

Lösungs- skizze	Hausfriedensbruch bei Täuschung, Unmittelbarkeit der Vermögensminderung beim Betrug, Diebstahl durch Vorbehaltverkäufer, Eigentumsverlust nach § 946 BGB, Pfandkehr, Rechtsbehelfe gegen Durchsuchung	B 95
----------------------------	---	-------------



Ausgangsfall:

A. Hausfriedensbruch, § 123 Abs. 1, 1. Alt. (-)

- I. Geschützte Örtlichkeit (+), Geschäftsraum
- II. Eindringen, da Einverständnis durch Täuschung erlangt?
 1. Ansicht (+)
 2. Ansicht (-)

Inhaber des Hausrechts durch § 123 Abs. 1, 2. Alt. ausreichend geschützt, 1. Ansicht überdehnt Strafbarkeitsgrenze des § 123, daher wird 2. Alt. gefolgt

B. Betrug, § 263 Abs. 1 (-)

- I. Täuschung (+), über Wartungsbedürftigkeit der Heizung und innere Tatsachen
- II. Irrtum (+)
- III. Vermögensverfügung, d.h. unmittelbare Vermögensminderung (-)
 - Besitzverlust am Schlüssel (-), Besitz am Schlüssel kommt kein Vermögenswert zu, auch keine konkrete Vermögensgefährdung
 - Besitzverlust an Heizstrahlern (-), da eigenmächtige Handlung des Täters,

C. Diebstahl, § 242 Abs. 1 bzgl. Heizstrahler (-), Heizstrahler standen im Alleineigentum des A, daher keine fremde Sache

D. Diebstahl, § 242 Abs. 1 bzgl. beheizbarem Raumteiler (-)

- I. Objektiver Tatbestand (+)
 1. Bewegliche Sache (+), beheizbarer Raumteiler kann fortgeschafft werden
 2. Fremde Sache (+)
 - a) Ursprünglich Eigentum des A
 - b) Keine Übereignung an B, da Eigentumsvorbehalt des A
 - c) Eigentumsverlust an V nach § 946 BGB, da durch Einbau wesentlicher Bestandteil des Gebäudes geworden, § 94 BGB, und kein Scheinbestandteil nach § 95 Abs. 2 BGB
 - d) Urspr. Eigentumsverhältnisse leben nach Trennung nicht wieder auf
 3. Wegnahme (+), B hat gegen Entfernung protestiert
- II. Vorsatz (-), kein Vorsatz bzgl. Fremdheit der Sache (§ 16 Abs. 1 S. 1)

E. Pfandkehr § 289 Abs. 1 bzgl. Heizstrahler (-)

- I. Eigene bewegliche Sache des A (+)
- II. Tatbestandliches Recht des B i.S.d. § 289
 1. Anwartschaftsrecht als Gebrauchsrecht (-)
 - a) Entstanden (+)
 - b) Erlöschen (+), durch Rücktritt des A nach §§ 346 Abs. 1, 323 BGB
 2. Zurückbehaltungsrecht nach §§ 348 S. 2, 320 BGB (-), keine Gegenansprüche des B
 3. Kaufvertrag (-), da durch Rücktritt in Rückgewährschuldverhältnis umgewandelt
 4. Vermieterpfandrecht des V am Anwartschaftsrecht (-), durch Erlöschen des Anwartschaftsrechts erloschen

F. Pfandkehr, § 289 Abs. 1 bzgl. beheizbarem Raumteiler (-)

- I. Fremde bewegliche Sache und tatbestandliches Recht
 1. Fremde bewegliche Sache (+), Alleineigentum des V
 2. Gebrauchsrecht aus Anwartschaftsrecht (-), nach §§ 946, 949 S. 1 BGB erloschen
 3. Gebrauchsrecht des B am Heizkörper aus Mietvertrag (+)
- II. Wegnahme durch Gewahrsamsbruch (+)
- III. Zugunsten des Eigentümers (-)

G. Versuchte Pfandkehr, §§ 289 Abs. 1, 22, 23, 12 Abs. 1 bzgl. beheizbarem Raumteiler (-), keine Vorstellung, fremdes Gebrauchsrecht zu verletze

Abwandlung

A. Rechtsschutz gegen Anordnung der Durchsuchung durch die Polizei

- I. Rechtsbehelf
 1. Beschwerde, § 304 Abs. 1 StPO (-), nur gegen richterliche Maßnahme
 2. Antrag auf richterliche Entscheidung, § 98 Abs. 2 StPO analog (+), berechtigtes Interesse wegen möglicher Verletzung von Art. 13 GG
- II. Begründetheit (+), da Anordnung durch Polizei ohne Gefahr im Verzug, nach § 105 Abs. 1 StPO

B. Rechtsschutz gegen Art und Weise der Durchsuchung durch die Polizei

- I. Rechtsbehelf: Antrag auf richterliche Entscheidung nach § 98 Abs. 2 S. 2 StPO analog, auch gegen Art und Weise der Durchsuchung
- II. Begründetheit (+), zwar Durchsuchungszeugen gemäß § 105 Abs. 2 StPO (+), aber Einsatz eines Drogenspürhundes ungeeignet und daher unverhältnismäßig

Klausuren für das 1. Examen

B 95 Lösung

Nichts als heiße Luft



ALPMANN SCHMIDT

Sascha Lübbersmann/Enno Ahlenstiel/Pe

Hausfriedensbruch bei einem durch Täuschung erschlichenen Einverständnis, Unmittelbarkeit der Vermögensminderung beim Betrug, Diebstahl durch den Vorbehaltsverkäufer, Eigentumsverlust nach §§ 946 ff. BGB, Pfandkehr durch Beeinträchtigung von Gebrauchsrechten, Erlöschen des Anwartschaftsrechts durch Rücktritt; nachträglicher Rechtsschutz gegen Anordnung und Art und Weise einer Durchsuchung

§§ 16, 22, 23, 123, 242, 263, 289 StGB

§§ 98, 102, 105 StPO

§§ 94, 95, 323, 346, 349, 562, 946, 949 BGB

Ausgangsfall:

A. A könnte sich **nach § 123 Abs. 1^{*} wegen Hausfriedensbruchs** strafbar gemacht haben, indem er die Bar in der Absicht betrat, dort den Heizstrahler und den beheizbaren Raumteiler zu entfernen.

