

## Prüfungsgespräch 2

**1. Frage:** A fährt mit seinem Pkw zur Tankstelle des T, betankt seinen Wagen mit 40 Litern Benzin und bemerkt auf dem Weg zum Kassenhäuschen, dass dort niemand sitzt. A blickt sich kurz um, steigt wieder in sein Auto und fährt davon, ohne zu bezahlen. T hat von alldem nichts mitbekommen, da er auf der Toilette ist. Der ganze Vorgang ist aber von einer automatischen Überwachungskamera gefilmt worden. Im Handschuhfach von As Fahrzeug befindet sich ein eingeklapptes Taschenmesser mit einer 10 cm langen Klinge, das noch vom letzten Campingausflug des A dort liegengeblieben ist. Prüfen Sie bitte die Strafbarkeit des A!

A könnte sich wegen Diebstahls mit Waffen gemäß § 244 Abs. 1 Nr. 1a StGB strafbar gemacht haben, als er mit dem betankten Wagen davonfuhr.

**2. Frage:** Schön langsam, was ist denn mit dem vorherigen Betanken des Wagens?

Das Betanken des Wagens kann im vorliegenden Fall keinen Straftatbestand erfüllen, da A zu diesem Zeitpunkt ja noch zahlungswillig war. Seinen Entschluss, ohne zu bezahlen abzufahren, hat A erst gefasst, als er auf das Kassenhäuschen zuging und dort niemanden gesehen hat. Zu diesem Zeitpunkt war das Benzin aber bereits eingefüllt. Das Einfüllen des Benzins bleibt als strafwürdiges Verhalten daher außer Betracht.

**3. Frage:** Gut. Wem gehört eigentlich das Benzin, als A damit fortgefahren ist?

Die Eigentumszuordnung am Benzin vollzieht sich bei einer klassischen Selbstbedienungstankstelle derart, dass der Inhaber bis zur vollständigen Zahlung des Kaufpreises das Miteigentum an dem eingefüllten Benzin behält, und zwar durch Vermischung mit dem noch im Tank befindlichen alten Benzin. Nach der Verkehrssitte ist grundsätzlich davon auszugehen, dass der Tankstellenbetreiber kein von der Zahlung unabhängiges Einverständnis in den Eigentumsübergang erteilt. Das alleinige Eigentum an dem eingefüllten Benzin erlangt man daher erst mit der Bezahlung des Kaufpreises. Als A mit dem vollgetankten Wagen davonfuhr, stand das Benzin, da er noch nicht bezahlt hatte, mithin noch im Miteigentum des T und war folglich auch weiterhin fremd im Sinne der §§ 242 ff. StGB für A.

**4. Frage:** Wie wäre es denn, wenn A schon beim Betanken des Wagens gewusst hätte, dass er nicht bezahlen wird?

Im Hinblick auf die Eigentumsverhältnisse hätte das nichts geändert. Unter diesen Umständen käme aber zunächst ein Betrug in Betracht.

**5. Frage:** Wieso?

Weil das Einfüllen des Benzins dann bereits als strafwürdiges Verhalten infrage kommt. Mit dem Einfüllen des Benzins spiegelt der Täter dem anwesenden Tankstellenpersonal konkudent seine Zahlungswilligkeit vor.

**6. Frage:** Und wenn, wie in unserem Fall, der Tankstellenbetreiber gerade auf der Toilette sitzt und davon gar nichts mitbekommt?

In diesem Falle fehlt es an einem durch die Täuschung hervorgerufenen Irrtum. Für den Täter kommt dann nur ein versuchter Betrug in Betracht, sofern er meint, er werde beobachtet.

