

Neunzehnter Abschnitt: Diebstahl und Unterschlagung

§ 242

Diebstahl

(1) Wer eine fremde bewegliche Sache einem anderen in der Absicht wegnimmt, die Sache sich oder einem Dritten rechtswidrig zuzueignen, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

(2) Der Versuch ist strafbar.

Literatur: *Achenbach*, Die „kleine“ Münze des sog. Computer-Strafrechts, Zur Strafbarkeit des Leerspielens von Geldspielautomaten, Jura 1991, 225; *Bachmann*, Anmerkung zu BGH v. 26.6.2008 – 3 StR 182/08, NStZ 2008, 624, in: NStZ 2009, 267; *Biletzki*, Anmerkung zu OLG Düsseldorf v. 29.7.1999 – 5 Ss 291/98, JR 2000, 212, in: NStZ 2000, 424; *Charalambakis*, Die Nichtbezahlung beim Selbstbedienungstanken – Eine kritische Diskussionsübersicht, MDR 1985, 975; *Dreher*, Anmerkung zu BGH v. 22.4.1952 – 2 StR 101/52, MDR 1952, 563; *Eisele/Fad*, Strafrechtliche Verantwortlichkeit beim Missbrauch kartengestützter Zahlungssysteme, Jura 2002, 305; *Eisenberg*, Kriminologie, 6. Aufl., 2005; *Fahl*, „Taschenbuch-Fall“, JA 2002, 649; *Fricke*, Wertminderung oder Teilfunktionsentzug als Voraussetzung der Enteignungskomponente bei der Zueignungsabsicht in § 242 StGB?, MDR 1988, 538; *Geppert*, Anmerkung zu OLG Düsseldorf v. 29.7.1999 – 5 Ss 291/98, JR 2000, 212, in: JK 2000 StGB § 242/20; *Geppert*, Anmerkung zu LG Köln v. 30.5.1996 – 157–54/96, StV 1997, 27, in: JK 1997 StGB § 242/18; *Geppert*, Anmerkung zu OLG Düsseldorf v. 29.11.1990 – 2 Ss 330/90, StV 1991, 265, in: JK 1992 StGB § 242/15; *Hellmann*, Zur Strafbarkeit der Entwendung von Pfandleergut und der Rückgabe dieses Leerguts unter Verwendung eines Automaten, JuS 2001, 353; *Hardtung*, Die Körperverletzungsdelikte, JuS 2008, 864; *Huff*, Die Strafbarkeit in Zusammenhang mit Geldautomaten, NStZ 1985, 438; *Christian Jäger*, Diebstahl nach dem 6. Strafrechtsreformgesetz – Ein Leitfaden für Studium und Praxis, JuS 2000, 651; *Joachim Kretschmer*, Die gestohlene (?) Tageszeitung – eine etwas andere Klausurlösung, Jura 2010, 468; *Joachim Kretschmer*, Gilt das Strafrecht zwischen Straftätern? – oder: Der Rückzug des Strafrechts aus gesetzes- und sittenwidrigen Rechtsbeziehungen, StraFo 2009, 189; *Joachim Kretschmer*, Der strafrechtliche Rechtsgüterschutz des Schlafenden und des Bewusstlosen, Jura 2009, 590; *Kudlich*, Mit Tesafilm zum Reichtum: Missbrauch eines Geldwechsellautomaten – OLG Düsseldorf, NJW 2000, 158; JuS 2001, 20; *Marcelli*, Diebstahl „verbotener“ Sachen, NStZ 1992, 220; *Neumann*, Unfares Spielen an Geldspielautomaten – OLG Celle, NStZ 1989, 367, JuS 1990, 535; *Otto*, Anmerkung zu OLG Karlsruhe v. 26.2.2004 – 1 Ss 105/03, NStZ-RR 2005, 140, in: JK 2005 StGB § 242/23; *Otto*, Anmerkung zu OLG Köln v. 29.7.2004 – Ss 196/03 – 100, VRS 107 (2004), 366, in: JK 2005 StGB § 242/22; *Otto*, Anmerkung zu OLG Düsseldorf v. 29.7.1999 – 5 Ss 291/98, JR 2000, 212, in: JR 2000, 214; *Rönnau*, Die Dritt-Zueignung als Merkmal der Zueignungsdelikte, GA 2000, 410; *Roßmüller/Rohrer*, Diebstahl und Betrug im Selbstbedienungsladen, Jura 1994, 469; *Safferling/Menz*, Sonderbare Vorkommnisse im Krematorium, Jura 2008, 382; *Schmitz/Goeckenjan/Ischebeck*, Das (zivilrechtliche) Mysterium des Flaschenpfandes – strafrechtlich betrachtet, Jura 2006, 821; *Schmitz*, Altes und Neues zum Merkmal der Zueignungsabsicht in § 242 StGB, FS für Otto, 2007, 759; *Schnabel*, Telefon-, Geld-, Prepaid-Karte und Sparcard, NStZ 2005, 18; *Vitt*, Nochmals: Zur Eigentumsfähigkeit und Diebstahltauglichkeit von Betäubungsmitteln, NStZ 1992, 221; *T. Walter*, Anmerkung zu LG Potsdam v. 6.10.2005 – 26 (10) Ns 142/05, NStZ 2007, 336, in: NStZ 2008, 157; *Wohlers*, Anmerkung zu BGH v. 30.1.2001 – 1 StR 512/00, NStZ 2001, 316, in: NStZ 2001, 539; *Wolfslast*, Anmerkung zu BGH v. 31.3.1993 – 3 BJs 512/90 – 2 (1 41) – AK 5/93, NStZ 1994, 542.

A. Allgemeines	1	2. Fragen um den Gewahrsam anhand weiterer Fallgruppen	26
I. Systematik	1	3. Herrschaftswille	33
II. Statistik und Erscheinungsformen	2	4. Einverständnis	35
III. Das Rechtsgut	3	C. Subjektiver Tatbestand	43
B. Der objektive Tatbestand	4	I. Zueignungsabsicht	44
I. Das Tatobjekt	4	II. Beispiele und Probleme	50
1. Sache	5	III. Dritt-zueignungsabsicht	60
2. Bewegliche Sache	7	IV. Rechtswidrigkeit der Zueignung	65
3. Fremde bewegliche Sache	8	D. Täterschaft und Teilnahme	66
4. Der Mensch – lebend oder tot – als fremde bewegliche Sache	15	E. Versuch	67
II. Tathandlung	20	F. Konkurrenzen	69
1. Gewahrsam	21	G. Weitere praktische Hinweise: Täter-Opfer-Ausgleich (TOA)	71

A. Allgemeines

I. Systematik

§ 242 ist der Grundtatbestand der Diebstahlsdelikte. § 243 ist als Regelbeispiel eine Strafzumessungsvorschrift. Die §§ 244 und 244a bilden tatbestandliche Qualifikationen. Die §§ 247a und 248 begründen in besonderen Fällen ein Strafantragserfordernis. Raub (§§ 249 ff.) und der räuberische Diebstahl nach § 252 sind selbstständige Delikte

und bei aller Ähnlichkeit keine Qualifikationen des Diebstahls.¹ Eine Abgrenzung zum Diebstahl stellt der unbefugte Gebrauch eines Fahrzeugs nach § 248b dar. § 248c hat seine Berechtigung im diebstahlsunfähigen Tatobjekt. Die Führungsaufsicht als Maßregel der Besserung und Sicherung erlaubt § 245.

II. Statistik und Erscheinungsformen

- 2 Für das Berichtsjahr 2008 wies die PKS für das gesamte Bundesgebiet ohne Verkehrs- und Staatsschutzdelikte 6.114.128 Verletzungen gegen Strafgesetze des Bundes auf. Die PKS für das Berichtsjahr 2008 weist 2.443.280 Fälle von Diebstahl insgesamt auf. Die offizielle Aufklärungsquote liegt bei 29,8 %. Im Einzelnen insgesamt: Diebstahl von Kraftwagen in 37.184 (einschließlich § 248b), von Mopeds und Krafträdern in 51.852, von Fahrrädern in 358.049, aus Kraftwagen in 290.323, an Kraftfahrzeugen in 127.063 Fällen, Taschendiebstahl in 91.609 Fällen. Beim Diebstahl im Zusammenhang mit Kraftfahrzeugen ist der Hinweis² erforderlich, dass die Tendenz von Täuschungen gegenüber der Polizei und den Versicherungsgesellschaften besteht. Ein Kraftfahrzeug wird nach Absprache mit dem Eigentümer entwendet bzw. der Eigentümer montiert beschädigte Teile vom PKW ab und erstattet eine Diebstahlsanzeige. Der Diebstahl ohne erschwerende Umstände weist 1.277.295 Fälle in der PKS 2008 auf. Der Laddiebstahl macht davon 386.039 Fälle aus. Hier ist ein großes Dunkelfeld zu erwarten. Der Diebstahl unter erschwerenden Umständen weist 1.165.985 bekannt gewordene Straftaten auf. Darunter macht der Wohnungseinbruchsdiebstahl des § 244 Abs. 1 Nr. 3 108.284 Fälle aus. Der Diebstahl von/aus Automaten zeigt 19.599 Fälle. Erfasst wurden aber auch 351 Fälle von Großviehdiebstahl insgesamt.

III. Das Rechtsgut

- 3 Der Diebstahl schützt **allein** das **Eigentum**.³ Im Normalfall geht das Eigentum durch den Diebstahl und durch eine spätere Verwertung nicht verloren. Der Dieb wird durch seine Tat im Regelfall nicht zum Eigentümer. § 935 BGB verhindert den folgenden Eigentumsverlust durch Verwertungshandlungen, anders ist das bei Geld (§ 935 Abs. 2 BGB). Der Eigentümer wird durch die Tat jedoch daran gehindert, sein Eigentumsrecht – § 903 BGB – auszuüben. Vielfach – auch in der Rechtsprechung – wird der Gewahrsam als zusätzliches Rechtsgut genannt.⁴ Aber die Wegnahme allein als Sachentziehung genügt nicht für einen Diebstahl. Entscheidend ist die Zueignungsabsicht. Die dort verlangte – bedingt vorsätzliche – dauernde Enteignung des Eigentümers macht den schädigenden Unrechtsgehalt des Diebstahls aus. Zudem ist der Gewahrsam eine faktisch-normative Herrschaftsposition. Im Gegensatz zum zivilrechtlichen Besitz fehlt ihm der hinreichende Rechtsgutscharakter. Das spricht gegen den Gewahrsam als eigenständiges Schutzgut. Dessen Annahme wäre zudem widersprüchlich, da auch der Dieb Gewahrsam an der Beute erlangt. Im Übrigen zeigt sich das Problem des Rechtsguts rechtlich nur bei dem Strafantragsrecht des Verletzten in den §§ 247 und 248a.

B. Der objektive Tatbestand

I. Das Tatobjekt

- 4 Das Tatobjekt des Diebstahls ist eine **fremde bewegliche Sache**. Bei diesen Tatbestandsmerkmalen liegt eine Bindung an die **Regeln des Zivilrechts** nahe. Grundsätzlich gilt diese zivilrechtliche Akzessorietät, wobei das Strafrecht im Einzelfall einem eigenen strafrechtlichen Verständnis folgt. Im Ausgangspunkt kann man sich am Zivilrecht orientieren, um im Einzelfall Korrekturen vorzunehmen.

1. Sache

- 5 Sachen sind alle **körperlichen Gegenstände** im Sinne des § 90 BGB.⁵ Körperlich sind Gegenstände, wenn sie räumlich abgrenzbar sind. Das kann durch eine eigene räumliche Begrenzung geschehen oder durch die Einfassung in einem Behältnis. Der Aggregatzustand spielt keine Rolle. Frei fließendes Wasser hat als unbegrenzter Bestandteil der Natur keine Sachqualität, in Flaschen abgefülltes Wasser dagegen schon.⁶ **Energie** ist keine Sache und Energie kann auch nicht wie Flüssigkeiten abgefüllt werden. Daher gibt es § 248c. Forderungen, Rechte und Daten als solche sind keine Sachen. Einen Datendiebstahl kann es nicht geben. Daher gibt es die §§ 202a und 303a mit der Legaldefinition

1 Siehe *Mitsch*, BT 2/1, § 1 Rn 8; *MK-Sander*, § 249 Rn 1 und § 252 Rn 1.

2 Siehe *Eisenberg*, § 45 Rn 89.

3 So *Fischer*, § 242 Rn 2; *Kindhäuser*, § 242 Rn 1; *Mitsch*, BT 2/1, § 1 Rn 5 f.; *MK-Schmitz*, § 242 Rn 4 ff; *S/S-Eser*, § 242 Rn 2; *Wessels/Hillenkamp*, BT 2, Rn 57a.

4 So BGH v. 22.3.2001 – GSSt 1/00, BGHSt 46, 321 (334); BGH v. 30.1.2001 – 1 StR 512/99, NStZ 2001, 316; BGH v. 17.9.1980 – 2 StR 355/80, BGHSt 29, 319, 232; BGH v. 26.7.1957 – 4 StR 257/57, BGHSt 10, 400, 401; *Lackner*

Kühl, § 242 Rn 1; *MK-Hohmann*, § 247 Rn 11; *Rengier*, BT I, § 2 Rn 1; *SK-Hoyer*, Vor § 242 Rn 11; *S/S/W-Kudlich*, § 242 Rn 3.

5 Siehe *Fischer*, § 242 Rn 3 und *Mitsch*, BT 2/1, § 1 Rn 11: beide ohne Bezug auf § 90 BGB; *MK-Schmitz*, § 242 Rn 20; *Wessels/Hillenkamp*, BT 2, Rn 15, 63.

6 So *MK-Schmitz*, § 242 Rn 20; *Wessels/Hillenkamp*, BT 2, Rn 15, 64; für die Sachqualität von frei fließendem Wasser und selbst freier Luft aber: *GS-Duttge*, § 242 Rn 5; *S/S-Eser*, § 242 Rn 9.

für Daten in § 202a Abs. 2. Sachqualität hat jedoch die Verkörperung der Forderung, Rechte und Daten, so dass Urkunden und Datenträger Sachqualität haben.

Tiere sind weiterhin im Sinne des Strafrechts Sachen.⁷ Das gilt unabhängig von § 90a BGB. Die Begründung liegt nicht in der nach § 90a S. 3 BGB angeordneten gesetzlichen Analogiebestimmung, sondern im fortbestehenden Rechtsgüterschutz durch die §§ 242 und 303, wenn ein Tier Tatobjekt ist – strafrechtlicher Sachenbegriff. **6**

2. Bewegliche Sache

Beweglich sind mit Blick auf die Tathandlung der Wegnahme alle Sachen, die **fortbewegt** werden können. Das beurteilt sich nicht nach den §§ 93 ff BGB. In diesem Sinne unbewegliche Gegenstände wie Grundstückserzeugnisse oder Gebäudebestandteile können durch die Tathandlung beweglich gemacht werden.⁸ Gras und Klee werden durch den Vorgang des Abfressens durch weidende Schafe zu diebstahlsfähigen beweglichen Sachen.⁹ **7**

3. Fremde bewegliche Sache

In der **Fremdheit** der Sache zeigt sich der Charakter des Diebstahls als **Eigentumsdelikt**. Fremd sind alle Sachen, die im Tatzeitpunkt zumindest **im Eigentum eines anderen** stehen und nicht herrenlos sind.¹⁰ Die Eigentumslage beurteilt sich grundsätzlich nach dem **Zivilrecht**.¹¹ Beachte aber beispielsweise auch die §§ 73e Abs. 1 und 74e Abs. 1. Fremd ist eine Sache für den Täter, wenn an ihr Miteigentum oder Gesamthand Eigentum besteht. Sachen unter Vorbehalts- oder Sicherungseigentum sind desgleichen fremd. Die zivilrechtlichen Rückwirkungsregeln etwa in § 142 BGB ändern nichts an der Fremdheit im Tatzeitpunkt. Das zivilrechtliche Abstraktionsprinzip ist zu beachten. Geschützt ist die formale Eigentumsposition, so dass auch vollkommen wertlose Sachen als Tatobjekt in Betracht kommen. Auch an wirtschaftlich wertlosen Sachen hat der Eigentümer die schützenswerte Machtposition aus § 903 BGB. Geschützt werden auch Sachen mit einem nur immateriellen Wert für den Eigentümer.¹² **8**

Nicht von den Eigentumsdelikten geschützt werden Sachen, die **nicht verkehrsfähig** sind. Das sind Sachen, die aufgrund ihrer Beschaffenheit nicht im Eigentum eines anderen stehen können.¹³ Die hier als Beispiel genannte freie Luft oder das fließende Wasser haben bereits keine Sachqualität. **9**

Verbotene **Drogen** sind verkehrsfähige Gegenstände, die als fremde Sachen Diebstahlobjekte sein können.¹⁴ Ein rechtsgeschäftlicher Erwerb von verbotenen Betäubungsmitteln ist grundsätzlich nicht möglich, da das BtmG ein Verbotsgesetz nach § 134 BGB ist. Nichtig sind das Verpflichtungs- und das Verfügungsgeschäft. Dennoch besteht Eigentum an Drogen. Der *BGH* verweist auf den gesetzlichen Erwerb durch Herstellung oder auch auf die Bewertung nach ausländischen Rechtsordnungen. Das unmittelbare Diebstahlsoffer muss eben nicht der Eigentümer sein. Gewahrsam und Eigentum müssen nicht in einer Hand liegen. Drogen können daher wie auch Diebesgut oder Falschgeld gestohlen werden.¹⁵ Das steht in einem gewissen Widerspruch zum ökonomisch-juristischen Vermögensbegriff. Wenn zum Vermögen die Gesamtheit aller geldwerten Güter und Positionen gehört, die nicht von der Rechtsordnung missbilligt werden, dann müssten solche rechtlich missbilligten Güter eigentlich aus dem strafrechtlichen Vermögensschutz herausgenommen werden. Konsequenterweise dürfte auch § 242 keinen Schutz gewähren.¹⁶ Das BtmG überlagerte das Eigentumsrecht. Der vorzugswürdige wirtschaftliche Vermögensbegriff¹⁷ unterliegt keiner normativen Einschränkung und vermeidet einen strafrechtsfreien Raum in derartigen rechtlich bemakelten Rechtsbeziehungen. Kein Eigentumserwerb ist am Kaufpreis aus **Rauschgiftgeschäften** möglich.¹⁸ Aus dem Verbot des unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln folgt auch die Nichtigkeit (§ 134 BGB) der Verfügungsgeschäfte. Wenn der Käufer den gezahlten Kaufpreis wieder an sich nimmt, ist er mangels Fremdheit kein Stehler. **10**

Der Eigentümer kann nach § 959 BGB sein Eigentum aufgeben. Die Sache wird **herrenlos**. Sie ist nicht diebstahlsfähig. Die sog. **Dereliktion** verlangt objektiv eine faktische Besitzaufgabe und subjektiv den Verzichtswillen.¹⁹ Dieser Verzichtswille kann auch durch eine erkennbare Tätigkeit wie das Wegwerfen einer Sache ausgedrückt werden. Die Abgrenzung zwischen einer ungezielten Entledigung der Sache und der Besitzaufgabe als Eigentumsverzicht nur zugunsten eines anderen entscheidet der Einzelfall. **Sammelgut**, das in einem direkten Zusammenhang **11**

7 Vgl. *Rengier*, BT I, Rn 4; *S/S-Eser*, § 242 Rn 9; *Wessels/Hillenkamp*, BT 2, Rn 15.

8 Nach *Rengier*, BT I, Rn 5; *Wessels/Hillenkamp*, BT 2, Rn 67.

9 So LG Karlsruhe v. 21.6.1993 – 8 AK 25/93, NStZ 1993, 543.

10 Siehe *BGH* v. 20.9.2005 – 3 StR 295/05, NJW 2006, 72; *GS-Duttge*, § 242 Rn 14; *Lackner/Kühl*, § 242 Rn 4; *MK-Schmitz*, § 242 Rn 26; *Safferling/Menz*, Jura 2008, 383, 383; *Wessels/Hillenkamp*, BT 2, Rn 68.

11 So *Lackner/Kühl*, § 242 Rn 4; *MK-Schmitz*, § 242 Rn 26; *S/S-Eser*, § 242 Rn 12; *Wessels/Hillenkamp*, BT 2, Rn 69.

12 Siehe *Mitsch*, BT 2/1, § 1 Rn 33; *MK-Schmitz*, § 242 Rn 9; beachte *S/S-Eser*, § 242 Rn 7.

13 So *BGH* v. 20.9.2005 – 3 StR 295/05, NJW 2006, 72; auch *GS-Duttge*, § 242 Rn 16; *Lackner/Kühl*, § 242 Rn 7.

14 Bei *BGH* v. 20.9.2005 – 3 StR 295/05, NJW 2006, 72; *Fischer*, § 242 Rn 5; *GS-Duttge*, § 242 Rn 17; *J. Kretschmer*, StraFo 2009, 189, 190 f.; *Marcelli*, NStZ 1992, 220; *Mitsch*, BT 2/1, § 1 Rn 34; *S/S-Eser*, § 242 Rn 19; *Vitt*, NStZ 1992, 221; *Wessels/Hillenkamp*, BT 2, Rn 62, 68.

