

Art der Arbeit: Hausarbeit zur Übung im Strafrecht für Fortgeschrittene

Semester: WS 95/96

Note: gut (13 Punkte)

Schwerpunkte: vor allem Probleme der Zueignung (insbesondere Rechtswidrigkeit der Zueignungsabsicht bei § 242 StGB, auch Mehrfachzueignung bei § 246), des Vermögensbegriffs bei § 263 (ist Vermögensschaden zu bejahen, wenn der getäuschte zwar Geld entrichtet, zugleich aber eine wertmäßig äquivalente Sache zurückerhält, die ihm zuvor gestohlen wurde?) und Auslegungsprobleme bei §§ 257 und 259. Die Arbeit ist zwar etwas älter, die Schwerpunktthemen sind jedoch trotz der Strafrechtsreform auch heute noch aktuell.

Zusammenfassung des Sachverhalts:

A. findet abends seinen Kollegen B betrunken und schlafend auf dem Boden neben dessen Fahrrad liegen. B schuldet A. schon lange 300 DM; da A. das Geld trotz mehrerer Mahnungen nicht erhalten hat, beschließt er, es sich zu nehmen. Er nimmt B. die Brieftasche aus der Tasche, steckt sie aber zurück, nachdem er festgestellt hat, daß sie kein Geld enthält.

Schließlich beschließt er, als „Entschädigung,, B.s Fahrrad mitzunehmen, dessen Wert er zutreffend auf c.a. 250 DM schätzt. Er ist sich sicher, dies wegen der Geldschuld zu dürfen.

Zu Hause lackiert A das Rad neu, wodurch sich dessen Aussehen deutlich verändert und der Wert sich auf ca. 300 DM erhöht.

F erfährt von der ganzen Geschichte und hört, daß B ein neues Fahrrad kaufen will. Er rät A, das Rad an B zurückzukaufen. Auf F.s Rat gibt sich A. gegenüber B. als Eigentümer des Rades aus und bietet es diesem für 300 DM zum Kauf an. B. erkennt es zwar nicht, rechnet aber damit, daß es gestohlen sein könnte. Dennoch kauft er es für 300 DM.

Da der Kauf auf F.s Tip hinzustandegekommen ist, fordert er von A eine „Provision,, i.H.v. 100 DM. A. lehnt ab, verspricht dem F. aber eine Einladung zum Essen.

Wie ist der Sachverhalt strafrechtlich zu beurteilen?

Literaturverzeichnis

Berard, Peter

Die eigenmächtige Zueignung geschuldeter Sachen als strafrechtliches Problem
Heidelberg 1978
zit.: *Berard*, Die eigenmächtige Zueignung

Bockelmann, Paul

Zur Konkurrenz der Vermögensdelikte
JZ 1960, S. 621 ff.
zit.: *Bockelmann*, Konkurrenz

Dreher, Eduard / Tröndle, Herbert

Strafgesetzbuch und Nebengesetze
45. Aufl. München 1991
zit.: *Dreher/Tröndle*

Gössel, K. H.

Anmerkung zu BGH 1 StR 146/76 (entspricht BGHSt 26, 346)
JR 1977, S. 32 ff.

Hirsch, Hans Joachim

Eigenmächtige Zueignung geschuldeter Sachen, Rechtswidrigkeit und Irrtum bei den
Zueignungsstrafbestimmungen
JZ 1963, S. 149 ff.
zit.: *Hirsch*, Eigenmächtige Zueignung

Hruschka, Joachim

Hehlerei und sachliche Begünstigung
Probleme zweier unfertiger Deliktskategorien
JR 1980, S. 221 ff.
zit.: *Hruschka*, Hehlerei und sachliche Begünstigung

Jakobs, G.

Anm. zu OLG Hamburg 2 Ss 209/73

JR 1974, S. 474 f.

Janson, Gerald N.

Begünstigung und Hehlerei vor dem Hintergrund des Rückerwerbs der Diebesbeute
Hamburg 1992

zit.: *Janson, Rückerwerb*

Jauernig, Othmar

Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch

7. Aufl. München 1994

zit.: *Jauernig/Bearbeiter*

Kühne, Hans Heiner

Geschäftsfähigkeit oder Betrug?

Kehl am Rhein 1978

zit.: *Kühne, Geschäftsfähigkeit*

Lackner, Karl

Strafgesetzbuch mit Erläuterungen

19. Aufl. München 1991

zit.: *Lackner StGB*

Leipziger Kommentar

Großkommentar zum Strafgesetzbuch

Bd. 6, §§ 263-303a

10. Aufl. 1988

zit.: *LK¹⁰-Bearbeiter*

15. Lieferung §§ 242 - 262

11. Aufl. Berlin / New York 1994

zit.: *LK¹¹-Bearbeiter*

Maiwald, Manfred

Der Zueignungsbegriff im System der Eigentumsdelikte

Heidelberg 1970

zit.: *Maiwald*, Zueignungsbegriff

Literaturbericht zu : *Otto*, Grundkurs Strafrecht

ZStW 91 (1979), S. 947 ff.

zit.: *Maiwald*, Literaturbericht

Maurach, Reinhard / *Schröder*, Friedrich-Christian

Strafrecht Besonderer Teil, Teilband 1

6. Aufl. Heidelberg/Karlsruhe 1977

zit.: *Maurach/Schröder*, Strafrecht BT I

Miehe, Olaf

Die Schutzfunktion der Strafdrohungen gegen Begünstigung und Hehlerei

Festschrift für Honig, S. 91 ff.

zit.: *Miehe*, Schutzfunktion

Otto, Harro

Die neuere Rechtsprechung zu den Vermögensdelikten - Teil 2

JZ 1993, S. 652 ff.

zit.: *Otto*, Rechtsprechung

Die Struktur des strafrechtlichen Vermögensschutzes

Berlin 1970

zit.: *Otto*, Struktur

Grundkurs Strafrecht: Die einzelnen Delikte

2. Auflage Berlin / New York 1984

zit.: *Otto*, Grundkurs Strafrecht

Roxin, Claus

Geld als Objekt von Eigentums- und Vermögensdelikten

aus: Festschrift für Hellmuth Mayer, Berlin 1965

S. 467 ff.

zit.: *Roxin*, Geld

Offene Tatbestände und Rechtspflichtmerkmale

Hamburg 1959

zit.: *Roxin*, Offene Tatbestände

Schröder, Horst

Rechtswidrigkeit und Irrtum bei Zueignungs- und Bereicherungsabsicht

DRiZ 1956, S. 69 ff.

zit.: *Schröder*, Rechtswidrigkeit und Irrtum

Anmerkung zu BayObLG 3 St 235/72

JR 1973, S. 427

Schröder, Horst / *Schönke*, Adolf

Kommentar zum Strafgesetzbuch

23. Aufl. München 1988

zit.: *Schönke/Schröder-Bearbeiter*

Trunk, Stefan

Der Vermögensschaden nach § 253 StGB beim Rückverkauf des gestohlenen

Gutes an den Eigentümer - BGHSt 26, 346

JuS 1985, S. 944 ff.

zit.: *Trunk*, Vermögensschaden

Welzel, Hans

Das Deutsche Strafrecht

11. Aufl. Berlin 1969

zit.: *Welzel*, Strafrecht

Wessels, Johannes

Strafrecht Besonderer Teil - 2

16. Aufl. Heidelberg 1993

zit.: *Wessels* BT 2

Gutachten

A Strafbarkeit des A gemäß §§ 242, 22 StGB¹

A könnte sich, indem er dem B die Brieftasche aus der Tasche holte, um aus dieser Geld zu entnehmen, nach §§ 242, 22 wegen versuchten Diebstahls strafbar gemacht haben.

I Anwendungsvoraussetzungen

Da A bei B kein Geld gefunden und auch die Brieftasche nicht mitgenommen hat, kann diesbezüglich kein vollendeter Diebstahl vorliegen; die Strafbarkeit des Versuches ergibt sich aus § 242 II.

II Subjektiver Tatbestand - Tatentschluß

1. Vorstellung einer Tathandlung gemäß § 242

A müßte den Tatentschluß gehabt haben, dem B eine fremde bewegliche Sache wegzunehmen.

a) Vorstellung eines geeigneten Tatobjekts

Daß A sich Brieftasche und Geld als bewegliche Sachen vorstellte, ist nicht zu bezweifeln. Das Merkmal der Fremdheit bemißt sich nach den Eigentumsverhältnissen²; A ging nicht davon aus, Eigentümer der Brieftasche oder des bei B vermuteten Geldes zu sein, beide waren daher in seiner Vorstellung auch fremde Sachen.

b) Tatentschluß zur Wegnahme

Fraglich ist aber, ob bezüglich dieser Sachen auch ein Entschluß zur Wegnahme bestand. Wegnahme bedeutet Bruch fremden und Begründung neuen Gewahrsams³; A müßte sich daher vorgestellt haben, daß die Gegenstände sich im Gewahrsam des B befänden. Gewahrsam wird definiert als tatsächliches, von einem Herrschaftswillen getragenes Herrschaftsverhältnis über eine Sache⁴. A stellte sich vor, daß B die gesuchten Gegenstände in einer Tasche mit sich führte; in seiner Vorstellung hatte B daher die (theoretische) Möglichkeit, ungehindert auf diese einzuwirken. Ein Herrschaftsverhältnis lag in As Vorstellung daher vor.

¹Alle zitierten Paragraphen ohne Gesetzesangabe sind solche des StGB.

²Dreher/Tröndle § 242 Rn. 4.

³Lackner StGB § 242 Rn. 8.

⁴Lackner StGB § 242 Rn. 8.

Problematisch erscheint zunächst die Frage des Herrschaftswillens; hier ist jedoch allgemein anerkannt, daß auch eine Bewußtseinslockerung im Rahmen des sozial Üblichen zumindest dann den latenten Herrschaftswillen nicht ausschließt, wenn zu erwarten ist, daß die fragliche Person das Bewußtsein und damit den Herrschaftswillen wiedererlangen wird⁵. A ging davon aus, daß B wieder aufwachen werde; in seiner Vorstellung hatte B also einen latenten Herrschaftswillen.

A wollte das Geld und die Brieftasche - letztere wenigstens vorübergehend - aus der Kleidung des B entnehmen und damit dessen Einfluß entziehen, um daraufhin selber ungehindert auf diese Sachen einwirken zu können. Ein Tatentschluß zur Wegnahme lag daher vor.

c) Zueignungsabsicht

A müßte zudem die Absicht gehabt haben, sich die Brieftasche oder das Geld zuzueignen.

aa) bezüglich der Brieftasche

Für die Zueignungsabsicht i.S.v. § 242 ist erforderlich, daß der Täter den Vorsatz hat, über die Sache wie ein Eigentümer zu verfügen. Fraglich ist hier, ob dies bezüglich der Brieftasche zu bejahen ist. Aus dem Sachverhalt geht hervor, daß A die Brieftasche lediglich aus Bs Kleidung nahm, um sie nach Geld zu durchsuchen. Es ist nicht ersichtlich, daß er darüber hinaus beabsichtigt hätte, sie zu behalten oder auch nur vom Ort des Geschehens zu entfernen. Eine Zueignungsabsicht bezüglich der Brieftasche liegt daher nicht vor; mithin scheidet auch versuchter Diebstahl derselben aus.

bb) bezüglich des Geldes

Hingegen wollte A das bei B vermutete Geld an sich nehmen und als eigenes behalten, eine Zueignungsabsicht bezüglich des Geldes bestand also.

d) Das Merkmal der Rechtswidrigkeit

aa) Einordnung des Merkmals

§ 242 fordert die Absicht, sich die Sache „rechtswidrig,, zuzueignen. Fraglich ist hierbei, wie dieses Merkmal dogmatisch einzuordnen ist.

(1) als allgemeines Verbrechenmerkmal

Einer Ansicht zufolge soll mit dem Wort „rechtswidrig,, in § 242 lediglich auf das allgemeine Verbrechenmerkmal des Fehlens von Rechtfertigungsgründen hingewiesen werden; der Wortlaut unterstreiche nur die Möglichkeit, daß ge-

⁵Lackner StGB § 242 Rn. 10.

rade bei diesem Delikt trotz Verwirklichung des Tatbestandes Rechtfertigungsgründe eingreifen könnten, habe aber ansonsten keine Bedeutung. Insbesondere sei die Rechtswidrigkeit der Zueignung kein Tatbestandsmerkmal⁶. Nach dieser Ansicht wäre der subjektive Tatbestand des § 242 hier erfüllt; der Anspruch des A gegen B und die Tatsache, daß A die Brieftasche in der Absicht durchsuchte, diesen Anspruch zu befriedigen, wären auf der Tatbestandsebene ohne Bedeutung.

(2) als subjektives Tatbestandsmerkmal

Eine andere Ansicht sieht in der Absicht rechtswidriger Zueignung ein rein subjektives Tatbestandsmerkmal. Sie kommt daher zu dem Ergebnis, daß ein Täter, der bei der Wegnahme einer Sache davon ausgehe, einen Anspruch auf diese zu haben, unabhängig von der tatsächlichen Rechtslage den Tatbestand des § 242 nicht erfülle⁷.

