

Methodik StR

Anfängerklausur

Andreas Dürr

Kommissar Langfinger kauft ein*

Andreas Dürr: ist Doktorand am Lehrstuhl für Deutsches, Europäisches und Internationales Strafrecht und Strafprozessrecht sowie Wirtschaftsstrafrecht von Professor Dr. *Helmut Satzger*, Ludwig-Maximilians-Universität München

Zusammengesetzte Urkunde – Abgrenzung Betrug und Diebstahl – Zueignungsbegriff – Berufswaffenträger – Sicherungsbetrug

SACHVERHALT

Polizeibeamter P hat einen anstrengenden Beruf, in dem er viele Konflikte lösen und immer viel zu viel Papierkram bearbeiten muss. Kurz vor Ende seiner Schicht freut er sich schon auf das verdiente Abendessen mit seiner Freundin. Da die Geschäfte jedoch genau mit dem Ende seiner Schicht schließen, will er mit Einverständnis seines Kollegen K noch davor eine Flasche Wein kaufen und sich erst anschließend auf der Wache umziehen sowie die Dienstwaffe dort wegschließen. Daher steuert er den nahegelegenen Real-Markt an und stellt den Wagen auf dem dortigen Parkplatz ab.

Da K nichts benötigt und im Wagen wartet, betritt P sodann alleine den Laden und läuft geradewegs zur Getränkeabteilung. Entsetzt stellt er dort jedoch fest, dass er nur noch 15 Euro und 20 Cent bei sich führt, sodass der leckere Tropfen *Gevrey-Chambertin Premier Cru Les Corbeaux* (Jahrgang 2008) mit einem Preis von EUR 110,- pro Flasche nicht in Frage kommt. Gleich daneben wird allerdings Sekt in einer Schmuckverpackung (Blechzylinder mit leicht einrastendem Kunststoffdeckel) zu einem Sonderpreis von 15 Euro angeboten, sodass P nicht lange überlegt und die Sektflasche durch den teuren Wein ersetzt in der Hoffnung, die Kassiererin werde nur

den auf der Verpackung aufgeklebten Preis von 15 Euro verlangen. Die Verpackung im Arm tragend geht P dann in Richtung Kasse.

Als er auf dem Weg dorthin die DVD-Abteilung passiert, kommt er noch auf die Idee, das Abendessen mit dem romantischen Film »Weil es dich gibt« ausklingen zu lassen. Da er es jedoch für unsinnig hält, eine DVD zu kaufen, wenn man sie nur einmal ansehen möchte, steckt er die ohnehin nicht mehr in Folie verpackte DVD-Hülle (inkl. DVD) (Preis EUR 9,99) in seine Uniformtasche. Dabei hat er die feste Absicht, diese am nächsten Tag unversehrt und unbemerkt wieder an Ort und Stelle zurückzulegen. Auf dem weiteren Weg zur Kasse kommt ihm noch sein treuer Freund und Kollege K in den Sinn, der sich sicher über ein Snickers (Preis: EUR 0,55) freuen würde. Kurzerhand steckt P ein solches in seine andere Jackentasche, weil sein Bargeld dafür leider nicht mehr reichen würde. Als er an der Kasse an der Reihe ist, legt er die Schmuckverpackung auf das Band; wie geplant, untersucht die Kassiererin den Inhalt der Packung nicht und tippt den Sonderangebotspreis ein. Nachdem P gezahlt hat, begibt er sich mit den »Einkäufen« in Richtung seines Wagens.

Bearbeitervermerk: Wie hat sich P nach dem StGB strafbar gemacht? Ggf. erforderliche Strafanträge sind gestellt.

LÖSUNG

I. § 123 Abs. 1 StGB

Durch Fahren auf den Parkplatz bzw. Betreten des Real-Markts könnte sich P wegen Hausfriedensbruchs nach § 123 Abs. 1 Alt. 3 bzw. Alt. 2 StGB strafbar gemacht haben.

* Der vorliegende Sachverhalt wurde in leicht abgewandelter Form und ergänzt um einen zweiten Teil im Sommersemester 2013 als Hausarbeit im Grundkurs Strafrecht von Professor Dr. *Helmut Satzger* gestellt. Der Durchschnitt betrug 5,75 Punkte, die Durchfallquote lag bei 21%. Die zwei besten Teilnehmerinnen erzielten je 12 Punkte.

1. Tatbestandsmäßigkeit

a) Objektiver Tatbestand

Der Real-Markt dient dauerhaft wirtschaftlichen Zwecken¹ und stellt daher einen Geschäftsraum nach § 123 Abs. 1 Alt. 2 StGB dar. Jedoch ist schon der Parkplatz bei lebensnaher Interpretation des Sachverhalts in äußerlich erkennbarer Weise gegen das willkürliche Betreten durch andere gesichert und stellt damit ein befriedetes Besitztum i. S. v. § 123 Abs. 1 Alt. 3 StGB dar².

Fraglich ist, ob P in einen dieser Bereiche *eingedrungen* ist. Dies setzt grundsätzlich ein Betreten mit mindestens einem Körperteil ohne oder gegen den Willen des Berechtigten voraus³. P betrat den Parkplatz durch dessen Befahren sowie den Real-Markt, indem in diesen hineinging. Der über die Verkaufsflächen das Hausrecht ausübende Filialleiter hat P gegenüber sein Einverständnis dazu weder ausdrücklich noch konkludent erklärt. Nichtsdestotrotz ist zu berücksichtigen, dass es sich sowohl bei Supermärkten als auch bei dazugehörigen Parkplätzen um dem allgemeinen Publikumsverkehr offenstehende Bereiche handelt. Potentielle Kunden sollen diese gerade zwecks Einkaufs betreten, sodass dem Filialleiter ein generelles Einverständnis in das Betreten durch Kundschaft zu unterstellen ist. Nach herrschender Ansicht sei dies grundsätzlich auch dann der Fall, wenn der Täter kriminelle Absichten verfolge, es sei denn, der Täter weiche schon nach seinem äußeren Erscheinungsbild von dem Personenkreis ab, dem das Eintreten generell gestattet sei⁴. Nach a. A. stehen bereits rechtswidrige Absichten des Täters dem Einverständnis entgegen⁵. P hatte im Zeitpunkt des Betretens indessen noch nicht einmal die Absicht, Straftaten zu begehen. Im Übrigen ließ auch sein äußeres Erscheinungsbild nicht darauf schließen, dass sein Zutritt durch den Willen des Filialleiters nicht gedeckt sei; zwar trug P eine Waffe am Gürtel, jedoch war er erkennbar Polizist, sodass nicht davon ausgegangen werden kann, dass der Filialleiter – stünde er persönlich am Eingang – ihm den Zutritt verweigert hätte. Daher ist P weder in den Parkplatz noch den Laden *eingedrungen*.

¹ Vgl. zur Definition RGSt 32, 371.

² Vgl. Joecks Studienkommentar StGB, 10. Aufl. (2012), § 123 Rn. 11.

³ SSW-StGB/*Fahl* (2009), § 123 Rn. 6.

⁴ LK-*Lilie* StGB, 12. Aufl. (2009), § 123 Rn. 52; SSW-StGB/*Fahl* (2009), § 123 Rn. 7; *Wessel/Hettinger* Strafrecht BT 1, 36. Aufl. (2012), Rn. 591; *Maurach/Schroeder/Maiwald* Strafrecht BT 1, 10. Aufl. (2009), § 30 Rn. 14; *Kargl* JZ 1999, 930, 938 legt das Merkmal noch enger aus, indem er die Überwindung einer physischen Abgrenzung fordert.

⁵ BGH StV 1996, 660; LK-*Schäfer* StGB, 10. Aufl. (1988), § 123 Rn. 31ff.; *Steinmetz* JuS 1985, 94, 95f. fordert, dass mit dem Betreten schon der (strafbare) Versuch der weiteren Tat beginne.

b) Zwischenergebnis: Der objektive Tatbestand des Hausfriedensbruches ist nicht gegeben.

2. Ergebnis: P hat sich nicht nach § 123 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

Hinweis: Nun bieten sich zwei (gleichwertige) Aufbauvarianten an: Entweder man trennt nach den entwendeten Gegenständen oder man geht streng chronologisch vor. Hier wird die erste Variante gewählt, also zuerst die Umstände um den Wein und sodann die um die DVD und das Snickers geprüft.