15 So *Wessels/Hillenkamp*, BT 2, Rn 62.

16 So *MK-Schmitz*, § 242 Rn 14.

17 Siehe dazu *J. Kretschmer*, StraFo 2009, 189.

18 Siehe *BGH* v. 29.2.2000 – 1 StR 46/00, NStZ-RR 2000, 234.

19 Siehe *AnwK-BGB-Sachenrecht-Hoeren*, § 959 BGB Rn 2.

mit einer Sammelaktion zugunsten wohltätiger Organisationen zum Abholen an der Straße abgelegt wird, ist und bleibt bis zum Abholen fremd.²⁰ Das trifft zu, wenn aufgestellte Sammelbehälter der wohltätigen Organisationen benutzt werden. Es kommt zu einer Übereignung nach § 929 BGB. Legt man das Sammelgut an der Straße ab, liegt darin erst das Angebot zur Übereignung nach § 929 BGB, aber keine ungezielte Aufgabe des Eigentums. Das gleiche gilt für Altkleidersäcke des Roten Kreuzes, die an der Straße zum Abholen abgelegt werden.²¹ In diesen Verhaltensweisen liegt kein ungezielter Eigentumsverzicht nach § 959 BGB, sondern allein eine Aufgabe nur zugunsten des Sammlers. Herrenlos wird jedoch weggeworfener **Haus- und Sperrmüll**.²²

- 12** Entgegen der Rechtsprechung ist **Geld**, das unbefugt aus einem **Bankautomaten** mittels Codekarte und Geheimzahl entnommen wird, **nicht fremd**. Nach der Gegenansicht soll eine Auslegung der Geschäftsbedingungen der Banken ergeben, dass die Bank ein konkludentes Übereignungsangebot nur an den berechtigten Karteninhaber abgibt, in keinem Fall jedoch an den Unbefugten.²³ Der *BGH* unterscheidet zwischen dem Gewahrsamsbruch als einem tatsächlichen Vorgang und der Übereignung als Rechtsgeschäft. Bei funktionsgerechter Bedienung nimmt der *BGH*²⁴ trotz mangelnder Befugnis eine Gewahrsamsübertragung an, dagegen hat nach Ansicht des *BGH* das Kreditinstitut weder Grund noch Anlass, das im Automaten befindliche Geld demjenigen zu übereignen, der sich unbefugt in den Besitz der Codekarte und Geheimnummer gebracht hat. Daher gelangt der *BGH* in diesen Fällen zur Unterschlagung nach § 246. Fremd soll auch das Geld sein, das der Kontoinhaber selbst unter Überschreitung seiner Kreditlinie unbefugt am Bankautomaten abhebt.²⁵ Das überzeugt nicht. Mit dem Aufstellen der Geldautomaten erklärt das Kreditinstitut, dass es Besitz und Eigentum am Geld an denjenigen überträgt, der eine Codekarte mit der zugehörigen Geheimnummer benutzt, mag das auch unbefugt oder unberechtigt sein.²⁶ Das gilt gleichermaßen für gefälschte Codekarten. Ein entgegenstehender Wille der Banken kommt in keiner Gewahrsamsschranke oder auch nicht im Übereignungsvorgang zum Ausdruck. Der Besitz der Codekarte und die Kenntnis der Geheimnummer schaffen hinreichenden Rechtschein für die Berechtigung. Nimmt der solcherart Ausgewiesene das Geld an sich, liegt darin eine Einigung über die Übereignung nach § 929 BGB. Mit dem Zugriff auf das Geld nimmt der den Automaten Bedienende das Angebot auf Übereignung an, so dass im Zeitpunkt der einverständlichen Wegnahme in logischer Sekunde das Geld nicht mehr fremd ist. In der Entgegennahme des Geldes kommt auch keine rechtswidrige Zueignung zum Ausdruck – keine Unterschlagung.²⁷ Eigentumsdelikte am Geld liegen tatbestandlich nicht vor.
- 13** Unabhängig, ob man mit Gegenansichten tatbestandlich § 242²⁸ oder § 246²⁹ an dem Geld aus dem **Bankautomaten** bejaht, stellt inzwischen auch der *BGH*³⁰ klar, dass die Entnahme von Geld aus einem Bankautomaten mit Hilfe einer gefälschten Codekarte nicht als Diebstahl oder Unterschlagung, sondern als Computerbetrug nach § 263a strafbar ist. Die Strafbarkeit im Zusammenhang mit Geldautomaten und Codekarten ist ein vielfältiges Rechtsproblem. Zur Frage eines Diebstahls der Codekarte selbst siehe die Anmerkungen zur Zueignungsabsicht. Im Übrigen siehe auch Weiteres bei den §§ 263a und 266b.³¹
- 14** Der funktionsgemäße Missbrauch der tatsächlichen Zugriffsmöglichkeit führt auch in den sog. **Spielautomatenfällen** zur Ablehnung eines Diebstahls. Beim Spielen am Geldautomaten unter Verwendung von rechtswidrig erlangten Kenntnissen über den Programmablauf kommen § 17 UWG und insbesondere § 263a in Betracht. Ein Eigentumsdelikt liegt nicht vor.³² Dagegen kommt es nicht zu einer Einigung im Sinne des § 929 BGB, wenn der Täter einen funktionswidrigen Eingriff vornimmt. Das ist angeblich der Fall, wenn man einen Warenautomaten mit Falschgeld (umstritten)³³ bedient oder – zutreffend – den Zugang mit Draht oder sonstigen Hilfsmitteln überwindet – Diebstahl.³⁴

4. Der Mensch – lebend oder tot – als fremde bewegliche Sache

- 15** Beim Menschen als fremde bewegliche Sache bedarf es der Differenzierung. Zu unterscheiden ist zwischen dem lebendigen und dem verstorbenen Menschen. Zu unterscheiden ist sowohl beim Lebenden als auch beim Verstorbenen

20 So BayObLG v. 27.6.1986 – RRerg 3 St 42/86, MDR 1987, 75; GS-Duttge, § 242 Rn 15; Wessels/Hillenkamp, BT 2, Rn 68.

21 So AnwK-Sachenrecht-Hoeren, § 959 BGB Rn 3.

22 So OLG Stuttgart v. 12.1.1978 – 3 Ss (8) 894/77, JZ 1978, 691; AnwK-Sachenrecht-Hoeren, § 959 BGB Rn 4; anders GS-Duttge, § 242 Rn 15; anders bei persönlichen Gegenständen LG Ravensburg v. 3.7.1987 – 3 S 121/87, NJW 1987, 3142.

23 Siehe BGH v. 16.12.1987 – 3 StR 209/87, BGHSt 35, 152, 161; GS-Duttge, Rn 17; Lackner/Kühl, Rn 23; Mitsch, BT 2/1, § 1 Rn 77.

24 Auch BGH v. 22.11.1991 – 2 StR 376/91, BGHSt 38, 120, 122 ff.

25 So Lackner/Kühl, Rn 23; dagegen GS-Duttge, Rn 17.

26 Siehe Huff, NStZ 1985, 438, 440; Wessels/Hillenkamp, BT 2, Rn 171.

27 Siehe etwas anders MK-Hohmann, § 246 Rn 13, 47.

28 So AG Kulmbach v. 27.3.1985 – 3 Ds 4 Js 9471/84 jug, NStZ 1985, 2282; Mitsch, BT 2/1, § 1 Rn 77: S/S-Eser, § 242 Rn 36.

29 So BGH v. 16.12.1987 – 3 StR 209/87, BGHSt 35, 152; wohl auch Eisele/Fad, Jura 2002, 305, 307.

30 Siehe BGH v. 22.11.1991 – 2 StR 376/91, BGHSt 38, 120.

31 Siehe BGH v. 21.11.2001 – 2 StR 260/01, BGHSt 47, 160; ein Überblick bei Eisele/Fad, Jura 2002, 305.

32 Siehe Achenbach, Jura 1991, 225, 226; Neumann, JuS 1990, 535, 538; Wessels/Hillenkamp, BT 2, Rn 186.

33 S.u. Rn 38.

34 So BGH v. 16.12.1987 – 3 StR 209/87, BGHSt 35, 152, 161.

nach abgetrennten natürlichen Körperteilen und daneben nach künstlichen Körperersatzteilen wie Prothesen, Herzschrittmacher, Organspenden oder Gebiss und Zahngold.

Der **Körper des lebenden Menschen** ist keine Sache.³⁵ Der Mensch ist Rechtssubjekt. Das gilt auch für seine natürlichen und für seine fest eingefügten künstlichen Bestandteile, solange sie mit dem Körper verbunden sind.³⁶ Das gilt in einer ganzheitlichen Betrachtung des menschlichen Körpers sowohl für ersetzende Bestandteile – wie künstliche Gelenke oder Organspenden – als auch für unterstützende Implantate – wie Herzschrittmacher.³⁷ Zumal eine Abgrenzung nicht möglich ist.³⁸ Die nur miet- oder leihweise Überlassung von Herzschrittmachern ist daher rechtlich nicht möglich.³⁹ Die sachgerechte Lösung liegt in einem vertraglich vereinbarten Aneignungsrecht im Fall des Ausbaus und im Todesfall. Die §§ 223 ff schützen die körperliche Integrität hinreichend. Ein Eigentumschutz während der Verbindung mit dem menschlichen Körper ist nicht notwendig. Mit ihrer Abtrennung werden die natürlichen und die künstlichen Körperbestandteile dagegen zu selbstständigen Sachen, die regelmäßig automatisch in das Eigentum ihres bisherigen Trägers fallen.⁴⁰ Man kann sich dabei auf § 953 BGB analog berufen. Das ist unabhängig davon, ob der abgetrennte oder entnommene Körperbestandteil wieder seiner körpertypischen Funktion zugefügt werden soll und kann.⁴¹ Eine andere Betrachtung wäre von Zufälligkeiten abhängig und würde den Eigentumsschutz aufheben. Danach ist ein bei einem Verkehrsunfall abgetrennter Finger oder Arm eine fremde bewegliche Sache. Das gilt auch für entnommene Organe und entnommenes Blut und für Samenspenden. Dem ursprünglichen Träger steht das Verfügungsrecht aus seinem Eigentum zu. Dagegen sind Beinprothesen oder das künstliche Gebiss nicht fest in den Körper eingefügt, so dass diese künstlichen Bestandteile im Gegensatz zu einem fest eingefügten Herzschrittmacher ihre Sacheigenschaft nicht verlieren und am ehesten im Eigentum des Trägers stehen, wenn er das Eigentum zuvor erworben hat.

Keine Sache ist der **menschliche Embryo** im Mutterleib.⁴² Dagegen ist die künstlich befruchtete Eizelle vor ihrer Implantation noch eine Sache, da sie das rechtliche Schicksal der außerhalb des Körpers befindlichen unbefruchteten Eizelle und des Spermas teilt.⁴³ Das EmbryonenschutzG bietet hinreichenden Rechtsschutz.

Mit dem Tod endet das Menschsein. Der **menschliche Leichnam** ist eine Sache.⁴⁴ Ist der **Leichnam** zur Bestattung bestimmt, besteht kein Eigentum an ihm.⁴⁵ Schutz gewährt § 168. Anders ist das bei Leichen, die zu anatomischen Zwecken oder der Plastination gespendet werden – diese stehen dann im Eigentum der jeweiligen Institution.⁴⁶ Natürliche Körperbestandteile teilen das rechtliche Schicksal des Leichnams. Der Verstorbene kann etwa mittels eines Organspendeausschusses bestimmen, dass an einzelnen Leichteilen ein Aneignungsrecht besteht.⁴⁷ Einen spezifischen Schutz gewährt das **TransplantationsG**. Nach § 3 TPG darf die Entnahme von Organen und Geweben nur mit der Einwilligung des Spenders oder ausnahmsweise der eines nächsten Angehörigen (§ 4 TPG) erfolgen. Das Handeltreiben mit Organen und Geweben, die einer Heilbehandlung eines anderen zu dienen bestimmt sind, ist verboten. Verstöße sind in den §§ 18 und 19 TPG strafbewehrt. Ursprünglich fest mit dem Körper verbundene künstliche Bestandteile wie künstliche Gelenke oder Herzschrittmacher werden bei Trennbarkeit mit dem Tod zu Sachen, die gegebenenfalls einem Aneignungsrecht unterliegen.⁴⁸ Rechtsgrundlage ist § 958 BGB, der um einen Ausschlussgrund des Pietätsgefühls zu ergänzen ist. Mit einem Aneignungsakt werden zunächst herrenlose künstliche Bestandteile des Verstorbenen zu fremden Sachen. Das Aneignungsrecht steht zuvörderst den Erben zu, kann aber bei wieder verwertbaren medizinischen Gegenständen wie Herzschrittmachern oder künstlichen Gelenken in den getroffenen Behandlungsverträgen für den Todesfall auch anders geregelt sein. Nicht fest mit dem Körper der Verstorbenen verbundene Körperbestandteile wie Prothesen oder ein künstliches Gebiss sind wie beim Lebenden weiterhin fremde bewegliche Sachen und unterfallen der Erbfolge.⁴⁹

Wird ein **Sarg mit Leichnam** von einem Friedhof weggenommen – der Fall „Flick“ im Jahr 2008 – ist das kein Diebstahl. Der Leichnam ist zwar eine Sache, aber herrenlos. Der Sarg wird wie Grabschmuck mit der Bestattung herren-

35 So GS-Duttge, § 242 Rn 6; MK-Schmitz, § 242 Rn 22; S/S-Eser, § 242 Rn 10; Wessels/Hillenkamp, BT 2, Rn 65.

36 Siehe OLG Bamberg v. 29.1.2008 – 2 Ss 125/07, NJW 2008, 1543, 1544; Wessels/Hillenkamp, BT 2, Rn 65.

37 Wie hier einheitlich: GS-Duttge, § 242 Rn 8; Safferling/Menz, Jura 2008, 382, 383; SK-Hoyer, § 242 Rn 5, 16; differenzierend: MK-Schmitz, § 242 Rn 24; S/S-Eser, § 242 Rn 10, 20.

38 So wird der Herzschrittmacher bei GS-Duttge, § 242 Rn 8 als Ersatzimplantat und bei MK-Schmitz, § 242 Rn 24 als Zusatzimplantat verstanden.

39 So aber S/S-Eser, § 242 Rn 20.

40 Siehe Fischer, § 242 Rn 8; SK-Hoyer, § 242 Rn 5, 16; Wessels/Hillenkamp, BT 2, Rn 65.

41 So GS-Duttge, § 242 Rn 8; Wessels/Hillenkamp, BT 2, Rn 65; differenzierend Hardtung, JuS 2008, 864, 865.

42 So MK-Schmitz, § 242 Rn 22.

43 So MK-Schmitz, § 242 Rn 22; anders GS-Duttge, § 242 Rn 8; S/S-Eser, § 242 Rn 10.

44 So GS-Duttge, § 242 Rn 8; Mitsch, BT 2/1, § 1 Rn 13; Safferling/Menz, Jura 2008, 382, 383.

45 So OLG Bamberg v. 29.1.2008 – 2 Ss 125/07, NJW 2008, 1543, 1547; GS-Duttge, § 242 Rn 16; Safferling/Menz, Jura 2008, 382, 383; SK-Hoyer, § 242 Rn 14.

46 Vgl. Wessels/Hillenkamp, BT 2, Rn 66.

47 Siehe LK-Ruß, § 242 Rn 10; S/S-Eser, § 242 Rn 21.

48 Siehe dazu MK-Schmitz, § 242 Rn 30 ff.; Safferling/Menz, Jura 2008, 382, 383.

49 Das trifft im Verständnis von MK-Schmitz, § 242 Rn 33 und S/S-Eser, § 242 Rn 21 auch auf Zusatzimplantate zu, da diese ihrer Ansicht nach eigenständige Sachen (MK-Schmitz, § 242 Rn 24) bleiben, an denen – nur – im Regelfall Eigentum des Trägers besteht.

los. Das Eigentum am Grabschmuck⁵⁰ und am Sarg wird mit der Bestattung aufgegeben, da sie früher oder später der natürlichen Verrottung überlassen werden. Ein fortbestehendes Eigentumsinteresse ist nicht gegeben. Diese Tatobjekte sind nicht diebstahltauglich. Es gilt § 168. Ein Diebstahl liegt auch nicht im Fall der Zahngoldentnahme nach erfolgter Einäscherung zur Feuerbestattung vor – auch das ein Fall des § 168.⁵¹ Der menschliche Leichnam und die mit ihm fest verbundenen Bestandteile und folglich auch die Asche eines Verstorbenen sind keine eigentumsfähigen Sachen.

II. Tathandlung

- 20** Die Tathandlung des Diebstahls ist die **Wegnahme** einer fremden beweglichen Sache. Wegnahme ist der Bruch fremden Gewahrsams und die Begründung neuen, nicht notwendig eigenen Gewahrsams.⁵² Der Bruch von Mitgewahrsam genügt. Der Bruch fremden Gewahrsams muss gegen oder ohne den Willen des Gewahrsamsinhabers erfolgen. Der Diebstahl ist ein fremdschädigendes Delikt. Schlüsselbegriff ist der Gewahrsam. Die Gewahrsamsverhältnisse im Tatzeitpunkt sind zu bestimmen. Wer hatte ursprünglich Gewahrsam? Wurde neuer Gewahrsam begründet? Das ist für die Tatvollendung erforderlich. Gewahrsamsbruch und -begründung sind zu unterscheiden, mögen sie auch oft in einem Akt zusammenfallen. Eigentum und Gewahrsam müssen nicht in einer Opferperson zusammenfallen. Die Wegnahme einer gemieteten Sache kann Diebstahl sein.

1. Gewahrsam

- 21** Der Begriff der Wegnahme und der des Gewahrsams erscheinen im StGB auch in anderen Delikten (§§ 168, 249, 289). Sie sind stets in Bezug auf den spezifischen Straftatbestand auszulegen. In § 242 gilt ein **faktisch-normativer Gewahrsamsbegriff**. Der **Gewahrsam** lässt sich weder allein nach einem faktischen noch allein nach einem normativ-sozialen Maßstab bestimmen. Beide Elemente bestimmen die Weite des Gewahrsams. Gewahrsam ist ein **objektiv-subjektiver Begriff**. Als Gewahrsam gilt ein tatsächliches von einem **natürlichen Herrschaftswillen** getragenes Herrschaftsverhältnis über eine Sache.⁵³ Objektiv wird verlangt, dass nach den Anschauungen des täglichen Lebens der Verwirklichung des Willens zur unmittelbaren Einwirkung auf die Sache keine Hindernisse entgegenstehen.⁵⁴ Wenn man darin einig ist, dass eine örtliche Abwesenheit von der Wohnung den Gewahrsam fortbestehen lässt, zeigt das bereits das Erfordernis einer Wertung anhand einer normativ-sozialen Zuordnung. Wer viele tausend Kilometer entfernt in der Karibik weilt, behält im Rahmen des sozial Üblichen seinen Gewahrsam an den Sachen in seiner Wohnung in Berlin oder München, mag der konkreten Zugriffsmöglichkeit auch ein wesentliches Hindernis entgegenstehen. Ein normativ-soziales Element tritt hinzu.⁵⁵ Dem stimmen auch die eher faktisch geprägten Stimmen⁵⁶ zu. Diese nehmen eine Bewertung anhand der jeweiligen Verkehrsauffassung oder der sozialen Zuordnung einer Sache zu einem bestimmten Herrschaftsbereich vor. Die Frage der objektiven Sachherrschaft, aber auch die des subjektiven Herrschaftswillens bedarf daher einer umfassenden Bewertung anhand der tatsächlichen und normativ-sozialen Umstände. Beide Elemente bilden einen **einheitlichen Gewahrsamsbegriff**. Die soziale Anschauung entscheidet in Berücksichtigung der tatsächlichen Elemente über die Zuordnung des Gewahrsams. Die Bestimmung der Gewahrsamsverhältnisse ist von dogmatischer Bedeutung für die Strafbarkeit, da gewahrsamslose Sachen und Sachen, an denen der Täter Alleingewahrsam hat, nicht gestohlen werden können. An solchen Sachen ist allein eine Unterschlagung nach § 246 möglich.
- 22** Gewahrsam ist ein **eigenständiger strafrechtlicher Begriff**. Er ist zwingend vom Eigentum zu unterscheiden. Und er darf nicht mit dem zivilrechtlichen Besitz gleichgesetzt werden.⁵⁷ Mit dem Tod des alleinigen Gewahrsamsinhabers wird eine Sache gewahrsamslos, aber wegen der Fiktion des § 857 BGB – Erbenbesitz – nicht besitzlos.
- 23** Es hat sich für die Beurteilung der Gewahrsamsverhältnisse eine umfassende – kaum noch überschaubare – Kasuistik anhand der konkreten Umstände des Einzelfalls gebildet. **Wichtig:** Es bietet sich dem **Strafverteidiger** anhand dessen in vielen Sachverhaltskonstellationen die Möglichkeit, in Richtung der Unterschlagung zu argumentieren. An-

50 Anders GS-Duttge, § 242 Rn 15.

51 Siehe dazu OLG Bamberg v. 29.1.2008 – 2 Ss 125/07, NJW 2008, 1543.

52 Siehe OLG Karlsruhe v. 26.2.2004 – 1 Ss 105/03, NStZ-RR 2005, 140; LG Gera v. 20.7.2000 – 152 Js 7746/99 – 3 Ns, StraFo 2000, 358; GS-Duttge, § 242 Rn 18; MK-Schmitz, § 242 Rn 41; Otto, JK 8/2005 StGB § 242/22; S/S-Eser, § 242 Rn 22; Wessels/Hillenkamp, BT 2, Rn 71.

