

## Der Grundtatbestand des Diebstahls (§ 242 StGB) – Teil 1

### Lösung Fall 1 (nach OLG Bamberg NJW 2008, 1543 mit Bespr. Jahn JuS 2008, 457)

#### A. Strafbarkeit des A gem. § 242 I

I. Tatobjekt: fremde bewegliche Sache.

1. Sache? Sachen sind nur körperliche Gegenstände i.S.d. § 90 BGB (*Rengier* BT I § 2 Rn. 4). Problematisch ist die Sachqualität der sterblichen Überreste eines Menschen und die mit dem Leichnam fest verbundenen Teile:

- Unstreitig: Der Körper des lebenden Menschen ist 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).
- Anerkannt ist auch, dass Mumien, Moorleichen, Skelette und plastinierte Leichen Sachqualität haben (*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/Bosch* § 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 Sachen-Begriffs von diesem erfasst.
- Unstreitig (*Jahn* JuS 2008, 457, 458; *Joecks* vor § 242 Rn. 15) Sachqualität haben dagegen Implantate im toten menschlichen Körper, um die es hier mit dem Zahngold geht.

2. 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). Auch die Eigentumsverhältnisse an sterblichen Überresten sind problematisch. Unstreitig (*SK/Hoyer* § 242 Rn. 14; *Sch/Sch/Eser/Bosch* § 242 Rn. 21): Leichen sind zunächst herrenlos. Insb. werden die Erben nicht nach § 1922 BGB Eigentümer, da der Körper vor dem Tod keine Sache im Eigentum des Erblassers war; das gilt auch hinsichtlich des Zahngolds, da es im Körper des lebenden Menschen schon keine Sachqualität hat (s.o.). Str. ist dagegen, ob an Leichenteilen überhaupt Eigentum erworben werden kann.

- Teilweise (RGSt. 64, 313, 315; OLG Bamberg NJW 2008, 1543, 1547) wird die Eigentumsfähigkeit von sterblichen Überresten generell verneint.
  - ⊕ Es widerspricht dem Herkommen und den Gepflogenheiten aller Kulturvölker, den Leichnam eines Menschen als eigentumsfähige Sache zu behandeln.
- Die h.M. (*SK/Hoyer* § 242 Rn. 14; *Sch/Sch/Eser/Bosch* § 242 Rn. 21; a.A.) bejaht ein Aneignungsrecht an der Leiche (§ 958 I BGB). Hier aber weder Bestattungsvertrag zwischen H. und dem Kre-

matoriums-Betreiber noch der Friedhofssatzung ist eine Grundlage für die Aneignung zu entnehmen.

Goldzähne waren damit herrenlos, damit kein taugliches Diebstahlsobjekt.

II. Ergebnis: § 242 I (-)

### **B. Strafbarkeit des A gem. §§ 242 I, II; 22**

Problematisch ist, ob die Vorstellung des A, das Zahngold sei eine fremde Sache, einen untauglichen Versuch oder ein bloßes Wahndelikt begründet. Letztlich dürfte dies Tatfrage sein und davon abhängen, worauf der Irrtum des A beruht:

- Geht A davon aus, ein anderer habe ein tatsächlich existierendes Aneignungsrecht ausgeübt, dürfte eher ein umgekehrter Tatbestandsirrtum und damit ein untauglicher Versuch vorliegen.
- Nimmt A dagegen an, sterbliche Überreste seien eigentumsfähig, während man mit der Mindermeinung davon ausgeht, an ihnen könne kein Eigentum erworben werden, spricht dies eher für einen umgekehrten Verbotsirrtum und damit für ein strafloses Wahndelikt.

### **C. Strafbarkeit des A gem. § 266**

Für eine Strafbarkeit wegen des Treubruchtatbestandes fehlt es dem A an einer Vermögensbetreuungspflicht als Quasi-Hauptpflicht. Die schlichte Dienstanweisung reicht insoweit nicht.

### **D. Strafbarkeit des A gem. § 168 I**

I. Asche eines Verstorbenen? Fraglich ist, ob auch das Zahngold noch zur Asche gehört. Dagegen könnte hier sprechen, dass das Zahngold als solches nicht verbrannte und nach der Verbrennung eine Grobsortierung oder eine weitere Zerkleinerung in der sog. Aschemühle vorgenommen wurde und anfallendes Zahngold dabei – vorübergehend – separiert wird. Das OLG Bamberg (NJW 2008, 1543, 1544 f.) misst dieser Trennung keine Bedeutung zu und bejaht das Tatbestandsmerkmal:

- ⊕ Wortlaut: Asche umfasst alle Rückstände, die von verbranntem Material übrig bleiben.
- ⊕ Wenn in den Körper künstlich eingefügte Teil durch die Einfügung ihre Sachqualität verlieren, müssen sie konsequenterweise ebenso am Persönlichkeitsschutz teilnehmen wie natürliche Körperbestandteile.
- ⊕ Auch die Trennung ist unerheblich, da die Verbundenheit mit dem Verstorbenen und dessen Individualität weiterhin ausreichend erkennbar sind.

II. Wegnahme? Nach h.M. (MK/Hörnle § 168 Rn. 16; LK/Dippel § 168 Rn. 29) genügt hierfür bei § 168 I, der Bruch fremden Gewahrsams. Hier (+), da der (Mit-)Gewahrsam der totenfürsorgeberechtigten Angehörigen und des Betreibers des Krematoriums gegen deren Willen aufgehoben wurde.

