

Der Grundtatbestand des Diebstahls (§ 242 StGB)**Lösungshinweise Fall 1 (nach OLG Bamberg NJW 2008, 1543 mit Bespr. Jahn
JuS 2008, 457, s. auch OLG Hamburg NJW 2012, 1601)****A. Strafbarkeit des A gem. § 242 I****I. Tatobjekt: fremde bewegliche Sache.**

1. Sache? Sachen sind nur körperliche Gegenstände i.S.d. § 90 BGB. 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.
- Anerkannt ist auch, dass Mumien, Moorleichen, Skelette und plastinierte Leichen Sachqualität haben.
- Streitig ist dagegen, ob sonstige Leichen und Leichenteile Sachen sind. Die h.M. bejaht dies.
 - ⊖ 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 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. Auch die Eigentumsverhältnisse an sterblichen Überresten sind problematisch.: 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 (s. 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. bejaht ein Aneignungsrecht an der Leiche (§ 958 I BGB). Hier aber weder Bestattungsvertrag zwischen H. und dem Krematoriums-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. Hier wäre dann an ein gewerbsmäßiges Vorgehen gem. § 243 I Nr. 3 zu denken.
- 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 verbrannt 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. genügt hierfür bei § 168 I, der Bruch fremden Gewahrsams. Hier (+), da der (Mit-)Gewahrsam ggf. der totenfürsorgeberechtigten Angehörigen und des Betreibers des Krematoriums gegen deren Willen aufgehoben wurde.

III. Ergebnis: § 168 I (+)

Lösungshinweise 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 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. 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.

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). 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. 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.

- Geht die Bewusstlosigkeit in den Tod über, so soll der Gewahrsam nach einer Mindermeinung 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. endet der Gewahrsam erst mit dem Tod des Bewusstlosen.

- ⊕ Folge der Mindermeinung wäre ein Schwebezustand, 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. Hier infolge der Bewusstlosigkeit des D (+)

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

Lösungshinweise 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.

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.
- Gewahrsam des Polizisten P? (-), er beobachtet die Sache nur, hat selbst aber keinen Gewahrsamswillen.
- Gewahrsam des Angestellten C? 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 C gegenüber dem Geschäftsinhaber berücksichtigt werden muss; dessen arbeitsrechtliches Weisungsrecht ermöglicht eine „Steuerung“ des C 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 C (-)
- 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. Hier:

- Durch das Ergreifen des Laptops?
 - ⊕ Mit dem Ergreifen ist C 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?
 - ⊕ C beherrscht diesen Raum mehr; es ist „sein“ Büro.
 - ⊖ Das Büro des C 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 C müsste er sich nicht sozial rechtfertigen.
- Durch das Einstecken in den Rucksack?
 - ⊕ Für einen Griff in die Privatsachen seines Angestellten müsste sich C auch innerhalb des Werksgeländes sozial rechtfertigen.
 - ⊕ Der Laptop befindet sich vollständig im privaten Rucksack des C 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) 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.

- 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: C 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 C 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; C hat damit hinreichend festen Gewahrsam am Laptop erlangt, sodass er die Sachherrschaft nach Verlassen des Werktores ungehindert durch den alten Gewahrsamsinhaber ausüben konnte. Möglicherweise könnte sich die Bewertung aber deshalb ändern, weil C bei der Tat durch einen Dritten – den P – beobachtet wurde:
 - Teilweise (wird angenommen, dass die Beobachtung des Täters bei der Tat einem Gewahrsamswechsel entgegenstehe.

- ⊕ Der auf frischer Tat er�appte 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. 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. Kompensation des Verstoßes ist str.:

- Teilweise 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 nehmen den Eintritt eines Verfahrenshindernisses an.
 - ⊖ Die vollumfängliche Nichtbestrafung des frei entscheidenden Bürgers erscheint nicht angemessen.
- Die heutige Rspr. 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.

- 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 Gleichzeitigsfall (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. Doppeltvorsatz: 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 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.: Erforderlich ist der Vorsatz des Teilnehmers bzgl. der Vollendung der Haupttat. Hier (-), P wollte nicht, dass A mit dem Laptop das Werk verlässt.
- Andere 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.) an der Sache ihm mit der Maßgabe übertragen wurde, dass er in einer bestimmten Weise zugunsten des Berechtigten mit der Sache verfahren solle. 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 (+)

Lösungshinweise 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).

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. Wertummentheorie 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 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. 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. 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 vereinnahmten Gelder an den Arbeitgeber abzuführen.“ Insoweit kann man ein antizipiertes Anvertrauen der Einnahmen durch den Tankstelleninhaber 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 Treugebers dienen und gerade deshalb vereinbart sein. 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.

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. 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 angesehen, wenn aus einem Vergehen ein Verbrechen wird; andere 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).

Lösungshinweise 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.

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. Hinsichtlich der Aneignungskomponente ist Absicht i.S. dolus directus 1. Grades erforderlich. 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. Hinsichtlich der Enteignungskomponente genügt dolus eventualis.

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. Hier (+), die abgehobenen € 5.000 sind ein unmittelbar in dem Sparbuch verkörperter Wert (lucrum 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. 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. 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. 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 (-)

Lösungshinweise 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. 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. Relevant ist daher nur eine beabsichtigte Einverleibung der Sache in einer wirtschaftlichen sinnvollen Art und Weise. Eine solche liegt etwa vor, wenn das Behältnis als notwendiges Transportmittel für die darin aufbewahrten Gegenstände zu einem sicheren Ort genutzt werden soll. Ob eine relevante Nutzung aber auch vorliegt, wenn der Täter das Behältnis als Zusammenfassung der darin enthaltenen 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 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 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. 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 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. 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 Täter 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.

(+)

Lösungshinweise Fall 7

Ausgangsfall

A. Strafbarkeit des V gem. § 242 I

I. Wegnahme einer fremde bewegliche Sache (+)

II. Zueignungsabsicht? V 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.
- Teilweise 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. 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 V zugunsten des H (+)

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. Zur Vermeidung dieses unbilligen Ergebnisses wurde H von der Rspr. und der ihr folgenden Literatur 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. 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 Fremdbesitzwille auch objektiv sichtbar geworden. Da bedingter Vorsatz hinsichtlich der (Dritt-)Aneignung nach h.M. 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) 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 teilweise bei strafloser Drittzueignungsabsicht) 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.

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.

Lösungshinweise 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. 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.

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

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.

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

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 zurückerhalten. Die h.M. bejaht den Enteignungsvorsatz, da die Sache nicht unter Anerkennung, sondern gerade unter Leugnung des Eigentums zurückgelangen soll. Nach a.A. soll lediglich ein straf-

loser 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.

Lösungshinweise 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, 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.

An der Rechtswidrigkeit der Zueignung fehlt es, wenn der Täter einen fälligen und einredefreien Übereignungsanspruch gegen den Eigentümer gerade hinsichtlich der weggenommenen Sache hatte. 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. 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. 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. 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 un gerechtfertigte 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.*