

## Kapitel I: Diebstahl

### Fall 1: Der aufmerksame Ladendetektiv

Sachverhalt:

Wolfgang (W) nimmt in einem Drogeriemarkt eine Flasche Sonnenmilch im Wert von 1,99 € aus einem Regal. Mit der Ware in der Hand begibt er sich aus dem Laden. Der Drogeriemarkt ist offen gestaltet, so dass dieser auch ohne Passieren der Kassen verlassen werden kann. W will sich gerade – wie von vornherein beabsichtigt – mit der unbezahlten Beute entfernen. Im Bereich der vor dem Laden aufgestellten Warenbehältern wird er jedoch vom Ladendetektiv Dieter (D) gestellt.

Bearbeitervermerk:

Prüfen Sie die Strafbarkeit des W nach dem StGB.

#### A. Einordnung

In vielen Klausuren aus dem Bereich der Vermögensdelikte spielen der Tatbestand des Diebstahls (§ 242 StGB), die Regelbeispiele des § 243 StGB und die Qualifikationstatbestände der §§ 244, 244a StGB eine herausgehobene Rolle. Die nachfolgenden Fälle haben daher zunächst unterschiedliche Probleme aus dem Bereich des Diebstahlsstrafrechts zum Gegenstand. Im Fall 1 ist in besonderem Maße der objektive Tatbestand des § 242 I StGB zu problematisieren. Voraussetzung für eine Strafbarkeit ist insofern die Wegnahme einer fremden beweglichen Sache. Hier nun ist fraglich, ob die Wegnahme bereits mit dem Verlassen des Geschäftslokals vollendet war oder es sich um einen gem. §§ 242 II i.V.m. 22, 23 I StGB strafbaren Diebstahlsversuch gehandelt hat.

Keine Vollendung

Strafbarkeit des Versuchs

2. Tatentschluss (+)
3. Unmittelbares Ansetzen (+)
4. Rechtswidrigkeit und Schuld (+)
5. Zwischenergebnis  
⇒ §§ 242 I, II, 22, 23 I StGB (+)
6. Strafantragserfordernis, § 248a StGB

**III. Hausfriedensbruch, § 123 I StGB**

**(P) tatbestandsausschl. Einverständnis**

**IV. Gesamtergebnis:**

§§ 242 I, II, 22, 23 I StGB i.V.m.

§ 248a StGB

#### B. Gliederung

##### **Strafbarkeit des W**

###### **I. Diebstahl, § 242 I StGB**

Objektiver Tatbestand

**(P) Vollendung der Wegnahme?**

⇒ im Ergebnis (-)

###### **II. Versuchter Diebstahl, §§ 242 I, II, 22, 23 I StGB**

1. Vorprüfungen

#### Lösung

##### Strafbarkeit des W

###### I. Diebstahl, § 242 I StGB

W könnte sich gem. § 242 I StGB wegen vollendeten Diebstahls strafbar gemacht haben, indem er die Flasche Sonnenmilch an sich nahm und mit dieser in der Hand den Laden verließ.

## Objektiver Tatbestand

Die Flasche Sonnenmilch ist eine für W fremde bewegliche Sache und damit taugliches Tatobjekt. Als Tathandlung setzt § 242 I StGB eine Wegnahme voraus. Hierunter ist der Bruch fremden Allein- oder Mitgewahrsams und die Begründung neuen, nicht notwendig tätereigenen Gewahrsams zu verstehen.