III. Ergebnis: § 168 I (+)

## Lösung Fall 2

### A. Strafbarkeit des B gem. § 323c

(-), B hat schnellstmöglich Hilfe herbeigerufen.

### B. Strafbarkeit des B gem. §§ 242 I; 243 I 2 Nr. 6

I. Tatobjekt: fremde bewegliche Sache. Problematisch hier: Eigentumsfähigkeit von Drogen. Drogen sind – wie bestimmte Tier- und Pflanzenarten – nicht verkehrsfähige Gegenstände, deren Besitz verboten ist. Fraglich ist, welche Konsequenzen daraus für die Eigentumslage an den Drogen zu ziehen sind.

- 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.
  - ⊖ 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/Bosch § 242 Rn. 19; LK/Vogel § 242 Rn. 31) bejaht dagegen die Eigentumsfähigkeit auch dieser Gegenstände.

Fremdheit der Drogen nach h.M. (+), da sie jedenfalls nicht im Eigentum des B standen.

II. Wegnahme? Wegnahme ist der Bruch fremden Gewahrsams und die Begründung neuen, nicht notwendig tätereigenen Gewahrsams (Joecks § 242 Rn. 10; Rengier BT I § 2 Rn. 10).

1. Es müsste überhaupt fremder Gewahrsam an den Drogen bestanden haben. Gewahrsam ist die von einem entsprechenden Sachherrschaftswillen getragene, auf Basis der Verkehrsanschauung beurteilte tatsächliche Herrschaft eines Menschen über eine Sache (h.M. sog. faktischer Gewahrsamsbegriff, vgl. BGHSt. 16, 271, 273; Rengier BT I § 2 Rn. 11; Otto BT § 40 Rn. 15; Sch/Sch/Eser/Bosch § 242 Rn. 23). Hier: fraglich, ob bei D ein entsprechender Sachherrschaftswille gegeben war, da er bei Ansichnahme der Drogen durch B bewusstlos war. Insgesamt werden an den Sachherrschaftswillen keine hohen Anforderungen gestellt (Wessels/Hillenkamp Rn. 75). Ausreichend ist auch ein potentieller Gewahrsamswille, d.h. 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/Vogel § 242 Rn. 68).

- 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.
- Nach h.M. (BGH NJW 1985, 1911; LK/Vogel § 242 Rn. 68) 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.

Nach h.M. bestand daher beim fraglichen Verhalten des B noch Gewahrsam des D an den Drogen.

Beachte: Wäre D bei der Ansichtnahme der Drogen bereits tot gewesen, wäre die Sache gewahrsamslos. Insb. bestünde mangels entsprechenden Sachherrschaftswillens kein Gewahrsam des Erbenbesitzers (§ 857 BGB).

**2.** Jedenfalls durch das Einstecken in die eigene Tasche und nach Verbringung des D ins Krankenhaus hat B diesen Gewahrsam zunächst gebrochen und sodann neuen Gewahrsam begründet.

**II.** Vorsatz bzgl. der Wegnahme einer fremden beweglichen Sache sowie Absicht rechtswidriger Zueignung (+)

**III.** Besonders schwerer Fall gem. § 243 I 2 Nr. 6: Das Opfer ist hilflos, wenn es aus eigener Kraft nicht in der Lage ist, sich gegen die Wegnahme von in seinem Gewahrsam befindlichen Sachen zu schützen (MK/Schmitz § 243 Rn. 50; NK/Kindhäuser § 243 Rn. 36). Hier infolge der Bewusstlosigkeit des D (+)

**IV.** Ergebnis: §§ 242 I; 243 I 2 Nr. 6 (+)

### Lösung Fall 3

#### Strafbarkeit des C

##### A. Strafbarkeit gem. § 242 I

I. Tatobjekt: fremde bewegliche Sache (+)

II. Tathandlung: Wegnahme? Wegnahme ist der Bruch fremden Gewahrsams und die Begründung neuen, nicht notwendig tätereigenen Gewahrsams (*Joecks* § 242 Rn. 10; *Rengier* BT I § 2 Rn. 10).

1. Bestehen fremden Gewahrsams (zum Begriff, s.o.)? Hier:

- Gewahrsam des Chemieunternehmens selbst? (-), Unternehmen als solches ist juristische Person, die selbst keinen natürlichen Herrschaftswillen bilden kann; das Unternehmen hat keinen Gewahrsam (*NK/Kindhäuser* § 242 Rn. 34; *Sch/Sch/Eser/Bosch* § 242 Rn. 29; a.A. *SK/Hoyer* § 242 Rn. 39).
- Gewahrsam des Polizisten P? (-), er beobachtet die Sache nur, hat selbst aber keinen Gewahrsamswillen.
- Gewahrsam des Angestellten A? Er ist zwar am nächsten an der Sache in „seinem“ Bürokomplex dran und kann somit unmittelbar auf das Gerät einwirken; die Herrschaft über eine Sache beurteilt sich maßgeblich nach der Verkehrsauffassung, sodass die soziale Abhängigkeit des A gegenüber dem Geschäftsinhaber berücksichtigt werden muss; dessen arbeitsrechtliches Weisungsrecht ermöglicht eine „Steuerung“ des A in der Frage, wie dieser mit der Sache zu verfahren hat; zudem: der Laptop befindet sich in dem von dem Geschäftsinhaber generell beherrschten Machtbereich. Daher Gewahrsam des A (-)
- Gewahrsam des Geschäftsinhabers? (+), Sache im generellen Herrschaftsbereich des Geschäftsinhabers.