Nach dieser Auffassung wäre hier also allein die genaue Vorstellung des A zur Tatzeit entscheidend: da A die Wegnahme des Rades für rechtmäßig hielt, muß davon ausgegangen werden, daß dies um so mehr auch für die Wegnahme von 300 DM gilt. Dies könnte sich aber zum Einen darauf begründet haben, daß er glaubte, einen Rechtsanspruch auf das von B mitgeführte Geld zu haben (bzw. auf maximal 300 DM davon). In diesem Fall wäre bereits der Tatbestand des Diebstahls nach der hier diskutierten Ansicht nicht erfüllt. Sollte er dagegen davon ausgegangen sein, keinen Anspruch auf das mitgeführte Geld zu haben, dennoch aber aufgrund eines Eingriffsrechts generell zur Entnahme von 300 DM aus Bs Vermögen berechtigt zu sein, so läge zumindest der subjektive Tatbestand des § 242 vor. Da nicht zu klären ist, wie sich A die rechtliche Lage genau vorstellte - anzunehmen ist zudem, daß er als Nichtjurist die hier skizzierte Unterscheidung nicht nachvollzog - wäre nach dieser Ansicht in dubio pro reo davon auszugehen, daß er der Ansicht war, einen Anspruch gerade auf das von B (nach seiner Vorstellung) mitgeführte Geld zu haben, so daß er jedenfalls den subjektiven Tatbestand des § 242 nicht erfüllte.

(3) als Verweis auf Rechtfertigungsmerkmale im Rahmen des Tatbestandes

Eine Ansicht sieht das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit zwar als Bestandteil des Tatbestandes an⁸, behandelt es jedoch zugleich als Verweis darauf, daß ein

⁶Vgl. *Welzel*, Strafrecht, § 48 III, S. 350.

⁷Vgl. *Otto*, Grundkurs Strafrecht, § 240 4 a), S. 157.

⁸So für die gleich gelagerte Problematik beim Raub: BGHSt 17, 87 [90].

fälliger Anspruch auf Übereignung der Sache die Zueignung rechtfertigen könne. Bei einem Täter, der seine Tat aufgrund rechtlicher Erwägungen nicht für rechtswidrig halte (weil er einen Anspruch auf die entwendete Sache zu haben glaube), sei sein Vorgehen daher dann, wenn er die Sachlage rechtlich und tatsächlich richtig beurteile, gerechtfertigt und somit nicht tatbestandsmäßig i.S.v. § 242. Unterliege er dabei hingegen einem Irrtum, so handele es sich dabei - unabhängig davon, ob er aufgrund falscher Würdigung der Rechtslage oder der Tatsachen irre - um einen (vorsatzausschließenden) Erlaubnistatbestandsirrtum. Führe der Täter dagegen aufgrund rechtlich falscher Wertung das vermeintliche Erlaubtsein auf einen (nicht vorhandenen) allgemeinen Rechtfertigungsgrund zurück, so komme nur ein Verbotsirrtum in Frage⁹.

Im Ergebnis kommt diese Ansicht zu ähnlichen Ergebnissen wie diejenige, die ein subjektives Tatbestandsmerkmal annimmt. Auch hier wäre zu As Gunsten anzunehmen, daß er geglaubt hätte, einen Anspruch auf die bei B vermuteten Geldscheine zu haben. Dies würde dazu führen, daß sein Vorgehen entweder aufgrund des Anspruches gerechtfertigt wäre oder ihm zumindest ein vorsatzausschließender Irrtum über das Vorliegen eines anerkannten Rechtfertigungsgrundes zuzubilligen wäre. Er hätte den subjektiven Tatbestand des § 242 jedenfalls nicht erfüllt.

⁹So *Roxin*, Offene Tatbestände, S. 146.

(4) als rechtliche Qualifizierung des Merkmales der Zueignungsabsicht

Einer weiteren Ansicht nach ist die Rechtswidrigkeit bei § 242 kein eigenständiges Tatbestandsmerkmal; das Wort „rechtswidrig“, hat nach dieser Ansicht vielmehr die Funktion, das subjektive Tatbestandsmerkmal der Zueignungsabsicht näher zu beschreiben und einzugrenzen. Dieses Merkmal soll dann und nur dann vorliegen, wenn die Umstände der Zueignung, die sich der Täter subjektiv vorstellt, objektiv die Zueignung als „rechtswidrig“, weil im Widerspruch zur Eigentumsordnung stehend, charakterisieren¹⁰. Entscheidend sei demnach nicht, ob der Täter die Vorstellung habe, die angestrebte Zueignung sei rechtswidrig, sondern nur, ob die von ihm vorgestellte Zueignung dann, wenn sie tatsächlich nach seinen Vorstellungen stattfinden würde, objektiv rechtswidrig wäre¹¹.

Im vorliegenden Fall ging A zutreffend davon aus, daß B ihm 300 DM schulde. Nach der hier erörterten Ansicht läge der subjektive Tatbestand des § 242 daher dann vor, wenn die erstrebte Zueignung trotz dieses Anspruches als „rechtswidrig“, i.S.v. § 242 zu werten wäre.

(5) Diskussion und Entscheidung

Da die unterschiedlichen Ansichten hier auch im Ergebnis differieren, ist eine Entscheidung nötig.

Hirsch argumentiert, es sei ein logischer Zirkelschluß, wenn die Rechtswidrigkeit der Zueignung zur Vorbedingung der Tatbestandsverwirklichung gemacht werde. Da erst der Tatbestand des Diebstahls als Ganzes einen Verstoß gegen die Eigentumsordnung beschreibe, könne nicht der Verstoß gegen die Eigentumsordnung bereits Bedingung für das Vorliegen des Tatbestandes sein¹². Ihm ist in diesem Zusammenhang jedoch die logische Ungereimtheit seiner Argumentation vorzuwerfen: so soll einmal die Rechtswidrigkeit nicht Vorbedingung der Tatbestandsverwirklichung sein können, zugleich soll das Merkmal „rechtswidrig“, aber dazu dienen, den Tatbestand auf der Eigentumsordnung widersprechende Zueignungen einzuschränken; diese beiden Postulate schließen sich aber aus¹³.

¹⁰Vgl. *Hirsch*, Eigenmächtige Zueignung, JZ 1963, 149 [155 re. Sp.].

¹¹Diese Lösung wird auch ohne nähere Stellungnahme angedeutet bei *Maiwald*, Literaturbericht, ZStW 91 (1979), 947 [957].

¹²So argumentiert z.B. *Hirsch*, Eigenmächtige Zueignung, JZ 1963, 149 [153 re. Sp.].

¹³Siehe die Kritik bei *Mohrbotter*, Rechtswidrigkeit, GA 1967, 199 [205/206].

Zudem wird übersehen, daß der Diebstahlstatbestand nicht den Verstoß gegen die Eigentumsordnung an sich beschreibt, sondern den Verstoß gegen die Eigentumsordnung unter bestimmten Umständen. Es gibt daher eine Reihe von Verhaltensweisen, die im Widerspruch zur Eigentumsordnung des BGB stehen (und damit rechtswidrig sind), aber dennoch keinen Straftatbestand verwirklichen (z.B. das eigenmächtige Ausleihen einer fremden Sache). Somit handelt es sich bei der Rechtswidrigkeit der beabsichtigten Zueignung um eine notwendige, nicht aber um eine hinreichende Bedingung für die Tatbestandsverwirklichung: nur ein Verhalten, das im Widerspruch zu Eigentumsordnung steht, kann den Tatbestand des Eigentumsdeliktes Diebstahl verwirklichen; verwirklicht ist dieser aber nur dann, wenn zur zivilrechtlichen Widerrechtlichkeit noch weitere Kriterien hinzukommen, die in § 242 normiert sind¹⁴.

Das gewichtigste Argument gegen die Ansicht von *Welzel* ist indes, daß sie keine überzeugende Deutung des Wortlauts von § 242 bietet: allein als Hinweis auf das mögliche Bestehen allgemeiner Rechtfertigungsgründe wäre die Formulierung schlicht überflüssig. So kommen beim Diebstahl (und anderen Vermögensdelikten mit vergleichbarer Problematik) allgemeine Rechtfertigungsgründe auch nicht häufiger in Betracht als bei anderen Delikten, gerade die Zueignung einer Sache ist vielmehr durch Notstands- oder Notwehrsituationen in der Regel nicht gerechtfertigt¹⁵.

Die vom BGH vertretene Ansicht liefert keine deutliche Einordnung des Merkmales. So wird die Rechtswidrigkeit als dem Tatbestand zugehörig betrachtet, dennoch soll ein Irrtum über dieses Merkmal nicht grundsätzlich als vorsatzausschließender Tatbestandsirrtum betrachtet werden (was konsequent wäre¹⁶), sondern je nach den Umständen als Irrtum über die Voraussetzungen eines Rechtfertigungsgrundes oder als Erlaubnisirrtum. Zudem zeigt sich an der gezwungenen Argumentation, mit der versucht wurde, in Irrtumsfällen die juristische Vorstellung eines juristisch unbewanderten Täters genau zu bestimmen¹⁷, daß es wenig sinnvoll ist, komplexe juristische Begriffe als Vorsatzmerkmale zu fordern. Es ist mit den Grundsätzen der Parallellwertung in der Laiensphäre unvereinbar, wenn es für die Bestrafung eines juristischen Laien

¹⁴So *Berard*, Die eigenmächtige Zueignung, S. 87.

¹⁵Vgl. *Mohrbotter*, Rechtswidrigkeit, GA 1967, 199 [207/208].

¹⁶Vgl. *Hirsch*, Eigenmächtige Zueignung, JZ 1963, 149 [149 re. Sp.].

¹⁷So z.B. in BGHSt 17, 87 [90/91].

einen Unterschied ausmachen soll, ob dieser fälschlich von einem seine Zueignung rechtfertigenden Übereignungsanspruch oder von einem Selbsthilferecht ausging. Auch die Ansicht *Ottos* stellt im Ergebnis die Frage, ob eine Zueignung rechtswidrig sein soll, zu Unrecht zur Disposition des Täters; auch diese Meinung ist daher abzulehnen.

Die Formulierung der Norm muß daher mit *Hirsch* so verstanden werden, daß es sich zwar nicht um ein Tatbestandsmerkmal selbst handelt, wohl aber um die nähere Qualifizierung eines Tatbestandsmerkmals: dann und nur dann, wenn die vom Täter gewollte Zueignung im Widerspruch zur Eigentumsordnung steht, hat dieser die Absicht rechtswidriger Zueignung i.S.v. § 242 I. Dieser Widerspruch zur Eigentumsordnung ist indes objektiv und unabhängig von der rechtlichen Wertung des Täters zu beurteilen.

bb) normative Rechtswidrigkeit der beabsichtigten Zueignung

Fraglich ist daher, ob die von A beabsichtigte Zueignung rechtswidrig gewesen wäre. Dies könnte dadurch ausgeschlossen sein, daß A zutreffend von einem Anspruch gegen B ausging. Der Anspruch war bereits mehrfach angemahnt und somit offensichtlich fällig; nach dem Sachverhalt ist auch nicht anzunehmen, daß B hätte Einwendungen oder Einreden hätte geltend machen können. Es ist daher zu prüfen, ob die eigenmächtige Zueignung eines vorbehaltlos geschuldeten Geldbetrages rechtswidrig i.S.v. § 242 ist.

(1) Rechtswidrigkeit auch bei bestehendem Speziesanspruch

Einer Ansicht nach kann ein bestehender Anspruch grundsätzlich nichts an der Rechtswidrigkeit der Zueignung ändern; selbst dann, wenn ein Täter einen Übereignungsanspruch gerade auf die entwendete Sache habe (Speziesanspruch), läge grundsätzlich eine rechtswidrige Zueignung vor, da das Zivilrecht die Befriedigung solcher Ansprüche nur im Rahmen der §§ 929 ff. BGB zulasse, eine eigenmächtige Wegnahme durch den Gläubiger aber nicht gestatte, solange nicht die Voraussetzungen des § 229 BGB vorlägen¹⁸.

Nach dieser Ansicht wäre die von A beabsichtigte Zueignung rechtswidrig; da - wie dargelegt - das Wissen um die Rechtswidrigkeit selbst nicht zum subjektiven Tatbestand bei § 242 gehört, wäre As Ansicht, zur Wegnahme des Geldes befugt zu sein, als Verbotsirrtum nach § 17 zu qualifizieren.

(2) Rechtswidrigkeit nur bei bestehendem Gattungs- und Geldanspruch

¹⁸Vgl. *Welzel*, Strafrecht, § 47 Nr. 3, S. 346.

Eine Gegenansicht kommt zu dem Ergebnis, daß ein Täter, der sich eine ihm geschuldete Sache eigenmächtig zueigne, nur den von der Rechtsordnung gewollten Zustand herbeiführe, so daß die Zueignung nicht rechtswidrig sei. Dies könne jedoch nur für Stückschulden gelten; bei Gattungs- und insbesondere bei Geldschulden habe hingegen der Schuldner das Recht, durch eine Auswahl nach § 243 BGB die geschuldete Sache selbst zu bestimmen. Ein Gläubiger, der demgegenüber eine Gattungs- oder Geldschuld durch eigenmächtige Zueignung zu befriedigen versuche, handle daher im Widerspruch zur Rechtsordnung, weil die von ihm entnommene Sache nicht gerade die ihm geschuldete sei¹⁹.

Nach dieser Ansicht wäre hier eine rechtswidrige Zueignung anzunehmen, da As Anspruch sich nur auf Übereignung von Banknoten im Gesamtwert von 300 DM aus Bs Eigentum erstreckt habe, nicht jedoch auf Übereignung bestimmter (von B mutmaßlich mitgeführter) Banknoten. Auch hier wäre seine gegenteilige Ansicht daher nur als Verbotsirrtum zu berücksichtigen.

