

§ 25: Diebstahl (§ 242 StGB)

I. Einführung in die Vermögensdelikte

Vermögensdelikte sind diejenigen Straftaten, die sich gegen das Vermögen oder einzelne Vermögenswerte eines Einzelnen richten (*Wessels/Hillenkamp* Rn. 1).

1. Einteilung

Unter den Delikten gegen das Vermögen (als Ganzes) werden zwei Gruppen zusammengefasst (vgl. auch *Rengier* BT I § 1 Rn. 2):

- Delikte gegen das Eigentum.
- Delikte gegen das Vermögen im engeren Sinne.

Ergänzt wird der strafrechtliche Schutz um Delikte gegen spezielle Vermögenswerte, an denen man nach dem deutschen Zivilrecht kein Eigentum erwerben kann (z.B. Energie – § 248c StGB).

Das Eigentum ist ein spezifischer Bestandteil des Vermögens, das durch das Strafrecht gesondert geschützt wird. Der wesentliche Unterschied zu den Vermögensdelikten im engeren Sinne liegt darin, dass sie das Eigentum als solches schützen, d.h. unabhängig davon, ob die im Eigentum einer Person stehende Sache noch einen Wert hat oder völlig wertlos ist. Bei den Vermögensdelikten im engeren Sinne ist dagegen ein Vermögensschaden erforderlich, an dem es bei einem wertlosen Tatobjekt fehlt.

KK 147

Übersicht über die Vermögensdelikte

Delikte gegen bestimmte Vermögensbestandteile

Vermögensdelikte i.e.S. Kennzeichen: Vermögensschaden

Eigentumsdelikte (Tatobjekt: fremde Sache)	Delikte gegen sonst. spezielle Vermögenswerte	
<u>Schutz vor:</u> - Tauglichkeitsminderung: §§ 303 ff. - Zueignung durch: - Wegnahme: §§ 242 ff. - Zueignungsakt: § 246 - Wegnahme unter Einsatz von Nötigungsmitteln: §§ 249 ff.	- elektrische Energie: § 248c - Gebrauchsanmaßung bei Kfz/Rad: § 248b - Gebrauchsanmaßung bei Pfandsachen: § 290 - Verletzung des Jagdrechts: § 292 - Beeinträchtigung von Gläubigerrechten: §§ 288 f.	<u>Schutz vor:</u> - täuschungsbedingter Selbstschädigung: § 263 (verwandte Fälle: §§ 263a, 265, 265a) - nötigungsbedingter Selbstschädigung: §§ 253, 255 - Befugnismissbrauch/Treueverletzung: § 266 (ähnliche Fälle: §§ 266a, 266b) - Vertiefung rechtswidriger Vermögenslagen: § 259

KK 148

1. Zivilrechtsbindung

Die Vermögensdelikte sind durch ihre enge Zivilrechtsbindung gekennzeichnet. Zivilrechtliche Vorfragen sind daher ggf. inzident zu prüfen und oft auch fallentscheidend.

Bsp. der Zivilrechtsbindung:

- Das Bestehen eines fälligen und einredefreien Anspruchs entscheidet über die Rechtswidrigkeit der Zueignung (bei § 242 StGB) bzw. der Bereicherung (bei §§ 253, 263 StGB).
- Fremdheit der Sache entscheidet über die Tauglichkeit als Tatobjekt bei §§ 242, 246 StGB.

Die Zivilrechtsbindung des Strafrechts gilt jedoch nicht unbegrenzt; sie wird für bestimmte Bereiche auch durchbrochen:

- Rückwirkungsfiktionen des BGB (z.B. § 142 I BGB) sind unbeachtlich, da die Strafbarkeit des Täters im Zeitpunkt der Vornahme der Tathandlung feststehen muss (vgl. *Rengier* BT I § 2 Rn. 8 m.w.N.).
- Bei wirtschaftlicher Betrachtung können durchaus auch Positionen, die vom Zivilrecht nicht anerkannt werden, einen strafrechtlich geschützten Vermögenswert haben. Diese Fallgruppe wird aber meist überschätzt, weil es für eine werthafte Position nicht zwingend eines subjektiven Privatrechts bedarf, sondern auch eine zivilrechtliche Konstituierung etwa im Sinne eines Anwartschaftsrechts ausreicht.

