



HEMMER / WÜST / BERBERICH

STRAFRECHT BT I

Das Prüfungswissen

- für Studium
- und Examen

14. Auflage

E-BOOK SKRIPT STRAFRECHT BT I

Autoren: Hemmer/Wüst/Berberich

14. Auflage 2020

ISBN: 978-3-86193-973-3

INHALTSVERZEICHNIS

E-BOOK SKRIPT STRAFRECHT BT I

§ 1 EINLEITUNG

§ 2 STRAFTATEN GEGEN DAS EIGENTUM

I. Diebstahl, § 242

1. Taugliches Tatobjekt

- a) Sache
- b) Beweglichkeit der Sache
- c) Fremdheit der Sache

2. Tathandlung: Wegnahme

- a) Gewahrsamsbegriff
- b) Mitgewahrsam
- c) Gewahrsam in Über- / Unterordnungsverhältnissen (Alleingewahrsam oder mehrstufiger Mitgewahrsam)
- d) Vollendung des Diebstahls

3. Subjektiver Tatbestand

- a) Vorsatz bzgl. aller objektiven Tatbestandsmerkmale
- b) Absicht, die Sache sich oder einem Dritten rechtswidrig zuzueignen

4. Rechtswidrigkeit

II. Besonders schwerer Fall des Diebstahls, § 243

1. Übersicht

2. Die wichtigsten Regelbeispiele

3. § 243 und Versuch

4. Ausschluss durch § 243 II

- a) Allgemeines
- b) Irrtümer
- c) Vorsatzwechsel

5. Teilnehmerstrafbarkeit und § 28

6. Aufbauhinweis

III. Diebstahl mit Waffen; Bandendiebstahl; Wohnungseinbruchsdiebstahl, § 244

1. § 244 I Nr. 1

- a) Waffe oder anderes gefährliches Werkzeug
- b) Sonstige Mittel

2. § 244 I Nr. 2

3. § 244 I Nr. 3, III, IV

4. Verhältnis zu den §§ 242, 243

IV. Schwerer Bandendiebstahl, § 244a

V. Wiederholungsfall zu den §§ 242 ff.

VI. Unterschlagung, § 246

1. Übersicht

2. Tatobjekt

- a) Fremde, bewegliche Sache
- b) § 246 als Auffangtatbestand

3. Tathandlung

- a) Begriff der „rechtswidrigen Zueignung“
- b) Wiederholte Zueignung

VII. Strafantragserfordernis beim Diebstahl bzw. der Unterschlagung, §§ 247, 248a

VIII. Raub, § 249

1. Gewalt gegen eine Person
2. Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben
3. Gewalt oder Drohung als Mittel zur Wegnahme (Finalität)
4. Zueignungsabsicht

IX. Schwerer Raub, § 250

1. § 250 I: Erste Qualifikationsstufe
 - a) Raub mit Waffen oder anderen gefährlichen Werkzeugen, § 250 I Nr. 1a
 - b) Raub mit sonstigen Werkzeugen oder Mitteln, § 250 I Nr. 1b
 - c) Gefahr der schweren Gesundheitsschädigung, § 250 I Nr. 1c
 - d) Bandenraub, § 250 I Nr. 2
2. § 250 II: zweite Qualifikationsstufe
 - a) Verwendung einer Waffe oder eines anderen gefährlichen Werkzeugs, § 250 II Nr. 1
 - b) Bandenraub mit Waffen, § 250 II Nr. 2
 - c) Lebensgefährdender Raub und schwere körperliche Misshandlung, § 250 II Nr. 3

X. Raub mit Todesfolge, § 251

1. Die Regelung des § 251
 - a) Das Unmittelbarkeitskriterium
 - b) Tödliche Gewalt im Beendigungsstadium des Raubes
2. Versuch des § 251?

XI. Räuberischer Diebstahl, § 252

1. Übersicht
2. Abgrenzung von § 252, § 249 und § 240
3. „Auf frischer Tat betroffen“
4. Subjektiver Tatbestand
5. Teilnahmeprobleme
6. Konkurrenzen

XII. Räuberischer Angriff auf Kraftfahrer, § 316a

1. Überblick
2. Objektiver Tatbestand
3. Subjektiver Tatbestand
4. Konkurrenzen
5. § 316a III: Räuberischer Angriff auf Kraftfahrer mit Todesfolge

XIII. Sachbeschädigungsdelikte

1. Überblick
2. Begriff der Beschädigung und Zerstörung
3. Veränderung des Erscheinungsbildes, § 303 II
 - a) Lösung der Graffiti-Fälle nach § 303 I (= bisherige Lösung)
 - b) Neuer Ansatz über § 303 II

§ 3 STRAFTATEN GEGEN SONSTIGE VERMÖGENSRECHTE

I. Pfandkehr und Vollstreckungsvereitelung, §§ 288, 289; Verstrickungsbruch und Siegelbruch, § 136

1. Übersicht
 2. Pfandkehr, § 289
 - a) Übersicht
 - b) Zum Begriff der Wegnahme
 3. Vereitelung der Zwangsvollstreckung, § 288
 4. Verstrickungsbruch, Siegelbruch, § 136
 - a) Verstrickungsbruch, § 136 I
 - b) Siegelbruch, § 136 II
- II. Jagd- und Fischwilderei, §§ 292, 293
1. Übersicht
 2. Entwendung toten Wildes
 3. Subjektiver Tatbestand
 4. § 293 ist dem § 292 nachgebildet und enthält keine weiteren Probleme.

§ 4 STRAFTATEN GEGEN DAS VERMÖGEN ALS GANZES

- I. Betrug, § 263
1. Übersicht
 2. Betrug in Mehrpersonenverhältnissen
 3. Objektiver Tatbestand
 - a) Täuschung über Tatsachen
 - b) Irrtum
 - c) Vermögensverfügung
 - d) Vermögensschaden
 4. Subjektiver Tatbestand
 - a) Bereicherungsabsicht
 - b) Rechtswidrigkeit des erstrebten Vorteils
 - c) Stoffgleichheit
 - d) Bedingter Vorsatz hinsichtlich der Rechtswidrigkeit und Stoffgleichheit
 5. § 263 V: Gewerbsmäßiger Bandenbetrug
 6. § 263 III: Besonders schwere Fälle des Betrugs
- II. Computerbetrug, § 263a
1. Tathandlungen
 2. Beeinflussung des Ergebnisses eines Datenverarbeitungsvorgangs
 3. Vermögensschaden, Bereicherungsabsicht und Stoffgleichheit
 4. Konkurrenzen
 5. Probleme im Zusammenhang mit Geldautomaten
- III. Erschleichen von Leistungen, § 265a
1. Gesetzeszweck
 2. Tathandlung
 3. Tatobjekt
 4. Eintritt eines Schadens
 5. Subjektiver Tatbestand
- IV. Versicherungsmissbrauch, § 265
1. Übersicht
 2. Objektiver Tatbestand
 3. Subjektiver Tatbestand

