

# Fortgeschrittenenklausur: Ein Handwerker auf Superspartour

Von Wiss. Mitarbeiter **Jonas C. Schulz**, Augsburg\*

*Angesichts der Rekordpreise für Benzin und Diesel im Jahr 2022 häufen sich in zunehmendem Maße wieder Medienberichte über das „Zapfen ohne zu bezahlen“ und den „Sprit-Klau“ an deutschen Tankstellen. Doch wie sind solche Sachverhalte strafrechtlich zu behandeln? Der Übungsfall für Fortgeschrittene (Bearbeitungszeit: drei Stunden) widmet sich der bisher in den Ausbildungszeitschriften wenig diskutierten Fallkonstellation, in der sich der Täter erst nach dem Tankvorgang dazu entschließt, nicht zu bezahlen.<sup>1</sup> Die Klausur wurde in leicht veränderter Form (ohne den Sachverhaltskomplex 3) an der Universität Augsburg im Sommersemester 2021 als Vorlesungsabschlussklausur im Grundkurs Strafrecht II gestellt. Der Notenschnitt betrug 5,45 Punkte. Die Durchfallquote lag bei 28 %. Problemschwerpunkte umfassen das tatbestandsausschließende Einverständnis beim Diebstahl, die schadensgleiche Vermögensgefährdung beim Forderungsbetrug, die Eigenschaft eines Schraubendrehers als gefährliches Werkzeug sowie das Erfordernis einer subjektiven Verdachtsbildung beim räuberischen Diebstahl.*

## Sachverhalt

Handwerker Alfred (A) ist mit seinem Pkw nach Feierabend auf dem Heimweg. Dabei trägt er seine Arbeitshose, in deren Tasche sich wie immer ein 25 cm langer, spitz zulaufender Schraubendreher befindet. Während der Fahrt bemerkt A, dass die Tankanzeige des Autos aufleuchtet. Mit den letzten Tropfen Benzin im Tank erreicht er die Selbstbedienungstankstelle der Betreiberin Bertha (B). An der Zapfsäule ist der Hinweis angebracht, dass der Eigentumsübergang an den Kraftstoffen unter der aufschiebenden Bedingung vollständiger Bezahlung steht. A tankt seinen insgesamt 60 l fassenden Benzintank für 120 € voll.

Auf dem Weg zum Tankstellengebäude fällt ihm auf, dass die Zapfsäulen nicht videoüberwacht sind. A beschließt, diesen Umstand auszunutzen und „heute einmal zu sparen“. Um seine Anwesenheit im Kassenraum nicht merkwürdig erscheinen zu lassen, nimmt er ein Eis aus der Kühltruhe und legt dieses zur Bezahlung auf den Tresen. B kassiert daraufhin nur das Eis ab. Aufgrund der zur Feierabendzeit regnen Frequenzierung der Tankstelle bemerkte B nicht, dass A getankt hatte.

Kurz vor dem Ausgang entdeckt der begeisterte Hobbyflieger A im Zeitschriftenregal noch seine 6,50 € teure Lieblingszeitschrift „Flugzeug Revue“. Er beschließt, diese „kostenlos“ mitzunehmen und für sich zu behalten. Deshalb schiebt er die Zeitschrift unter seine enganliegende Jacke und ver-

lässt das Gebäude.

In diesem Moment fällt B auf, dass A sein Wechselgeld auf dem Tresen liegen gelassen hat. Sie eilt ihm daher hinterher. Als A wieder losfahren will, stellt sich B vor sein Auto und wedelt mit den Wechselgeldscheinen in der Luft herum. A glaubt nun, B habe alles durchschaut und missversteht die Geste als Aufforderung, das Benzin und die Zeitschrift zu bezahlen. Um dies zu vermeiden und die Zeitschrift nicht wieder herausrücken zu müssen, gibt A Gas und fährt auf B zu. Diese springt – wie von A beabsichtigt – aus Angst, angefahren zu werden, im letzten Moment zur Seite. A rast vom Tankstellengelände fort, von dem B ihm verdutzt nachschaut.

## Bearbeitungsvermerk

Wie hat sich A nach dem StGB strafbar gemacht? Etwaige erforderliche Strafanträge wurden gestellt. Die §§ 123, 211 f., 223 f., 265a und 315b f. StGB sind nicht zu prüfen. Unterstellen Sie, dass B Eigentümerin des Kraftstoffs und der Waren im Tankstellen-Shop ist. Nehmen Sie ferner an, dass zwischen A und B mit dem Einfüllen des Benzins ein Kaufvertrag gem. § 433 BGB zustande gekommen ist.

## Lösungsvorschlag

### Sachverhaltskomplex 1: Das Betanken

#### I. § 242 Abs. 1 StGB

Indem A seinen Wagen mit 60 l Benzin volltankte, könnte er sich wegen Diebstahls gem. § 242 Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben.

#### 1. Objektiver Tatbestand

##### a) Bewegliche Sache

Bei dem Benzin handelte es sich um eine bewegliche Sache.

##### b) Fremdheit

Diese müsste für A fremd gewesen sein. Fremd ist eine Sache, wenn sie zumindest auch im Eigentum einer anderen Person steht.<sup>2</sup>

##### aa) H.M.: Zeitpunkt des unmittelbaren Ansetzens entscheidend

Nach h.M. kommt es für die Beurteilung der Eigentumsverhältnisse auf den Zeitpunkt des unmittelbaren Ansetzens (§ 22 StGB) zur Wegnahme an.<sup>3</sup> Das Benzin stand im Zeitpunkt des Ansetzens zum Tanken im Eigentum der B und war daher für A zu diesem Zeitpunkt jedenfalls noch fremd.

\* Der Autor ist Wiss. Mitarbeiter am Lehrstuhl für Deutsches, Europäisches und Internationales Straf- und Strafprozessrecht, Medizin- und Wirtschaftsstrafrecht (Prof. Dr. Dr. h.c. Michael Kubiciel) an der Juristischen Fakultät der Universität Augsburg. Er dankt dem Lehrstuhlinhaber sowie Herrn Akad. Rat a.Z. Dr. Sven Großmann für wertvolle Kritik und Anregungen.

<sup>1</sup> Vgl. zu den verschiedenen Konstellationen instruktiv Rebler, JA 2013, 179 ff.

<sup>2</sup> Vgl. Schmitz, in: Erb/Schäfer (Hrsg.), Münchener Kommentar zum StGB, 4. Aufl. 2021, Bd. 4, § 242 Rn. 31 m.w.N.; Bosch, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 242 Rn. 12.

<sup>3</sup> Hoyer, in: Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 5, 9. Aufl. 2019, § 242 Rn. 17; Schmitz (Fn. 2), § 242 Rn. 43; Kudlich/Noltensmeier, JA 2007, 863 (866); Streng, JuS 2002, 454 f.

bb) A.A.: *Gesamter Vorgang der Wegnahme entscheidend*

Eine Mindermeinung verneint jedoch bereits die Fremdheit der Sache, wenn der Täter durch die Wegnahme zugleich Eigentum erwirbt.<sup>4</sup>

(1) *Rechtsgeschäftlicher Eigentumserwerb*

Ein rechtsgeschäftlicher Eigentumserwerb<sup>5</sup> an der Zapfsäule scheidet aufgrund des dort angebrachten Hinweises aus. Bei diesem handelt es sich um eine für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierte Vertragsbedingung, mithin um eine allgemeine Geschäftsbedingung i.S.d. §§ 305 ff. BGB, die einen Eigentumsvorbehalt zum Gegenstand hat. Nach diesem erfolgt die Einigung über die Eigentumsübertragung (§ 929 S. 1 BGB) unter der aufschiebenden Bedingung (§ 158 Abs. 1 BGB) der vollständigen Kaufpreiszahlung.<sup>6</sup> Da der Kaufpreis an der SB-Tankstelle der B aber erst zeitlich später im Tankstellengebäude entrichtet wird, konnte zum Zeitpunkt des Tankens noch kein Eigentum an dem Benzin übergehen.