Gewahrsam in diesem Sinne meint die tatsächliche Sachherrschaft eines Menschen über eine Sache, die von einem natürlichen Herrschaftswillen getragen und deren Reichweite von der Verkehrsauffassung bestimmt wird.<sup>1</sup>

**hemmer-Methode:** Machen Sie sich von Anfang an klar: Die Stoffmenge, die bereits in den Klausuren der Anfänger- und Fortgeschrittenenprüfung, erst recht aber in den Examensklausuren von Ihnen beherrscht werden sollte, ist immens umfangreich. Versuchen Sie daher von Anfang an, sich übergeordnete Strukturen, Zusammenhänge und Argumentationsmuster klar zu machen und vermeiden Sie stumpfes Auswendiglernen von einzelnen Fakten. Früher oder später würden Sie damit Schiffbruch erleiden. Auf der anderen Seite gibt es – gerade im Strafrecht, aber auch in den übrigen Rechtsgebieten – einzelne Definitionen, die Sie parat haben müssen. So setzt der Korrektor einer Strafrechtsklausur ein exakte Auseinandersetzung mit dem Begriff der Wegnahme als selbstverständlich voraus. Fehler in diesem Bereich wiegen besonders schwer. Prägen Sie sich die obige Definition daher gut ein. Lernen Sie nicht oberflächlich. In vielen Klausuren findet sich die unsaubere Definition: Wegnahme ist der Bruch fremden und die Begründung neuen Gewahrsams. Dies genügt in manchen, aber nicht in allen Fällen. Zeigen Sie an solchen Stellen Ihre Fähigkeiten zu gründlichem und sorgfältigem Arbeiten.

Ursprünglicher Träger der tatsächlichen Sachherrschaft an der Flasche Sonnenmilch war je nach den Umständen und der Größe des Drogeriemarktes entweder der Inhaber des Ladenlokals oder das dort angestellte Personal.

**hemmer-Methode:** Innerhalb von Dienst-, Auftrags- und Arbeitsverhältnissen kann die tatsächliche Sachherrschaft an den Waren sowohl dem Geschäftsinhaber als auch einem Angestellten oder auch beiden zufallen.<sup>2</sup>

Ein vollendeter Diebstahl läge aber nur dann vor, wenn der Täter nicht nur fremden Gewahrsam gebrochen, sondern auch neuen begründet hätte. Ob die tatsächliche Sachherrschaft hier bereits auf W übergegangen ist, er also schon durch die Ansichtnahme der Ware im Laden bzw. durch das Verlassen des Ladenlokals mit der Ware in der Hand eigenen Gewahrsam begründet hat und der Diebstahl damit vollendet ist, beurteilt sich nach der Verkehrsauffassung.

Bei kleineren, leicht beweglichen Gegenständen kann eine vollendete Wegnahme angenommen werden, wenn der Täter die Gegenstände ergriffen hat, festhält und damit durch die Kassensperre geht, ohne die Ware zur Bezahlung des Kaufpreises vorzulegen. Nach gängiger Auffassung ist der Diebstahl in einem Selbstbedienungsladen insbesondere dann vollendet, wenn der Täter den Gegenstand in seiner Kleidung verbirgt, weil dann von einer sog. Gewahrsamsenkclave gesprochen werden kann.

Allerdings lässt sich auch ein allgemeiner Rechtssatz dahingehend, dass ein vollendeter Diebstahl stets vorliegt, sobald der Täter z.B. die jeweilige Abteilung des Kaufhauses mit einer dort an sich genommenen Sache verlässt, ohne sie bezahlt zu haben, nicht aufstellen. Maßgebend sind auch hier wieder die Anschauungen des alltäglichen Lebens und die Umstände des Einzelfalls.

<sup>1</sup> WESSELS/HILLENKAMP, Rn. 71; LACKNER/KÜHL, § 242 Rn. 8 ff.

<sup>2</sup> Vgl. eingehend in diesem Zusammenhang WESSELS/HILLENKAMP, Rn. 88 ff.

Sind – wie hier – vor einem Geschäft Waren in aufgestellten Behältern im Freien zum Kauf präsentiert, so gehört dieser Aufstellbereich noch zum Geschäftsbereich, an dem der Geschäftsinhaber grundsätzlich Gewahrsam hat. Befindet sich der Täter mit im Ladengeschäft entnommener, nicht bezahlter Ware noch im diesem Bereich kann deshalb nicht ohne weiteres ein vollendeter Diebstahl angenommen werden.