I. Dann müsste A eine **geschützte Örtlichkeit** betreten haben. A könnte einen **Geschäftsraum** betreten haben. Ein Geschäftsraum ist eine abgeschlossene Betriebs- oder Verkaufsstätte, die vorübergehenden oder dauerhaften gewerblichen, künstlerischen, wissenschaftlichen oder ähnlichen Zwecken dient (Tröndle/Fischer § 123 Rdnr. 7). Die Bar des B war eine Verkaufsstätte und diente dauerhaften gewerblichen Zwecken. A hat einen Geschäftsraum und somit eine geschützte Örtlichkeit betreten.

II. A könnte gemäß § 123 Abs. 1, 1. Var. in die Räumlichkeit **eingedrungen** sein. Eindringen ist das Betreten einer geschützten Räumlichkeit gegen den Willen des Berechtigten (Sch/Sch/Lenckner/Sternberg-Lieben § 123 Rdnr. 11).¹⁾ A hat die Geschäftsräume des B betreten. Fraglich ist, ob dies auch **gegen den Willen des Berechtigten** geschah. Liegt ein ausdrückliches oder stillschweigendes **Einverständnis des Berechtigten** vor, schließt dies den Tatbestand aus (SK-Rudolphi/Stein § 123 Rdnr. 18 c; Tröndle/Fischer § 123 Rdnr. 23). Bei vermieteten Räumlichkeiten ist der Mieter alleiniger Inhaber des Hausrechts (Sch/Sch/Lenckner/Sternberg-Lieben § 123 Rdnr. 17). B hatte als Mieter und Hausrechtsinhaber dem A jedenfalls konkludent durch Übergabe des Schlüssels das Betreten der Bar gestattet. Jedoch hatte der A den B dabei **über** seine **Motive getäuscht**, denn er wollte den beheizbaren Raumteiler nicht warten, sondern demontieren. Fraglich ist, welche Auswirkung dies auf die Wirksamkeit des Einverständnisses des B hat.

1. Nach einer Ansicht ist ein **durch Täuschung erschlichenes Einverständnis unbeachtlich** (OLG München NJW 1972, 2275; Kindhäuser, BT 1, § 33 Rdnr. 23; Tag JuS 1996, 904, 906 f.). Nach dieser Ansicht wäre das Einverständnis des B unbeachtlich. Ein Eindringen durch A in die Räumlichkeiten des B läge vor.

2. Eine andere Ansicht erachtet **Willensmängel bei der Erteilung des Einverständnisses als unbeachtlich** (Sch/Sch/Lenckner/Sternberg-Lieben § 123 Rdnr. 22; SK-Rudolphi/Stein § 123 Rdnr. 18 b; Tröndle/Fischer § 123 Rdnr. 23; Arzt/Weber § 8 Rdnr. 12). Entscheidend sei allein der tatsächlich geäußerte Wille (NK-Ostendorf § 123 Rdnr. 32). Demzufolge schließt auch ein durch Täuschung erlangtes Einverständnis den Tatbestand aus. Hiernach hätte A schon den Tatbestand eines Hausfriedensbruchs nicht verwirklicht.

^{*} §§ ohne nähere Gesetzesangabe sind solche des StGB.



3. Aufgrund der unterschiedlichen Ergebnisse ist ein Streitentscheid erforderlich. Für die erste Ansicht wird vorgebracht, dass im Falle der Täuschung die Erklärung dem Täter und nicht dem Berechtigten zuzurechnen sei (Kindhäuser BT 1, § 33 Rdnr. 23 f.). Zudem stehe jedes Einverständnis unter dem Vorbehalt des Rechtsmissbrauches (Tag JuS 1996, 904, 906). Dagegen ist einzuwenden, dass eine Täuschung allein noch nicht dazu führen muss, dass eine Erklärung allein dem Täuschenden zuzurechnen ist. Diese muss nämlich für das Verhalten des Getäuschten nicht kausal sein. Zudem ist es lebensfremd anzunehmen, dass jedes Einverständnis unter dem Vorbehalt erteilt werde, dass kein missbräuchliches Verhalten stattfindet, denn darüber wird sich der Erklärende regelmäßig keine Gedanken machen. Für die zweite Ansicht spricht ferner, dass der Inhaber des Hausrechts durch § 123 Abs. 1, 2. Alt. ausreichend geschützt ist, denn wenn dieser bemerkt, dass er getäuscht wurde, kann er den Täter zum Verlassen des Geschäftsraumes usw. auffordern (Arzt/Weber § 8 Rdnr. 12). Weiterhin hat der Gesetzgeber den Schutz des Hausrechts in § 123 in der Weise formalisiert, dass nicht jede Verletzung des Hausrechts erfasst ist, wie etwa die bloße Entfaltung störender Tätigkeiten, sondern nur die Missachtung des Entscheidungsrechts über die Aufenthaltsbefugnis von Personen in bestimmten Räumlichkeiten. Daher kann es nur darauf ankommen welche Entscheidung der Hausrechtsinhaber bezüglich der Aufenthaltsbefugnis getroffen hat, nicht aber warum er diese Entscheidung getroffen hat (SK-Rudolphi/Stein § 123 Rdnr. 18 b i.V.m. Rdnr. 2). Folglich ist es für § 123 Abs. 1, 1. Alt. unbeachtlich, welches Verhalten der Hausrechtsinhaber von einer bestimmten Person erwartet. Würde man die innere Einstellung des Betretenden zum Anknüpfungspunkt machen, würde dies zudem die Strafbarkeitsgrenze zu überdehnen (NK-Ossendorf § 123 Rdnr. 32). **Demnach ist der zweiten Ansicht zu folgen.** Aufgrund des Einverständnisses des B ist eine Strafbarkeit des A wegen § 123 Abs. 1, 1. Alt. ausgeschlossen.