53 Siehe BGH v. 26.6.2008 – 3 StR 182/08, NStZ 2008, 624; BGH v. 26.7.1995 – 4 StR 234/95; BGHSt 41, 198, 205 f.; OLG Karlsruhe v. 26.2.2004 – 1 Ss 105/03, NStZ-RR 2005, 140; OLG Köln v. 14.12.1988 – Ss 685/88, StV 1989, 156; Fischer, § 242 Rn 11; Geppert, JK 1997 StGB § 242/18; GS-Duttge, § 242 Rn 19; Lackner/Kühl,

§ 242 Rn 8a; LK-Ruß, § 242 Rn 18 ff.; Mitsch, BT 2/1, § 1 Rn 40 ff.; Rengier, BT I, § 2 Rn 11; S/S-Eser, § 242 Rn 23 f.; S/S/W-Kudlich, § 242 Rn 18.

54 Siehe OLG Karlsruhe v. 26.2.2004 – 1 Ss 105/03, NStZ-RR 2005, 140; OLG Düsseldorf v. 19.6.1987 – 5 Ss 166/87 – 131/87 I, NJW 1988, 922 f.; Lackner/Kühl, § 242 Rn 9; Rengier, BT I, § 2 Rn 13.

55 So MK-Schmitz, § 242 Rn 55 ff.; Otto, JK 10/2005 StGB § 242/23; ders., JK 8/2005 StGB § 242/22.

56 So Geppert, JK 1997 StGB § 242/18; GS-Duttge, § 242 Rn 20; Lackner/Kühl, § 242 Rn 9; LK-Ruß, § 242 Rn 18; Mitsch, BT 2/1, § 1 Rn 47; Rengier, BT I, § 2 Rn 13; S/S-Eser, § 242 Rn 24; S/S/W-Kudlich, § 242 Rn 19.

57 So GS-Duttge, § 242 Rn 19.

schaulich ein Fall des *OLG Köln*: Der Angeklagte war als Geldtransportfahrer bei einer Sicherheitsfirma angestellt. Er fuhr mit dem Geldtransporter regelmäßig täglich Touren ab, um die Tageseinnahmen bei Niederlassungen von Handelsketten einzusammeln. Der Beifahrer war nicht tatbeteiligt. Die einzuhaltende Fahrtroute war von Seiten der Firma nicht strikt vorgegeben. Die einzelnen Stationen der Fahrt waren abhängig von den Verkehrsverhältnissen innerhalb eines Zeitfensters anzufahren. Funkkontakt bestand nicht. Fahrer und Beifahrer mussten sich auch nicht regelmäßig mit dem Diensthandy bei ihrer Niederlassung melden. Zutritt zum hinteren Werttransportraum des Transporters hatten aufgrund von Sicherheitsmechanismen nur der Fahrer und Beifahrer gemeinsam. Als der Beifahrer an einer der vorgegebenen Stationen ausstieg, um die Tageseinnahmen entgegenzunehmen, fuhr der Angeklagte mit dem Geldtransporter davon. Zusammen mit einem Tatbeteiligten gelangte er in den Werttransportraum. Die Tatbeute betrug über eine Million damaliger DM. Mit Blick auf die Gewahrsamsverhältnisse zum Tatzeitpunkt des Wegfahrens lässt sich an einen – übergeordneten – Mitgewahrsam des Geschäftsherrn oder an einen gleichrangigen Mitgewahrsam zwischen dem angeklagten Fahrer und dem nicht tatbeteiligten Beifahrer denken. Der Bruch von derartigem Mitgewahrsam genügt für die Wegnahme.⁵⁸

In der **Fallgruppe „Transportfahrten“**⁵⁹ kann im Verhältnis zwischen Fahrer und Geschäftsherrn je nach den Umständen **Mitgewahrsam** oder **Alleingewahrsam** des einen oder des anderen bestehen. Alleingewahrsam des Fahrers wird regelmäßig bei Fernfahrten angenommen, so lange der Eigentümer nicht die Möglichkeit hat, seinen Herrschaftswillen auszuüben.⁶⁰ Bei Transporten innerhalb desselben Ortes, aber nicht in Großstädten, bleiben nach dieser Wertung des *OLG* anhand des Einzelfalls Transporte zumeist in der Reichweite des Geschäftsherrn. Maßgebend soll sein, ob der Inhaber der Firma auch während der Fahrt Einfluss auf die Sachen nehmen kann. Pauschal soll dies bei Fernfahrten – wann auch immer diese beginnen – nicht der Fall sein.⁶¹ Welche Form von Einfluss gemeint ist, bleibt offen. Ein unmittelbares Ergreifen der Sachen ist bei einer Transportfahrt nicht möglich. Der Gewahrsam des Geschäftsherrn wird bei Fahrten angenommen, bei denen er die Fahrtroute aufgrund einer gewissen Nähe und durch einen Routenplan überschaut.⁶² Jedoch kann der Geschäftsherr ohne große Probleme mittels technischer Möglichkeiten wie GPS, Funk- und Handykontakt einen direkten Einfluss auf die Fahrt nehmen, und zwar bei Orts- und auch bei Fernfahrten. Nach einem – streng – faktischen Maßstab schwindet der tatsächliche Einfluss mit der räumlichen Entfernung, wenn der Geschäftsherr auf jede Form der Vorgabe und Kontrolle verzichtet. Nach einer sozialen Zuordnung steht der Transport in der Herrschaftssphäre des Geschäftsherrn, wenn er als Arbeitgeber seine Kontrollmöglichkeiten nutzt, und das auch unabhängig von der Entfernung. Das *OLG Köln* verneint einen – übergeordneten – Mitgewahrsam des Firmeninhabers. Dem ist zuzustimmen, solange der Geschäftsherr jede Form der Kontrolle unterlässt. Wer aber die technischen Kontroll- und Kommunikationsmöglichkeiten nutzt, so dass er stets eine hinreichende Aufsicht und Lenkung über den Transport hat, gibt die Verantwortung auch bei einer Fernfahrt nicht aus der Hand und bewahrt seinen Alleingewahrsam. Das bisherige unbestimmte Kriterium der Nah- oder Fernfahrt ist heute bei den technischen Möglichkeiten zur Abgrenzung des Gewahrsams nicht überzeugend.

Der zwischen Fahrer und Beifahrer bestehende – gleichberechtigte – Mitgewahrsam wurde nach Ansicht des *OLG Köln* nicht dadurch aufgehoben, dass der Beifahrer zum Einsammeln der Gelder den Geldtransporter kurzzeitig verlassen hat. Dafür sprechen sowohl die tatsächlichen Umstände als auch die soziale Zuordnung. Diesen gleichrangigen Mitgewahrsam hat der Angeklagte gebrochen. Hier zeigt sich der **weite Argumentationsspielraum des Strafverteidigers**. Die Vorinstanzen hatten den Angeklagten wegen Unterschlagung verurteilt, da sie einen Gewahrsamsverlust des Beifahrers angenommen hatten. Und eine Sache, die man im Alleingewahrsam hat, kann man nicht wegnehmen. Man kann unter Umständen streng faktisch argumentieren, wobei auch hier die Verkehrsauffassung einen Spielraum lässt. Die normativ-sozialen Kriterien sind ergebnisoffener. Beide Aspekte sind in einen **faktisch-normativen Gewahrsamsbegriff** zusammenzuführen.

2. Fragen um den Gewahrsam anhand weiterer Fallgruppen

Die vorherige Fallgruppe ähnelt der **Fallgruppe „Dienst- und Arbeitsverhältnisse“**. Die Angestellten in einem Laden, Kaufhaus oder sonstigen Geschäft haben keinen eigenständigen Gewahrsam an den dortigen Sachen. Trotz der tatsächlichen Möglichkeit, auf die Gegenstände unmittelbar Zugriff zu nehmen, fehlt es ihnen zum einen an dem erforderlichen Herrschaftswillen. Entscheidend ist zum anderen die normativ-soziale Bewertung der Machtverhältnisse. Die Sachen in einem Geschäft werden nach der Verkehrsanschauung dem Geschäftsherrn zugeordnet. Inhaber der alleinigen Sachherrschaft ist in solchen sozialen Abhängigkeitsverhältnissen der Geschäftsherr oder in großen Geschäften in dessen Vertretung der betreffende Abteilungsleiter.⁶³ In derartigen Fällen ist es überflüssig, einen **unter-**

58 Siehe *Fischer*, § 242 Rn 14a; *Wessels/Hillenkamp*, BT 2, Rn 71.

59 Dazu *LK-Ruß*, Rn 29; *MK-Schmitz*, Rn 67; *Wessels/Hillenkamp*, BT 2, Rn 91.

60 So das *OLG Köln* v. 29.7.2004 – Ss 196/03 – 100, VRS 107 (2004), 366, 368.

61 So das *OLG Köln* v. 29.7.2004 – Ss 196/03 – 100, VRS 107 (2004), 366, 368; *GS-Duttge*, Rn 21; *LK-Ruß*, Rn 29; *Rengier*, BT I, § 2 Rn 19; *S/S-Eser*, § 242 Rn 33; *S/S/W-Kudlich*, § 242 Rn 24; *Wessels/Hillenkamp*, BT 2, Rn 91.

62 So *Rengier*, BT I, § 2 Rn 19; *S/S-Eser*, § 242 Rn 33.

63 So *MK-Schmitz*, § 242 Rn 69; *Wessels/Hillenkamp*, BT 2, Rn 88 f.

geordneten Mitgewahrsam der Angestellten⁶⁴ aufgrund der faktischen Nähebeziehung anzunehmen. Auch die Bezeichnung eines **Gewahrsamsgehilfen**⁶⁵ nutzt nichts, schadet aber auch nicht. Angestellte, die Sachen in Ladengeschäften usw. an sich nehmen, begehen daher unter den weiteren Voraussetzungen einen Diebstahl und nicht nur eine Unterschlagung. Die Bewertung nach der sozialen Anschauung führt bei **Kassierern**, die eine Kasse eigenverantwortlich verwalten und abrechnen, zu einem anderen Ergebnis und spricht ihnen die alleinige Sachherrschaft über die Gelder der Kasse zu.⁶⁶ Das generelle Kontroll- und Weisungsrecht des Dienstherrn begründet noch kein **Mitgewahrsam**, vor allem, wenn der Kassierer eigenverantwortlich abrechnen muss.

- 27** In sozialen Abhängigkeitsverhältnissen wird vielfach **Mitgewahrsam** angenommen.⁶⁷ Der Bruch von Mitgewahrsam genügt. Das gilt jedoch allein für den Bruch gleichberechtigten Mitgewahrsams und für den Bruch des übergeordneten Mitgewahrsams durch den untergeordneten Mitgewahrsamsinhabers, nicht aber für die umgekehrte Handlung von oben nach unten, da sich dort das Direktionsrecht durchsetzt. Gleichberechtigter Mitgewahrsam besteht zwischen Eheleuten und sonstigen Partnerschaften an Gegenständen in der gemeinsamen Wohnung, auch zwischen Gesellschaftern. Der **gestufte Mitgewahrsam** beruht auf der faktischen Sachnähe. Die normative-soziale Bewertung spricht in diesen Fällen dafür, in sozialen Abhängigkeitsverhältnissen alleinige Sachherrschaft der übergeordneten Person, deren Herrschaftssphäre die Sache zugeordnet ist, anzunehmen. Gestuften Mitgewahrsam gibt es nicht.⁶⁸ Man braucht ihn auch nicht.
- 28** In der **Fallgruppe „Ladendiebstahl/Diebstahl aus Baumärkten“** geht es um die Frage, in welchem Moment der Dieb den Gewahrsam des obigen Geschäftsherrn oder Abteilungsleiters bricht, indem er eigenen Gewahrsam begründet. Der Ladendieb nimmt das Diebesgut an sich: Er steckt es in eine mitgebrachte Tasche bzw. in seine Jackentasche, er zieht die gewollte Kleidung an, er behält das Diebesgut in der Hand, er versteckt es im Einkaufswagen – die Sachverhaltskonstellationen sind vielfältig, die Lösungen auch. Der Gewahrsamswechsel ist gegeben, wenn der erneute Zugriff auf die Sache sozial auffällig und rechtfertigungsbedürftig ist. Auch die Begründung des neuen Gewahrsams beim Täter beurteilt sich nach tatsächlichen und sozialen Kriterien. Irgendwelche „**Wegnahmetheorien**“ sind **überflüssig**.⁶⁹ Entscheidend ist auch hier die soziale Verkehrsanschauung, welche die verschiedenen Gewahrsamsphären abgrenzt. Die Lösung liefert das Institut der **Gewahrsamsenklaue**. Eine solche **persönliche Gewahrsamsenklaue** bildet die Körpersphäre einer Person.⁷⁰ Dazu zählen der eigene Körper, aber auch die getragene Kleidung und mitgebrachte Taschen. Wer das Tatobjekt demnach in seine Jackentasche oder in eine Tasche packt, bricht fremden und begründet neuen Gewahrsam.⁷¹ Das gilt auch für den, der die gewollte Kleidung anzieht. Der objektive Tatbestand ist vollendet, auch wenn der Täter sich noch in der generellen Gewahrsamsphäre des Ladengeschäfts befindet. Ein Rücktritt ist in diesem Moment nicht mehr möglich. Die Sachherrschaft muss nicht berechtigt sein. Natürlich darf der Ladeninhaber und dürfen auch die Angestellten aufgrund zivilrechtlicher Selbsthilfe und strafrechtlicher Rechtfertigungsgründe die Sachen wieder an sich nehmen. Bei einem Eingriff in die **persönliche Tabusphäre** des Täters ist dieser rückholende Zugriff jedoch sozial auffällig und daher rechtfertigungsbedürftig. Diese tatsächliche und soziale Zuordnung kann bei kleineren Gegenständen bereits mit dem Ergreifen zu einem Gewahrsamswechsel führen.⁷² Aber: Gegenstände im Einkaufswagen⁷³ gehören im Ladenbereich noch zur **generellen Gewahrsamsphäre** des Ladengeschäfts. Das ist wiederum anders, wenn der Kassiererbereich verlassen ist und man sich in der „Einpackzone“ befindet. In diesem Moment ordnet die soziale Konvention die Waren dem Kunden zu, mag dieser die Sache auch deliktisch an sich gebracht haben. „Wer in einem Selbstbedienungsladen eine Ware in seinem Einkaufswagen verbirgt und die Kasse ohne Bezahlung der versteckten Ware passiert, begeht regelmäßig -vollendeten oder versuchten – Diebstahl, nicht Betrug“ – so der Leitsatz aus BGHSt 41, 198.⁷⁴
- 29** An dem vorgenannten Gewahrsamsbruch ändert die **Beobachtung** durch den Gewahrsamsinhaber oder seine Vertreter nichts.⁷⁵ Diebstahl ist **keine heimliche Tat**. Die Tatvollendung verlangt keinen gesicherten Gewahrsam.⁷⁶

64 So im Fall einer Sekretärin der BGH v. 13.7.1995 – 1 StR 309/95, NStZ-RR 1996, 131.

65 So *Wessels/Hillenkamp*, BT 2, Rn 88.

66 Siehe BGH v. 3.4.2001 – 1 StR 45/01, NStZ-RR 2001, 268; BGH v. 13.7.1995 – 1 StR 309/95, NStZ-RR 1996, 131, 132; *MK-Schmitz*, § 242 Rn 60, 67; *LK-Ruß*, § 242 Rn 29; *Wessels/Hillenkamp*, BT 2, Rn 89.

67 Siehe BGH v. 13.7.1995 – 1 StR 309/95, NStZ-RR 1996, 131; *GS-Duttge*, § 242 Rn 23.

68 So *Lackner/Kühl*, § 242 Rn 13; *Mitsch*, BT 2/1, § 1 Rn 55; *MK-Schmitz*, § 242 Rn 69; *Wessels/Hillenkamp*, BT 2, Rn 84.

69 Vgl. OLG Karlsruhe v. 26.2.2004 – 1 Ss 105/03, NStZ-RR 2005, 140; *MK-Schmitz*, § 242 Rn 72; *Wessels/Hillenkamp*, BT 2, Rn 110.

70 Siehe *Geppert*, JK 1997 StGB § 242/18; *Mitsch*, BT 2/1, § 1 Rn 63; *MK-Schmitz*, § 242 Rn 48.

71 Vgl. BGH v. 26.7.1995 – 4 StR 234/95; BGHSt 41, 198, 204; LG Köln v. 30.5.1996 – 157-54/96, StV 1997, 27; *GS-Duttge*, § 242 Rn 29; *LK-Ruß*, § 242 Rn 42; *MK-Schmitz*, § 242 Rn 61; kritisch bei Beobachtung *S/S-Eser*, § 242 Rn 40.

72 So BayObLG v. 8.7.1997 – 2 StRR 99/97, StV 1998, 205; *GS-Duttge*, § 242 Rn 28; *LK-Ruß*, § 242 Rn 42; *MK-Schmitz*, § 242 Rn 61.

73 So *GS-Duttge*, § 242 Rn 30; *MK-Schmitz*, § 242 Rn 61; *Rossmüller/Rohrer*, Jura 1994, 469, 472; *Wessels/Hillenkamp*, BT 2, Rn 116.

74 BGH v. 26.7.1995 – 4 StR 234/95; BGHSt 41, 198.

75 Siehe BGH v. 26.6.2008 – 3 StR 182/08, NStZ 2008, 624; *GS-Duttge*, § 242 Rn 27; *Mitsch*, BT 2/1, § 1 Rn 64; *Rengier*, BT I, § 2 Rn 25.

76 So *LK-Ruß*, § 242 Rn 42.

Die Kenntnis vom Gewahrsamsbruch ermöglicht das Zurückholen der Sache. Wiederholen muss man aber eben nur Sachen, über die man die Sachherrschaft zuvor verloren hat. Der Täter begründet eine persönliche **Gewahrsamsenklaue** innerhalb einer generellen Gewahrsamssphäre. Daran ändert grundsätzlich die Beobachtung bei der Tat nichts. Teilweise wird eine derartige gewahrsamsbegründende Tabuzone aufgrund der tatsächlichen Verhältnisse abgelehnt.⁷⁷ Dem beobachteten Dieb im Selbstbedienungsladen stünden wesentliche Hindernisse entgegen, um auf die Sache einzuwirken. Diese Sicht vernachlässigt, dass die angenommenen Hindernisse sozial auffällig und rechtfertigungsbedürftig sind. Stets entscheiden die Umstände des Einzelfalls. Dem **Strafverteidiger** bleibt Raum zur Argumentation. Das beweist folgendes Beispiel: Der Angeklagte packte im Ladenbereich 30 CDs unter seine Kleidung und wurde dabei vom Hausdetektiv beobachtet. Später legte er die Sachen zurück – Rücktritt nach § 24? Das *LG Köln* bejahte einen rücktrittsfähigen Versuch.⁷⁸ Für das Gericht war neben der ständigen Beobachtung entscheidend, dass Umfang und Gewicht der CDs gegen eine leichte und gefahrlose Entfernung aus dem Einkaufsbereich sprachen. Letztendlich war es wohl die soziale Auffälligkeit des Täters, der wie ein eckiges **Michelinmännchen** ausgesehen haben muss. Aber die Begründung der höchstpersönlichen Gewahrsamsenklaue in der Kleidung spricht gegen das Versuchsstadium.