Bestehen fremden Gewahrsams daher (+)

2. Bruch des fremden Gewahrsams? 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). Hier:

- Durch das Ergreifen des Laptops?
  - ⊕ Mit dem Ergreifen ist A am nächsten an der Sache dran und kann somit unmittelbar auf das Gerät einwirken.
  - ⊖ Der Laptop befindet sich in dem von dem Geschäftsinhaber generell beherrschten Machtbereich.
  - ⊖ Der Geschäftsinhaber kann noch problemlos an das Gerät gelangen; für ein Zugriff auf das Gerät müsste er sich nicht sozial rechtfertigen.
- Durch die Verbringung des Geräts in sein Büro?

- ⊕ A beherrscht diesen Raum mehr; es ist „sein“ Büro.
- ⊖ Das Büro des A gehört immer noch zu dem vom Geschäftsinhaber generell beherrschten Machtbereich.
- ⊖ Der Geschäftsinhaber kann noch problemlos an das Gerät gelangen; für ein Zugriff auf das Gerät im Büro des A müsste er sich nicht sozial rechtfertigen.
- Durch das Einstecken in den Rucksack?
  - ⊕ Für einen Griff in die Privatsachen seines Angestellten müsste sich A auch innerhalb des Werksgeländes sozial rechtfertigen.
  - ⊕ Der Laptop befindet sich vollständig im privaten Rucksack des A und damit in seiner höchstpersönlichen Tabusphäre (sog. Gewahrsamsenklave), die dem Zugriff des bisherigen Gewahrsamsinhabers entzogen ist.

Die Aufhebung des Gewahrsams könnte aber mit dem Willen des Gewahrsamsinhabers (zur Gegenüberstellung von Beobachtung und Einverständnis vgl. *Hefendehl* NStZ 1992, 544; *NK/Kindhäuser* § 242 Rn. 60 f.) erfolgt sein (tatbestandsausschließendes Einverständnis)? Hier: (-), Geschäftsführer war nur mit dem Ergreifen der Sache durch A einverstanden, nicht auch mit dem Einstecken, das erst den Gewahrsam des Geschäftsinhabers aufhob.

**3.** 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 (*Rengier* BT I § 2 Rn. 23).

- Gewahrsamsneubegründung durch Einstecken in den Rucksack?
  - ⊕ Mit Verbringung kleiner Gegenstände in die Tabusphäre kann der vorherige Gewahrsamsinhaber regelmäßig nicht mehr auf die Sache zugreifen.
  - ⊖ Maßgeblich sind stets die Gegebenheiten des Einzelfalls: A muss anschließend noch beim Werksschutz vorbei; am Werksausgang ist die Taschenkontrolle üblich; die Kontrollperson des Werksschutzes darf private Taschen kontrollieren und in die Tabusphäre daher ausnahmsweise eindringen; daher: Allein durch Einstecken ist noch kein hinreichend fester Gewahrsam des A begründet.

Hinweis: Das Verbringen in eine höchstpersönliche Tabusphäre begründet in aller Regel neuen Gewahrsam, weshalb es auch hier gut vertretbar wäre, in dem Einstecken in den Rucksack die Wegnahmevollendung zu sehen.

- Gewahrsamsneubegründung durch Verlassen des Werksgeländes? An sich (+), denn nach Verlassen des Werkstores bestand keine Möglichkeit für den Geschäftsinhaber mehr, auf die Sache zuzugreifen; für einen Zugriff auf die Sache auf der Straße müsste sich der Geschäftsinhaber sozial rechtfertigen; A hat damit hinreichend festen Gewahrsam am Laptop erlangt, sodass er die Sachherrschaft nach Verlassen des Werktores ungehindert durch den alten Gewahrsamsinhaber aus-



üben konnte. Möglicherweise könnte sich die Bewertung aber deshalb ändern, weil A bei der Tat durch einen Dritten – den P – beobachtet wurde:

- Teilweise (Sch/Sch/Eser/Bosch § 242 Rn. 40) wird angenommen, dass die Beobachtung des Täters bei der Tat einem Gewahrsamswechsel entgegenstehe.
  - ⊕ 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. 21; MK/Schmitz § 242 Rn. 73) steht die Beobachtung Gewahrsamswechsel hingegen nicht entgegen.
  - ⊕ Die Gegenauffassung wird der Bedeutung der körperlichen Tabusphäre nicht gerecht, in die Dritte nicht ohne weiteres eingreifen können.
  - ⊕ Die Beobachtung steht nicht dem Gewahrsamswechsel entgegen, sondern ermöglicht vielmehr nur, die Sache zurückzuerlangen.
  - ⊕ Diebstahl ist kein heimliches Delikt.