Das Aufstellen von Waren vor einem Geschäft dient dazu, Kunden zum Kauf zu animieren. Die Ware soll mit in das Geschäft genommen und dort allein oder mit weiteren Gegenständen an der Kasse bezahlt werden. Es ist aber nicht ungewöhnlich, dass ein Kunde, der zunächst keine Waren aus den im Freien aufgestellten Behältern entnommen hat, sich noch im Nachhinein – vor Bezahlung im Laden entnommener Ware – zum Kauf draußen präsentierter Gegenstände entschließt. Dies muss insbesondere dann gelten, wenn nach der baulichen Gestaltung des Ladenlokals der Kassensbereich ohne weiteres umgangen werden kann. In einem solchen Fall liegt es nahe, dass der Ladeninhaber dem Kunden gerade ermöglichen will, vor Bezahlung der innerhalb des Ladenlokals entnommenen Ware noch außerhalb aufgestellte Waren an sich zu nehmen und erst anschließend im Laden die Ware zu bezahlen.<sup>3</sup>

Im vorliegenden Fall muss daher entscheidend sein, dass W die Ware noch nicht etwa in seine Kleidung oder in eine mitgeführte Tasche eingesteckt hatte, sondern sie vielmehr sichtbar in der Hand hielt. Die Zugriffsmöglichkeit des Ladeninhabers war daher noch in keiner Weise geschmälert, so dass von einer vollendeten Wegnahme nicht ausgegangen werden kann.

**hemmer-Methode:** Gefragt war hier vor allem eine Argumentation, die sich an den Umständen des Falles orientiert, und nicht das bloße Herunterbeten einer auswendig gelernten Definition.

<sup>3</sup> BayObLG, NJW 1997, 3326 = Life&Law 1998, 174.

## 2. Zwischenergebnis

W hat sich nicht nach § 242 I StGB strafbar gemacht.

## II. Versuchter Diebstahl, §§ 242 I, II, 22, 23 I StGB

**hemmer-Methode:** Nicht vergessen: Wenn Sie die Vollendung eines Tatbestandes verneinen, ist stets zumindest gedanklich an die Prüfung eines Versuches zu denken.

### 1. Vorprüfungen

Ein vollendeter Diebstahl liegt nicht vor. Der Versuch des Diebstahls ist nach §§ 242 II i.V.m. 22, 23 I, 12 II StGB strafbar.

### 2. Tatentschluss

W müsste Tatentschluss zur Begehung eines Diebstahls, d.h. Vorsatz bezüglich aller Merkmale des objektiven Tatbestandes und Zueignungsabsicht gehabt haben.

Im vorliegenden Fall nahm W die Sonnenmilch mit Wissen und Wollen an sich. Es entsprach gerade seinem Plan, bei der Tat die allgemeine Verkehrsanschauung auszunutzen, wonach es nichts Ungewöhnliches ist, mit einer im Ladenlokal entnommenen Ware vor Bezahlung nach den draußen angebotenen Waren zu sehen. Auch die Absicht rechtswidriger Zueignung ist bei W nicht in Frage zu stellen. Es kam W darauf an, sich die Sonnenmilch zumindest vorübergehend anzueignen und er nahm zumindest billigend in Kauf, den bisherigen Gewahrsamsinhaber auf Dauer von der Sachherrschaft auszuschließen (Enteignungskomponente).

**hemmer-Methode:** Das BayObLG hat in diesem Fall klargestellt, dass an die Feststellung des Diebstahlsvorsatzes in Fällen, in denen der Täter die Ware noch im Geschäftsbereich offen in der Hand hält, erhöhte Anforderungen zu stellen sind.