Der *BGH*⁷⁹ entschied, dass bei handlichen und leicht beweglichen Sachen – es ging um einen Laptop – regelmäßig schon ein **Ergreifen und Festhalten** bzw. das offene Wegtragen des Gegenstands als Wegnahmehandlung genügt. Nach dem *BGH* hat in Fällen, in denen der Täter einen leicht zu transportierenden Gegenstand an sich gebracht hat, die Person jedenfalls dann die ausschließliche Sachherrschaft, wenn sie den umschlossenen Herrschaftsbereich des Gewahrsamsinhabers verlassen hat. Die Wegnahme sei spätestens vollendet, nachdem der Täter mit dem Gegenstand in der Hand das Ladenlokal und damit den Herrschaftsbereich des Gewahrsamsinhabers verlassen habe. Gesicherter Gewahrsam ist nicht erforderlich. In der Formulierung des Gerichts klingt an, dass die Wegnahme auch bereits mit dem Ergreifen im Herrschaftsbereich vollendet sein kann.⁸⁰ Das ist logisch, da das Festhalten eines Gegenstandes außerhalb einer Herrschaftssphäre in faktisch-normativer Wertung ohne weiteres Sachherrschaft begründet. Die landgerichtliche Vorinstanz hatte im Übrigen eine versuchte Wegnahme⁸¹ und einen Rücktritt angenommen. Grund dafür war, dass der Angeklagte sofort nach dem Ergreifen des Laptops der Verfolgung durch den Geschäftsinhaber ausgesetzt war und mit diesem in eine körperliche Auseinandersetzung geriet. Das tatinstanzliche Urteil beweist einen beschuldigtenfreundlichen Wertungsspielraum anhand des Einzelfalls, der manchmal auch die Gerichte überzeugt: Bereits das Ergreifen eines Gegenstandes – es ging in diesem Fall um eine Bratpfanne – sollte nicht zwingend zu einem vollendeten Diebstahl führen, wenn der Täter die jeweilige Abteilung des Kaufhauses verließ und den Gegenstand noch offen in der Hand im Kaufhaus herumträgt, ohne ihn etwa in eine Tasche zu stecken.⁸² Das alles ist eine Frage der **Beweiswürdigung** des jeweiligen Einzelfalls. Wenn vor einem Geschäft im Freien Waren in Verkaufskörben zum Kauf präsentiert werden, gehört dieser Aufstellbereich noch zum Geschäftsbereich. Wird ein Täter mit im Ladengeschäft entnommener und nicht bezahlter Ware in der Hand in diesem äußeren Verkaufsbereich angetroffen, kann nicht ohne weiteres ein vollendeter Diebstahl angenommen werden.⁸³ Ebenso wenig kann nach Ansicht des *BayObLG* auf die Zueignungsabsicht geschlossen werden, wenn der Täter offen im Bereich der Geschäftsfläche des Selbstbedienungsladens Waren herumträgt. Letztendlich verhalten sich auch ehrliche Kunden so.

Diesen Wertungsspielraum beweist auch folgende Entscheidung des *LG Potsdam*.⁸⁴ Die Angeklagten versteckten die Beute auf dem gesicherten Gelände eines Baumarktes, indem sie die Beute dort in Regentonnen vor den Baumarktmitarbeitern verbargen. Nach ihrem Tatplan wollten sie die Beute unmittelbar nach Geschäftsschluss in der kommenden Nacht abtransportieren. Haben die Angeklagten durch das Verstecken auf dem Außengelände nicht bereits neuen Gewahrsam begründet, da der ursprüngliche Gewahrsamsinhaber – der Leiter des Baumarktes – nicht weiß, wo sich die Sachen befinden? Die **versteckten Sachen** befinden sich noch in der generellen Gewahrsamssphäre des Diebstahlopfers.⁸⁵ Wenn das Versteck dem Opfer unbekannt ist und der Täter ungehinderten Zugang hat, soll andererseits bereits eine Tatvollendung gegeben sein.⁸⁶ Wie bei einer verlorenen Sache besteht jedoch rein faktisch, aber auch nach der sozialen Zuordnung die Sachherrschaft innerhalb der eigenen Herrschaftssphäre fort, sofern nicht ein anderer eine Gewahrsamsenklaue als persönliche Tabuzone geschaffen hat. Findet der Inhaber der Gewahrsamssphäre den versteckten Gegenstand, ist sein Zugriff nicht sozial auffällig, im Gegensatz zum Verhalten der Täter. Man kann von einer **Gewahrsamslockerung** sprechen, ein Verlust ist nicht eingetreten. Zum Ver-

77 Von *S/S-Eser*, § 242 Rn 40.

78 Siehe *LG Köln v. 30.5.1996 – 157–54/96*, StV 1997, 27; dagegen *Geppert, JK 1997 StGB § 242/18*.

79 *BGH v. 26.6.2008 – 3 StR 182/08*, NSZ 2008, 624 = *StraFo* 2008, 478.

80 Siehe auch *OLG Düsseldorf v. 19.6.1987 – 5 Ss 166/87 – 131/87 I*, NJW 1988, 922, 923; *Fischer*, § 242 Rn 18; *GS-Duttge*, § 242 Rn 28; *Mitsch*, BT 2/1, § 1 Rn 63; *MK-Schmitz*, § 242 Rn 61; *Wessels/Hillenkamp*, BT 2, Rn 113.

81 So auch *Bachmann*, NSZ 2009, 267.

82 So *OLG Köln v. 14.12.1988 – Ss 685/88*, StV 1989, 156; *Rengier*, BT I, § 2 Rn 26.

83 Siehe *BayObLG v. 8.7.1997 – 2 St RR 99/97*, StV 1998, 205.

84 Siehe *LG Potsdam v. 6.10.2005 – 26 (10) Ns 142/05*, NSZ 2007, 336.

85 Dazu *LG Potsdam v. 6.10.2005 – 26 (10) Ns 142/05*, NSZ 2007, 336; *GS-Duttge*, § 242 Rn 30; *MK-Schmitz*, § 242 Rn 62; *T. Walter*, NSZ 2008, 157.

86 So *GS-Duttge*, § 242 Rn 29; *LK-Ruß*, § 242 Rn 41.

sich siehe Rn 67 ff. Baumärkte und ähnliches sind beliebte Tatorte: Das *OLG Karlsruhe*⁸⁷ nahm im Gegensatz zur landgerichtlichen Vorinstanz zu Recht eine vollendete Wegnahme an, nachdem der Täter einen Steinguttopf aus dem verschlossenen und durch einen Zaun gesicherten Herrschaftsbereich des bisherigen Gewahrsamsinhabers verbracht und neben dem Zaun abtransportbereit auf dem Anhänger eines Mofas abgestellt hat. Der Verurteilte hat die bewegliche Sache tatsächlich aus dem sozialen Tabubereich der Gärtnerei herausgebracht, so dass seinem Zugriff nunmehr keine weiteren Hindernisse entgegenstanden. Der Anhänger seines Mofas ist wie ein Auto oder die Wohnung oder ein Geschäftsraum eine räumliche Gewahrsamssphäre, in der Sachen dem Inhaber zugeordnet werden. Wenn das vorinstanzliche Landgericht einen rücktrittsfähigen Versuch annahm, zeigt das die einzelfallabhängige Wertung der Gewahrsamsverhältnisse anhand der tatsächlichen und sozialen Umstände und beweist den gerichtlichen Spielraum.

- 32** Die Figur der **Gewahrsamsenklaue** liefert die Lösung für die **Fallgruppe „Behältnisse“**. Ein Behältnis ist mit einem Schlüssel oder Zahlencode verschlossen. Das Behältnis wird einem anderen zur Aufbewahrung gegeben. Der Verwahrer des Behältnisses soll Alleingewahrsam am Inhalt haben, wenn dem Inhaber des Schlüssels der Zugang zum Behältnis nicht ohne weiteres möglich ist und es ferner leicht beweglich ist.⁸⁸ Wenn dagegen dem Berechtigten der Zugang ohne Beschränkung möglich⁸⁹ ist oder wenn das Behältnis nur schwer fortzuschaffen ist, soll jedenfalls Mitgewahrsam des Schlüsselhabers gegeben sein, während bei einem schwer beweglichen Behältnis auch Alleingewahrsam des Schlüsselhabers angenommen wird.⁹⁰ Andere⁹¹ unterscheiden allein nach den Zugangsmöglichkeiten. Ungehinderter Zugang begründet Alleingewahrsam des Berechtigten, Zugang nur mit Zustimmung oder Mitwirkung des Verwahrers führt zu Mitgewahrsam. Diese Abgrenzung nach den Beschränkungen des Zugangs – zählen dazu Öffnungszeiten? – oder nach der Schwere des Behältnisses ist mehr als unbestimmt. Sie wirkt willkürlich. Wenn es eine persönliche Gewahrsamsenklaue gibt, gibt es auch eine **sachliche Gewahrsamsenklaue**. Diese führt zu einem steten **Alleingewahrsam des Schlüsselhabers**. Der Tresor, das Bankschließfach, der Koffer, die Spendenbüchse, der Automat bilden eine solche „Gewahrsamsinsel“ innerhalb der generellen Gewahrsamssphäre des Aufbewahrungsortes. Die vorübergehende Abwesenheit des Gewahrsamsinhabers ändert nichts. Der Zugriff des Aufbewahrers auf den Inhalt des Behältnisses ist sozial auffällig, wenn er nicht auch der Schlüsselhaber ist. Das zeigt sich gerade darin, dass er ohne Schlüssel nur durch ein Aufbrechen an den Inhalt gelangt. Wenn der Wirt den Inhalt einer Sammelbüchse an sich bringt oder ein Angestellter der Deutschen Bahn bei der Gepäckaufbewahrung einen Koffer aufbricht, bricht er fremden Alleingewahrsam. Der Letztere sowieso, da im Rahmen des sozialen Abhängigkeitsverhältnisses sein Vorgesetzter Gewahrsam hätte. Wenn Verwahrer und Berechtigter das Behältnis dagegen nur gemeinsam öffnen können oder aber jeder einen Schlüssel oder Zugangscode hat, besteht gleichberechtigter Mitgewahrsam zwischen Aufbewahrer und Berechtigtem.

3. Herrschaftswille

- 33** Gewahrsam ist eine **objektiv-subjektive Sinneinheit**. Neben der tatsächlich-sozialen Sachherrschaft ist ein **Herrschaftswille** erforderlich.⁹² Erforderlich, aber auch ausreichend ist ein natürlicher Herrschaftswille, den auch Kinder und Geistesranke haben können. Gewahrsam können nur natürliche Personen haben. Bei juristischen Personen oder anderen Personengesellschaften wird die Sachherrschaft durch Organe und gesetzliche Vertreter ausgeübt. Der Wille muss nicht stets konkret vorhanden sein. **Schlafende und Bewusstlose** verlieren ihren Gewahrsam nicht.⁹³ Es ist die Rede von einem potentiellen Gewahrsamswillen. Das beweist auch die Richtigkeit der normativ-sozialen Betrachtung, denn wer schläft, hat streng tatsächlich keinen Gewahrsam. Das führt dazu, dass teilweise⁹⁴ ein derart verdünnter Herrschaftswille gänzlich durch die soziale Verkehrsanschauung ersetzt wird.
- 34** Es genügt ein **genereller Gewahrsamswille**. Bei **vergessenen** oder **verlorenen Sachen** kommt es auf den Ort des Verlustes an. Wird eine Sache verloren, so dass der ursprüngliche Gewahrsamsinhaber nicht weiß, wo er auf die Sache Zugriff nehmen kann, wird diese Sache gewahrsamslos – nicht aber herrenlos. Sie kann Tatobjekt einer sog. **Fundunterschlagung** (§ 246) werden. Geschieht der Verlust jedoch in einer fremden Gewahrsamssphäre, so begründet der Inhaber dieser generellen Gewahrsamssphäre neuen Gewahrsam.⁹⁵ Werden Sachen in der Universität, im Gericht oder in der Bahn oder in ähnlichen Institutionen oder Geschäften verloren, begründen die entsprechenden „Institutionen“ aufgrund der üblichen Gepflogenheiten – Fundbüro, Pförtner – unmittelbar neuen Gewahrsam. Im Treppenhaus eines Mietshauses oder eines von mehreren Firmen benutzten Geschäftshauses soll das anders sein, da eine Zuordnung der Sachherrschaft nicht feststellbar ist.⁹⁶ Das überzeugt nicht. Der generelle Herrschaftswille

87 OLG Karlsruhe v. 26.2.2004 – 1 Ss 105/03, NSTz-RR 2005, 140.

88 Siehe BGH v. 12.6.1968 – 2 StR 106/68, BGHS/20, 180; LK-Ruß, § 242 Rn 31; Rengier, BT I, § 2 Rn 15; S/S-Eser, § 242 Rn 34.

89 So bezüglich einer Sammelbüchse das RG v. 14.12.1923 – IV 848/23, RGSt 58, 49.

90 So GS-Duttge, § 242 Rn 21.

91 Siehe Wessels/Hillenkamp, BT 2, Rn 96.

92 Dazu GS-Duttge, § 242 Rn 20; Mitsch, BT 2/1, § 1 Rn 57; S/S-Eser, § 242 Rn 29; Wessels/Hillenkamp, BT 2, Rn 75.

93 So GS-Duttge, § 242 Rn 21; J. Kretschmer, Jura 2009, 590; MK-Schmitz, § 242 Rn 59; S/S-Eser, § 242 Rn 30; Wessels/Hillenkamp, BT 2, Rn 75.

94 Von MK-Schmitz, § 242 Rn 59.

95 Dazu BGH v. 10.5.1968 – 4 StR 116/68, GA 1969, 25; MK-Schmitz, § 242 Rn 64; Wessels/Hillenkamp, BT 2, Rn 97; Zöller, BT I, S. 27.

96 So BGH v. 10.5.1968 – 4 StR 116/68, GA 1969, 25, 26; GS-Duttge, § 242 Rn 22.

des Hausinhabers wird durch einen Empfangsbereich bei einem Geschäftshaus oder bei Mietshäusern durch einen Hauswart bzw. die Hausverwaltung zum Ausdruck gebracht. Dort werden gefundene Sachen abgegeben. Wer eine Sache dagegen vergisst und daher weiß, wo er sie finden kann, behält seine Sachherrschaft, sofern er die Sache ohne große Hindernisse wieder erlangen kann.⁹⁷ Bei einem Vergessen innerhalb einer fremden Gewahrsamssphäre begründet aufgrund ihres generellen – verkehrsüblichen – Herrschaftswillens die „Institution“ Mitgewahrsam,⁹⁸ da eine Unterscheidung zwischen vergessenen und verlorenen Sachen nicht möglich ist.⁹⁹ Der Vergessende behält seinen Gewahrsam. Auf Grund der tatsächlichen Umstände bestehen keine wesentlichen Hindernisse des Zugriffs (faktischer Gewahrsamsbegriff) und die soziale Verkehrsauffassung ordnet vergessene Sachen noch dem Vergessenden zu (normativ-sozialer Begriff). Wie an vielen Stellen ist auch das ein kleinlicher Streit um die Gewahrsamsverhältnisse. Nimmt derjenige, der die Sache innerhalb einer fremden Gewahrsamssphäre selbst vergessen hat, die Sache an sich, mag er fremden Gewahrsam der „Institution“ brechen. Die Sache aber ist für den vergesslichen Eigentümer nicht fremd. Holt der vergessliche Mieter oder Entleiher die Sache wieder, ist sie natürlich für diesen fremd. Ein möglicher „institutioneller“ Allein- oder Mitgewahrsamsinhaber ist aber damit einverstanden, dass der Vergessliche „seiner“ Sache holt. Der Studierende, der ein aus der Bibliothek geliehenes Buch im Hörsaal vergisst und sich später zurückerholt, ist daher kein Dieb. Nimmt ein anderer die vergessene Sache an sich, bestand entweder Mitgewahrsam von ursprünglichem Gewahrsamsinhaber und der „Institution“ oder eben Alleingewahrsam letzterer, in jedem Fall aber liegt eine Wegnahme vor. Warum also dieser Streit?

4. Einverständnis

Der Bruch fremden Gewahrsams geschieht ohne oder gegen den Willen des Gewahrsamsinhabers. Ein vorliegendes **Einverständnis** schließt das Merkmal der Wegnahme aus. Das **tatbestandsausschließende Einverständnis** ist tatsächlicher Natur. Weiß der Täter nichts davon, macht er sich wegen eines versuchten Diebstahls schuldig. Irrtum oder Drohung nehmen dem Einverständnis nicht die Wirksamkeit.¹⁰⁰ Das Einverständnis kann an **Bedingungen** geknüpft werden.¹⁰¹ Diese Bedingungen müssen objektiv erkennbare Momente sein.

Ein bedingtes Einverständnis gibt es vor allem in Fällen der **automatisierten Waren- und Geldherausgabe**. Der Übertragungswille ist generalisiert. Der Automatenaufsteller erklärt sich mit dem Gewahrsamswechsel unter der Bedingung einverstanden, dass der Mechanismus des Automaten ordnungsgemäß betätigt wird.¹⁰² Wer einen solchen Automaten aufbricht, bricht fremden Gewahrsam. Wer solche Automaten mit Falschgeld¹⁰³ (siehe Rn 38) bestückt oder den Herausgabemechanismus mit Drähten manipuliert, macht das nach überwiegender Auffassung desgleichen. Der daneben stehende Gewahrsamsinhaber wäre nicht einverstanden. Das wäre anders, wenn der Wegnehmende nur zahlungsunwillig wäre oder ihm die Zugangsberechtigung fehlte – unberechtigter Bankkarteninhaber – in diesem Fall wäre der Gewahrsamsinhaber irrtumsbedingt mit dem Zugriff einverstanden. Auch ein erschliches konkretes oder generalisiertes Einverständnis ist wirksam.¹⁰⁴ Daher gibt es die Strafvorschriften der §§ 263 und 263a wie auch § 265a.

*OLG Düsseldorf:*¹⁰⁵ „Bewirkt der Täter die Herausgabe von Geldmünzen aus einem **Geldwechselautomaten** dadurch, dass er einem mit Tesafilmstreifen beklebten Geldschein in den Automaten einführt und diesen nach Freigabe der Münzen mit Hilfe des Tesafilmstreifens wieder herauszieht, so erfüllt er den Tatbestand des Diebstahls ...“ Die Herausgabe des Wechselgeldes oder irgendeiner anderen Ware erfolgt unter der Bedingung ordnungsgemäßer Bedienung. Unter dieser Bedingung steht auch das zivilrechtliche Übereignungsangebot. Im Falle funktionsgerechter Betätigung wird der Gewahrsam einverständlich übertragen, bei einer funktionswidrigen Nutzung liegt ein Gewahrsamsbruch vor. Uneinheitlich, beinahe verwirrend ist die Abgrenzung. Wer bei der Benutzung von **Falschgeld** oder dem Vorgehen mittels eines präparierten Geldscheins nur eine – täuschungähnliche – Überlistung annimmt, lehnt einen Gewahrsamsbruch ab. Bei computergesteuerten Warenautomaten führt die rechtswidrige, aber funktionsgerechte Nutzung zu einer erschlichenen Herausgabe. Das führt teilweise zu § 263a¹⁰⁶ und teilweise bei einem fehlenden computerspezifischen Bezug zu dem betrugsähnlichen § 265a.¹⁰⁷ Voraussetzung ist, man wendet § 265a auch

97 So GS-Duttge, § 242 Rn 22; MK-Schmitz, § 242 Rn 66; Zöller, BT I, S. 27.

98 So GS-Duttge, § 242 Rn 22; Wessels/Hillenkamp, BT 2, Rn 98; Zöller, BT I, S. 27.

99 Daher für Alleingewahrsam des Inhabers der Gewahrsamssphäre MK-Schmitz, § 242 Rn 64 und S/S-Eser, § 242 Rn 28.

100 So GS-Duttge, § 242 Rn 31; anders bei Drohung Mitsch, BT 2/1, § 1 Rn 74.

101 Siehe Rengier, BT I, § 2 Rn 34; S/S-Eser, § 242 Rn 36.

102 Siehe OLG Düsseldorf v. 29.7.1999 – 5 Ss 291/98 – 71/98 I, JR 2000, 212.

103 So Mitsch, BT 2/1, § 1 Rn 77; Neumann, JuS 1990, 535, 538; Rengier, BT I, § 2 Rn 24.

104 Siehe Rengier, BT I, § 2 Rn 34.

105 OLG Düsseldorf v. 29.7.1999 – 5 Ss 291/98 – 71/98 I, JR 2000, 212 = NJW 2000, 158; zustimmend: Biletzki, NSTZ 2000, 424; Geppert, JK 2000 StGB § 242/20; GS-Duttge, § 242 Rn 34; Wessels/Hillenkamp, BT 2, Rn 108; für § 263a dagegen Otto, JR 2000, 214 ff; für § 265a MK-Schmitz, § 242 Rn 87. Einen Diebstahl des Geldscheins nimmt Kudlich, JuS 2001, 20, 23 an.

106 Für § 263a im Fall des OLG Düsseldorf Otto, JR 2000, 214 ff; auch Biletzki, NSTZ 2000, 424, 425.

107 Siehe MK-Schmitz, § 242 Rn 87; Otto, JR 2000, 214, 215; SK-Hoyer, § 265a Rn 13 bei Falschgeld.

auf Warenautomaten an. Der präparierte Schein ist nicht Tatobjekt.¹⁰⁸ Er geht weder in den – tatsächlichen oder sozialen – Gewahrsam noch in das Eigentum – keine Übergabe – des Automatenaufstellers über – der Täter behält das Geld gleichsam in der Hand. Der Fall beweist: Alles ist möglich.