(2) *Gesetzlicher Eigentumserwerb*

Ein gesetzlicher Eigentumserwerb durch Vermischung erfolgte ebenfalls nicht. A erreichte die Tankstelle mit den letzten Tropfen Sprit. Sofern man annimmt, dass sich noch eine letzte kleine Menge im Tank befunden hat, ist A gem. § 948 Abs. 1 BGB i.V.m. § 947 Abs. 1 Hs. 1 BGB zwar Miteigentümer an dem Benzin geworden. Fremdes Miteigentum (hier der B) ist aber für die Annahme der Fremdheit einer Sache ausreichend.<sup>7</sup> Vertretbar wäre es aber auch, aufgrund der überragend großen Menge des neu eingefüllten Benzins der B, über § 948 Abs. 1 BGB i.V.m. § 947 Abs. 2 BGB eine

Alleineigentümerstellung der B anzunehmen.<sup>8</sup>

(3) *Zwischenergebnis*

A hat durch den Tankvorgang weder rechtsgeschäftlich noch gesetzlich Eigentum erworben. Beide Auffassungen kommen somit zur Fremdheit des Benzins. Ein Streitentscheid ist daher entbehrlich. Gleichwohl überzeugt die Mindermeinung nicht. Denn sie hat zur Konsequenz, dass die weniger intensive Form der Verletzung des Rechtsguts Eigentum, bei der das Opfer lediglich seine faktische Ausübungsmöglichkeit nach § 903 BGB über die Sache verliert, strafbar wäre, nicht jedoch die weit intensivere Form in Gestalt des völligen Verlusts der Eigentümerstellung.<sup>9</sup>

*Hinweis:* Aus diesem Grund wurde es von den Bearbeiter:innen nicht erwartet, die Mindermeinung zu erörtern und ausschweifende zivilrechtliche Analysen zur Eigentumsfrage anzustellen. Ausreichend war es, mit der h.M. von der Fremdheit des Benzins auszugehen.

c) *Wegnahme*

Weiterhin müsste A das Benzin weggenommen haben. Unter einer Wegnahme versteht man den Bruch fremden Gewahrsams und die Begründung neuen, nicht notwendigerweise tätereigenen Gewahrsams.<sup>10</sup> Gewahrsam ist die von einem natürlichen Herrschaftswillen getragene tatsächliche Sachherrschaftsmacht.<sup>11</sup> Die Gewahrsamsverhältnisse über eine Sache bestimmen sich nach der allgemeinen Verkehrsauffassung.<sup>12</sup> Nach dieser ist anzunehmen, dass zunächst B als Tankstellenbetreiberin Gewahrsamsinhaberin an dem Benzin gewesen ist. Nach dem Tanken hatte A die Herrschaft über das Benzin so erlangt, dass er sie ohne Behinderung durch B ausüben konnte. Diese konnte ihrerseits nicht mehr über die Sache verfügen, ohne die Verfügungsmacht des A zu beseitigen. Somit ist von einer Begründung neuen Gewahrsams durch A auszugehen. Fraglich ist jedoch, ob sich diese Gewahrsamsbegründung auch als Gewahrsamsbruch bezeichnen lässt. Dazu müsste sie gegen oder ohne den Willen der B erfolgt sein.<sup>13</sup>

aa) *Bedingtes Einverständnis*

Zunächst könnte man sich unter Rekurs auf die Lehre vom bedingten Einverständnis<sup>14</sup> auf den Standpunkt stellen, dass

<sup>4</sup> Vgl. *Mitsch*, Strafrecht, Besonderer Teil 2, 3. Aufl. 2015, S. 9 m.w.N.; *Wittig*, in: v. Heintschel-Heinegg (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar StGB, Stand: 1.8.2022, § 242 Rn. 8 f.

<sup>5</sup> Nach zutreffender Auffassung ist in der Freischaltung der Zapfsäule zivilrechtlich nicht nur ein Angebot ad incertas personas auf Abschluss eines Kaufvertrages gem. § 433 BGB zu erblicken, das die Kunden durch Einfüllen der Kraftstoffe annehmen (*Lorenz*, LMK 2011, 319864; *Conrad/Bisenius*, JA 2011, 740 [743]; vgl. auch *Armbrüster*, in: Erman, Kommentar zum BGB, 16. Aufl. 2020, § 145 Rn. 10). Vielmehr ist in der Freischaltung auch ein Übereignungsangebot nach § 929 S. 1 BGB zu sehen, das ebenfalls durch das Einfüllen der Kraftstoffe angenommen wird (vgl. LG Traunstein BeckRS 2011, 14960). Ob dieses Übereignungsangebot grds. unter der Bedingung der Kaufpreiszahlung steht, ist str. (vgl. *Beckmann*, in: Martinek [Hrsg.], Juris-PraxisKommentar BGB, Bd. 3, 9. Aufl. 2020, § 929 Rn. 36), hier jedoch unproblematisch, da ein Eigentumsvorbehalt durch den Hinweis (AGB) ausdrücklich vereinbart wurde.

<sup>6</sup> Vgl. *Wellenhofer*, Sachenrecht, 37. Aufl. 2022, § 14 Rn. 1; *Vieweg/Lorz*, Sachenrecht, 9. Aufl. 2022, § 11 Rn. 3; *Lorenz*, JuS 2011, 199.

<sup>7</sup> *Schmitz* (Fn. 2), Rn. 32; *Kindhäuser/Hilgendorf*, Strafrecht, Lehr- und Praxiskommentar, 9. Aufl. 2022, § 242 Rn. 15.

<sup>8</sup> Vgl. *Lange/Trost*, JuS 2003, 961 (964); krit. aber *Faust*, JuS 2011, 929 (931).

<sup>9</sup> *Hoyer* (Fn. 3), § 242 Rn. 19; *Schmitz* (Fn. 2), § 242 Rn. 44.

<sup>10</sup> *Schmitz* (Fn. 2), § 242 Rn. 49; *Wessels/Hillenkamp/Schuhr*, Strafrecht, Besonderer Teil 2, 44. Aufl. 2021, Rn. 87.

<sup>11</sup> *Fischer*, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar, 69. Aufl. 2022, § 242 Rn. 11; *Zopfs*, ZJS 2009, 506 (507).

<sup>12</sup> BGH NJW 1961, 2266; *Schmitz* (Fn. 2), § 242 Rn. 55.

<sup>13</sup> *Rengier*, Strafrecht, Besonderer Teil I, 24. Aufl. 2022, § 2 Rn. 64.

<sup>14</sup> Dazu ausführlich *Rönnau*, in: Heinrich u.a. (Hrsg.), Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag am 15. Mai 2011, Bd. 1, 2011, S. 487 ff.

Betreiber von SB-Tankstellen die Kraftstoffe nur an zahlungswillige Kunden abgeben wollen.<sup>15</sup>

#### bb) Generelles Einverständnis

Die h.M. geht hingegen von einem generellen tatbestandsausschließenden Einverständnis aus, sofern die Zapfsäule ordnungsgemäß bedient wird.<sup>16</sup> Ein Streitentscheid kann hier dahinstehen. A hat ordnungsgemäß getankt und war zum Zeitpunkt der Gewahrsamsbegründung noch zahlungsbereit, sodass ein tatbestandsausschließendes Einverständnis nach beiden Meinungen anzunehmen ist.

*Hinweis:* Ein Großteil der Bearbeiter:innen nahm aufgrund des Eigentumsvorbehalts ein tatbestandsausschließendes Einverständnis nur unter der Bedingung der vollständigen nachträglichen Kaufpreiszahlung an.<sup>17</sup> Es ist jedoch strikt zwischen dem Eigentumsübergang und dem Gewahrsamsübergang zu unterscheiden. Insbesondere begrenzt die Erklärung eines Eigentumsvorbehalts nicht das generelle Einverständnis zu dem Gewahrsamswechsel an den Kraftstoffen.<sup>18</sup>

#### d) Zwischenergebnis

A hat somit bereits den objektiven Tatbestand des § 242 StGB nicht verwirklicht.