KK 149

2. Kriminologie

Die PKS 2007 weist einen Anteil der Diebstahlsdelikte an der Gesamtkriminalität von 40,7 % (2.561.691) aus. Auf die Sachbeschädigung entfallen 12,7 % (795.799). Weitere 14,5 % (912.899) machen Betrugsstraftaten aus. Die Gesamtquote dieser Delikte (67,9 % – 4.270.389 Straftaten) zeigt die enorme praktische Bedeutung dieser Vermögensdelikte.

II. Diebstahl (§ 242 StGB)

1. Einführung

a) Rechtsgut

Geschütztes Rechtsgut von § 242 StGB ist jedenfalls das Eigentum (*Wessels/Hillenkamp* Rn. 57a; *Sch/Sch/Eser* § 242 Rn. 1 f.). Da der Eigentümer einer gestohlenen Sache des Eigentums an ebendieser nicht verlustig geht und aufgrund von § 935 BGB auch in der Folge nicht verlustig gehen kann, geht es hier weniger um das Recht als solches als vielmehr um die Ausübung des Benutzungs- und Ausschlussrechts (*Sch/Sch/Eser* § 242 Rn. 1; *LK/Ruß* vor § 242 Rn. 3).

Nach h.M. (BGHSt. 10, 400, 401; 29, 319, 323; *Lackner/Kühl* § 242 Rn. 1; *LK/Ruß* vor § 242 Rn. 3) schützt § 242 StGB neben dem Eigentum auch den Gewahrsam. Begründet wird dies mit dem gegenüber § 246 StGB erhöhten Strafraumen, der nur durch die Verletzung eines weiteren Rechtsguts zu legitimieren sei.

Praktische Bedeutung hat der Streit für den nach §§ 247, 248a StGB erforderlichen Strafantrag. Nach h.M. ist somit neben dem Eigentümer auch der bisherige Gewahrsamsinhaber Verletzter und damit strafantragsberechtigt.

KK 150

b) Kriminologie

Der Diebstahl hat nach der PKS 2007 mit 2.561.691 Fällen einen ganz erheblichen Anteil an der Gesamtkriminalität (40,7 %). Die Aufklärungsquote liegt bei 29,6 %. Innerhalb der Diebstahlsstraftaten bilden Ladendiebstähle eine große Rolle (408.377 Fälle entsprechen 15,9 % in Bezug auf die Gesamtzahl von Diebstählen; Aufklärungsquote 93,1 %).

Mit 1.247.414 Fällen (48,7 %) wird knapp die Hälfte aller Diebstähle unter erschwerenden Umständen (§§ 243 – 244a StGB) begangen. Die Aufklärungsquote liegt hier mit 14,9 % erheblich unter der Aufklärungsquote einfacher Diebstähle (43,5 %).

c) Grundstruktur der Diebstahlstatbestände

§ 242 StGB enthält den Grundtatbestand des Diebstahls. Dieser umfasst:

- im objektiven Tatbestand die Wegnahme einer fremden beweglichen Sache sowie
- im subjektiven Tatbestand den Vorsatz im Hinblick auf die objektiven Tatbestandsmerkmale und die Absicht, sich die fremde Sache rechtswidrig zuzueignen.

§ 243 StGB enthält eine Strafzumessungsvorschrift (Regelbeispiele für besonders schwere Fälle).

§§ 244, 244a bilden Qualifizierungen für besonders gefährliche Formen des Diebstahls.

§§ 247, 248a stellen eine Privilegierung dar.

KK 151

2. Tatobjekt des Diebstahls

Tatobjekt des Diebstahls ist gem. § 242 I StGB eine fremde bewegliche Sache.

a) Sache

Sachen sind nur körperliche Gegenstände i.S.d. § 90 BGB (*Rengier* BT I § 2 Rn. 4). Auf den wirtschaftlichen Wert kommt es ebenso wenig an wie auf den Aggregatzustand (*Wessels/Hillenkamp* Rn. 63; *Rengier* BT I § 2 Rn. 4). Mangels Körperlichkeit sind Rechte (wie z.B. Forderungen, Urheber- und Namensrechte) keine tauglichen Tatobjekte. Jedoch haben Verkörperungen dieser Rechte (wie z.B. Urkunden, Bilder) selbstverständlich Sachqualität. Der Begriff „Softwarediebstahl“ ist daher falsch, denn Gegenstand des Diebstahls kann allenfalls der Datenträger der Software sein. Die früher fälschlich angenommene fehlende Körperlichkeit von elektrischer Energie hat die Regelung des § 248c StGB erforderlich werden lassen.