- 37** Wird der Automat in mechanischer oder elektronischer Hinsicht ordnungsgemäß und funktionsgerecht, wenn auch missbräuchlich bedient, liegt keine Wegnahme vor. Wer am **Bankautomaten**¹⁰⁹ unbefugt oder unberechtigt in Kenntnis der Geheimzahl Geld abhebt, begeht aufgrund des Einverständnisses keinen Diebstahl.¹¹⁰ Das gilt auch für gefälschte Bankkarten,¹¹¹ da sie nur die Zugangsdaten verkörpern. Wer unter Verwendung illegal erlangter Kenntnisse des Spielverlaufs einen **Spielautomaten** leer spielt, erhält den Gewahrsam – und auch das Eigentum (§ 929 BGB) – am ausgeworfenen Geld mit Einverständnis des Automatenaufstellers, da er den Automaten ordnungsgemäß und programmgemäß bedient.¹¹² Mit dem Zugriff auf das ausgeworfene Geld nimmt der Täter das Übereignungsangebot an, so dass das Tatobjekt in einem logischen Moment mit der Tathandlung nicht mehr fremd ist. Der Bediener täuscht den Spielautomaten über seine Zugangsberechtigung und über das Spielrisiko – § 263a?¹¹³ Ein vergleichbares Verhalten gegenüber einem Menschen – Fall Hoyer – ist angeblich Betrug. Zu beachten ist § 17 UWG.
- 38** Die unbestimmte Abgrenzung wird bei der Verwendung von **Falschgeld** deutlich. Wer einen Warenautomaten mit **Falschgeld** bedient, kann sich nach § 242 oder nach § 265a schuldig machen. Überwiegend – auch in der obergerichtlichen Rechtsprechung¹¹⁴ – wird eine Wegnahme angenommen, da das generelle Einverständnis unter der Bedingung des Einwurfes echten Geldes steht.¹¹⁵ Andere nehmen dagegen den für den Angeklagten günstigeren § 265a an, indem sie die Norm zu Recht auch auf Warenautomaten anwenden. Würde man einen Menschen mittels Falschgeld täuschen, würde ohne weiteres ein Betrug vorliegen. Das Geschehen hat einen betrugsähnlichen selbstschädigenden Charakter. Das Falschgeld überlistet den Mechanismus wie einen Menschen und veranlasst eine erschlichene Herausgabe als Verfügung. Das schließt eine Wegnahme aus. Der – überlistete – Ausgabemechanismus funktioniert ordnungsgemäß.¹¹⁶ Zu einem fremdschädigenden Diebstahl gelangt man, wenn man beispielsweise mit einem Draht oder Schraubenzieher von außen auf den Mechanismus einwirkt. Andere Manipulationen sind anhand dieser Kriterien einzuordnen. Bei einem betrugsähnlichen Verhalten wie mit Falschgeld wird bei einem automatisierten Vorgang die Maschine überlistet. Das generelle Einverständnis schließt § 242 aus. Dieses Risiko der Überlistung ist antizipiert und automatenbedingt. Die Lücke schließen § 265a und bei computergesteuerten Vorgängen § 263a. Bei einem objektiv erkennbar funktionswidrigen Eingriff von außen wie mit einem Draht dagegen ist ein Gewahrsamsbruch gegeben.
- 39** Ganz allgemein gilt daher: Wer Waren-, Leistungs-, Spiel- oder sonstige Automaten bedient, indem er das Innere der Maschine wie einen Menschen täuschungsähnlich überlistet, macht sich wegen § 265a oder § 263a strafbar. Bei einem Zugriff von außen mittels funktionswidriger Mittel kommt dagegen eine Wegnahme in Betracht.
- 40** Eine Fallgruppe mit eigener Kasuistik bildet der **Ladendiebstahl**. Die Sachverhaltskonstellationen sind vielfältig. Der Diebstahl kann bereits im Ladengeschäft vollendet sein, wenn der Täter durch Einstecken oder Anziehen bereits eine eigene persönliche Gewahrsamsenkave begründet und den generellen Gewahrsam des Ladeninhabers gebrochen hat. Solange die Sachen dagegen im Einkaufswagen liegen, besteht eine ausreichende Sachherrschaft des „Ladens“. Nach BGHSt 41, 198¹¹⁷ begeht ein Diebstahl, wer mit im Einkaufswagen verborgener Ware die Kasse ohne Bezahlung passiert. Das eine Wegnahme ausschließende Verfügungsbewusstsein bezieht sich konkret allein auf die zur Bezahlung vorgelegten, nicht auf die im Einkaufswagen versteckten Waren.¹¹⁸ Das kann nicht anders sein, wenn der Täter das Tatobjekt zwischen oder zusätzlich in den bezahlten Waren versteckt. Klassiker ist der sog. „Winkelschleifer-Fall“: Der Täter wollte einen Winkelschleifer kaufen. Als Zubehör benötigte er vier Trennscheiben, die nicht inbegriffen waren. Er versteckte diese vier Trennscheiben zusätzlich in dem Karton, in dem der Winkelschleifer verpackt war, und ging damit zu Kasse, wo er zahlte. Diebstahl oder Betrug? Das ist nicht unwichtig, wenn der Täter eine Waffe oder ein gefährliches Werkzeug bei sich führt (§ 244 Abs. 1 Nr. 1) oder wenn er nach der vollendeten Tat Gewalt anwendet (§ 252). Betrug ist daher günstiger. Der **Strafverteidiger** sollte daher stets in Richtung der Betrugs-

108 So OLG Düsseldorf v. 29.7.1999 – 5 Ss 291/98 – 71/98 I, JR 2000, 212, 213 f.; *Otto*, JR 2000, 214, 216; anders *Kudlich*, JuS 2001, 20, 23.

109 S.o. Rn 12.

110 So *Achenbach*, Jura 1991, 225; 226; *Eisele/Fad*, Jura 2002, 305, 306; *LK-Ruß*, § 242 Rn 36; *Wessels/Hillenkamp*, BT 2, Rn 171.

111 So BGH v. 22.11.1991 – 2 StR 376/91, BGHSt 38, 120, 124; *Eisele/Fad*, Jura 2002, 305, 307; *GS-Duttge*, § 242 Rn 33; *LK-Ruß*, § 242 Rn 36; anders *Rengier*, BT I, § 2 Rn 35.

112 Siehe *Achenbach*, Jura 1991, 225, 226; *GS-Duttge*, § 242 Rn 33; *Neumann*, JuS 1990, 535, 538; *Rengier*, BT I, § 2 Rn 35.

113 Ja: BGH v. 10.11.1994 – 1 StR 157/94, BGHSt 40, 331; *Rengier*, BT I, § 14 Rn 32. Nein: *Achenbach*, Jura 1991, 225, 227 f.; *Neumann*, JuS 1990, 535, 536 f.

114 Siehe BGH v. 22.4.1952 – 2 StR 101/52, MDR 1952, 563.

115 So *Fischer*, § 242 Rn 25; *Lackner/Kühl*, § 265a Rn 2; *LK-Ruß*, § 242 Rn 36; *Neumann*, JuS 1990, 535, 538; *Rengier*, BT I, § 2 Rn 34; *S/S-Eser*, § 242 Rn 36; *Wessels/Hillenkamp*, BT 2, Rn 108.

116 Für § 265a: *Dreher*, MDR 1952, 563; *GS-Duttge*, § 242 Rn 33; *MK-Schmitz*, § 242 Rn 86; *Otto*, JR 2000, 214, 215.

117 BGH v. 26.7.1995 – 4 StR 234/95, BGHSt 41, 198.

118 So *Rengier*, BT I, § 13 Rn 38; *Wessels/Hillenkamp*, BT 2, Rn 635.

variante streiten. Es liegt die Form des Dreiecksbetrugs vor.¹¹⁹ Das Einverständnis an der Gewahrsamsübertragung bzw. das konkrete Verfügungsbewusstsein bezieht sich auf den Karton mit dem Winkelschleifer und nicht auf den Karton, egal was darin enthalten ist. Die versteckte Ware ist nicht erfasst, also lautet die Antwort Diebstahl.¹²⁰ Das *OLG Düsseldorf* entschied im Übrigen anders.¹²¹ Das Paket samt Inhalt ist danach Verfügungsgegenstand. Zu Recht anders wird teilweise entschieden, wenn der Täter in einem Karton die Ware – gänzlich – austauscht und die Kassiererin über die Eigenschaft des bezahlten Kartoninhalts täuscht.¹²² Die Leitlinie lautet: Diebstahl an versteckten und Betrug an ausgetauschten Sachen. Bedeutsam ist, dass sich fremdschädigender Diebstahl und selbstschädigender Betrug ausschließen – Wegnahme und Vermögensverfügung an demselben Gegenstand sind nicht möglich.

Diebesfalle: Der Diebstahl ist mangels eines Gewahrsamsbruchs infolge eines tatbestandsausschließenden Einverständnisses nicht vollendet, wenn der Gewahrsamsinhaber dem Täter, um ihn der Wegnahme – anhand chemischer Spuren an den Händen – zu überführen, durch Bereitlegen eines präparierten Diebstahlobjektes eine Falle stellt.¹²³ Der Gewahrsamsinhaber ist in diesem Fall mit dem Bruch seiner Sachherrschaft einverstanden, da er den nachweisbaren Gewahrsamswechsel als Beweisposition benötigt. Eine Einwilligung in die Zueignung liegt darin regelmäßig nicht, da der Eigentümer keinen endgültigen Eigentumsverlust will, wenn er sich nicht mit dem dauernden Verlust abfindet. Es kommt ein versuchter Diebstahl in Betracht – eventuell mit vollendeter Unterschlagung.¹²⁴

Tankfälle: Beim heimlichen **Selbstbedienungstanken** scheitert eine Wegnahme daran, dass der Tankstelleninhaber generell mit dem Zugriff einverstanden ist. Ein bedingtes Einverständnis kann nicht von inneren Vorgängen wie etwa der Zahlungsfähigkeit oder -bereitschaft des Wegnehmenden abhängig gemacht werden.¹²⁵ Zur Abgrenzung von Diebstahl und Betrug bezieht sich ein bedingtes Einverständnis allein auf objektiv erkennbare Umstände. Das antizipierte Einverständnis liegt im Bereitstellen der Zapfsäule. Wie im Supermarkt wird auch an der Tankstelle erst an der Kasse der Kaufvertrag geschlossen und die dingliche Übereignung vollzogen.¹²⁶ Das eingefüllte Benzin bleibt fremd; der Täter erlangt höchstens Miteigentum durch Vermischung (§ 946 ff. BGB). Fährt der Täter jetzt davon, begeht er eine Unterschlagung.¹²⁷ Wird der Täter beim Tanken beobachtet oder geht er zumindest von einer Beobachtung aus, kann unter den Voraussetzungen des § 263 ein – versuchter – Betrug vorliegen.¹²⁸ Der Täter muss bereits zu diesem Zeitpunkt zahlungsunwillig gewesen sein. Die Vermögensverfügung liegt im einverständlichen Tanken lassen und im Besitzverlust liegt der Vermögensschaden. Ein -gleichzeitiger- § 246 ist dann subsidiär. Handelt es sich um Tankautomaten, bei denen man unmittelbar am Automaten bar oder mit Geldkarte bezahlt, gelten die Grundsätze der Waren- und Leistungsautomaten, um die §§ 242, 246, 263a und 265a voneinander abzugrenzen.

C. Subjektiver Tatbestand

Der subjektive Tatbestand ist zweigliedrig. Der Täter muss mit **Tatvorsatz** handeln (§ 15). Jede Form des Vorsatzes genügt für die objektiven Tatbestandsmerkmale der Wegnahme einer fremden beweglichen Sache. Es gelten die allgemeinen Irrtumsregeln. Darüber hinaus muss die **Absicht rechtswidriger Zueignung** vorliegen. Dieses zusätzliche subjektive Tatbestandsmerkmal ist diebstahlsprägend. Es findet keine Entsprechung im objektiven Tatbestand. Es bedarf keiner Realisierung, auch nicht in Teilelementen. Entscheidend ist, was der Wegnehmende im **Tatzeitpunkt** mit der fremden Sache vorhatte. Entspricht seine Absicht zum Zeitpunkt der Wegnahme den inhaltlichen Anforderungen der rechtswidrigen Zueignungsabsicht? Seit dem 6. StrRG steht die beabsichtigte Drittzueignung der Sichzueignung gleich.

I. Zueignungsabsicht

Zueignungsabsicht hat derjenige, der sich an einer fremden Sache eine eigentümerähnliche Herrschaftsmacht anmaßt, indem er die Sache selbst oder einen in der Sache verkörperten Sachwert seinem Vermögen oder dem Vermögen eines Dritten vorübergehend einverleiben und den Berechtigten dauerhaft aus seiner Herrschaftsposition verdrängen will.¹²⁹ Bezüglich der endgültigen Enteignungskomponente genügt dolus eventualis, während die vorübergehende Aneig-

119 S.u. bei § 263.

120 So *MK-Hefendehl*, § 263 Rn 253; *Roßmüller/Rohrer*, Jura 1994, 469, 473 f.; *S/S-Eser*, § 242 Rn 36; *Wessels/Hillenkamp*, BT 2, Rn 635.

121 Siehe *OLG Düsseldorf v. 19.6.1987 – 5 Ss 166/87 – 131/87 I*, NJW 1988, 922; auch *Rengier*, BT I, § 13 Rn 39.

122 Siehe *Rengier*, BT I, § 13 Rn 39; *Roßmüller/Rohrer*, Jura 1994, 469, 475; *Wessels/Hillenkamp*, BT 2, Rn 635; für Diebstahl auch in diesen Fällen aber *GS-Duttge*, § 242 Rn 34 und *MK-Hefendehl*, § 263 Rn 255; wohl auch *S/S-Eser*, § 242 Rn 36.

123 So *LG Gera v. 20.7.2000 – 152 Js 7746/99 – 3 Ns*, StraFo 2000, 358; siehe auch *Geppert*, JK 1992 StGB § 242/15; *GS-Duttge*, § 242 Rn 33; *Rengier*, BT I, § 2 Rn 33.

124 So *LG Gera v. 20.7.2000 – 152 Js 7746/99 – 3 Ns*, StraFo 2000, 358.

125 Siehe *S/S-Eser*, § 242 Rn 36.

126 Siehe *Fischer*, § 242 Rn 24; *S/S-Eser*, § 246 Rn 7; *Wessels/Hillenkamp*, BT 2, Rn 184.

127 Dazu *OLG Koblenz v. 10.8.1998 – 2 Ss 206/98*, NSTZ-RR 1998, 364; *Charalambakis*, MDR 1985, 975, 977; *MK-Schmitz*, § 242 Rn 92; *S/S-Eser*, § 246 Rn 7.

128 So *BGH v. 28.7.2009 – 4 StR 254/09 – NStZ 2009, 694*; *BGH v. 5.5.1983 – 4 StR 121/83*, NJW 1983, 2827; *Charalambakis*, MDR 1985, 975; *MK-Schmitz*, § 242 Rn 92; *S/S/W-Kudlich*, § 242 Rn 30.

129 Siehe *Eisele/Fad*, Jura 2002, 305, 306; *Fahl*, JA 2002, 649; *GS-Duttge*, § 242 Rn 40 f.; *C. Jäger*, JuS 2000, 651; *Mitsch*, BT 2/1, § 1 Rn 103; *S/S-Eser*, § 242 Rn 47; *Wessels/Hillenkamp*, BT 2, Rn 136.

nungskomponente von Absicht getragen sein muss, da der Diebstahl ein eigennütziges Delikt ist. Man spricht von einer sog. **Vereinigungsformel**,¹³⁰ da Gegenstand der Zueignung sowohl die **Sachsubstanz** selbst als auch ein in der Sache verkörperter **funktionspezifischer Sachwert** sein kann. Man ist sich weitgehend einig, dass vorrangig auf die Sachsubstanz als Diebstahlsobjekt abzustellen ist und der Sachwert subsidiär ist und auch die Selbstaneignung geht der subsidiären Drittaneignung tatbestandlich vor. Das formelle Element der Anmaßung einer eigentümerähnlichen Herrschaftsmacht – „se ut dominum gerere“ – genügt nicht allein für die positive Feststellung der Zueignungsabsicht.¹³¹

- 45** Wer eine **Sache verkauft** und über eine Sache verfügt, maßt sich eine eigentümerähnliche Herrschaftsmacht an. Nach § 903 BGB darf der Eigentümer über eine Sache nach Belieben verfügen. Daher darf der Eigentümer sein Eigentum auch aufgeben oder zerstören. Das ist Ausdruck seines Eigentumsrechts. Macht das der Nichteigentümer, maßt er sich eine aus dem Eigentumsrecht herrührende Position an. Jedoch ist er dadurch nicht zwingend ein Dieb. Allein das formelle Element ist nicht diebstahlsbegründend. Wer eine fremde Sache zerstört, begeht eine Sachbeschädigung nach § 303, aber regelmäßig keinen Diebstahl. Das formelle Element kann nur abgrenzend wirken, indem es aufzeigt, wann kein Diebstahl vorliegt. Entscheidend für die inhaltliche Bedeutung sind die **positive Aneignung** und die **negative Enteignung** als materielle Elemente.

Aneignung: Der Täter muss die Absicht haben, die Sache oder einen in der Sache verkörperten Sachwert dem eigenen Vermögen oder dem eines Dritten vorübergehend einzuverleiben.¹³² Aneignung ist die Nutzung der Sache in wirtschaftlich sinnvoller Weise.¹³³ Anders: Der Dieb muss durch die Tat in seiner Eigentümerstellung reicher wirken wollen. Um Missverständnissen vorzubeugen: Eine wirtschaftliche Bereicherung ist nicht erforderlich.¹³⁴ Auch wertlose Gegenstände können gestohlen werden.¹³⁵ Natürlich wird der Dieb nicht Eigentümer durch die Tat – aber er will in seinem Eigentumsbestand reicher erscheinen. Eine Sachbeschädigung oder eine Sachentziehung haben diesen positiven Effekt nicht.¹³⁶ Wer eine Sache wegnimmt, um sie sogleich zu zerstören, verleibt sich die Sache nicht dem eigenen Güterbestand ein. Die bloße Gewahrsamsbegründung genügt nicht für die Aneignung. Anders dagegen, wenn der Täter die Sache vorübergehend gebraucht, um sie dann zu zerstören oder irgendwo stehen oder liegen zu lassen. Der Diebstahl verlangt nicht, dass der Täter sich dauerhaft bereichert. Es entspricht dem typischen Unrecht des Diebstahls, dass der Täter das Tatobjekt vorübergehend wirtschaftlich in sinnvoller Weise gebraucht, um sich dann seiner zu entledigen, um Tatspuren zu beseitigen. Das Gleiche gilt, wenn die Zerstörung der Sache der typische Aneignungsakt ist. Das trifft auf den eigennützigen Verbrauch oder Verzehr zu.¹³⁷ Der Täter trinkt im Supermarkt eine Flasche Schnaps oder isst einen Schokoriegel, ohne zu bezahlen. Der Verzehr als Zerstörung der Sache ist gleichzeitig das wörtliche Einverleiben. Im Einzelfall mag es sozialtypisch sein, dass Geschäfte den Verzehr von Lebensmitteln bereits vor der Kasse dulden (aber wohl nur bei Kindern). Darin liegen gegebenenfalls ein generelles Einverständnis in den Gewahrsamsbruch und eine Einwilligung in die Zueignung. Dabei kommt es auf die soziale Konvention an.

- 46** Bezüglich der **Aneignung** ist **Absicht** als zielgerichteter Wille erforderlich.¹³⁸ Diebstahl ist ein eigennütziges Delikt. Es kommt dem Dieb auf seinen eigenen – oder eines Dritten – Vorteil an. Nimmt der Täter eine Sache mit dem Willen weg, die Inbesitznahme als Druckmittel zu nutzen, um einen Schuldner zur Übergabe eines geschuldeten, anderen Gegenstandes zu bewegen, fehlt es regelmäßig an der Aneignungsabsicht.¹³⁹
- 47** **Enteignung:** In der negativen Komponente der **Enteignung** legt das schädigende Moment des Diebstahls. Der Dieb wird im Regelfall nicht zum Eigentümer der Sache. Ein Eigentumsverlust nach dem Zivilrecht kann im Einzelfall aufgrund der §§ 946 ff BGB oder über § 935 Abs. 2 BGB eintreten. Der Eigentümer wird jedoch an der Ausübung seines Eigentumsrechts gehindert. Es genügt **Eventualvorsatz**, da das Verhalten des Diebes nur selten gerade darauf gerichtet ist, während es ihm auf die Aneignung gerade ankommen muss.¹⁴⁰ Die dauernde Verdrängung des Eigentümers aus seiner Herrschaftsposition grenzt den Diebstahl von der Gebrauchsanmaßung (§ 248b) ab. Zu beachten ist auch § 290. Im Einzelnen umstritten sind Fälle, in denen der Täter eine Sache vorübergehend entziehen will, um sie in einer bestimmten Funktion zu benutzen, und die Sache in ihrer Substanz dem Eigentümer zurückgibt.