*Hinweis:* Ein (versuchter) Betrug durch das Tanken scheitert daran, dass A das Benzin anfänglich noch bezahlen wollte. Eine Täuschung über seine Zahlungswilligkeit (ein innerer Zustand der Gegenwart und somit eine Tatsache) kommt daher nicht in Betracht. Eine Unterschlagung durch den Tankvorgang scheitert daran, dass in dem sozialadäquaten Vorgang des Betankens bereits objektiv keine Manifestation eines Zueignungswillens erblickt werden kann.<sup>19</sup> Denn eine solche erfordert nach der in der Literatur herrschenden engen Manifestationstheorie ein Verhalten des Täters, das für einen objektiven Betrachter zuverlässig und unzweideutig den Zueignungswillen des Täters dokumentiert.<sup>20</sup> Das Betanken gibt aber keinen Aufschluss darüber, ob der Täter das Benzin durch sofortiges Wegfahren wirtschaftlich sinnvoll durch Verbrauch nutzen will (Aneignungswille) oder damit wie ein Fremdbesitzer – unter Respektierung der Eigentümerposition des Tankstellenbetreibers – bis zur Entrichtung des Kaufpreises und

dem damit einhergehenden Eigentumsübergang (Herbeiführung des Bedingungseintritts gem. § 158 Abs. 1 BGB) warten will.<sup>21</sup>

#### 2. Zwischenergebnis

A hat sich nicht wegen Diebstahls gem. § 242 Abs. 1 StGB strafbar gemacht, indem er seinen Wagen mit 60 l Benzin volltankte.

### II. Zwischenergebnis

A hat sich im Sachverhaltskomplex 1 nicht strafbar gemacht.

#### Sachverhaltskomplex 2: Im Kassenraum

##### I. § 263 Abs. 1 StGB

A könnte sich jedoch durch das Vorlegen des Eises wegen eines Betrugs gem. § 263 Abs. 1 StGB gegenüber und zum Nachteil von B strafbar gemacht haben.

##### 1. Objektiver Tatbestand

###### a) Täuschung

Dies setzt voraus, dass A die B über eine Tatsache getäuscht hat. Eine Täuschung ist das bewusst irreführende Einwirken auf das Vorstellungsbild eines anderen über Tatsachen.<sup>22</sup> Tatsachen sind dem Beweis zugängliche konkrete äußere oder innere Geschehnisse oder Zustände der Vergangenheit oder Gegenwart.<sup>23</sup> Als täuschungsrelevante Tatsache kommt der Tankvorgang – ein beweisbares äußeres Geschehnis der Vergangenheit – in Betracht. Darüber hat A aber keine ausdrückliche Aussage (Täuschung *expressis verbis*) getroffen. Allerdings könnte in dem Vorlegen des Eises eine konkludente Täuschung zu erblicken sein. Ob einem Kommunikationsakt ein konkludenter Aussagewert zukommt, ist durch Auslegung aus der Sicht eines objektiven Erklärungsempfängers zu ermitteln.<sup>24</sup> An einer SB-Tankstelle wird in der Regel so bezahlt, dass der Kunde an der Kasse die Nummer der von ihm benutzten Zapfsäule nennt. Legt der Kunde hingegen Waren aus dem Tankstellen-Shop – ohne die Nennung einer Zapfsäulennummer – vor, muss ein objektiver Beobachter des Geschehens davon ausgehen, dass der Kunde die Tankstelle nur zum Einkaufen, nicht aber zum Tanken aufgesucht hat. Dafür spricht auch der Umstand, dass das Tankstellenpersonal – teils regelmäßig, teils nur bei Zweifeln – nachfragt, ob auch getankt wurde oder die vorgelegte Ware „Alles“ sei. Auch Kunden, die nur Getränke, Süßigkeiten oder Zigaretten kaufen, sonst aber schweigen, kommunizieren daher aktiv, dass nicht getankt wurde. A hat durch sein Verhalten somit den

<sup>15</sup> Vgl. Mitsch (Fn. 4), S. 155.

<sup>16</sup> Schmitz (Fn. 2), § 242 Rn. 111; Kühl, in: Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch, Kommentar, 29. Aufl. 2018, § 242 Rn. 14.

<sup>17</sup> Kritisch dazu Seier, JA 1982, 518.

<sup>18</sup> Schmitz (Fn. 2), § 242 Rn. 111; vgl. auch Ast, NSStZ 2013, 305 f.

<sup>19</sup> v. Heintschel-Heinegg, JA 2012, 305 (307); Ast, NSStZ 2013, 305 (309).

<sup>20</sup> Kretschmer, in: Leipold/Tsambikakis/Zöller (Hrsg.), Anwalt-Kommentar StGB, 3. Aufl. 2020, § 246 Rn. 7; Eisele, Strafrecht, Besonderer Teil II, 6. Aufl. 2021, Rn. 254; Wessels/Hillenkamp/Schuh (Fn. 10), Rn. 324.

<sup>21</sup> A.A. aber Ernst, Jura 2013, 454 (456); Lange/Trost, JuS 2003, 961 (963).

<sup>22</sup> Fischer (Fn. 11), § 263 Rn. 14; Rengier (Fn. 13), § 13 Rn. 9 i.V.m. Rn. 4.

<sup>23</sup> Küper/Zopfs, Strafrecht, Besonderer Teil, 10. Aufl. 2018, Rn. 492; Mitsch (Fn. 4), S. 260.

<sup>24</sup> Rengier (Fn. 13), § 13 Rn. 11; ausführlich Becker, JuS 2014, 307 ff.

Eindruck erweckt, ein Tankvorgang seinerseits habe nicht stattgefunden. Mithin hat A über eine Tatsache getäuscht.

*Hinweis:* Teilweise haben die Bearbeiter:innen eine Täuschung durch Unterlassen geprüft. Diesbezüglich fehlt es aber an einer Garantenpflicht des A i.S.d. § 13 StGB. Insbesondere ergibt sich weder allgemein aus Treu und Glauben (§ 242 BGB) noch speziell aus dem Kaufvertrag als gewöhnlichem Austauschgeschäft des täglichen Lebens eine Pflicht, das Tankstellenpersonal über den Tankvorgang aufzuklären.<sup>25</sup>

b) *Irrtum*

Die Täuschung müsste zu einem Irrtum, also zu einer positiven Fehlvorstellung über die Wirklichkeit<sup>26</sup> bei B geführt haben. Diese hatte sich nach Vorlage des Eises wohl keine näheren Gedanken dazu gemacht, ob A auch getankt hatte. Allerdings hat sich bei dem Massengeschäft des Selbstbedienungstankens das oben beschriebene Verhaltensmuster herausgebildet, nach dem man im Falle des Tankens die Nummer der Zapfsäule nennt. B durfte demnach wie selbstverständlich davon ausgehen, dass A nicht getankt hatte, als er nur das Eis auf den Tresen legte (sog. sachgedankliches Mitbewusstsein)<sup>27</sup>. Ein Irrtum ist daher zu bejahen.

c) *Vermögensverfügung*

Infolge des Irrtums müsste B über ihr Vermögen verfügt haben. Unter einer Vermögensverfügung versteht man jedes Tun, Dulden oder Unterlassen, welches das Vermögen unmittelbar wirtschaftlich mindert.<sup>28</sup>

*Hinweis:* In Anlehnung an *Rengier*, der treffend davon spricht, dass „Fragen der Vermögensminderung und des Vermögensschadens ineinander über[greifen]“<sup>29</sup> wird im Folgenden die Frage nach einer vermögensrelevanten Minderung beim Prüfungspunkt „Vermögensverfügung“ erörtert, während dem Prüfungspunkt „Vermögensschaden“ die Funktion zukommt, nach einer etwaigen Saldierung dieses Vermögensabflusses zu fragen.<sup>30</sup>

Zwischen A und B ist mit dem Einfüllen des Benzins ein Kaufvertrag gem. § 433 BGB zustande gekommen.<sup>31</sup> B hat folg-

lich die ihr aus § 433 Abs. 2 BGB zustehende Kaufpreisforderung nicht alsbald geltend gemacht, sodass ein Unterlassen vorliegt.<sup>32</sup> Dadurch wurde die Realisierung des Anspruchs wesentlich erschwert. B war die Identität des A nicht bekannt. Zudem waren die Zapfsäulen nicht videoüberwacht, sodass eine Identifizierung über dessen Kennzeichen ausschied. Die Wahrscheinlichkeit des Eintritts eines endgültigen Vermögensschadens war damit so groß, dass das Vermögen der B nach der Nichtgeltendmachung des Anspruchs bereits unmittelbar eine Minderung erfahren hatte (schadensgleiche Vermögensgefährdung)<sup>33</sup>. Hätte B von dem Tankvorgang gewusst, hätte sie die Forderung zudem mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit geltend gemacht, sodass die Kausalität zwischen Irrtum und Vermögensverfügung gegeben ist. Im Übrigen ist anzunehmen, dass sie vermögenssichernde Maßnahmen wie z.B. die Aufnahme der Personalien oder die sofortige Einschaltung der Polizei ergriffen hätte, sodass auch ein Kausalzusammenhang zwischen der Nichtgeltendmachung des Anspruchs und der Vermögensminderung zu bejahen ist.

