

- Illationstheorie: Gewahrsamswechsel erst bei Bergung der Beute.

Nach heute h.M. (MK/Schmitz § 242 Rn. 72; Fischer StGB § 242 Rn. 17) kommt diesen Theorien jedoch nur eine untergeordnete Bedeutung zu. Maßgeblich für die Beurteilung sind vielmehr alle Umstände des Einzelfalls. Insb. ist zu unterscheiden:

- Bei schwer beweglichen Gegenständen sowie bei Sachen, die wegen ihrer Vielzahl auffälligen Abtransports bedürfen, ist Gewahrsam erst begründet, wenn der Täter die Sache aus dem fremden Machtbereich herausgeschafft hat (BGH NStZ 1981, 435) oder wenn er sie aus ihm ohne Gefahr der Behinderung oder Entdeckung herauschaffen kann (BGHSt 16, 271, 276). Das Ergreifen sperriger Gegenstände in einem fremden Herrschaftsbereich bewirkt lediglich eine Gewahrsamslockerung.
- Bei unauffälligen, leicht fortzuschaffenden Gegenständen wie z.B. Geldscheinen, Münzen oder Schmuckstücken genügt ein Ergreifen und Festhalten sowie das Einstecken in die eigene Kleidung, eine Hand- oder Aktentasche für die Vollendung der Wegnahme (BGHSt 23, 254; 26, 24). Denn bereits durch das Einstecken im fremden Machtbereich verbringt der Täter diese kleinen Gegenstände in seine höchstpersönliche Tabusphäre (sog. Gewahrsamsenklave), die dem Zugriff des bisherigen Gewahrsamsinhabers entzogen ist (Rengier BT I § 2 Rn. 25).

Problematisch ist die Beobachtung der Tat durch Dritte.

- Teilweise (Sch/Sch/Eser § 242 Rn. 40) wird vertreten, dass die Beobachtung der Tat durch Dritte einem Gewahrsamswechsel entgegenstehe.

KK 166

- ⊕ Der auf frischer Tat ertappte Dieb wird regelmäßig ohne weiteres zur sofortigen Herausgabe der Sache bereit sein.
- ⊕ Ein neues, tatsächliches Herrschaftsverhältnis, aufgrund dessen der bisherige Gewahrsamsinhaber nicht mehr auf die Sache zugreifen kann, liegt nicht vor, wenn er aufgrund der Beobachtung noch in der Lage ist, die ihm durch §§ 127 I StPO; 859 II BGB eingeräumten Befugnisse noch tatsächlich auszuüben.
- Nach h.M. (BGHSt. 16, 271, 274; Rengier BT I § 2 Rn. 25; Fischer StGB § 242 Rn. 17; MK/Schmitz § 242 Rn. 73) hindert die Beobachtung des Geschehens die Vollendung der Wegnahme dagegen nicht.
 - ⊕ Die Mindermeinung wird der Bedeutung der körperlichen Tabusphäre nicht gerecht, in die Dritte nicht ohne weiteres eingreifen können. Die Beobachtung steht daher nicht dem Gewahrsamswechsel entgegen, sondern ermöglicht vielmehr nur, die Sache zurückzuerlangen.
 - ⊕ Diebstahl ist kein heimliches Delikt.

4. Subjektiver Unrechtstatbestand

Der subjektive Tatbestand des Diebstahls setzt neben dem Vorsatz die Absicht rechtswidriger Zueignung voraus. Die Zueignung der Sache ist also ins Subjektive verlagert, sodass es tatsächlich nicht zu einer solchen gekommen sein muss. Daher bezeichnet man den Diebstahl auch als Delikt mit überschießender Innentendenz (MK/Schmitz § 242 Rn. 102) bzw. als erfolgskupiertes Delikt (Roxin AT I § 10 Rn. 84).

KK 167

a) Vorsatz

Der Vorsatz muss sich auf alle Merkmale des objektiven Tatbestands beziehen. Sofern von dem „Bewusstsein“, dass die Sache im fremden Eigentum und Gewahrsam steht, gesprochen wird, ist zu beachten, dass *dolus eventualis* ausreicht. Bei der Fremdheit der Sache handelt es sich um ein normatives Tatbestandsmerkmal. Der Täter muss das Merkmal nach seinem rechtlich-sozialen Sinngehalt nach Laienart richtig erfasst haben (Parallelwertung in der Laiensphäre – vgl. dazu KK AT 142 f.).

b) Absicht rechtswidriger Zueignung

Ferner muss der Täter in Absicht rechtswidriger Zueignung gehandelt haben. Zueignungsabsicht meint die Absicht zumindest vorübergehender Aneignung sowie den (zumindest bedingten) Vorsatz dauerhafter Enteignung des Berechtigten (*Rengier* BT I § 2 Rn. 40).

aa) Aneignungsabsicht

Aneignung bedeutet die Anmaßung einer eigentümerähnlichen Herrschaftsmacht (*se ut dominum gerere*) über die Sache, indem der Täter die Sache dem eigenen Vermögen zumindest vorübergehend einverleibt (*Sch/Sch/Eser* § 242 Rn. 47; *Wessels/Hillenkamp* Rn. 136). Hinsichtlich der Aneignungskomponente ist Absicht i.S. *dolus directus* 1. Grades erforderlich (*Rengier* BT I § 2 Rn. 40).