II. § 242 Abs. 1 StGB

Durch das Umpacken bzw. Tragen des Weins könnte sich P des Diebstahls strafbar gemacht haben.

1. Tatbestandsmäßigkeit

a) Objektiver Tatbestand

Die Flasche Wein ist als körperlicher (§ 90 BGB) und nicht örtlich fixierter Gegenstand eine bewegliche Sache. Ferner war sie weder herrenlos noch stand sie im Alleineigentum des P, sodass sie auch fremd war.

Die Flasche müsste P *weggenommen* haben. Unter einer Wegnahme ist der Bruch fremden und die Begründung neuen, nicht notwendig eigenen Gewahrsams zu verstehen⁶. Unter Gewahrsam ist die von einem natürlichen Willen getragene, tatsächliche Herrschaft über eine Sache zu verstehen, deren Reichweite von der Verkehrsauffassung bestimmt wird⁷. Ursprünglich hatte der Filialleiter, selbst wenn er räumlich nicht vor Ort gewesen sein mag, einen (ggf. gelockerten) generellen Gewahrsam an allen Verkaufsgegenständen innerhalb des Einkaufsbereichs. Mit hin auch an der Weinflasche.

Alleine durch das Umpacken in die Sektverpackung wechselte der Gewahrsam nicht, denn der generelle Gewahrsam des Filialleiters besteht auch bei versteckten Sachen innerhalb des eigenen Herrschaftsbereichs fort⁸. Fraglich ist jedoch, ob der Gewahrsam sodann durch das Tragen der Schmuckverpackung auf P übergegangen ist. Neuer Gewahrsam setzt nach der Apprehensionstheorie voraus, dass der Täter die Sachherrschaft so erlangt, dass er ungehindert über die Sache verfügen kann und der

⁶ BGH NSTz 1988, 270, 271; *Wessels/Hillenkamp* Strafrecht BT 2, 35. Aufl. (2012), Rn. 82.

⁷ BGHSt 16, 271, 273; 23, 254, 255; SSW-StGB/*Kudlich* (2009), § 242 Rn. 18.

⁸ Vgl. SSW-StGB/*Kudlich* (2009), § 242 Rn. 21.

bisherige Gewahrsamsinhaber dies ohne die Beseitigung der Verfügungsgewalt des Täters nicht mehr kann⁹. Bei kleineren Gegenständen reicht hierfür aufgrund des die persönliche Tabusphäre schützenden allgemeinen Persönlichkeitsrechts bereits das Ergreifen bzw. das Einstecken in eine Kleidungsöffnung oder einen Beutel aus (sog. Gewahrsamsenklave)¹⁰. Größere Gegenstände, die regelmäßig offen getragen werden, unterliegen demgegenüber nach der Verkehrsauffassung noch der Letztkontrolle des Ladeninhabers. Der Gewahrsamswechsel vollzieht sich dann regelmäßig erst mit Passieren des Kassensbereichs¹¹.

Hier mag für einen Gewahrsamswechsel sprechen, dass es in der Tat ungewöhnlich und sozial auffällig sein kann, wenn ein Ladenangestellter die Schmuckverpackung in den Händen des P prüfen würde. Jedoch würde nach der Verkehrsauffassung eine offen getragene Verpackung noch einer Kontrolle unterliegen, nämlich spätestens im Kassensbereich – darin liegt auch der entscheidende Unterschied zu einer Gewahrsamsenklave, z. B. in Form einer Hosentasche. Es ist vielmehr davon auszugehen, dass ein im Ladenbereich offen getragener Gegenstand, der erkennbar aus dem Sortiment herrührt, noch an der Kasse bezahlt werden wird und deshalb nicht dem Träger »als ihm gehörig« zugeordnet wird. Mithin fand im Ladenbereich noch kein Gewahrsamswechsel und damit keine, den objektiven Tatbestand eines Diebstahls begründende, Wegnahme statt.

b) Zwischenergebnis: Durch das Umpacken bzw. Tragen der Weinflasche ist der objektive Tatbestand des § 242 Abs. 1 StGB nicht erfüllt.

2. Ergebnis: Durch das Umpacken des Weins hat sich P nicht wegen § 242 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

Hinweis: a. A. nur mit sehr guten Argumenten vertretbar. In diesem Falle müsste die Problematik um den Bewaffnungsträger schon hier angesprochen werden.

III. § 267 Abs. 1 Alt. 1 und Alt. 2 StGB

Durch Umpacken der Weinflasche in die Schmuckverpackung könnte sich P einer Urkundenfälschung nach § 267 Abs. 1 Alt. 1 bzw. Alt. 2 StGB strafbar gemacht haben.

1. Tatbestandsmäßigkeit

a) Objektiver Tatbestand

P müsste hierfür eine unechte Urkunde hergestellt oder eine echte Urkunde verfälscht haben. Unter einer Urkunde ist eine verkörperte Gedankenerklärung zu verstehen, die den Aussteller erkennen lässt und zum Beweis einer rechtlichen Tatsache geeignet und bestimmt ist¹². P hat weder an der Verpackung noch an der Flasche eine Veränderung vorgenommen, sodass unter diesem Gesichtspunkt schon keine Herstellung oder Verfälschung in Betracht kommt – unabhängig davon, ob es sich bereits bei diesen um eigenständige Urkunden handelt. Indem jedoch die Verbindung zwischen der Sektflasche und ihrer Verpackung gelöst und eine neue zwischen Weinflasche und Sektverpackung herbeigeführt wurde, ist die Herstellung einer unechten Urkunde bzw. das Verfälschen einer echten Urkunde in der Form denkbar, dass die Verpackung und ihr Inhalt eine eigenständige, einheitliche Urkunde in Form eines Beweiszeichens bilden. Insofern könnte hier eine sog. zusammengesetzte Urkunde aus Packung und Sektflasche vorgelegen haben. Eine solche liegt vor, wenn eine ihren Aussteller zu erkennen gebende verkörperte Gedankenerklärung mit einem Bezugsobjekt räumlich fest zu einer Beweiseinheit verbunden ist, sodass dadurch eine selbstständige Urkunde mit eigenem Beweisinhalt entsteht¹³. Hier liegt eine Gedankenerklärung in der auf der Sektverpackung aufgedruckten Preisangabe vor mit dem Inhalt, dass grundsätzlich der Wille bestehe, über die in der Verpackung befindliche Sektflasche einen Kaufvertrag zu 15 EUR zu schließen. Aussteller ist aus dem räumlichen Zusammenhang mit den Einkaufsflächen erkennbar der Real-Markt. Fraglich ist indes, ob die Flasche und das Preisschild auf der Verpackung ausreichend räumlich fest verbunden waren. Zwar ist hierfür keine Untrennbarkeit erforderlich, jedoch mindestens eine gewisse Sicherheit vor einer absichtlichen Trennung¹⁴. Regelmäßig wird dies dem Täter einen Energieeinsatz abverlangen. Nach einer anderen Ansicht soll bereits genügen, dass Erklärung und Bezugsobjekt sich nicht von alleine verändern können (z. B. Auseinanderfallen)¹⁵. Hier bestand über den leicht einrastenden Kunststoffdeckel hinaus keine wesentliche Sicherung gegen die Trennung von

⁹ SSW-StGB/Kudlich (2009), § 242 Rn. 32.

¹⁰ BGHSt 23, 254, 255 f.

¹¹ SSW-StGB/Kudlich (2009), § 242 Rn. 34.

¹² BGHSt 13, 235, 239; 24, 140, 141; SSW-StGB/Wittig (2009), § 267 Rn. 7.

¹³ OLG Köln NJW 1979, 729; Eisele Strafrecht BT 1, 2. Aufl. 2012, Rn. 808.

¹⁴ SSW-StGB/Wittig (2009), § 267 Rn. 47. MüKO-StGB/Erb (2006), § 267 Rn. 53f. stellt auf eine Substanzveränderung durch Trennung ab.

¹⁵ NK-Puppe StGB, 4. Aufl. (2013), § 267 Rn. 52.

