde und Gegenstände, die im Tausch- oder Kaufwege erlangt werden, kein taugliches Tatobjekt des § 259 StGB darstellen (sog. straflose Ersatzhehlerei)⁷².

II. Hehlerei gem. § 259 Abs. 1 Var. 4 StGB durch das „Mitverprassen“ des gestohlenen Geldes

Allerdings kann sich B durch das „Mitverprassen“ des von W gestohlenen Geldes der Absatzhilfe gem. § 259 Abs. 1 Var. 4 StGB schuldig gemacht haben.

1. Tatbestandsmäßigkeit

a) Taugliches Hehlereiobjekt

Der zur Bezahlung des I eingesetzte 50 €-Schein stellt eine aus einer gegen fremdes Vermögen gerichtete Vortat rechtswidrig erlangte Sache dar und ist mithin ein taugliches Hehlereiobjekt.

b) Absatzhilfe

Ferner muss das Verhalten der B als Absatzhilfe i.S.v. § 259 Abs. 1 Var. 4 StGB zu qualifizieren sein. Absatzhilfe ist die unselbstständige Unterstützung des Vortäters bei der wirtschaftlichen Verwertung der Sache im Interesse des Vortäters.⁷³ Fraglich ist, ob die Mithilfe beim Ausgeben des Geldes (das „Mitverprassen“) eine Tathandlung der Absatzhilfe in diesem Sinne darstellt. Grundsätzlich stellt das Verhalten der B eine Unterstützung des W bei der Beuteverwertung dar, da B – in Kenntnis der deliktischen Herkunft des Geldes – durch Ihren Wunsch die Bestellung durch W und damit den Umfang beeinflusst, in dem das gestohlene Geld eingesetzt wird. In einer solchen Mithilfe beim Ausgeben des Geldes wurde in

⁶⁶ Hilgendorf/Valerius (Fn. 1), § 7 Rn. 83.

⁶⁷ Vgl. RGSt 73, 61 (62 ff.); umfassend dazu Hefendehl, in: Erb/Schäfer (Fn. 4), § 263 Rn. 939 ff. Kurze Einordnung der RG Entscheidung Gaede, in: Leipold/Tsambikakis/Zöllner (Fn. 3), § 263 Rn. 115 mit zugehörigen Fn.; auch Fischer (Fn. 7), § 263 Rn. 151: „von NS-Ideologie geprägte Ansicht“ des RG.

⁶⁸ Vgl. BGH wistra 2003, 230 f.; BGH NStZ 2013, 37; aktuell auch BGH, Beschl. v. 9.1.2020 – 5 StR 546/19; krit. u.a. zur Realisierbarkeit einer konkreten Quantifizierung Saliger, in: Matt/Renzikowski (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl. 2020, § 263 Rn. 233; Hefendehl, in: Erb/Schäfer (Hrsg.), Münchener Kommentar zum StGB, Bd. 5, 4. Aufl. 2022, § 263 Rn. 943 ff.; Fischer (Fn. 7), § 263 Rn. 151a.

⁶⁹ In einem Prozess muss grds. derjenige, der einen gutgläubigen Erwerb bestreitet, die Bösgläubigkeit darlegen und beweisen, Kindl, in: Hau/Poseck (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar zum BGB, Stand: 1.2.2022, § 932 Rn. 20.

⁷⁰ Vgl. nur BGHSt 14, 38; Krey/Hellmann/Heinrich, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 18. Aufl. 2021, Rn. 265; Kühl (Fn. 2), § 246 Rn. 7; umfassend Rengier (Fn. 1), § 5 Rn. 51–59.

⁷¹ Vgl. Wessels/Hillenkamp/Schuh (Fn. 3), Rn. 328 ff.; Bosch (Fn. 8), § 246 Rn. 19. Siehe eingehend zu dem Problem Hohmann, in: Erb/Schäfer (Fn. 4), § 246 Rn. 41 ff.

⁷² Vgl. nur BGHSt 9, 137 (139); BGH NJW 1969, 1260 (1261); Jahn/Palm, JuS 2008, 501 (502); Fischer (Fn. 7), § 259 Rn. 7 und Rengier (Fn. 1), § 22 Rn. 24 ff.

⁷³ Vgl. statt vieler Rengier (Fn. 1), § 22 Rn. 54 m.w.N.

der älteren Literatur und Rechtsprechung teilweise eine tatbestandliche Absatzhilfe gesehen, da der vom Vortäter Eingeladene dazu beitrage, dass das gestohlene Geld „schneller unter die Leute kommt“.⁷⁴ Dagegen spricht jedoch, dass die Tathandlung der Absatzhilfe ein wirtschaftlich fremdnütziges Tätigwerden des Helfers erfordert.⁷⁵ Daran fehlt es hier, nachdem B ausschließlich aus eigenem Interesse daran mitwirkt, dass W das gestohlene Geld ausgibt, ohne sein Vermögen zu mehren. Zwar lässt es die Rechtsprechung für ein wirtschaftliches Interesse des Haupttäters ausreichen, dass dieser einem anderen eine Zuwendung machen kann, ohne Aufwendungen aus dem eigenen Vermögen zu tätigen.⁷⁶ Ein wirtschaftliches Interesse stellen solche „ersparten Aufwendungen“ jedoch nur dann dar, wenn der Vortäter aus rechtlichen oder zumindest sittlichen Gründen verpflichtet gewesen ist, die entsprechende Schenkung vorzunehmen. Dies ist hier jedoch nicht der Fall. Daher liegt keine Absatzhilfe durch das „Mitverprassen“ vor.