Die Veräußerung der Sache ist typischer Fall der Anmaßung einer eigentümerähnlichen Stellung. Unstreitig ist dies jedenfalls für den Fall, dass der Dieb die Sache als ihm gehörig und damit unter Leugnung der wahren Eigentumslage veräußern will. Wer die Absicht hat, eine Sache als eigene zu verkaufen, muss denklogisch die Sache zunächst dem eigenen Vermögen einverleiben wollen.

KK 168

Gleiches gilt für den Fall, dass die Veräußerung zwar nicht unter Leugnung der wahren Eigentumslage, jedoch an einen Dritten (und nicht den wahren Eigentümer; vgl. dazu KK 178 ff.) erfolgen soll. Anderenfalls könnte sich ein Dieb mit der Behauptung entlasten, er habe von Anfang an vorgehabt, die Sache an einen (bösgläubigen) Hehler zu veräußern (*Wessels* NJW 1965, 1153, 1157).

Die Aneignungskomponente grenzt den Diebstahl von der Sachbeschädigung (§ 303 StGB) und der straflosen Sachentziehung ab.

- Wer eine fremde Sache beschädigt, geriert sich zwar auch als Eigentümer der Sache, er überführt diese jedoch nicht in das eigene Vermögen.
- Bei der schlichten Sachentziehung soll der Eigentümer lediglich von der Nutzung ausgeschlossen werden, ohne dass eine eigene Nutzungsabsicht des Täters besteht (z.B.: T entwendet, um seiner sonntäglichen Ruhe willen, den Rasenmäher seines mähwütigen Nachbarn).

Die Aneignungskomponente ist aber zu bejahen, wenn

- die Sache zuvor eigennützig verwendet werden soll (z.B. Entwenden einer Axt, um sie nach dem Fällen eines Baumes im Wald liegen zu lassen) oder
- die Sachvernichtung im eigennützigen Verbrauch der Sache durch den Täter besteht (z.B. Verbrennen von Holz).

KK 169

bb) Enteignungsvorsatz

Enteignung bedeutet die dauerhafte Verdrängung des Berechtigten aus seiner Sachherrschaftsposition (MK/Schmitz § 242 Rn. 110; Joecks vor § 242 Rn. 22). Hinsichtlich der Enteignungskomponente genügt dolus eventualis (Rengier BT I § 2 Rn. 40).

Die Enteignungskomponente grenzt den Diebstahl zur grundsätzlich straflosen Gebrauchsanmaßung (furtum usus) ab. Bei diesem besteht nur der Wille zum vorübergehenden Ausschluss des Berechtigten von der Sachherrschaft; nach der Nutzung soll die Sache wieder an den Berechtigten zurückgelangen.

Da die Zueignungsabsicht im Zeitpunkt der Wegnahme gegeben sein muss, schließt ein Rückführungswille im Zeitpunkt der Wegnahme einen Diebstahl unabhängig davon aus, ob die Sache letztlich tatsächlich an den Eigentümer zurückgelangt.

Da hinsichtlich der Enteignungskomponente bereits Eventualvorsatz genügt, liegt Diebstahl dann vor, wenn die Wegnahme erwiesenermaßen von dem Willen getragen war, die Sache nach dem Gebrauch wahllos preiszugeben und es dem Zufall zu überlassen, ob, wann und in welchem Zustand der Eigentümer es zurückbekommen würde (BGH NStZ 1982, 420).

Teilweise (OLG Celle NJW 1967, 1921, 1922) wird die Enteignung damit begründet, dass die Sache für den Eigentümer funktionsuntauglich geworden sei, da er sie nicht mehr als neue verkaufen könne. Das kann allerdings nur dann gelten, wenn bereits aufgrund der vorübergehenden Benutzung aus dem fabrikneuen Gegenstand eine nur noch zu einem reduzierten Preis verkäufliche Gebrauchssache wird, wie es etwa bei Kraftfahrzeugen der Fall ist; ein zurückgegebenes „Buch zur Ansicht“ kann hingegen noch als neues Buch zu verkaufen sein (Joecks vor § 242 Rn. 33). Will der

KK 170

Täter die Sache jedoch so besonders intensiv und/oder lange gebrauchen, dass ihre Funktionstauglichkeit aufgehoben oder sie wirtschaftlich wertlos wird, ist eine Zueignung zu bejahen. Das Enteignungselement liegt in der Abnutzung bis zur Funktionsunfähigkeit bzw. in der wirtschaftlichen Entwertung.

cc) Gegenstand der Zueignung

Gegenstand der Zueignung kann jedenfalls die Sache selbst in ihrer Substanz sein. Nach h.M. (sog. Vereinigungstheorie, vgl. RGSt 61, 228, 233; BGHSt. 24, 115, 119; Wessels/Hillenkamp Rn. 133, 135; Rengier BT I § 2 Rn. 41; LK/Ruß § 242 Rn. 48) kann Gegenstand der Zueignung aber auch der Sachwert sein.