4. Konkurrenzen

V. Sportwettbetrug und Manipulation von berufssportlichen Wettbewerben

VI. Erpressung, § 253

- 1. Unterschied zwischen § 253 und § 255**
- 2. Abgrenzung zum Betrug**

VII. Räuberische Erpressung, §§ 253, 255

VIII. Begünstigung, § 257

- 1. Übersicht**
- 2. Vortat**
- 3. Tathandlung**
- 4. Subjektiver Tatbestand**
- 5. Die Strafbarkeit von Vortatbeteiligten**

IX. Hehlerei, § 259

- 1. Übersicht**
- 2. Vollendete Vortat**
- 3. Keine Ersatzhehlerei**
- 4. Vortat eines anderen**
- 5. Tathandlungen**
 - a) Ankaufen**
 - b) Sich-Verschaffen**
 - c) Absetzen und Absetzenthelfen**
- 6. Subjektiver Tatbestand**
- 7. Hehlereiqualifikationen**

X. Geldwäsche, § 261

- 1. Einführung**
- 2. Tatbestand**
 - a) Vortat**
 - b) Tatobjekt**
 - c) Tathandlungen**
 - d) Subjektiver Tatbestand**
- 3. Sonstiges**
- 4. Konkurrenzen**

XI. Untreue, § 266

- 1. Übersicht**
- 2. Missbrauchstatbestand**
 - a) Anwendungsbereich**
 - b) Verpflichtungs- und Verfügungsbefugnis**
 - c) Vermögensbetreuungspflicht**
- 3. Treubruchtatbestand**
- 4. Sonstiges**

XII. Missbrauch von Scheck- und Kreditkarten, § 266b

- 1. Übersicht**
- 2. Missbrauch**
- 3. Garantiefunktion der Karte im „Drei-Partner-System“**
- 4. Schädigung des Kartenausstellers**

SCHON GEWUSST?

WIEDERHOLUNGSFRAGEN / RANDNUMMER

STICHWORTVERZEICHNIS

§ 1 EINLEITUNG

Unter den Oberbegriff der Vermögensdelikte fallen Straftaten, die sich gegen fremdes Vermögen als Ganzes oder gegen einzelne Vermögenswerte richten.

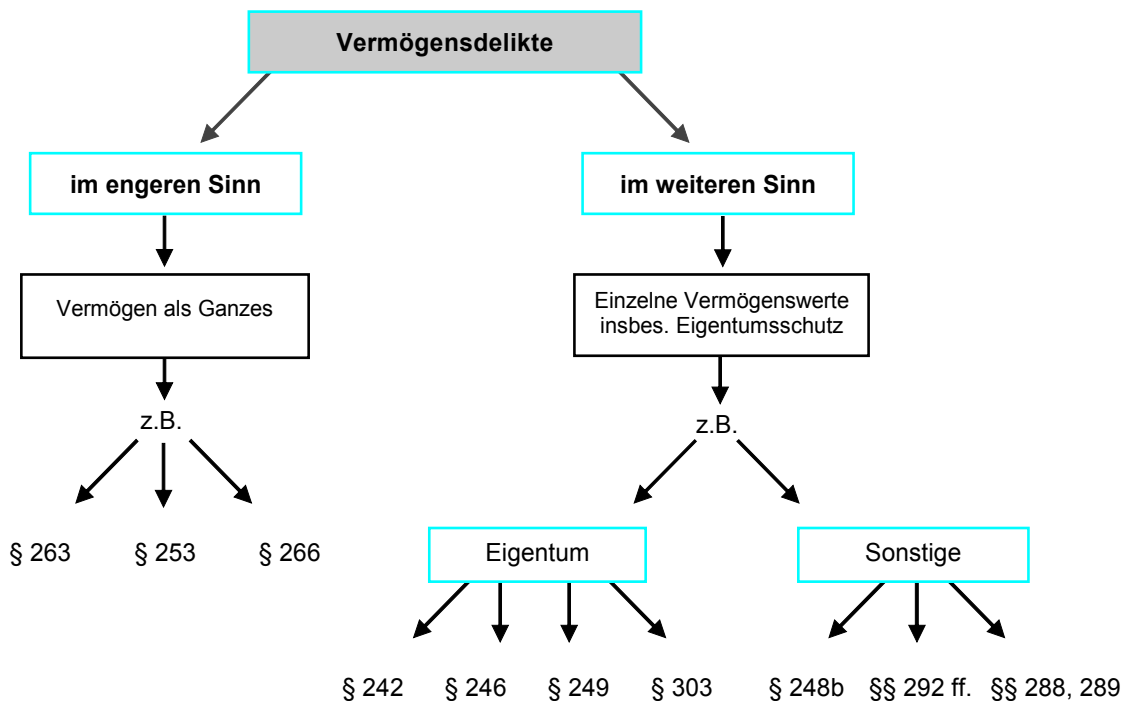
1

Die Bezeichnung „Vermögensdelikt“ wird in einem *engeren* und einem *weiteren* Sinn gebraucht: Ein Vermögensdelikt im engeren Sinn liegt vor, wenn der Eintritt eines Vermögensschadens zu den Voraussetzungen der Strafbarkeit gehört, während dies bei den Vermögensdelikten im weiteren Sinn nicht vom Tatbestand vorausgesetzt wird.

Zu den *Vermögensdelikten im engeren Sinn* zählen insbesondere der Betrug (§ 263¹), die Erpressung (§ 253) und die Untreue (§ 266). Sie unterscheiden sich in erster Linie durch die unterschiedlichen Angriffsrichtungen: § 263 schützt das Vermögen gegen eine durch „Täuschung“ herbeigeführte Minderung, während eine Erpressung die Anwendung von „Gewalt oder Drohungen“ voraussetzt. § 266 greift dagegen vor allem in den Fällen, in denen dem Täter eine besondere Verfügungsmöglichkeit über fremdes Vermögen eingeräumt wurde („Vermögensbetreuungspflicht“).

Zu den *Vermögensdelikten im weiteren Sinn* gehören insbesondere die *Eigentumsdelikte*: Diebstahl (§ 242), Unterschlagung (§ 246) und Raub (§ 249) betreffen die Entziehung, die Sachbeschädigungstatbestände der §§ 303 ff. dagegen die Beschädigung und Zerstörung des Eigentums. Taugliches Tatobjekt ist hier demnach immer eine „fremde Sache“.