(3) Anwendung der Wertsummentheorie im Rahmen der vorigen Ansicht

Von einigen Vertretern der vorgestellten Theorie wird allerdings auch in Anwendung der Wertsummentheorie die Geldschuld als eine von der Gattungsschuld zu trennende Obligation betrachtet: bei der Geldschuld sei der Anspruch des Gläubigers nicht auf Übereignung von mehreren vom Schuldner auszusondernden Geldscheinen oder -stücken mit einem bestimmten Gesamtwert gerichtet. Der Geldanspruch richte sich vielmehr auf eine bestimmte Wertsumme, die durch die Geldzeichen nur repräsentiert werde. Der eigenmächtige Geldgläubiger eigne sich also gerade die ihm geschuldete Wertsumme zu; es müsse daher in solchen Fällen - wie auch bei der Speziesschuld - von einer nicht rechtswidrigen Zueignung ausgegangen werden²⁰.

Im vorliegenden Fall wäre nach dieser Ansicht die von B vorgestellte Zueignung nicht rechtswidrig; der Tatentschluß zum Diebstahl des Geldes wäre daher zu verneinen.

(4) Verneinung der Rechtswidrigkeit bei jeder Art von Anspruch

Eine weitere Meinung lehnt die Unterscheidung zwischen Stück-, Gattungs- und Geldschuld generell ab. § 243 BGB habe nicht die Funktion, den Gattungsanspruch gegenüber dem Speziesanspruch einzuschränken, der Norm komme

¹⁹Vgl. BGHSt 17, 87 [88/89].

²⁰Vgl. Roxin, Geld, FS f. H. Mayer, 467 [480].

vielmehr nur die Bedeutung zu, die Pflichten des Gattungsschuldners zu regeln und den Gefahrübergang anzuordnen. Auch ein Gläubiger, der einen Gattungsanspruch durch eigenmächtige Zueignung einer Sache von mittlerer Art und Güte (§ 243 I BGB) befriedige, stelle sich daher nicht in Widerspruch zur Eigentumsordnung²¹. Dies müsse - unabhängig davon, wie man die Geldschuld dogmatisch einordne - auch für auf Geld gerichtete Ansprüche gelten.

Auch nach dieser Ansicht hätte A den Tatbestand des Diebstahls nicht erfüllt, weil die von ihm beabsichtigte Zueignung nicht rechtswidrig gewesen wäre.

(5) Diskussion und Entscheidung

Da die Meinungen zum Teil zu verschiedenen Ergebnissen kommen, ist eine Entscheidung nötig.

Zu entscheiden ist dabei zunächst, ob allein ein bestehender Anspruch überhaupt die Rechtswidrigkeit ausschließen kann. Dies ist - entgegen der unter (1) wiedergegebenen Auffassung²² - nicht schon dadurch ausgeschlossen, daß die Wegnahmehandlung des Gläubigers nicht durch ein Eingriffsrecht (z.B. aus § 229 BGB) gedeckt und damit rechtswidrig ist. Hier ist vielmehr - was die Vertreter der genannten Auffassung verkennen - zu unterscheiden zwischen der Rechtswidrigkeit der Wegnahmehandlung und der Zueignung.

Weiterhin wird argumentiert, der eigenmächtig handelnde Gläubiger führe durch seine Zueignung gerade nicht den von der Eigentumsordnung gewollten Zustand herbei, da die Eigentumsordnung nicht allein den Übergang der Sache auf den Gläubiger fordere, sondern eine Übereignung nach Maßgabe der §§ 929 ff. BGB²³. Dem wird wiederum entgegengehalten, daß das BGB bei einer eigenmächtigen Zueignung zwar nicht die Zueignungshandlung billige, dem Gläubiger jedoch gleichwohl nach § 986 BGB das Recht gebe, die eigenmächtig entnommene Sache zu behalten²⁴. Beide Argumente treffen jedoch nicht den Kern des Problems, da diese zivilrechtlichen Regelungen in erster Linie dazu dienen, im täglichen Rechtsverkehr geordnete Verhältnisse aufrechtzuerhalten und Konflikte zu vermeiden. Ob das Verhalten des Täters von diesen Normen (scheinbar) ge- oder mißbilligt wird, sagt zunächst nur etwas darüber aus, ob der Täter die staatlich vorgeschriebenen Formen beachtet hat,

²¹So z.B. *Maiwald*, Zueignungsbegriff, S. 161/162.

²²Z.B. *Hirsch*, Eigenmächtige Zueignung, JZ 1963, 149 [152 li. Sp.].

²³*Hirsch*, Eigenmächtige Zueignung, JZ 1963, 149 [151 li. Sp.].

²⁴Vgl. *Schröder*, Rechtswidrigkeit und Irrtum, DRiZ 1956, 69 [69 re. Sp.].

innerhalb deren der Rechtsverkehr ablaufen soll. Allein ein Verstoß gegen diese Formen führt jedoch noch nicht zur Bejahung eines Eigentumsdeliktes. Indem § 242 als geschütztes Rechtsgut speziell das individuelle Eigentum und den Gewahrsam vorsieht, kann eine Strafbarkeit nach dieser Norm auch nur dann vorliegen, wenn das Verhalten des Täters gerade das individuelle Eigentums- oder Gewahrsamsrecht eines anderen Rechtssubjektes verletzt hat (oder im Falle des Versuches dazu geeignet war), allein der Verstoß gegen die rechtsstaatliche Ordnung oder die Mißachtung des staatlichen Gewaltmonopols kann hier nicht ausschlaggebend sein²⁵.

Entscheidend ist hingegen, daß auch das individuelle Eigentum kein Absolutum darstellt. Es wird von der Funktion bestimmt, die ihm in der Rechtsordnung zukommt, nämlich der Sicherung der Entfaltungs- und Handlungsspielräume des das Eigentum innehabenden Rechtssubjektes. In den hier relevanten Fällen aber ist dieser Handlungsspielraum bereits eingeschränkt, indem das Schuldrecht vom Schuldner eine Handlung fordert, die die Eigentumsverhältnisse zugunsten des Gläubigers ändern soll. So steht auch der vom nicht leistenden Schuldner aufrechterhaltene Zustand im Widerspruch zur Rechtsordnung²⁶. Indem das Zivilrecht vom Schuldner eine Übereignung an den Gläubiger fordert, schränkt somit es gleichzeitig im Binnenverhältnis zwischen beiden das Eigentums- und das Besitzrecht des Schuldners an der geschuldeten Sache ein. So ist es durchaus sachgerecht, anzunehmen, daß eine eigenmächtige Wegnahme durch den Gläubiger zwar rechtswidrig ist, aber nicht das spezifische Unrecht der Zueignungsdelikte verwirklicht. Der unter (1) skizzierten Ansicht von *Welzel* und *Hirsch* ist daher nicht zuzustimmen.

Abzulehnen ist auch der vom BGH vertretene Ansatz, der den Anspruch auf einen Geldbetrag als Gattungsanspruch behandelt. Selbst dann, wenn man die Auswahlbefugnis des Schuldners nach § 243 BGB als vom Diebstahlparagraphen geschütztes Recht des Gattungsschuldners betrachtet, ist nicht ersichtlich, warum das auf die Geldschuld übertragen werden sollte. So dient Geld im Gegensatz zu anderen Sachen ausschließlich dazu, einen bestimmten Wert zu repräsentieren; es kommt daher nicht auf „Art und Güte,, (§ 243 I BGB) der einzelnen Wertzeichen an, sondern nur auf die von ihnen verkörperte Wertsumme. Die Geldschuld ist daher eine von der Gattungsschuld zu trennende

²⁵Vgl. *Berard*, Die eigenmächtige Zueignung, S. 71.

²⁶Vgl. *Mohrbutter*, Rechtswidrigkeit, GA 1967, 199 [211].

Wertsommenschuld²⁷, so daß der Geldschuldner seinem Gläubiger nicht einzelne Geldzeichen schuldet, sondern eine Wertsumme, die durch Valuta nur verkörpert wird.

Geldansprüche sind somit in der Frage der Rechtswidrigkeit der Zueignung wie Speziesansprüche zu behandeln; auf die Situation bei Gattungsansprüchen kommt es nicht an. Eine Entscheidung zwischen den unter (3) und (4) dargestellten Theorien erübrigt sich daher, da beide zum gleichen Ergebnis kommen. Die von A beabsichtigte Zueignung des bei B vermuteten Geldes war also nicht als rechtswidrig zu werten. Damit hatte A nicht den Tatentschluß zum versuchten Diebstahl von 300 DM, das Durchsuchen von Bs Kleidung und Briefftasche kann daher nicht nach §§ 242, 22 bestraft werden.

B Strafbarkeit des A gemäß § 242

A könnte sich aber nach § 242 wegen Diebstahls strafbar gemacht haben, indem er das Fahrrad des B mitnahm.

I Tatbestand

1. objektiver Tatbestand

Dazu müßte er das Fahrrad - eine für ihn fremde bewegliche Sache - weggenommen haben. Da auch das Fahrrad sich noch im näheren „Einflußbereich“, des B befand und für dessen latenten Herrschaftswillen das oben (unter A II 1. b), S. 1) Festgestellte gilt, befand sich das Rad im Gewahrsam des B, und durch das Mitnehmen desselben hat A diesen Gewahrsam gebrochen und neuen Eigengewahrsam begründet.

2. subjektiver Tatbestand

a) Vorsatz

A wußte, daß es sich bei dem Fahrrad um eine fremde bewegliche Sache handelte; bezüglich dessen Wegnahme lag Absicht vor. Der Vorsatz i.S.v. § 242 ist also gegeben.

b) Überschießende Innentendenz

Er müßte zudem die Absicht rechtswidriger Zueignung gehabt haben. A wollte das Fahrrad als Ersatz für die ihm geschuldeten 300 DM an sich nehmen; er wollte sich somit eine eigentümerähnliche Stellung an demselben anmaßen und handelte in Zueignungsabsicht.

²⁷Vgl. Jauernig/Vollkommer, Anm. zu §§ 244, 245 BGB, 2. a) aa).

Wie festgestellt, müßte er sich zudem eine Situation vorgestellt haben, die seine Zueignung als objektiv rechtswidrig kennzeichnete (s.o. S. 5 unten). As Anspruch gegen B war allein auf die Übereignung von Geld gerichtet, was er auch wußte. Ein Anspruch auf das Fahrrad bestand daher auch bei Zugrundelegen der Vorstellung des A nicht. A handelte somit in der Absicht rechtswidriger Zueignung, auch wenn er diese Rechtswidrigkeit nicht erkannte.

II Rechtswidrigkeit

Es liegen auch keine allgemeinen Rechtfertigungsgründe vor, A handelte somit rechtswidrig i.S.d. § 242.

III Schuld

Fraglich ist, ob er auch schuldhaft handelte. Dies könnte nach § 17 durch einen Verbotsirrtum ausgeschlossen sein. A stellte sich während des Geschehens vor, zur Wegnahme des Rades berechtigt zu sein, er irrte insoweit also über das Verbotensein seines Tuns. Ein Irrtum i.S.v. § 17 lag also vor. Dieser müsste zudem - um die Schuld des A entfallen zu lassen - unvermeidbar gewesen sein. Ein Verbotsirrtum ist dann vermeidbar, wenn die Situation dem Täter Anlaß zu Zweifeln über das Erlaubtsein seines Tuns hätte geben müssen und er - unter Berücksichtigung seiner Möglichkeiten und Fähigkeiten - bei näherem Nachdenken oder durch Erkundigungen die Rechtswidrigkeit hätte erkennen können²⁸. In diesem Fall hätte A durchaus auf den Gedanken kommen können, daß es nicht rechtens sein kann, einem Schuldner irgendeinen Gegenstand als Ersatz für das von diesem geschuldete Geld wegzunehmen. Dieser Gedanke hätte sich um so mehr aufdrängen müssen, da es sich bei dem Fahrrad erkennbar nicht um einen für B entbehrlichen Luxusgegenstand handelte, sondern um ein offensichtlich benötigtes Fortbewegungsmittel. Da anzunehmen ist, daß A von seinen kognitiven Fähigkeiten in der Lage gewesen wäre, dies zu erkennen, war sein Irrtum vermeidbar. Es kommt daher nach § 17 nur eine Strafmilderung, nicht aber eine Entschuldigung der Tat in Frage. A hat sich daher des Diebstahls nach § 242 schuldig gemacht.

C Eingreifen der Strafverschärfung gemäß § 243

A könnte zudem einen besonders schweren Fall des Diebstahls begangen haben. Dies ist nach § 243 dann indiziert, wenn der Täter eines der in dieser Norm aufgeführten Regelbeispiele verwirklicht hat. In Frage kommt hier die Begehungsweise nach § 243 I S. 2 Nr. 6, 1. Var. Der alkoholbedingte Schlaf des B müßte dazu als „Hilflosigkeit“, i.S.v. § 243 zu qualifizieren sein. Wann dieses Merkmal vorliegen soll, wird indessen unterschiedlich beurteilt.

I Hilflosigkeit als jede Art von verminderter Schutzmöglichkeit

Eine Ansicht sieht die Hilflosigkeit immer dann als gegeben an, wenn Umstände vorliegen, die es dem Opfer zumindest erschweren, sein Gewahrsam im üblichen Maße zu schützen²⁹. Der trunkenheitsbedingte Schlaf des B war

²⁸Vgl. *Dreher/Tröndle*, § 17 Rn. 7.

²⁹*Schröder*, Anmerkung zu BayObLG 3 St 235/72, JR 1973, 427 [427 re. Sp.].

zweifellos ein solcher Umstand, das Regelbeispiel wäre nach dieser Ansicht also verwirklicht.