Bsp.: T nimmt das Sparbuch der O an sich, um davon bei der Bank € 500 abzuheben. Nach der Abhebung will er das Sparbuch wieder zurücklegen.

- Kein Enteignungsvorsatz hinsichtlich der Sachsubstanz: sie soll an den Eigentümer des Sparbuchs (das ist O als Forderungsinhaberin, vgl. § 952 BGB) zurückgelangen.
- Aber hinsichtlich des Sachwerts ist Enteignungsvorsatz gegeben, da der im Sparbuch verkörperte Wert wegen der schuldbefreienden Leistung der Bank (vgl. § 808 BGB) i.H.v. € 500 dauerhaft entzogen werden soll.

KK 171

Hinsichtlich der Reichweite des zueignungsfähigen Sachwerts lassen sich zwei Positionen unterscheiden:

- Nach h.M. (BGH NJW 1988, 979, 979 f.; *Wessels/Hillenkamp* Rn. 133, 135; *Rengier* BT I § 2 Rn. 51; LK/Ruß § 242 Rn. 49) kann Gegenstand der Zueignung nur der in der Sache verkörperte Wert sein (lucrum ex re; restriktiver Sachwertbegriff).
 - Nach a.A. (OLG Frankfurt NJW 1962, 1879, 1879 f.; OLG Hamm NJW 1964, 1427, 1428 f.) soll dagegen auch der Wert, der mit der Sache erzielt werden kann, Gegenstand der Zueignung sein können (lucrum ex negotio cum re; extensiver Sachwertbegriff).
- ⊖ Der Diebstahl wird vom Eigentums- faktisch in ein Vermögensdelikt umgedeutet.
- ⊖ Unterlaufen der grundsätzlichen Straflosigkeit des bloßen furtum usus.

Beispiele:

(1) Dienstmützen-Fall (BGHSt. 19, 387; OLG-Frankfurt NJW 1962, 1879; vgl. auch *Wessels/Hillenkamp* Rn. 176 ff.): T stiehlt dem Kameraden „dessen“ Dienstmütze aus dem Spind, um sie bei seiner Ausmusterung als „seine“ abzugeben, um die Zahlung von Schadensersatz für die verlorene „eigene“ Dienstmütze abzugeben.

- Substanz: Die Sache soll unter Anerkennung des Eigentums an den Eigentümer, die Bundesrepublik, zurückgelangen.
- Sachwert: Der Schadensersatzanspruch, um dessen Abwendung des T geht, ist kein in der Sache selbst verkörperter Wert, und ist daher nur vom extensiven Sachwertbegriff umfasst.

KK 172

(2) T nimmt die EC-Karte des O an sich. Nach Abheben des Geldes mittels der EC-Karte will T die Karte wieder zurücklegen (vgl. dazu BGHSt. 35, 152, 156 ff.; *Rengier* BT I § 2 Rn. 54; *Wessels/Hillenkamp* Rn. 166).

- Substanz: Die Sache soll unter Anerkennung des Eigentums an den Eigentümer O zurückgelangen.
- Sachwert: Das Kontoguthaben ist kein in der Sache verkörperter Wert. Während das Sparbuch auch – äußerlich sichtbar – den Wert der in ihr verbrieften Forderung verkörpert, fungiert die EC-Karte lediglich als „Zugangsschlüssel“ zum Geld im Automaten. Der EC-Karte sieht man den Kontostand nicht an.

(3) Finderlohn-Fall (*Rengier* BT I § 2 Rn. 57; vgl. auch *Wessels/Hillenkamp* Rn. 173 ff.): T entwendet den MP3-Player eines Kollegen, um sich später als Finder auszugeben und einen Finderlohn zu kassieren.

- Substanz: T hat sich zu keinem Zeitpunkt eine Eigentümerstellung angemaßt. Er wollte sich lediglich als Finder ausgeben und damit den vorübergehenden Fremdbesitz wirtschaftlich nutzen, nicht jedoch über den MP3-Player wie ein Eigentümer verfügen. Daher keine Aneignungsabsicht (anders wäre aber zu entscheiden, wenn T die Absicht gehabt hätte, den MP3-Player bis zur Rückgabe an den Eigentümer zum Musikhören und damit wie ein Eigentümer selbst zu nutzen; die vorübergehende Einverleibung ins eigene Vermögen genügt für eine Aneignung).
- Sachwert: Die Verwendbarkeit einer Sache zu Betrugszwecken verkörpert nicht den ihr bestimmungsgemäß innewohnenden Wert. Mit anderen Worten: Der MP3-Player ist nach Zah-

KK 173

lung des Finderlohnes nicht weniger wert (anders das Sparbuch nach einer Auszahlung); daher war der Finderlohn kein im MP3-Player verkörperter Wert; keine Aneignung des Sachwertes.

dd) Selbst- und Drittzeignung

Bis 1998 erfasste § 242 StGB nur die Selbstzeignungsabsicht. Erst das 6. StrRG führte die Strafbarkeit der Drittzeignungsabsicht ein. Auch wenn die Abgrenzung zwischen Selbst- und Drittzeignungsabsicht nicht mehr über Strafbarkeit und Straflosigkeit entscheidet, so ist sie dennoch für die Strafzumessung von Bedeutung.