Darüber hinaus werden auch die Straftaten gegen *sonstige spezialisierte Vermögenswerte*, wie etwa Gebrauchsmöglichkeiten (z.B. § 248b, § 248c, § 290), Aneignungsrechte (z.B. die §§ 292 ff.) und Gläubigerrechte (z.B. die §§ 288, 289) zu den Vermögensdelikten im weiteren Sinn gezählt.²



hemmer-Methode: Lernen Sie effektiv: Systematisieren Sie gedanklich die Vermögensdelikte! Mit einer klaren gedanklichen Struktur finden Sie im „Ernstfall“ sofort zu den einschlägigen Vorschriften. Beachten Sie: Als Bestandteil des Vermögens wird z.B. i.R.d. § 263 auch das Eigentum gegen einen Verlust durch Täuschung geschützt. Wer die Struktur der Vermögensdelikte kennt, kann auch schwierige Abgrenzungsfälle in den richtigen Gesamtzusammenhang stellen. Ein klassischer Fall ist etwa die Abgrenzung der „Vermögensverfügung“ i.R.d. Betrugs, § 263, zur „Wegnahme“ i.S.d. Diebstahltatbestands, § 242 (vgl. hierzu Rn. 134 ff.).

1 §§ ohne Gesetzesangabe sind solche des Strafgesetzbuches (StGB).

2 Die beschriebene Einteilung der Vermögensstrafaten ist nicht frei von Überschneidungen. Gleichwohl hat sie sich durchgesetzt.

§ 2 STRAFTATEN GEGEN DAS EIGENTUM

I. Diebstahl, § 242

Prüfungsschema zu § 242 I

I. Tatbestand

1. Objektiver Tatbestand

- a) Fremde bewegliche Sache (Tatobjekt)
- b) Wegnahme (Tathandlung)

2. Subjektiver Tatbestand

- a) Vorsatz (bzgl. aller objektiven Tatbestandsmerkmale)
- b) „Absicht, sich oder einem Dritten die Sache rechtswidrig zuzueignen“
 - aa) Zueignungsabsicht
 - bb) Rechtswidrigkeit der beabsichtigten Zueignung (objektiv)
 - cc) Vorsatz bzgl. der Rechtswidrigkeit der beabsichtigten Zueignung

II. Rechtswidrigkeit

III. Schuld

IV. Evtl. § 243 (Strafzumessungsregel)

V. Evtl. § 247 bzw. § 248a (Strafantragserfordernis)

hemmer-Methode: Schemata können immer nur eine Gedächtnisstütze sein. Bedenken Sie die Gefahr schematischen Lernens: Der Überblick und der Sinn für das Wesentliche im konkreten Einzelfall können verloren gehen. Vor allem müssen Sie erkennen, bei welchem Prüfungspunkt ein Auslegungsproblem besteht und dieses anhand juristischer Argumentationstechnik nachvollziehbar lösen.

Gerade im Besonderen Teil des Strafrechts ist dafür jedoch Voraussetzung, dass Sie den Aufbau der einzelnen Delikte sicher beherrschen: Der Korrektor erwartet von Ihnen eine richtige Einordnung. Die Ausführlichkeit und die Gewichtung müssen allerdings an den Problemen des konkret zu lösenden Falls orientiert sein.

1. Taugliches Tatobjekt

Taugliches Tatobjekt des Diebstahls ist eine „*fremde bewegliche Sache*“.

a) Sache

Sachen sind nur körperliche Gegenstände (vgl. § 90 BGB).³ Auf den Aggregatzustand kommt es nicht an, solange die Sache von der Außenwelt abgrenzbar ist.

Bsp.: Gas in einer Gasflasche.

Der Sachbegriff ist nach dem Zweck des StGB und seinem natürlichen Wortsinn auszulegen, so dass z.B. auch ein Tier eine Sache im strafrechtlichen Sinn ist.⁴

Argumentieren lässt sich insoweit auch mit dem Wortlaut des § 324a I Nr. 1, der von „Tiere ... oder *andere* Sachen“ spricht. Vor allem spricht für eine Einordnung von Tieren als Sachen i.S.d. Strafrechts, dass diese sonst faktisch schutzlos wären. Nach Sinn und Zweck des Strafrechts sind somit Tiere als Sachen i.S.d. StGB anzusehen.

hemmer-Methode: Machen Sie sich klar, dass der strafrechtliche und zivilrechtliche Sachbegriff nach diesem Verständnis nicht identisch sind. Gem. § 90a S. 1 BGB sind Tiere (anders als im Strafrecht) gerade keine Sachen, auch wenn sie weitgehend als solche behandelt werden.

³ RG 29, 111.

⁴ Siehe dazu Graul, Zum Tier als Sache, JuS 2000, 215 - 220.

Ob der Körper eines *lebenden* Menschen Sachqualität hat, ist umstritten. Es handelt sich dabei um einen fest umrissenen Gegenstand, so dass vertretbar ist, auch insoweit die Sachqualität grundsätzlich zu bejahen. Jedoch ist dann eindeutig aufgrund der Grundrechte die Eigentumsfähigkeit eines lebenden Menschen zu verneinen.

Im Einzelnen ist hier vieles umstritten. Generell kann man auch zwischen *natürlichen Körperteilen des lebenden Menschen*, die mit Abtrennung zu Sachen werden (Arm des Unfallopfers) und *künstlichen Implantaten* (Rippe), die jedenfalls vor Einpflanzung oder nach Entnahme Sachqualität haben, unterscheiden.

Ebenso kontrovers diskutiert wird die Frage, ob ein *Leichnam* taugliches Tatobjekt i.S.d. § 242 sein kann. Die h.M.⁵ bejaht jedenfalls den Sachcharakter, lehnt aber das Merkmal der „Fremdheit“ ab, weil der leblose Körper zunächst herrenlos und insofern nicht eigentumsfähig sei.⁶ Eine Ausnahme wird etwa dann zugelassen, wenn die Sorgeberechtigten bezüglich des Toten zu Forschungszwecken die Überführung des Leichnams an ein Institut der Anatomie angeordnet haben und der Tote zur Überführung ausgehändigt wurde.⁷

b) Beweglichkeit der Sache

Beweglich ist eine Sache, wenn sie tatsächlich fortbewegt werden kann. Darunter fallen auch Teile von unbeweglichen Sachen i.S.d. Zivilrechts, sobald sie abgelöst wurden (z.B. ausgegrabener Baum). Voraussetzung ist demnach lediglich die *faktische Transportfähigkeit* des Gegenstandes.