130 Siehe BGH v. 16.12.1987 – 3 StR 209/87, BGHSt 35, 152, 157; OLG Celle v. 16.3.1967 – 1 Ss 10/67, NJW 1967, 1921, 1922; Fischer, § 242 Rn 35; GS-Duttge, § 242 Rn 41; für eine Substanztheorie in modifizierter Form MK-Schmitz, § 242 Rn 117 ff.; C. Jäger, JuS 2000, 651; Rengier, BT I, § 2 Rn 41; S/S/W-Kudlich, § 242 Rn 43; Wessels/Hillenkamp, BT 2, Rn 134 f.

131 Für Verzicht auf diese Formel MK-Schmitz, § 242 Rn 107.

132 Dazu GS-Duttge, § 242 Rn 43; Mitsch, BT 2/1, § 1 Rn 121 spricht von Güterbestand; MK-Schmitz, § 242 Rn 128 ff.

133 Nach MK-Schmitz, § 242 Rn 130; ders., Otto-FS, 2007, 759, 768 ff.

134 So GS-Duttge, § 242 Rn 43.

135 So GS-Duttge, § 242 Rn 43; MK-Schmitz, § 242 Rn 9.

136 Siehe BGH v. 10.5.1977 – 1 StR 167/77, NJW 1977, 1460 (Strafakten); Fahl, JA 2002, 649; Wessels/Hillenkamp, BT 2, Rn 137.

137 Siehe OLG Köln v. 21.5.1985 – Ss 103/85, NJW 1986, 392; Wessels/Hillenkamp, BT 2, Rn 139.

138 So BGH v. 11.10.2006 – 4 StR 400/06, NSiZ-RR 2007, 15; S/S-Eser, § 242 Rn 61.

139 So BGH v. 11.10.2006 – 4 StR 400/06, NSiZ-RR 2007, 15.

140 So LK-Ruß, § 242 Rn 51; Mitsch, BT 2/1, § 1 Rn 98; MK-Schmitz, § 242 Rn 134; Schmitz, Otto-FS, 759, 774 ändert seine Ansicht; S/S-Eser, § 242 Rn 61, 64.

Zueignungsobjekt ist im Regelfall die **Sache** selbst (**Sachsubstanz**). Darüber hinaus ist anerkannt, dass auch ein in der Sache selbst verkörperter **Sachwert** Gegenstand der Zueignung sein kann (sog. Vereinigungsformel).¹⁴¹ Die Anwendung und Weite dieses ergänzenden Sachwertgedankens beweisen sich in der Lösung des Einzelfalls. Über 95 % aller Fälle lassen sich lösen, indem man auf die Sache selbst als Zueignungsobjekt abstellt, wobei die Grenzfälle Rechtsprechung und Wissenschaft beschäftigen. Der Täter nimmt eine fremde bewegliche Sache weg, um sie zu verkaufen. Der **Verkauf** und **jede andere Verfügung** über eine Sache ist das Anmaßen eigentümergeleicher Herrschaftsbefugnis, und zwar an der Sache selbst.¹⁴² Durch eine solche Verfügung will der Täter den bisherigen Eigentümer aus dessen Eigentumsposition an der Sache (Sachsubstanz) dauerhaft verdrängen, zumindest geht er davon billigend aus. Zudem tritt der Täter nach außen wie der Eigentümer auf. Wenn auch vorübergehend behauptet er der Außenwelt gegenüber, der Eigentümer zu sein, da eben nur dieser das Verfügungsrecht über die Sache hat. Das gilt sowohl gegenüber dem gutgläubigen als auch gegenüber dem bösgläubigen Käufer. Er eignet sich daher die Sache in ihrer Substanz zu. Auf einen irgendwie beschaffenen Sachwert¹⁴³ wie etwa den Verkaufswert, den der Dieb sich aneignen will, ist nicht zurückzugreifen. Der Dieb setzt die Sache selbst ein, um einen wirtschaftlichen Wert zu erlangen. Der ergänzende Sachwertgedanke spielt nur eine Rolle, wenn eine weggenommene Sache dem Eigentümer zurückgegeben wird.

48

Zueignung ist **Aneignung und Enteignung**.¹⁴⁴ Im sozialen Sinngehalt ist es Diebstahl, wenn der Täter ein Auto wegnimmt, um damit ans Meer zu fahren. Er lässt den Wagen später wie von Anfang an geplant irgendwo stehen, wo er dem Zugriff Dritter preisgegeben ist. Absichtliche vorübergehende Aneignung durch Gebrauch und dauernde Enteignung mit Eventualvorsatz durch Sachentziehung liegen kumulativ vor. Gegenstimmen,¹⁴⁵ die eine Enteignung durch Aneignung verlangen – die Enteignung muss das Spiegelbild der Aneignung sein – vernachlässigen den Eigentumsschutz und widersprechen auch dem sozialen Sinngehalt des Geschehens.

49

II. Beispiele und Probleme

„**Taschenbuch-Fall**“: Wer ein Buch in einer Buchhandlung wegnimmt, um es nach dem Lesen oder nach dem Kopieren zurückzubringen, hat im Regelfall keine Zueignungsabsicht. Der Gebrauch einer Sache ist eine typische Anmaßung eigentümergeleicher Macht. Der Täter eignet sich eine Sache an, wenn er sie gebraucht. Es fehlt an der negativen Komponente dauerhafter Enteignung. Die Sache selbst wird dem Eigentümer in ihrer Substanz zurückgegeben. Im Regelfall entzieht der nur kurzfristige Gebrauch dem Eigentümer auch nicht den wirtschaftlichen Neuwert als Sachwert.¹⁴⁶ Das Buch wird durch das einmalige Lesen nicht zwingend zu einem antiquarischen Buch. Vielfach werden Bücher zur Ansicht überlassen oder umgetauscht, um dann weiterhin als neuwertig verkauft zu werden. Das mag bei Beschädigung oder Beschmutzung anders sein, wobei das Unrecht dann in § 303 zu suchen ist.¹⁴⁷ Das bloße Lesen genügt nicht. Das Buch behält seine Funktion, als neuwertiges Buch verkauft zu werden. Es wird also dasselbe Buch zurückgegeben. Das ist anders, wenn man morgens eine **Tageszeitung** wegnimmt, um diese am Abend zurückzugeben. Am Abend und erst recht am nächsten Tag hat eine Tageszeitung keinen wirtschaftlichen und aktuellen Lesewert mehr. Sie ist mit Zeitablauf nicht mehr dieselbe Sache. Abstrakt: Die **Substanztheorie in modifizierter Form** stellt darauf ab, ob der Täter die Sache oder eine ihr typischerweise innewohnende Funktion oder Gebrauchsmöglichkeit dem Eigentümer auf Dauer entziehen will.¹⁴⁸ Zu fragen ist, ob eine in der Substanz verminderte Sache zurückgegeben wird. Wer auf dem Boden der Vereinigungstheorie **Sachsubstanz und Sachwert** als Zueignungsobjekt anerkennt, beschränkt den Sachwert auf einen mit der Sache nach ihrer Art und Funktion unmittelbar verbundenen spezifischen Funktionswert (**enger Sachwertbegriff**).¹⁴⁹ Diebstahl ist ein Eigentums- und kein Vermögensdelikt. Im „Taschenbuch-Fall“ hat das *OLG Celle* den Sachwertgedanken zu weit auslegt, um möglichen Ausreden des Täters zuvorzukommen.¹⁵⁰ Das aber ist eine Frage des Prozessrechts nach § 261 StPO. Der Gedanke einer Ausrede liegt nahe, da der Täter nach erfolgreicher Wegnahme auch noch das erneute Risiko unbemerkter Rückgabe eingehen müsste.

50

141 So *Fahl*, JA 2002, 649, 653 f.; *GS-Duttge*, § 242 Rn 41; *C. Jäger*, JuS 2000, 651; *Mitsch*, BT 2/1, § 1 Rn 141; *Schmabel*, NSZ 2005, 18, 19; *S/S-Eser*, § 242 Rn 49; *Wessels/Hillenkamp*, BT 2, Rn 134 f.

142 So *Hellmann*, JuS 2001, 353, 354; *C. Jäger*, JuS 2000, 651; *Mitsch*, BT 2/1, § 1 Rn 129; *Rengier*, BT 1, § 2 Rn 72.

143 So falsch: *LG Karlsruhe* v. 21.6.1993 – 8 AK 25/93, NSZ 1993, 543; ebenso *MK-Schmitz*, § 242 Rn 131.

144 Vgl. *BGH* v. 16.12.1987 – 3 StR 209/87, BGHSt 35, 152, 156; *GS-Duttge*, § 242 Rn 45; *S/S-Eser*, § 242 Rn 47; *Wessels/Hillenkamp*, BT 2, Rn 146.

145 Etwa *MK-Schmitz*, § 242 Rn 133.

146 Anders und für Diebstahl *OLG Celle* v. 16.3.1967 – 1 Ss 10/67, NJW 1967, 1921.

147 Für § 242 in diesem Fall *Mitsch*, BT 2/1, § 1 Rn 114; für § 303 *Fahl*, JA 2002, 649, 653.

148 So *MK-Schmitz*, § 242 Rn 119 f.

149 Siehe *AG Flensburg* v. 1.7.2005 – 47 Ds 107 Js 26871/04 (41/05), NSZ 2006, 101; *GS-Duttge*, § 242 Rn 41; *Hellmann*, JuS 2001, 353, 355; *Mitsch*, BT 2/1, § 1 Rn 142; *S/S-Eser*, § 242 Rn 49; *Wessels/Hillenkamp*, BT 2, Rn 128 ff.

150 So *Fahl*, JA 2002, 649, 653; *J. Kretschmer*, Jura 2010, 468, 470; *Fischer*, § 242 Rn 40; *Wessels/Hillenkamp*, BT 2, Rn 182; tendenziell dem *OLG* zustimmend *LK-Ruß*, § 242 Rn 54; *MK-Schmitz*, § 242 Rn 120.

51 Der vorstehende Maßstab gilt auch für **andere Medien** wie Schallplatten, CDs und Datenträger. Wer diese wegnimmt, um sie zu hören, lesen oder zu kopieren,¹⁵¹ und sie dem Berechtigten alsbald zurückgibt, hat wegen fehlender Enteignung keine Zueignungsabsicht.

52 „Pfundflaschen-Fall“: Die Abhängigkeit des § 242 von zivilrechtlichen Fragen offenbart sich bei der Zueignungsabsicht bei der Rückgabe entwendeten Leerguts. Eine Entscheidung des *AG Flensburg*¹⁵² (!) hat eine Vielzahl von Stellungnahmen hervorgerufen. Zu unterscheiden ist zwischen **individualisiertem Leergut und Standardleergut**.¹⁵³ Individuell gestaltete Flaschen sollen an den jeweiligen Hersteller zurück gelangen. Die Pfundflaschen verbleiben in der Vertriebskette im Eigentum des Herstellers. Sie werden gleichsam nur verliehen. Bei Standardleergut ist es dem Hersteller gleichgültig, ob er dieselben Flaschen zurück erhält. Im Vertriebssystem werden die Flaschen übereignet. Der Händler und zum Schluss der Verbraucher erhält das Eigentum an Inhalt und Behältnis. Das Pfand stellt einen Anreiz für die Käufer dar, die Flaschen zurückzugeben. Die sehr feinsinnige Unterscheidung in der Art des Leerguts führt zivilrechtlich bei individuellem Leergut zur Rückgabe – Besitz und Gewahrsam – und bei Standardleergut zur Rückübernahme. Diese unterschiedliche zivilrechtliche Rechtslage wirkt sich auf die Zueignungsabsicht aus. Wer seinem Nachbarn standardisierte **Pfundflaschen** wegnimmt, um sie im Supermarkt abzugeben, maß sich an, die Flaschen gegen das Pfand zurück zu übereignen. Er verkauft eine für ihn fremde Sache.¹⁵⁴ Bei individualisierten Pfandflaschen verbleibt das Eigentum beim Hersteller.¹⁵⁵ Das Pfandgut wird gegen das Pfandgeld zurückgegeben. Wer seinem Nachbarn solches Leergut wegnimmt, maß sich daher nur die Stellung des ursprünglichen Käufers und Entleihers des Pfandguts an. Der Entleiher aber ist Fremdbesitzer (§ 872 BGB). Er tritt nicht wie ein Eigentümer auf. Es fehlt daher bereits das formale Element des **se-ut-dominum-gerere**.¹⁵⁶ Es beweist sich, dass dieses formale Element zur negativen Abgrenzung geeignet ist. Ein in der Sache unmittelbar verkörperter **spezifischer – enger – Sachwert** ist bei den Pfundflaschen nicht Gegenstand der Zueignung. Das Pfandgeld verkörpert keinen Sachwert der entwendeten Flaschen.¹⁵⁷ Den Sachen wird kein **spezifischer Funktionswert** entzogen. Das Leergut bleibt pfandtaugliches Leergut. Das Pfandgeld ist allein ein finanzieller Anreiz für die Rückgabe. Unter Berücksichtigung der zivilrechtlichen Lage bei individualisiertem Leergut, das im Eigentum des Herstellers verbleibt, tritt der Schaden nicht beim Eigentümer ein. Dieser erhält seine Flaschen zurück. Einen wirtschaftlichen Schaden hat derjenige, dem die Flaschen weggenommen wurden, da er sein Pfandgeld nicht zurück erhält, bzw. der Supermarkt, der dem früheren Besitzer nach § 1007 Abs. 2 BGB den Besitz herausgeben und zweimal Pfand entrichten muss. Deren Vermögen, nicht aber deren Eigentum ist geschädigt – kein Diebstahl, sondern möglicherweise Betrug.¹⁵⁸ Die Frage, bei wem der wirtschaftliche Schaden eintritt, ob beim Eigentümer oder im Vermögen eines anderen, weist die Antwort für das Eigentumsdelikt des § 242. Übrigens: § 289 füllt die Strafbarkeitslücke nicht, da diese Norm bei eigenmächtigem Handeln nicht greift.¹⁵⁹

„Dienstmützen-Fall“: „Ein Soldat, der einem Kameraden einen Dienstgegenstand wegnimmt, um ihn als Ersatz für einen von ihm empfangenen, aber verlorenen (oder ihm abhanden gekommenen) bei der Abmusterung auf der Bekleidungskammer abzugeben, handelt nicht in Zueignungsabsicht.“ Dieser Leitsatz des *BGH*¹⁶⁰ ist richtig. Soldaten werden nicht zum Eigentümer der ihnen zum Dienst überlassenen militärischen Ausrüstungsgegenstände. An den Bekleidungsgegenständen haben sie eigenen persönlichen Alleingewahrsam während der Dienstzeit.¹⁶¹ Der Soldat ist Fremdbesitzer im Sinne des § 872 BGB. Auch der wegnehmende Soldat maß sich nicht das Eigentumsrecht an. Er übereignet den Gegenstand bei der Ausmusterung nicht, sondern er gibt diese dem Eigentümer zurück. Es ist auch hier genau zwischen **Rückübernahme und Rückgabe** zu unterscheiden. Er führt sich wie der berechtigte Entleiher auf. Die Sachsubstanz ist nicht Zueignungsobjekt. Er bedient sich der Sache, um zu verhindern, dass die Bundeswehr ihren Schadensersatzanspruch gegen ihn geltend macht. Diese wirtschaftliche Möglichkeit genügt nur auf dem Boden einer **weiten Sachwerttheorie**, die jede wirtschaftliche Verwertung genügen lässt, für die Zueignungsabsicht – „lucrum ex negotio cum re“. Der Sache wird kein Wert entzogen, mit ihr wird allein ein Vorteil gewonnen – die Bundeswehr unterlässt die Erhebung von Regressansprüchen. Das kann Betrug sein. Die Grenze zwischen den Eigentums- und den Bereiche-

151 So für das Kopieren von Daten von einer Diskette: Bay-OblG v. 12.12.1991 – RReg. 4 St. 158/91, StV 1992, 120; GS-Duttge, § 242 Rn 42; S/S-Eser, § 242 Rn 50.

152 AG Flensburg v. 1.7.2005 – 47 Ds 107 Js 26871/04 (41/05), NSZ 2006, 101.

153 Dazu umfassend OLG Hamm v. 31.7.2007 – 4 Ss 208/07, NSZ 2008, 154; Hellmann, JuS 2001, 353, 354; skeptisch Schmitz/Goeckenjan/Ischebeck, Jura 2006, 821.

154 So OLG Hamm v. 31.7.2007 – 4 Ss 208/07, NSZ 2008, 154; Hellmann, JuS 2001, 353, 354 f; Rengier, BT I, § 2 Rn 62a.

155 Anders Schmitz/Goeckenjan/Ischebeck, Jura 2006, 821 ff.

156 Siehe AG Flensburg v. 1.7.2005 – 47 Ds 107 Js 26871/04 (41/05), NSZ 2006, 101; Hellmann, JuS 2001, 353, 355; Rengier, BT I, § 2 Rn 62a.

157 So AG Flensburg v. 1.7.2005 – 47 Ds 107 Js 26871/04 (41/05), NSZ 2006, 101; OLG Hamm v. 31.7.2007 – 4 Ss 208/07, NSZ 2008, 154; Hellmann, JuS 2001, 353, 355; auch Schmitz/Goeckenjan/Ischebeck, Jura 2006, 821, 825.

158 Siehe Hellmann, JuS 2001, 353, 356 f.

159 Siehe AG Flensburg v. 1.7.2005 – 47 Ds 107 Js 26871/04 (41/05), NSZ 2006, 101, 102; Schmitz/Goeckenjan/Ischebeck, Jura 2006, 821, 826; anders OLG Hamm v. 31.7.2007 – 4 Ss 208/07, NSZ 2008, 154, 155.

160 BGH v. 21.1.1964 – 5 StR 514/63, BGHSt 19, 387; zustimmend: Mitsch, BT 2/1, § 1 Rn 117; Rengier, BT I, § 2 Rn 56; S/S-Eser, § 242 Rn 50; Wessels/Hillenkamp, BT 2, Rn 178.

161 So Wessels/Hillenkamp, BT 2, Rn 177.

rungsdelikten muss gewahrt bleiben. Das spricht gegen eine weite **Sachwerttheorie**. Daher ist es auch kein Diebstahl, wenn der Täter eine Sache wegnimmt, um sich als Finder aufzuspielen und betrügerisch einen **Finderlohn** nach § 965 BGB vom Eigentümer zu fordern.¹⁶² In beiden Konstellationen spielt sich der Täter nicht als Eigentümer, sondern als Entleiher oder Finder auf. Ermaßt sich keine eigentümerähnliche Rechtsmacht (§ 903 BGB) an.

„**Bankautomaten-Fall**“: Der BGH: „Die Wegnahme einer codierten eurocheque-Karte¹⁶³ in der Absicht, sich unbefugt durch ihre Benutzung und die Eingabe der zugehörigen Geheimzahl Geld aus einem Bankautomaten zu verschaffen und sie sodann dem Berechtigten zurückzugeben, ist eine straflose Gebrauchsentswendung.“¹⁶⁴ Nach zutreffender Ansicht des BGH verkörpert die Code-Karte nicht den Guthabenstand des Girokontos.¹⁶⁵ Die tatsächliche Möglichkeit, mittels Karte und Geheimnummer Geld aus dem Bankautomaten zu erhalten, ist eben kein in der Geldkarte verkörperter Sachwert. Das wird deutlich, da die Geldkarte allein ohne Geheimnummer keinen Zugang zum Girokonto ermöglicht. Insofern ist die Codekarte allein noch nicht einmal einem Schlüssel vergleichbar.¹⁶⁶ Der Karte wird durch ihre Benutzung kein in ihr verkörperter Wert entzogen. Sie behält ihre Funktion bei. Übrigens: Die Codekarte verbleibt im Eigentum des ausgebenden Bankinstituts.¹⁶⁷ Anders ist das in den vom BGH¹⁶⁸ erwähnten **Sparbüchern** und sonstigen Legitimationspapieren. Die **Geldautomatenkarte** ist keine moderne Form des Sparbuchs. Sparbücher sind Legitimationspapiere im Sinne des § 808 BGB.¹⁶⁹ Das Sparbuch ist eine Urkunde, die dem Sparer ausgehändigt wird und bei Verfügung über die Einlage vorgelegt werden muss. Die Leistung an den Inhaber des Papiers hat befreiende Wirkung. Der Inhaber der Forderung ist Eigentümer des Sparbuchs (§ 952 BGB). Das **Sparbuch** verkörpert die ausgewiesene Forderung, so dass ihm durch Abhebungen in erkennbarer Weise der wirtschaftliche Wert entzogen wird. Gibt der Wegnehmende das Sparbuch nach der Abhebung an den Berechtigten zurück, hat er der Sache einen in ihr verkörperten Sachwert dauerhaft entzogen.¹⁷⁰ Anders: Wer das Sparbuch vorlegt, behauptet Inhaber der Forderung und damit auch Eigentümer des Sparbuchs (§ 952 BGB) zu sein. Ob Substanztheorie oder Sachwerttheorie: Das Ergebnis ist das gleiche.

