

Der Grundtatbestand des Diebstahls (§ 242 StGB) – Teil 2

Lösung Fall 6 (nach LG Düsseldorf NStZ 2008, 155 mit Anm. Sinn ZJS 2010, 274)

A. Strafbarkeit des F gem. § 242 I am Karton

I. Wegnahme einer fremden beweglichen Sache (+)

II. Vorsatz insoweit (+)

III. Absicht rechtswidriger Zueignung des Kartons? Enteignungskomponente (+), da F zumindest billigend in Kauf nahm, dass der Karton nicht wieder an das Wettbüro zurückgelangen würde. Problematisch aber ist, ob F Aneignungsabsicht hinsichtlich des Kartons hatte. 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). Zwar könnte man sagen, dass sich der Täter mit jeder Ergreifung und Nutzung als Transportmittel wie ein Eigentümer verhält. Aber: Soll die Aneignungsabsicht eine über die Wegnahme hinausgehende eigenständige Bedeutung haben und gleichzeitig noch die Abgrenzung zur bloßen Sachentziehung oder -beschädigung leisten, müssen an die beabsichtigte Einverleibung in das Vermögen darüber hinausgehende Anforderungen gestellt werden (SSW/Kudlich § 242 Rn. 48; MK/Schmitz § 242 Rn. 130; Sinn ZJS 2010, 274, 275). Relevant ist daher nur eine beabsichtigte Einverleibung der Sache in einer wirtschaftlichen sinnvollen Art und Weise (MK/Schmitz § 242 Rn. 130; Sinn ZJS 2010, 274, 275). Eine solche liegt etwa vor, wenn das Behältnis als notwendiges Transportmittel für die darin aufbewahrten Gegenstände zu einem sicheren Ort genutzt werden soll (LG Düsseldorf NStZ 2008, 155, 156; Streng JuS 2007, 422, 422; NK/Kindhäuser § 242 Rn. 89). Ob eine relevante Nutzung aber auch vorliegt, wenn der Täter das Behältnis als Zusammenfassung der darin enthaltenden Gegenstände zu nutzen beabsichtigt, weil der Tatplan ein schnelles Agieren erfordert und deshalb ein Herausnehmen der einzelnen Gegenstände nicht in Betracht kommt, wird nicht einheitlich beantwortet (dafür LK/Ruß, 11. Aufl., § 242 Rn. 59; Sinn ZJS 2010, 274, 275; abl. BGH GA 1962, 144, 145; in diese Richtung wohl auch BGH NStZ 2006, 686, 687; BGH NStZ-RR 2010, 75).

- ⊕ Dafür spricht, dass der Täter das Behältnis auch in diesem Fall dazu nutzt, um den Inhalt an sich bringen zu können und diese Nutzung als notwendiges Zwischenziel zur Erlangung des Inhalts ebenfalls anstrebt.
- ⊕ Zudem soll nach Sinn ZJS 2010, 274, 275 die beabsichtigte Aneignung in diesem Fall ggü. der Wegnahme ihre eigenständige Bedeutung behalten, da sich an die Gewahrsamsbegründung (= Inbesitznahme des Behältnisses) die vom Täter beabsichtigte Aneignung durch die notwendige Verbringung in dem Behältnis erst anschließt.

- ⊖ *Sinn* verkennt, dass die Frage der Neubegründung des Gewahrsams nicht pauschal für alle (großen und kleinen, schweren oder leichten) Behältnisse pauschal beantworten lässt. Steckt der Täter etwa ein auf dem Tisch liegendes Portmonee schnell in seiner Hosentasche, während der Eigentümer sich kurz zum Schnäuzen abwendet, ist die Wegnahme damit vollendet. Hier erschöpft sich die vom Täter beabsichtigte Nutzung des Behältnisses als Zusammenfassung des darin enthaltenen Geldes im Schnell-Ergreifen-Können, sodass beabsichtigte Aneignung und die Wegnahme zusammenfallen. Überhaupt wird man sagen müssen, dass ein entsprechendes Verständnis die Annahme einer bloßen Sachentziehung an Behältnissen faktisch ausschließt, da der Täter regelmäßig keinen anderen Grund haben wird, das ganze Behältnis an sich zu nehmen, als ein Behältnis zum Transport zu nutzen oder aufgrund seines Tatplans, der eben den raschen Zugriff auf das gesamte Behältnis verlangt.