3

c) Fremdheit der Sache

Eine Sache ist *fremd*, wenn sie im Allein-, Mit- oder Gesamthandseigentum eines anderen steht. Für die Beurteilung der Eigentumsverhältnisse sind die zivilrechtlichen Vorschriften über den Erwerb und Verlust des Eigentums maßgeblich.⁸ Bei der Feststellung der Fremdheit sind zwei Fragenkreise auseinander zu halten: Ist die Sache überhaupt eigentumsfähig und wenn ja, wer ist Eigentümer?

4

aa) Eigentumsfähigkeit

Eine Sache kann überhaupt nur dann fremd sein, wenn sie eigentumsfähig ist.

hemmer-Methode: Obwohl nicht eigentumsfähige Sachen als Tatobjekte des § 242 ebenso ungeeignet sind wie herrenlose Sachen, sollten Sie diese Begriffe zugunsten der dogmatischen Klarheit auseinander halten. § 958 I BGB, nach welchem über eine berechnigte Aneignung originär Eigentum an Sachen begründet werden kann, zeigt gerade, dass auch herrenlose Sachen grundsätzlich eigentumsfähig sind.

Beliebtes Klausurproblem ist in diesem Bereich die Eigentumsfähigkeit der *menschlichen Leiche*, deren Sacheigenschaft die h.M.– wie oben gezeigt – bejaht.

Nach vorzugswürdiger Auffassung sind Leichen Sachen i.S.d. StGB aber zunächst einmal herrenlos, d.h. stehen nicht im Eigentum einer Person. Jedoch ist eine Aneignung gem. § 958 BGB möglich, soweit eine Berechnigung hierzu besteht.⁹ Nur wenn dies geschehen ist, kommt die Verwirklichung von Eigentumsdelikten wie Diebstahl oder Sachbeschädigung in Betracht.

Denken Sie bei der Beschädigung oder Zerstörung von Leichen(-teilen) immer auch an § 168. Der Tatbestand der *Störung der Totenruhe* schützt nicht etwa das Eigentum, sondern das postmortale Persönlichkeitsrecht des Verstorbenen und das Pietätsgefühl der Allgemeinheit (siehe auch die systematische Stellung im Gesetz). Dabei stellt sich die Frage nach der Sachqualität bzw. Eigentumsfähigkeit also gerade nicht.

hemmer-Methode: Bei der Einäscherung Verstorbener erfolgt regelmäßig nach der Hauptverbrennung eine automatische Sortierung, bei welcher künstliche Gegenstände in ein eigenes Schubfach gelangen. Wenn nun etwa Zahngold aus einem solchen Behälter unbefugt entnommen wird, scheidet eine Strafbarkeit gem. § 242 regelmäßig daran, dass kein Berechnigter Eigentum an dem Zahngold gem. § 958 BGB durch Inbesitznahme begründet hat. Denn eine Aneignung ist dann ausgeschlossen, wenn die Asche zur Bestattung bestimmt ist. Das Zahngold ist damit „herrenlos“. Hinsichtlich einer Strafbarkeit gem. § 168 stellt sich die Frage, ob auch das Zahngold unter „Asche eines verstorbenen Menschen“ subsumierbar ist. Da darunter nach dem allgemeinen Sprachverständnis alle bei einer Verbrennung verbleibenden Rückstände zu verstehen

5 Nach a.A. besitzen menschliche Leichen als „Rückstand der Persönlichkeit“ keine Sacheigenschaft, so z.B. Maurach-Schröder, BT 1, § 32 Rn. 19.

6 Palandt-Heinrichs, Überbl. vor § 90, Rn. 11; Fischer, § 242, Rn. 8.

7 Näher zur Eigentumsfähigkeit von Leichen s.u. Rn. 4.

8 Vgl. BGHSt 6, 377 - 380.

9 Vgl. Palandt-Heinrichs, Überbl. vor § 90, Rn. 11.

bb) Nicht im Alleineigentum des Täters

Formuliert man die unter Rn. 4 gegebene Definition der Fremdheit um, so ist eine Sache fremd, wenn sie jedenfalls weder herrenlos ist noch dem Täter ausschließlich selbst gehört.

hemmer-Methode: Für die Strafbarkeit des Täters kommt es allein darauf an, ob die Sache für ihn fremd ist. Wer Eigentümer ist, muss dagegen nicht zwingend abschließend geklärt werden.

Herrenlose Sachen i.S.d. §§ 958 ff. BGB sind also nicht „diebstahlsfähig“. Sie gehören niemandem (z.B. freilebendes Wild¹¹).

Life&Law: Herrenlos und damit nicht „fremd“ i.S.d. § 242 I StGB sind u.a. Sachen, bei denen der Eigentümer in der Absicht, auf das Eigentum zu verzichten, den Besitz an der Sache aufgibt (§ 959 BGB). Die Entsorgung von Lebensmitteln eines Supermarktes in einen Abfallcontainer beinhaltet nicht zwingend einen Eigentumsverzicht. Steht der Container vielmehr abgesperrt auf dem Firmengelände zur Abholung durch ein Entsorgungsunternehmen bereit, macht der Eigentümer für Dritte deutlich erkennbar, dass keine Einwilligung bezüglich einer Mitnahme besteht, sondern das Eigentum nur zugunsten einer anderen Person – dem Entsorgungsunternehmen – aufgegeben wird.¹² Hiernach kann das sog. „Containern“ gem. § 242 I StGB strafbar sein.

Zu beachten ist, dass bei der Beurteilung der Eigentumsverhältnisse zivilrechtliche Rückwirkungsfiktionen (§§ 142 I, 1953 BGB) keine Rolle spielen, da es bei der Entscheidung über die Strafbarkeit eines bestimmten Verhaltens nur auf die aktuelle Sach- und Rechtslage ankommen kann.

5

Bsp.: Der Kaufmann K verkauft und übereignet einen Teppich an V. Wenig später nimmt er diesen Teppich aus der Wohnung des V weg. Kurz darauf ficht V die Übereignung des Teppichs wirksam an.

Obwohl K infolge der Anfechtung der Übereignung nach zivilrechtlicher Sichtweise rückwirkend (§ 142 I BGB) Eigentümer des Teppichs geworden ist, handelt es sich hierbei zum Zeitpunkt der Tat (vgl. § 8) um eine für ihn fremde Sache i.S.d. § 242, die somit ein taugliches Diebstahlsobjekt darstellt.

Steht die Sache im Alleineigentum des Täters, ist sie aber mit einem Recht eines Dritten (z.B. einem Pfandrecht) belastet, kommt ein Diebstahl von vornherein nicht in Betracht. Zu denken ist in diesem Zusammenhang aber an die Pfandkehr, § 289.