II Beschränkung des Regelbeispiels auf unverschuldete Hilflosigkeit

Demgegenüber wird zum Teil vertreten, daß das Verhalten des Täters eine schwerere Bestrafung nur dann rechtfertige, wenn dieser eine Situation ausnutze, in die das Opfer unverschuldet geraten sei. Dementsprechend sei § 243 I S. 2 Nr. 6 bei Hilflosigkeit aufgrund von Trunkenheit i.d.R. nicht anwendbar³⁰. Es ist davon auszugehen, daß B seine Trunkenheit selbst verursacht hat und nicht etwa gegen seinen Willen betrunken gemacht wurde. Nach dieser Ansicht wäre § 243 I S.2 Nr. 6 daher zu verneinen.

III Abstellen auf die besonders verwerfliche Gesinnung des Täters

Eine weitere Ansicht geht davon aus, daß eine besonders verwerflichen Gesinnung des Täters aus der Tat sprechen müsse. Diese sei dann nicht gegeben, wenn das Unvermögen des Opfers, sich gegen den Diebstahl zu schützen, lediglich aus einem sozial üblichen Zustand herrühre und der Täter nur eine günstige Gelegenheit ausnutze, so daß beispielsweise der natürliche Schlaf keine Hilflosigkeit im Sinne der Norm begründe³¹. Anders sei es dagegen bei Schlaf aufgrund eines pathologischen Zustandes. Ein solcher Zustand, die Trunkenheit, lag hier vor; das Regelbeispiel wäre daher zu bejahen.

IV Entscheidung

Die von *Maurach/Schröder* vertretene Ansicht, daß die Hilflosigkeit des Opfers „unverschuldet,, sein müsse, ist dem Wortlaut der Norm nicht zu entnehmen.

Auch aus der Perspektive des Täters ist der Sinn der Differenzierung zwischen „selbstverschuldeter,, und „nicht verschuldeter,, Hilflosigkeit sehr fraglich: So wird es einem Täter meist gleichgültig sein, wie sein Opfer in die Situation hereingeraten ist, in der er es vorfindet; häufig (zum Beispiel bei Unfallsituationen) wird er dies auch gar nicht feststellen können. Sieht der Täter hingegen in der Tatsache, daß die Hilflosigkeit „verschuldet,, war, eine Art Entschuldigung oder Minderung des Unrechtsgehalts seines Tuns, so ist dennoch nicht einsichtig, warum diese Ansicht von der Justiz gebilligt und mit milderer Strafe „belohnt,, werden sollte.

³⁰So *Maurach/Schröder*, Strafrecht BT I, S. 303.

³¹ BGH NJW 1990, 2569.

Der Ansicht von *Maurach/Schröder* ist daher nicht zuzustimmen; da die beiden anderen Theorien hier zum gleichen Ergebnis kommen, muß insoweit keine Entscheidung erfolgen; B war objektiv „hilflos“, i.S.v. § 243 I S. 2 Nr. 6.

Da A - wovon bei lebensnaher Bewertung des Sachverhalts auszugehen ist - Bs Zustand richtig erkannte, umfaßte sein Vorsatz auch die Voraussetzungen des Regelbeispiels; das Vorliegen eines besonders schweren Falles des Diebstahls nach §§ 243 I S. 2 Nr. 6, 242 I ist somit indiziert. In solchen Fällen ist der Strafrahmen des Regelbeispiels nur dann nicht anzuwenden, wenn besondere Umstände vorliegen, die den Unwertgehalt der Tat wesentlich mindern³². Der einzige Umstand, der hierbei nach dem Sachverhalt ersichtlich ist, könnte der Verbotsirrtum. Dieser wirkt sich jedoch schon insofern günstig auf das Strafmaß aus, als er zur Möglichkeit einer Strafmilderung führt (§ 17 II); eine doppelte Minderung des Strafmaßes aufgrund desselben Umstandes ist nach § 50 nicht zulässig. Der Verbotsirrtum ist daher allein bei § 17 II zu berücksichtigen; da nach dem Sachverhalt keine weiteren Milderungsgründe ersichtlich sind, liegt ein besonders schwerer Fall des Diebstahls i.S.v. § 243 I vor.

D Strafbarkeit des A gemäß § 248b

Es ist anzunehmen, daß A das Rad nach der Wegnahme auch zumindest kurzzeitig gefahren hat. Das Fahren eines Rades ist eine Ingebrauchnahme nach § 248b; diese geschah auch gegen den (zur Zeit der Trunkenheit noch mutmaßlichen, später real vorhandenen) Willen des B. Zudem war B Eigentümer des Rades, es ist nicht ersichtlich, daß er das Rad etwa vermietet oder verliehen hatte. Er war daher „Berechtigter“, gemäß § 248b I.

A kannte diese Tatbestandsmerkmale oder - bezüglich der Berechtigung und des Willens des B - rechnete zumindest mit ihrem Vorliegen. Der Tatbestand des § 248b I ist somit erfüllt, auch Rechtswidrigkeit und Schuld sind gegeben.

E Strafbarkeit des A gemäß § 303

A könnte sich durch das Lackieren des Fahrrades der Sachbeschädigung nach § 303 schuldig gemacht haben. Das Rad war für ihn nach wie vor eine fremde Sache, fraglich ist indes, ob das Lackieren als Beschädigung der Sache i.S.v. § 303 gewertet werden kann.

³²Lackner, § 46 Rn. 13.

Hierbei ist zu bedenken, daß eine Einwirkung auf eine Sache, die weder die Gebrauchsmöglichkeiten der Sache einschränkt, noch ihre Substanz verletzt oder sie verunstaltet und die zudem noch ihren Wert um 20 % erhöht, bereits vom Wortsinn her nicht als „Beschädigen“, verstanden werden kann. Es wäre daher mit dem Analogieverbot aus § 1 unvereinbar, hier eine Sachbeschädigung anzunehmen. Eine Strafbarkeit des A nach § 303 ist daher zu verneinen.

F Strafbarkeit des A gemäß § 263

A könnte aber dadurch, daß er dem B dessen eigenes Fahrrad verkaufte, einen nach § 263 strafbaren Betrug begangen haben.

I Tatbestand

1. Täuschungshandlung und dadurch hervorgerufener Irrtum

Dazu müßte eine Täuschungshandlung des A bei B einen Irrtum hervorgerufen haben.

a) Täuschung durch die Behauptung, Eigentümer des Rades zu sein

Eine Täuschungshandlung könnte As Behauptung sein, er sei Eigentümer des Rades.

aa) Qualifizierung der Behauptung als Täuschungshandlung

(1) objektiv

Voraussetzung dafür ist zunächst, daß die Behauptung unwahr war. A hatte durch die Wegnahme des Rades evident kein Eigentum daran erworben; fraglich ist, ob ein Eigentumserwerb durch das Lackieren erfolgte. Dies könnte nach § 950 BGB durch Verarbeitung erfolgt sein. Eine Verarbeitung i.S. der Norm liegt gemäß § 950 I S. 2 BGB vor, A hat jedoch lediglich das äußere Erscheinungsbild des Rades etwas verändert, ohne das von einer „neuen Sache“, gesprochen werden könnte, ein Eigentumserwerb durch A nach § 950 I S. 1 BGB lag nicht vor. B war somit Eigentümer geblieben, As Behauptung war unwahr; sie stellte somit objektiv - da sie auch darauf gerichtet war, Bs Vorstellung zu beeinflussen - eine Täuschungshandlung gemäß § 263 I dar.

(2) subjektiv

Fraglich ist aber, ob auch ein diesbezüglicher Vorsatz des A vorlag. Dies könnte dadurch ausgeschlossen sein, daß er sich der Unwahrheit seiner Behauptung nicht bewußt gewesen sein könnte. Der Sachverhalt sagt zu diesem Punkt (ausdrücklich) nichts aus; angegeben ist lediglich, daß A glaubte, das Rad als Ersatz für das ihm geschuldete Geld an sich zu nehmen. Aus diesem

Trugschluß könnte sich durchaus die Vorstellung ergeben haben, er sei nun Eigentümer des Rades geworden. Zugleich veränderte A aber in der Folge das Aussehen des Rades und sagte seinem Kollegen B gegenüber auch nichts von seiner Wegnahme (was an sich folgerichtig gewesen wäre, wenn er die Aneignung des Rades als völlig legitimes Mittel zur Befriedigung seines Anspruches betrachtet hätte). Dies deutet darauf hin, daß er fürchtete oder zumindest für möglich hielt, B werde dann, wenn er vom Geschehen erfahre, rechtlich gegen ihn vorgehen können. Es muß daher angenommen werden, daß A zumindest deutliche Zweifel daran hatte, ob sein Besitz am Rad rechtlich geschützt war. Er handelte bezüglich der Unwahrheit seiner Behauptung somit wenigstens mit *dolus eventualis*. Auch die subjektive Komponenten der Täuschungshandlung liegen aus diesem Grund vor.

bb) durch die Täuschung hervorgerufener Irrtum

Die Täuschungshandlung müßte für einen Irrtum des B kausal gewesen sein. Ein Irrtum des B könnte zunächst in seiner Vorstellung über As Eigentümerstellung liegen; problematisch ist hier jedoch, daß B laut Sachverhalt damit rechnete, daß das Fahrrad gestohlen sein könnte. Ob ein Irrtum auch dann bejaht werden kann, wenn der Adressat der Täuschungshandlung die Täuschung zwar nicht sicher erkennt, sie jedoch für möglich hält, ist umstritten. Eine Meinung läßt derartige Zweifel nur dann als Irrtum gelten, wenn der Adressat der Täuschung trotz seiner Zweifel es für wahrscheinlicher hält, daß diese Zweifel nicht berechtigt sind³³. Nach dem Sachverhalt war die Unwahrheit von As Behauptung für B eine reale Möglichkeit, mit der er rechnete; auch sein Grund für den Kauf des Rades bestand nicht darin, daß er diese Möglichkeit für geringer eingeschätzt hätte. Es ist daher anzunehmen, daß B sich innerlich gar nicht dafür entschied, einer der beiden Möglichkeiten den Vorzug zu geben und die andere für unwahrscheinlich zu halten. Nach dieser Auffassung war daher sein Zweifeln kein Irrtum.

Die Gegenmeinung argumentiert dahingehend, daß auch bei jemanden, der den Wahrheitsgehalt zwar bezweifelt, die vom Täter angestrebte Vermögensverfügung aber dennoch tätigt, dieses Zweifeln für die Vermögensverfügung durchaus konstituierend gewesen sein könne: der Irrtum des Getäuschten liege in der Regel gerade darin, daß dieser in der Hoffnung auf ein günstiges Geschäft seine

³³Dreher/Tröndle, § 263 Rn. 18.

Zweifel verdränge und hoffe, daß sie nicht zutreffend wären³⁴. Wenn ihm die zweifelhafte Tatsache jedoch gleichgültig sei und er sich keine weiteren Gedanken über den Wahrheitsgehalt mache, ist ein Irrtum auch nach dieser Ansicht abzulehnen³⁵. Im vorliegenden Fall ist nicht ersichtlich, daß die Frage, ob das Rad gestohlen war, für B eine größere Rolle gespielt hätte. Nach dem Sachverhalt nahm er vielmehr die Möglichkeit, ein gestohlenen Rad zu erwerben, bewußt in Kauf, weil es ihm entscheidend nicht auf die Eigentümerposition, sondern auf die faktische Nutzungsmöglichkeit an einem Rad ankam. B war also gegenüber der Frage nach As Eigentümerstellung weitgehend indifferent, auch nach dieser Ansicht ist daher das Zweifeln über den Wahrheitsgehalt der Behauptung kein Irrtum i.S.v. § 263. Der Tatbestand des vollendeten Betruges kann insofern jedenfalls nicht erfüllt sein.

B hatte jedoch die Vorstellung, (noch) nicht Eigentümer des Rades zu sein. Diese könnte einen Irrtum i.S.v. § 263 darstellen. Es ist aber anzunehmen, daß B auch dann, wenn A sich nicht als Eigentümer ausgegeben hätte, nicht erkannt hätte, daß es sich bei dem Rad um seines handelte; Bs Glauben, es handele sich um ein fremdes Rad, wurde daher jedenfalls nicht durch As falsche Behauptung über dessen Eigentümerstellung ausgelöst.

Eine Bestrafung des A wegen vollendeten Betrugs kann sich daher jedenfalls nicht auf dessen Behauptung stützen, er sei Eigentümer des Rades.

b) Täuschung durch das Umlackieren des Fahrrades

Fraglich ist, ob als relevante Handlung das Umlackieren des Rades gesehen werden kann. Nach dem Sachverhalt ist jedoch nicht anzunehmen, daß A bereits zu diesem Zeitpunkt plante, mit Hilfe dieser Lackierung gegenüber dem B die Identität des Rades zu verschleiern und daraus einen Vorteil zu ziehen. Mangels diesbezüglichem Vorsatz war daher auch diese Handlung keine Täuschungshandlung i.S.v. § 263.

c) Täuschung durch Verkaufen des Rades

aa) Täuschung

Es könnte aber eine Täuschung darin zu sehen sein, daß A das Fahrrad dem B zum Verkauf angeboten, ihm dabei aber dessen Eigentümerstellung verheimlicht hat. Da dieses Verhalten keinen ausdrücklichen Erklärungsgehalt hatte, ist zu prüfen, ob insoweit eine konkludente Täuschung vorliegt.

³⁴LK¹⁰-Lackner, § 263 Rn. 80.