Flache und Verpackung etwa in Form eines zugeklebten oder in Folie verpackten Verschlusses. Allerdings erforderte deren Trennung zumindest, dass der Täter die Box öffnet und die Flasche herausnimmt. Daher müsste die geringere Anforderungen an die Festigkeit stellende Ansicht hier eine zusammengesetzte Urkunde annehmen. Gegen diesen Ansatz spricht indes die vor dem Hintergrund des *ultima ratio*-Gedankens problematische Ausuferung des Tatbestands, wenn die Kriterien einer Urkunde zu niedrig angesetzt werden. Insofern ist eine räumliche feste Verbindung hier zu verneinen. Im Übrigen erscheint auch die Erfüllung der Perpetuierungsfunktion zweifelhaft, wenn man berücksichtigt, dass die Verpackung erst geöffnet – und damit die feste Verbindung gelöst – werden müsste, um das Bezugsobjekt Flasche zu sehen¹⁶.

b) Zwischenergebnis: Da auch keine zusammengesetzte Urkunde anzunehmen ist, fehlt es schon am Vorliegen der objektiven Voraussetzungen des § 267 Abs. 1 StGB.

2. Ergebnis: P hat sich nicht nach § 267 Abs. 1 Alt. 1 oder Alt. 2 StGB strafbar gemacht.

IV. § 303 Abs. 1 StGB

Indem P die Sektflasche aus der Verpackung nahm, könnte er sich wegen Sachbeschädigung gem. § 303 Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben.

1. Tatbestandsmäßigkeit

a) Objektiver Tatbestand

Sowohl bei den Flaschen als auch bei der Schmuckverpackung handelte es sich um nicht im (Allein-)Eigentum des P stehende und damit fremde Sachen.

Fraglich ist, ob das Herausnehmen der Sektflasche eine *Zerstörung* oder *Beschädigung* im Sinne des Abs. 1 darstellt. *Zerstörung* bedeutet hierbei die Substanzvernichtung oder völlige Unbrauchbarkeit der Sache infolge unmittelbarer Einwirkung darauf seitens des Täters¹⁷. Eine *Beschädigung* nach Abs. 1 kann in einer Substanzverletzung, einer Brauchbarkeitsminderung sowie – u.U. – in einer Veränderung der äußeren Erscheinungsform durch unmittelbare körperliche Einwirkung bestehen¹⁸. Hier wur-

de lediglich die Schmuckverpackung geöffnet, ohne dass sich dem Sachverhalt eine Substanzbeeinträchtigung der Verpackung (z.B. Aufreißen einer Schutzfolie) entnehmen ließe. Auch auf die Flasche wurde nicht in ihrer körperlichen Existenz eingewirkt. Vielmehr wurde lediglich die Verbindung zwischen der Verpackung und der Sektflasche gelöst bzw. durch eine neue Verbindung zwischen Weinflasche und Verpackung ersetzt. Sowohl die Schmuckverpackung als auch die Flasche sind nach wie vor so verwendbar, wie es ihrer bestimmungsgemäßen Brauchbarkeit entspricht (Verpacken einer Flasche bzw. Trinkbarkeit des Sekts). Eine Sachbeschädigung unter dem Gesichtspunkt der Brauchbarkeitsminderung kommt daher allenfalls unter dem Gesichtspunkt der zusammengesetzten Sache in Betracht. Jedoch ist schon das Vorliegen einer hinreichenden Funktionseinheit zwischen Sektflasche und Schmuckverpackung fraglich. Wenngleich die Sektflasche zusammen mit der Schmuckverpackung zum Verkauf bestimmt ist, ist der eigentliche Wertträger nur die Sektflasche, welche auch ohne die Schmuckverpackung verkauft werden könnte. Durch die Verbindung mit der Verpackung entsteht damit wertend betrachtet keine darüber hinausgehende selbstständige Sache. Selbst wenn man eine funktionelle Einheit unterstellte, ist zu berücksichtigen, dass die Trennung zwischen Flasche und Verpackung schnell wieder rückgängig zu machen wäre, sodass zumindest die Erheblichkeit der Brauchbarkeitsminderung abzulehnen wäre.

Nach einer Mindermeinung solle schon die bloße Zustandsveränderung für Abs. 1 ausreichen, wenn sie den Eigentümerinteressen zuwiderlaufe. Allerdings müsste auch dieser Ansicht nach eine erhebliche Zustandsveränderung vorliegen¹⁹. Dieser Ansicht ist jedoch der Wortlaut *beschädigen*, worunter die Verkehrsauffassung keine bloße Zustandsveränderung verstehen würde, entgegenzuhalten sowie der *ultima ratio*-Gedanke des Strafrechts. Ferner spricht seit dem 39. StrÄndG²⁰ der die Zustandsveränderung in engen Grenzen umfassende § 303 Abs. 2 StGB systematisch gegen diesen Ansatz²¹. Daher ist im Ergebnis eine *Zerstörung* bzw. *Beschädigung* abzulehnen.

b) Der objektive Tatbestand ist mangels einschlägiger Tathandlung nicht erfüllt.

2. Ergebnis: P hat sich nicht wegen Sachbeschädigung gem. § 303 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

¹⁶ Vgl. dazu NK-Puppe StGB, 4.Aufl. (2013), § 267 Rn. 59; MüKO-StGB/Erb (2006), § 267 Rn. 55.

¹⁷ Vgl. SSW-StGB/Saliger (2009), § 303 Rn. 4.

¹⁸ Vgl. SSW-StGB/Saliger (2009), § 303 Rn. 5; Satzger JURA 2006, 428, 430 f.

¹⁹ Maurach/Schröder/Maiwald (Fn. 4), § 36 Rn. 11 ff.; Schönke/Schröder/Stree StGB, 27. Aufl. (2006), § 303 Rn. 8c.

²⁰ BGBl. 2005 I, S. 2674.

²¹ Vgl. BGHSt 29, 129, 132; Fischer StGB, 60. Aufl. (2013), § 303 Rn. 8; Schönke/Schröder/Stree/Hecker StGB, 28. Aufl. (2010), § 303 Rn. 13; Satzger JURA 2006, 428, 432 f.

V. § 303 Abs. 2 StGB

Weder das Erscheinungsbild der Sektflasche noch der Verpackung wurden für sich betrachtet verändert. Eine solche Veränderung ließe sich allenfalls annehmen, wenn man eine Funktionseinheit zwischen beiden unterstellte. Selbst dann würde der Tatbestand jedoch an der leichten Wiederherstellbarkeit des ursprünglichen Zustands durch Hineinsetzen der Sektflasche und Verschluss des Kunststoffdeckels scheitern, da die Veränderung *nur vorübergehend* und ebenso wenig *erheblich* war. Daher scheidet auch die Anwendung des § 303 Abs. 2 StGB aus.

VI. §§ 242 Abs. 1, 25 Abs. 1 Alt. 2 StGB

Durch das Passieren der Kasse mit dem Wein könnte sich P gem. §§ 242 Abs. 1, 25 Abs. 1 Alt. 2 StGB strafbar gemacht haben.

1. Tatbestandsmäßigkeit

a) Objektiver Tatbestand

Die Weinflasche war eine fremde bewegliche Sache (s. o.).

Ursprünglichen Gewahrsam daran hatte der Filialleiter (s. o.). Durch Bezahlen und Passieren des Kassensbereichs werden nach der Verkehrsauffassung dem Käufer die Kaufgegenstände güterrechtlich zugeordnet²², sodass in diesem Moment der Gewahrsam vollständig auf P übergegangen ist. Fraglich ist indes, ob dieser Gewahrsamwechsel durch einen Bruch herbeigeführt wurde. Damit ist ein Handeln ohne oder gegen den Willen des Gewahrsamsinhabers gemeint²³. Ein solcher Bruch könnte in der Übergabe durch die Kassiererin als gutgläubiges Werkzeug liegen (§ 25 Abs. 1 Alt. 2 StGB). Allerdings könnte diese gerade ein dem Real-Markt zurechenbares tatbestandsausschließendes Einverständnis erteilt haben. Eine Supermarktkassiererin ist gerade dazu befugt, den Gewahrsam an Gegenständen zu übertragen (vgl. § 56 HGB), sodass sie in der hier vorliegende Dreieckskonstellation nach allen vertretenen Ansichten²⁴ im Lager des Real-Markts steht und über dessen Vermögen i. S. v. § 263 Abs. 1 StGB verfügen darf. Folglich wäre eine durch sie erfolgte Vermögensverfügung dem Real-Markt zurechenbar, was als tatbestandsausschließendes Einverständnis eine Wegnah-

me nach § 242 Abs. 1 StGB ausschliesse. Mithin ist hier die Wegnahme im Rahmen eines Trickdiebstahls von der Vermögensverfügung im Rahmen eines Sachbetrugs abzugrenzen. Im Falle einer Vermögensverfügung durch die Kassiererin wäre ein Gewahrsamsbruch abzulehnen (Exklusivität zwischen Diebstahl und Betrug²⁵).