Life&Law: Der BGH hat bekräftigt, dass auch illegale Drogen taugliches Tatobjekt eines Diebstahls sein können. Allein die Tatsache, dass eine rechtsgeschäftliche Übertragung des Eigentums an § 134 BGB scheitert und der Besitz der Drogen nach dem BtMG strafbar ist, ändert nichts daran, dass z.B. beim Herstellen der Drogen Eigentum begründet wurde. Auch ist es unerheblich, wenn der tatsächliche Eigentümer nicht mehr ermittelt werden kann. Wenn A aus dem Versteck des B z.B. Heroin wegnimmt, macht er sich regelmäßig gem. § 242 strafbar.¹³

2. Tathandlung: Wegnahme

Unter einer Wegnahme versteht man den Bruch fremden und die Begründung neuen (nicht notwendig tätereigenen) Gewahrsams.

6

a) Gewahrsamsbegriff

- 10 Siehe dazu BGH, Beschluss vom 30.06.2016 – 5 StR 71/15 = Life&Law 12/2015, 909 – 915 sowie OLG Bamberg, NJW 2008, 1543 - 1547 = Life&Law 10/2008, 675 – 679 = jurisbyhemmer. (Wenn dieses Logo hinter einer Fundstelle abgedruckt wird, finden Sie die Entscheidung online unter „juris by hemmer“: www.hemmer.de.)
- 11 Beachten Sie bei der unrechtmäßigen Aneignung von Wild: Über die §§ 292, 293 wird das Aneignungsrecht des Jagdberechtigten als spezialisierte Vermögenswert geschützt. Siehe dazu Rn. 105 ff.
- 12 Vgl. BayObLG, Beschluss vom 02.10.2019 - 206 StRR 1013/19, 206 StRR 1015/19, besprochen in Life&Law 05/2020, 309 – 312 = jurisbyhemmer.
- 13 Vgl. BGH, NJW 2006, 72 - 73, besprochen in Life&Law 05/2006, 333 - 336. Kritisch insoweit Fischer, § 242, Rn. 5a sowie BGH, Beschluss vom 01.06.2016 – 2 StR 335/15 = Life&Law 11/2016, 769 – 775 = jurisbyhemmer.

Beim strafrechtlichen Gewahrsamsbegriff handelt es sich um ein *rein tatsächliches Herrschaftsverhältnis*, so dass es auf eine bestimmte Berechtigung zur Sachherrschaft nicht ankommt. Der Gewahrsamsbegriff ist daher von dem die Fremdheit der Sache bestimmenden Eigentumsbegriff (*rechtliche Herrschaftsmacht*) strikt zu trennen.

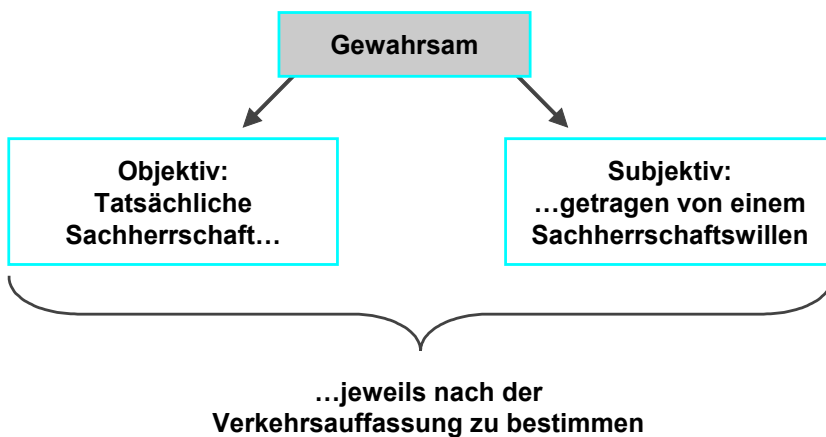
7

Der Gewahrsam des § 242 ist damit dem unmittelbaren Besitz i.S.d. § 854 BGB ähnlich, aber nicht gleichbedeutend: Der Besitzdiener (§ 855 BGB) kann Gewahrsam haben, hat aber keinen Besitz i.S.d. BGB. Der Vermieter, Verpächter, Verleiher hat zwar mittelbaren Besitz i.S.d. § 868 BGB, jedoch regelmäßig keinen Gewahrsam.

Gleiches gilt für einen Erben, welcher keine tatsächliche Sachherrschaft innehat. Die Besitzfiktion des § 857 BGB, nach welcher der unmittelbare Besitz des Erben zur Zeit des Erbfalles fingiert wird, gilt somit ebenfalls nicht im Strafrecht.¹⁴

hemmer-Methode: § 857 BGB hat den Sinn und Zweck, den gutgläubigen Dritterwerb zu Lasten der Erben über die Anwendung des § 935 BGB zu verhindern. Dies hat nichts zu tun mit dem strafrechtlichen Schutz des Eigentums, so dass diese Fiktion im StGB keine Rolle spielt.

Der Begriff des „Gewahrsams“ enthält im Wesentlichen drei Elemente: Zum einen muss der Inhaber die tatsächliche Sachherrschaft besitzen (*objektives Element*), zum anderen den Willen zur Sachherrschaft (*subjektives Element*). Beide Voraussetzungen werden durch eine Beurteilung nach der *Verkehrsauffassung*, die im Strafrecht oft auch als die „Anschauungen des täglichen Lebens“ bezeichnet wird, relativiert (*normatives Element*).



aa) Tatsächliche Sachherrschaft

Die Frage nach der Begründung der tatsächlichen Sachherrschaft ist von entscheidender Bedeutung, da erst zu diesem Zeitpunkt die Vollendung des Diebstahls eintreten kann.

8

Tatsächliche Sachherrschaft als objektives Gewahrsamselement ist dann zu bejahen, wenn der Verwirklichung des Willens zur physisch-realen Einwirkung auf die Sache unter normalen Umständen keine wesentlichen Hindernisse entgegenstehen.¹⁵

Zur Begründung der tatsächlichen Sachherrschaft ist die Herstellung einer engen räumlichen Beziehung zwischen Person und Sache erforderlich. Eine derartige enge Beziehung ist insbesondere dann gegeben, wenn Gegenstände zur eigenen Verfügung in der Kleidung, der Hand oder sonst am Körper des Täters getragen werden (sog. „Gewahrsamsenklave“).