³⁵LK¹⁰-Lackner, § 263 Rn. 81.

Voraussetzung für eine konkludente Täuschung ist, daß dem Verhalten des Täters nach der Verkehrsanschauung ein Erklärungswert zukommt, der in der konkreten Situation nicht der Wirklichkeit entspricht³⁶. A hatte durch das Umlackieren des Rades - eine dem Eigentumsrecht des B widersprechende Handlung - pflichtwidrig eine Ausgangslage geschaffen, aufgrund der zu erwarten war, daß B das Rad für ein fremdes halten würde, wenn er es sehen würde. Es lag daher eine für B potentiell irreführende Konstellation vor, die A rechtswidrig geschaffen hatte. Soweit dieser nun das Kaufangebot machte, richtete sich sein Handeln darauf, die bereits angelegte Möglichkeit der Einwirkung auf Bs Vorstellung zu realisieren; das Anbieten des äußerlich veränderten Rades ist daher im Zusammenhang mit der von A geschaffenen Ausgangssituation als konkludente Erklärung zu verstehen mit dem Inhalt, es handle sich bei diesem Rad um eine für B fremde Sache. Das Anbieten ist daher eine konkludente Täuschungshandlung.

bb) durch die Täuschung hervorgerufener Irrtum

Die Täuschungshandlung müßte zudem für einen Irrtum des B kausal geworden sein. B wußte nicht, daß er Eigentümer des Rades war, es ist aber anzunehmen, daß er sich über die Frage, ob es sich bei dem Rad vielleicht um seines handle, vermutlich gar keine bewußten Gedanken machte. Fraglich ist, ob auch in einem solchen Fall ein Irrtum vorliegen kann.

(1) Irrtum als Auseinanderfallen von Wirklichkeit und Vorstellung

So wird zum Teil vertreten, daß ein Irrtum immer dann vorliege, wenn sich das Täuschungsoffer die Sachlage aufgrund der Täuschung nicht so vorstelle, wie sie sei. Hier einen Unterschied zu machen zwischen positiver Fehlvorstellung und Nichtwissen einer Tatsache, sei aufgrund der Austauschbarkeit der Begriffe ohnehin verfehlt³⁷. Nach dieser Ansicht wäre hier ein Irrtum zu bejahen, da B sich seines Eigentums an dem Rad nicht bewußt war.

(2) Irrtum nur als positive Fehlvorstellung

Die Gegenansicht sieht einen Irrtum nur dann als gegeben an, wenn das Täuschungsoffer sich einen der Wirklichkeit widersprechenden Umstand positiv vorstelle.³⁸ Allerdings soll eine solche positive Fehlvorstellung auch dann vorliegen, wenn jemand nicht bewußt über den fraglichen Umstand

³⁶Schönke/Schröder-Cramer, § 263 Rn. 14.

³⁷So Kühne, Geschäftstüchtigkeit, S. 50.

³⁸LK¹⁰-Lackner, § 263 Rn. 75.

nachdenke, weil dieser für ihn selbstverständlich sei, er also ein „Mitbewußtsein,, bezüglich eines nicht den Tatsachen entsprechenden Umstandes habe³⁹. Es ist davon auszugehen, daß B gar nicht auf den Gedanken kam, es könne sich bei dem Rad um seines handeln, es vielmehr selbstverständlich für fremd hielt. Im Sinne *Lackners* wäre hier somit ein Irrtum im (fehlerhaften) Mitbewußtsein der Fremdheit des Rades zu sehen.

³⁹LK¹⁰-*Lackner*, § 263 Rn. 77.

(3) Ergebnis

Beide Meinungen führen hier zu dem gleichen Ergebnis, daß ein Irrtum des B vorliegt. Eine Entscheidung ist daher nicht nötig. Auch die Kausalität zwischen Täuschung und Irrtum ist gegeben.

2. Vermögensverfügung des B

B müßte eine Vermögensverfügung getätigt haben. Ein solches Merkmal ist im Tatbestand des § 263 zwar nicht ausdrücklich vorgesehen, es ist aber als logisches „Zwischenglied,, zwischen Irrtum und Vermögensschaden erforderlich, um den Betrug sachgerecht abzugrenzen⁴⁰. Eine Vermögensverfügung ist jedenfalls jedes Rechtsgeschäft. Sowohl der Abschluß des Kaufvertrages mit A als auch die Übereignung der 300 DM an diesen waren Rechtsgeschäfte und damit auch Vermögensverfügungen des B. Es ist indes anzunehmen, daß B, wenn er die wahren Eigentumsverhältnissen gekannt hätte, weder den Kaufvertrag abgeschlossen noch die 300 DM übereignet hätte. Sowohl die Annahme des Kaufangebots als auch die Zahlung waren folglich durch den Irrtum ausgelöste Vermögensverfügungen des B.

3. Vermögensschaden bei B

Es müßte ein Vermögensschaden bei B eingetreten sein.

a) Eingehungsschaden

Ein Vermögensschaden könnte schon in dem Moment entstanden sein, als B den Kaufvertrag abgeschlossen hatte. Ein solcher „Eingehungsschaden,, liegt dann vor, wenn der Getäuschte durch Vertrag eine Verbindlichkeit begründet, dafür aber keinen gleichwertigen Gegenanspruch erhält⁴¹. Fraglich ist hier zunächst, ob B überhaupt wirksam eine Verbindlichkeit begründet hat; dazu müßte der zwischen A und B geschlossene Kaufvertrag gültig sein. Dem könnte jedoch § 306 BGB entgegenstehen, wenn der zwischen A und B geschlossene Vertrag auf eine unmögliche Leistung gerichtet gewesen wäre, wobei über den Wortlaut der Norm hinaus die Unmöglichkeit objektiv, das heißt für jedermann, vorliegen muß⁴². Eine der vereinbarten Hauptleistungspflichten des A bestand nach § 433 I S. 1 BGB darin, dem B das Eigentum an dem Rad zu verschaffen; B war jedoch bereits Eigentümer der Sache. Der Vertrag beinhaltete daher die Pflicht, einen bereits bestehenden Rechtszustand herbeizuführen,

⁴⁰LK¹⁰-Lackner, § 263 Rn. 8.

⁴¹LK¹⁰-Lackner, § 263 Rn. 223.

⁴²Vgl. Jauernig-Vollkommer, § 306 Anm. 2 a) bb).

es handelt sich in einem solchen Fall um eine von niemanden erbringbare Leistung und damit um einen Fall der objektiven rechtlichen Unmöglichkeit⁴³. Der Kaufvertrag war daher nach § 306 BGB nichtig. Eine Leistungspflicht des B entstand aus diesem Grunde ebenfalls nicht, weshalb ein Eingehungsschaden durch Abschluß dieses Vertrages nicht vorliegt.

⁴³Siehe Jauernig-Vollkommer, vor § 275 Anm. 2 c) cc), 2. Fallkonstellation.

b) Erfüllungsschaden

Ein Vermögensschaden könnte dem B aber dadurch entstanden sein, daß er an A 300 DM zahlte und dafür von diesem sein eigenes Rad bekam.

aa) einzelne Änderungen durch die Vermögensverfügung

Zur Bestimmung des Vermögensschadens werden die Vermögenslagen des Betroffenen vor und nach dem eventuell schadensstiftenden Ereignis wertmäßig beziffert und miteinander verglichen; ergibt sich bei dieser Saldierung eine Abnahme des Vermögens, so liegt ein Vermögensschaden vor⁴⁴. Erheblich können daher in diesem Zusammenhang nur solche rechtlichen oder faktischen Gegebenheiten sein, die sich durch die Vermögensverfügung geändert haben; zu klären ist daher zunächst, welche Posten für die Saldierung überhaupt in Frage kommen.

B war trotz des Diebstahls und der Lackierung Eigentümer des Rades geblieben; dieses Eigentum spielt aber insoweit für den Vermögensschaden keine Rolle, als sich an der Eigentümerstellung auch durch den Austausch der Leistungen zwischen A und B nichts änderte. Aus dem Eigentum ergab sich jedoch auch vor dem Austausch ein Anspruch des B gegen A auf Herausgabe des Rades gemäß § 985 BGB; dieser ging dadurch unter, daß A die Sache zurückgab. Zudem erhielt B den Besitz an seinem Rad wieder. Weitere Posten sind der Verlust der Sachherrschaft und des Eigentums an den 300 DM. Zuletzt ergab sich daraus, daß B 300 DM bezahlt hatte, um einen (ohne sein Wissen) nichtigen Vertrag zu erfüllen, ein Kondiktionsanspruch auf Rückgabe dieses Geldes nach § 812 I S. 1 1. Var. BGB.

B verlor also den Anspruch auf Rückgabe des (300 DM werten) Rades sowie Eigentum und Besitz an den 300 DM, dagegen erhielt er den Besitz des Rades zurück sowie einen Kondiktionsanspruch auf Rückübereignung der 300 DM.

bb) Bewertung und Saldierung dieser Änderungen

Fraglich ist, ob und inwiefern diese einzelnen Veränderungen im Rahmen der Vermögenssaldierung zu berücksichtigen sind.

Unbestritten ist hier zunächst, daß jedenfalls ein Recht auf Rückgängigmachung eines durch die Täuschung eingetretenen Rechtsverlustes nicht im Rahmen der Saldierung berücksichtigt werden kann. Dies ergibt sich bereits aus der Logik des § 263: tätigt jemand unter dem Einfluß einer Täuschung ein Rechtsgeschäft, so berechtigt ihn das Zivilrecht in aller Regel dazu, dieses

⁴⁴Vgl. z.B. *Lackner*, § 263 Rn. 36.

Rechtsgeschäft (durch Anfechtung oder durch Rückabwicklung nach §§ 823 ff. oder 812 ff. BGB) rückgängig zu machen. Würde man diese Ansprüche aber in das Saldo einfließen lassen, so läge beinahe in jedem Fall eine Kompensation des eingetretenen Schadens durch den Ausgleichsanspruch vor, § 263 wäre so gut wie nie erfüllt. Der Anspruch des B aus § 812 I S. 1 1. Alt. BGB ist somit für die Frage nach einem etwaigen Vermögensschaden unerheblich, wie die anderen Posten bewertet werden sollen, ist indes strittig.

(1) bei Nichteinbeziehung der Rückgabe der Sache in die Saldierung

Zum Teil wird angeführt, daß in Fällen wie diesem der Täter ohnehin zur Rückgabe der Sache verpflichtet sei. Er könne sich die Besitzverschaffung daher nicht als eine der Leistung des Geschädigten gleichwertige Gegenleistung anrechnen lassen, weshalb bei diesem ein Vermögensnachteil (durch die Leistung) eintrete, ohne daß dieser durch eine adäquate Gegenleistung ausgeglichen werde⁴⁵. Die Tatsache, daß der Täter die Sache trotz des Rückgabeanspruches des Eigentümers nicht zurückgebe, bedeute im Rahmen der Saldierung bei § 263, daß das Saldo von Anfang an durch die nicht erfüllte Schuld (aus § 985 BGB) „negativ,, sei. Die Rückgabe der Sache führe daher nur dazu, daß der durch die Vortat entstandene Schaden, das „negative Saldo,, ausgeglichen werde; eine Gegenleistung des Opfers führe wiederum zu einem Negativsaldo, also einem Vermögensschaden⁴⁶. Diese Ansicht führt im vorliegenden Fall zu dem Ergebnis, daß - da bei der Saldierung die Rückgabe der Sache keine Rolle spielen soll - allein der Eigentums- und Besitzverlust de B am Geld zu berücksichtigen wäre. Eigentum und Alleinbesitz an einer Geldsumme haben unstreitig zusammen den Wert, der dem Nennwert des Geldes entspricht, es wäre dem B nach dieser Ansicht daher ein Vermögensschaden in Höhe von 300 DM entstanden.

(2) Bei Zugrundelegen des „Marktpreises,, der Sache

Gössel argumentiert in solchen Fällen mit dem „Marktpreis,, der Sache: werde einer Sache ein bestimmter Wert zugeordnet, so setze sich dieser zusammen aus dem Wert der umfassenden faktischen Benutzungsmöglichkeit bezüglich der Sache (des Alleinbesitzes) und dem Wert der umfassenden rechtlichen Verfügungsmöglichkeit über sie (des Eigentums). Allein der Übertragung von Alleinbesitz und Eigentum an der Sache komme daher der volle Marktwert zu;

⁴⁵BGH JR 1977, 32 (entspricht BGHSt 26, 346) [32 li. Sp.].

⁴⁶*Jakobs*, Anm. zu OLG Hamburg 2 Ss 209/73, JR 1974, 474 [474 re. Sp.].

die bloße Besitzverschaffung habe demgegenüber einen geringeren Wert⁴⁷. Nach dieser Argumentation hätte B - da er Eigentum und Besitz an den 300 DM aufgab - eine Vermögenseinbuße in Höhe des vollen „Marktwertes“, dieses Geldes (also 300 DM) erlitten. Der Vermögenszuwachs durch die Wiedererlangung des Rades wäre demgegenüber unter dessen Wert von 300 DM geblieben, da B nur den Besitz, nicht aber das Eigentum am Rad erhalten hatte. Bei der Saldierung ergäbe sich nach dieser Ansicht daher ein Vermögensschaden, dieser wäre mit weniger als 300 DM zu beziffern.