Eine solche Vermögensverfügung setzt beim Sachbetrug eine freiwillige und bewusste Gewahrsamsübertragung voraus²⁶. Den vollständigen Gewahrsam hat P mit vollständiger Abfertigung und Passieren des Kassensbereichs erlangt²⁷. Wenngleich er erkennbar Polizist war, geschah dies ohne Zwang, da P ersichtlich privat einkaufte und nicht auf seine Befugnisse als Polizist zurückgriff (und damit der Kassiererin faktisch keine andere Wahl als »Übergabe« gelassen hätte)²⁸. Fraglich ist, ob die Kassiererin beim Eintippen des Preises von 15 EUR in Bezug auf die Weinflasche ein ausreichendes Verfügungsbewusstsein aufwies.

Nach einer im Schrifttum vertretenen Ansicht weise das Kassenpersonal bei ausgetauschter Ware kein Verfügungsbewusstsein hinsichtlich des tatsächlichen Packungsinhalts auf, sodass es nur über die Packung als solche verfüge²⁹. Für diesen Ansatz mag sprechen, dass die Willenserklärungen bzgl. Kaufvertragsschluss und Übereignung vom objektiven Empfängerhorizont nicht auf die Weinflasche gerichtet sind, sondern sich auf die Sektflasche beziehen. Darüber hinaus kann die Annahme eines Diebstahls kriminalpolitisch wünschenswert sein, um im Falle einer folgenden Gewaltanwendung ggf. auf § 252 StGB zurückgreifen zu können³⁰.

Demgegenüber wird vertreten, dass sich das Verfügungsbewusstsein in solchen Fällen sowohl auf die Verpackung als auch den Inhalt beziehe³¹. Hierfür spricht zunächst, dass die Kassiererin den Preis in dem Bewusstsein eintippte, dass sie sowohl über die Verpackung als auch *eine* darin befindliche Flasche verfüge. Dass sich darin eine andere Flasche als gedacht befand,

²⁵ Vgl. BGHSt 17, 205, 209; gegen die Exklusivität von § 242 StGB und § 263 StGB T. Walter *JURA* 2002, 415, 421.

²⁶ SSW-StGB/Satzger (2009) § 263 Rn. 112ff.

²⁷ vgl. OLG Köln NJW 1984, 810.

²⁸ Vgl. zum Freiwilligkeitserfordernis SSW-StGB/Satzger (2009), § 263 Rn. 118f.; krit. Rengier *Strafrecht BT 1*, 14. Aufl. (2012), § 13 Rn. 77ff.

²⁹ Vgl. Schönke/Schröder/Cramer/Perron *StGB*, 28. Aufl. (2010), § 263 Rn. 63a; MüKO-StGB/Hefendehl (2006), § 263 Rn. 255; Eisele *Strafrecht BT 2*, 2. Aufl. (2012), Rn. 55, 564.

³⁰ Vgl. dazu *Beulke* Klausurenkurs III, 4. Aufl. (2013), Rn. 133.

³¹ OLG Hamm NJW 1978, 2209; zust. Roßmüller/Rohrer *JURA* 1994, 469, 475; *Fahl* JuS 2004, 885, 888; Rengier (Fn. 28), § 13 Rn. 91; *Wessels/Hillenkamp* (Fn. 6), Rn. 639.

²² Vgl. *Wessels/Hillenkamp* (Fn. 6), Rn. 128.

²³ *Wessels/Hillenkamp* (Fn. 6), Rn. 115.

²⁴ Faktische Nähethorie, Befugnistheorie, Lagetheorie, vgl. dazu *Wessels/Hillenkamp* (Fn. 6), Rn. 642ff.

schließt nicht das Verfügungsbewusstsein aus, sondern begründet den der Vermögensverfügung vorausgehenden Irrtum. Die Logik der Gegenmeinung würde bei einem sachbezogenen Irrtum des Verfügenden den Betrugstatbestand durch Ausschluss vieler Sachbetrugskonstellationen über Gebühr einengen. Eine spätere Gewaltanwendung wäre nach den §§ 223 ff. StGB, ggf. sogar §§ 211 ff. StGB, strafbar, sodass jedenfalls keine »Strafbarkeitslücke«³² entstünde. Im Übrigen beruht dieses Argument auf einer ergebnisdeterminierten und letztlich zirkulären Auslegung.

Eine dritte, vermittelnde Ansicht nimmt ein ausreichendes Verfügungsbewusstsein zumindest dann an, wenn die Verpackung ihrer Art nach zu dem vertauschten Inhalt passt³³. Dies ist hier bei zwei etwa gleichgroßen Flaschen der Fall.

Letztlich sprechen die besseren Gründe dafür, ein Verfügungsbewusstsein der Kassiererin in Bezug auf die Weinflasche, mithin eine den Gewahrsamsbruch abschließende Vermögensverfügung anzunehmen.

Hinweis: Hier ist eine a. A. selbstverständlich vertretbar. In diesem Falle müsste die Problematik um den Berufswaffenträger schon hier angesprochen werden.

b) Zwischenergebnis: Mangels Wegnahme ist der objektive Tatbestand nicht erfüllt.

2. Ergebnis: P hat sich an der Kasse in Bezug auf den Wein nicht nach § 242 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

VII. § 263 Abs. 1 StGB

Durch das Passieren der Kasse mit dem Wein könnte sich P mithin eines Sachbetrugs gem. § 263 Abs. 1 StGB gegenüber der Kassiererin zu Lasten des Real-Markts zu eigenen Gunsten strafbar gemacht haben.

1. Tatbestandsmäßigkeit

a) Objektiver Tatbestand

aa) P müsste die Kassiererin über Tatsachen getäuscht haben. Dies sind konkrete Vorgänge oder Zustände in Vergangenheit oder Gegenwart, die dem Beweis zugänglich sind³⁴. Unter einer Täuschung ist ein Verhalten mit Erklä-

rungswert zu verstehen, dass darauf gerichtet ist, durch irreführende Einwirkung auf das Vorstellungsbild eines anderen eine Fehlvorstellung zu erwirken³⁵.

Eine ausdrückliche Täuschung durch P lässt sich dem Sachverhalt nicht entnehmen. Fraglich ist, ob das Auflegen der Verpackung auf das Band die konkludente Täuschung darüber enthielt, den Inhalt nicht ausgetauscht zu haben. Nach einer Ansicht könne dem bloßen Zahlungsverhalten an der Kasse keine solche konkludente Täuschung entnommen werden³⁶. Die Gegenauffassung nimmt eine solche konkludente Erklärung an³⁷. Hierfür spricht, dass der Käufer, indem er die Packung auf das Band legt, nach der Verkehrsanschauung seinen rechtsgeschäftlichen Willen zu verstehen gibt, über den aus objektiver Empfängersicht in der Packung befindlichen Gegenstand – hier also eine Sektflasche – einen Kaufvertrag schließen zu wollen. Wenn sich darin tatsächlich ein anderer Gegenstand befindet, ist dies ein gerade auf Erzeugung eines entsprechenden Irrtums gerichtetes Verhalten. Im Übrigen ist es zumindest bei geringwertigen Kaufgegenständen unüblich, dass das Kassenspersonal noch den tatsächlichen Inhalt einer Verpackung überprüft, was ebenfalls dafür spricht, dass der Rechtsverkehr eine konkludente Aussage des Käufers annimmt, dass sich der vermutete Gegenstand darin befindet. Folglich liegt eine konkludente Täuschung vor über die Tatsache, dass der Inhalt der Verpackung nicht vertauscht wurde.

Hinweis: a. A. vertretbar. In diesem Falle wäre auf eine Täuschung durch Unterlassen zurückzugreifen, wobei die Begründung der Garantienstellung aus Ingerenz aufgrund des für das Eigentum gefahrerhöhenden Austauschs der Flaschen einer sorgfältigen Begründung bedürfte.

bb) Diese Täuschung führte auf Seiten der Kassiererin zu einem entsprechenden Irrtum. Selbst wenn sie sich den Inhalt der Verpackung nicht ins Gedächtnis gerufen haben mag, reicht hierfür schon ein sachgedanklichen Mitbewusstsein aus.

cc) Eine Vermögensverfügung seitens der Kassiererin zu Lasten des Real-Markts liegt in der Übereignung der Schmuckverpackung mitsamt Wein vor (s. o.).

dd) Das Vorliegen eines Schadens richtet sich nach dem Prinzip der Gesamtsaldierung³⁸. Bei Berechnung des Schadens bleiben zivilrechtliche Restitutionsansprüche

³² Zu den »Strafbarkeitslücken« als Argument der Gesetzesauslegung s. *Kertai* JuS 2011, 976 ff.