Achtung: Die **Problematik des Sachwerts** als Zueignungsobjekt stellt sich nur, wenn die betreffende **Sache** nach Gebrauch dem Eigentümer **zurückgegeben** wird. Nimmt der Täter die Geldautomatenkarte, das Sparbuch oder sonstiges an sich, um es nach Gebrauch nicht wieder an den Berechtigten zurückzugeben, sondern behält oder vernichtet den Gegenstand, liegen vorübergehende Aneignung und dauernde Enteignung der Sache selbst vor.¹⁷¹ Das wird die Regel sein, da kaum ein Dieb das Risiko eingehen wird, sich erneut an den Tatort zu begeben, um den Gegenstand zurückzulegen. Das mag in seltenen Fällen in familiären Beziehungen anders sein. Dem Normalfall des § 242 wird es kaum entsprechen. Auch hier gilt: Die **Sachwerttheorie** ist **subsidiär**.

Zwischen den Geldautomatenkarten und den Sparbüchern stehen im modernen Zahlungsverkehr andere Bargeld ersetzende Karten wie sog. **Sparcards, Telefon- oder Geldkarten**. Diese Karten, auf denen Guthaben gespeichert sind, haben eine Geld ersetzende Funktion. Die zeitweilige Nutzung entspricht dem Sparbuch-Fall.¹⁷² **Sparcards** sind moderne Formen des Sparbuchs.¹⁷³ Wie dieses verkörpern sie das ausgewiesene Sparguthaben. Über eine Sparforderung wird entweder ein Sparbuch oder eine Sparcard ausgestellt.¹⁷⁴ Darin findet ein Sparkonto seine Verkörperung. Im Gegensatz dazu trägt die **Geldautomatenkarte** nur eine Servicefunktion. Telefonkarten oder anderen Geldkarten, die mit Geld aufgeladen werden, sind Bargeldersatz. Wer sie wegnimmt, gebraucht und zurückgibt, entzieht ihnen den innewohnenden Geldwert. Der Berechtigte kann allein mit der Geldkarte über den gespeicherten Wert verfügen. Mit Untergang der Geldkarte geht auch der wirtschaftliche Wert verloren. Sie sind Träger eines spezifischen Geldwerts. Nach funktionsgemäßem Gebrauch ist die Telefon-, Mensa- oder sonstige Geldkarte eine leere Hülle. Ihr wurde der entsprechende **Sachwert** entzogen bzw. sie verliert durch Gebrauch ihre Funktion (modifizierte Sachsubstanztheorie). Das trifft auch zu auf Gutscheine, Getränke- und Theaterkarten, Fahrkarten und Eintrittskarten, die nach Gebrauch dem Eigentümer zurückgegeben werden.¹⁷⁵ Auf **Prepaid-Karten** für Mobiltelefone trifft das nicht zu, da sie nur Informationsträger für die benötigte Ziffernfolge, die eingegeben werden muss, sind.¹⁷⁶ Strafbarkeitslücken werden bei der Verwendung durch den Unberechtigten mit § 263a geschlossen.

162 So Mitsch, BT 2/1, § 1 Rn 142; Rengier, BT I, § 2 Rn 57; S/S-Eser, § 242 Rn 47, 50; S/S/W-Kudlich, § 242 Rn 46; Wessels/Hillenkamp, BT 2, Rn 174.

163 EC-Karten gibt es nicht mehr. Der Eurocheckverkehr ist eingestellt. Jetzt geht es um sog. maestro-Karten.

164 BGH v. 16.12.1987 – 3 StR 209/87, BGHSt 35, 152; zustimmend: Eisele/Fad, Jura 2002, 305, 306; Huff, NStZ 1985, 438, 439; LK-Ruß, § 242 Rn 60; LPK-Kindhäuser, § 242 Rn 96; Mitsch, BT 2/1, § 1 Rn 145; MK-Schmitz, § 242 Rn 123; Wessels/Hillenkamp, BT 2, Rn 166.

165 Auch BGH v. 30.1.2001 – 1 StR 512/99, NStZ 2001, 316.

166 So BGH v. 16.12.1987 – 3 StR 209/87, BGHSt 35, 152, 157.

167 Nach Wessels/Hillenkamp, BT 2, Rn 163.

168 BGH v. 16.12.1987 – 3 StR 209/87, BGHSt 35, 152, 157.

169 Siehe AnwK-Schuldrecht/Siller, § 808 BGB Rn 8.

170 Siehe GS-Duttge, § 242 Rn 42; LK-Ruß, § 242 Rn 60; S/S-Eser, § 242 Rn 50; Wessels/Hillenkamp, BT 2, Rn 160, 166; dasselbe Ergebnis auf dem Boden der Substanztheorie LPK-Kindhäuser, § 242 Rn 88; anders MK-Schmitz, § 242 Rn 122.

171 Siehe Eisele/Fad, Jura 2002, 305, 306 in Fn 12; Schnabel, NStZ 2005, 18, 19; Wessels/Hillenkamp, BT 2, Rn 164.

172 Vgl. Eisele/Fad, Jura 2002, 305, 306 in Fn 12; MK-Schmitz, § 242 Rn 123; Schnabel, NStZ 2005, 18; Wessels/Hillenkamp, BT 2, Rn 163.

173 Siehe Schnabel, NStZ 2005, 18.

174 Dazu Schnabel, NStZ 2005, 18, 20.

175 Siehe GS-Duttge, § 242 Rn 42; S/S-Eser, § 242 Rn 50.

176 So Schnabel, NStZ 2005, 18, 20.

- 56** Vorab eine **Versuchskonstellation**: Was ist, wenn die weggenommene Geldkarte oder das Sparbuch **keinen Wert** aufweisen? Der objektive Tatbestand macht keine Probleme. Der Täter hat die Absicht, mit der Telefonkarte zu telefonieren bzw. mit der Mensa-Karte essen zu gehen, um die Karte nach Gebrauch dem Eigentümer zurückzugeben. Die Karte jedoch ist leer. An sich erfüllt der Täter die Voraussetzungen der Zueignungsabsicht. Er stellt sich die Einverleibung des Geldwertes in das eigene Vermögen vor, um den er die Berechtigten auch dauerhaft enteignen will. Dieses subjektive Merkmal hat kein Gegenstück im objektiven Tatbestand. Dennoch gelangt man vorzugsweise zu einer Versuchsstrafbarkeit.¹⁷⁷ Dem Geschehen fehlt jede Eignung, fremdes Eigentum zu schädigen – die Sache soll zurückgegeben werden, der spezifisch verkörperte Sachwert ist nicht vorhanden. Das ist die Situation eines untauglichen Versuchs. Will der Täter eine fremde Sache stehlen, macht er sich des versuchten Diebstahls schuldig, wenn die Sache entgegen seiner Zueignungsabsicht nicht vorhanden ist. Parallel muss gelten: Will der Täter sich einen Sachwert zueignen, macht der Täter sich des versuchten Diebstahls schuldig, wenn dieser an die Sache angebundene Sachwert entgegen der Zueignungsabsicht des Täters nicht vorhanden ist. Zwar wird die Sache in ihrer Substanz weggenommen, aber weggenommen wird bei einer leeren Geldkarte mit der Sache nicht der gar nicht vorhandene Sachwert. Die Erweiterung des Zueignungsobjekts um einen – engen – Sachwert darf nicht zu einer sachwidrigen Ausdehnung der Deliktvollendung führen, wenn an sich ein Versuch gegeben ist.
- 57** „**Rückverkauf**“: Zueignungsabsicht liegt vor, wenn der Dieb die fremde Sache dem Eigentümer zurück verkaufen will, wobei er diesem gegenüber nicht darauf hinweist, dass es sich um dessen eigene Sache handelt.¹⁷⁸ Der Eigentümer erhält die eigene Sache als fremde Sache zurück. In diesem Fall leugnet der Täter das fremde Eigentumsrecht. Es wird eben nicht die ursprüngliche Eigentumslage wieder hergestellt. In **Verkaufsfällen** ist es gleichgültig, an wen der Dieb die Sache verkauft. Stets maßt er sich mit der Verfügung ein Eigentumsrecht an der Sache selbst an. Da gilt gegenüber gutgläubigen Käufern, gegenüber Hehlern und auch gegenüber dem ursprünglichen Eigentümer selbst. Das hat nichts mit der seit dem 6. StrRG tatbestandlich erfassten subsidiären Drittzueignungsabsicht zu tun. Die Verkaufs- und Verfügungsfälle waren auch bisher Fälle der **Sichzueignung**. Daran hat sich nichts geändert. Im Übrigen ist der bestohlene Eigentümer nicht der im Gesetz genannte Dritte. Häufig sind Fälle des „Kunstdiebstahls“, in denen dem Eigentümer das Kunstwerk mit Vermittlung der Versicherung zum „Rückkauf“ angeboten wird. Für den Fall der Weigerung wird mit Zerstörung oder mit Weiterverkauf gedroht. In diesem Fall spielt der Täter sich nicht wie ein Eigentümer auf. Er will die Sache als dieselbe Sache zurückgeben. Er fordert vom Eigentümer keine Bezahlung für die Sache wie beim Kauf, sondern er verlangt für die Rückgabe nach §§ 985, 861 BGB eine Bezahlung. Er bedient sich der Sache als Mittel der Erpressung. Dieses „*lucrum ex negotio cum re*“ ist kein Zueignungsobjekt.¹⁷⁹ Die Abgrenzung des Diebstahls zu den Bereicherungsdelikten ist offensichtlich.
- 58** **Autodiebstahl** (siehe zur PKS Rn 2): Der Diebstahl unterscheidet sich von der unberechtigten Ingebrauchnahme nach § 248b im Element der Enteignung. Ist der zumindest bedingte Vorsatz im Zeitpunkt der Tathandlung auf eine dauernde Enteignung gerichtet, liegt ein Diebstahl vor. Geht der Wille des Täters im Zeitpunkt der Tathandlung dahin, den Berechtigten in eine solche Lage zu versetzen, dass er seine ursprüngliche Verfügungsgewalt über das Fahrzeug ohne besondere Mühe wieder ausüben kann, fehlt es an der Enteignungskomponente. Die Rechtsprechung¹⁸⁰ sieht ein Indiz für die Zueignungsabsicht darin, dass der Täter das Fahrzeug mit dem Willen wegnimmt, es nach Gebrauch an einer Stelle stehen zu lassen, an der es dem Zugriff Dritter preisgegeben ist. Der Täter darf die Rückführung nicht dem Zufall überlassen.¹⁸¹ Der **Rückführungswille**¹⁸² ist das maßgebliche Abgrenzungsmerkmal. Der BGH verlangt zu Recht trotz aller Beweisanzeichen im Einzelfall eine umfassende Prüfung der inneren Tatseite. Bei den heutigen Verkehrsverhältnissen schließt das Abstellen auf Parkplätzen oder auf städtischen Straßen den Zufall bei der Wiedererlangung weitgehend aus.¹⁸³ Die Frage des Rückführungswillens ist letztendlich eine Frage der richterlichen Überzeugungsbildung (§ 261 StPO).¹⁸⁴ Dabei sind die heutigen Verkehrsverhältnisse und vor allem die technischen Vorrichtungen bei der Frage der Beweisanzeichen für oder gegen den Rückführungswillen zu berücksichtigen. Der Enteignungswille fehlt, wenn der Täter mit guten Gründen davon ausgeht, dass der Wagen zurückgeführt wird. Ein unbedingter Rückführungswille ist nicht erforderlich.¹⁸⁵ Es macht einen Unterschied, ob der Täter nach vorübergehendem Gebrauch den Wagen am Straßenrand abstellt, wo der Wagen der Entdeckung und Rückführung zugänglich ist – tendenziell § 248b. Oder ob der Täter den Wagen irgendwo im Wald versteckt oder in einem See versenkt, um Tatspuren zu beseitigen – tendenziell § 242. Vor Pauschalurteilen ist zu warnen.

177 So *Schnabel*, NStZ 2005, 18, 20 f.; *Wessels/Hillenkamp*, BT 2, Rn 160 in Fn 289; in anderer Konstellation auch *Schmitz/Goeckenjan/Ischebeck*, Jura 2006, 821, 825 f.

178 So OLG Hamm v. 31.7.2007 – 4 Ss 208/07, NStZ 2008, 154, 155; anders *GS-Duttge*, § 242 Rn 42; *MK-Schmitz*, § 242 Rn 121; *Rengier*, BT I, § 2 Rn 62; *Schmitz/Goeckenjan/Ischebeck*, Jura 2006, 821, 823; *Wessels/Hillenkamp*, BT 2, Rn 159.

179 Dazu *Mitsch*, BT 2/I, § 1 Rn 115; *Rengier*, BT I, § 11 Rn 45.

180 Siehe BGH v. 6.7.1995 – 4 StR 321/95, NStZ 1996, 38; BGH v. 16.9.1986 – 1 StR 283/86, NStZ 1987, 71, 72.

181 So *GS-Duttge*, § 242 Rn 46; *Rengier*, BT I, § 2 Rn 60; *Wessels/Hillenkamp*, BT 2, Rn 143.

182 Siehe BGH v. 6.7.1995 – 4 StR 321/95, NStZ 1996, 38; *Rengier*, BT I, § 2 Rn 60; *Wessels/Hillenkamp*, BT 2, Rn 143 f.; *Zöller*, BT I, S. 31.

183 So auch *S/S-Eser*, § 242 Rn 54.

184 So *LK-Ruß*, § 242 Rn 57.

185 So auch *GS-Duttge*, § 242 Rn 7.

Eine **Sachwertentgeignung** wird auch angenommen, wenn die Sache durch den Gebrauch **wesentlich entwertet** wird.¹⁸⁶ Auch hier geht es um die Angrenzung von Gebrauchsanmaßung (§ 248b) und Enteignung. § 248b darf nicht durch unbestimmte prozentuale Wertungen unterlaufen werden.¹⁸⁷ Wann kippt eine vorgestellte **Gebrauchsanmaßung** in eine Enteignung um? Wenn der Täter in Bewertung der objektiven Umstände davon ausgeht, dass die zeitweilige Sachentziehung den Eigentümer zu einer Neuanschaffung zwingt, wird ein Enteignungsvorsatz anzunehmen sein.¹⁸⁸ Sehr unbestimmt! Eine wirtschaftliche Entwertung liegt in jedem Gebrauch. Entscheidend ist, ob der Täter die Sache als dieselbe Sache zurückgibt. Das ist nicht der Fall, wenn der Sache wie bei Geldkarten ihr spezifischer Funktionswert entzogen ist. Ein gebrauchtes Auto aber bleibt ein fahrbares Auto, ein gelesenes Buch bleibt ein lesbares Buch – erst wenn es gänzlich abgenutzt und in seiner spezifischen Funktion unbrauchbar ist, ist die Grenze zur Enteignung überschritten. Der bestimmungsgemäße Gebrauch ist Herrschaftsmacht aus dem Eigentum. Auch hier gilt: Ausreden des Täters sind eine Frage tatrichterlicher Beweiswürdigung. Übrigens: Das bei einer Gebrauchsanmaßung durch Verbrauch gestohlene Benzin ist als typische Begleitart des § 248b mitbestraft.¹⁸⁹

III. Drittzueignungsabsicht

Die **Drittzueignungsabsicht** wurde 1998 mit dem 6. StrRG unter anderem in die §§ 242, 246 und 249 eingeführt. Die **negative Enteignungskomponente** bleibt davon **unberührt**. Sie ist in beiden Fällen identisch. Auf der positiven Aneignungsseite wird die Sichaneignung im Unrecht der Drittzueignung gleichgestellt. Der Wegnehmende muss die Absicht¹⁹⁰ haben, sich oder einem Dritten die Sache oder den spezifischen Sachwert dem Vermögen vorübergehend einzuverleiben. Er muss die fremdnützige Aneignungsabsicht haben, den Dritten durch eigenes täterschaftliches Verhalten in eine sachenrechtliche Herrschaftsbeziehung zum Zueignungsobjekt zu setzen, die inhaltlich den obigen Grundsätzen der Sichzueignung entspricht.¹⁹¹ Wäre die Herrschaftsposition, die der Dritte an der Sache erlangen soll, im Fall des eigennützigen Handelns eine Sichaneignung?

Die **Drittzueignung** ist tatbestandlich **subsidiär**. Ihre Einführung ist typische Einzelfallgesetzgebung und – überflüssige – Reaktion auf einen historischen Sonderfall. Der *Große Senat des BGH*¹⁹² entschied im Jahr 1995, dass ein Funktionär der DDR, der veranlasste, dass Gelder aus Postsendungen entnommen und an die Staatskasse der DDR abgeführt wurden, das Merkmal der Sichzueignung nicht erfüllt. Der Täter maß sich in diesem Fall keine eigenmächtige Verfügungsgewalt an. Er verfügte nicht wie ein Eigentümer über die Wertsachen. Er war eingebunden in eine staatliche Hierarchie, die ihn zur Weitergabe der den Postsendungen entnommenen Sache verpflichtete. Dem lag keine autonome Entscheidungsmacht zugrunde. Nur nach einem weit verstandenen Aneignungsgedanken gelangt man zu anderen Ergebnissen. Für eine Sichzueignung sollte es genügen, wenn der Täter durch die Zuwendung an einen Dritten einen Vorteil wirtschaftlicher Art erstrebt, der unmittelbar oder mittelbar mit der Nutzung der Sache zusammenhängt. Der *Große Senat*¹⁹³ erwähnt als Beispiel die entgeltliche Übertragung an einen Dritten, durch die der Täter den wirtschaftlichen Wert der Sache in sein Vermögen überführt, aber auch die mögliche unentgeltliche Zuwendung, sofern er dadurch einen wirtschaftlichen Vorteil im weitesten Sinne, wenn auch nur mittelbar hat. Aber: Wer über eine weggenommene Sache wie ein Eigentümer verfügt, maß sich an der Sache selbst in ihrer Substanz eine eigentümergeleiche Herrschaftsmacht an. Er spielt sich wie ein Sacheigentümer auf, da allein der Eigentümer eigenmächtig über die Sache verfügen darf, und zwar entgeltlich und unentgeltlich. Wer eine Sache an einen Dritten verkaufen oder verschenken will, hatte und hat auch heute eindeutig Sichzueignungsabsicht. Eines weiten Aneignungswertes, der in seiner konkreten Anwendung¹⁹⁴ auch unbestimmt war und ist, bedarf es nicht.¹⁹⁵ Diebstahl ist ein Zueignungs- und kein Bereicherungsdelikt.¹⁹⁶ Wer eine Sache in der Absicht wegnimmt, diese einem Dritten schenkungsweise in den Briefkasten zu werfen oder das weggenommene Geld zu spenden, spielt sich als eigenbesitzender Schenker auf und hat bereits die Absicht der Sichzueignung.¹⁹⁷ Die Drittzueignung ist in diesen Fällen tatbestandlich nicht einschlägig.¹⁹⁸

Eine **Strafbarkeitslücke** des Diebstahls bestand für Fälle, in denen der Wegnehmende nicht eigenmächtig – autonom – über die Sache verfügte, sondern sie verabredungsgemäß nur weitergibt, wobei es keine Rolle spielt, ob er das

186 Siehe *Rengier*, BT I, § 2 Rn 50; *S/S-Eser*, § 242 Rn 53; *Wessels/Hillenkamp*, BT 2, Rn 148.

187 Eine 50 %-Abnutzungsgrenze nennt *Fricke*, MDR 1988, 538, 540.

188 So *MK-Schmitz*, § 242 Rn 126; *Wessels/Hillenkamp*, BT 2, Rn 148.

189 So *Rengier*, BT I, § 6 Rn 9.

190 Auch bei der Drittzueignung: *C. Jäger*, JuS 2000, 651 in Fn 3; *MK-Schmitz*, § 242 Rn 135; *Rönnau*, GA 2000, 410, 417; *Wessels/Hillenkamp*, BT 2, Rn 153a.

191 Siehe dazu *Fischer*, § 242 Rn 48; *GS-Duttge*, § 242 Rn 48; *C. Jäger*, JuS 2000, 651; *Lackner/Kühl*, § 242 Rn 26a; *Rengier*, BT I, § 2 Rn 69 f.; *S/S-Eser*, § 242 Rn 58; *Wessels/Hillenkamp*, BT 2, Rn 153.

192 BGH v. 25.7.1995 – GStSt 1/95, BGHSt 41, 187.

193 S. 194.

194 Der 3. Strafsenat bejahte im Postsendungsfall die Zueignung – BGH v. 31.3.1993 – 3 BJs 512/90 – 2 (141) AK 5/93, NStZ 1994, 542.

195 Heute bejaht *MK-Schmitz*, § 242 Rn 128 ff für die Aneignungskomponente einen weiten Sachwertgedanken.

196 Siehe *Rengier*, BT I, § 2 Rn 76; *Wolfslast*, NStZ 1994, 542, 544.

197 So *C. Jäger*, JuS 2000, 651; *Mitsch*, BT 2/1, § 1 Rn 129 ff. (134); *Rengier*, BT I, § 2 Rn 72; *Wessels/Hillenkamp*, BT 2, Rn 154.