Nach ganz h.M. (*Rengier* BT I § 2 Rn. 4; *Wessels/Hillenkamp* Rn. 15; *Joecks* vor § 242 Rn. 6) sind auch Tiere – trotz § 90a BGB – Sachen im strafrechtlichen Sinne. Die Begründungsansätze variieren:

- Weil § 90a S. 3 BGB die Gleichbehandlung gestattet, liegt eine im Hinblick auf Art. 103 II GG unbedenkliche „gesetzlich angeordnete Analogie“ vor (*Lackner/Kühl* § 242 Rn. 2).
- Das Strafrecht enthält einen eigenständigen, vom Zivilrecht losgelösten Sachenbegriff, der auch Tiere umfasst (*Rengier* BT I § 2 Rn. 4 m.w.N.).

Problematisch ist die Sachqualität, soweit es um Teile des menschlichen Körpers geht.

KK 152

- Unstreitig ist der Körper des lebenden Menschen keine Sache; ebenfalls keine Sachen sind fest eingefügte künstliche Teile (z.B. Herzschrittmacher) im lebenden Menschen (*Wessels/Hillenkamp* Rn. 65; *Joecks* vor § 242 Rn. 8). Unstreitig haben diese Teile nach ihrer Entnahme aus dem Körper wieder Sachqualität (*Wessels/Hillenkamp* Rn. 66).
- Mit Abtrennung vom Körper gewinnen Körperteile jedoch dann Sachqualität, wenn sie – wie bei einer Transplantation – nicht wieder mit einem Körper in Verbindung gebracht werden sollen (*Wessels/Hillenkamp* Rn. 65).
- Anerkannt ist weiterhin die Sachqualität von Mumien, Moorleichen, Skeletten und plastinierten Leichen, die nicht zur Bestattung bestimmt sind (*Joecks* vor § 242 Rn. 8; *Wessels/Hillenkamp* Rn. 65).
- Streitig ist dagegen, ob sonstige Leichen und Leichenteile Sachen sind. Die h.M. (*Joecks* vor § 242 Rn. 8; *Sch/Sch/Eser* § 242 Rn. 10; *Otto* BT § 40 Rn. 5) bejaht dies (a.A. *Maurach/Schroeder/Maiwald* BT § 32 Rn. 19).
 - ⊖ Menschliche Leichen sind Rückstand der Persönlichkeit und keine Sachen.
 - ⊕ Der Leichnam ist ein körperliches Gebilde und angesichts der Neutralität des Sachbegriffs von diesem erfasst.

b) Beweglichkeit

Beweglich sind alle Sachen, die tatsächlich fortbewegt werden können (*Rengier* BT I § 2 Rn. 5). Anders als im Zivilrecht sind eine natürliche Betrachtungsweise und die tatsächlichen Gegebenheiten

KK 153

ten entscheidend. Bewegliche Sachen sind daher auch Grundstückserzeugnisse und Gebäudebestandteile, die zwecks Wegnahme erst abgetrennt werden müssen (*Wessels/Hillenkamp* Rn. 67).

Bsp. (nach LG Karlsruhe NStZ 1993, 543): Im unbefugten Abgrasen einer Wiese durch eine Schafherde liegt auf das Gras bezogen ein Diebstahl vor.

c) Fremdheit

Eine Sache ist für den Täter fremd, wenn sie weder im Alleineigentum des Täters steht noch herrenlos ist (*Wessels/Hillenkamp* Rn. 68; *Rengier* BT I § 2 Rn. 6). Für einen Miteigentümer ist eine Sache daher im strafrechtlichen Sinne fremd, da sie ihm nicht allein gehört. Herrenlose Sachen sind Sachen, die in niemandes Eigentum stehen.

Für die Bestimmung der Eigentumsverhältnisse sind die bürgerlich-rechtlichen Vorschriften maßgebend. Daher ist z.B. die einer GmbH gehörende Sache für den Alleingesellschafter fremd; nicht fremd sind dagegen unter Eigentumsvorbehalt verkaufte Sachen für den Eigentumsvorbehaltsverkäufer. Ist die Eigentumslage unklar, müssen die sachenrechtlichen Vorschriften über den rechtsgeschäftlichen (§§ 929 ff. BGB) oder gesetzlichen (§§ 946 ff. BGB) Eigentumserwerb auch für die strafrechtliche Beurteilung sorgfältig geprüft werden.

Problematisch sind die Eigentumsfähigkeit und die -lage von (Teilen) des menschlichen Körpers.