4. Zwischenergebnis damit: Vollendung der Wegnahme durch Verlassen des Werksgeländes.

III. Subjektiver Tatbestand: Vorsatz bezüglich der Wegnahme einer fremden beweglichen Sache und Absicht rechtswidriger Zueignung (+)

IV. Strafausschließungsgrund infolge rechtsstaatswidriger Tatprovokation? Die rechtsstaatswidrige Tatprovokation ist die Veranlassung einer nicht tatgeneigten unverdächtigen Person durch einen Staatsbediensteten zu einer Straftat und deren anschließende Strafverfolgung. Sie verstößt gegen das Menschenrecht auf ein faires Verfahren gem. Art. 6 I EMRK und das Rechtsstaatsprinzip (EGMR NStZ 1999, 47, 48; vgl. auch BGHSt. 45, 321, 327 ff.). Kompensation des Verstoßes ist str.:

- Teilweise (in diese Richtung noch BGH NJW 1980, 1761; Wolter NStZ 1993, 1, 9) wird eine Verwirkung des staatlichen Strafanspruchs angenommen und deshalb ein persönlicher Strafausschließungsgrund angenommen.
  - ⊕ Verleitet der Staat seine Bürger zur Begehung von Straftaten, verhält er sich selbstwidersprüchlich und verwirkt daher seinen Strafanspruch.
  - ⊖ Der Bürger muss der Verleitung nicht folgen; er entscheidet sich immer noch frei für die Begehung der Straftat; eine gänzliche Straffreiheit ist daher nicht angemessen.
- Andere (in diese Richtung noch BGH NJW 1981, 1626, 1626; Bruns NStZ 1983, 49, 53) nehmen den Eintritt eines Verfahrenshindernisses an.

⊖ Die vollumfängliche Nichtbestrafung des frei entscheidenden Bürgers erscheint nicht angemessen.

- Die heutige Rspr. (nunmehr stRspr. seit BGHSt. 32, 345, 350 ff.; vgl. auch BGHSt. 45, 321, 327 m.w.N.) berücksichtigt eine rechtsstaatswidrige Tatprovokation durch einen Abschlag im Strafmaß.
  - ⊕ Vermeidet eine unbillige alles-oder-nichts-Lösung; ein Abschlag im Strafmaß biete eine flexible Möglichkeit alle Umstände des Einzelfalls (insb. Art und Umfang der Provokation) sachgerecht bewerten zu können.

V. Ergebnis: § 242 I durch Verlassen des Werksgeländes mit dem Laptop (+)

### **B. Strafbarkeit gem. § 246 I**

I. Tatobjekt: fremde bewegliche Sache (+)

II. Tathandlung: rechtswidrige Zueignung der Sache. Zueignung bedeutet die zumindest vorübergehende Aneignung der Sache und die dauerhafte Enteignung der Sache. Erforderlich ist eine Handlung, durch die nach außen hin eindeutig der Zueignungswille zum Ausdruck kommt. Das Verhalten muss für den objektiven Betrachter, der den inneren Willen des Handelnden nicht kennt, eindeutig und unzweifelhaft auf das Vorliegen dieses Willens schließen lassen (BGHSt. 34, 309, 312; *Rengier* BT I § 5 Rn. 10a; *Sch/Sch/Eser/Bosch* § 246 Rn. 11).

- Durch das Ergreifen des Laptops? (-), das bloße Ergreifen lässt noch nicht hinreichend sicher auf den Zueignungswillen schließen: A kann das Gerät auch lediglich für Firmenzwecke einsetzen wollen.
- Durch das Verbringen in das Büro des A? (-), das bloße Ergreifen lässt noch nicht hinreichend sicher auf den Zueignungswillen schließen: A kann das Gerät auch lediglich für Firmenzwecke einsetzen wollen.
- Durch das Einstecken in den Rucksack? (+), wer Firmeneigentum in seinen Privatrucksack packt und sich Richtung Ausgang begibt, dokumentiert damit seinen Zueignungswillen nach außen hin. Das gilt umso mehr, wenn man die – äußerlich erkennbare – Absprache zwischen P und C berücksichtigt.

Die Zueignung ist rechtswidrig, da A keinen fälligen und einredefreien Anspruch auf das Gerät hat. Einwilligung des Geschäftsinhabers (-), da er zwar damit einverstanden war, dass A die Sache ergreift, nicht aber mit der Zueignung der Sache durch A.

III. Strafzumessung: Abschlag im Strafmaß wegen rechtsstaatswidriger Tatprovokation (s.o.).

IV. Ergebnis: § 246 I (+)

### **C. Konkurrenzen**

Keine formelle Subsidiarität nach § 246 I, da kein Gleichzeitigeitsfall (Wegnahme erst durch Verlassen des Werksgeländes, Zueignung schon durch Einstecken in Privatrucksack). Gleichwohl tritt § 246 I hier



aber hinter § 242 I zurück, weil nur § 242 I das Vorliegen des Wegnahmeerfolgs zum Ausdruck bringt. Die Manifestation des Zueignungswillens hat dagegen keine eigenständige Bedeutung, da sie hier zeitlich der Wegnahmevollendung vorgelagert ist.

### Strafbarkeit des P

#### A. Strafbarkeit gem. §§ 242 I, 26 I

I. Bestimmen zu einer vorsätzlichen und rechtswidrigen Haupttat (+)

II. Doppelvorsatz: Vorsatz bzgl. des Bestimmens (+); problematisch ist aber der Vorsatz bzgl. der Haupttat: P ist agent provocateur. Wie weit der Vorsatz des Anstifters bzgl. der Haupttat reichen muss, ist umstritten. P wollte, dass A den Laptop ergreift, diesen in sein Büro verbringt, in sein Rucksack packt, ging im Übrigen aber davon aus, dass der Kontrollposten verhindern würde, dass A das Werksgelände mit dem Gerät verlässt. Folge: Da erst das Verlassen des Werksgeländes die Wegnahme vollendet hat, war der Vorsatz des P also nicht auf die Vollendung der Haupttat gerichtet; P hatte somit nur den Vorsatz, die Haupttat in das Versuchsstadium gelangen zu lassen.