III. Zudem hat B den A später weder ausdrücklich noch konkludent zum Verlassen der Bar aufgefordert. Demnach kommt auch eine Tatbegehung des A nach § 123 Abs. 1, 2. Alt. nicht in Betracht.

A hat sich nicht **nach § 123 Abs. 1 wegen Hausfriedensbruchs** strafbar gemacht.

B. A könnte sich **nach § 263 Abs. 1 wegen Betruges gegenüber und zulasten des B** strafbar gemacht haben, indem er gegenüber B behauptete, den Schlüssel für die Bar für Wartungsarbeiten zu benötigen.

I. A müsste B getäuscht haben. Eine **Täuschung** ist die intellektuelle Einwirkung auf das Vorstellungsbild eines anderen, durch die eine unrichtige Vorstellung über Tatsachen erzeugt oder aufrechterhalten werden soll (Tröndle/Fischer § 263 Rdnr. 10). Tatsachen sind vergangene oder gegenwärtige Verhältnisse, Zustände oder Geschehnisse. Auch innere Tatsachen wie Überzeugungen und Absichten können Gegenstand einer Täuschung sein (Kindhäuser § 263 Rdnr. 76 ff.; Sch/Sch/Cramer/Perron § 263 Rdnr. 10; Tröndle/Fischer § 263 Rdnr. 6 f.). A behauptete fälschlicherweise, dass aufgrund eines Herstellungsfehlers Wartungsarbeiten an der Heizung notwendig seien. Dies war eine falsche Darstellung des **gegenwärtigen Zustandes** der Heizung. Weiterhin behauptete A, die Heizung warten zu wollen. Tatsächlich beabsichtigte er, die Heizstrahler und den beheizbaren Raumteiler zu entfernen. Insofern täuschte er zusätzlich über eine **innere Tatsache**.

II. A müsste hierdurch bei B einen **Irrtum** erregt oder unterhalten haben. Ein Irrtum ist eine Fehlvorstellung über Tatsachen, die Gegenstand der Täuschung waren. Erregen bedeutet das Hervorrufen eines Irrtums (Lackner/Kühl § 263 Rdnr. 20). Aufgrund der Täuschung des A hatte B eine falsche Vorstellung über die Wartungsbedürftigkeit der Heizung und die Absichten des A. Dieser hat folglich einen Irrtum bei B erregt.

III. B müsste eine **Vermögensverfügung** vorgenommen haben. Eine Vermögensverfügung ist jedes Tun, Dulden oder Unterlassen, das **unmittelbar** zu einer Vermögensminderung geführt hat. Unmittelbarkeit bedeutet, dass die Vermögensminderung Folge des Verhaltens des Getäuschten ist, ohne dass dafür noch eigenmächtige (deliktische) Zwischenhandlungen des Tä-



ters erforderlich sind (Sch/Sch/Cramer/Perron § 263 Rdnr. 61; Tröndle/Fischer § 263 Rdnr. 40; Küper BT, S. 379; Wessels/Hillenkamp, BT 2, Rdnr. 622).

Der täuschungsbedingte Irrtum des B hatte zur Folge, dass dieser dem A den Schlüssel zur Bar gab. Darin könnte eine aktive Vermögensverfügung erblickt werden, wenn bereits der **Besitzverlust am Schlüssel** selbst unmittelbar vermögensmindernd ist. Der Besitz einer Sache unterfällt dem nach § 263 geschützten Vermögen, sofern diesem ein wirtschaftlicher Wert zukommt (LK-Tiedemann § 263 Rdnr. 140; Sch/Sch/Cramer/Perron § 263 Rdnr. 94). Dem bloßen Besitz am Schlüssel zur Bar kommt hier aber – mangels wertmindernder Abnutzung oder Angriffs auf das Eigentum durch A – kein Vermögenswert zu. Deshalb führt der Besitzverlust zu keiner unmittelbaren Vermögensminderung bei B.

Die Übergabe des Schlüssels begründet zudem auch keine **konkrete Vermögensgefährdung** (vgl. dazu Tröndle/Fischer § 263 Rdnr. 94 ff.) für die aus der Wohnung zu einem späteren Zeitpunkt mitgenommenen Objekte, da eine betrugsrelevante Sacherlangung nur unter – gegenüber einem Forderungsbetrug – engeren Voraussetzungen zu bejahen ist (hinreichend konkretisiertes Verfügungsbewusstsein des Getäuschten), welche nicht durch die vorgelagerte Annahme eines Gefährdungsschadens unterlaufen werden können.

Eine vermögensmindernde Verfügung liegt auch nicht etwa in der **Duldung des Besitzt-zuges** selbst, da dem B insoweit die für den Sachbetrug auf Opferseite erforderliche Freiwilligkeit seines ggf. vermögensschädigenden Verhaltens fehlte. Es handelte sich vielmehr um eine eigenmächtige Wegnahme des A, die in keinem Unmittelbarkeitsbezug zu der vorangegangenen Täuschung des B stand.

Eine vermögensmindernde Verfügung hat B folglich nicht vorgenommen.

A hat sich damit nicht nach § 263 Abs. 1 wegen Betruges gegenüber und zulasten des B strafbar gemacht.

C. A könnte sich **nach § 242 Abs. 1 wegen Diebstahls** strafbar gemacht haben, indem er die **Heizstrahler** aus der Bar des A entfernte. Die Heizstrahler waren bewegliche Sachen. Fraglich ist, ob diese auch fremd waren. Fremd ist eine Sache, wenn sie im Eigentum eines anderen steht (Tröndle/Fischer § 242 Rdnr. 5; Maurach/Schröder/Maiwald BT 1, § 32 Rdnr. 21). Ursprünglich standen die Heizstrahler im Eigentum des A. B könnte jedoch nach § 929 S. 1 BGB Eigentum an diesen erworben haben. Hier einigten sich A und B aber nicht über den Erwerb von Eigentum durch B, sondern dieser erwarb als Vorbehaltskäufer lediglich ein Anwartschaftsrecht daran. Wegen der ausbleibenden Kaufpreiszahlung erstarkte dieses Anwartschaftsrecht nicht zum Vollrecht. A war daher auch im Zeitpunkt der Wegnahme immer noch Alleineigentümer der Heizstrahler. Diese waren mithin für ihn nicht fremd. Daher scheidet ein Diebstahl nach § 242 Abs. 1 an diesen aus.