- An vom Körper dauerhaft abgetrennten Teilen erwirbt ihr früherer Träger analog § 953 BGB mit der Abtrennung Eigentum (*Sch/Sch/Eser* § 242 Rn. 20; *LK/Ruß* § 242 Rn. 9). Gleiches gilt bei Trennung zunächst künstlich mit dem Körper verbundener Teile.

KK 154

- Soweit man die Sachqualität von Leichen(-teilen) anerkennt, stellt sich hier die Anschlussfrage, ob sie auch eigentumsfähig sind. Nach h.M. (SK/Hoyer § 242 Rn. 14; Sch/Sch/Eser § 242 Rn. 21) sind Leichen zunächst herrenlos. Insb. werden die Erben nicht nach § 1922 BGB Eigentümer, da der Körper vor dem Tod keine Sache im Eigentum des Erblassers war. Die h.M. (SK/Hoyer § 242 Rn. 14; Sch/Sch/Eser § 242 Rn. 21) bejaht weiterhin aber ein Aneignungsrecht an der Leiche. Zu den unterschiedlichen Positionen hinsichtlich der Aneignungsberechtigten (Erben, Dritte, Maßgeblichkeit einer Verfügung des Verstorbenen) vgl. die Übersicht bei MK/Schmitz § 242 Rn. 31.

Problematisch sind in ihrer Behandlung ferner nicht verkehrsfähige Gegenstände, deren Besitz verboten ist (z.B. Betäubungsmittel, bestimmte Tier- oder Pflanzenarten).

- Teilweise (MK/Schmitz § 242 Rn. 14; Engel NStZ 1991, 520, 521) wird die Eigentumsfähigkeit dieser Gegenstände abgelehnt.
 - ⊖ Von einem Besitzverbot kann nicht auf die Eigentumsunfähigkeit geschlossen werden.
 - ⊕ Das Eigentum wird wegen der aus § 903 BGB folgenden Optionen geschützt. Wegen des Besitz- und Nutzungsverbots bestehen diese Optionen bei solchen Gegenständen jedoch nicht, sodass hier letztlich nur eine leere Hülle geschützt würde.
 - ⊖ Die Vorschriften über den gesetzlichen Eigentumserwerb knüpfen an Realakte an, die von einer Berechtigung zur Vornahme dieses Verhaltens unabhängig sind.

KK 155

- ⊖ Geltung des deutschen Zivilrechts an Orten, an denen regelmäßig Betäubungsmittel produziert werden, ist fraglich: Nach der Zivilrechtsordnung eines Staates wird ein anderer regelmäßig Eigentum erworben haben, sodass die Betäubungsmittel fremd sind.
 - Die h.M. (Wessels/Hillenkamp Rn. 68; Sch/Sch/Eser § 242 Rn. 19; LK/Ruß § 242 Rn. 8) bejaht dagegen die Eigentumsfähigkeit auch dieser Gegenstände.

3. Tathandlung des Diebstahls

Wegnahme ist der Bruch fremden Gewahrsams und die Begründung neuen, nicht notwendig täter-eigenen Gewahrsams (Joecks § 242 Rn. 10; Rengier BT I § 2 Rn. 10). Zur Beurteilung, ob eine Wegnahme vorliegt, muss daher in drei Schritten vorgegangen werden:

- Zunächst muss fremder Gewahrsam bestehen.
- Sodann muss der Täter diesen fremden Gewahrsam brechen.
- Schließlich muss neuer Gewahrsam begründet worden sein.

a) Bestehen fremden Gewahrsams

Die h.M. (faktischer Gewahrsamsbegriff, BGHSt. 16, 271, 273; Rengier BT I § 2 Rn. 11; Otto BT § 40 Rn. 15; Sch/Sch/Eser § 242 Rn. 23) versteht unter Gewahrsam die von einem entsprechenden Sachherrschaftswillen (subjektiv-psychisches Element) getragene tatsächliche Sachherrschaft (objektiv-physisches Element) eines Menschen über eine Sache. Bei der Bestimmung der Reichweite der Sachherrschaft spielen die Anschauungen des täglichen Lebens (Verkehrsanschauung) eine erhebliche Rolle (Rengier BT I § 2 Rn. 11).

KK 156

Eine Mindermeinung (*Wessels/Hillenkamp* Rn. 71) vertritt dagegen einen sozial-normativen Gewahrsamsbegriff. Dieser zeichnet sich dadurch aus, dass der das erforderliche Herrschaftsverhältnis nicht nach tatsächlichen Gegebenheiten, sondern nach der sozial-normativen Zuordnung der Sache zur Herrschaftssphäre einer Person bestimmt.