III. Hehlerei gem. § 259 Abs. 1 Var. 2 StGB durch die Annahme des 10 €-Scheins

Jedoch kommt noch eine Strafbarkeit der B wegen Hehlerei gem. § 259 Abs. 1 Var. 2 StGB durch die Annahme des 10 €-Scheins in Betracht.

1. Tatbestandsmäßigkeit

Dafür muss es sich beim Geldschein um ein taugliches Tatobjekt handeln, also um eine Sache, die durch eine „gegen fremdes Vermögen gerichtete“ rechtswidrige Vortat erlangt wurde. Eine solche Vortat könnte der Diebstahl zulasten des E darstellen. Allerdings stammt der B übergebene Geldschein nicht unmittelbar aus der Tatbeute, sondern ist das Wechselgeld für den aus der Tatbeute stammenden Schein. Auch eine rechtswidrige Vortat in Form des Betrugs zu Lasten des I scheidet aus, da dieser das Eigentum am Geld gutgläubig erworben und daher keinen Schaden erlitten hat.

Die ganz h.M. betrachtet solche Fälle als straflose Ersatzhehlerei. Dies wird damit begründet, dass der Grundsatz der Sachidentität auch bei Geld uneingeschränkt Anwendung finden müsse.⁷⁷ Dagegen argumentieren die Vertreter der sog. Wertsummentheorie⁷⁸, dass es nicht auf die konkreten Geld-

scheine bzw. -stücke ankomme, da im Wirtschaftsleben allein die Bedeutung als Wertträger zähle und es daher gleichgültig sei, in welcher Form dieser Wert konkret verkörpert sei. Dagegen spricht jedoch bereits der Wortlaut des § 259 Abs. 1 StGB, der nur Sachen, nicht jedoch unkörperliche Wertsummen erfasst. Bei § 259 StGB auf die Wertsumme abzustellen, verstößt daher gegen das Analogieverbot.⁷⁹ Demnach kann nicht auf den Diebstahl an E als Vortat der Hehlerei abgestellt werden.

2. Ergebnis

B hat sich nicht wegen Hehlerei gem. § 259 Abs. 1 Var. 2 StGB durch die Annahme des 10 €-Scheins strafbar gemacht.

Hinweis: Wer bei der Strafbarkeit des W nach § 246 StGB der Konkurrenzlösung folgt, der muss für B eine Strafbarkeit nach §§ 246 Abs. 1, 27 StGB prüfen und bejahen.

Gesamtergebnis und Konkurrenzen

W hat sich gem. § 242 Abs. 1 StGB strafbar gemacht. B ist straflos.

⁷⁴ Vgl. BGHSt 9, 137 (138); *Kühl* (Fn. 2), § 259 Rn. 15.

⁷⁵ So auch *Maier*, in: Erb/Schäfer (Fn. 4), § 259 Rn. 123.

⁷⁶ Vgl. BGHSt 10, 1 (2), unter Hinweis auf BGHSt 4, 236 (238 f.). Auch soll nach verbreiteter Ansicht eine Absatzhilfe genügen, wenn zum „Mitverprassen“ „ein die Übertragung der Verfügungsgewalt bewusst förderndes Tun hinzutritt“ (*Hecker*, in: Schönke/Schröder [Fn. 8], § 259 Rn. 34 m.w.N.). Das soll bspw. dann der Fall sein, wenn „Hinweise auf mögliche Absatzquellen“ den Absatz noch fördern (so *Maier* [Fn. 75], § 259 Rn. 123). Ein solches über den bloßen Mitverzehr hinausgehendes Verhalten liegt hier jedoch nicht vor.

⁷⁷ Vgl. m.w.N. nur OLG Braunschweig NJW 1952, 557; *Renigier* (Fn. 6), § 22 Rn. 27.

⁷⁸ Vgl. *Roxin*, in: Geerds/Naucke (Hrsg.), Beiträge zur gesamten Strafrechtswissenschaft: Festschrift für Hellmuth Mayer

zum 70. Geburtstag, 1966, S. 467 (472 ff.); *Rudolphi*, JA 1981, 1 (4); *Meyer*, MDR 1960, 377 ff. und *Eser*, Strafrecht IV, Schwerpunkt Vermögensdelikte, 4. Aufl. 1983, 18 A 23.

⁷⁹ So zutreffend und m.w.N. *Maier* (Fn. 75), § 259 Rn. 55.