D. A könnte sich **nach § 242 I wegen Diebstahls** strafbar gemacht haben, indem er den **beheizbaren Raumteiler** aus der Bar des B entfernte.

I. Dies setzt objektiv voraus, dass A eine fremde bewegliche Sache weggenommen hat.

1. Der beheizbare Raumteiler müsste eine **bewegliche Sache** sein. Als körperlicher Gegenstand war der Raumteiler eine Sache. Fraglich ist, ob diese auch beweglich war. Beweglich sind alle **Sachen, die tatsächlich fortgeschafft werden können**, unabhängig von der zivilrechtlichen Einordnung als beweglich oder unbeweglich (NK-Kindhäuser § 242 Rdnr. 14; Sch/Sch/Eser § 242 Rdnr. 11). Ausreichend ist auch, wenn die Sache mit der Wegnahme beweglich gemacht wird (Tröndle/Fischer § 242 Rdnr. 4; Samson JA 1990, 5, 6). Demzufolge handelte es sich bei dem Raumteiler um eine bewegliche Sache, unabhängig davon, ob als Zeitpunkt der Wegnahme auf die Demontage oder das Verladen des beheizbaren Raumteilers abgestellt wird.

2. Fraglich ist, ob die Heizung in Form eines Raumteilers **fremd** war.

a) **Ursprünglich** stand der Raumteiler im Alleineigentum des A, der diesen unter **Eigentumsvorbehalt** an B verkauft hat.



b) B hat lediglich ein Anwartschaftsrecht erworben. Somit hat A das Eigentum nicht an B verloren.

c) A könnte jedoch nach **§ 946 BGB das Eigentum an V verloren** haben. Dann müsste die bewegliche Sache mit einem Grundstück verbunden worden sein. Der Raumteiler war ursprünglich eine bewegliche Sache und wurde durch Einbau in die von B gemieteten Räumlichkeiten mit dem Gebäude des V verbunden. Die Verbindung mit einem Gebäude, das gemäß **§ 94 Abs. 1 S. 1 BGB einen wesentlichen Teil eines Grundstückes** darstellt, steht dabei der Verbindung mit einem Grundstück gleich (Palandt-Bassenge § 946 Rdnr. 2). Die Heizung müsste weiterhin wesentlicher Bestandteil des Gebäudes geworden sein. Nach **§ 94 Abs. 1 S. 1 i.V.m. Abs. 2 BGB** gehören zu den wesentlichen Bestandteilen eines Gebäudes die **zu seiner Herstellung eingefügten Sachen**. Dazu gehört die Heizungsanlage einschließlich der Heizkörper (MünchKomm/BGB-Holch § 94 Rdnr. 23). Die Heizung in Form eines Raumteilers war daher als Heizkörper ein wesentlicher Bestandteil des Gebäudes und somit auch des Grundstückes geworden. Anders wäre dies nur, wenn die Sache gemäß **§ 95 Abs. 2 BGB** lediglich zu einem vorübergehenden Zweck in das Gebäude eingefügt worden wäre. Dann müsste der Wegfall von vornherein beabsichtigt oder nach der Natur des Zweckes sicher sein (Palandt-Heinrichs § 95 Rdnr. 2). Der beheizbare Raumteiler sollte auf Dauer einen vorhandenen Heizkörper ersetzen. Demnach beabsichtigte B nicht, diesen zu einem späteren Zeitpunkt wieder ausbauen zu lassen. § 95 Abs. 2 BGB ist daher nicht einschlägig. Der Raumteiler ist vielmehr wesentlicher Bestandteil des Gebäudes geworden, auf den sich nach dem Einbau das Eigentum des V auch gemäß § 946 BGB erstreckte. Dadurch ist zugleich das Eigentum des A am beheizbaren Raumteiler erloschen.

d) Möglicherweise könnte aber durch die **Trennung des Heizkörpers vom Gebäude das Eigentum des A wieder aufgelebt** sein. Jedoch ist der Eigentumsverlust nach § 946 BGB endgültig, d.h. die **ursprünglichen Eigentumsverhältnisse leben nach der Trennung nicht wieder** auf (MünchKomm/BGB-Füller § 946 Rdnr. 10; Palandt-Bassenge § 946 Rdnr. 4). Auch nach der Trennung war V daher Alleineigentümer des Heizkörpers. Die Heizung in Form eines Raumteilers war somit für A eine fremde bewegliche Sache.

3. A müsste den beheizbaren Raumteiler weggenommen haben. **Wegnahme** ist der Bruch fremden und die Begründung neuen, nicht notwendig tätereigenen Gewahrsams (Lackner/Kühl § 242 Rdnr. 8). Gewahrsam ist das von einem Herrschaftswillen getragene tatsächliche Herrschaftsverhältnis einer Person über eine Sache unter Berücksichtigung der Verkehrsauffassung (BGHSt 16, 271, 273 ff.; Sch/Sch/Eser § 242 Rdnr. 23). Der Gewahrsam orientiert sich an der räumlichen Herrschaftssphäre, der so genannten **Gewahrsamssphäre** (NK-Kindhäuser § 242 Rdnr. 28). Die beheizbare Trennwand befand sich in der Bar des B und somit in dessen Gewahrsamssphäre. Der Umstand, dass es sich dabei um eine unbewegliche Sache handelte, die beweglich gemacht wurde, ist für die Frage des Gewahrsams ohne Belang (LG Karlsruhe NStZ 1993, 543). Demnach hatte ursprünglich der B Gewahrsam am Raumteiler.²⁾ A müsste neuen Gewahrsam begründet haben. Neuer Gewahrsam ist zu bejahen, wenn der Täter die Herrschaft über die Sache derart erlangt hat, dass er sie ungehindert durch den ursprünglichen Gewahrsamsinhaber ausüben kann (Tröndle/Fischer § 242 Rdnr. 17). Nachdem der A den Raumteiler in seinen Lieferwagen verladen hatte, konnte A nicht mehr auf diesen zugreifen. A hat damit spätestens durch Verladen des Raumteilers Gewahrsam erlangt. Fraglich ist, ob der Gewahrsam des B auch gebrochen wurde. Dies setzt voraus, dass die Sachherrschaft gegen oder ohne den Willen des Gewahrsamsinhabers aufgehoben wird (Lackner/Kühl § 242 Rdnr. 14; Sch/Sch/Eser § 242 Rdnr. 35). Hier hatte B gegen die Demontage und den Abtransport des beheizbaren Raumteilers protestiert. Demnach erfolgte die Gewahrsamsverschiebung auch gegen den Willen des B. Eine Wegnahme durch A liegt demzufolge vor.