Im praktischen Ergebnis dürften sich die unterschiedlichen Gewahrsamsbegriffe dagegen kaum unterscheiden. Bsp.: Traktor des gerade im Stall arbeitenden Bauern auf dem Feld.

- Nach dem sozial-normativen Gewahrsamsbegriff hat der Bauer Gewahrsam am Traktor, da sich dieser in einer Herrschaftssphäre (seinem Feld) befindet, die ihm sozial zugeordnet wird.
- Auch der faktische Gewahrsamsbegriff gelangt zur Bejahung von Gewahrsam. Zwar kann der Bauer die Herrschaft über den Traktor aktuell nicht ausüben. Da sich die Sachherrschaft jedoch nach der Verkehrsanschauung bemisst, fließen in die Beurteilung auch wertende Aspekte mit ein. Dazu gehört namentlich auch die Zuordnung einer Sache zu einem Herrschaftsbereich (*Rengier* BT I § 2 Rn. 13). Aufgrund der Berücksichtigung dieser Umstände gelangt auch die h.M., trotz räumlicher Entfernung des Bauern, lediglich zum Vorliegen einer Gewahrsamslockerung, nicht aber eines Gewahrsamsverlustes.

Das notwendige Herrschaftsverhältnis ist jedenfalls immer dann gegeben, wenn der unmittelbaren Verwirklichung des Einwirkungswillens auf die Sache keine Hindernisse entgegenstehen. Daher kann auch der Dieb Gewahrsam an der gestohlenen Sache erlangen und somit seinerseits um die Beute bestohlen werden (*Wessels/Hillenkamp* Rn. 73 m.w.N.).

aa) Verhältnis von Gewahrsam zu Eigentum und Besitz

Gewahrsam darf nicht mit diesen Begriffen gleichgesetzt werden.

- Die Eigentumslage ist anhand sachenrechtlicher Vorschriften zu bestimmen. Für den Gewahrsam kommt es dagegen nach h.M. allein auf die tatsächlichen Verhältnisse an (*Rengier* BT I § 2 Rn. 12).
- Verwandter sind da schon Besitz und Gewahrsam. Oftmals wird der Besitzer einer Sache auch Gewahrsamsinhaber sein. Jedoch sind auch diese Begriffe nicht identisch: So muss der mittelbarer Besitzer (§ 868 BGB) nicht eo ipso auch Gewahrsam an der Sache haben (Bsp.: Wer einem anderen ein Fahrrad oder leer stehende Räume zur Benutzung überlässt, behält als Verleiher oder Vermieter den mittelbaren Besitz (§ 868 BGB), hat aber keinen Gewahrsam. Auch der Besitzdiener (§ 855 BGB), der selbst keine Besitzposition hat, kann durchaus Gewahrsam haben. Keinen Gewahrsam hat mangels Sachherrschaftswillen der Erbenbesitzer (§ 857 BGB), der vom Anfall der Erbschaft nichts weiß).

bb) Herrschaftswille

Für den Sachherrschaftswillen ist der natürliche Herrschaftswille über eine Sache maßgebend (*Rengier* BT I § 2 Rn. 21). §§ 104 ff. BGB sind nicht maßgeblich, sodass auch Kinder und Geistesranke Gewahrsam haben können (*Wessels/Hillenkamp* Rn. 75).

Nur natürliche Personen sind gewahrsamsfähig. Behörden und juristische Personen haben als solche keinen Gewahrsam, da sie keinen entsprechenden Willen tatsächlich bilden können. Bei ihnen wird die Sachherrschaft durch Amtswalter und Organe ausgeübt (*Rengier* BT I § 2 Rn. 22).

Insgesamt werden an den Sachherrschaftswillen keine hohen Anforderungen gestellt (*Wessels/Hillenkamp* Rn. 75). Ausreichend sind jeweils auch:

- genereller Gewahrsamswille: Er erstreckt sich auf einen bestimmten Bereich, ohne dass er unbedingt auf jede dort befindliche Sache spezifiziert sein müsste (z.B. alle Sachen in einer Wohnung).
- antizipierter Erlangungswille: Er erstreckt sich auf alle Sachen, die in den eigenen Herrschaftsbereich gelangen werden (z.B. Briefe, die in den eigenen Briefkasten geworfen werden).
- potentieller Gewahrsamswille: Der Wille muss nicht ständig aktualisiert werden (z.B. auch Schlafende oder Bewusstlose haben Gewahrsam).