- Will der Täter die Sache für sich selbst behalten, liegt unproblematisch eine Selbstzeignung vor.
 - Will der Täter die Sache an Dritte weitergeben, so liegt darin grds. nur dann eine Selbstzeignung, wenn der Täter entweder entgeltlich über die Sache verfügt oder bei unentgeltlicher Verfügung eigene Aufwendungen aus dem eigenen Vermögen erspart (*Wessels/Hillenkamp* Rn. 154; *Sch/Sch/Eser* § 242 Rn. 57; *LK/Ruß* § 242 Rn. 65).
 - Teilweise (*Rudolphi GA* 1965, 33, 42 f.; *Tenckhoff JuS* 1980, 723, 725 f.) wurde vor der Gesetzesreform in jeder Drittzeignung auch eine Selbstzeignung gesehen.
- ⊕ Eine Sache kann keinem Dritten zugeeignet werden, ohne sie zuvor nicht sich selbst zugeeignet zu haben.
- ⊖ Dieser Standpunkt war erkennbar von dem Bemühen geprägt, Strafbarkeitslücken bei Drittzeignungsabsicht zu schließen. Dazu besteht heute kein Bedürfnis mehr.

KK 174

- ⊖ War diese Auffassung im Hinblick auf die Existenz der Drittbereicherungsabsicht in §§ 253, 263 StGB schon nach alter Rechtslage zweifelhaft, ist sie mit der geltenden Rechtslage offenkundig unvereinbar. Die Existenz der Drittzeignungsabsicht belegt, dass nicht in jeder beabsichtigten Zuwendung an den Dritten schon eine Selbstzeignung liegen kann.
- Demgegenüber ging die Rspr. (BGHSt. 4, 236, 238; 17, 88, 92 f.; BGH NJW 1985, 812, 812; BGH NSTZ 1994, 542; zust. *LK/Ruß* § 242 Rn. 65) vor der Reform davon aus, dass für eine Selbstzeignungsabsicht bereits genüge, dass der Täter einen irgendwie gearteten unmittelbar oder mittelbar mit der Nutzung der Sache verbundenen wirtschaftlichen Vorteil für sich selbst mit der Weitergabe an Dritte erstrebe.
 - ⊖ Die Einbeziehung mittelbarer Vorteile aus der Nutzung der Sache läuft in der Sache auf den abzulehnenden (s.o.) extensiven Sachwertbegriff hinaus.
 - ⊖ Angesichts der heutigen Rechtslage besteht für dieses ausgedehnte Verständnis heute kein Bedürfnis mehr.

Infolge des 6. StrRG erheblich an Bedeutung verloren hat die Problematik um die Annahme mittelbarer Täterschaft beim absichtslos dolosen Werkzeug. Das diskutierte Bedürfnis für die Annahme einer mittelbaren Täterschaft resultierte bis dahin eben daraus, dass die Zeignungsdelikte damals nur eine Selbst-, aber keine Drittzeignungsabsicht kannten.

Bsp.: H fordert den V auf, für ihn die wertvolle Vase des O zu stehlen.

KK 175

- Da das Gesetz damals nur die Selbstzueignungsabsicht kannte, war das Verhalten des V nicht tatbestandsmäßig, da es V nicht darauf ankam, „sich“ die Sache zuzueignen, sondern vielmehr darauf, die Sache einem Dritten – dem H – zuzueignen. Eine an sich sachgerechte Bestrafung des H als Anstifter scheiterte sodann auch an der fehlenden Haupttat des V (vgl. dazu ausführlich *Roxin* AT II § 25 Rn. 153 ff.; *Wessels/Hillenkamp* 153 f.).
- Zur Vermeidung dieses unbilligen Ergebnisses wurde H von der Rspr. (RGSt. 39, 37; BGHSt. 41, 187) und der ihr folgenden Literatur (*Wessels/Beulke* Rn. 537; *Sch/Sch/Cramer/Heine* § 25 Rn. 18) als mittelbarer Täter eines Diebstahls (§§ 242, 25 I Alt. 2 StGB) angesehen, an dem V als Gehilfe (§§ 242, 27 StGB) beteiligt war. Auch hier wurde die Tatherrschaft des H normativ begründet:
 - ⊕ H habe deshalb eine beherrschende Stellung im Tatgeschehen, weil er die Absicht habe, von deren Vorliegen die Begehung der Absichtsstraftat abhängig ist.
 - ⊖ Allein das Fehlen einer bestimmten Absicht beim ansonsten voll verantwortlich handelnden Vordermann begründet noch keine Beherrschungs- und Steuerungsmöglichkeit des Hintermanns. Von einer Tatherrschaft des H kann somit keine Rede sein. Das „Maß an Steuerung“ der Tat geht nicht über die bloße Anstiftung hinaus.
 - ⊖ Anders als bei den Sonderdelikten begründet eine schlichte Absicht des Hintermanns noch keine Zuständigkeit für die Vermeidung der Tatbestandsverwirklichung.
- Daher war eine mittelbare Täterschaft in der Konstellation des absichtslos dolosen Werkzeugs nach h.L. (*Roxin* AT II § 25 Rn. 153; *Kindhäuser* AT § 39 Rn. 20; *Gropp* § 10 Rn. 59; *Stratenwerth/Kuhlen* § 12 Rn. 37) abzulehnen.