³³ SSW-StGB/Satzger (2009), § 263 Rn. 116.

³⁴ RGSt 56, 227, 231 f.; *Wessels/Hillenkamp* (Fn. 6), Rn. 493.

³⁵ SSW-StGB/Satzger (2009), § 263 Rn. 27.

³⁶ *Kindhäuser* LPK-StGB, 5. Aufl. (2013), § 263 Rn. 77; *Fischer* StGB, 60. Aufl. (2013), § 263 Rn. 37.

³⁷ OLG Hamm, NJW 1978, 2209; SSW-StGB/Satzger (2009), § 263 Rn. 44.

³⁸ *Wessels/Hillenkamp* (Fn. 6), Rn. 538.

grundsätzlich unbeachtlich³⁹. Als unmittelbar aus der Verfügung fließendes Äquivalent übereignet P nur 15 EUR, sodass ein Vermögensschaden i.H.d. Differenz zwischen dem Wert des Weins und dem gezahlten Preis für den Sekt entsteht: 95 EUR.

b) Subjektiver Tatbestand

P handelte mit Wissen und Wollen und damit vorsätzlich in Bezug auf alle objektiven Tatbestandsmerkmale (§ 15 StGB). Ferner wollte er sich zielgerichtet, also absichtlich, in Höhe von 95 EUR einen Vermögensvorteil verschaffen. Auf diese 95 EUR hatte er keinen fälligen, einredefreien Anspruch, sodass die Bereicherung rechtswidrig ist. Der Gewinn auf Seiten des P entspricht ferner dem durch Über-eignung des Weins im Wert von EUR 110,- herbeigeführten Verlust auf Seiten des Real-Markts, sodass Vermögensvor- und -nachteil stoffgleich sind. Auch hinsichtlich Rechtswidrigkeit und Stoffgleichheit der Bereicherung kann vom Wissen, damit Vorsatz, des P ausgegangen werden.

2. Rechtswidrigkeit

Rechtfertigungsgründe sind nicht einschlägig.

3. Schuld

P war schuldfähig (§ 20 StGB). Einschlägige Entschuldigungsgründe sind nicht ersichtlich.

4. Strafzumessung, § 263 Abs. 3 Satz 2 Nr. 4 StGB

Wenngleich P als Polizeibeamter ein Amtsträger i. S. v. § 11 Abs. 2 I Nr. 2 StGB ist, fehlt es an einem für das Regelbeispiel des § 263 Abs. 3 Satz 2 Nr. 4 StGB erforderlichen Missbrauch von Befugnissen oder der Stellung, da hier kein *innerer* Zusammenhang mit seiner Tätigkeit als Polizist ersichtlich ist bzw. P seine durch diese Stellung eingeräumten Handlungsoptionen nicht ausnutzte.

5. Strafantrag, § 263 Abs. 4 StGB i. V. m. § 248 a StGB

Ein Strafantrag ist laut Bearbeitervermerk gestellt, wenngleich dieser bei einem Vermögensschaden von EUR 95 nicht erforderlich ist.

6. Ergebnis: P hat sich gemäß § 263 Abs. 1 StGB strafbar gemacht

VIII. § 267 Abs. 3 Alt. 3 StGB

Mangels einer (zusammengesetzten) Urkunde (s. o.), hat P durch Auflegen der präparierten Verpackung auf das Kassenband auch keine unechte/verfälschte Urkunde gebraucht.

IX. § 246 Abs. 1 StGB

Diedurch das Passieren des Kassensbereichs tatbestandlich ebenso verwirklichte Unterschlagung bzgl. des Weins tritt aufgrund formeller Subsidiarität hinter § 263 Abs. 1 StGB zurück.

X. § 242 Abs. 1 StGB

Indem P die DVD in seine Uniformtasche steckte, könnte er sich wegen Diebstahls gem. § 242 Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben.

1. Tatbestandsmäßigkeit

a) Objektiver Tatbestand

Die DVD ist ein fortbewegungsfähiger körperlicher Gegenstand (§ 90 BGB), der im Eigentum des Real-Markts oder – im Falle eines Eigentumsvorbehalts – des entsprechenden Lieferanten steht. Jedenfalls ist nicht P Eigentümer der DVD. Mithin liegt eine fremde bewegliche Sache vor.

Die DVD müsste *weggenommen* worden sein. Ursprünglich hatte der Filialleiter einen generellen Gewahrsam an den Verkaufsgegenständen, also auch der DVD (s. entsprechend schon beim Wein). Mit Einstecken der DVD in die Uniformtasche begründete P eine Gewahrsamsenk-lave, da die in einem am Körper getragenen Kleidungsstück befindlichen Gegenstände nach dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht der alleinigen Herrschaft des Trägers unterliegen und nach der Verkehrsauffassung eine Kontrolle der Jacke durch den Filialleiter oder die Kassiererin wegen sozialer Rechtfertigungsbedürftigkeit nicht in Be-

³⁹ Wessels/Hillenkamp (Fn. 6), Rn. 548.

tracht kommt. Dieser Gewahrsamswechsel vollzog sich ohne den Willen des Filialleiters.

b) Subjektiver Tatbestand

P handelte mit Wissen und Wollen in Bezug auf die Merkmale des objektiven Tatbestands, also vorsätzlich. Fraglich ist, ob P im Moment der Wegnahme auch die Absicht aufwies, sich die DVD rechtswidrig zuzueignen. Die Zueignungsabsicht setzt sich aus zwei Komponenten zusammen.

Zunächst verlangt sie die Absicht des Täters, sich die Sache (zumindest vorübergehend) *anzueignen*. Unter Aneignung ist die Anmaßung einer eigentümerähnlichen Herrschaftsmacht zu verstehen mit dem Ziel, das Zueignungsobjekt dem eigenen Vermögen einzuverleiben («se ut dominum gerere»)⁴⁰. Indem P den Film zur Abrundung des Abendessens mit der Freundin vorführen wollte, beabsichtigte er eine über die bloße Sachentziehung hinausgehende Benutzung der DVD zu eigenen Zwecken. Somit ist die Aneignungskomponente erfüllt.

Ferner ist der mindestens bedingte Vorsatz zur dauerhaften Enteignung des Eigentümers erforderlich. Enteignung meint hierbei die faktische Verdrängung des Eigentümers aus seiner Eigentümerstellung⁴¹. Hier hatte P die Absicht, die DVD am nächsten Tag wieder unversehrt an Ort und Stelle zurückzulegen. Insofern erscheint der Vorsatz bzgl. dauerhafter Enteignung zweifelhaft. Entscheidend ist, worauf beim Gegenstand der Zueignung abgestellt werden muss: Nach der älteren Sachsubstanztheorie ist Gegenstand der Zueignung die Substanz der Sache selbst⁴². Demgegenüber stellt die Sachwerttheorie⁴³ darauf ab, ob der in der Sache verkörperte Wert entzogen wurde. Die Rechtsprechung folgt nach anfänglicher Tendenz zur Sachsubstanztheorie in ständiger Rechtsprechung der Vereinigung beider Ansätze (Vereinigungstheorie)⁴⁴. Da P die DVD wieder zurückzubringen beabsichtigte, läge kein Enteignungsvorsatz vor, vorausgesetzt, man stellte alleine auf die Sachsubstanz ab. Schwieriger erscheint die Lösung unter Zugrundelegung des Sachwerts als Zueignungsgegenstand. Ein auf dauerhafte Enteignung gerichteter Vorsatz würde demnach voraussetzen, dass die DVD durch das einmalige Schauen des darauf gespeicherten Films an

Wert verlöre. P beabsichtigte, die DVD *unbeschädigt* zurückzubringen, sodass keine Wertminderung in dieser Hinsicht angenommen werden kann. Ferner kann ein DVD-Film grundsätzlich beliebig oft angesehen werden.