IV. Ergebnis: § 242 I am Karton (+/-), beide Ergebnisse sind gleichermaßen gut vertretbar.

B. Strafbarkeit des F gem. § 242 I am Inhalt des Kartons (hier: Kopierpapier)

I. Wegnahme einer fremden beweglichen Sache (+)

II. Vorsatz? Problematisch ist hier, dass sich nach Fs Vorstellung Geld – bestenfalls die Tageseinnahmen – oder sonstige Wertgegenstände im Karton befanden, tatsächlich darin jedoch nur Kopierpapier enthalten war. Daher vorsatzausschließender Irrtum? (-), unbeachtlicher Motivirrtum (error in objecto), denn der Plan des F war darauf gerichtet, den Inhalt eines bestimmten Kartons an sich zu bringen, dieser ist lediglich nicht von der von F erhofften Art (s. auch *Streng* JuS 2007, 422, 423). Insoweit stimmen anvisiertes und getroffenes Tatobjekt (Inhalt des Kartons) überein. Eine aberratio ictus-Konstellation (F hat es auf den Inhalt von Karton A abgesehen, greift aber in der Eile Karton B) liegt gerade nicht vor: Vorsatz (+)

III. Absicht rechtswidriger Zueignung hinsichtlich des Kartoninhalts (Kopierpapier)?

- Teilweise (*Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf* § 13 Rn. 131; LG Düsseldorf NStZ 2008, 155, 156) wird die Aneignungsabsicht hinsichtlich des ganzen Kartoninhalts bejaht. Danach läge ein vollendeter Diebstahl am tatsächlichen Kartoninhalt vor.
 - ⊕ Parallele zur Beurteilung des Vorsatzes: im Zeitpunkt der Wegnahme wollte sich F den Kartoninhalt zueignen, die Identifizierung des Inhalts als die Tageseinnahmen oder sonst etwas Wertvolles ist auch hier nur unbeachtliches Motiv.
- Die h.M. (BGH NStZ-RR 2000, 343, 343; *Sch/Sch/Eser/Bosch* § 242 Rn. 63; *Streng* JuS 2007, 422, 424; *Sinn* ZJS 2010, 274, 276) nimmt dagegen an, die Aneignungsabsicht sei auf einen bestimmten, vom Täter zumindest grob erwarteten Kartoninhalt begrenzt. Danach gelangte man hier zu einem versuchten Diebstahl am untauglichen Tatobjekt.
 - ⊕ Die Aneignungsabsicht stellt subjektiv strenge Anforderungen an die Aneignungskomponente und ist als Zielvorstellung stärker mit dem Tatmotiv verknüpft. Das spricht dafür, eine vom Tä-

ter gestellte Beschaffenheit des Inhalts, der diesen für ihn erst aneignungswürdig macht, hier zu berücksichtigen.

- ⊕ Nähme der Täter ein leeres Behältnis weg, wäre er – im Hinblick auf dessen vermeintlichen Inhalt – nur wegen versuchten Diebstahls zu bestrafen. Im Vergleich dazu scheint die Annahme einer Vollendungsstrafbarkeit nicht angemessen, wenn sich – wie regelmäßig und wie regelmäßig dem Täter bekannt – etwas (für ihn) völlig Wertloses im weggenommenen Behältnis befindet.

IV. Ergebnis: § 242 I am Kartoninhalt (Kopierpapier) nach h.M. (-)

C. Strafbarkeit des F gem. § 242 I, II; 22 am (vermeintlich wertvollen) Inhalt des Kartons nach h.M.

(+)

Lösung Fall 7

Ausgangsfall

A. Strafbarkeit des V gem. § 242 I

I. Wegnahme einer fremde bewegliche Sache (+)

II. Zueignungsabsicht? H will die Sache nicht für sich behalten; deshalb könnte ein Fall der Drittzueignung vorliegen. Auch wenn die Abgrenzung zwischen Selbst- und Drittzueignungsabsicht nicht mehr über Strafbarkeit und Straflosigkeit entscheidet (vgl. dazu unten), so ist sie dennoch für die Strafzumessung von Bedeutung. Für die Unterscheidung gelten folgende Grundsätze:

- Will der Täter die Sache für sich selbst behalten, liegt unproblematisch eine Selbstzueignung vor.
- Will der Täter die Sache an Dritte weitergeben, so liegt darin grds. nur dann eine Selbstzueignung, 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/Bosch* § 242 Rn. 57; *LK/Vogel* § 242 Rn. 181).
- Teilweise (*Rudolphi* GA 1965, 33, 42 f.; *Tenckhoff* JuS 1980, 723, 725 f.) wurde vor der Gesetzesreform in jeder Drittzueignung auch eine Selbstzueignung 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 Drittzueignungsabsicht zu schließen. Dazu besteht heute kein Bedürfnis mehr.
 - ⊖ 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; zust. *LK/Ruß*, 10. Aufl., § 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.