**7. Frage:** Was ist mit der Überwachungskamera?

Die spielt insoweit keine Rolle. Die Kamera zeichnet in diesem Falle lediglich für einen späteren Zeitpunkt auf. Es muss aber ein Irrtum unmittelbar durch die Täuschung hervorgerufen und anschließend eine darauf beruhende Vermögensverfügung getägtigt werden. Der T, der als einzige Person für eine Irrtumserregung in Betracht kommt, war aber auf der Toilette. Es ist nicht geschildert, dass T die von der Kamera aufgezeichneten Bilder live gesehen hat und daher irgendeinem Irrtum erleben ist. Die Aufzeichnung der gesamten Vorgänge durch die Kamera ändert daher nichts an dem Umstand, dass es an einem Irrtum bei T fehlt. Daher wäre es allenfalls ein versuchter Betrug.

**8. Frage:** Gut. Dann gehen wir mal zurück zu unserem Ausgangsfall, Sie wollen ja einen Diebstahl mit Waffen prüfen. Wir haben bislang festgestellt, dass nur das Wegfahren als Tathandlung in Frage kommt und dass das Benzin noch im Miteigentum des T steht. Machen Sie bitte an dieser Stelle weiter!

Erforderlich ist des Weiteren eine Wegnahme des Benzins. Die Wegnahme definiert sich als Bruch fremden und die Begründung neuen, nicht notwendigerweise tätereigenen Gewahrsams. Dass T vor dem Einfüllen in den Tank den Gewahrsam am Benzin hatte, ist nicht fraglich. Durch das Einfüllen in den Tank seines Wagens hat A nun den T von jeglicher Einwirkung auf die Sache ausgeschlossen und bereits neuen eigenen Gewahrsam am Benzin begründet.

**9. Frage:** Könnten Sie bitte zunächst die Gewahrsamsdefinition nennen?

Ja, Gewahrsam ist die tatsächliche Herrschaft einer Person über eine Sache, die von einem natürlichen Herrschaftswillen getragen wird. Hierbei kommt es auf die Anschauungen des täglichen Lebens unter Berücksichtigung der Verkehrsauffassung an. Der Gewahrsamsbegriff beinhaltet immer eine objektive und eine subjektive Komponente.

**10. Frage:** Wo ist das Problem bei unserem Fall?

Das Problem liegt hier gar nicht beim Gewahrsamsbegriff, sondern bei der Frage, ob der von A durch das Betanken vorgenommene Gewahrsamswechsel ohne oder gegen den Willen des T geschehen ist. Der Diebstahl bzw. die Wegnahme setzen immer einen entsprechenden Gewahrsamswechsel ohne oder gegen den Willen des Berechtigten voraus.

**11. Frage:** Von welchem Delikt grenzt sich der Diebstahl durch die Unfreiwilligkeit des Gewahrsamswechsels ab?

Vom Sachbetrug. Beim Betrug findet, wenn es um bewegliche Sachen geht, ebenfalls ein Gewahrsamswechsel statt, dort allerdings mit dem Willen des Berechtigten. Der Betrüger veranlasst das Opfer durch Täuschung zu einem freiwilligen und selbstschädigenden Verhalten in Form einer Vermögensverfügung, bei beweglichen Sachen regelmäßig einem Gewahrsamswechsel. Beim Diebstahl hingegen nimmt der Täter die schädigende Handlung selbst vor und führt dadurch den Gewahrsamswechsel herbei. Man hat also bei der Abgrenzung von Diebstahl und Betrug stets darauf zu achten, ob der Vermögens- bzw. Gewahrsamswechsel mit oder ohne den Willen des Berechtigten stattfindet.

**12. Frage:** Wie ist es denn etwa in folgendem Fall: Der Täter bittet auf der Straße einen Passanten, ihm kurz das Mobiltelefon auszuhändigen, damit der Täter einen dringenden Anruf tätigen kann. Nachdem der Passant dem Täter das Telefon ausgehändigt hat, rennt der Täter damit davon. Diebstahl oder Betrug?

Das ist ein Diebstahl, der Täter bricht durch das Weglaufen den Gewahrsam des Opfers und begründet anschließend neuen eigenen Gewahrsam.

**13. Frage:** Aber der Täter hat das Opfer doch fraglos durch eine Täuschung zu einem selbstschädigenden Verhalten veranlasst?