Insbesondere darf der Schluss auf den Vorsatz nicht allein aus der Mitnahme der Ware ins Freie gezogen werden.

Eine Verurteilung wegen versuchten Diebstahls kommt daher in so gelagerten Konstellationen nur dann in Frage, wenn die besondere Raffinesse des Täters nachgewiesen werden kann, was in der Praxis (anders als bei einem Klausursachverhalt) häufig nur bei einer entsprechenden Einlassung des Beschuldigten gelingen dürfte.

### 3. Unmittelbares Ansetzen

Mit dem Ergreifen der Flasche aus dem Regal in der vorgefassten Absicht, diese für sich zu behalten, hat W zur Begehung des Diebstahls unmittelbar i.S.d. § 22 StGB angesetzt und damit die Schwelle zum „Jetzt geht's los“ aus seiner Sicht überschritten.<sup>4</sup>

### 4. Rechtswidrigkeit und Schuld

Rechtswidrigkeit und Schuld sind gegeben.

### 5. Zwischenergebnis

W ist wegen versuchten Diebstahls nach §§ 242 I, II, 22, 23 I StGB zu bestrafen.

### 6. Strafantragserfordernis gem. § 248a StGB

Zu beachten ist die Vorschrift des § 248a StGB, wonach die Verfolgung der Tat von der Stellung eines Strafantrages i.S.d. §§ 77 ff. StGB, § 158 II StPO abhängt.

**hemmer-Methode:** Schöpfen Sie den Sachverhalt aus: Nicht umsonst wird hier mitgeteilt, dass die Sonnenmilch einen Wert von 1,99 € hat. Achten Sie beim Diebstahl immer darauf, ob es sich um geringwertige Sachen i.S.d. § 248a StGB handelt.

Beachten Sie zudem, dass die §§ 259 II, 263 IV, 265a III, 266 II StGB auf die Regelung des § 248a StGB verweisen.

Ferner ist zu sehen, dass die Vorschrift des § 248a StGB ihrem eindeutigen Wortlaut zu Folge, nur für den Diebstahl nach § 242 StGB, nicht aber für den besonderen schweren Fall des Diebstahls (§ 243 StGB) oder für die Qualifikationen der §§ 244, 244a StGB gilt.<sup>5</sup>

Im Gegensatz zu § 243 II StGB setzt § 248a StGB ferner lediglich objektive Geringwertigkeit des Diebstahlsobjekts voraus. Ob der Täter diese Geringwertigkeit auch subjektiv erkannt hat, spielt keine Rolle, weil § 248a StGB nicht die eigentliche Tat, sondern lediglich die Zulässigkeit der Strafverfolgung betrifft und bei strafprozessualen Verfahrensvoraussetzungen stets allein die objektive Sachlage ausschlaggebend ist.

Die Grenze für die Geringwertigkeit liegt nach einer Entscheidung des OLG Hamm derzeit bei 50 €.<sup>6</sup>

Wenn in einem Klausur-Sachverhalt nichts zu einem gestellten Strafantrag vermerkt ist, wäre es falsch, aus diesem Grund die Strafbarkeit aus dem verwirklichten Delikt abzulehnen. Vielmehr sollte man lediglich den Hinweis auf das Erfordernis eines Strafantrags geben.

Ist im Sachverhalt dagegen vermerkt, wer wann einen Strafantrag gestellt hat, sollten sie die §§ 77 ff. StGB näher prüfen und insbesondere darauf achten, ob eine antragsberechtigte Person den Antrag gestellt hat und ob der Antrag rechtzeitig gestellt wurde.

Denken Sie insofern an den Praktiker: Fehlt es in einem Ermittlungsverfahren wegen Diebstahls einer geringwertigen Sache an einem Strafantrag, so kann nach § 248a StGB die Straftat nur verfolgt werden, wenn die Strafverfolgungsbehörde wegen des besonderen öffentlichen Interesses ein Einschreiten von Amts wegen für geboten hält.