Hier: Drittzueignungsabsicht des H zugunsten des V (+)

Hinweis: Bis 1998 erfasste § 242 nur die Selbstzueignungsabsicht. Erst das 6. StrRG führte die Strafbarkeit der Drittzueignungsabsicht ein. Vor diesem Hintergrund müssen die Bemühungen gesehen werden,

den, die Selbstzueignung möglichst weit zu fassen. Bestimmt man den Anwendungsbereich der Selbstzueignung dagegen restriktiver, so ergab sich zunächst das Ergebnis der Straflosigkeit beider Beteiligten: Denn 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 ebenfalls: es fehlte eine 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, 41) und der ihr folgenden Literatur (*Wessels/Beulke* Rn. 537; *Sch/Sch/Heine* § 25 Rn. 18) als mittelbarer Täter eines Diebstahls (§§ 242, 25 I Alt. 2) angesehen, an dem V als Gehilfe (§§ 242, 27) beteiligt war. Die Tatherrschaft des H wurde normativ über die Figur des absichtslos dolosen Werkzeugs begründet (s. dazu die Abwandlung). Aufgrund der Aufnahme der Drittzueignungsabsicht hat die Figur heute erheblich an Bedeutung verloren.

III. Ergebnis: § 242 I (+)

B. Strafbarkeit des H gem. §§ 242 I; 26 I (+)

Abwandlung

Strafbarkeit des V

A. Strafbarkeit gem. § 242 I

I. Wegnahme einer fremde bewegliche Sache (+)

II. Zueignungsabsicht?

- Selbstzueignungsabsicht nach zutreffender Ansicht (s.o.) (-)
- Drittzueignungsabsicht ebenfalls (-), da H es zwar für möglich hält, dass V sich die Vase aneignet. Dieser hat V jedoch berichtet, er wolle die Vase bloß zerstören und sie damit seinem Vermögen gerade nicht einverleiben will. Hinsichtlich einer Dritthaneignung liegt daher lediglich bedingter Vorsatz, nicht aber – wie gesetzlich verlangt – Absicht (dolus directus 1. Grades) vor.

III. Ergebnis: § 242 I (-)

B. Strafbarkeit gem. § 246 I

I. Zueignung einer fremden beweglichen Sache?

1. Selbstzueignung? Objektiv manifestiert sich ein Selbstzueignungswille, wenn V die Vase widerrechtlich aus dem Herrschaftsbereich des O befördert. Jedoch liegt subjektiv insoweit kein Selbstaneignungswillen des V vor, da er die Vase nicht in sein eigenes Vermögen einverleiben will. Daher (-)

2. Drittzueignung? Zur Manifestation des Drittzueignungswillens ist erforderlich, dass der Dritte in eine gewisse Herrschaftsposition zur Sache gebracht wird (*Rengier* BT I § 5 Rn. 19a; *MK/Hohmann* § 246 Rn. 42). Das ist hier nicht erst mit Übergabe der Vase an H der Fall, sondern bereits dann, wenn V den Besitz an der Sache erlangt hat, den er H als Fremdbesitzer mittelt. Aufgrund der vorherigen Absprache ist der Fremdbesitzerwille auch objektiv sichtbar geworden. Da bedingter Vorsatz hinsichtlich der (Dritt-)Aneignung nach h.M. (*Rengier* BT I § 5 Rn. 9 m.w.N.) genügt: Drittzueignung (+)

II. Ergebnis: § 246 I (+)

Strafbarkeit des H

A. Strafbarkeit gem. §§ 242 I; 25 I Alt. 2

I. V selbst hat unmittelbar keine fremde bewegliche Sache weggenommen. Erforderlich ist daher, dass ihm die Wegnahme durch V zurechenbar wäre. § 25 II kommt schon mangels gemeinsamen Tatplans nicht in Betracht. Zurechnung gem. § 25 I Alt. 2 trotz an sich vollverantwortlich und frei handelnden V als Tatmittler – Täter hinter dem Täter? In dieser Konstellation (Vordermann handelt nicht mit der erforderlichen Absicht, sondern lediglich mit *dolus directus* 2. Grades oder *dolus eventualis* [vgl. dazu *Gropp* § 10 Rn. 58a]) kommt die Frage nach der Anerkennung der Fallgruppe des absichtslos dolosen Werkzeugs somit weiterhin zum Tragen.