Ja. Aber eben nicht zu einem Gewahrsamswechsel. Die Herausgabe des Telefons, um damit kurz einen Anruf zu tätigen, stellt aus der Sicht des Opfers lediglich eine Gewahrsamslockerung dar. Bei einer solchen Gewahrsamslockerung geht der Gewahrsam aber noch nicht auf den anderen im Sinne eines Gewahrsamswechsels über. Ein Diebstahl ist daher weiterhin möglich.

**14. Frage:** Was bedeutet denn gelockerter Gewahrsam?

Gelockerter Gewahrsam bedeutet, dass dem Gewahrsamsinhaber vorübergehend die unmittelbare tatsächliche und räumliche Einwirkungsmöglichkeit fehlt. Es geht also immer um den objektiven Teil des Gewahrsamsbegriffs. Sachherrschaftswillen hat der Gewahrsamsinhaber auch weiterhin, er kann nur zurzeit gerade nicht unmittelbar auf die Sache einwirken. Damit in solchen Fällen der Gewahrsam nicht aufgehoben wird und damit ein Diebstahl mangels zu brechenden Gewahrsams ausscheidet, spricht man dem Betroffenen einen gelockerten Gewahrsam zu. Die Beurteilung, ob der Gewahrsam bloß gelockert oder aber aufgehoben ist, hängt im Zweifel am Einzelfall und bestimmt sich nach der Verkehrsauffassung oder der sozialen Zuordnung.

**15. Frage:** Übertragen Sie das doch bitte mal auf den Fall mit dem Telefon!

In dem von Ihnen gerade geschilderten Fall mit dem Mobiltelefon wird man dem Passanten einen gelockerten Gewahrsam zusprechen müssen und können, denn er steht weiterhin neben dem Täter und hat ihm nur für einen Augenblick das Smartphone überlassen. Hier hat der Passant natürlich gleichwohl nach wie vor einen Herrschaftswillen, kann aber für den Moment nach der Übergabe nicht auf die Sache unmittelbar zugreifen. Das wäre ein klassischer Fall des lediglich gelockerten Gewahrsams mit der Folge, dass der Täter durch das Weglaufen diesen gelockerten

Gewahrsam bricht, weil das Opfer anschließend, und zwar erst dann, gar nicht mehr auf die Sache zugreifen kann. Daher wäre es, wie eingangs erwähnt, ein Diebstahl.

**16. Frage:** Einverstanden. Dann bitte zurück zu unserem Tankstellenfall. Wie sind denn dort nun die Verhältnisse? Hat A den ursprünglichen Gewahrsam des T vorsätzlich gebrochen und neuen eigenen Gewahrsam begründet?

Der Bruch setzt, wie schon erwähnt, einen Gewahrsamswechsel ohne oder gegen den Willen des Berechtigten voraus. Das Problem liegt hier nun aber in dem Umstand, dass A durch das Einfüllen des Benzins in den Tank seines Wagens den T von jeglicher Einwirkung auf die Sache bzw. das Benzin ausschließt und folglich dadurch bereits objektiv neuen eigenen Gewahrsam begründet. Dem A fehlte zu diesem Zeitpunkt allerdings der Vorsatz für den Gewahrsamsbruch und damit auch für die Wegnahme, da er ja zunächst noch zahlungsbereit war. Zu dem Zeitpunkt, als er mit dem Auto später davonfährt, hat er dann zwar einen deliktischen Vorsatz, das Benzin befindet sich da aber bereits in seinem Gewahrsam. Es fehlt somit an einem vorsätzlichen Gewahrsamsbruch. A hat den Gewahrsam an dem Benzin ohne eine dem § 242 Abs. 1 StGB entsprechende subjektive Komponente erlangt.

**17. Frage:** Das verstehe ich nicht. Sie haben vorhin gesagt, dass T weiterhin Miteigentümer des Benzin bleibt, gleichwohl soll jetzt aber kein Gewahrsamsbruch mehr möglich sein?