- Teilweise (*Jescheck/Weigend* S. 687 ff.) wird der Vorsatz des Teilnehmers bzgl. des Versuchs der Haupttat für ausreichend gehalten, soweit der Täter die Rechtsgutgefährdung in seinen Vorsatz mit aufgenommen hat. Hier: (+), P war die Rechtsgutsgefährdung bewusst; insb. war er sich nicht sicher, ob der Kontrollposten den Laptop bemerkt.
  - ⊕ Deckungsgleichheit zwischen objektiven und subjektiven Tatbestand: genügt für den objektiven Tatbestand der Anstiftung der Versuch der Haupttat, muss auch der Vorsatz des Teilnehmers nur soweit reichen.
  - ⊕ Strafbarkeitslücken, wenn die Anforderungen an den Vorsatz überspannt werden.
  - ⊖ Bei Ausreichen des Vorsatzes bzgl. des Versuchs der Haupttat würde der Teilnehmer schärfer haften als der Haupttäter, dessen Vorsatz auf die Vollendung der Tat gerichtet sein muss (denn sonst liegt kein Versuch vor).
  - ⊖ Ansatz ist mit dem Strafgrund der Teilnahme nur schwer vereinbar: dieser besteht nicht etwa in der Verstrickung des Teilnehmers in Schuld (denn eine schuldhaftige Haupttat ist gerade nicht erforderlich), sondern im mittelbaren Rechtsgutsangriff des Teilnehmers: wer nur den Versuch der Haupttat will, will das angegriffene Rechtsgut nicht verletzen.
  - ⊖ Gegenansicht ordnet Fälle, die sich letztlich als (bewusste) Fahrlässigkeit (= Wissen um die Rechtsgutsgefährdung) darstellen, dem Vorsatz zu.
- H.M. (*Kühl* § 20 Rn. 203; *Gropp* § 10 Rn. 130; *Baumann/Weber/Mitsch* § 30 Rn. 40; *LK/Schöne-mann* § 26 Rn. 60): Erforderlich ist der Vorsatz des Teilnehmers bzgl. der Vollendung der Haupttat. Hier (-), P wollte nicht, dass A mit dem Laptop das Werk verlässt.

- Andere (*Otto* AT § 22 Rn. 42; *MK/Joecks* § 26 Rn. 57 f.) verlangen darüber hinaus den Vorsatz des Teilnehmers bzgl. der Beendigung der Haupttat bzw. der tatsächlichen Verletzung des Rechtsguts. Hier: (-), P wollte erst recht nicht, dass sich A mit dem Laptop vom Werk entfernt.

Aus genannten Gründen (vgl. oben) ist der erstgenannten Ansicht nicht zu folgen: es liegt daher kein ausreichender Vorsatz des P bzgl. der Haupttat vor.

**III. Ergebnis:** §§ 242 I; 26 I (-)

## **B. Strafbarkeit gem. §§ 246 I, II, 26 I**

**I. Bestimmen zu einer vorsätzlichen und rechtswidrigen Haupttat (+)**

**II. Doppelvorsatz?** Allein problematisch ist wieder nur der Vorsatz bzgl. der Haupttat. P wollte, dass A den Laptop ergreift, diesen in sein Büro verbringt und in seinen Rucksack packt.

- Ansicht 1 (s.o.): hier (+), P war die Rechtsgutsgefährdung bewusst; insb. war er sich nicht sicher, ob der Kontrollposten den Laptop bemerkt.
- H.M.: hier (+), P wollte, dass A den Laptop in seinen Rucksack packt.
- strengste Ansicht (s.o.): (-), P wollte nicht, dass sich A mit dem Laptop vom Werk entfernt und sich das Gerät zur Nutzung aneignet
  - ⊕ Die Strafbarkeit des Teilnehmers basiert auf einem Rechtsgutsangriff; ein solcher ist aber nicht vom Anstifter gewollt, falls der Täter vor Beendigung überführt und das Diebesgut gesichert werden sollte.
  - ⊖ Lösung der Gegenansicht stößt vom Ansatz her auf Probleme, da keine eindeutigen Regeln existieren, mit deren Hilfe der Beendigungszeitpunkt exakt beschrieben werden könnte.
  - ⊖ Hat der Haupttäter die Tat zunächst vollendet, entschließt sich dann aber sogleich zur Umkehr, bringt ihm dies auch keine Straflosigkeit ein, obwohl die Rechtsgutsverletzung materiell nicht erreicht wird.
  - ⊖ Das Fehlen des Willens, die Haupttat zur materiellen Beendigung kommen zu lassen, kann auf Strafzumessungsebene angemessen berücksichtigt werden.

Der letztgenannten Ansicht ist daher nicht zu folgen: es liegt ausreichender Vorsatz des P bzgl. der Haupttat vor.