198 So *Wessels/Hillenkamp*, BT 2, Rn 154; anders *Rengier*, BT I, § 2 Rn 73a.

mit oder gegen eine Belohnung tut. Die Belohnung ist kein Kaufpreis. Eigenmächtiger Verkauf (=Diebstahl) und vereinbarte Weitergabe sind zu unterscheiden. Letztere Fälle waren bis 1998 nicht als Sichzueignung¹⁹⁹ zu erfassen – sofern man einem weiten Aneignungsgedanken nicht folgen wollte. Diese wenigen Fälle erfasst heute die Drittzeignungsabsicht. Wenn ein Täter auf Bitten eines anderen diesem ein Buch aus der Bibliothek mitbringt und es diesem anderen abdegemäß überlassen will, damit der Dritte es behält, ist das heute ein Fall der Drittzeignungsabsicht.²⁰⁰ Das ist im Übrigen mehr als die bloße Ermöglichung der Aneignung durch den Dritten. Der Täter verschafft dem Dritten durch eigenes Handeln eine eigentümergeleiche Position. Es kann für die Drittaneignung keinen Unterschied machen, ob der Täter mit dem weggenommenen Geld fremde Schulden begleicht – ein klarer Fall von Drittzeignung.²⁰¹ Oder ob der Täter das weggenommene Geld in der Absicht, einem Dritten die wirtschaftliche Nutzung zu ermöglichen, weiterreicht.²⁰² Wer ein Auto wegnimmt, um es dauerhaft zu behalten, ist ein Dieb. Wer gegen Belohnung ein Auto wegnimmt und es einem Dritten bloß weiterreicht, damit dieser es dauerhaft gebraucht, ist ebenfalls ein Dieb. Ob diese Absicht realisiert wird, ist unbeachtlich. Ein – zu enges – Verständnis der Drittzeignung,²⁰³ die diese Varianten nicht gleich behandelt, missachtet den heutigen Sinngehalt des Diebstahls.

- 63** Ein irgendwie gearteter wirtschaftlicher oder sonstiger Vorteil beim Täter ist bei der **Drittzeignung** nicht gefordert. Die Drittaneignung ist in ihrer tatbestandlichen Anwendung **subsidiär**. Auch hier gilt: Über 90 % aller Fälle lassen sich durch eine vernünftige Argumentation über die Sichzueignung der Sachsubstanz lösen.
- 64** Die allgemeinen Abgrenzungskriterien zwischen diebstahlsbegründender Zueignung und Sachbeschädigung oder -entziehung und Gebrauchsanmaßung gelten auch in der Drittkomponente. Wer eine Sache dem Dritten überlässt bzw. überlassen will, damit dieser die Sache zerstört, verleiht die Sache weder dem eigenen noch dem Vermögen eines Dritten ein – es fehlt das eigennützige bzw. drittnützige Motiv der Aneignung. Soll der Dritte die Sache nach Gebrauch zurückgeben, liegt alleine eine Gebrauchsanmaßung vor. Es genügt für die Drittaneignung ebenfalls nicht, wenn der Wegnehmende eine Sache irgendwo liegen lässt, damit ein Dritter die Möglichkeit hat, sich die Sache zuzueignen.²⁰⁴ Das ist ein möglicher Fall der Beihilfe oder Anstiftung zur Unterschlagung. Die Situation des Liegenlassens ist ein Fall der Sachentziehung. Um eine solche Ausdehnung zu vermeiden, bedarf es der Absicht, durch eigenes täterschaftliches Verhalten, den Dritten in eine Position zu bringen, die der Sichzueignung entsprechen würde.

IV. Rechtswidrigkeit der Zueignung

- 65** Diebstahl ist ein **Eigentumsdelikt**. Wer seine eigene Sache wegnimmt, begeht keinen Diebstahl, da er die materielle Eigentumsordnung nicht verletzt. Die Rechtswidrigkeit der Zueignung²⁰⁵ ist **objektives – normatives – Tatbestandsmerkmal**.²⁰⁶ Zumindest bedingter Vorsatz ist erforderlich. Wenn der Täter oder der Dritte²⁰⁷ einen fälligen und einredefreien Übereignungsanspruch auf die konkret weggenommene Sache haben, stellt der Wegnehmende die materielle rechtmäßige Eigentumsordnung her. Ein Irrtum hinsichtlich der **Rechtswidrigkeit der Zueignung** ist Tatbestandsirrtum nach § 16. Bei Gattungsschulden hat der Schuldner ein Auswahrecht nach § 243 BGB. Das ist zu achten. Einzig bei Geld genügt es, dass der Täter einen fälligen und einredefreien Anspruch auf die konkret weggenommene Wertsumme hat.²⁰⁸ Ein schutzwürdiges Auswahrecht im Sinne des § 243 BGB besteht bei Geld nicht. Die Rechtsprechung behilft sich mit einer Irrtumslösung²⁰⁹ – der Täter wird im Regelfall davon ausgehen, dass er einen Anspruch auf die konkreten weggenommenen Geldstücke hat (§ 16). Weiß der Täter dagegen nicht, dass er auf die weggenommene Sache einen Übereignungsanspruch hat, macht er sich wegen versuchten Diebstahls schuldig.²¹⁰

D. Täterschaft und Teilnahme

- 66** Täter eines Diebstahls kann nur sein, wer die Absicht rechtswidriger Zueignung hat.²¹¹ Dieses besondere Tatbestandsmerkmal kann nicht nach § 25 Abs. 2 zugerechnet werden. Im Gegensatz zur gesetzlichen Regelung vor 1998 kann auch derjenige, der in Drittzeignungsabsicht handelt, Täter sein. Die Abgrenzung zwischen Täterschaft

199 Teilweise genigte jede Form der Weitergabe für die Sichzueignung: nach *Wolfslast*, NSZ 1994, 542, 544.

200 Wohl noch nicht einmal das aufgrund der engeren Sicht in *MK-Schmitz*, § 242 Rn 137; zweifelnd auch *Rönnau*, GA 2000, 410, 423.

201 So *GS-Duttge*, § 242 Rn 48; *Rönnau*, GA 2000, 410, 417; *MK-Schmitz*, § 242 Rn 137.

202 Was nach *Rönnau*, GA 2000, 410, 421 nicht genügen soll.

203 Von *Rönnau*, GA 2000, 410, 423 f.; *MK-Schmitz*, § 242 Rn 137; *ders.*, Otto-FS, 759, 773.

204 Siehe *S/S-Eser*, § 242 Rn 58.

205 Sehr ausführlich dazu *Mitsch*, BT 2/1, § 1 Rn 146 ff.

206 Siehe *GS-Duttge*, § 242 Rn 49; allein auf die Absicht stellt *Mitsch*, BT 2/1, § 1 Rn 161 ab; *Rengier*, BT I, § 2 Rn 86;

S/S-Eser, § 242 Rn 65; *Wessels/Hillenkamp*, BT 2, Rn 190.

207 So *Lackner/Kühl*, § 242 Rn 27; *Rengier*, BT I, § 2 Rn 86; *S/S/W-Kudlich*, § 242 Rn. 55.

208 So *Lackner/Kühl*, § 242 Rn 27; *Mitsch*, BT 2/1, § 1 Rn 158; *Rengier*, BT I, § 2 Rn 90.

209 So BGH v. 18.7.2003 – 2 StR 239/03, StV 2004, 207; BGH v. 12.1.1962 – 4 StR 346/61, BGHSt 17, 87, 91; auch *Zöller*, BT I, S. 33.

210 So *Lackner/Kühl*, § 242 Rn 28; *Wessels/Hillenkamp*, BT 2, Rn 190; für vollendeten Diebstahl: *Mitsch*, BT 2/1, § 1 Rn 161; *MK-Schmitz*, § 242 Rn 158; *SK-Hoyer*, § 242 Rn 109.

211 Siehe *Rengier*, BT I, § 2 Rn 95.

und Teilnahme erfolgt nach den allgemeinen Abgrenzungsregeln -Täter ist, wer die vom Täterwillen getragene Tatherrschaft hat. Allein aus dem fremdnützigen Motiv der Drittzeignungsabsicht kann nicht auf Täterschaft geschlossen werden.

E. Versuch

Der Versuch beginnt mit dem unmittelbaren Ansetzen zum Gewahrsamsbruch als Tathandlung. Es gelten die allgemeinen Abgrenzungsregeln zwischen versuchsrelevantem Ansetzen nach § 22 und strafloser Vorbereitung. Im **Verstecken der Beute** innerhalb der generellen Gewahrsamssphäre des Opfers in der Absicht, die Beute später abzuholen, liegt regelmäßig eine Vorbereitungshandlung für die spätere Wegnahme.²¹² Das trifft vor allem zu, wenn der Zugang zum Versteck noch mit wesentlichen Hindernissen versehen ist. Das Urteil des *LG Potsdam*²¹³ ist daher kaum nachvollziehbar, wenn nicht gar falsch.²¹⁴ Dort versteckten die Täter die Tatbeute auf dem Außengelände eines Baumarktes, das durch einen 3m hohen Zaun mit Stacheldraht gesichert war, um die Beute in der folgenden Nacht abzuholen. Das ist noch Vorbereitung.

Im **Supermarkt** befindet sich der Täter im Vorbereitungsstadium, solange er die Beute noch im Einkaufswagen versteckt. Erst in dem Moment, in dem er sich der Kasse nähert und als Kunde an die Kasse tritt, kommt er in das Versuchsstadium des Diebstahls oder des Betrugs. Zu beachten ist die **frühe Vollendung des Diebstahls**, wenn der Täter innerhalb der generellen Herrschaftssphäre die Sache in seinen „Tabubereich“ verbracht hat. Mit der **Gewahrsamsenklaue** macht der Dieb einen Zugriff des vorherigen Gewahrsamsinhabers sozial auffällig und rechtfertigungsbedürftig. Ein Rücktritt durch Zurücklegen der Ware ist nicht mehr möglich.

Nach der Rechtsprechung²¹⁵ liegt ein vollendeter Diebstahl nicht vor, wenn der Inhalt eines weggenommenen Behältnisses für den Täter abweichend vom Tatplan erwartungswidrig belanglos ist und alsbald entsorgt wird. Die Zeignungsabsicht muss sich auf die konkret weggenommene Sache beziehen. Auf das **Behältnis** wird sich die Aneignungsabsicht in der Regel nicht beziehen.²¹⁶ Das kann anders sein, wenn der Täter es zum Abtransport benötigt. Sind objektiver und subjektiver Tatbestand nicht kongruent, kommt an sich ein versuchtes Delikt in Betracht. Beim Diebstahl findet die **Zeignungsabsicht** jedoch **kein Gegenstück im objektiven Tatbestand**. Die beabsichtigte Zeignung muss sich nicht realisieren. Sofern es um die Zeignung der Sache geht, begnügt sich § 242 mit einem Versuch.²¹⁷ Es ist daher überlegenswert, Fehlvorstellungen des Täters bezüglich des weggenommenen Objektes der beabsichtigten Zeignung für unbeachtlich zu halten.²¹⁸ Das muss gelten, wenn der Täter sich keine genaue Vorstellung vom Inhalt des weggenommenen Behältnisses macht, sondern sich allgemein auf Stehlenswertes bezieht. Aber im Fall der leeren Handtasche hat der Täter im Moment der Tathandlung allein eine Art untaugliche Zeignungsabsicht. Das Enteignungsmoment als schädigende Komponente kann nicht eintreten. Die Vorverlagerung der Vollendung des Diebstahls durch die Subjektivierung der Zeignung erfasst nicht die untauglichen Fälle, denen jedes eigentumsgefährdende Moment fehlt.²¹⁹ Zeignungsdelikte haben etwas von Gefährdungsdelikten.²²⁰ Ist das Behältnis leer oder aber weicht der tatsächliche Inhalt wesentlich vom vorgestellten Inhalt – Kosmetikkörperchen statt Geld –²²¹ ab, ist mit der Rechtsprechung ein versuchter Diebstahl gegeben.

F. Konkurrenzen

Zwischen versuchtem Diebstahl und vollendeter Unterschlagung (z.B. bei der Geldfalle) wird Tateinheit nach § 52²²² angenommen – **Klarstellungsfunktion der Tateinheit**. Es gilt aber die Subsidiaritätsklausel des § 246.²²³

Bei den erwähnten **Geldkarten** i.w.S. ist der unberechtigte Gebrauch ein Fall des § 263a.²²⁴ Wer mit einer weggenommenen Telefonkarte telefoniert oder wer mit einer weggenommenen Sparcard Geld vom Geldautomaten abhebt, macht sich wegen unbefugter Datenverwendung nach § 263a schuldig. Der in der Karte verkörperte Sachwert ist auch im Fall der Rückgabe der Karten Zeignungsobjekt: der Täter gibt nicht dieselbe Karte, sondern eine entwertete zurück. Der dem Diebstahl nachfolgende Computerbetrug ist eine mitbestrafte Nachtat, da der Schaden nur eine Vertiefung erfährt.²²⁵ Das ist wiederum eine Parallele zum Sparbuch: Der Diebstahl des Sparbuchs verdrängt einen etwaigen nachfolgenden Betrug als mitbestrafte Nachtat.²²⁶ Das Ergebnis ist anders bei den Geld-

212 Siehe *MK-Schmitz*, § 242 Rn 63; *T. Walter*, NStZ 2008, 157.

213 *LG Potsdam* v. 6.10.2005 – 26 (10) Ns 142/05, NStZ 2007, 336.

214 So *T. Walter*, NStZ 2008, 157.

215 Vgl. BGH v. 14.6.2006 – 2 StR 65/06, NStZ 2006, 686; BGH v. 8.3.1990 – 2 StR 26/90, NJW 1990, 2569; zustimmend *GS-Dutge*, § 242 Rn 44; *Rengier*, BT I, § 2 Rn 80; *S/S-Eser*, § 242 Rn 63.

216 *Anders LK-Ruß*, § 242 Rn 59.

217 So *MK-Schmitz*, § 242 Rn 102; *SK-Hoyer*, § 242 Rn 108.

218 So das *LG Düsseldorf* v. 2.2.2007 – 1 KlS 23/06, NStZ 2008, 155.

219 Vgl. *Schnabel*, NStZ 2005, 18, 21.

220 Siehe *Maurach/Schroeder/Maiwald*, BT § 32 Rn 2.

221 In BGH v. 8.3.1990 – 2 StR 26/90, NJW 1990, 2569.

222 So *LG Gera* v. 20.7.2000 – 152 Js 7746/99 – 3 Ns, StraFo 2000, 358, 360; *Geppert*, JK 1992 StGB § 242/15.

223 Siehe § 246 Rn 15 ff.

224 Siehe *Schnabel*, NStZ 2005, 18, 19.

225 So *Schnabel*, NStZ 2005, 18, 21 f.

226 Siehe *Wessels/Hillenkamp*, BT 2, Rn 161.

automatenkarten, die keine Geldforderung verkörpern. Ein Diebstahl der Karte liegt bei diesen nur vor, wenn der Täter die Karte behält, verkauft oder vernichtet, was gewiss die Regel sein wird. Zueignungsobjekt ist die Sachsubstanz. Der nachfolgende Computerbetrug durch Verwendung der Karte steht nach dem *BGH* dazu zutreffend in Tateinheit (§ 53).²²⁷

G. Weitere praktische Hinweise: Täter-Opfer-Ausgleich (TOA)

- 71** Der **Täter-Opfer-Ausgleich** = außergerichtliche Konfliktschlichtung kann ein wichtiges Instrument der Strafverteidigung sein.²²⁸ Er zeichnet sich durch zwei Komponenten aus: **Konfliktschlichtung** einerseits und **Schadenswiedergutmachung** andererseits. Das Gebot der Freiwilligkeit bei Täter und Opfer ist die Basis für einen TOA. Die materielle Schadenswiedergutmachung setzt keine persönliche Begegnung zwischen Täter und Opfer voraus, während bei persönlichen Konflikttaten der klassische TOA eine solche regelmäßig erfordert.²²⁹ Die größten Erfolgchancen bietet der TOA im Ermittlungsverfahren.²³⁰ Die Strafverteidigung sollte bereits in diesem ersten Verfahrensabschnitt die Möglichkeiten eines TOA bei seinem Mandanten und beim Opfer ausloten, und dabei stets auch die Staatsanwaltschaft kontaktieren. Die §§ 155a und 155b StPO weisen dahin.²³¹ Spätere Zeitpunkte sind für einen TOA nicht ausgeschlossen. Der Anwendung von § 46a steht nicht entgegen, dass der Angeklagte den finanziellen Ausgleich leistet, nachdem er vom Geschädigten zivilrechtlich auf Zahlung in Anspruch genommen wurde.²³² Der verfolgte **Nutzen** auf Seiten des Beschuldigten liegt in einer möglichen Verfahrenseinstellung oder in einer Strafmilderung, gegebenenfalls gar in einem Absehen von Strafe. Geschädigte können durch eine außergerichtliche Konfliktschlichtung Wiedergutmachung oder Schmerzensgeld erhalten, reden, fragen, Ärger loswerden, Energie und Kosten für langwierige Gerichtsverfahren sparen und vor allem: Nicht in der passiven Zeugenrolle verharren, sondern den Verlauf und die Inhalte des Verfahrens aktiv mitbestimmen.²³³
- 72** Der Schwerpunkt der Delikte, bei denen ein TOA durchgeführt wird, lag 1999 mit 62,4 % bei den Körperverletzungen, während Eigentums- und Vermögensdelikte bei 7,9 % liegen.²³⁴ Der Diebstahl als Eigentumsdelikt ist grundsätzlich schlichtungsg geeignet.²³⁵ Der zwischenmenschliche Konflikt tritt regelmäßig in den Hintergrund. Schadenswiedergutmachung dominiert. Zentrale Vorschrift für den TOA ist § 46a. Steht fest, dass der Beschuldigte durch persönliche Leistungen Schadenswiedergutmachung geleistet hat, muss sich das Gericht mit § 46a auseinandersetzen.²³⁶ Die Nichtberücksichtigung des § 46a bietet einen Revisionsgrund. Strafprozessual wichtig ist § 153a Abs. 1 Nr. 5 und § 153b StPO.
- 73** Zur Durchführung eines TOA sind regelmäßig Ausgleichsstellen einzuschalten. Deren Tätigkeit wird mit § 155b StPO gesetzlich anerkannt. Geht die Initiative von der Strafverteidigung aus, muss sie Kontakt zu einem örtlichen TOA-Objekt aufnehmen. Weitere Informationen findet man beim „Servicebüro für Täter-Opfer-Ausgleich und Konfliktschlichtung“ oder bei „Ausgleich e.V.“.²³⁷

§ 243

Besonders schwerer Fall des Diebstahls

- (1) ¹In besonders schweren Fällen wird der Diebstahl mit Freiheitsstrafe von drei Monaten bis zu zehn Jahren bestraft. ²Ein besonders schwerer Fall liegt in der Regel vor, wenn der Täter
- zur Ausführung der Tat in ein Gebäude, einen Dienst- oder Geschäftsraum oder in einen anderen umschlossenen Raum einbricht, einsteigt, mit einem falschen Schlüssel oder einem anderen nicht zur ordnungsmäßigen Öffnung bestimmten Werkzeug eindringt oder sich in dem Raum verborgen hält,
 - eine Sache stiehlt, die durch ein verschlossenes Behältnis oder eine andere Schutzvorrichtung gegen Wegnahme besonders gesichert ist,
 - gewerbsmäßig stiehlt,
 - aus einer Kirche oder einem anderen der Religionsausübung dienenden Gebäude oder Raum eine Sache stiehlt, die dem Gottesdienst gewidmet ist oder der religiösen Verehrung dient,
 - eine Sache von Bedeutung für Wissenschaft, Kunst oder Geschichte oder für die technische Entwicklung stiehlt, die sich in einer allgemein zugänglichen Sammlung befindet oder öffentlich ausgestellt ist,

227 BGH v. 30.1.2001 – 1 StR 512/99, NStZ 2001, 316; zustimmend Wohlers, NStZ 2001, 539.

228 Näheres bei Widmaier/Jofer, MAH Strafverteidigung § 14.

229 Siehe Widmaier/Jofer, MAH Strafverteidigung § 14 Rn 7.

230 So Widmaier/Jofer, MAH Strafverteidigung § 14 Rn 14, 114.

231 Siehe GS-Pfordte, § 155a StPO Rn 2.

232 Bei OLG Oldenburg v. 25.2.2009 – Ss 29/09, StraFo 2009, 210.

233 So in www.toa-servicebuero.de.

234 Nach GS-Pfordte, § 46a Rn 7.

235 So Widmaier/Jofer, MAH Strafverteidigung § 14 Rn 44.

236 Siehe OLG Stuttgart v. 9.7.2001 – 2 Ss (26) 298/01, juris.

237 www.toa-servicebuero.de und www.ausgleich.de.