Das widerspricht sich nicht. Eigentum und Gewahrsam haben strafrechtlich betrachtet nichts miteinander zu tun. Bei einem Diebstahl geht mangels Einigung im Sinne des § 929 Satz 1 BGB sowieso nicht das Eigentum auf den Dieb über. An gestohlenen Sachen kann zudem wegen § 935 Abs. 1 BGB grundsätzlich kein Eigentum erworben werden. Eigentum und Gewahrsam müssen gänzlich unabhängig voneinander betrachtet werden. T behält daher seinen Miteigentumsanteil am Benzin, unabhängig von einem möglichen Gewahrsamswechsel. Der Diebstahl scheitert, wie eben erläutert, an einer vorsätzlich begangenen Wegnahme.

**18. Frage:** Was bleibt denn dann für T als Straftatbestand übrig?

Am Ende begeht T lediglich eine Unterschlagung an dem eingefüllten Benzin gemäß § 246 Abs. 1 StGB, als er mit dem Auto davonfährt, da er sich das Benzin damit zueignet, sich also an eine eigenständige Stelle setzt.

**19. Frage:** Und was ist mit dem Taschenmesser?

Das wäre unter Umständen bei einem Diebstahl noch relevant geworden, hat bei der Unterschlagung aber keine Bedeutung. Der § 244 StGB ist auf die Unterschlagung nicht anwendbar, auch nicht entsprechend.

**20. Frage:** Warum nicht?

Weil es nicht im Gesetz steht. Eine entsprechende oder analoge Anwendung von Straftatbeständen zulasten des Täters ist wegen Art. 103 Abs. 2 GG zwingend ausgeschlossen. Eine Tat kann nur bestraft werden, wenn die Strafbarkeit gesetzlich bestimmt war, bevor die Tat begangen wurde. Dahinter steckt der Grundsatz »nulla poena sine lege«. Deshalb können Strafnormen auch nicht analog zulasten des Täters angewendet werden. Eine solche Anwendung muss schon vorher im Gesetz stehen. Der § 244 StGB setzt aber seinem Wortlaut nach einen Diebstahl voraus, die Unterschlagung ist dort nicht erwähnt.

**21. Frage:** Gut. Sie haben eben gesagt, das Taschenmesser könnte nur bei einem möglichen Diebstahl relevant werden. Dann wollen wir uns jetzt bitte mal vorstellen, dass T schon beim Einfahren in die Tankstelle bemerkt, dass niemand im Kassenhäuschen sitzt. A betankt eilig den Wagen und fährt dann davon. Wie hätte er sich unter diesen Umständen strafbar gemacht?

Unter diesen Umständen hätte A durch das Einfüllen des Benzins fremden Gewahrsam gebrochen und auch neuen eigenen Gewahrsam begründet. Dass T weiterhin Miteigentümer des Benzins ist, steht dem, wie eben erörtert, nicht entgegen. Da bei der jetzt von Ihnen gebildeten Variante auch sämtliche subjektiven Momente im Zeitpunkt der Tathandlung, also dem Einfüllen des Benzins, vorlagen, wäre in jedem Fall der einfache Diebstahl gemäß § 242 Abs. 1 StGB erfüllt.

**22. Frage:** Kurze Zwischenfrage, verhindert die Beobachtung durch die Kamera nicht den Diebstahl?

Nein, natürlich nicht. Der Diebstahl ist keine heimliche Tat und kann auch dann erfüllt sein, wenn der Täter dabei beobachtet wird. Sei es, wie hier, durch eine Kamera oder beispielsweise in einem Kaufhaus durch einen Ladendetektiv. Ein Kaufhaus-diebstahl etwa wäre andernfalls gar nicht möglich. Die Kamerabeobachtung spielt daher für eine mögliche Strafbarkeit des A wegen Diebstahls keine Rolle.

**23. Frage:** So, und was ist denn jetzt mit dem Taschenmesser im Handschuhfach? Qualifiziert dies den Diebstahl?

In Betracht kommt § 244 Abs. 1 Nr. 1a StGB in der Form des Beisichführens eines anderen gefährlichen Werkzeugs.