(3) bei Hervorhebung wirtschaftlicher Gesichtspunkte

Eine dritte Ansicht argumentiert demgegenüber vor allem auf der Basis faktisch-wirtschaftlicher Betrachtungen: Demnach könne der Herausgabeanspruch des Eigentümers keinen Vermögensbestandteil darstellen, wenn keine Aussicht bestehe, ihn auch durchsetzen zu können⁴⁸; zugleich sei das Eigentum an einer Sache, auf die man keine Zugriffsmöglichkeit habe, ebenfalls wertlos⁴⁹. Nach dieser Ansicht ergäbe sich folgende Saldierung: B hatte vor dem „Kauf“, einen Rückgabeanspruch aus § 985 BGB gegen A. Er kannte jedoch seinen Anspruchsgegner nicht; da das Rad mittlerweile äußerlich so verändert war, daß B selbst es nicht mehr erkennen konnte und die Rückführung gestohlener Fahrräder ohnehin nur selten gelingt, war der Anspruch praktisch nicht realisierbar. Nach dieser Meinung hatte der Anspruch aus § 985 BGB somit keinen Vermögenswert. Da B nach Herausgabe des Geldes über dieses keine Sachherrschaft mehr hatte, wäre dem reinen Eigentum daran auch dann, wenn er es behalten hätte, kein Vermögenswert zugekommen; der Verlust des Eigentums am Geld bedeutete nach dieser Theorie also keinen gegenüber dem Verlust des Besitzes gesteigerten Schadensposten. Als für die Saldierung relevante Elemente verblieben nach der Ansicht damit nur der Verlust des Besitzes am Geld und das Hinzugewinnen des Besitzes am Fahrrad. Da sowohl das Geld als auch das Rad den gleichen Wert haben und beide Besitzpositionen denselben rechtlichen Schutz aufgrund der Eigentumsposition genossen, sind die Besitzpositionen wertmäßig gleich hoch zu veranschlagen; nach der hier skizzierten Ansicht läge daher ein ausgeglichenes Saldo und damit kein Vermögensschaden vor

⁴⁷Gössel, Anm. zu BGH 1 StR 146/76 (BGHSt 26,346), JR 1977, 32 [33 re. Sp.].

⁴⁸Trunk, Vermögensschaden, JuS 1985, 944 [946 li. Sp.].

⁴⁹Trunk, Vermögensschaden, JuS 1985, 944 [945 re. Sp.].

(4) *Diskussion und Entscheidung*

Fraglich ist zunächst, ob man tatsächlich die Besitzverschaffung durch den Täter als für die Saldierung gänzlich unbeachtlich erklären kann. Folgt man dieser Ansicht, so ergibt sich folgendes Bild für die Vermögensentwicklung während der Rückgabe der Sache: Da der Eigentümer nach dieser Rückgabe sowohl Eigentümer als auch Alleinbesitzer ist, hat beides (Besitz und Eigentum) zusammen unstreitig für ihn einen Vermögenswert in Höhe des vollen Wertes der Sache. Wenn nun aber die Rückgabe nichts an der Eigentumslage geändert haben soll, kann das nur bedeuten, daß der Wert der Sache auch schon vorher in voller Höhe Bestandteil des Vermögens des Eigentümers gewesen sein muß. Dies kann aber nur bedeuten, daß das Eigentum an einer Sache und der daraus sich ergebende Herausgabeanspruch aus § 985 BGB Vermögensbestandteile sein sollen, die unabhängig von der Zugriffsmöglichkeit auf die Sache mit ihrem vollen Wert zu identifizieren seien. Der BGH argumentiert daher hier auf der Basis des rein juristischen Vermögensbegriffes und übersieht, daß für den Wert eines Anspruches immer auch dessen Durchsetzbarkeit entscheidend sein muß⁵⁰.

Schlicht falsch ist es, wenn *Gössel* unterstellt, auch die rein wirtschaftliche Betrachtungsweise komme in derartigen Fällen zu dem Ergebnis, daß ein Vermögensschaden vorliege: das Opfer bekomme neben dem Sachbesitz nicht den vollen Marktwert der Sache zurück, vielmehr erhalte es eine Summe, die dem Marktwert, vermindert um die von ihm geleistete Zahlung, entspreche⁵¹. Hier wird das Wesen der Saldierung übersehen: diese besteht gerade darin, das man den Wert der einen Leistung (Rückgabe der Sache) um den Wert der erbrachten Gegenleistung (Zahlung einer Geldsumme) vermindert; ein Vermögensschaden kann nicht bereits aus dieser Saldierung, sondern erst aus ihrem Ergebnis hergeleitet werden. So könnte man den Einwand *Gössels* auch auf jeden beliebigen Kauf anwenden: auch beim Kauf einer Sache muß man ja von ihrem Marktwert den gezahlten Preis abziehen, um das vom Käufer Hinzugewonnene zu errechnen. Die Zahlung kann nur dann als Vermögensschaden gewertet werden, wenn man dem Rückgabeanspruch des Eigentümers aus § 985 BGB einen eigenen Wert beimißt und so auch schon vor der Rückgabe einen Teil des Sachwertes dem Vermögen des Eigentümers zuschreibt.

⁵⁰*Trunk*, Vermögensschaden, JuS 1985, 944 [946 li. Sp.].

⁵¹*Gössel*, Anm. zu BGH 1 StR 146/76, JR 1977, 32 [33 re. Sp.].

Grundsätzlich zuzustimmen ist *Gössel* insofern, als die rechtliche Verwertungsmöglichkeit den Wert eines Vermögensgutes mitbestimmt, so daß es in der Regel einen Unterschied macht, ob jemand Eigentum und Besitz oder nur Besitz an einer Sache übertragen bekommt. Zweifelhaft ist jedoch seine Folgerung, nach der daher die Eigentümerposition ein eigenständiger, von den tatsächlichen Begebenheiten unabhängiger wertbildender Faktor sei. Der Grund dafür, daß dem Eigentum eine so große Bedeutung zukommt, liegt aber nicht in einem unmittelbaren Geldwert der Eigentümerposition, sondern vielmehr darin, daß in der Regel erst sie die Möglichkeit gibt, die Sache im vollen Umfang zu verwerten. So ist der Einfluß der rechtlichen Zuordnung auf den Marktwert einer Sache ein mittelbarer: indem die rechtliche Verfügungsgewalt über eine Sache i.d.R die faktisch-wirtschaftlichen Verwertungsmöglichkeiten mit bestimmt, wirkt sich dies auch auf den Marktwert aus. Im Umkehrschluß folgt daraus aber auch, daß eine rechtliche Zuordnung zu einer Sache in solchen Fällen, in denen sie keinen Einfluß auf die Verwertungsmöglichkeiten hat, auch keinen Vermögensposten darstellt. So kann auch der von *Gössel* vorgebrachte Begriff des Marktwertes einer Sache nichts daran ändern, daß ein faktisch nicht durchsetzbares Recht keinen Vermögenswert hat⁵². Im vorliegenden Fall hatte B vor der Rückgabe des Rades keine Möglichkeit, es zu nutzen oder zu verwerten; es war auch nicht zu erwarten, daß sich daran etwas ändern würde. Die Rechte am Fahrrad stellten vor der Vermögensverfügung daher keinen Vermögenswert des B dar; nach dem Geschäft hingegen hatte er Alleinbesitz und Eigentum an diesem, so daß es nunmehr für ihn einen Marktwert von 300 DM repräsentierte. Die Rückgabe des Rades beinhaltete für B daher einen Vermögenszuwachs in Höhe von 300 DM. Dem stand unstrittig ein Vermögensverlust in Höhe von ebenfalls 300 DM gegenüber; Leistung und Gegenleistung entsprachen sich daher. Ein Vermögensschaden war daher zu verneinen; es kann aus diesem Grunde kein vollendeter Betrug vorliegen.

G Strafbarkeit des A gemäß §§ 263, 22

Es könnte aber ein versuchter Betrug nach § 263 vorliegen, da A vergeblich versucht hat, dem B vorzutäuschen, er könne diesem das Eigentum am Rad verschaffen. Jedoch wären auch dann, wenn er dem B dies hätte tatsächlich vortäuschen können, die gleichen Faktoren für die Berechnung des Vermögens-

⁵²Vgl. LK¹⁰-Lackner, § 263 Rn. 142.

schadens entscheidend gewesen wie bei der Prüfung des vollendeten Deliktes. Auch bei Zugrundelegen von As Tatplan war der Verkauf daher nicht darauf gerichtet, dem B einen Vermögensschaden zuzufügen, so daß auch kein versuchter Betrug nach §§ 263, 22 vorliegen kann.

H Strafbarkeit des A gemäß § 246

Sowohl das Lackieren des Rades als auch dessen Verkauf durch A könnten erneute rechtswidrige Zueignungen an der für A nach wie vor fremden Sache gewesen sein, es könnten daher Unterschlagungen i.S.v. § 246 vorliegen. In den Fällen, in denen ein Täter den Besitz an einer fremden Sache durch ein strafbares Zueignungsdelikt erlangt hat und diese Situation durch nachfolgende Verwertungshandlungen ausnutzt, wird aber allgemein vertreten, daß der Täter insoweit straflos sei. Dies folgt für eine Ansicht bereits daraus, daß eine erneute Zueignung nicht mehr möglich und damit der Tatbestand des § 246 I nicht erfüllbar sei. Die Gegenansicht nimmt zwar eine vollendete Unterschlagung an, läßt die Strafbarkeit wegen dieser Tat jedoch als mitbestrafte Nachtat subsidiär hinter dem ursprünglichen Zueignungsdelikt zurücktreten⁵³. A hat den Gewahrsam am Rad, wie festgestellt, durch einen vollendeten Diebstahl erlangt. Indem er durch diesen Diebstahl dem B jede Zugriffsmöglichkeit auf dessen Eigentum nahm und zugleich sich in Zueignungswillen (s.o. B I 2. b), S. 9) zum Alleineigentümer machte, lag beim Diebstahl nicht nur Zueignungsabsicht, sondern zugleich vollendete Zueignung vor. A ist insoweit auch strafbar, so daß eine etwaige Unterschlagung - wie dargelegt - spätestens im Rahmen der Konkurrenzen subsidiär hinter dem Diebstahl zurücktreten würde.

Eine Strafbarkeit des A gemäß § 246 wegen des Lackierens oder Verkaufens des Rades kommt daher jedenfalls nicht in Frage, eine weitere Prüfung des Delikts erübrigt sich an dieser Stelle also.

I Konkurrenzen, Zwischenergebnis

A hat rechtswidrig und schuldhaft einen Diebstahl nach § 242 begangen; es liegt zudem ein besonders schwerer Fall nach § 243 I S. 2 Nr. 6 vor.

Die Strafbarkeit wegen unbefugtem Gebrauches eines Fahrzeugs nach § 248b I 2. Alt. tritt gegenüber § 242 subsidiär zurück; dies ergibt sich, soweit es sich um Tathandlungen i.S.v. § 248b handelte, die noch vor Beendigung des Dieb-

⁵³Vgl. die Zusammenfassung bei *Otto*, Rechtsprechung, JZ 1993, 652 [661 re. Sp./ 662 li. Sp.].

stahls stattfanden, bereits aus der Subsidiaritätsklausel in § 248b I 2. HS. Sollte A das Fahrrad zudem auch in der Folgezeit benutzt haben, so handelt es sich bei diesen Gebrauchshandlungen gegenüber dem Diebstahl um mitbestrafte Nachtaten.

A ist also nur wegen Diebstahls in einem besonders schweren Fall gemäß §§ 242, 243 I S. 2 Nr. 6 1. Var. zu bestrafen, die Strafe kann gemäß § 17 II nach den Maßgaben des § 49 gemildert werden.

J Strafbarkeit des F gemäß §§ 246, 26

F könnte sich dadurch, daß er den A erfolgreich dazu aufgefordert hat, das Fahrrad an B zurückzuverkaufen, der Anstiftung zur Unterschlagung gemäß §§ 246 I, 26 schuldig gemacht haben.

Dazu müßte zunächst eine rechtswidrige Haupttat vorliegen, der Verkauf des Rades durch A müßte daher als Unterschlagung zu qualifizieren sein. Das Fahrrad war für A nach wie vor eine fremde bewegliche Sache, die sich nach wie vor in seinem Gewahrsam befand. Er trat laut Sachverhalt gegenüber B als Eigentümer auf und handelte mit dem Willen, das Rad durch den Verkauf wie ein Eigentümer zu nutzen. Isoliert betrachtet wäre somit bereits das Verkaufsangebot des A als Zueignung i.S.v. § 246 zu werten; fraglich ist aber, ob sich daran etwas ändert, wenn man das Vorgeschehen berücksichtigt. A hatte sich das Fahrrad bereits zum Zeitpunkt des Diebstahls rechtswidrig und schuldhaft zueignet (vgl. oben H, S. 21 unten), der Verkauf des Rades käme als rechtswidrige Vortat des A nach § 246 daher nur dann in Frage, wenn zu diesem Zeitpunkt eine erneute Zueignung des A noch möglich gewesen wäre.

Zu prüfen ist daher, ob sich ein Täter eine fremde Sache mehrfach i.S.v. § 246 zueignen kann.

I Bei begrifflicher Verneinung der mehrfachen Zueignung

Eine Ansicht geht davon aus, daß ein Täter, der eine fremde Sache durch ein Zueignungsdelikt in seinen Gewahrsam gebracht habe, sich diese Sache begrifflich nicht noch einmal i.S.v. § 246 zueignen könne; bereits der Tatbestand der Norm könne daher in solchen Fällen nicht mehr erfüllt werden. Etwas anderes könne nur dann gelten, wenn die Sachherrschaft des Täters zwischenzeitlich unterbrochen wurde und er sie wieder herstelle⁵⁴. A hatte sich das Fahrrad zuvor rechtswidrig und schuldhaft zueignet, auch war nach dem

⁵⁴Vgl. *Otto*, JZ 1993, 652 [662 li. Sp.].