Ein Verfügungsbewusstsein (Wissen um den vermögensrelevanten Charakter der Verfügung) ist beim Forderungsbruch nach h.M. nicht erforderlich,<sup>34</sup> da es einen Forderungsdiebstahl nicht gibt und das Kriterium damit seine Abgrenzungsrelevanz nicht entfalten kann.

d) *Vermögensschaden*

Eine saldierte Betrachtung der Vermögenslagen vor und nach der Verfügung ergibt, dass die Vermögensminderung nicht durch einen Vermögenszufluss kompensiert wurde. Es liegt somit eine nachteilige Vermögensdifferenz und mithin ein Vermögensschaden i.H.v. 120 € vor.

2. *Subjektiver Tatbestand*

a) *Vorsatz*

A handelte in Kenntnis aller objektiven Tatumstände und mit dem Willen zur Tatbestandsverwirklichung, also vorsätzlich i.S.d. § 15 StGB.

b) *Bereicherungsabsicht*

Zudem kam es ihm auch gerade darauf an, den Kaufpreis nicht zu zahlen. Der ersparte Kaufpreis ist die Kehrseite des

gerichtshofs in Zivilsachen (BGH NJW 2011, 2871 [2871 Rn. 13]). Vgl. auch oben Fn. 5.

<sup>32</sup> Vgl. *Hefendehl* (Fn. 27), Rn. 428; *Mitsch* (Fn. 4), S. 296.

<sup>33</sup> Vgl. dazu instruktiv *Becker/Rönnau*, JuS 2017, 499 ff.; ferner *Fischer* (Fn. 11), § 263 Rn. 156 ff.; *Kindhäuser/Hilgendorf* (Fn. 7), § 263 Rn. 189 ff.

<sup>34</sup> *Perron*, in: Schönke/Schröder (Fn. 2), § 263 Rn. 60; *Rengier* (Fn. 13), § 13 Rn. 64 f.; *Wessels/Hillenkamp/Schuh* (Fn. 10), Rn. 546; a.A. z.B. *Hefendehl* (Fn. 27), § 263 Rn. 411, der hier wohl aber auch eine Vermögensverfügung annehmen würde, da nach seinem Ansatz „dem Getäuschten nicht einmal die Vermögensrelevanz seiner Handlung bekannt gewesen sein [muss]“ (Rn. 414) und es ausreicht, dass das Opfer dazu gebracht wird, „sich anders als üblicherweise zu verhalten“ (Rn. 415).

<sup>25</sup> *Deutscher*, NStZ 1983, 505 (507); *Charalambakis*, MDR 1985, 975 f.

<sup>26</sup> *Fischer* (Fn. 11), § 263 Rn. 54; *Kühl* (Fn. 16), § 263 Rn. 18.

<sup>27</sup> Vgl. *Hefendehl*, in: Erb/Schäfer (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 5, 4. Aufl. 2022, § 263 Rn. 338; *Schramm*, Strafrecht, Besonderer Teil II, 2. Aufl. 2020, § 7 Rn. 54.

<sup>28</sup> *Fischer* (Fn. 11), § 263 Rn. 70; *Kindhäuser/Hilgendorf* (Fn. 7), § 263 Rn. 108; *Rengier* (Fn. 13), § 13 Rn. 63.

<sup>29</sup> *Rengier* (Fn. 13), § 13 Rn. 73.

<sup>30</sup> Vgl. *Rengier* (Fn. 13), § 13 Rn. 72.

<sup>31</sup> Dass der Kaufvertragsschluss bereits an der Tanksäule zustande kommt, entspricht der Rechtsprechung des Bundes-

Vermögensschadens der B, sodass A auch in der Absicht handelte, sich stoffgleich zu bereichern.<sup>35</sup>

### 3. Objektive Rechtswidrigkeit der erstrebten Bereicherung und entsprechender Vorsatz

Ferner müsste die erstrebte Bereicherung objektiv rechtswidrig gewesen sein. Dies ist der Fall, wenn dem Täter ein fälliger und einredefreier Anspruch auf Entziehung des Vermögensgutes zusteht oder er einen unbegründeten Anspruch abwehren will.<sup>36</sup> A wollte die Geltendmachung eines Anspruchs gegen sich abwehren. Der Anspruch der B gegen A auf Kaufpreiszahlung war jedoch nicht unbegründet, sondern nach § 271 Abs. 1 BGB mit Abschluss des Kaufvertrags durch den Tankvorgang fällig<sup>37</sup> und durchsetzbar. Insbesondere konnte sich A nicht mehr auf die Einrede des nichterfüllten Vertrags (§ 320 Abs. 1 S. 1 BGB) berufen, da B mit Übergabe und bedingter Übereignung des Benzins die Gegenleistung bereits bewirkt hatte.<sup>38</sup> Die erstrebte Bereicherung war mithin rechtswidrig.

### 4. Rechtswidrigkeit, Schuld und Ergebnis

Die Tat war rechtswidrig und A handelte schuldhaft. Er hat sich somit gem. § 263 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

## II. § 246 Abs. 1 StGB

Fraglich ist, ob sich A durch das Vorlegen des Eises wegen Unterschlagung des Benzins gem. § 246 Abs. 1 StGB strafbar gemacht hat. Dann müsste darin die Manifestation des Willens zu erblicken sein, sich das Benzin rechtswidrig zueignen zu wollen.<sup>39</sup> Dies erscheint zweifelhaft, kann aber im Ergebnis dahinstehen. Denn A hat durch dieselbe natürliche Handlung i.S.d. § 52 StGB bereits einen Betrug begangen, sodass die Unterschlagung bereits nach der insoweit engeren Meinung,<sup>40</sup> die eine Koinzidenz mit einem Delikt gleicher oder ähnlicher Schutzrichtung verlangt, nach § 246 Abs. 1 StGB a.E. formell subsidiär ist.

*Hinweis:* Der BGH nimmt eine Subsidiarität hingegen bereits dann an, wenn die Unterschlagung mit irgendeinem Delikt mit höherer Strafdrohung Tateinheitlich zusammentrifft.<sup>41</sup>

## III. §§ 242 Abs. 1, 244 Abs. 1 Nr. 1 lit. a Alt. 2 StGB

Durch das Verbergen der Zeitschrift „Flugzeug Revue“ unter der Jacke unter Mitführung eines Schraubendrehers könnte sich A des Weiteren wegen Diebstahls mit einem gefährli-

chen Werkzeug gem. §§ 242 Abs. 1, 244 Abs. 1 Nr. 1 lit. a Alt. 2 StGB strafbar gemacht haben.

### 1. Objektiver Tatbestand

#### a) Fremde bewegliche Sache

Bei der Zeitschrift handelt es sich um eine fremde bewegliche Sache.