**24. Frage:** Richtig, wo ist denn das Problem?

Es gibt gleich zwei Probleme. Zum einen stellt sich die Frage, ob ein Taschenmesser überhaupt ein gefährliches Werkzeug im Sinne der Norm ist. Zum anderen müsste dann noch geklärt werden, ob A, sollte das Taschenmesser ein solches gefährliches Werkzeug sein, dieses auch bei sich geführt hat.

**25. Frage:** Was wäre denn, wenn es sich bei dem Taschenmesser am Ende nicht um ein gefährliches Werkzeug im Sinne des § 244 Abs. 1 Nr. 1a StGB handelt?

Dann wäre der Fall an dieser Stelle zu Ende. Das Taschenmesser könnte dann zwar objektiv noch unter § 244 Abs. 1 Nr. 1b StGB als sonst ein Mittel oder Werkzeug zu subsumieren sein, allerdings fehlt dem A hier in unserem Fall die im Gesetz geforderte Absicht, mit dem Tatobjekt den Widerstand einer anderen Person durch Gewalt oder Drohung mit Gewalt zu verhindern oder zu überwinden. Davon haben Sie nichts erzählt.

**26. Frage:** Stimmt. Also, handelt es sich bei dem Taschenmesser mit der 10 cm langen Klinge nun um ein gefährliches Werkzeug im Sinne des § 244 Abs. 1a StGB?

Das kommt darauf an. Ein gefährliches Werkzeug ist nach der für die Körperverletzung in § 224 Abs. 1 StGB entwickelten Definition grundsätzlich jeder Gegenstand, der bei der konkreten Art der Benutzung und des Körperteils, auf den er angewendet wird, geeignet ist, erhebliche Verletzungen hervorzurufen. Das Problematische an der ganzen Sache liegt nun darin, dass der Täter für die Anwendung des § 244 Abs. 1 Nr. 1a StGB dieses Werkzeug ja nur bei sich führen muss. Eine konkrete Art der Benutzung auf irgendein Körperteil bleibt demnach bei § 244 Abs. 1 Nr. 1a StGB immer und zwingend rein fiktiv. Es stellt sich aus diesem Grund die tatsächlich viel diskutierte Frage, ob man in die gerade erwähnte Definition noch ein subjektives Element hereinlesen kann. Und zwar dergestalt, dass man beim Täter auch einen Verwendungsvorbehalt oder sogar eine Gebrauchsabsicht fordert. Oder ob man die jeweilige Situation rein objektiv betrachtet und fragt, ob das Werkzeug eine erhebliche Verlet-

zung rein theoretisch hervorrufen könnte, ohne dass der Täter dies im konkreten Fall in seinen Vorsatz aufgenommen hat.

**27. Frage:** Und, wie ist ihre Meinung?

Ich neige zur objektiven Betrachtung.

**28. Frage:** Warum?

Aus zweierlei Gründen. Zum einen findet sich im Gesetz kein Hinweis darauf, dass man dem Täter bzw. der Tat noch einen subjektiven Aspekt in Form eines Verwendungsverbehalts oder eine Gebrauchsabsicht zufügen sollte. Eine solche Auslegung wäre zwar theoretisch möglich, da sie zugunsten des Täters wirken würde. Im Wortlaut der Norm findet sich dafür aber, wie gesagt, keine Stütze. Der Gesetzgeber hat durch die Schaffung des § 244 Abs. 1 Nr. 1b StGB vielmehr dokumentiert, dass er nur bei dieser speziellen Variante eine besondere Absicht des Täters als Voraussetzung festgeschrieben haben möchte. Zum anderen hat der Gesetzgeber in § 244 Abs. 3 StGB erst vor einigen Jahren eine Milderungsmöglichkeit erschaffen, unter die entsprechende Fälle des Beisichführens eines gefährlichen Werkzeugs ohne Verwendungsverbehalt gefasst werden können und auch sollen. Ist also eine Bestrafung nach § 244 Abs. 1 Nr. 1a StGB aufgrund des Wortlautes zwar zwingend, erscheint vom Unrechtsgehalt aber gleichwohl als unangemessen, besteht die Möglichkeit der Strafmilderung, um unverhältnismäßige Härten für den Täter zu verhindern. Im Ergebnis unterliegt meiner Meinung nach ein Taschenmesser mit einer 10 cm langen Klinge daher grundsätzlich dem Begriff des anderen gefährlichen Werkzeugs im Sinne des § 244 Abs. 1 Nr. 1a StGB.