KK 176

- Da nun auch die Drittzueignungsabsicht genügt, könnte V heute als unmittelbarer Täter eines Diebstahls in Drittzueignungsabsicht (§ 242 StGB) bestraft werden. Eine sachgerechte Bestrafung des H wegen Anstiftung zum Diebstahl (§§ 242, 26 StGB) wäre ebenso möglich. Der streitigen Konstruktion einer mittelbaren Täterschaft bedarf es insoweit nun nicht mehr.

Gleichwohl hat die Fallgruppe des absichtslos dolosen Werkzeugs seine Bedeutung nicht vollständig verloren. Die Frage ihrer Anerkennung kommt dann weiterhin zum Tragen, wenn der Vordermann bei der Drittzueignungsabsicht nicht mit der erforderlichen Absicht handelt, sondern lediglich mit *dolus directus* 2. Grades oder *dolus eventualis* (vgl. dazu *Gropp* § 10 Rn. 58a).

Bsp.: H veranlasst den V, er möge ihm die wertvolle Vase des O bringen, damit H sie zerstören könne. Tatsächlich will H die Vase für sich behalten. V hält zwar für möglich, dass H ihn angelogen hat und die wertvolle Vase behalten will, gleichwohl führt der V die Tat aus. Ihm kommt es dabei lediglich darauf an, seinen Feind O zu schädigen.

V handelt hier hinsichtlich einer Drittzueignung lediglich bedingt vorsätzlich und nicht – wie vom Gesetz gefordert – absichtlich. Vielmehr liegt die erforderliche Zueignungsabsicht nur bei H vor. Damit ist auch in dieser Konstellation eine mittelbare Täterschaft des H unter Einsatz von V als absichtslos dolosem Werkzeug zu diskutieren.

KK 177

ee) Problemfall Rückverkauf an den Eigentümer

Bei diesen sog. Rückveräußerungs-Fällen lassen sich zwei Fallgestaltungen unterscheiden:

(1) In der ersten Konstellation erfolgt die Wegnahme einer fremden Sache in der Absicht, sie als dem Eigentümer gehörende Sache dem betroffenen Eigentümer zum Kauf, zum Tausch oder zur Erfüllung einer Verbindlichkeit anzubieten.

Bsp.: D entwendet ein unverkäufliches Gemälde und bietet es dem Eigentümer zum Rückkauf an.

- Aneignungsabsicht: (-), da der Täter die Sache nicht als eigene anbietet, sie also auch nicht zunächst seinem eigenen Vermögen einverleiben muss (a.A. *Mitsch* BT I § 1 Rn. 123 mit dem Argument, dass es nicht darauf ankommt, ob der Täter sich als Eigentümer ausgibt, sondern darauf, ob er sich eine eigentümergeleiche Verfügungsmacht anmaßt). Der Verkaufserlös ist kein der Sache innewohnender Wert.
- Enteignungsvorsatz: (-), da die Rückgabe nicht unter Verschleierung der wahren Eigentumsverhältnisse erfolgt (*Rengier* BT I § 11 Rn 45; vgl. auch AG Flensburg NSTz 2006, 101, 101 f.).

(2) In der zweiten Konstellation erfolgt die Wegnahme einer fremden Sache in der Absicht, sie als angeblich eigene dem wahren Eigentümer zum Kauf, zum Tausch oder zur Erfüllung einer Verbindlichkeit anzubieten.

Bsp.: D verkauft dem O ein Handy. Kurz darauf nimmt er es dem O weg, damit er es ihm anschließend ein weiteres Mal verkaufen und den Kaufpreis einstreichen kann.

KK 178

- Aneignungsabsicht: (+), da der Täter beabsichtigt, die Sache als eigene anzubieten, sie also denklösig zunächst dem eigenen Vermögen einzuverleiben und zwar der Substanz nach, da die Sache in ihrem Wert unverändert bleibt.
- Enteignungsvorsatz (+ [h.M.]): Problematisch ist, dass der Vorsatz sich auf eine dauerhafte Enteignung beziehen muss. Der Eigentümer soll die Sache – auf lange Sicht gesehen – jedoch gerade zurückerhalten. Die h.M. (*Wessels/Hillenkamp* Rn. 159; *Rengier* BT I § 2 Rn. 62; *Krey/Hellmann* Rn. 73 f. NK/*Kindhäuser* § 242 Rn. 101, 121) bejaht den Enteignungsvorsatz, da die Sache nicht unter Anerkennung, sondern gerade unter Leugnung des Eigentums zurückgelangen soll. Nach a.A. (*Mitsch* BT I § 1 Rn. 115) soll lediglich ein strafloser *furtum usus* zur Vorbereitung eines Betrugs vorliegen. Dabei wird aber verkannt, dass die Wesensmerkmale des *furtum usus* (Respektierung fremden Eigentums, Fremdbesitzerwille) nicht vorliegen und dem Eigentümer durch den Rückverkauf der Sache als fremde der wirtschaftliche Wert der Sache endgültig entzogen wird (vgl. *Wessels/Hillenkamp* Rn. 159).