#### b) Wegnahme

Tankstelleninhaberin B ist nach der Verkehrsauffassung die Gewahrsamsinhaberin bzgl. der Waren im Tankstellen-Shop. A befand sich zum Zeitpunkt des Einsteckens der Zeitschrift noch im räumlichen Machtbereich der B. A hat die Zeitschrift jedoch so eng an seinen Körper verbracht, dass B, wollte sie den Gegenstand wiedererlangen, in einen fremden Tabubereich eindringen und hierbei mit besonderen Widerständen des A rechnen müsste. A hat daher eine sog. Gewahrsamsenklaue<sup>42</sup> geschaffen und dadurch neuen Gewahrsam begründet. Dies erfolgte auch ohne den Willen der B. A hat die Zeitschrift somit bereits im Tankstellengebäude weggenommen und dadurch den objektiven Tatbestand des § 242 Abs. 1 StGB vollendet.

#### c) Objektiver Qualifikationstatbestand

Darüber hinaus könnte A mit dem Schraubendreher ein gefährliches Werkzeug bei sich geführt haben. Welche Gegenstände gefährliche Werkzeuge sind, ist umstritten. Dies liegt daran, dass der Gesetzgeber der Meinung war, die Gefährlichkeit eines Werkzeugs lasse sich wie bei § 224 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2 StGB bestimmen.<sup>43</sup> Diese Grundsätze lassen sich aber nicht unbesehen übertragen, da die Gefährlichkeit bei § 224 StGB maßgeblich anhand der Verwendung im konkreten Einzelfall bestimmt wird.<sup>44</sup> Bei § 244 StGB reicht es hingegen aus, das Werkzeug bei sich zu führen; auf die Verwendung im konkreten Fall kommt es also gerade nicht an.

#### aa) Rein abstrakt-objektive Betrachtungsweise

Nach der sog. rein abstrakt-objektiven Betrachtungsweise ist ein gefährliches Werkzeug ein Gegenstand, der nach seiner objektiven Beschaffenheit geeignet ist, erhebliche Körperverletzungen beizubringen.<sup>45</sup> Dies ist bei dem Schraubenzieher des A anzunehmen. Denn dieser war 25 cm lang und spitz zulaufend, sodass er sich als Stichwerkzeug eignete. Manche Urteile korrigieren die Weite dieses Ansatzes über den Vorsatz bzgl. des Beisichführens und verlangen ein reflektiertes Bewusstsein des Täters, den Gegenstand bei sich zu führen.<sup>46</sup> Dies ist hier zu verneinen, da A während der Wegnahme der Zeitschrift wohl nicht an den Schraubendreher gedacht hat.

<sup>35</sup> Vgl. Rengier (Fn. 13), § 13 Rn. 313.

<sup>36</sup> Hefendehl (Fn. 27), § 263 Rn. 1157; Wessels/Hillenkamp/Schuhr (Fn. 10), Rn. 615 f.

<sup>37</sup> Vgl. BGH NJW 2011, 2871 (2871 Rn. 17).

<sup>38</sup> Vgl. Faust, JuS 2011, 929 (932).

<sup>39</sup> Vgl. Jäger, Examens-Repetitorium Strafrecht, Besonderer Teil, 9. Aufl. 2021, Rn. 283.

<sup>40</sup> Rengier (Fn. 13), § 5 Rn. 66; Hoyer, JR 2002, 517 f.; Küpper, JZ 2002, 1115 f.

<sup>41</sup> Vgl. BGH NJW 2002, 2188.

<sup>42</sup> Vgl. Kudlich, in: Hilgendorf/Kudlich/Valerius (Hrsg.), Handbuch des Strafrechts, Bd. 5, 2020, § 29 Rn. 47; Rengier (Fn. 13), § 2 Rn. 47; Fischer (Fn. 11), § 242 Rn. 20.

<sup>43</sup> BT-Drs. 13/9064, S. 17 i.V.m. S. 18.

<sup>44</sup> Joecks/Jäger, Studienkommentar StGB, 13. Aufl. 2020, § 244 Rn. 19.

<sup>45</sup> BGH NStZ 2011, 158 (158 Rn. 6); BGH NStZ 2012, 571 f.

<sup>46</sup> BGH NStZ-RR 2003, 12 (13); BGH NStZ-RR 2005, 340.

*bb) Situationsbezogene abstrakt-objektive Betrachtungsweise*

Die situationsbezogene abstrakt-objektive Betrachtungsweise fordert darüber hinaus, dass das Beisichführen – aus der objektiven Perspektive eines Dritten – keinen anderen Schluss zulässt, als dass der Täter den Gegenstand zu Verletzungszwecken einsetzen will.<sup>47</sup> Es ist jedoch sozialadäquat, dass ein Handwerker einen Schraubendreher mit sich führt, sodass nach diesem Ansatz kein gefährliches Werkzeug vorliegt.

*cc) Konkret-subjektive Betrachtungsweise*

Nach konkret-subjektiven Ansätzen muss zum objektiven Gefährlichkeitskriterium der Vorbehalt hinzutreten, den Gegenstand erforderlichenfalls zur Herbeiführung erheblicher Körperverletzungen zu verwenden.<sup>48</sup> Einen solchen Verwendungsvorbehalt hatte A jedoch nicht.

*dd) Streitentscheid*

Die Entscheidungen, die die rein abstrakt-objektive Betrachtungsweise über den Vorsatz bzgl. des Beisichführens einschränken, überzeugen nicht. Sie lassen unbeachtet, dass nach der allgemeinen Vorsatzlehre ein sachgedankliches Mitbewusstsein grds. ausreichend ist.<sup>49</sup> Ohne eine Korrektur führt die rein abstrakt-objektive Betrachtungsweise aber regelmäßig zu ausufernden Ergebnissen. Es ist kaum ein Gegenstand denkbar, dem nicht eine gewisse abstrakte Gefährlichkeit inhärent ist, mehr als nur unerhebliche Verletzungen zu verursachen.<sup>50</sup> Diese weite Auffassung ist daher insgesamt abzulehnen. A hat mithin kein gefährliches Werkzeug bei sich geführt.

*Hinweis:* Die Auslegung des Tatbestandsmerkmals „gefährliches Werkzeug“ ist eine der umstrittensten Fragen des Besonderen Teils des StGB.<sup>51</sup> Der Meinungsstand ist in seinen einzelnen Nuancen kaum mehr zu überblicken. Es wurde daher von den Bearbeiter:innen nicht erwartet, die einzelnen Meinungen detailliert nachzuzeichnen. Ausreichend war es, die groben Strömungen zu erwähnen. An dieser Stelle ist jede Meinung vertretbar, es kommt allein auf die Schlüssigkeit der Argumentation an.

*2. Subjektiver Tatbestand*

A handelte bzgl. der Wegnahme einer fremden beweglichen Sache vorsätzlich. Indem er die Zeitschrift „kostenlos“ mitnehmen und für sich behalten wollte, nahm er es wenigstens billigend in Kauf, B dauerhaft aus ihrer Herrschaftsposition über die Sache zu verdrängen. Zugleich wollte er sich dadurch zumindest vorübergehend in die faktische Eigentümerposition versetzen. Daher wies er auch die erforderliche Zueignungsabsicht auf.<sup>52</sup>

*3. Objektive Rechtswidrigkeit der erstrebten Zueignung und entsprechender Vorsatz*

Weiterhin hatte A keinen fälligen, einredefreien Anspruch auf die Sache, was er auch wusste.

*4. Rechtswidrigkeit und Schuld*

Die Tat war rechtswidrig und schuldhaft.

*5. Zwischenergebnis und Strafantrag*

A hat sich wegen Diebstahls gem. § 242 Abs. 1 StGB strafbar gemacht. Bei der 6,50 € teuren Zeitschrift handelte es sich zudem um eine geringwertige Sache. Die obere Grenze schwankt in der Rechtsprechung zwischen 25 € und 50 €. Der gem. § 248a StGB erforderliche Strafantrag wurde gestellt.

**Sachverhaltskomplex 3: Das Wegfahren**

**I. § 252 StGB**

Indem A auf B zugefahren ist, könnte er sich wegen räuberischen Diebstahls gem. § 252 StGB strafbar gemacht haben.