Sachverhalt keine Unterbrechung seine Sachherrschaft erfolgt. Eine erneute Zueignung käme daher nach dieser Ansicht nicht in Frage, der Verkauf durch A hätte den Tatbestand des § 246 nicht erfüllt. Eine rechtswidrige Haupttat nach § 246 läge daher nicht vor.

II Bei Annahme einer mitbestraften Nachtat

Die Gegenansicht sieht bei derartigen Konstellationen jede Manifestation des Zueignungswillens durch den Täter tatbestandlich als erneute Zueignung an. Daß ein Täter, der eine deliktisch erlangte fremde Sache über längere Zeit benutzt hat, nicht wegen unzähliger einzelner Unterschlagungen strafbar sein kann, ergibt sich für die Vertreter dieser Ansicht erst im Rahmen der Konkurrenzen insofern, als jede weitere Zueignungshandlung hinter der ersten als mitbestrafte Nachtat subsidiär zurücktrete⁵⁵. Nach dieser Ansicht hätte A durch den Verkauf eine Zueignung einer fremden Sache gemäß § 246 getätigt, eine rechtswidrige Haupttat durch A wäre nicht schon aufgrund des Zueignungsbegriffs auszuschließen.

III Diskussion und Entscheidung

Die Vertreter der erstgenannten These stützen diese zunächst auf den Wortsinn: eine Zueignung sei begrifflich als Begründen der Sachherrschaft, nicht als ihr Ausnutzen zu verstehen⁵⁶. Dem wird die Konzeption einer sukzessiven Zueignung entgegengehalten: auch eine Intensivierung der Verfügungsgewalt über die Sache oder ihren Wert durch den Täter, verbunden mit der gleichzeitigen Verschlechterung der Aussichten des Eigentümers, die Sache wiederzubekommen, könne eine Zueignung sein⁵⁷. Dieser Ansatz erscheint jedoch schwer zu handhaben und in sich nicht ganz schlüssig: so wird es in vielen Fällen kaum möglich sein, zu entscheiden, ob durch die Nutzung der Sache durch den Täter die Intensität seiner Herrschaft über die Sache gestiegen oder gleichgeblieben ist. Noch unsicherer ist häufig die Frage, wie sich das Verhalten des Täters auf die Chancen des Opfers zur Rückerstattung der Sache auswirkt. Zudem müßte die Ansicht bei konsequenter Fortführung des Gedankens auch zu einer unangebrachten Vorverlagerung des Versuchsbeginns bei § 246 kommen: Sieht man auch nach einer Zueignung noch eine Steigerung der Sachherrschaft des Täters als möglich an, die dann ihrerseits wieder eine

⁵⁵So *Bockelmann*, Konkurrenz, JZ 1960, 621 [624 re. Sp.].

⁵⁶BGH JZ 1960, 640 (entspricht BGHSt 14, 38) [642 li. Sp.].

⁵⁷So *Bockelmann*, Konkurrenz, JZ 1960, 621 [624 li. Sp.].

Zueignung darstellt, so ist nicht einsichtlich, warum als Zueignung nicht auch solche Handlungen des Täters zu verstehen sein sollen, die dem Opfer die Sachherrschaft zwar noch belassen, sie zur Vorbereitung der eigentlichen Ent-eignung aber schon etwas lockern⁵⁸. Damit käme man zu einem kaum abgrenz-baren Zueignungsbegriff und letztlich zu einer Umdeutung der Zueignungs-delikte in Eigentumsgefährdungsdelikte.

Auch der Wortlaut spricht hier eher für das tatbestandliche Ausschließen der Zueignung: Das Wort Zueignung als Kurzform von „Sich-zu-Eigen-machen,“ deutet auf ein dynamisches, die tatsächlichen Verhältnisse veränderndes Moment hin⁵⁹; es scheint nicht grundsätzlich ausgeschlossen, aber zumindest fragwürdig, mit *Bockelmann* auch rein graduelle Veränderungen noch unter den Begriff zu subsumieren.

Für die Figur der mitbestraften Nachtat wird weiterhin angeführt, die Gegen-meinung führe zu Strafbarkeitslücken. Bezug genommen wird dabei auf Fälle, in denen ein Täter, der sich eine Sache undolos, schuldlos oder gutgläubig zugeeignet habe und erst später bewußt erkenne, daß er zur Rückgabe ver-pflichtet ist, diese dennoch weiter für sich benutzt. In solchen Fällen müsse man mit der Tatbestandslösung zu dem Ergebnis gelangen, daß das Behalten nicht strafbar sein könne, da eine Zueignung bereits erfolgt sei⁶⁰. Demgegen-über ist jedoch eine Argumentation allein auf der Basis von (behaupteten) Strafbarkeitslücken im Zusammenhang mit dem Analogieverbot aus § 1, Art. 103 II GG zumindest problematisch. Zudem muß sich Wertungswider-sprüche auch die Ansicht *Bockelmanns* vorwerfen lassen: aus der Rechtsfigur der mitbestraften Nachtat ergibt sich, daß nach der Verjährung der ursprüngli-chen Tat die Strafbarkeit einer etwaigen nachfolgenden Unterschlagung wieder aufleben würde; sieht man die Zueignung daher als beliebig wiederholbar an, so wird damit die Verjährung der Strafbarkeit eines Täters, der die durch ein Zueignungsdelikt erbeutete Sache in seinem Besitz behält und als eigene nutzt, praktisch ausgeschaltet, weil dieser immer wegen der ältesten noch nicht verjährten Verwertungshandlung strafbar wäre⁶¹.

⁵⁸Vgl. das Beispiel bei *Otto*, Struktur, S. 114.

⁵⁹So *Otto*, Struktur, S. 113.

⁶⁰So *Bockelmann*, Konkurrenz, JZ 1960, 621 [624 li. Sp.].

⁶¹BGH JZ 1960, 640 [642 re. Sp.].

Auch gibt es innerhalb der im Tatbestand argumentierenden Ansicht selber durchaus Bestrebungen, die von *Bockelmann* angeführten Ergebnisse auszuschließen: so soll nach einer Stellungnahme eine Zueignung eine „Pervertierung,, der Eigentumsordnung voraussetzen⁶². Diese Pervertierung ist jedoch bereits im Begriff der Rechtswidrigkeit enthalten, nach dem Wortlaut der Zueignungsdelikte ist daher eher davon auszugehen, daß die Zueignung unabhängig von der (im Begriff der Rechtswidrigkeit angesprochenen) eigentumsrechtlichen Wertung gesehen werden muß. Überzeugender hingegen ist der Gedanke *Ottos*, nach dem die Zueignung auch voraussetze, daß der Täter den Willen betätige, den Berechtigten von der Sachherrschaft auszuschließen; in den Fällen, in denen der Täter beim Erwerb gutgläubig ist und daher noch nichts von der Existenz dieses Berechtigten weiß, liegt nach dieser Konzeption noch keine Zueignung vor⁶³.

Insgesamt erscheint die Ansicht, nach der eine Zueignung schon tatbestandlich nur einmal möglich ist, weit plausibler. Da A bei der Wegnahme des Rades sich auch bewußt über den Herrschaftswillen des B hinweggesetzt hat, war nach dieser vorzugswürdigen Ansicht eine Zueignung also bereits gegeben.

⁶²*Maiwald*, Zueignungsbegriff, S. 246.

⁶³*Otto*, Struktur, S. 115.

Der Verkauf des Fahrrades durch A war also keine Zueignung nach § 246 I; eine Unterschlagung als teilnahmefähige Haupttat liegt insoweit nicht vor. F hat daher durch seinen Rat keine Anstiftung zur Unterschlagung begangen.

K Strafbarkeit des F gemäß § 259

F könnte sich durch den Tip aber wegen Hehlerei strafbar gemacht haben, in Frage kommt hierbei die Begehungsform der Absatzhilfe aus § 259 I.

I Taugliches Tatobjekt

Dazu müßte das Fahrrad ein taugliches Tatobjekt nach § 259 sein. Das Rad war eine gestohlene Sache, der Diebstahl richtete sich aus Fs Sicht auch gegen fremdes Vermögen. Das Fahrrad war insofern taugliches Tatobjekt i.S.v. § 259.

II Tathandlung

F müßte dem A geholfen haben, die Sache absetzen zu helfen. Absetzen ist hierbei die wirtschaftliche Verwertung der Sache durch rechtsgeschäftliche Weitergabe⁶⁴. Der „Verkauf„ des Rades durch A war in diesem Sinne Absatz; F hat durch seinen Rat diesen Absatz erst möglich gemacht. Es liegen daher die objektiven Voraussetzungen einer Absatzhilfe vor.

III Teleologische Reduktion des Tatbestandes

Der objektive Tatbestand des § 259 I ist vom Wortlaut her erfüllt, fraglich ist aber, ob es sich mit Sinn und Zweck der Norm vereinbaren läßt, die Absatzhilfe auch dann als Hehlerei zu bestrafen, wenn der Absatz nur zur Folge hat, daß der rechtmäßige Eigentümer seine Sache zurückerhält. Dies ist abhängig davon, worin man den Strafgrund der Hehlerei sieht.

1. Hehlerei als Aufrechterhaltung einer rechtswidrigen Sachentziehung

Weit verbreitet ist die Ansicht, die Norm pönalisieren die Tatsache, daß durch den Hehler die aufgrund der Vortat entstandene rechtswidrige Vermögenslage aufrechterhalten werde, wobei für die Hehlerei nur der rechtswidrige Sachbesitz, nicht aber andere Vermögenswerte in Betracht kommen könne, da der Tatbestand sich explizit nur auf den Sachbesitz beziehe⁶⁵. Nach dieser Ansicht wäre der Strafzweck der Norm hier schon deshalb nicht erfüllt, weil durch den Absatz die rechtswidrige Sachentziehung gerade beendet werde, indem B das Rad zurückerhalte.

2. Hehlerei als Aufrechterhaltung einer rechtswidrigen Vermögenslage

⁶⁴Dreher/Tröndle, § 259 Rn. 18.

⁶⁵LK¹¹-Ruß, § 259 Rn. 1.

Eine Gegenansicht sieht den Strafzweck darin, daß der Täter mithilfe, die durch die Vortat entstandene widerrechtliche Vermögenslage aufrechtzuerhalten und zu vertiefen; als Bestandteil dieser widerrechtlichen Vermögenslage komme indes nicht nur der deliktisch erworbene Besitz an der Sache, sondern auch die sich durch die wirtschaftliche Verwertung ergebende mittelbare Vermögensverschiebung in Frage. So könne Hehlerei auch dann vorliegen, wenn der Täter dem Vortäter bei der wirtschaftlichen Verwertung der Sache durch Rückverkauf an den Eigentümer helfe und somit zugleich die vom Vortäter angemäße Verfügungsgewalt zu dessen Gunsten realisiere⁶⁶.

Hier blieb der aus der Vortat stammende Schaden insofern erhalten, als Bs Vermögen nach wie vor um die von ihm gezahlten 300 DM reduziert war, eine Aufrechterhaltung der sich aus dem Diebstahl ergebenden Vermögenslage läge nach *Wessels* daher vor. Fraglich ist jedoch, ob diese Vermögenslage auch nach dem „Verkauf,, noch rechtswidrig war; dem könnte wiederum entgegenstehen, daß B dem A nach wie vor 300 DM schuldete und er ihm somit den Betrag gezahlt hatte, zu dessen Leistung er ohnehin verpflichtet war. Da auch die Vertreter dieser Meinung das Rechtsgut ausschließlich vom Vermögen des durch die Vortat Geschädigten her definieren⁶⁷, kann die Tatsache, daß B das Fahrrad zurückbekommen und zugleich die 300 DM hergegeben hat, zu deren Übereignung er zivilrechtlich ohnehin verpflichtet war, hier nicht anders bewertet werden als beim Diebstahl: die Sachlage nach der Herausgabe des Geldes entspricht zwar nicht der formalen Eigentumsordnung, die vom Gesetz gewollte Güterzuordnung wurde durch den „Verkauf,, aber erreicht. Die somit entstandene Vermögenslage ist damit materiell nicht mehr rechtswidrig im Sinne des strafrechtlichen Vermögensschutzes. Da F von As Anspruch wußte und ihm klar war, daß der „Streich,, den er A vorschlug, gerade auf einen Ausgleich der „Vermögenslücke,, hinauslief, die durch die Nichtbezahlung der Schuld des B bestanden hatte, stellte er sich auchsubjektiv nicht vor, daß eine rechtswidrige Vermögenslage bestehen bleibe; auch nach der Ansicht, die nicht speziell auf die Besitz- sondern allgemein auf die Vermögenslage abstellt, liegt hier keine strafwürdige Perpetuierung vor.

3. Hehlerei als nachfolgende Beistandshandlung zur Vortat

⁶⁶Vgl. *Wessels* BT 2, § 20 III 3, S. 192.

⁶⁷Z.B. *Dreher/Tröndle*, § 259 Rn. 1.