Denkbar ist aber eine Wertminderung unter folgendem Gesichtspunkt: Durch die erstmalige Benutzung der DVD könnte ihr der sog. Neuverkaufswert entzogen sein, indem die DVD redlicherweise nicht mehr als *neu* im Sinne von *unbenutzt* verkauft werden kann⁴⁵. Für diese Überlegung spricht, dass benutzten DVDs im Wirtschaftsverkehr häufig weniger Wert beigemessen wird (vgl. die Differenzierung zwischen *neu* und *gebraucht* auf Online-Handelsflächen wie Amazon, eBay etc.). Dagegen spricht jedoch, dass die benutzte DVD entsprechend Ps Vorsatz »unversehrt« zurück in den Real-Markt kommen sollte, mithin ohne wertmindernde Merkmale wie z.B. Gebrauchsspuren. Im Übrigen wollte P auch keine Originalverpackung aufreißen bzw. beschädigen. Ferner muss Berücksichtigung finden, dass zum Verkauf bestimmte DVDs in Elektronikgeschäften mitunter vorgeführt werden, um die Qualität von Fernsehern zu veranschaulichen. Insofern scheint die Differenzierung im Online-Versandhandel zwischen »neu« und »gebraucht« weniger auf der Tatsache zu beruhen, dass der auf der DVD gespeicherte Film schon abgespielt wurde. Schließlich kann bei einer DVD von der Neuheit nicht auf die weitere Leistungsfähigkeit geschlossen werden wie z.B. bei einem Kfz. Vielmehr beruht diese Differenzierung auf den spezifischen Besonderheiten des Versandhandels, bei dem der Käufer die DVD nicht auf etwaige Gebrauchsspuren oder sonstige Beschädigungen untersuchen kann, sodass der niedrigere Wert auf diesem Risiko beruht. Eine solche Gefahr besteht beim Real-Markt indes nicht, in welchem die DVD an Ort und Stelle vom Käufer untersucht werden kann. Mithin sprechen die besseren Argumente gegen einen Vorsatz des P, den Eigentümer dauerhaft um den Neuverkaufswert der DVD zu enteignen. P hatte lediglich die Absicht hinsichtlich einer – hier straflosen⁴⁶ – Gebrauchsanmaßung (*furtum usus*).

Hinweis: a. A. vertretbar (Parallele zu Taschenbuchfall). In diesem Falle ist schon bzgl. der DVD auf das Problem um den Berufswaffenträger einzugehen.

2. Ergebnis: In Bezug auf die DVD ist der Tatbestand des § 242 Abs. 1 StGB nicht erfüllt.

⁴⁰ Wessels/Hillenkamp (Fn. 6), Rn. 150.

⁴¹ Wessels/Hillenkamp (Fn. 6), Rn. 150.

⁴² RGSt 10, 369, 370 f.; s. die weiteren Nachweise bei Schönke/Schröder/Eser/Bosch StGB, 28. Aufl. (2010), § 242 Rn. 49.

⁴³ RGSt 40, 10, 12; s. die weiteren Nachweise bei Schönke/Schröder/Eser/Bosch StGB, 28. Aufl. (2010), § 242 Rn. 49.

⁴⁴ St. Rspr. seit RGSt 61, 228, 233.

⁴⁵ Vgl. hierzu den Taschenbuch-Fall des OLG Celle NJW 1967, 1921.

⁴⁶ Die Gebrauchsanmaßung wird in den §§ 248b, 290 StGB unter Strafe gestellt.

XI. § 246 Abs. 1 StGB

Mangels Zueignungswillens des P in Bezug auf die DVD konnte er einen solchen Willen auch nicht manifestieren. Daher liegt keine Unterschlagung gem. § 246 Abs. 1 StGB vor.

XII. § 242 Abs. 1 StGB

Indem P das Snickers in seine Jackentasche steckte, könnte er sich gem. § 242 Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben.

1. Tatbestandsmäßigkeit

a) Objektiver Tatbestand

Das Snickers ist eine fremde bewegliche Sache. Diese hat P durch Begründung einer Gewahrsamsenkave ohne den Willen des Filialleiters weggenommen.

b) Subjektiver Tatbestand

P handelte mit Wissen und Willen um die Wegnahme, also vorsätzlich. Indem er beabsichtigte, das Snickers seinem Freund K zu schenken, sollte der Real-Markt (bzw. dessen Lieferant ggf.) dauerhaft enteignet werden. Bezüglich der Aneignungskomponente könnte eine sog. Drittziegnungsabsicht vorliegen. Wenn man indes auf die beabsichtigte vorherige Schenkung durch P abstellte, durch die er sich selbst vorübergehend als Eigentümer gerieren würde, könnte auch eine Eigenaneignung angenommen werden. Entscheidend für die Eigenzueignung lässt sich anführen, dass der Schenker bei einem (beabsichtigt) gutgläubigen Dritten einen wirtschaftlichen Vorteil insofern hat, als er eigene Aufwendungen zur Ermöglichung seines generösen Verhaltens erspart. Letztlich führen aber beide Wege zur Bejahung der Zueignungsabsicht⁴⁷. Indem weder P noch K einen fälligen, einredefreien Anspruch auf Übergang dieses Snickers hatte, war die beabsichtigte Zueignung auch rechtswidrig. Ein Irrtum über die Rechtswidrigkeit ist nicht ersichtlich, sodass P auch diesbezüglich Vorsatz aufwies.

2. Rechtswidrigkeit

Rechtfertigungsgründe sind nicht einschlägig.

⁴⁷ Vgl. zum Ganzen *Wessels/Hillenkamp* (Fn. 6), Rn. 166 ff.

3. Schuld

P war schuldfähig (§ 20 StGB). Einschlägige Entschuldigungsgründe sind nicht ersichtlich.

4. Strafzumessung, § 243 StGB

a) § 243 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 StGB

Zwar liegt mit dem Real-Markt ein Geschäftsraum vor (s.o.). Jedoch stellt das Betreten kein Eindringen dar (s.o.). Darüber hinaus fehlte es P im Moment des Betretens noch an der Diebstahlsabsicht (»zur Ausführung der Tat«).

b) § 243 Abs. 1 Satz 2 Nr. 7 StGB

Diese Variante liegt nicht vor, da P zwar eine Handfeuerwaffe bei sich trug, welche jedoch nicht Tatobjekt des Diebstahls. Folglich ist kein Regelbeispiel erfüllt.

5. Strafantrag, § 248 a StGB

Bei einer Handlungseinheit wird im Rahmen des § 248 a StGB ein Gesamtwert gebildet⁴⁸. Aufgrund des engen räumlich-zeitlichen Zusammenhangs zwischen der Wegnahme des Snickers und der Täuschung über den Inhalt der Schmuckverpackung liegt bei wertender Betrachtung eine natürliche Handlungseinheit vor⁴⁹. Wenngleich das Snickers daher für sich betrachtet eine geringwertige Sache darstellte, entfällt das Erfordernis eines Strafantrags aufgrund der vorzunehmenden Addition mit den Vermögensschaden i.H.v. 95 EUR aus dem verwirklichten Betrug (s.o.).

Hinweis: a.A. vertretbar, wenn man darauf abstellt, dass P verschiedene Willensentschlüsse fasste.

6. Ergebnis: P hat sich in Bezug auf das Snickers nach § 242 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

⁴⁸ Vgl. BGHSt 5, 263, 265; *Lackner/Kühl* StGB, 27. Aufl. (2011), § 248 a Rn.3.

⁴⁹ Im Übrigen wird durch Passieren des Kassenbereichs sowohl der Betrug vollendet als auch der Diebstahl beendet, sodass man auch dann zu einer Handlungseinheit kommt, wenn man auf die Teilidentität zwischen Ausführungshandlungen beider Delikte abstellt, vgl. zu einer ähnlichen Konstellation *Beulke* (Fn. 30), Rn. 147.

XIII. § 244 Abs. 1 Nr. 1 lit. a StGB

Indem P seine Dienstwaffe trug, könnte er sich gem. § 244 Abs. 1 Nr. 1 lit. a StGB strafbar gemacht haben.

1. Tatbestandsmäßigkeit

a) Objektiver Tatbestand

Der objektive Grundtatbestand des § 242 Abs. 1 StGB ist erfüllt (s.o.). Darüber hinaus trug P die Dienstwaffe bei sich, derer er sich ohne besondere Schwierigkeiten und ohne nennenswerten Zeitaufwand hätte bedienen können⁵⁰. Mithin führte er eine Waffe bei sich.