Nach der Verkehrsauffassung besteht in objektiver Hinsicht trotz räumlicher Trennung Gewahrsam, z.B. an

- einem geparkten Fahrzeug
- einem frei herumlaufenden Haustier
- einem zurückgelassenen Unfallwagen

Auch an Sachen, die der Besitzer an einem bestimmten Ort *vergessen* hat, besteht weiter Gewahrsam, wenn der Besitzer diese ohne

14 Sch-Sch-Eser, § 242, Rn. 31; Fischer, § 242, Rn. 11.

15 Vgl. bereits RGSt 60, 271.

äußere Hindernisse zurückerlangen kann. Man spricht hier von einer *Gewahrsamslockerung*.¹⁶

Kein Gewahrsam besteht aber an *verlorenen* Sachen, wenn der bisherige Gewahrsamsinhaber den Aufenthaltsort nicht kennt. Hier hat der bisherige Inhaber die tatsächliche Einwirkungsmöglichkeit auf die Sache verloren.

Beachten Sie: Ausnahmsweise besteht auch an verlorenen Sachen weiter Gewahrsam, wenn sie im eigenen, räumlich umgrenzten Herrschaftsbereich (*Gewahrsamssphäre*; es genügt genereller Gewahrsamswille, siehe sogleich) verbleiben.

Dagegen kann neuer, fremder Gewahrsam begründet werden, wenn die Sache nicht im öffentlichen Verkehrsraum, sondern in einer fremden Gewahrsamssphäre verbleibt: So entsteht an z.B. in Gaststätten, Geschäftsräumen oder auch an in der Bahn verlorenen Sachen Gewahrsam des Inhabers der jeweiligen Räumlichkeit.

hemmer-Methode: Eigentümer und Gewahrsamsinhaber können also ohne weiteres auseinander fallen. So liegt ein Diebstahl auch vor, wenn das Opfer einen Gegenstand z.B. in einer Gaststätte verloren hat und der Täter lediglich den Gewahrsam des Gaststättenbetreibers bricht, bevor er neuen begründet.

Verliert der bisherige Gewahrsamsinhaber jedoch seinen Gewahrsam außerhalb einer solchen Gewahrsamssphäre (z.B. auf der Straße oder im Wald), so wird die Sache regelmäßig gewahrsamslos. In Betracht kommt dann nur noch eine Strafbarkeit wegen Unterschlagung, § 246 I.

hemmer-Methode: Gerade das Vergessen von Sachen in einer fremden Gewahrsamssphäre und das An-Sich-Nehmen durch einen Dritten ist häufig Prüfungsgegenstand. Wer hier § 246 statt § 242 anwendet, tappt in die Falle des Klausurerstellers.

bb) Sachherrschaftswille

Der subjektive Sachherrschaftswille wird allgemein als natürlicher Wille angesehen, d.h. auch Kinder oder Geisteskranke können diesen Willen haben¹⁷; Geschäftsfähigkeit ist gerade nicht erforderlich.

9

Gewahrsamsinhaber können mangels Willensfähigkeit keine juristischen Personen, sondern nur natürliche Personen (Menschen) sein. Bei juristischen Personen ist das jeweils zuständige Organ Träger der Sachherrschaft, z.B. der Behördenleiter einer Behörde.

Für die Ermittlung des Sachherrschaftswillens ist wiederum die Verkehrsauffassung entscheidend:

So ist ein *genereller und potentieller Gewahrsamswille* ausreichend.¹⁸ Spezialisiertes und ständig aktualisiertes Sachherrschaftsbewusstsein ist somit nicht nötig.

(1) Ein *genereller* Gewahrsamswille ist z.B. bei einem Wohnungsinhaber bzgl. aller Sachen in seiner Wohnung zu bejahen. Hier geht man davon aus, dass der Inhaber eines räumlich umgrenzten Herrschaftsbereiches regelmäßig den Willen hat, die tatsächliche Gewalt über alle Sachen auszuüben, die sich in diesem Herrschaftsbereich befinden (sog. „generell beherrschter Raum“).

Dieser Gewahrsamswille kann sich auch auf Sachen beziehen, die in der Zukunft in den eigenen Herrschaftsbereich gelangen. Demgemäß erhält man Gewahrsam an allen Briefen, die in den eigenen Briefkasten geworfen werden. Man spricht hier von einem *antizipierten Erlangungswillen*.¹⁹

Life&Law: Steckt der Täter einen Gegenstand in Zueignungsabsicht in seine Kleidung, so schließt er allein durch diesen tatsächlichen Vorgang die Sachherrschaft des Bestohlenen aus und begründet eigenen ausschließlichen Gewahrsam. Die Verkehrsauffassung weist daher im Regelfall einer Person, die einen Gegenstand in der Tasche ihrer Kleidung trägt, die ausschließliche Sachherrschaft zu, und zwar auch dann, wenn er sich noch im Gewahrsamsbereich des Berechtigten befindet.²⁰

(2) Darüber hinaus genügt auch ein sog. *potentieller Gewahrsamswille*: Bewusstlose - ebenso wie Schlafende - bleiben Gewahrsamsinhaber. Tote dagegen haben mangels Sachherrschaftswillens nie Gewahrsam. Nach h.M. hat der Bewusstlose aber auch dann bis zum Todeseintritt Gewahrsam, wenn er später stirbt, ohne das Bewusstsein wiedererlangt zu haben. Begründet wird dies vor allem damit, dass es keinen Unterschied machen kann, ob ein Bewusstloser noch einmal aus seinem Zustand „aufwacht“ oder nicht. Denn entscheidend für die Beurteilung der Strafbarkeit eines Verhaltens ist stets die konkrete Tatsituation.

16 Sch-Sch-Eser, § 242, Rn. 26.

17 Siehe BGHSt 20, 32 - 33 (33) bezüglich Betrunkener und Kinder als Gewahrsamsinhaber.

18 Sch-Sch-Eser, § 242, Rn. 30.

19 Vgl. Sch-Sch-Eser, § 242, Rn. 30.

20 Vgl. BGH, Urteil vom 06.03.2019 – 5 StR 593/18 = Life&Law 09/2019, 615 - 619 = [jurisbyhemmer](http://www.lifeandlaw.de). Unser Service-Angebot an Sie: kostenlos hemmer-club-Mitglied werden (www.hemmer-club.de) und Entscheidungen der Life&Law lesen und downloaden.

b) Mitgewahrsam

Problematisch (und damit examensrelevant) sind die Fälle, in denen mehrere Personen die tatsächliche Sachherrschaft und somit Mitgewahrsam innehaben.