Eine andere Ansicht sieht den Strafgrund der Hehlerei - ähnlich wie bei § 257 - darin, daß dem Vortäter nachträglich Hilfe bei der Verwertung der „Beute,, geleistet werde, es handle sich daher bei dem Delikt um eine zeitlich nach hinten verlagerte Form der Beihilfe⁶⁸. Dies gelte insbesondere bei den Begehungsformen von Absatz und Absatzhilfe. Da somit auch bei der Mitwirkung am Rückverkauf der Sache an den Eigentümer der Strafgrund des Delikts (die Mitwirkung an der Verwertung der Vortat) gegeben sei, spreche nichts dagegen, diese Mitwirkung - sofern sie nicht allein im Interesse des Eigentümers und gegen den Willen des Vortäters erfolge - als Absatz bzw Absatzhilfe zu bestrafen⁶⁹.

4. Entscheidung

Der Ansicht *Hruschkas* ist vorzuwerfen, daß sie in Wortlaut und Systematik

⁶⁸So *Hruschka*, Hehlerei und sachliche Begünstigung, JR 1980, 221 [223 li. Sp.].

⁶⁹*Hruschka*, Hehlerei und sachliche Begünstigung, JR 1980, 221 [223 re. Sp.].

der Norm wenig Rückhalt findet. So kann diese Deutung weder erklären, warum die Norm aus dem weiten Feld mögliche Vortaten ausdrücklich nur solche als Vortat zuläßt, die gegen fremdes Vermögen gerichtet sind⁷⁰, noch erscheint es schlüssig, daß die Tathandlungsalternative des Verschaffens oder Verkaufens eine andere Schutzrichtung haben soll als die des Absatzes oder der Absatzhilfe⁷¹. Auch die von ihm behauptete Strafwürdigkeit des Mitwirkens beim Rückverkauf an den Eigentümer ist nicht in dieser Intensität ersichtlich: So erscheint es durchaus nicht verfehlt, dem Täter in solchen Konstellationen zugute zu halten, daß er zumindest ein wenig auch im Interesse des durch die Vortat Geschädigten gehandelt hat; auch sind die hier diskutierten Fälle im Vergleich zur großen Masse der sonstigen Hehlereifälle recht selten und - da sie eine Kontaktaufnahme mit dem Eigentümer erfordern - schwerer zu organisieren und insbesondere für den Vortäter auch risikoreicher, so daß das Bedürfnis nach Generalprävention hier geringer ist.

Die Ansicht *Hruschkas* ist also abzulehnen, da die beiden anderen Meinungen trotz ihrer unterschiedlichen Ansatzpunkte hier zu dem gleichen Ergebnis kommen, ist zwischen diesen keine Entscheidung nötig. Der Tatbestand des § 259 ist demnach dahingehend restriktiv auszulegen, daß jedenfalls in solchen Fällen, in denen keine Aufrechterhaltung eines rechtswidrigen Sachentzuges oder einer rechtswidrigen Vermögenslage vorliegt, die Norm nicht anzuwenden ist. F hat demnach durch seinen Rat keine Absatzhilfe nach § 259 I begangen; da er sich die Vermögenslage so vorstellte, wie sie war, kommt diesbezüglich auch kein Versuch in Frage.

L Strafbarkeit des F gemäß § 257

F könnte aber, indem er dem A durch seinen Rat die Möglichkeit zum Verkauf der Sache verschaffte, eine nach § 257 strafbare Begünstigung begangen haben.

I Tatbestand

1. Objektiver Tatbestand

Es müßte eine rechtswidrige Vortat eines Anderen vorliegen. Wie dargelegt, hat A einen vollendeten Diebstahl in einem besonders schweren Fall begangen, eine rechtswidrige fremde Vortat liegt aus Fs Perspektive daher vor.

⁷⁰Vgl. die Kritik bei *Lackner*, § 259 Rn. 1.

⁷¹Vgl. für die erste Handlungsvariante: *Hruschka*, Hehlerei und sachliche Begünstigung, JR 1980, 221 [222 li. Sp.]; für die zweite: aaO [223 re. Sp.].

Weiterhin müßte F dem A als Vortäter Hilfe zur Sicherung der Tatvorteile geleistet haben. Eine Hilfeleistung i.S.v. § 257 wird definiert als eine Handlung, die objektiv geeignet ist, den Vortäter gegen die Entziehung der Vorteile aus der Tat zu schützen⁷².

a) Vorteil der Tat

A hatte aufgrund des Diebstahls einen Vorteil erworben, der in der Verfügungsgewalt über das Rad bestand. Fraglich ist dabei aber, ob dieser Vorteil noch ein Vorteil „der Tat,, gemäß § 257 handelt.

So bezeichnet *Hruschka* als Vorteil i.S.v. § 257 nur nur das durch die Tat selbst und unmittelbar Erlangte, beim Diebstahl also dementsprechend nur den Sachbesitz an der Beute⁷³. Nach dieser Ansicht würde also der Verkauf der Beute nicht dazu führen, daß ein Vorteil erhalten würde, vielmehr würde der Verkauf eine Vorteilssicherung gerade ausschließen. Begründet wird dies damit, daß ein Ausufern des Tatbestandes drohe und die Hehlerei demgegenüber den Großteil ihrer eigenständigen Bedeutung verliere, wenn man den § 257 nicht konsequent restriktiv auslege⁷⁴. Dieser Argumentation ist indes nicht zuzustimmen. Das folgt bereits daraus, daß - wie *Hruschka* selbst darlegt - der Wortlaut der Norm gerade dagegen spricht, allein das aus der Tat direkt Herrührende unter § 257 fallen zu lassen; der Begriff „Vorteil,, zeigt gerade, daß es nicht auf den Sachbesitz oder das aus der Tat direkt erlangte ankommen kann.

Der enge Begriff *Hruschkas* ist daher abzulehnen, die übrigen Stellungnahmen kommen indes alle zu dem Ergebnis, daß ein Vorteil i.S. der Norm jedenfalls noch das Surrogat ist, das der Täter aus einer unmittelbaren Verwertung des durch die Tat selbst Erlangten erhalten hat⁷⁵. Der Wert des Rades war daher ein Vorteil aus dem Diebstahl

b) Handlung mit objektiver Tendenz zur Vorteilssicherung

Beim Besitz von gestohlener Ware besteht häufig die Möglichkeit, daß der Eigentümer die Sache findet und auf sie zugreift, während der Besitz von „schwarzem,, Geld i.d.R nicht mehr Nachvollzogen werden kann. Ein Verkauf solcher Waren, bei dem deren Wert in Geld umgewandelt wird, ist daher eine

⁷²*Dreher/Tröndle* § 257 Rn.6.

⁷³*Hruschka*, Hehlerei und sachliche Begünstigung, JR 1980, 221 [225 re.Sp.].

⁷⁴*Hruschka*, Hehlerei und sachliche Begünstigung, JR 1980, 221 [224/225].

⁷⁵Siehe den Überblick bei *Janson*, Rückerwerb, S. 160 f.

Handlung, die aus der Sicht des Täters der Vorteilssicherung dient. F hat dem A somit objektiv bei der Sicherung dieses Vorteiles Hilfe geleistet. Da die Begünstigung im Gegensatz zur Hehlerei nicht nur individuelle Vermögenswerte, sondern (zumindest zum Teil) auch die staatliche Rechtspflege als Rechtsgut schützt⁷⁶, ist es hier im Gegensatz zu Hehlerei auch unerheblich, daß A einen Anspruch auf die 300 DM hatte, da insoweit zumindest das Interesse des Staates, eigenhändige Durchsetzung von Ansprüchen zu verhindern, verletzt ist.

2. Subjektiver Tatbestand

F wußte von As Vortat und handelte bei dem, was er tat, auch vorsätzlich, fraglich ist aber, ob er in Begünstigungsabsicht handelte. Hierbei ist strittig, wie die „Absicht,“ zu verstehen ist. Einer Ansicht zufolge soll hier nur zielgerichtetes Wollen zulässig sein; dem Täter müsse es gerade auf die Begünstigung ankommen⁷⁷. Nach dieser Ansicht fiel die Begünstigungsabsicht hier weg, da dem F nicht zu unterstellen ist, daß es ihm explizit auf die Begünstigung des A angekommen wäre.

Die Gegenansicht gibt zu bedenken, daß ein Täter, der um den finalen Gehalt seines Handelns wisse, zwangsläufig auch auf dieses Ziel hinarbeite; daher sei die Unterscheidung zwischen Vorsatz ersten und zweiten Grades hier bedeutungslos⁷⁸, es reiche aus, wenn der Täter erkenne, daß er auch gegen die Interessen des durch die Vortat Geschädigten handle⁷⁹. Wie dies bei F zu beurteilen war, geht aus dem Sachverhalt nicht eindeutig hervor, aus der Formulierung „Streich,“ ist jedoch zu entnehmen, daß er zumindest laienhaft mit einer Schädigung rechnete.

Überzeugend ist hier die Ansicht des OLG; auch vom Unwertgehalt her ist ein Unterschied zwischen den beiden Vorsatzvarianten kaum auszumachen. Der subjektive Tatbestand ist mit dieser Ansicht also erfüllt.

II Rechtswidrigkeit und Schuld

F handelte, bezüglich der Begünstigung auch rechtswidrig und schuldhaft.

M Strafbarkeit des F gemäß §§ 259, 22

⁷⁶So z.B. *Dreher/Tröndle*, vor § 257 Rn. 2.

⁷⁷*Lackner* § 257 Rn. 5.

⁷⁸OLG Düsseldorf, NJW 1979, 2320 [2321 li. Sp.].

⁷⁹OLG Düsseldorf, NJW 1979, 2320 [2321 re. Sp.].

Indem F den A dazu bewegen wollte, ihm einen Teil der 300 DM abzugeben, könnte er nach §§ 259, 22 eine versuchte Hehlerei im Sinne des Sich-Verschaffens begangen haben. Als rechtswidrige Vortat kommt hier jedoch nur der Diebstahl des Rades in Frage; es ist jedoch allgemein anerkannt, daß als Sache i.S.v. § 259 nur die direkt aus der Tat stammende Sache zu verstehen ist, nicht aber ein Wertersatz wie der Verkaufserlös⁸⁰. Dies ergibt sich bereits daraus, daß ansonsten ein offener Widerspruch zum neu eingefügten Tatbestand der Geldwäsche bestände: diese Norm belegt ja gerade das wirtschaftliche Agieren mit Werten, die - auch mittelbar - aus der Vortat stammen, mit der gleichen Strafdrohung wie § 259. Würde man Ersatzhehlerei auch nach § 259 bestrafen, so bedeutete das eine Umgehung des § 261 und insbesondere seiner Einschränkungen nach Absatz I Satz 2.

N Strafbarkeit des B gemäß §§ 259, 22

B könnte sich der versuchten Hehlerei gemäß §§ 259, 22 schuldig gemacht haben

I Anwendungsvoraussetzungen

Der Versuch der Hehlerei ist nach § 259 III strafbar; da § 259 eine gegen fremdes Vermögen gerichtete Vortat fordert, der Diebstahl sich jedoch allein gegen Bs Vermögen gerichtet hatte, ist eine vollendete Hehlerei zu verneinen.

II Tatentschluß

1. Tatentschluß bezüglich einer Tathandlung an einem Tatobjekt i.S.v. § 259

B müßte den Tatentschluß zur Begehung einer Hehlerei gehabt haben.

Dazu müßte er sich zunächst vorgestellt haben, daß das Fahrrad aus einer gegen fremdes Vermögen gerichtete Tat stamme. B rechnete damit, daß das Fahrrad gestohlen sein könne - da ihm nicht in den Sinn kam, es könne ihm gestohlen worden sein, rechnete er also damit, daß das Rad aus einem gegen fremdes Eigentum gerichteten Diebstahl stamme. Da er diese Möglichkeit in Kauf nahm, da er dringend ein Rad brauchte, lag insoweit dolus Eventualis vor. Zudem hatte er den Entschluß - den er ja auch umsetzte - die Sache zu kaufen. B stellte sich daher das Rad als Sache vor, die aus einer gegen fremdes Vermögen gerichtete Tat stamme. Er hatte weiterhin die Absicht, diese Sache anzukaufen; ein Tatentschluß bezüglich der Begehungsweise nach § 259 I 1. Var. liegt also vor.

⁸⁰Z.B. *Lackner*, § 259 Rn. 8.

2. Bereicherungsabsicht

B müßte auch die Absicht gehabt haben, sich durch diese Begehungsweise zu bereichern. Dem steht aber entgegen, daß er für das Rad einen angemessenen Preis zu zahlen bereit war (und dies auch tat). So ist anerkannt, daß dann, wenn die Sache zu Bedingungen erworben wird, zu denen auch eine gleichwertige Sache auf rechtlich einwandfreie Weise gekauft werden kann, eine Bereicherungsabsicht nicht vorliegt. Dies gilt zumindest dann, wenn der Käufer nicht vorhat, die Sache mit einer marktüblichen Gewinnspanne weiterzuverkaufen⁸¹. Ein solcher Fall lag hier aber nicht vor; B kaufte das Rad lediglich, um es für sich zu nutzen. Da er auch nicht versuchte, seinen Verdacht bezüglich der Herkunft des Rades dazu zu nutzen, den Preis auf einen „Hehlerpreis,, zu senken, sondern vielmehr einen dem Wert der Sache entsprechenden Preis zahlte, lag keine Bereicherungsabsicht vor. B ist daher nicht nach §§ 259, 22 strafbar.

O Gesamtergebnis

A ist nach §§ 242, 243 I S. 2 Nr. 6 wegen Diebstahls in einem besonders schweren Fall strafbar, seine Strafe kann nach § 17 II gemildert werden.

F ist nach § 257 I wegen Begünstigung strafbar.

⁸¹LK¹¹- *Ruß*, § 259 Rn. 36.