Bei P besteht gegenüber dem gewöhnlichen Diebstahl mit Waffen indessen die Besonderheit, dass er als Polizeibeamter während seiner Schicht zum Tragen der Waffe verpflichtet ist. Daher wird im Schrifttum eine teleologische Reduktion für Berufswaffenträger vorgeschlagen⁵¹. Zur Begründung kann angeführt werden, dass von einem Polizisten gerade nicht die bei einem bewaffneten Diebstahl normalerweise vorhandene erhöhte abstrakte Gefahr ausgeht. Ferner erscheint es unverhältnismäßig, beim Diebstahl einer geringwertigen Sache eine Freiheitsstrafe von mindestens sechs Monaten zu verhängen (wenngleich § 244 Abs. 3 StGB seit dem 44. StrÄndG⁵² einen minder schweren Fall vorsieht).

Allerdings sprechen auch gewichtige Gründe gegen eine teleologische Reduktion, sodass sie überwiegend abgelehnt wird⁵³. Die vorgenannte Auffassung rückt das abstrakte Gefährdungsdelikt des § 244 StGB faktisch in die Nähe eines konkreten, indem es mittels teleologischer Reduktion letztlich auf die tatsächliche Gefährlichkeit im Einzelfall abstellt. Die von § 244 Abs. 1 Nr. 1 lit. a StGB als ausreichend erachtete abstrakte Gefahr besteht auch bei einem bewaffneten Polizisten, denn auch er könnte jederzeit zur Waffe greifen und größeren Schaden anrichten. Im Übrigen ist die Prämisse, ein Polizist sei *a priori* weniger gefährlich, nicht frei von Zweifeln: Zum einen stellt er durch Verwirklichung des Grunddelikts schon eine gewisse Gefahr für fremde Rechtsgüter unter Beweis. Zum ande-

ren ist er im Gegensatz zu vielen anderen Tätern geübt im Umgang mit einer Waffe, sodass unter diesem Aspekt eher eine erhöhte Gefahr von ihm ausgeht. Schließlich hat der Gesetzgeber im Gegensatz zu vielen anderen Stellen in § 244 StGB gerade keine Geringwertigkeitsklausel (z.B. § 243 Abs. 2 StGB) vorgesehen. Dem lässt sich entnehmen, dass Art und Wert der gestohlenen Sache für die deutlich erhöhte Strafe gegenüber § 242 Abs. 1 StGB ohne Bedeutung sein sollen.

Im Ergebnis sprechen die besseren Argumente gegen eine teleologische Reduktion des § 244 Abs. 1 Nr. 1 lit. a StGB.

Hinweis: a. A. vertretbar.

b) Subjektiver Tatbestand

Der subjektive Grundtatbestand ist erfüllt (s.o.). Darüber hinaus mag sich P im Moment der Wegnahme das Beisichführen der Waffe nicht aktuell ins Gedächtnis gerufen haben, jedoch war er sich dessen allgemein bewusst. Ein sog. sachgedankliches Mitbewusstsein reicht für die Feststellung des Vorsatzes aus⁵⁴.

2. Rechtswidrigkeit

Rechtfertigungsgründe sind nicht einschlägig.

3. Schuld

P war schuldfähig (§ 20 StGB). Einschlägige Entschuldigungsgründe sind nicht ersichtlich.

4. Ergebnis: P ist strafbar gem. § 244 Abs. 1 Nr. 1 lit. a StGB.

XIV. § 244 Abs. 1 Nr. 1 lit. a StGB

Indem P die Kasse mit Snickers und DVD passierte, hat er sich mangels erneuter Wegnahme keines (schweren) Diebstahls schuldig gemacht. In Bezug auf die DVD fehlte es darüber hinaus an der erforderlichen Zueignungsabsicht.

⁵⁰ Vgl. BGHSt 31, 105; vgl. BGH StV 2002, 120, 121 (zu § 250 Abs. 1 Nr. 1 lit. a StGB).

⁵¹ Schönemann JA 1980, 349, 355 bzgl. § 250 StGB; Kotz JuS 1982, 97, 100; Schroth NJW 1998, 2861, 2864f.; Schönke/Schröder/Eser StGB, 27. Aufl. (2006), § 244 Rn. 6.

⁵² BGBl. 2011 I, S. 2130.

⁵³ Wessels/Hillenkamp (Fn. 6), Rn. 269f. Schönke/Schröder/Eser/Bosch StGB, 28. Aufl. (2010), § 244 Rn. 6; Fischer StGB, 60. Aufl. (2013), § 244 Rn. 12.

⁵⁴ Vgl. BGH NSTZ-RR 1997, 50f. bzgl. § 30a Abs. 2 Nr. 2 BtMG; vgl. Fischer StGB, 60. Aufl. (2013), § 244 Rn. 31.

XV. § 263 Abs. 1 StGB

Indem P die Kasse mit dem Snickers und der DVD passierte, hat er sich auch keines *Sachbetruges* schuldig gemacht, denn es fehlt mangels Verfügungsbewusstseins über das Snickers bzw. die DVD in Ps Jacke schon an einer Vermögensverfügung der Kassiererin hierüber.

XVI. § 263 Abs. 1 StGB

Indem P die Kasse mit dem Snickers und der DVD passierte, könnte er sich nach § 263 Abs. 1 StGB in Form des *Forderungsbetrugs* gegenüber der Kassiererin zu Lasten des Real-Markts und zu eigenen Gunsten strafbar gemacht haben.

1. Tatbestandsmäßigkeit

a) Objektiver Tatbestand

aa) Eine ausdrückliche Täuschung über Ps Jackeninhalte, einem gegenwärtigen beweisbaren Umstand, liegt nicht vor. Sehr fraglich erscheint aber auch die Annahme einer konkludenten Täuschung. Nach einer Ansicht lasse sich dem Passieren der Kasse nicht die konkludente Aussage entnehmen, keine weiteren Gegenstände verborgen zu haben. Demnach sei keine konkludente Täuschung anzunehmen⁵⁵. Hierfür spricht, dass ein objektiver Empfänger dem Auflegen der Ware auf das Band wohl nur den Willen zum Kaufvertragsschluss und zur erforderlichen Übereignung in Bezug auf diese vorgezeigte Ware entnimmt. Die Gegenansicht nimmt eine konkludente Täuschung darüber an, nur die vorgezeigte Ware erwerben zu wollen⁵⁶. Hierfür spricht die oben festgestellte Überlegung, dass der Käufer seinen Willen zu verstehen gibt, nur die offen gezeigte Ware erwerben zu wollen, was zivilrechtlich nicht zu beanstanden ist. Die logische Kehrseite dessen ist aber, dass der Käufer keine weiteren Gegenstände zu erwerben wünscht. Daher erscheint es überzeugend, eine entsprechende konkludente Täuschung darüber anzunehmen, dass P nur die vorgezeigte Ware erwerben wollte.

⁵⁵ Wessels/Hillenkamp (Fn. 6), Rn. 499; Kindhäuser LPK-StGB, 5. Aufl. (2013), § 263 Rn. 77; Fischer StGB, 60. Aufl. (2013), § 263 Rn. 37 mit Verweis auf BGHSt 17, 205, 208ff.

⁵⁶ OLG Düsseldorf NJW 1993, 1407; Schönke/Schröder/Cramer/Perron StGB, 28. Aufl. (2010), § 263 Rn. 63a; SSW-StGB/Satzger (2009), § 263 Rn. 44.

Hinweis: Beide Ansichten sind vertretbar. Wer eine konkludente Täuschung verneint, muss auf eine Täuschung durch Unterlassen zurückgreifen. Die Begründung der Garantenstellung gestaltet sich dann einfacher in Bezug auf das Snickers, weil sich P diesbezüglich eines Diebstahls schuldig gemacht hat. Die h.M. entnimmt einer vorherigen Straftat eine Garantenstellung aus Ingerenz⁵⁷. Die Gegenauffassung verneint eine solche unter Rückgriff auf den *nemo tenetur*-Grundsatz⁵⁸.

Hinsichtlich der DVD kann – ähnlich wie bei der Weinflasche – bei guter Begründung die Ingerenzgarantenstellung aus dem zu einer Vermögensgefährdung führenden Einstecken der DVD abgeleitet werden.

bb) Diese Täuschung führte bei der Kassiererin zu einem entsprechenden Irrtum (zumindest in Form eines sachgedanklichen Mitbewusstseins).

cc) Eine Vermögensverfügung über die Gegenstände selbst kommt mangels Verfügungsbewusstseins nicht in Betracht (s. o.). Gegenstand einer solchen Vermögensverfügung könnten indessen zivilrechtliche Restitutionsansprüche des Real-Markts sein, deren Geltendmachung die Kassiererin durch das Passierenlassen des P erschwert. Im Gegensatz zum Sachbetrug erfordert der Forderungsbetrug nach h.M. kein Verfügungsbewusstsein⁵⁹, sodass dessen Fehlen der Annahme einer Verfügung nicht *a priori* entgegensteht. Mangels eines wirtschaftlichen Äquivalents könnte dann auch ein Vermögensschaden angenommen werden.