**III. Tatbestandsverschiebung nach § 28 II**, wenn in der Person des P ein strafmodifizierendes besonderes persönliches Merkmal vorliegt. Hier möglicherweise „Anvertrautsein“ (§ 246 II). Eine Sache ist dem Beteiligten anvertraut, wenn der Gewahrsam (str., aber h.M., vgl. *MK/Hohmann* § 246 Rn. 51 m.w.N.) an der Sache ihm mit der Maßgabe übertragen wurde, dass er in einer bestimmten Weise zugunsten des Berechtigten mit der Sache verfahren solle (vgl. BGHSt. 9, 90, 91; *Wessels/Hillenkamp* Rn. 295). Hier: P sollte zwar auf den Laptop aufpassen; ihm war jedoch nicht der Gewahrsam an dem Gerät übertragen; Gewahrsamsinhaber war der Geschäftsinhaber. Daher Tatbestandsverschiebung (-)

**IV. Ergebnis:** §§ 246 I, 26 I (+)

## **Lösung Fall 4 (nach BGH NStZ-RR 2001, 268)**

### **Strafbarkeit des D (Teil I)**

#### **A. Strafbarkeit gem. § 249 I**

(-), keine Drohung mit Gewalt gegen eine Person, da der Vorhalt der Waffe nur dazu diente, den Vorfall für die Videoaufzeichnung vorzutäuschen.

#### **B. Strafbarkeit gem. § 242 I**

I. Fremde bewegliche Sache: Geldscheine und -münzen (+)

II. Wegnahme: Problematisch ist hier der Bruch fremden Gewahrsams, also die Aufhebung des Gewahrsams ohne oder gegen den Willen des bisherigen Gewahrsamsinhabers. Beantwortung der Frage ist entscheidend davon abhängig, wie die Gewahrsamsverhältnisse am Geld beurteilt werden:

- Besteht ein ausschließlicher Gewahrsam des K, liegt kein Gewahrsamsbruch vor, da er mit dem Übergang des Gewahrsams auf D einverstanden war. D war eingeweiht und war mit dem Gewahrsamswechsel einverstanden.
- Liegt dagegen ein übergeordneter Gewahrsam oder ein Mitgewahrsam des Tankstellenpächters vor, ist auch ein Gewahrsamsbruch zu bejahen, da dieser nicht eingeweiht war und den Gewahrsamswechsel somit auch nicht wollte.

Wenn die Sachherrschaft im Rahmen sozialer Abhängigkeitsverhältnisse anderen Personen zusteht, kann der Gewahrsam von Angestellten trotz unmittelbarer Einwirkungsmöglichkeit ausgeschlossen sein. Grund: Die Verkehrsanschauung ordnet trotz der näheren Stellung des „Vordermanns“ dem „Hintermann“ den Gewahrsam deshalb zu, weil er den „Vordermann“ aufgrund des sozialen Abhängigkeitsverhältnisses steuern kann und er somit die tatsächliche Herrschaft über die Sache innehat.

Hier besteht zwar grds. auch ein Weisungsrecht des Tankstellenpächters ggü. seinem Angestellten. Aber: K ist alleine für die Kasse verantwortlich und hat deren Inhalt am Schichtende abzurechnen. Ohne seine Mitwirkung darf niemand – und damit auch der Tankstellenpächter nicht – Geld aus der Kasse nehmen, damit bei evtl. Fehlbeträgen die Verantwortlichkeit festgestellt werden kann. In diesem Fall steht dem Kassierer daher der Alleingewahrsam am Kassensinhalt zu (BGH NStZ-RR 2001, 268, 268; *Rengier* BT I § 2 Rn. 18; MK/*Schmitz* § 242 Rn. 67).

Daher: tatbestandsausschließendes Einverständnis des K (+)

III. Ergebnis: § 242 I (-)

#### **C. Strafbarkeit gem. § 246 I (+)**

### **D. Strafbarkeit gem. § 123 I**

(-), generelle Betretungserlaubnis durch Tankstellenpächter; eine Maskierung des D ist nicht dargetan.

## **Strafbarkeit des K**

### **A. Strafbarkeit gem. § 246 I, II; 25 II**

I. Mittäterschaftliche Beteiligung an der Unterschlagung durch D (+)

II. Tatbestandsverschiebung nach § 28 II, infolge des Anvertrautseins des Kasseninhalts (§ 246 II)?

Möglicherweise sind insoweit drei „Arten“ von Geld in der Kasse zu unterscheiden:

- Das von vornherein vom Tankstelleninhaber überlassene und bis zur Tat nicht gewechselte Geld. Insoweit ist ein Anvertrausein durch den Tankstelleninhaber relativ unproblematisch (+), da es sich noch genau um die Sachen handelt, die er dem K überlassen hat.
- Das Geld aus dem Verkaufserlös, das den Kassenstand nach jeder Vertragsabwicklung ansteigen lässt (Bsp.: Kunde zahlt € 8 für das getankte Benzin passend). Das Anvertrautsein dieser Gelder könnte insoweit zweifelhaft sein, als dass es erst von den Kunden an K übergeben wurde, die aber über die erfüllende Wirkung hinaus kein Interesse mehr daran hatten, dass K in einer bestimmten Weise mit dem Geld verfährt.
- Das Wechselgeld als solches, das vom Kunden über seine Schuld hinausgehend hingegeben wird und das der Kassierer gegen das Rückgeld austauscht (Bsp.: Kunde zahlt mit einem 10 €-Schein sein getanktes Benzin im Wert von € 8; aus der Kasse wendet K € 2 als Rückgeld auf, sodass sich der Schein insoweit als Surrogat der ausgegebenen € 2 darstellt. Insoweit könnte man i.S.d. Wertsummentheorie daran denken, dass dieses Geld wertmäßig bereits von Anfang an in der Kasse enthalten war; insoweit wäre das gesamte Wechselgeld – egal ob in ursprünglicher Form enthalten oder ausgewechselt – dem K vom Tankstelleninhaber anvertraut gewesen.