<sup>4</sup> Vgl. ausführlich zum Begriff des unmittelbaren Ansetzens i.S.d. § 22 StGB HEMMER/WÜST/HAHN/RÖHM, Die 34 wichtigsten Fälle zum Strafrecht-AT, Fall 20 (Das Kind auf dem Arm).

<sup>5</sup> WESSELS/HILLENKAMP, Rn. 310; LACKNER/KÜHL, § 248a Rn. 4; a.A. HOYER in SK, § 248a, Rn. 6.

<sup>6</sup> OLG Hamm, NJW 2003, 3145 = Life&Law 2003, 782 ff.; anders aber OLG Oldenburg, NJW 2005, 1879 = Life&Law 2005, 548 ff., welches eine Wertgrenze von 30 € als sachgerecht erachtet.

### III. Hausfriedensbruch, § 123 I StGB

W könnte sich durch das Betreten des Drogeriemarktes ferner wegen Hausfriedensbruches gem. § 123 I StGB strafbar gemacht haben.

W müsste insofern in das Ladenlokal eingedrungen sein. Ein solches strafrechtlich relevantes Eindringen, d.h. ein Betreten gegen den erkennbaren oder zu vermutenden Willen des Hausrechtsinhabers, ist hier allerdings zu verneinen.

Denn das allgemein erklärte tatbestandsausschließende Einverständnis des Ladeninhabers entfällt nach vorzugswürdiger Ansicht nicht allein dadurch, dass die Geschäftsräume zu deliktischen Zwecken betreten werden, solange die Absicht des Täters nicht äußerlich eindeutig erkennbar zutage tritt. Würde der Ladeninhaber an der Eingangstür seines Geschäfts stehen und jeden einzelnen Kunden überprüfen, hätte er W ebenfalls hineingelassen.

**hemmer-Methode:** Anders wäre die Situation zu beurteilen, wenn der Täter etwa maskiert in das Geschäft gekommen oder bereits vor der Tat vom Ladeninhaber mit einem Hausverbot bedacht worden wäre, weil er bereits wegen eines früheren Diebstahls erwischt worden war. In einem solchen Fall ist er dann ausdrücklich von diesem Einverständnis ausgenommen.

### E. Zur Vertiefung

- Zum Fall: BayObLG, NJW 1997, 3326 = Life&Law 1998, 174.
- HEMMER/WÜST/BERBERICH, Strafrecht BT I, Rn. 13 ff.
- OLG Hamm, NJW 2003, 3145 = Life&Law 2003, 782 ff. (Geringwertigkeitsgrenze bei 50 €).
- Anders OLG Oldenburg, NJW 2005, 1879 = Life&Law 2005, 548 ff. (Geringwertigkeitsgrenze bei 30 €).

### IV. Gesamtergebnis

W hat sich wegen versuchten Diebstahls einer geringwertigen Sache gem. §§ 242 I, II, 22, 23 I StGB i.V.m. § 248a StGB strafbar gemacht.

### D. Zusammenfassung

#### Sound:

Abgrenzung Versuch ↔ Vollendung beim Diebstahl.

Geringwertigkeit i.S.d. § 248a StGB.

Eine **vollendete Wegnahme** i.S.d. § 242 I StGB liegt vor, wenn der Täter fremden Allein- oder Mitgewahrsam an einer fremden, beweglichen Sache gebrochen und neuen, nicht notwendig tätereigenen Gewahrsam begründet hat. Ab welchem Zeitpunkt dies bejaht werden kann, beurteilt sich nach der Verkehrsauffassung und den Anschauungen des alltäglichen Lebens.

Ist das **Diebstahlsobjekt geringwertig**, so hängt die Verfolgbarkeit der Tat gem. § 248a StGB grundsätzlich von der Stellung eines Strafantrages ab. Die Geringwertigkeitsgrenze liegt derzeit bei 50 €.