Im Zusammenhang mit dem potentiellen Gewahrsamswillen ist umstritten, wann dieser endet, wenn die Bewusstlosigkeit in den Tod übergeht. Einigkeit besteht insoweit, dass Tote keine Gewahrsam haben (vgl. nur LK/Ruß § 242 Rn. 22).

- Geht die Bewusstlosigkeit in den Tod über, so soll der Gewahrsam nach einer Mindermeinung (BayObLG JR 1961, 188 f.; *Seelmann/Pfohl* JuS 1987, 199, 202) bereits mit dem Eintritt der Bewusstlosigkeit enden.
- ⊕ Nur ein vorübergehendes Unvermögen, den Gewahrsamswillen auszuüben, ist unbeachtlich. Hier ist das Unvermögen jedoch dauerhaft, da die Bewusstlosigkeit in den Tod übergeht.

KK 159

- Nach h.M. (BGH NJW 1985, 1911; LK/Ruß § 242 Rn. 22) endet der Gewahrsam erst mit dem Tod des Bewusstlosen.
- ⊕ Folge der Mindermeinung wäre ein Schwebезustand, an dessen Ende mit dem Eintritt des Todes der Gewahrsam rückwirkend entfällt. Dem steht jedoch entgegen, dass die Strafbarkeit des Täters im Zeitpunkt der Tathandlung feststehen muss. Hier müsste jedoch über die Frage, ob die Tat als Diebstahl oder Unterschlagung zu werten ist, nach der späteren Entwicklung entschieden werden.

cc) Gewahrsam an vergessenen, versteckten oder verlorenen Sachen

Hier besteht der Gewahrsam fort, sofern der ursprüngliche Gewahrsamsinhaber noch weiß, wo sich seine Sache befindet und die Sache ohne wesentliche äußere Hindernisse zurückerlangen kann (*Rengier* BT I § 2 Rn. 14, 20; *Wessels/Hillenkamp* Rn. 97 f). Das ist nicht der Fall, wenn der bisherige Gewahrsamsinhaber eine Sache verliert (*Rengier* BT I § 2 Rn. 20). Zu beachten ist jedoch, dass in diesem Fall Dritte Gewahrsam erlangen können, wenn die Sache in ihrem Herrschaftsbereich verloren wurde und sie einen generellen Gewahrsamswillen haben.

Gleiches kann bei vergessenen Sachen der Fall sein. Mangels tatsächlicher Herrschaftsmacht über in der Bahn liegen gebliebene Sachen besteht nach der Zugabfahrt kein Gewahrsam des früheren Gewahrsamsinhabers mehr. Jedoch können sich diese Sachen nun im Gewahrsam des Bahnpersonals befinden, da auch der generelle Gewahrsamswille hinsichtlich aller Gegenstände im eigenen Herrschaftsbereich genügt.

KK 160

dd) Gewahrsamsverhältnisse

Der Gewahrsam an einer Sache muss nicht stets immer nur einer einzigen Person zustehen. Es können auch mehrere Personen Gewahrsamspositionen an einer Sache haben. Ein solcher Mitgewahrsam besteht, wenn mehrere Personen Träger der tatsächlichen Verfügungsgewalt an der Sache sind. Für die Frage des Gewahrsamsbruchs durch einen der Mitgewahrsamsinhaber ist dann das Rangverhältnis der Sachherrschaftsbeziehung entscheidend (*Wessels/Hillenkamp* Rn. 84):

- Besteht gleichrangiger Mitgewahrsam (z.B. unter Ehegatten am Hausrat sowie unter Gesellschaftern), so genügt für die Wegnahme durch einen der Mitgewahrsamsinhaber der Bruch des fremden Mitgewahrsams des oder der übrigen Mitgewahrsamsinhaber (*Wessels/Hillenkamp* Rn. 84).
- In Über-/Unterordnungsverhältnissen begeht dagegen allein der Inhaber untergeordneten Gewahrsams einen Gewahrsamsbruch. Im umgekehrten Fall, in dem der Träger übergeordneten Gewahrsams den Träger des untergeordneten Gewahrsams nunmehr völlig von der Sachherrschaft ausschließt, liegt dagegen keine Wegnahme vor (*Rengier* BT I § 2 Rn. 16).