Der BGH (Az. 1 StR 433/64 v. 10.11.194) unterscheidet indes nicht und nimmt das Anvertrautsein des gesamten Kasseninhalts an. Nach stRspr. bedeutet Anvertrautsein nicht mehr, „als dass Besitz oder Gewahrsam in dem Vertrauen eingeräumt werden, die Gewalt über die Sache werde nur im Sinne des Einräumenden ausgeübt werden. Hierfür genügt es, dass Besitz oder Gewahrsam kraft eines Rechtsgeschäfts mit der Verpflichtung erlangt sind, sie zurückzugeben oder zu einem bestimmten Zweck zu verwenden (RGSt. 4, 386; BGHSt. 9, 90, 91; 16, 280, 282). Einer solchen Verpflichtung kann auch ein Arbeitsvertrag zugrunde liegen. Dabei ist es unerheblich, ob der Treuhänder die anvertrauten Sachen vom Treugeber selbst oder von einem Dritten erhält, sofern sie nur aufgrund des Vertragswillens des Treugebers in seine Hand kommen (RGSt. 4, 386, 388). Die Tat des Angeklagten erfüllt mithin den Tatbestand der Veruntreuung; denn der Angeklagte gelangte nur auf Grund des Arbeitsvertrages in den Besitz der bei den Gästen kassierten Gelder und dieser Vertrag verpflichtete ihn zugleich, die verein-

nahmen Gelder an den Arbeitgeber abzuführen.“ Insoweit kann man ein antizipiertes Anvertrauen der Einnahmen durch den Tanstelleninhaber annehmen.

III. Ergebnis: §§ 246 I, II; 25 II (+)

### **B. Strafbarkeit gem. § 266 I Alt. 2**

I. Alt. 1 (Missbrauchsvariante) kommt nicht in Betracht, da hier allenfalls ein tatsächliches Handeln (die Preisgabe des Geldes an D), nicht aber ein rechtsgeschäftliches Handeln Anknüpfungspunkt einer Strafbarkeit des K sein kann.

II. Vermögensbetreuungspflicht des K? „Pflicht, fremde Vermögensinteressen wahrzunehmen“ muss typischer und wesentlicher Inhalt des Treueverhältnisses sein. Es muss sich um eine Hauptpflicht und nicht bloß um eine Nebenpflicht handeln. Dies setzt einen Aufgabenkreis von einigem Gewicht und einem gewissen Grad von Verantwortlichkeit voraus. Pflicht muss gerade dem Vermögensinteresse des Treuegebers dienen und gerade deshalb vereinbart sein (*Wessels/Hillenkamp* Rn. 770). Indizien für Vermögensbetreuungspflicht: Entscheidungsspielraum des Verpflichteten *und* hinreichendes Maß seiner Selbstständigkeit. Hier eher (-), da K kein Entscheidungsspielraum hat und nicht selbstständig über den Kasseneinhalt befinden kann; es handelt sich eher um eine mechanische Tätigkeit; Schutz des § 246 ist ausreichend (vgl. die Einschätzung *Wessels/Hillenkamps* Rn. 773, wonach die Entgegennahme des Kaufpreises für Gegenstände des täglichen Lebens für eine qualifizierte Vermögensbetreuungspflicht nicht genügt).

III. Ergebnis: § 266 I Alt. 2 (-)

### **C. Strafbarkeit gem. § 145d I Nr. 1**

I. Tauglicher Adressat: nur Behörde oder einer zur Entgegennahme von Anzeigen zuständigen Stelle. Es ist Tatfrage, ob K unmittelbar ggü. der Polizei selbst Angaben gemacht hat, er sei überfallen worden oder ob er zunächst seinen Chef informierte, der dann die Polizei verständigte. Im zweiten Fall kommt eine Tatbegehung in mittelbarer Täterschaft (§ 25 I Alt. 2) mit dem Tankstellenpächter als gutgläubigen Tatmittler in Betracht.

II. Vortäuschen der Begehung einer rechtswidrigen Tat? Problematisch hier: Zwar ist eine Raub-Straftat nur vorgespiegelt worden, indes liegt in dem geschilderten Verhalten tatsächlich aber immerhin eine Straftat nach § 246. Nach h.M. (vgl. OLG Hamm NStZ 1987, 558, 559; MK/*Zopfs* § 145d Rn. 23; Sch/Sch/*Stree/Sternberg-Lieben* § 145d Rn. 9) ist bei solchen Übertreibungen entscheidend, ob der Umfang der erforderlichen Ermittlungsmaßnahmen im Hinblick auf das vorgetäuschte Delikt erheblich über denjenigen liegt, die zur Aufklärung der tatsächlichen Tat notwendig sind. Fällt die vorgetäuschte ggü. der tatsächlich begangenen Tat erheblich ins Gewicht und geben Hinzugedichtete oder Weggelassene Umstände dem Geschehen ein neues Gepräge, liegt eine beachtliches Vortäuschen vor. Als indiziell für eine solche Charakterveränderung wird es teilweise (*Rengier* BT II § 51 Rn. 7) angesehen, wenn aus

einem Vergehen ein Verbrechen wird; andere (Sch/Sch/Stree/Sternberg-Lieben § 145d Rn. 9) stellen als Indiz darauf ab, ob aus einem Privatklagedelikt ein Officialdelikt wird. Hier (+), da aus Vergehen (§ 246) ein (schwerer) Raub (§§ 249 f.) wird.