Nach einer verbreiteten Ansicht werden durch die fehlende Geltendmachung der entsprechenden Restitutionsansprüche diese in ihrem wirtschaftlichen Wert gemindert, als sie nach Entfernen des Vortäters tatsächlich nicht mehr realisiert werden können. Ein durch eine entsprechende Vortat schon entstandener Schaden werde vertieft. Daher liege tatbestandlich ein Betrug vor, der jedoch mangels eines eigenständigen Unrechts gegenüber der Vortat als mitbestrafte Nachtat im Wege der Gesetzeskonkurrenz zurücktreten solle⁶⁰.

Die Gegenansicht verneint hingegen schon tatbestandlich das Vorliegen eines Betruges, sodass es auf eine Konkurrenzlösung nicht mehr ankomme⁶¹. Sie kann

⁵⁷ Vgl. BGHSt 3, 18, 19; Lackner/Kühl StGB, 27. Aufl. (2011), § 263 Rn. 13; LK-Tiedemann StGB, 12. Aufl. (2012), § 263 Rn. 75 m. w. N.

⁵⁸ Sickor GA 2007, 590, 598 m. w. N.

⁵⁹ SSW-StGB/Satzger (2009), § 263 Rn. 114 m. w. N.

⁶⁰ BGHSt 17, 205, 209; Rengier (Fn. 28), § 13 Rn. 272; SSW-StGB/Satzger (2009), § 263 Rn. 117.

⁶¹ Vgl. Wessels/Hillenkamp (Fn. 6), Rn. 599; Hillenkamp JuS 1997, 217, 222, Schönke/Schröder/Cramer/Perron StGB, 28. Aufl. (2010), § 263 Rn. 63a; Sickor GA 2007, 590, 594 f.

sich dabei auf gewichtige Argumente stützen. Zunächst ist schon die Annahme einer Vermögensverfügung sehr fraglich, denn bei wirtschaftlicher Betrachtung ist zweifelhaft, ob die Restitutionsansprüche des Berechtigten überhaupt einen wirtschaftlichen Wert haben, wenn er sich über deren Existenz nicht bewusst ist⁶². Hiergegen mag man noch eine objektive Betrachtung einwenden. Das Gesetz bzw. die es auslegende Gegenansicht scheint dabei jedoch implizit von einer Wertlosigkeit auszugehen, wenn sie zivilrechtliche Rückgewähransprüche von vornherein nicht in die Gesamtsaldierung zur Ermittlung des Vermögensschadens einstellt⁶³. Dies offenbart zumindest eine gewisse Widersprüchlichkeit. Folgt man dennoch der Prämisse von der Werthaltigkeit zivilrechtlicher Rückgewähransprüche, stellt sich die Frage, warum durch das Passierenlassen des Kunden die Ansprüche nun weniger werthaltig sein sollen vor dem Hintergrund der Tatsache, dass sie wegen der Unkenntnis ihrer Existenz auch vorher schon *faktisch* nicht realisierbar waren⁶⁴. Daher fehlte es gerade an einer Verfügung, also einer Minderung dieser Vermögensposition durch das Passierenlassen des Kunden. Auch die Annahme einer Schadensvertiefung überzeugt letztlich nicht vor dem Hintergrund einer (Gesetzes-)Konkurrenzlösung. Wenn der durch den Sicherungsbetrag eingetretene Schaden gegenüber der Vortat in Form seiner Vertiefung selbständig sein soll, erscheint es nicht überzeugend, eine mitbestrafte Nachtat anzunehmen. Konsequenter wäre die Annahme von Realkonkurrenz⁶⁵. Schließlich führte die Konstruktion des Forderungsbetrugs zu einer Umgehung der gesetzlichen Wertung, wenn – wie im vorliegenden Fall – eine fremde bewegliche Sache ohne Zueignungsabsicht weggenommen wurde. Dann könnte dieser Betrug nicht mehr hinter eine Haupttat zurücktreten und müsste konsequenterweise Eingang in den Schuldspruch finden, was die prinzipielle Strafflosigkeit der Gebrauchsanmaßung unterlaufen würde.

Daher sprechen die besseren Gründe für die Annahme der Tatbestandslösung, sodass weder in Bezug auf das Snickers noch in Bezug auf die DVD tatbestandlich ein Betrug anzunehmen ist.

b) Zwischenergebnis: Der objektive Tatbestand des § 263 Abs. 1 StGB ist auch in Form eines Forderungsbetrugs nicht erfüllt.

2. Ergebnis: P hat sich nicht wegen § 263 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

⁶² Dagegen etwa T. Walter JURA 2002, 415, 422.

⁶³ Vgl. Sickor GA 2007, 590, 595.

⁶⁴ Vgl. Sickor GA 2007, 590, 596.

⁶⁵ Otto Grundkurs Strafrecht BT, 7. Aufl. 2005, § 51 Rn. 152f.; Sickor GA 2007, 590, 597.

XVII. § 246 Abs. 1 StGB

Indem P den Kassenbereich mit dem Snickers passierte, könnte er sich der Unterschlagung gemäß § 246 Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben.

Bei dem Snickers handelt es sich um eine fremde bewegliche Sache (s.o.). P wies auch einen entsprechenden (Eigen-)Zueignungswillen auf, den er überdies durch Passieren des Kassenbereichs nach außen manifestiert hat. Fraglich ist jedoch, ob ein erneuter Zueignungsakt nicht mehr dem Tatbestand des § 246 Abs. 1 StGB unterfällt (Tatbestandslösung)⁶⁶ oder dieser zwar tatbestandsmäßig ist, aber als mitbestrafte Nachtat hinter die Vortat zurücktritt (Konkurrenzlösung)⁶⁷. Die Subsidiaritätsklausel spricht hier für Letzteres unter Zugrundelegung der oben schon herausgearbeiteten natürlichen Handlungseinheit. Allerdings löst diese nicht das grundsätzliche Problem, wenn es im Rahmen einer erneuten Handlung noch zu weiteren Zueignungsakten käme. Für die Tatbestandslösung spricht das insbesondere von der Rechtsprechung angeführte Argument, dass die ursprüngliche Tat faktisch nicht verjähre, wenn es – wie regelmäßig – zu weiteren Zueignungsakten komme. Ferner wird ein Wortlautargument angeführt, wonach mit *zueignen* nur das erstmalige Begründen einer eigentümerähnlichen Herrschaftsmacht gemeint sein könne⁶⁸. Für die Konkurrenzlösung wird demgegenüber der Gedanke der Subsidiaritätsklausel angeführt⁶⁹.

Hier scheidet eine erneute Zueignung jedenfalls daran, dass das Gesamtgeschehen im Supermarkt eine natürliche Handlungseinheit darstellt, was zur Anwendung der Subsidiaritätsklausel führt (§ 246 Abs. 1 a. E. StGB).

XVIII. Konkurrenzen und Ergebnis

§ 244 Abs. 1 Nr. 1 lit. a StGB ist *lex specialis* gegenüber § 242 Abs. 1 StGB. Dahinter tritt auch § 246 Abs. 1 StGB zurück.

P ist im Ergebnis strafbar gem. §§ 263 Abs. 1, 52, 244 Abs. 1 Nr. 1 lit. a StGB.

⁶⁶ St. Rspr. seit BGHSt 14, 38, 41ff.; Lackner/Kühl StGB, 77. Aufl. (2011), § 246 Rn. 7; MüKo-StGB/Hohmann 2. Aufl. (2012), § 246 Rn. 40f. auf Grundlage einer etwas anderen Prämisse.

⁶⁷ Wessels/Hillenkamp (Fn. 6), Rn. 328; Schönke/Schröder/Eser/Bosch StGB, 28. Aufl. (2010), § 246 Rn. 19; so noch BGHSt 8, 254, 260.

⁶⁸ BGHSt 14, 38, 43, 46.

⁶⁹ Wessels/Hillenkamp (Fn. 6), Rn. 328.