II. A müsste mit **Vorsatz** gehandelt haben. A wusste, dass es sich bei der Trennwand um eine bewegliche Sache handelte. Allerdings ging er – nach seiner Parallelwertung in der Laiensphäre – davon aus, dass diese sich noch in seinem Eigentum befand; ihm war nämlich der gesetzliche Eigentumsübergang bzw. -verlust nach § 946 BGB nicht bewusst. Er hatte damit



keine Kenntnis von der Fremdheit der Sache und handelte damit gemäß § 16 Abs. 1 S. 1 ohne den erforderlichen Tatvorsatz (vgl. Sch/Sch/Eser § 242 Rdnr. 45).

A hat sich folglich nicht **nach § 242 Abs. 1 wegen Diebstahls** strafbar gemacht.

E. A könnte sich aber **nach § 289 Abs. 1 wegen Pfandkehr** strafbar gemacht haben, indem er die **Heizstrahler** aus der Bar des B entfernte.

I. Dann müsste es sich bei den **Heizstrahlern** um eine **eigene bewegliche Sache** gehandelt haben. Die Heizstrahler waren bewegliche Sachen, die im **Alleineigentum des A** standen (s.o.).

II. An diesen eigenen beweglichen Sachen müsste einem **anderen ein Nutzungs-, Pfand-, Gebrauchs- oder Zurückbehaltungsrecht** zugestanden haben.

1. Unter den Begriff der **Gebrauchsrechte** fällt auch das **Anwartschaftsrecht** beim Kauf unter Eigentumsvorbehalt (Sch/Sch/Eser/Heine § 289 Rdnr. 7; SK-Hoyer § 289 Rdnr. 6). Fraglich ist, ob der B ein Anwartschaftsrecht an den Heizstrahlern hatte.

a) Die Voraussetzungen für die Entstehung eines Anwartschaftsrecht nach §§ 929, 158 BGB sind bedingte Einigung, Übergabe, Einigsein, Berechtigung und Möglichkeit des Bedingungseintritts. Ursprünglich waren alle diese Voraussetzungen gegeben.

b) Möglicherweise könnte das **Anwartschaftsrecht** jedoch **erloschen** sein. Das Anwartschaftsrecht erlischt, wenn der Bedingungseintritt unmöglich wird. Dies ist der Fall, wenn der **Vorbehaltsverkäufer vom Kaufvertrag zurücktritt** (Vieweg/Werner, SachenR, § 11 Rdnr. 61; Wolf, SachenR, Rdnr. 680). A könnte hier nach §§ 346 Abs. 1, 323 BGB vom Kaufvertrag zurückgetreten sein. Dann müsste A gemäß § 349 BGB den Rücktritt erklärt haben. Die Rücktrittserklärung ist eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung, die auch konkludent abgegeben werden kann (BGH NJW 1988, 2877 f.; HK/BGB-Schulze § 349 Rdnr. 1; Palandt/Grüneberg § 349 Rdnr. 1). Ausdrücklich hat A den Rücktritt nicht erklärt. Jedoch hat er die Heizstrahler in seinen Lieferwagen verladen. Daraus dass A die Heizstrahler wieder an sich nahm, konnte ein objektiver Dritter in der Person des Erklärungsempfängers schließen, dass A sich vom Vertrag lösen und insbesondere dem B nicht mehr Eigentum und Besitz an den Heizstrahlern verschaffen wollte.⁴⁾ B beobachtete auch das Verladen der Heizstrahler durch A. Demnach ging ihm die konkludente Rücktrittserklärung auch zu. Eine **wirksame Rücktrittserklärung nach § 349 BGB** lag damit vor. **Rücktrittsgrund** könnte **§ 323 BGB** gewesen sein. Der Kaufvertrag war ein gegenseitiger Vertrag und B hatte die fällige Pflicht zur Kaufpreiszahlung nicht erfüllt. Allerdings hatte der A dem B keine Frist zur Nacherfüllung gesetzt. Diese könnte jedoch nach § 323 Abs. 2 BGB entbehrlich gewesen sein. Gemäß § 323 Abs. 2 Nr. 1 BGB ist die Fristsetzung entbehrlich, wenn der Schuldner die Erfüllung ernsthaft und endgültig verweigert. Dies hat im vorliegenden Fall der B getan. Der Rücktritt war auch nicht nach § 323 Abs. 6 BGB ausgeschlossen. Der Rücktrittsgrund aus § 323 BGB lag damit vor. Gemäß § 346 Abs. 1 BGB wandelte sich der Vertrag somit in ein **Rückgewährschuldverhältnis**. Aufgrund des Rücktritts ist der Bedingungseintritt für die Erstarkung des Anwartschaftsrechts zum Vollrecht, die vollständige Kaufpreiszahlung, unmöglich geworden. Das Anwartschaftsrecht des B ist erloschen und berechtigte demnach den B nicht mehr zum Besitz.

2. Möglicherweise könnte dem B jedoch ein **Zurückbehaltungsrecht** zugestanden haben. Dem Begriff der Zurückbehaltungsrechte unterfallen alle gesetzlichen und vertraglichen, dinglichen und obligatorischen sowie sonstigen Zurückbehaltungsrechte (Sch/Sch/Eser/Heine § 289 Rdnr. 6; Tröndle/Fischer § 289 Rdnr. 1). Ein solches könnte sich für B aus **§§ 348 S. 2, 320 Abs. 1 S. 1 BGB** ergeben haben. Jedoch hatte B bisher noch keine Zahlungen an A geleistet. Andere Ansprüche des B gegen A im Rückgewährschuldverhältnis sind ebenfalls nicht ersichtlich. Damit hatte B keine Ansprüche gegen A aus § 346 Abs. 1 BGB. Ihm stand folglich auch kein Zurückbehaltungsrecht zu.