*1. Objektiver Tatbestand*

*a) Vortat: Diebstahl zwischen Vollendung und Beendigung*

A hat einen vollendeten Diebstahl begangen (siehe oben). Dieser dürfte noch nicht beendet gewesen sein.<sup>54</sup> Ein Diebstahl ist beendet, wenn der Täter den Gewahrsam an der gestohlenen Sache nach den Umständen des Einzelfalls ausreichend gefestigt und gesichert hat.<sup>55</sup> Zwar hatte A die Zeitschrift bereits in sein Auto verbracht und der B so den Zugriff darauf erschwert. Das Auto befand sich aber noch auf dem Tankstellengelände, also im unmittelbaren räumlichen Herrschaftsbereich der B. Diese hatte noch die Möglichkeit, den A durch Versperren des Wegs zur Aufgabe des Gewahrsams an der Zeitschrift zu bewegen. Eine ausreichende Gewahrsamssicherung lag daher noch nicht vor.

*b) Frische der Tat*

A wurde von B zudem in Tatortnähe alsbald nach der Tatausführung gestellt, sodass die Tat noch frisch war.

*c) Betreffen*

Problematisch ist aber, ob B den A überhaupt i.S.d. § 252 StGB „betroffen“ hat. Denn B erkannte nicht, dass A einen Diebstahl begangen hatte. Es stellt sich somit die Frage, ob das Tatbestandsmerkmal „Betreffen“ voraussetzt, dass das Opfer den Dieb gerade in seiner Eigenschaft als Täter bzw. Tatverdächtigen wahrnimmt oder aber die bloße Wahrnehmung der Person ausreichend ist.

<sup>47</sup> Bosch (Fn. 2), § 244 Rn. 5a; Schmitz (Fn. 2), § 244 Rn. 17.

<sup>48</sup> Wessels/Hillenkamp/Schuh (Fn. 10), Rn. 285; Küper/Zopfs (Fn. 23), Rn. 789; Kühl (Fn. 16), § 244 Rn. 3.

<sup>49</sup> Rengier (Fn. 13), § 4 Rn. 28a.

<sup>50</sup> Kudlich, JA 2012, 792 (793).

<sup>51</sup> Rengier (Fn. 13), § 4 Rn. 7.

<sup>52</sup> Vgl. dazu Rengier (Fn. 13), § 2 Rn. 89 ff.

<sup>53</sup> Vgl. Kindhäuser/Hilgendorf (Fn. 7), § 248a Rn. 2; Fischer (Fn. 11), § 248a Rn. 3a; Wittig (Fn. 4), § 248a Rn. 5; jeweils m.w.N.

<sup>54</sup> Vgl. BGH NJW 1979, 726 (727); Kindhäuser/Hilgendorf (Fn. 7), § 252 Rn. 10.

<sup>55</sup> BGH NStZ 2008, 152; BGH NStZ 2001, 88 (89); Fischer (Fn. 11), § 242 Rn. 54.

*aa) Weite Auslegung*

Für Letzteres spricht, dass „Betreffen“ dem natürlichen Wort-sinn nach nicht unbedingt „Ertappen“ – d.h. „das Geschehen richtig als strafbares Tun, namentlich als Diebstahl erken[nen]“<sup>56</sup> – bedeutet. Vielmehr kann es auch als bloßes „Antreffen“ verstanden werden.<sup>57</sup> Folgt man dieser Ansicht, wäre ein „Betreffen“ demnach zu bejahen.

*bb) Enge Auslegung*

Eine andere Auffassung macht hingegen geltend, die sprachliche Verknüpfung zwischen dem Wort „Diebstahl“ und dem Merkmal „Betreffen“ impliziere, dass keine beliebige Person, sondern der Täter als solcher bemerkt werden müsse.<sup>58</sup>

*cc) Streitentscheid*

Überzeugend ist dies nicht. Denn die Verknüpfung „bei einem Diebstahl“ beschreibt nur die objektive Tatsituation, in welcher der Täter („Wer“) betroffen werden muss.<sup>59</sup> Dass der Täter als Vortäter eines Diebstahls wahrgenommen werden muss, lässt sich der Formulierung aber gerade nicht entnehmen. Darüber hinaus findet nach verbreiteter Auffassung die Gleichstellung des räuberischen Diebstahls mit dem Raub ihren Grund in der erhöhten Gefährlichkeit des in einer psychischen Bedrängungssituation ertappten Diebs.<sup>60</sup> Diesem erhöhten Gefährdungspotential sind aber auch ahnungslose Opfer ausgesetzt, weil der Betroffene deren Motive oftmals nicht erkennt und deshalb aus Furcht, eine Entdeckung stünde kurz bevor, vorbeugend Raubmittel anwendet.<sup>61</sup>

*d) Anwendung qualifizierter Nötigungsmittel*

Überdies müsste A gegen eine Person Gewalt verübt oder Drohungen mit gegenwärtiger Gefahr für Leib und Leben angewendet haben. Unter Gewalt versteht man nach einer klassischen Definition, die bereits der Rspr. des RG zugrunde lag, das Aufwenden körperlicher Kraft, die unmittelbar auf den Körper des Opfers wirkt und seitens des Täters subjektiv mit dem Willen geleistet wird, erwarteten oder geleisteten Widerstand zu überwinden oder von vornherein zu unterdrücken.<sup>62</sup> A hat durch das Betätigen des Gaspedals (wenn auch nur geringe) körperliche Kraft aufgewendet. Dies tat er auch

in dem Willen, B zum Ausweichen zu bewegen (sog. vis compulsiva)<sup>63</sup>. Touchiert hat A die B mit seinem Pkw aber nicht. Diese ist vorher, aus Angst angefahren zu werden, zur Seite gesprungen. Damit fehlt es an einer unmittelbaren körperlichen Einwirkung. Der BGH hat aber auch *psychische* Zwangswirkungen ausreichen lassen, sofern das Opfer diese als *physischen* Zwang empfindet.<sup>64</sup> Das BVerfG hat insoweit entschieden, dass eine bedrängende Fahrweise im Straßenverkehr Gewalt sein könne, sofern deren Auswirkungen (Intensität und Dauer des Auffahrens, Geschwindigkeit, Verkehrssituation etc.) zu einer physisch merkbaren *Angstreaktion* des Opfers führen.<sup>65</sup> B ist aus Angst, angefahren zu werden, zur Seite gesprungen. Unter Zugrundelegung der weiten BGH-Rechtsprechung wäre das Zufahren des A auf B – auch gemessen an verfassungsrechtlichen Maßstäben – daher wohl noch als Gewalt anzusehen. Überzeugend ist diese Rechtsprechung allerdings nicht, da sie zu einer Verschleifung<sup>66</sup> des Gewaltmerkmals und der Drohungsalternative führt.<sup>67</sup> Überzeugender ist es daher, in den Fällen des Zufahrens auf eine Person mit einem Kraftfahrzeug grds. von einer Drohung, die Person im Falle des Stehenbleibens anzufahren, auszugehen.<sup>68</sup> Ein solches Übel hat A konkludent in Aussicht gestellt und damit eine gegenwärtige Gefahr für Leib (und Leben) der B angedroht. Dass er es gerade beabsichtigte, dass B zur Seite springt, ist unerheblich, da es aufgrund des instrumenta-

<sup>63</sup> A.A. *Effer-Uhe*, JA 2012, 613 (618): (Langsames) Zufahren auf eine Person bereits vis absoluta; ebenso *Rengier*, JuS 1981, 654 (658); wie hier: *Kindhäuser/Hilgendorf* (Fn. 7), Vor §§ 232–241a Rn. 18; *Joecks/Jäger* (Fn. 44), Vor § 232 Rn. 19; *Voigt*, in: Hofmann-Holland (Hrsg.), Strafrecht, Besonderer Teil, 2015, Rn. 253.

<sup>64</sup> Vgl. BGHSt 23, 126 (127) – Bedrohen mit einer entsicherten Schusswaffe; BGH GA 1962, 145 – Abgabe von Warnschüssen; BGHSt 19, 263 (265) – Drängeln auf der Autobahn unter ständigem Hupen und Blinken.