- Zur Vermeidung als unbillig empfundener Ergebnisse könnte man hier die Tatherrschaft normativ begründen (so früher bei strafloser Drittzueignungsabsicht: *RGSt.* 39, 37, 41; *Wessels/Beulke* Rn. 537; *Sch/Sch/Heine* § 25 Rn. 18) und H als mittelbaren Täter eines Diebstahls (§§ 242, 25 I Alt. 2 StGB) ansehen, an dem der V als Gehilfe beteiligt ist (§§ 242 I; 27 I). Als unbillig wurde das Ergebnis deshalb empfunden, weil auch die Unterschlagung bis zur Reform von 1998 nur die Selbstzueignung kannte und deshalb eine Bestrafung des V insoweit (s.o., B. I. 2.) – und damit auch des H wegen Beteiligung daran (s.u., C.) – ausschied. Im Übrigen war zwar auch nach damaligem Recht eine Bestrafung des H nach § 246 (s.u., B. II.) – und damit einhergehend des V gem. §§ 246, 27 – möglich, wenn V die Sache dem H übergibt. Jedoch wurde auch dieses Ergebnis als unbillig empfunden, da das Diebstahlsunrecht (der vorliegende Gewahrsamsbruch bliebe unberücksichtigt) dabei ungeahndet bliebe bzw. sogar Straflosigkeit beider Beteiligten die Folge wäre, wenn es nicht mehr zur Übergabe der Sache von V an H käme. Der Gedanke der Vernachlässigung des Diebstahlsunrechts trägt auch heute noch, da sich bei Ablehnung der Rechtsfigur des absichtslos dolosen Werkzeugs nur eine Strafbarkeit der Beteiligten nach § 246 ergeben würde (s. bzgl. V oben; s. bzgl. H unten), obwohl tatsächlich ein Gewahrsamsbruch vorliegt.

- ⊕ 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.

- Die h.L. dagegen lehnt eine mittelbare Täterschaft in der Konstellation des absichtslos dolosen Werkzeugs aus den genannten Gründen ab (*Roxin AT II § 25 Rn. 153; Kindhäuser AT § 39 Rn. 20; Groppe § 10 Rn. 59; Stratenwerth/Kuhlen § 12 Rn. 37*).

II. Ergebnis: §§ 242 I, 25 I Alt. 2 (-)

B. Strafbarkeit gem. § 246 I

I. Hinsichtlich der Besitzverschaffung durch V, die die Besitzmittlung ermöglicht (-), da insoweit keine Tatherrschaft des H.

II. Hinsichtlich der Übergabe der Sache von V an H (+), da sich H die Sache durch die Annahme selbst zueignet und insoweit auch Tatherrschaft des H vorliegt, da er an der Übergabe mitwirken muss.

III. Ergebnis: § 246 I (+)

C. Strafbarkeit gem. §§ 246 I, 26 I

An sich (+) durch Anstiftung zur Fremdbesitzbegründung; aber subsidiär zur täterschaftlichen Selbstzueignung durch Annahme der Sache.

Lösung Fall 8

A. Strafbarkeit des G gem. § 242 I

I. Wegnahme einer fremde bewegliche Sache (+)

II. Absicht rechtswidriger Zueignung?

1. Zueignungsabsicht bzgl. der Sachsubstanz?

- 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. Zueignungsabsicht bzgl. des Sachwerts? Ein Zueignungswillen ließe sich allenfalls aufgrund der weiten Sachwerttheorie (*lucrum ex negotio cum re*) begründen. Denn der von B noch nicht beglichene Forderungsbetrag ist kein der Uhr unmittelbar anhaftender und in ihr verkörperter Wert. Der extensive Sachwertbegriff ist jedoch aus den oben (vgl. Fall 5) genannten Gründen abzulehnen.

III. Ergebnis: § 242 I (-)

B. Strafbarkeit des G gem. §§ 253 I, III; 22

(-), kein unmittelbares Ansetzen mitgeteilt, das frühestens in der Absendung des Briefs an B läge.