3. Auch aus dem **Kauvertrag** mit A ergab sich für B kein **Gebrauchsrecht** mehr, nachdem der Kaufvertrag in ein Rückgewährschuldverhältnis umgewandelt worden war (s.o.).



4. Möglicherweise könnte ein **Vermieterpfandrecht** des V an den Heizstrahlern bestanden haben. Denn auch das Pfandrecht des Vermieters aus **§ 562 BGB** ist ein dem § 289 unterfallendes Pfandrecht (BayObLG NJW 1981, 1745; Tröndle/Fischer § 289 Rdnr. 1). Gemäß § 562 Abs. 1 S. 1 BGB erstreckt sich dieses aber nur auf die Sachen des Mieters, mithin auf solche, die sich im Eigentum des Mieters befinden (Erman-Jendrek § 562 Rdnr. 9). Die Heizstrahler waren Eigentum des A (s.o.). Demnach erstreckte sich das Vermieterpfandrecht nicht auf das Eigentum an den Heizstrahler. Vom Vermieterpfandrecht ist jedoch auch das Anwartschaftsrecht umfasst (BGH NJW 1965, 1475). Wird der Vorbehaltskaufvertrag aber nachträglich aufgehoben, so erlischt das Anwartschaftsrecht (BGHZ 92, 280; Erman-Jendrek § 562 Rdnr. 10). Mit Erlöschen des Anwartschaftsrechts erlischt demnach auch das Vermieterpfandrecht an diesem. Ursprünglich bestand ein Anwartschaftsrecht des B an den Heizlüftern und somit auch ein Vermieterpfandrecht an diesem Anwartschaftsrecht. Durch den Rücktritt vom Vertrag durch A ist das Anwartschaftsrecht und somit auch das Vermieterpfandrecht des V erloschen. Ein Vermieterpfandrecht bestand daher insoweit nicht.⁸⁾

Mangels tatbestandlicher Rechte Dritter waren die Heizstrahler also keine tauglichen Tatobjekte i.S.d. § 289 Abs. 1.

A hat sich daher insoweit nicht **wegen Pfandkehr** strafbar gemacht.

F. Er könnte sich aber **nach § 289 Abs. 1 wegen Pfandkehr** strafbar gemacht haben, indem er den **beheizbaren Raumteiler** aus der Bar des B entfernte.

I. Dann müsste es sich bei dem beheizbaren Raumteiler um eine eigene oder **fremde bewegliche Sache** gehandelt haben, an der einem **anderen Nutzungs-, Pfand-, Gebrauchs- oder Zurückbehaltungsrecht** zustand.

1. Der beheizbare Raumteiler war nach der Demontage Alleineigentum des V (s.o.).

2. Fraglich ist, ob auch dem B an diesem ein Recht zustand. Das **Anwartschaftsrecht** des B war durch die Verbindung mit dem Gebäude **nach §§ 946, 949 S. 1 BGB erloschen** und lebte auch nach der Trennung nicht wieder auf (s.o.).

3. Möglicherweise könnte dem B jedoch als Mieter der Räume ein Gebrauchsrecht am beheizbaren Raumteiler zugestanden haben. Das Gebrauchsrecht des Mieters ist ebenfalls durch § 289 geschützt (LK-Schünemann § 289 Rdnr. 7; Sch/Sch/Eser/Heine § 289 Rdnr. 5; SK-Hoyer § 289 Rdnr. 6). Fraglich ist, ob sich das **Gebrauchsrecht** des B auch auf den beheizbaren Raumteiler erstreckte. B hatte keine leeren **Räumlichkeiten** ohne jede Ausstattung gemietet, sondern diese waren **mit Heizkörpern ausgestattet**. Demnach erstreckte sich das **Gebrauchsrecht** des B auch auf den **beheizbaren Raumteiler**, der einen vorhandenen Heizkörper ersetzt hatte. B stand damit ein Gebrauchsrecht am beheizbaren Raumteiler zu.

II. A müsste den beheizbaren Raumteiler **weggenommen** haben. Der Begriff des Wegnehmens umfasst nach einer Ansicht jedwede Vereitelung der Ausübung des Rechts an der Sache durch Entfernung aus dem Machtbereich des Berechtigten (LK/Schünemann § 289 Rdnr. 10 ff.; Lackner/Kühl § 289 Rdnr. 3; Tröndle/Fischer § 289 Rdnr. 2).⁹⁾ Nach anderer Ansicht ist ausschließlich der diebstahlgleiche Gewahrsamsbruch tatbestandsmäßig (Sch/Sch/Eser/Heine § 289 Rdnr. 8; Arzt/Weber § 16 Rdnr. 27 ff.). Die Entfernung des Raumteilers erfolgte, wie oben ausgeführt, durch Gewahrsamsbruch. Demnach liegt nach beiden Ansichten eine tatbestandsmäßige Wegnahmehandlung vor.

III. Die Tat müsste darüber hinaus **zugunsten des Eigentümers** begangen worden sein. Dies ist der Fall, wenn dem Eigentümer oder einem Dritten mit Einverständnis des Eigentümers der Gewahrsam an der Sache verschafft wird (NK/Wohlers § 289 Rdnr. 2; SK/Hoyer § 289 Rdnr. 11).⁶⁾ Der A hat sich eigenen Gewahrsam am beheizbaren Raumteiler verschafft. Dies geschah aber nicht mit Einverständnis des V, der auch keinen Nutzen hiervon hatte. Demzufolge hat A die Tat nicht zugunsten des Eigentümers begangen.

Er hat sich somit nicht **nach § 289 Abs. 1 wegen Pfandkehr** strafbar gemacht, indem er den beheizbaren Raumteiler aus der Bar des B entfernte.