10

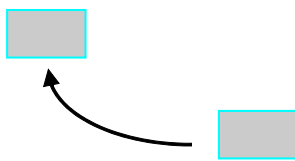
Mehrstufiger Mitgewahrsam

Konstellation 1: Gleichrangiger Mitgewahrsam



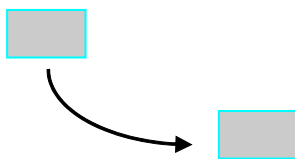
Entzug des Gewahrsams = **Wegnahme (+)**

Konstellation 2: Über- / Untergeordneter Mitgewahrsam



Entzug des Gewahrsams = **Wegnahme (+)**

Konstellation 3: Über- / Untergeordneter Mitgewahrsam



Entzug des Gewahrsams = **Wegnahme (-)**

Man unterscheidet entsprechend dem Rangverhältnis der Sachherrschaftsbeziehung *gleichrangigen* oder *über- und untergeordneten (mehrstufigen)* Mitgewahrsam. Maßgeblich für das Rangverhältnis sei die nach den sozialen Umständen zu beurteilende „Vor-, Nach- oder Gleichrangigkeit der faktischen Verfügungsmöglichkeit“.²¹

So haben z.B. Eheleute regelmäßig gleichrangigen Mitgewahrsam²² an den Einrichtungsgegenständen der Ehwohnung. Das Gleiche gilt für Mitglieder einer Wohngemeinschaft, wenn es sich um gemeinsam benutzte Räume handelt. In diesen Fällen reicht für eine Wegnahme schon der *Bruch fremden gleichrangigen Mitgewahrsams* aus.

Bei mehrstufigem Mitgewahrsam ist eine Wegnahme nur zu bejahen, wenn der Inhaber des untergeordneten Mitgewahrsams den übergeordneten Mitgewahrsam bricht. Im umgekehrten Fall kommt nur Unterschlagung (§ 246) in Betracht.

Life&Law: In gestuften Gewahrsamsverhältnissen schließt das Einverständnis des übergeordneten Gewahrsamsinhabers einen Gewahrsamsbruch und damit eine Wegnahme aus, selbst wenn der Gewahrsam des untergeordneten Gewahrsamsinhabers faktisch gebrochen wird.²³

Ein Angestellter, der allein eine Kasse zu verwalten und über deren Inhalt abzurechnen hat, hat in aller Regel Alleingewahrsam am Kasseneinhalt. Das generelle Kontroll- und Weisungsrecht des Dienstherrn gegenüber seinem Bediensteten begründet nicht ohne weiteres den Mitgewahrsam des Dienstherrn.²⁴

hemmer-Methode: Klausurrelevant wird der Streit um die Existenz und Art des Mitgewahrsams allerdings nur, wenn der Täter eine Person ist, die möglicherweise Mitgewahrsamsinhaber ist. Ist dagegen eine dritte Person, die erkennbar keinen Gewahrsam an der Sache hat, der Täter, so wäre es falsch, in der Klausur auf die Gewahrsamsverhältnisse näher einzugehen, da ohnehin fremder Gewahrsam gebrochen wird.

21 Vgl. Krey, BT-2, Rn. 25 ff.

22 Zu weiteren Beispielen vgl. Fischer, § 242, Rn. 14.

23 OLG Celle, Beschluss vom 13.11.2011 – 1 Ws355/11 = jurisbyhemmer = Life&Law 03/2012, 189 - 196.

24 BGH, Beschluss vom 16.01.2018, 4 StR 458/17 = Life&Law 09/2018, 620 - 626 = jurisbyhemmer.

c) Gewahrsam in Über- / Unterordnungsverhältnissen (Alleingewahrsam oder mehrstufiger Mitgewahrsam)

Oft ist problematisch, wer in Über- / Unterordnungsverhältnissen welchen Gewahrsam hat. In Betracht kommen sowohl Alleingewahrsam, als auch die verschiedenen Formen des Mitgewahrsams. Diskutiert werden vor allem die folgenden Fallgruppen: Bei *Arbeitern und Angestellten* in einem Dienstverhältnis (z.B. Verkäufer(innen), Hausangestellte usw.) geht man in der Regel davon aus, dass sie im Verhältnis zum Geschäftsherrn untergeordneten Mitgewahrsam haben.

11

Beispielsweise bricht die angestellte Verkäuferin, die Waren entwendet, regelmäßig den übergeordneten Gewahrsam des Geschäftsherrn und begeht daher einen Diebstahl und keine Unterschlagung.

Von dieser Regel gibt es jedoch im Einzelfall *Ausnahmen*:

Handelt es sich um kleinere Ladengeschäfte, in denen der Inhaber mitarbeitet, geht die h.M.²⁵ von Alleingewahrsam des Geschäftsherrn aus. Aufgrund seiner unmittelbaren Einwirkungsmöglichkeit erscheint der Geschäftsherr hier unter Berücksichtigung der Verkehrsanschauung als alleiniger Inhaber der tatsächlichen Gewalt. Die Ladenangestellten bezeichnet man in diesem Fall als *Gewahrsamshelfen oder Gewahrsamshüter*.

Umgekehrt kann aber auch im Einzelfall Alleingewahrsam des Angestellten bestehen: So hat z.B. die Kassiererin in einem Supermarkt Alleingewahrsam am Kasseneinhalt, wenn sie die Kasse *eigenverantwortlich* verwaltet.²⁶

Schließlich hat auch Alleingewahrsam im Verhältnis zum Geschäftsherrn, wer eine Außenfiliale selbständig leitet.²⁷

Zwischen *Lkw-Fahrern* und Geschäftsherrn kann Mitgewahrsam oder auch Alleingewahrsam des einen oder anderen bestehen.²⁸ Entscheidend ist hier, ob dem Geschäftsinhaber während der Fahrt eine hinreichende *Kontroll- und Einwirkungsmöglichkeit* verbleibt. Nach h.M. besteht bei Transporten innerhalb eines engeren Ortsbereichs Alleingewahrsam bzw. übergeordneter Mitgewahrsam des Geschäftsherrn, bei Fernfahrten dagegen Alleingewahrsam des Lkw-Fahrers.

hemmer-Methode: Merken Sie sich nicht die Einzelfälle, sondern die Grundprinzipien: Kriterien dafür, wer Gewahrsam hat, sind einerseits die Kontroll- und Einwirkungsmöglichkeit des Übergeordneten, andererseits die Eigenverantwortlichkeit des Untergeordneten.

Umstritten ist, ob ein Schlüsselhaber Gewahrsam am Inhalt von *verschlossenen Behältnissen* hat, wenn sich das Behältnis in einem fremden Herrschaftsbereich befindet. Hier unterscheidet die h.M.²⁹ danach, ob das *Behältnis frei bewegt* werden kann. Ist es fest mit einem Gebäude verbunden oder kann es nach Gewicht und Größe nur schwer bewegt werden, so besteht Alleingewahrsam des Schlüsselhabers (z.B. bei Schließfächern, Spiel- und Warenautomaten, Panzerschränken usw.).