**29. Frage:** Hat A dieses nun auch bei sich geführt im Sinne der Norm? In der Hand hatte A das Messer zu keinem Zeitpunkt, es lag ja die ganze Zeit unbenutzt im Handschuhfach.

Darauf kommt es zunächst einmal nicht an. Der Täter muss das Werkzeug nicht zwingend in der Hand halten. Es reicht aus, wenn sich das Werkzeug in Griffweite befindet und der Täter es ohne nennenswerten Zeitaufwand bedienen kann. Zudem muss dem Täter diese Möglichkeit natürlich auch bewusst gewesen sein.

**30. Frage:** Und, was meinen Sie, erfüllt das im Handschuhfach liegende Taschenmesser, das vom letzten Campingausflug dort liegen geblieben ist, diese Voraussetzungen?

Ich denke, man kann hier beides vertreten. Bewegt man sich weiterhin auf der rein objektiven Ebene, erfüllt das im Handschuhfach liegende Taschenmesser die gerade genannten Voraussetzungen. Es ist in kurzer Zeit griffbereit, was zum einen nicht dadurch gehindert wird, dass es aktuell noch eingeklappt ist. Anders als etwa bei einer ungeladenen Schusswaffe, bei der man erst noch Munition besorgen und die Waffe dann damit auch noch laden müsste, ist ein Taschenmesser in Windeseile ausgeklappt. Zudem liegt es zwar im Handschuhfach, aber auch die Öffnung dessen wird kaum länger als eine knappe Sekunde dauern. Ausgehend von der oben genannten Definition, sprechen diese Erwägungen dafür, den A wegen Diebstahls mit Waffen zu bestrafen.

**31. Frage:** Haben Sie auch Argumente für eine andere Entscheidung?

Ja. Und zwar die schlüssigeren, wie ich finde. Man kann nämlich sowohl aus dem Wortlaut als auch aus dem Strafzweck des § 244 Abs. 1 Nr. 1a StGB folgern, dass an das Vorliegen des Beisichtführens erhöhte Maßstäbe anzulegen sind und A hier daher auch nicht wegen Diebstahls mit Waffen zu bestrafen ist. Es droht andernfalls eine unangemessene Gleichbehandlung. So macht es beispielsweise im Hinblick auf das Handlungsunrecht einen erheblichen Unterschied, ob der Täter ein Messer in der Hosentasche bewusst gebrauchsbereit bei einem Diebstahl bei sich führt oder aber ob, wie hier, ein Täter lediglich zufällig oder sogar aus anderen, komplett deliktsunabhängigen Gründen ein solches Werkzeug rein zufällig im Handschuhfach seines Wagens verstaut hat. Die kriminelle Energie und auch die objektive Wahrscheinlichkeit des Einsatzes dieses Werkzeugs, die mit § 244 Abs. 1 Nr. 1a StGB bestraft werden soll, liegen in diesen Fällen erheblich auseinander. In dem von Ihnen geschilderten Fall befindet sich das eingeklappte Taschenmesser vom letzten Campingausflug noch im Auto. Bei A dürfte allenfalls ein Mitbewusstsein über die Existenz des Taschenmessers vorliegen. Die objektive Wahrscheinlichkeit eines Einsatzes dieses Taschenmessers, die mit § 244 Abs. 1 Nr. 1a StGB bestraft werden soll, liegt hier dramatisch niedriger als im eben erwähnten anderen Beispiel. A ist daher meiner Meinung nach im vorliegenden Fall nicht wegen Diebstahls mit Waffen zu bestrafen.