G. A könnte sich **nach §§ 289 Abs. 1, 2, 22, 23 Abs. 1, 12 Abs. 1 wegen versuchter Pfandkehr** strafbar gemacht haben, indem er den beheizbaren Raumteiler aus der Bar des B entfernte. Dann müsste er den hierfür erforderlichen **Tatenschluss** gehabt haben.

A stellte sich vor, dass es sich bei dem beheizbaren Raumteiler um eine bewegliche Sache handelte, die immer noch in seinem Eigentum stand. Er ging daher davon aus, diese dem B durch Gewahrsamsbruch zum eigenen Vorteil zu entziehen. Fraglich ist allerdings, ob er auch die Vorstellung hatte, hierdurch ein fremdes Gebrauchsrecht zu verletzen. Er unterlag nämlich der Fehlvorstellung, dass dem B keine Rechte an dem Heizkörper zustehen würden. Demnach nahm er auch nicht an, dass er ein **fremdes Gebrauchsrecht** durch seine Handlung **verletzte**.⁷⁾ Demzufolge hatte A keinen Tatenschluss. Er hat sich mithin auch nicht **nach §§ 289 Abs. 1 S. 1, 22, 23 Abs. 1, 12 Abs. 1 wegen versuchter Pfandkehr**.

Ergebnis: A ist straflos.

Zusatzfrage:

A. Rechtsschutz gegen die **Anordnung der Durchsuchung** durch die Polizei

I. Fraglich ist, mit welchem **Rechtsbehelf** A gegen die **Anordnung der Durchsuchung** durch die Polizei vorgehen kann.

1. Eine **Beschwerde** gemäß **§ 304 Abs. 1 StPO** ist **nur gegen richterliche Entscheidungen** möglich. A wendet sich gegen eine Anordnung durch die Polizei. Demnach scheidet eine Beschwerde aus.

2. Möglicherweise könnte A einen **Antrag auf richterliche Entscheidung nach § 98 Abs. 2 StPO** stellen. Jedoch regelt § 98 Abs. 2 S. 2 StPO ausdrücklich nur die Überprüfung einer Beschlagnahme. Vorliegend geht es jedoch um eine Durchsuchung gemäß §§ 102, 105 StPO. Jedoch ist § 98 Abs. 2 S. 2 StPO aufgrund des durch § 19 Abs. 4 GG gebotenen effektiven Rechtsschutzes auf anderen Zwangsmaßnahmen **analog** anzuwenden (BGH NStZ 1999, 151 m. Anm. Fezer; Meyer-Goßner § 98 Rdnr. 23). Folglich ist auch bei einer nicht richterlich angeordneten Durchsuchung ein Antrag auf richterliche Entscheidung nach dieser Vorschrift möglich.

Allerdings hatte sich die Anordnung der Durchsuchung durch die Polizei bereits durch Vollzug erledigt. Jedoch kann § 98 Abs. 2 S. 2 StPO auch in einem solchen Fall analog angewendet werden, wenn der Betroffene ein berechtigtes Interesse an der nachträglichen Feststellung der Rechtswidrigkeit der Anordnung hat (BVerfG NJW 2002, 1333; BGHSt 28, 57; Meyer-Goßner § 98 Rdnr. 23; SK-StPO/Rudolphi, § 98 Rdnr. 36; a.A. (§§ 23, 28 Abs. 1, 4 EGGVG) Dörr NJW 1988, 2258). Ein solches besteht insbesondere bei einem tiefgreifenden Grundrechtseingriff (SK-StPO/Rudolphi § 98 Rdnr. 37). Die Polizei hatte die Betriebsräume des A durchsucht. Auch Betriebsräume unterfallen dem Schutzbereich des Art. 13 GG (Jarass/Pieroth Art. 13 Rdnr. 2 a). Demnach liegt möglicherweise ein tiefgreifender Grundrechtseingriff in Art. 13 GG vor. A hat deshalb ein berechtigtes Interesse an der nachträglichen Feststellung der Rechtmäßigkeit dieser Anordnung. Er kann folglich nach § 98 Abs. 2 S. 2 StPO analog insoweit einen Antrag auf richterliche Entscheidung stellen.

II. Der **Antrag** des A müsste auch **begründet** sein. Dies ist dann der Fall, wenn die **Anordnung der Durchsuchung** durch die Polizei **rechtswidrig** war.

A hatte der **Durchsuchung nicht zugestimmt**. Daher war eine **Anordnung der Durchsuchung** erforderlich. Fraglich ist, ob die Polizei zur Anordnung befugt war. **Gemäß § 105 Abs. 1 S. 1 StPO** dürfen Durchsuchungen **nur durch den Richter** und bei **Gefahr im Verzuge auch durch die Staatsanwaltschaft und ihre Ermittlungspersonen** angeordnet werden. Eine richterliche Durchsuchungsanordnung lag nicht vor. Möglicherweise konnte die Polizei aufgrund von Gefahr im Verzuge selbst die Durchsuchung anordnen. Dieser **Begriff ist jedoch eng auszulegen**. Es sind konkrete, einzelfallbezogene Tatsachen erforderlich. Eine solche könnte vorliegend sein, dass im Zeitpunkt der Anordnung der Durchsuchung durch die Polizei kein Richter erreichbar war. Jedoch muss aufgrund der Bedeutung der Regelung in **Art. 13 Abs. 2 GG** auch außerhalb der üblichen Dienstzeiten eine Erreichbarkeit des Ermittlungsrichters



ters gegeben sein (BVerfG Information StW 2006, 852; BVerfG NJW 2001, 1121; Einmahl NJW 2001, 1393; Müller-Christmann JuS 2002, 63). Die Polizei nahm lediglich an, am Freitagnachmittag um 17:30 Uhr keinen Ermittlungsrichter mehr erreichen zu können. Einen Versuch, diesen zu erreichen, unternahm sie hingegen nicht. Dies ist jedoch nicht ausreichend, um die Annahme von Gefahr im Verzug wegen Nichterreichbarkeit eines Richters zu rechtfertigen. Andere Anhaltspunkte für Gefahr im Verzug ergaben sich ebenfalls nicht. Die Polizei war demnach nicht anordnungsbefugt. Die Anordnung war schon deshalb rechtswidrig und der Antrag des A begründet.