Hinweis: Problematisch ist hier der Tatentschluss hinsichtlich eines Vermögensschadens. Denn legte man den Schwerpunkt der Schadensbestimmung auf eine wirtschaftliche Betrachtung, läge kein Schaden vor, weil B für die Zahlung von € 10.000 eine Uhr im Wert von € 15.000 erhielt. Berücksichtigt man dagegen, dass B die Herausgabe der Uhr gem. § 985 BGB unentgeltlich zustünde, muss das Vorliegen eines Schadens dagegen bejaht werden. Eingehender zu den Schadensproblematiken aber erst im Rahmen der Vermögensdelikte.

Abwandlung

In der Abwandlung wäre die Zueignungsabsicht des G nach h.M. dagegen zu bejahen:

- Aneignungsabsicht: (+), da der Täter beabsichtigt, die Sache als eigene anzubieten, sie also denkwürdig 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 zu-

rückerhalten. 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).

Lösung Fall 9

Strafbarkeit des J gem. § 242 I

I. Wegnahme einer fremde bewegliche Sache (+)

II. Zueignungsabsicht (+)

III. Rechtswidrigkeit der beabsichtigten 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).

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 streng genommen (-), da es sich bei Geldschulden um Gattungsschulden handelt, bei denen dem Schuldner gem. § 243 I das Auswahlrecht zukommt, welche konkrete Sache er zur Erfüllung der Forderung einsetzen will. Nimmt der Täter eine Sache aus der Gattung weg, bleibt die Zueignung rechtswidrig.

Ob dieses Ergebnis bei Geldschulden zu korrigieren ist, ist umstritten:

- Nach h.L. (*Wessels/Hillenkamp* Rn. 189; *Rengier* BT I § 2 Rn. 90; *Sch/Sch/Eser/Bosch* § 242 Rn. 59) kommt dem Auswahlrecht des Schuldners bei Geldschulden nur eine formale Bedeutung zu. 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.
- Die Rspr. (BGHSt. 17, 87, 88 ff.) hält dagegen grundsätzlich an den allgemeinen Grundsätzen bei der Gattungsschuld fest und geht davon aus, dass die Zueignung in diesem Fall rechtswidrig sein soll. Jedoch bejaht die Rspr. (BGH NStZ 1988, 216) bei Geldschulden einen Tatbestandsirrtum nach § 16 I 1, 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).

IV. Ergebnis: § 242 I nach h.L. (-), nach Rspr. Tatfrage, inwieweit ein Irrtum des J vorlag.

Examensrelevante Probleme dieser Lehreinheit

- I. Sachqualität und Eigentumsverhältnis an Leichen(-teilen).*
- II. Eigentumsverhältnisse an nicht verkehrsfähigen Gegenständen.*
- III. Grundsätze der Gewahrsamsbestimmung.*
- IV. Gewahrsam Bewusstloser und Sterbender.*
- V. Besondere Gewahrsamsverhältnisse: über- und untergeordneter Gewahrsam, Mitgewahrsam, etc.*
- VI. Gegenstand der Zueignung: Sachsubstanz und Sachwert; Bestimmung des zueignungsfähigen Sachwerts (lucrum ex re / lucrum ex negotio cum re).*
- VII. Zueignung von Behältnissen und ihrem (nur vermeintlich wertvollen) Inhalt.*
- VIII. Grundsätze der Selbst- und Drittzueignung.*
- IX. Behandlung und Relevanz des absichtlos dolosen Werkzeugs.*
- X. Zueignungsabsicht bei Rückgabe bzw. Rückveräußerung der Sache.*
- XI. Rechtswidrigkeit der Zueignung bei Gattungsschulden, insb. Geldschulden.*

Hinweise zur Nacharbeit

- I. Vgl. angegebene Fundstellen zum jew. besprochenen Urteil.*
- II. Zu den Tatbestandsmerkmalen des Diebstahls und ihren Problemen jüngst auch Zopfs ZJS 2009, 506 und 649.*
- III. Zum Begriff des Gewahrsams s. den Grundwissen-Beitrag von Rönnau JuS 2009, 1088.*
- IV. Zur Zueignungsproblematik hinsichtlich Behältnis und einem nur vermeintlich wertvollen Inhalt s. auch Streng JuS 2007, 422.*
- V. KK BT I § 25 – Diebstahl (KK 147 – 186).*