ff) Problemfall Leergut

In diesen Konstellationen stiehlt der Täter in einem Getränkemarkt Leergut, um es im selben Markt als eigenes Pfandgut zurückzugeben. Die Lösung hängt von der Art des Leerguts ab (vgl. auch *Rengier* BT I § 2 Rn. 62a m.w.N.):

- Handelt es sich um standardisiertes Leergut, wird stets auch das Eigentum am Leergut bei allen Rechtsgeschäften mit übertragen. Hier verläuft die Lösung daher letztlich parallel zu den Rückveräußerungsfällen (s.o.).

KK 179

- Handelt es sich dagegen um individualisiertes Leergut eines einzelnen Getränke-Herstellers, das auch als solches erkennbar ist, verbleibt die Flasche stets im Eigentum des Herstellers. Dem dies erkennenden Täter fehlt es daher am dauernden Enteignungsvorsatz, da er die Sache weder in ihrer Substanz noch ihrem Wert nach dem Eigentümer dauerhaft vorenthalten will.

gg) Problemfall Pseudoboten oder Warenpakete

In diesen Problemfällen entwendet der Täter vom Verkäufer bereitgestellte Ware, um sich gegenüber dem Käufer als Warenlieferant auszugeben und so den Kaufpreis vom Verkäufer zu erlangen und für sich zu behalten.

- Aneignungsabsicht: Für das Vorliegen der Aneignungsabsicht spricht, dass T unter Anmaßung der Rechte des Eigentümers handeln und für eigene Rechnung über die Sache verfügen will (*Wessels NJW 1965, 1153, 1157; Tenckhoff JuS 1980, 723; Otto Jura 1996, 383, 385*). Dagegen wird teilweise (*Thoss JuS 1996, 817*) eingewandt, T maße sich mangels Eigentumsleugnung keine eigentümerähnliche Stellung, sondern nur den Gebrauch der Sache zu Täuschungszwecken an, wolle diese selbst seinem Vermögen jedoch nicht einverleiben. Wird dem gefolgt, muss man dennoch eine Dritzueignungsabsicht bejahen. Denn dass K das Paket erhält, ist notwendiges Zwischenziel, um den Kaufpreis zu kassieren.
- Enteignungsvorsatz: Für das Vorliegen des Enteignungsvorsatzes spricht, dass T die Eigentumsordnung nicht akzeptiert, da es nur das Recht des V ist, das Paket auszuliefern und zu kassieren. Weitergabe der Sache gegen Geld genüge. Auftreten in fremdem Namen spiele keine Rolle (*BayObIG JR 1965, 26; Wessels NJW 1965, 1157; Tenckhoff JuS 1980, 723; Ot-*

KK 180

to Jura 1996, 383, 385). Gegen einen Enteignungsvorsatz wird eingewandt, dass T die Eigentumsordnung respektiere, weil er nur das tue, was dem Verkäufer obliege (*Sch/Sch/Eser § 242 Rn. 50; Schröder JR 1965, 27 f; Rudolphi JR 1985, 253; Thoss JuS 1996, 817*).

Stellungnahme: Auf die Frage, ob T die Eigentumsordnung respektiert, kommt es, soweit es den Enteignungsvorsatz betrifft, nicht an. T hat nämlich gar nicht vor, dem Eigentümer (dies ist V) die Sache zurückzugeben. Dieser soll vielmehr dauernd und endgültig aus seiner Position (zugunsten des K) verdrängt werden. Ob K einen einredereifen und fälligen Anspruch auf Übereignung des Warenpakets hat, ist allein für die Frage der „Rechtswidrigkeit“ der Zueignung relevant, lässt den Enteignungsvorsatz jedoch unberührt (zutreffend *Mitsch BT I § 1 Rn. 118*).

Zum Verständnis: Bei dem „Respektieren der Eigentumsordnung“ handelt es sich um ein Korrektiv, um trotz der Tatsache, dass der wahre Eigentümer die Sache letztlich zurückerhält und es insoweit an einer dauernden und endgültigen, faktischen Verdrängung desselben aus seiner Eigentumsposition fehlt, einen Enteignungsvorsatz annehmen zu können. Kritisch zu diesem Korrektiv der h.M. *Mitsch BT I Rn. 115: § 242 StGB* ist nur insoweit ein Vermögensdelikt, als mit der Eigentumsverletzung auch eine Vermögensschädigung einhergeht. Die h.M. überschreite die Grenze zum reinen Vermögensschutz.

hh) Bedingungen

Macht der Täter die Aneignung oder die Enteignung von Bedingungen abhängig, ist Zueignungsabsicht nicht generell ausgeschlossen. Wie beim hinreichenden Tatentschluss beim Versuch ist hinreichende Zueignungsabsicht auch dann gegeben, wenn der Täter die Zueignung von bestimmten, äußeren Umständen abhängig macht (z.B. Bedingung, dass ein bestimmter Titel auf der wegge-

KK 181

nommenen CD enthalten ist), auf deren Eintritt er keinen Einfluss hat (*Rengier* BT I § 2 Rn. 84). Denn bedingt ist dann nicht der Wille zur Zueignung als solcher, sondern vielmehr die Ausführbarkeit der Zueignung.