Zu beachten gilt in diesem Zusammenhang auch, dass Gewahrsam trotz unmittelbarer Einwirkungsmöglichkeit ausgeschlossen sein kann, wenn die Sachherrschaft im Rahmen sozialer Abhängigkeitsverhältnisse anderen Personen zusteht. Der Grund liegt nach h.M. darin, dass die Verkehrsanschauung trotz der näheren Stellung des „Vordermanns“ dem „Hintermann“ den Gewahrsam deshalb zuordnet, er den „Vordermann“ aufgrund des sozialen Abhängigkeitsverhältnisses steuern kann und er somit die tatsächliche Herrschaft über die Sache innehat. An Arbeitsgeräten hat daher regelmäßig nicht der Arbeitnehmer, sondern der Arbeitgeber Alleingewahrsam, wobei der

KK 161

Arbeitnehmer lediglich ein sog. Gewahrsamsgehilfe ist. Entscheidend sind insoweit jedoch stets die Umstände des Einzelfalls. Eine andere Betrachtung könnte aufgrund des Persönlichkeitsrechts des Arbeitnehmers insb. dann gerechtfertigt sein, wenn der Arbeitnehmer die Sachen eng an seinem Körper (z.B. in seinen Hosentaschen) bei sich führt (vgl. *MK/Schmitz* § 242 Rn. 65).

Als grundsätzliche Richtschnur gelten folgende Grundsätze:

- In Ladengeschäften mit persönlicher Mitwirkung des Geschäftsinhabers hat dieser Alleingewahrsam. Angestellte einer Fachabteilung eines Warenhauses mit Eigenverantwortlichkeit haben untereinander Mitgewahrsam. Der Geschäftsinhaber hat übergeordneten Gewahrsam. (Vgl. *Wessels/Hillenkamp* Rn. 88).
- Kassierer und Kassenverwalter haben Alleingewahrsam am Kasseneinhalt, wenn sie allein die Verantwortung für die Kasse tragen und Geldbeträge nicht ohne ihre Mitwirkung der Kasse entnommen werden dürfen (BGH NStZ-RR 2001, 268, 268; *Rengier* BT I § 2 Rn. 18).

ee) Verwahrung eines verschlossenen Behältnisses

Bei den Gewahrsamsverhältnissen am Inhalt eines verschlossenen Behältnisses ist nach h.M. (BGHSt. 22, 180, 183; *Sch/Sch/Eser* § 242 Rn. 34; *LK/Ruß* § 242 Rn. 31) zu unterscheiden:

- Sofern das Behältnis nicht oder nur schwer zu bewegen ist (z.B. Panzerschrank), hat allein der Schlüsselinhaber Gewahrsam am Inhalt.
- Ist das Behältnis jedoch frei beweglich, so weist die Verkehrsauffassung dem Verwahrer des Behältnisses den Alleingewahrsam am Inhalt zu.

KK 162

b) Bruch fremden Gewahrsams

Für die Wegnahme ist erforderlich, dass der Täter den Gewahrsam des fremden Gewahrsamsinhabers gebrochen hat. Bruch fremden Gewahrsams ist die Aufhebung des Gewahrsams ohne oder gegen den Willen des bisherigen Gewahrsamsinhabers (*Wessels/Hillenkamp* Rn. 103; *MK/Schmitz* § 242 Rn. 74).

Da die Aufhebung des Gewahrsams ohne oder gegen den Willen des Gewahrsamsinhabers erfolgen muss, wirkt dessen Zustimmung somit bereits tatbestandsausschließend.

- Bei gleichgeordnetem Mitgewahrsam müssen alle Mitgewahrsamsinhaber einwilligen.
- Bei mehrstufigem Mitgewahrsam reicht es aus, wenn der Übergeordnete zustimmt.

Auch hier ist der natürliche Wille des Gewahrsamsinhabers ausreichend. Auch das Einverständnis eines Kindes mit dem Verlust seines Spielzeugs ist somit beachtlich. Allerdings werden hier regelmäßig auch die Eltern Mitgewahrsam haben, welcher gebrochen werden kann.

Ein tatbestandsausschließendes Einverständnis mit dem Gewahrsamswechsel kann insb. im Fall der Diebesfalle vorliegen. Hier ist der Fallensteller regelmäßig mit dem Gewahrsamswechsel einverstanden, um die Überführung des Täters zu ermöglichen (vgl. *Wessels/Hillenkamp* Rn. 106). In diesem Fall begeht der Täter regelmäßig nur einen Diebstahlsversuch; zur Diebesfalle (auch in Gegenüberstellung zum beobachteten Diebstahl) *Hefendehl* NSTZ 1992, 544.

Der natürliche Wille kann nicht i.S.d. § 158 BGB bedingt sein. Jedoch kann auch das natürliche Einverständnis in den Gewahrsamswechsel von der Einhaltung bestimmter Voraussetzungen abhängig gemacht werden (sog. Mentalreservation oder modifiziertes Einverständnis).