<sup>65</sup> BVerfG NJW 2007, 1669 (1670 Rn. 20).

<sup>66</sup> Von einer Verschleifung spricht man, wenn „Tatbestandsmerkmale [...] so weit ausgelegt werden, dass sie vollständig in anderen Tatbestandsmerkmalen aufgehen, also zwangsläufig mit diesen mitverwirklicht werden“. (BVerfG NJW 2010, 3209 (3211 Rn. 79); instruktiv dazu *Kuhlen*, in: Saliger u.a. (Hrsg.), Festschrift für Ulfrid Neumann zum 70. Geburtstag, 2017, S. 943 ff.

<sup>67</sup> Sehr kritisch auch *Jakobs*, in: Baumann (Hrsg.), Festschrift für Karl Peters zum 70. Geburtstag, 1974, S. 69 (77); *ders.*, in: Pawlik (Hrsg.), Strafrechtswissenschaftliche Beiträge, Zu den Grundlagen des Strafrechts und zur Zurechnungslehre, 2017, S. 300 (307): „durch geradezu groteske Amateurphysiologie („Nervenerregung“) teils kaschierte [...] Tendenz zum Übergriff in den Drohungsbereich“; kritisch auch *Sommer*, NJW 1985, 769 ff.

<sup>68</sup> BayObLG NJW 1995, 2646; *Heger*, JA 2001, 833 (834): Gewalt nur, wenn Zufahren zur „Beseitigung“ des Opfers führen könne; vgl. auch die Lösung eines Aktenvortrags bei *Effer-Uhe*, JA 2012, 613 (618).

<sup>56</sup> *Sander*, in: Erb/Schäfer (Fn. 2), § 252 Rn. 9.

<sup>57</sup> Vgl. Duden, Deutsches Universalwörterbuch, 9. Aufl. 2019, S. 311; BGH NJW 1979, 726 (727); vgl. auch *Kühl* (Fn. 16), § 252 Rn. 4.

<sup>58</sup> Vgl. *Schnarr*, JR 1979, 314 (315); so auch *Lask*, Das Verbrechen des räuberischen Diebstahls (§ 252 StGB), 1999, S. 120 f. i.V.m. S. 113.

<sup>59</sup> Vgl. *Schwarzer*, ZJS 2008, 265 (268).

<sup>60</sup> Vgl. *Vogel*, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch, 12. Aufl. 2010, Bd. 8, § 252 Rn. 3; in diese Richtung auch *Wessels/Hillenkamp/Schuhr* (Fn. 10), Rn. 413; *Rengier* (Fn. 13), § 10 Rn. 1.

<sup>61</sup> Vgl. *Vogel* (Fn. 60), § 252 Rn. 29.

<sup>62</sup> Vgl. *Geppert*, Jura 2006, 31 (33) mit Verweis auf RGSt 45, 153 (156).

lisierenden Charakters einer Drohung keine Rolle spielt, ob der Drohende das Übel tatsächlich zufügen will<sup>69</sup>.

2. *Subjektiver Tatbestand*

A handelte vorsätzlich sowie in Besitzerhaltungsabsicht.

3. *Rechtswidrigkeit*

Fraglich ist, ob die Tat des A nach § 32 Abs. 1 StGB gerechtfertigt ist. Denn in dem Versperren des Weges durch B ist ein gegenwärtiger Angriff auf die von Art. 2 Abs. 1 GG geschützte Fortbewegungsfreiheit des A zu erblicken.<sup>70</sup>

*Hinweis:* Ob es sich bei dem Verstellen des Weges um Gewalt i.S.d. § 240 StGB handelt, muss an dieser Stelle nicht erörtert werden, da ein Angriff i.S.d. § 32 StGB nach h.M.<sup>71</sup> nicht die Verwirklichung eines Straftatbestands erfordert. Vertretbar ist es jedoch – unter Rekurs auf die Verwerflichkeitsklausel des § 240 Abs. 2 StGB<sup>72</sup> – bereits einen Angriff aufgrund der Sozialadäquanz des von B verfolgten Ziels, dem A sein Wechselgeld zurückzugeben, zu verneinen.

Dieser Angriff müsste aber auch rechtswidrig gewesen sein. Dies ist insbesondere dann nicht der Fall, wenn sich der Angreifer seinerseits auf einen Rechtfertigungsgrund berufen kann.<sup>73</sup> Der Diebstahl des A war noch nicht beendet (siehe oben), womit sein Angriff auf das Eigentum der B andauerte und damit noch gegenwärtig i.S.d. § 32 Abs. 2 StGB war. Somit bestand bereits für B eine objektive Notwehrlage, zu deren Abwehr ihre Handlung erforderlich und geboten war. Dass sie davon keine Kenntnis hatte (fehlendes subjektives Rechtfertigungselement) ist unschädlich, da die Rechtswidrigkeit des Angriffs der B im Rahmen der Prüfung der Notwehrvoraussetzungen des A bereits dann entfällt, wenn das Erfolgsunrecht des Angriffs der B vollständig kompensiert wurde.<sup>74</sup>

*Hinweis:* Davon ist die Frage zu unterscheiden, wie sich das fehlende subjektive Rechtfertigungselement auf eine

(hier nicht gefragte) Strafbarkeit der B auswirkt.<sup>75</sup> Insofern wird einerseits vertreten, nur wegen Versuchs zu bestrafen. Andere wollen demgegenüber aus dem vollendeten Delikt bestrafen. Unabhängig davon hätte sich B aber nicht wegen (versuchter) Nötigung strafbar gemacht, weil ihr sozialadäquates Verhalten (siehe oben) nicht verwerflich i.S.d. § 240 Abs. 2 StGB ist.

Dies lässt sich mit einer Parallele zum untauglichen Versuch (Beispiel: Der Täter denkt, er schießt mit einer scharfen Waffe, die in Wirklichkeit nur mit Platzpatronen geladen ist) erklären. Gegen einen solchen wird die Ausübung von Notwehr im Allgemeinen für unzulässig gehalten, weil das Selbstschutzprinzip mangels tatsächlich drohender Rechts-gutsverletzung nicht zur Geltung gelangt.<sup>76</sup> Das Gleiche muss aber auch für die Situation gelten, in der zwar ein Rechtsgut (wie hier die Fortbewegungsfreiheit des A) verletzt wird, diese Verletzung aber objektiv gerechtfertigt ist. Denn insofern kommt zwar das Selbstschutzprinzip zur Geltung, nicht aber das der Notwehr als zweite Säule zugrundeliegende Rechtsbewährungsprinzip, weil ein (Gegen-)Angriff gegen ein objektiv gerechtfertigtes Verhalten gerade nicht auf die Verteidigung der Rechtsordnung, sondern vielmehr auf die Beseitigung eines rechtmäßigen Zustands gerichtet ist. Folglich war der „Angriff“ der B rechtmäßig. Dagegen durfte A keine Notwehr üben. Die Tat war rechtswidrig.

4. *Schuld*

A handelte schuldhaft.

5. *Zwischenergebnis*

A hat sich somit wegen räuberischen Diebstahls gem. § 252 StGB strafbar gemacht, der den einfachen Diebstahl im Wege der Spezialität verdrängt.

**II. § 250 Abs. 2 Nr. 1 Alt. 2 StGB**

A könnte sich durch die Verwendung des Pkw darüber hinaus wegen schweren räuberischen Diebstahls gem. § 250 Abs. 2 Nr. 1 Alt. 2 StGB strafbar gemacht haben. Dazu müsste A ein anderes gefährliches Werkzeug verwendet haben.

Dies lässt sich unter Zugrundlegung der Rechtsprechung bejahen. Denn diese bestimmt die Gefährlichkeit eines Werkzeugs i.R.d. § 250 Abs. 2 Nr. 1 Alt. 2 StGB wie bei § 224 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2 StGB.<sup>77</sup> Entscheidend ist demnach, ob der Gegenstand nach seiner objektiven Beschaffenheit und seiner konkreten Verwendung im Einzelfall geeignet ist, erhebliche

<sup>69</sup> So treffend *Sinn*, in: Erb/Schäfer (Fn. 2), § 240 Rn. 69.