Davon zu trennen ist der Fall, in dem die letztgültige Entscheidung über das „ob“ der Zueignung noch nicht gefallen ist (*Rengier* BT I § 2 Rn. 84). Das ist z.B. dann der Fall, wenn der Täter im Moment der Wegnahme noch unentschlossen ist und sich erst zu Hause überlegen will, ob er sie sofort zurückgibt oder behält. Behält der Täter die Sache nach Abschluss seiner Überlegungen, kommt nur § 246 StGB in Betracht.

Eine objektive Bedingung, die der Zueignungsabsicht nicht entgegensteht, liegt auch im Fall der eigenmächtigen Inpfandnahme vor. Dabei nimmt der Täter seinem Schuldner eine Sache weg, um sie als Druckmittel zur Durchsetzung seiner Forderung einzusetzen. Im Ergebnis kommt es hier auf die Bedingung der Rückgabe (Begleichen der Forderung) nicht an, da der Täter in diesen Fällen keine Aneignungsabsicht hat. Er will weder die Sache in ihrer Substanz noch den in ihr verkörperten Sachwert (*lucrum ex re*) in sein Vermögen einverleiben (BGH NStZ-RR 1998, 235, 236; *Rengier* BT I § 2 Rn. 85; NK/*Kindhäuser* § 242 Rn. 82).

c) Rechtswidrigkeit der Zueignung

Die Rechtswidrigkeit der Zueignung ist ein objektiv zu bestimmendes Tatbestandsmerkmal (*Rengier* BT I § 2 Rn. 86), das jedoch wegen ihres ins Subjektive verlagerten Anknüpfungspunkts (scil. der Zueignungsabsicht) erst im subjektiven Tatbestand geprüft wird. Da es sich um ein objektives Tatbestandsmerkmal handelt, muss es vom Vorsatz des Täters umfasst sein (*Wessels/Hillenkamp* Rn. 190).

KK 182

An der Rechtswidrigkeit der Zueignung fehlt es, wenn der Täter einen fälligen und einredefreien Übereignungsanspruch gegen den Eigentümer gerade hinsichtlich der weggenommenen Sache hatte (*Wessels/Hillenkamp* Rn. 187; *Rengier* BT I § 2 Rn. 86).

aa) Stück- und Gattungsschulden

Ein entsprechender Anspruch kommt grds. nur bei Stückschulden in Betracht. Denn nur hier hat der Täter Anspruch gerade auf diese eine konkrete Sache. Wird – wie regelmäßig – nur eine der Gattung nach bestimmte Sache geschuldet, so steht dem Schuldner gem. § 243 I BGB ein Auswahlrecht zu, welche Sache aus der Gattung er zur Erfüllung der Verbindlichkeit einsetzen will. Nimmt der Täter eine Sache aus der Gattung weg, bleibt die Zueignung rechtswidrig.

Bsp.:

- V verkauft dem K ein seltenes Schmuckstück, nachdem K sie auf Qualität und Unversehrtheit geprüft hatte. Gegenstand des Kaufvertrags ist nach den Umständen nur dieses Schmuckstück. K hat einen Übereignungsanspruch gegen V auf genau dieses Schmuckstück. Nimmt K dem V dieses nach Kaufpreiszahlung weg, ist die Zueignung nicht rechtswidrig.
- K bestellt und bezahlt bei V Standardschmuck. Hier liegt nach den Umständen eine Gattungsschuld vor, bei der K nur einen Anspruch auf Übereignung eines Standardschmuckstücks (mindestens) mittlerer Art und Güte (vgl. § 243 I BGB), nicht aber eines ganz konkreten einzelnen Stücks hat. Nimmt der K daher ein Standardschmuckstück weg, nachdem V nicht liefert, ist die Zueignung rechtswidrig.

KK 183

bb) Sonderfall: Geldschuld

Auf die Frage nach Stück- oder Gattungsschuld kommt es nur an, wenn der Täter die Ware bereits bezahlt hat, oder der Schuldner vorleistungspflichtig ist. Denn sonst besteht noch kein einredefreier Anspruch, da der Verkäufer sonst die Einrede des nicht erfüllten Vertrags (§ 320 BGB) erheben kann.

Problematisch ist, wenn der Täter einen Anspruch auf Geld hat. Geldschulden sind Gattungsschulden.