KK 163

Bsp. (Tesa-film-Fall nach OLG Düsseldorf NJW 2000, 158 mit Anm. *Biletzki* NSTZ 2000, 424 f; *Otto* JR 2000, 214 ff; *Kudlich* JuS 2001, 20 ff.): A „verlängert“ einen echten 100-Euro-Schein mit Tesa-filmstreifen. Diesen Schein führt er mit Zueignungsabsicht in einen Geldwechselautomaten und zieht ihn am Tesa-streifen wieder raus, nachdem der Schein die Lichtschranke überschritten und dadurch den Auswurf des Wechselgeldes ausgelöst hat.

- § 242 StGB am Wechselgeld (+): nicht ordnungsgemäßes Bedienen des Automaten, daher kein Einverständnis des Automateninhabers mit der Ausgabe des Wechselgeldes.
- § 242 StGB am präparierten Schein (-): der Automatenaufsteller hat weder Gewahrsam noch Eigentum am Schein erlangt, daher § 242 StGB (und auch § 246 StGB): (-)

Bsp. (Tankstellen-Fall nach BGH NJW 1983, 2827): T füllt an einer SB-Tankstelle Benzin in seinen Pkw. Als er anschließend bemerkt, dass der Tankwart gerade abgelenkt ist, fährt er ohne zu zahlen weg.

- Wegnahme (-): tatbestandsausschließendes, unbedingtes Einverständnis des Tankstellenpächters bzgl. der Gewahrsamsverschiebung durch Einfüllen in den Tank (h.M. vgl. *MK/Schmitz* § 242 Rn. 92; *Streng* JuS 2002, 455; *Lange/Trost* JuS 2003, 961). Damit scheidet § 242 aus.
- Ob der Eigentumsübergang am Benzin schon mit Einfüllen des Kraftstoffes oder (zutreffend) erst mit Bezahlen an der Kasse (entweder aufgrund Eigentumsvorbehaltes oder dinglicher Einigung nach § 929 S. 2 BGB erst an der Kasse) erfolgt, ist nur noch für § 246 StGB relevant.

KK 164

- Ob § 263 StGB eingreift, hängt davon ab, ob T beim Einfüllen zunächst zahlungswillig war (dann [-]), oder ob er von vornherein nicht zahlen wollte. In der letzten Konstellation könnte im Einfüllen des Benzins eine konkludente Täuschung über die Zahlungswilligkeit des T als innerer Tatsache liegen (vgl. hierzu *Wessels/Hillenkamp* Rn. 184).

Ein beachtliches tatbestandsausschließendes Einverständnis in den Gewahrsamswechsel kann auch von einer zur Disposition über den Gewahrsam befugten dritten Person ausgehen. Hier stellt sich dann das Abgrenzungsproblem zwischen Trickdiebstahl und Sachbetrug. Dazu ausführlich im Zusammenhang mit dem Betrug.

c) Begründung neuen Gewahrsams

Schließlich verlangt die Wegnahme die Begründung neuen, nicht notwendig tätereigenen Gewahrsams. Neuer Gewahrsam ist begründet, wenn der Täter die Herrschaft über die Sache derart erlangt hat, dass er sie ungehindert durch den alten Gewahrsamsinhaber ausüben und dieser seinerseits über die Sache nicht mehr verfügen kann, ohne die Verfügungsgewalt des Täters zu beseitigen (BGH GA 1966, 78; *Rengier* BT I § 2 Rn. 23). Mit der Begründung neuen Gewahrsams ist der Diebstahl vollendet (MK/*Schmitz* § 242 Rn. 71).

Zur Konkretisierung des Moments der Begründung neuen Gewahrsams existieren verschiedene Ansätze:

- Apprehensionstheorie: Ergreifen der Sache führt zum Gewahrsamswechsel.
- Ablationstheorie: Begründung neuen Gewahrsams durch Entfernung aus dem räumlichen Zugriffsbereich des bisherigen Gewahrsamsinhabers.

KK 165

- 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 Eigentums-lage, 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 eigennützigem 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 Drittzueignungsabsicht belegt, dass nicht in jeder beabsichtigten Zuwendung an den Dritten schon eine Selbstzueignung 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 Selbstzueignungsabsicht 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 Zueignungsdelikte damals nur eine Selbst-, aber keine Drittzueignungsabsicht 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.

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.

- 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 Drittzueignungsabsicht 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 einreddefreien 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.

KK 186