III. Ergebnis: § 145d I Nr. 1 (i.V.m. § 25 I Alt. 2 ) (+)

### **Strafbarkeit des D (Teil II)**

#### **A. Strafbarkeit gem. §§ 266 I Alt. 2, 27 I**

(-), rechtswidrige Haupttat des K.

#### **B. Strafbarkeit gem. § 145d I Nr. 1**

(+), entweder als Mittäter des K (§ 25 II) oder mittels des Tankstellenpächters als gutgläubigen Tatmittler (§ 25 I Alt. 2).



## Lösung Fall 5

### Strafbarkeit des E gem. § 242 I am Sparbuch

I. Wegnahme einer fremden beweglichen Sache (+)

II. Vorsatz insoweit (+)

III. Absicht rechtswidriger Zueignung? Zueignungsabsicht meint die Absicht zumindest vorübergehender Aneignung sowie den (zumindest bedingten) Vorsatz dauerhafter Enteignung des Berechtigten (*Rengier* BT I § 2 Rn. 40; NK/*Kindhäuser* § 242 Rn. 69).

1. 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/Bosch* § 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). Hier (+), E kam es gerade darauf an, sich als Eigentümer der Sache gegenüber der Bank zu generieren, um Geld abheben zu können.

2. 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).

a) Hinsichtlich der Sachsubstanz: (-), das Sparbuch in seiner Substanz an den Berechtigten zurückgelangen sollte.

Hinweis: Die rechtliche Wertung würde sich auch nicht ändern, wenn E seinen ursprünglichen Plan nach der Geldabheben geändert und sich entschlossen hätte, das Sparbuch nun doch wegzuschmeißen. entscheidend ist insoweit allein das innere Vorstellungsbild des Täter bei Vornahme der Tathandlung.

b) Hinsichtlich des Sachwerts: Nach der herrschenden Vereinigungstheorie kann auch der Sachwert Gegenstand der Zueignung sein (vgl. RGSt. 61, 228, 233; BGHSt. 24, 115, 119; *Wessels/Hillenkamp* Rn. 133, 135; *Rengier* BT I § 2 Rn. 41). Hier (+), die abgehobenen € 5.000 sind ein unmittelbar in dem Sparbuch verkörperter Wert (lucum ex re); der im Sparbuch verkörperte Wert wird der Firma wegen der schuldbefreienden Leistung der Bank (vgl. § 808 BGB) i.H.v. € 5.000 dauerhaft entzogen; insoweit soll das Sparbuch nur noch als leere Hülse an den Berechtigten zurückkehren.

c) Rechtswidrigkeit der Zueignung: 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). Hier: kein Anspruch; Rechtswidrigkeit (+)

IV. Ergebnis: § 242 I am Sparbuch (+)

### **Strafbarkeit des E gem. § 242 I an der EC-Karte**

**I.** Wegnahme einer fremden beweglichen Sache (+)

**II.** Vorsatz insoweit (+)

**III.** Absicht rechtswidriger Zueignung?

**1.** Aneignungsabsicht (+), E kam es gerade darauf an, sich als Eigentümer der Sache gegenüber der Bank zu generieren, um Geld abheben zu können.

**2.** Enteignungsvorsatz

**a)** hinsichtlich der Sachsubstanz: (-), die EC-Karte soll in ihrer Substanz an den Berechtigten zurückgelangen.

**b)** hinsichtlich des Sachwerts:

- Die h.M. (vgl. BGH NJW 1988, 979, 979 f.; *Wessels/Hillenkamp* Rn. 133, 135; *Rengier* BT I § 2 Rn. 51): vertritt einen restriktiven Sachwertbegriff (lucrum ex re; restriktiver Sachwertbegriff). Zueignungsfähig ist danach nur der in der Sache selbst unmittelbar verkörperte Wert. Hier (-), das Kontoguthaben ist kein der EC-Karte innewohnender Wert; anders als das Sparbuch ist die EC-Karte kein Legitimationspapier i.S.d. § 808 BGB; man sieht der EC-Karte – ebenfalls anders als beim Sparbuch – auch das Guthaben nicht an; der in der EC-Karte verkörperte Wert bewegt sich daher nur im Cent-Bereich (Wert des Plastiks); dieser wird aber nicht entzogen, da das Plastik nach der Nutzung der Karte den gleichen Wert hat, wie zuvor.
- Nach a.A. (vgl. OLG Frankfurt NJW 1962, 1879, 1879 f.; OLG Hamm NJW 1964, 1427, 1428 f.) kann auch der Wert, der mit der Sache erzielt werden kann (lucrum ex negotio cum re; extensiver Sachwertbegriff) Gegenstand der Zueignung sein. Hier (+), durch den Einsatz der EC-Karte kann das Kontoguthaben erlangt werden.
  - ⊖ Der Diebstahl wird vom Eigentums- faktisch in ein Vermögensdelikt umgedeutet.
  - ⊖ Unterlaufen der grundsätzlichen Straflosigkeit des bloßen furtum usus.

**c)** Enteignungsvorsatz bezieht sich nicht auf einen tauglichen Gegenstand.

**IV.** Ergebnis: § 242 I an der EC-Karte daher (-)