<sup>70</sup> Vgl. dazu AG Torgau BeckRS 2021, 7973 Rn. 19 m. Anm. *Kudlich*, JA 2021, 692 ff.

<sup>71</sup> Vgl. *Roxin/Greco*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 5. Aufl. 2020, § 15 Rn. 20a; *Kühl*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 2017, § 7 Rn. 59; *Kindhäuser/Hilgendorf* (Fn. 7), § 32 Rn. 22; *Perron/Eisele*, in: Schönke/Schröder (Fn. 2), § 32 Rn. 19/20.

<sup>72</sup> So der überzeugende Ansatz von *Rönnau/Hohn*, in: Cirener u.a. (Hrsg.), Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 3, 13. Aufl. 2019, § 32 Rn. 88 f.

<sup>73</sup> *Kühl* (Fn. 71), § 7 Rn. 60; *Erb*, in: Erb/Schäfer (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 4. Aufl. 2020, § 32 Rn. 49.

<sup>74</sup> Vgl. *Rönnau/Hohn* (Fn. 72), § 32 Rn. 112; *Roxin/Greco* (Fn. 71), § 14 Rn. 96; *Erb* (Fn. 73), § 32 Rn. 62; *Kühl* (Fn. 71), § 7 Rn. 64.

<sup>75</sup> Vgl. zu diesem Problem und dem im Einzelnen vertretenen Meinungen *Hillenkamp/Cornelius*, 32 Probleme aus dem Strafrecht, Allgemeiner Teil, 15. Aufl. 2017, S. 32 ff. (4. Problem).

<sup>76</sup> *Roxin/Greco* (Fn. 71), § 15 Rn. 1, 9; *Mitsch*, in: Baumann u.a., Strafrecht, Allgemeiner Teil, 13. Aufl. 2021, § 15 Rn. 15, § 22 Fn. 180; *Rönnau/Hohn* (Fn. 72), § 32 Rn. 95; *Erb* (Fn. 73), § 32 Rn. 64.

<sup>77</sup> BGH BeckRS 2015, 6119 m. Anm. *Kudlich*, JA 2015, 471 ff.

Verletzungen herbeizuführen.<sup>78</sup> Das Zufahren auf B barg ein solches erhebliches Verletzungspotential.

Gegen eine solche Sichtweise lässt sich aber ein systematisches Argument ins Feld führen. So spricht der erhöhte Strafrahmen des § 250 Abs. 2 StGB (nicht unter fünf Jahren) gegenüber dem § 250 Abs. 1 StGB (nicht unter drei Jahren) dafür, in ersterem eine weitere Qualifikation des letzteren zu sehen. Somit setzt die Anwendbarkeit des § 250 Abs. 2 Nr. 1 Alt. 2 StGB die Erfüllung des „Grundtatbestands“ des § 250 Abs. 1 Nr. 1 lit. a Alt. 2 StGB, mithin auch das Beisichführen des verwendeten gefährlichen Werkzeugs, voraus<sup>79</sup>. Ein Pkw kann aber sprachlich nicht *bei sich* geführt werden<sup>80</sup>. Eine solche Auslegung würde die Wortlautgrenze überschreiten und wäre im Hinblick auf Art. 103 Abs. 2 StGB eine verfassungswidrige Analogie zu Lasten des Täters. Selbst das Gesetz spricht in den §§ 315c Abs. 1 Nr. 1, 316 Abs. 1 StGB von *führen* und nicht von *bei sich* führen eines Fahrzeugs. A hat sich daher nicht wegen schweren räuberischen Diebstahls strafbar gemacht.

### III. § 240 Abs. 1 StGB

Die durch das Zufahren auf B ebenfalls verwirklichte Nötigung tritt im Wege der Spezialität hinter den räuberischen Diebstahl zurück.<sup>81</sup>

### IV. §§ 253 Abs. 1, 255 StGB

A könnte sich durch das Zufahren auf B noch wegen einer räuberischen (Sicherungs-)Erpressung strafbar gemacht haben. Dies setzt nach der h.L. voraus, dass die Anwendung des Nötigungsmittels zu einer Vermögensverfügung des Opfers geführt hat.<sup>82</sup> Eine solche könnte wiederum in einer mit dem Ausweichen verbundenen Nichtgeltendmachung der Kaufpreisforderung zu sehen sein, sofern man wie beim Forderungsbruch ein Verfügungsbewusstsein nicht voraussetzt. Allerdings fehlt es dann an der Kausalität zwischen Gewaltanwendung und Vermögensverfügung. Wäre A nicht auf B zugefahren, hätte diese die Forderung gleichwohl nicht geltend gemacht, da sie A nur das Wechselgeld bringen wollte.

### V. §§ 253 Abs. 1, 255, 22, 23 Abs. 1 StGB

In Betracht kommt daher nur eine versuchte räuberische Erpressung, da A dachte, B verlange die Bezahlung des Benzins. Dann müsste sich A aber auch einen Umstand vorgestellt haben, der – wäre er objektiv gegeben – einen Vermögensschaden begründet hätte. Zwar könnte man argumentieren, A habe zumindest im Sinne einer Parallelwertung in der Laiensphäre reflektiert, dass durch die erneute Nichtgeltendmachung der Forderung die Wahrscheinlichkeit des endgültigen

Schadenseintritts (Nichtdurchsetzung der Forderung innerhalb der zehnjährigen Höchstverjährungsfrist gem. § 199 Abs. 4 BGB) weiter erhöht werde. Indessen entstand dieser Gefährdungsschaden bereits unmittelbar durch die Nichtgeltendmachung an der Kasse. Bei diesem handelt es sich bereits um einen vollwertigen Vermögensschaden i.S.d. § 263 Abs. 1 StGB.<sup>83</sup> A hat sich somit nur die quantitative Vertiefung eines bereits entstandenen Vermögensschadens, nicht aber eine qualitative Schadensvertiefung durch die Entstehung eines neuen weiteren Vermögensschadens vorgestellt. Eine versuchte räuberische Erpressung scheidet daher aus.

### VI. § 246 Abs. 1 StGB

A hat sich durch das Wegfahren zudem wegen Unterschlagung strafbar gemacht. Indem er den Kaufpreis an der Kasse nicht entrichtete, trat die Bedingung gem. § 158 Abs. 1 BGB nicht ein und das Benzin blieb für ihn eine fremde bewegliche Sache. Ein gesetzlicher Eigentumserwerb hat ebenfalls nicht stattgefunden bzw. nur zu einer Miteigentümerstellung des A geführt (siehe oben). As Zueignungswille manifestierte sich objektiv unzweideutig durch den Verbrauch des Kraftstoffs.

Ob hierin eine wiederholte tatbestandslose Zueignung zu sehen ist, hängt davon ab, ob sich A das Benzin bereits durch das Vorlegen des Eises zugeeignet hat (siehe oben).

Die Unterschlagung durch das Wegfahren wird aber jedenfalls bereits durch das Betrugsunrecht abgegolten und tritt deshalb im Wege der Konsumtion als mitbestrafte Nachtat zurück.

### Gesamtergebnis

A hat sich mithin gem. §§ 263 Abs. 1, 252 Abs. 1, 53 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

<sup>78</sup> Kindhäuser, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 3, 5. Aufl. 2017, § 250 Rn. 18.

<sup>79</sup> Vgl. Rengier (Fn. 13), § 8 Rn. 17 f.

<sup>80</sup> Offen gelassen von BVerfG NJW 2008, 3627 (3629).

<sup>81</sup> Zu den Konkurrenzen im Allgemeinen Niehaus, Ad Legendum 2014, 151 ff.; Geppert, Jura 2000, 598 ff., 651 ff.

<sup>82</sup> Vgl. Joecks/Jäger (Fn. 44), § 255 Rn. 5 m.w.N.

<sup>83</sup> Becker/Rönnau, JuS 2017, 499 (500).