- Weil Geldschulden Gattungsschulden sind, geht die Rspr. (BGHSt. 17, 87, 88 ff.; BGH StV 2000, 78) davon aus, dass die Zueignung in diesem Fall rechtswidrig sein soll.
- Die h.L. (*Wessels/Hillenkamp* Rn. 189; *Rengier* BT I § 2 Rn. 90; *Sch/Sch/Eser* § 242 Rn. 59) hält dem entgegen, dass dem Auswahlrecht des Schuldners bei Geldschulden nur eine formale Bedeutung zukommt. Da man nicht zwischen „gutem“ und „schlechtem“ Geld unterscheiden kann, und es stets nur auf die in dem Geldschein verkörperte Wertsumme ankommt, ist das Auswahlrecht des Geldschuldners (wirtschaftlich) sinnlos. Nach dieser sog. Wertsummentheorie entfällt die Rechtswidrigkeit der Zueignung schon dann, wenn der Täter einen Anspruch auf die Wertsumme des weggenommenen Geldes hat.

cc) Irrtum

Nimmt der Dieb irrig an, er habe einen fälligen Anspruch auf Übereignung der weggenommenen Sache, so liegt wegen des Fehlens der erforderlichen Parallelwertung in der Laiensphäre ein Tatbestandsirrtum (§ 16 StGB) vor (*Wessels/Hillenkamp* Rn. 190).

KK 184

Nach der Rspr. (BGH GA 1968, 121; NStZ 1988, 216; StraFo 2005, 433) soll im Fall der Geldschulden ein Tatbestandsirrtum nach § 16 StGB vorliegen, wenn der Täter irrig annimmt, die Rechtswidrigkeit der Zueignung liege deshalb nicht vor, weil er auch bei Gattungsschulden einen Anspruch auf die Sache habe. Diese Rspr. ist erkennbar von dem Bemühen getragen, eine ungerechtfertigte Bestrafung wegen der Verletzung eines bloß formalen Auswahlrechts des Schuldners zu vermeiden. Denn die Fehlvorstellung, dass ein Anspruch auf die konkrete Sache auch bei Gattungsschulden bestehe, ist wohl eher als Verbotsirrtum einzustufen (so auch *Wessels/Hillenkamp* Rn. 190).

5. Strafverfolgungsvoraussetzungen (§§ 247, 248a StGB)**a) Haus- und Familiendiebstahl (§ 247 StGB)**

Gem. § 247 StGB wird die Tat nur auf Antrag verfolgt, wenn durch einen Diebstahl oder eine Unterschlagung ein Angehöriger, der Vormund oder der Betreuer verletzt wird oder der Verletzte mit dem Täter in häuslicher Gemeinschaft lebt. Im Umkehrschluss zu § 248a StGB gilt dies für alle Formen des Diebstahls, also auch den besonders schweren Fall (§ 243 StGB) sowie die Qualifikationen nach §§ 244, 244a StGB.

Weil nur der Verletzte einen Strafantrag stellen kann, handelt es sich um ein reines Antragsdelikt.

Der Begriff des Angehörigen ist in §11 I Nr.1 StGB legaldefiniert; zum Vormund vgl. §§ 1773 ff. BGB; zum Betreuer §§ 1896 ff BGB.

Eine häusliche Gemeinschaft ist jede auf freiwilligem Entschluss beruhende und auf ein Zusammenleben von gewisser Dauer angelegte Wohngemeinschaft (BGHSt. 29, 54, 56 f.; *Rengier* BT I § 6 Rn. 2).

KK 185

Antragsberechtigt ist der Verletzte (§ 77 I StGB). Das ist jedenfalls der Eigentümer und nach h.M. auch der bisherige Gewahrsamsinhaber (vgl. Ausführungen zum Rechtsgut).

Sobald nur ein Verletzter in keinem der genannten Verhältnisse zum Täter steht, ist die Tat auch ohne Antrag verfolgbar (MK/Hohmann § 247 Rn. 11; LK/Ruß § 247 Rn. 3).

b) Diebstahl und Unterschlagung geringwertiger Sachen (§ 248a StGB)

Der Diebstahl und die Unterschlagung geringwertiger Sachen werden gem. § 248a StGB in den Fällen der §§ 242 und 246 nur auf Antrag verfolgt, es sei denn, dass die Strafverfolgungsbehörde wegen des besonderen öffentlichen Interesses an der Strafverfolgung ein Einschreiten von Amts wegen für geboten hält.

Hierbei handelt es sich um ein relatives Antragsdelikt, da die Strafverfolgung auch bei Bejahung des besonderen öffentlichen Interesses möglich ist.

Für die Geringwertigkeit ist der objektive Verkehrswert der Sache im Tatzeitpunkt entscheidend (Rengier BT I § 6 Rn. 3; Wessels/Hillenkamp Rn. 311). Der Grenzwert dürfte heute bei ca. € 50 liegen (OLG Zweibrücken NStZ 2000, 536; MK/Hohmann § 248a Rn. 6).

Nach h.M. (BGHSt. 26, 104, 106; Wessels/Hillenkamp Rn. 310; Lackner/Kühl § 248a Rn. 4; a.A. MK/Hohmann § 248a Rn. 2) stellt der besonders schwere Fall des Diebstahls nach §§ 242, 243 StGB keinen Fall des § 242 StGB i.S.d. § 248a StGB mehr dar.