Er hat somit insgesamt Aussicht auf Erfolg.

B. Rechtsschutz gegen die **Art und Weise der Durchsuchung** durch die Polizei

I. Fraglich ist, mit welchem **Rechtsbehelf** sich A **gegen die Art und Weise der Durchsuchung** wenden kann. In der StPO ist ein solcher **Rechtsbehelf nicht geregelt**. Jedoch wird **§ 98 Abs. 2 S. 2 StPO** in einem solchen Fall ebenfalls **analog** angewendet (Meyer-Goßner § 105 Rdnr. 17; Pfeiffer § 98 Rdnr. 6). Wenn ein **berechtigtes Interesse an der nachträglichen Feststellung** besteht, auch dann, wenn sich die Maßnahme bereits erledigt hat (SK-StPO/Rudolphi, § 105 Rdnr. 29). A wendet sich gegen eine erledigte Durchsuchung, durch die sein Grundrecht aus Art. 13 GG beeinträchtigt wurde. Ein berechtigtes Interesse des A besteht. A kann deshalb nach § 98 Abs. 2 S. 2 StPO auch bezüglich der Rechtmäßigkeit der Durchsuchungsmodalitäten einen nachträglichen Antrag auf richterliche Entscheidung stellen.

2. Der Antrag müsste auch **begründet** sein. Gemäß **§ 105 Abs. 2 StPO** muss die Durchsuchung in Anwesenheit von **Durchsuchungszeugen** stattfinden. Dies können, wenn die Durchsuchung ohne Beisein des Richters oder Staatsanwaltes stattfindet, **zwei Mitglieder der Gemeinde** sein. Richter oder Staatsanwalt waren bei der Durchsuchung nicht anwesend. Jedoch wohnten zwei Personen, die auf dem Nachbargrundstück wohnten, der Durchsuchung bei. Demnach fand die Durchsuchung gemäß § 105 Abs. 2 StPO statt. Fraglich ist, ob der **Einsatz eines Drogenspürhundes** rechtmäßig war, denn die **Art und Weise** der Durchsuchung muss **verhältnismäßig** sein (BVerfG NJW 1997, 2165; Joecks-StPO § 105 Rdnr. 7; Löwe-Rosenberg/Schäfer § 105 Rdnr. 58). **Zweck** der Durchsuchung war es, die Heizstrahler und den beheizbaren Raumteiler zu finden. Ein Drogenspürhund war jedoch nicht in der Lage, die gesuchten Gegenstände aufzuspüren. Demnach war er **kein geeignetes Mittel für den intendierten Durchsuchungszweck**. Der Einsatz des Hundes war schon aus diesem Grund **unverhältnismäßig**. Demnach war auch die Art und Weise der Durchführung der Durchsuchung rechtswidrig.

Der Antrag hat auch bezüglich des Einsatzes eines Drogenspürhundes Aussicht auf Erfolg.

- - - - -

Anmerkungen:

1) Die Definition, Eindringen sei das Betreten ohne den Willen des Berechtigten, unterscheidet sich von der h.M. nur bezüglich des Wortlautes nicht im Hinblick auf das Ergebnis (Sch/Sch/Lenckner/Sternberg-Lieben § 123 Rdnr. 11; Tröndle/Fischer § 123 Rdnr. 14).

2) Da es für den Gewahrsam nicht auf das rechtliche Dürfen, sondern nur auf das faktische Können ankommt, ist unerheblich, ob dem B etwa aufgrund eines Anwartschaftsrechts ein Recht zum Besitz zusteht (vgl. Sch/Sch/Eser § 242 Rdnr. 25).

3) Für eine solche Auslegung spricht auch, die Regelung in § 503 Abs. 2 S. 4 BGB, die man inhaltlich auch bei § 449 Abs. 2 BGB – dem Rücktritt durch den Verkäufer bei Vereinbarung eines Eigentumsvorbehalts – anwenden kann (MünchKomm/BGB-H.-P. Westermann § 449 Rdnr. 33).

4) Sollte sich der Prüfling mit der Frage der analogen Anwendung von § 1276 BGB befassen, ist dies positiv zu berücksichtigen.



5) *Nach dieser Ansicht würde beispielsweise eine Vereitelung des (besitzlosen) Vermieterpfandrechts durch Entfernung von Sachen des Mieters aus dessen Wohnung dem § 289 unterfallen.*

6) *Das Handeln zugunsten des Eigentümers ist objektives Tatbestandsmerkmal, das vom Vorsatz umfasst sein muss (SK-Hoyer § 289 Rdnr. 11).*

7) *Der Vorsatz (dolus eventualis) muss sich auf alle Merkmale des objektiven Tatbestandes erstrecken. Dabei ist keine richtige rechtliche Einordnung des fremden Rechts erforderlich. Vielmehr genügt das laienhafte Bewusstsein, dass ein fremdes Sicherungs- oder Nutzungsrecht besteht (OLG Düsseldorf NJW 1988, 115, 116; LK-Schüneman § 289 Rdnr. 23; SK-Hoyer § 289 Rdnr. 12). Zusätzlich erfordert der subjektive Tatbestand noch das Handeln in rechtswidriger Absicht, d.h. das Wissen des Täters, ein fremdes Recht zu verletzen. Ob dafür dolus directus 1. Grades (NK-Wohlers § 289 Rdnr. 15; SK-Hoyer § 289 Rdnr. 13) oder 2. Grades (Lackner/Kühl § 289 Rdnr. 4; Sch/Sch/Eser/Heine § 289 Rdnr. 9/10; Tröndle/Fischer § 289 Rdnr. 4; Wessels/Hillenkamp BT 2, Rdnr. 443) erforderlich ist, ist umstritten. Selbst wenn man Tatentschluss bezüglich aller objektiven Tatumstände bejahen sollte, wird es demnach jedenfalls an dieser Absicht des A fehlen.*

- - - - -