12

Kann dagegen der Behältnisverwahrer dieses selbständig und frei wegschaffen, so steht ihm Alleingewahrsam auch am Inhalt zu, selbst wenn er den Schlüssel nicht besitzt (z.B. bei Koffern, Sammelbüchsen, usw.).

Der Leitungsinhalt von Wasser- und Gasleitungen steht nach der Verkehrsanschauung bis zur Zähleruhr im Alleingewahrsam des Versorgungsunternehmens.

hemmer-Methode: Gehen Sie bei Problemen im Bereich des Gewahrsamsbegriffs vor allem auf den Sachverhalt ein! Nochmals: Die Anerkennung eines Rangverhältnisses einzelner Mitgewahrsamsinhaber untereinander ist für das Ergebnis ohne Belang, wenn ein Dritter, der keinen Mitgewahrsam innehat, die Sache wegnimmt. Der Mitgewahrsam ist also nur dann eingehend zu erörtern, wenn es darauf auch ankommt. Verärgern Sie den Korrektor nicht mit überflüssigen Ausführungen. Kommt es allerdings auf die Mitgewahrsamsdiskussion an, ist eine saubere Argumentation gefragt.

d) Vollendung des Diebstahls

Die Wegnahme und mithin die Tatbestandsverwirklichung des § 242 ist vollendet, wenn der Täter fremden Allein- oder Mitgewahrsam gebrochen und neuen Gewahrsam an der Sache begründet hat. Die Vollendung des Diebstahls kann in zweierlei Hinsicht problematisch sein. Zum einen ist es häufig in zeitlicher Hinsicht fraglich, ob bereits ein Gewahrsamswechsel stattgefunden hat. Zum anderen kann die Tatbestandsverwirklichung aber auch daran scheitern, dass es infolge eines *tatbestandsausschließenden Einverständnisses* an einem Gewahrsamsbruch fehlt.

13

25 So ständige Rechtsprechung seit RGSt 2, 1; Sch-Sch-Eser, § 242, Rn. 33.

26 BGHSt 8, 273 - 278 (275).

27 Fischer, § 242, Rn. 12.

28 Vgl. Sch-Sch-Eser, § 242, Rn. 33.

29 Vgl. Sch-Sch-Eser, § 242, Rn. 34; BGHSt 22, 180 - 185 = jurisbyhemmer.

aa) Gewahrsamswechsel

Neuer Gewahrsam ist begründet, wenn der Täter die tatsächliche Herrschaft über eine Sache derart erlangt hat, dass ihrer Ausübung keine weiteren, wesentlichen Hindernisse mehr entgegenstehen. Eine Präzisierung dieser etwas tautologisch anmutenden Formel ist anhand verschiedener Theorien versucht worden.

14

So lässt die *Kontrektationstheorie* das Berühren der fremden Sache genügen, während die *Ablationstheorie* das Fortschaffen und die *Illationstheorie* das Bergen der Beute verlangt.

Diese Theorien haben sich jedoch als zu starr und unfähig erwiesen, den Umständen des Einzelfalls ausreichend Rechnung zu tragen. Daher folgt die h.M.³⁰ der sog. *Apprehensionstheorie*, die ein zum Gewahrsamswechsel führendes „Ergreifen“ verlangt.

hemmer-Methode: Verfehlt wäre es, diesen Theorienstreit ausführlich zu erörtern. Folgen Sie der Apprehensionstheorie, die es Ihnen ermöglicht, die Umstände des Einzelfalls mittels einer genauen Sachverhaltsanalyse in die Klausurlösung einzubringen.

Bsp.: T ist im Hause des O zu einer Party eingeladen. Auf einer Kommode entdeckt er eine wertvolle Taschenuhr. Er steckt diese in seine Jackentasche. Als er wenig später das Haus verlassen will, kommen ihm Gewissensbisse, und er legt die Uhr wieder zurück an ihren Platz.

Die Frage nach dem Gewahrsamswechsel ist hier von entscheidender Bedeutung. Befände sich die Tat nämlich noch im Versuchsstadium, wäre der T strafbefreiend durch das Zurücklegen der Uhr nach § 24 I zurückgetreten.

Bei der Bejahung des Gewahrsamswechsels und damit der Vollendung könnte dagegen diese Handlung lediglich auf der Strafzumessungsebene Berücksichtigung finden.

Im vorliegenden Fall ist eine Vollendung zu bejahen, da bei *kleinen Gegenständen* die erforderliche Sachherrschaftsbeziehung bereits durch das Einstecken hergestellt wird. Denn der vorherige Gewahrsamsinhaber kann auf Gegenstände, die sich in der Privatsphäre eines anderen befinden, nicht mehr ohne weiteres zugreifen. Ein strafbefreiender Rücktritt gem. § 24 I scheidet somit aus.

Life&Law: Für die Frage des Wechsels der tatsächlichen Sachherrschaft ist entscheidend, dass der Täter diese derart erlangt, dass er sie ohne Behinderung durch den alten Gewahrsamsinhaber ausüben kann.

Problematisch ist, ob der Täter neuen Gewahrsam begründen kann, wenn er *beobachtet* wird. Insbesondere der Ladendiebstahl wird nicht selten von Angestellten oder Hausdetektiven beobachtet. Es gilt der Grundsatz, dass eine zufällige oder planmäßige Beobachtung die Begründung neuen Gewahrsams nicht hindert. Z.B. ist die Wegnahme vollendet, selbst wenn der Kaufhausdieb beim Einstecken des Diebesgutes von Sicherheitsbeamten mit Kameras überwacht wird. Hintergrund ist, dass auch dann nach der Verkehrsauffassung im fremden Machtbereich bereits der alte Gewahrsam schon beseitigt wird. Dies ist gerechtfertigt, weil die Körpersphäre mit einem Tabu umgeben ist und der ursprüngliche Gewahrsamsinhaber nach der Lebenserfahrung mit besonderem Widerstand rechnen muss, wenn er den Gegenstand wiedererlangen möchte (Schlagwort: Der Diebstahl ist *kein heimliches Delikt*).³¹

15

In besonders gelagerten Fällen kann es jedoch am Bruch fremden Gewahrsams fehlen (vgl. auch unten Rn. 16). So verhält es sich beispielsweise, wenn der Ladeninhaber den ihm bekannten Ladendieb endlich schnappen will, indem er diesem eine Falle stellt, wobei der Täter beobachtet und vor der Tür des Kaufhauses gefasst wird. Denn die Wegnahme ist vorliegend vom Berechtigten gerade gewollt. Somit hat er nach h.M. sein Einverständnis erteilt, so dass eine Wegnahme und damit ein vollendeter Diebstahl mangels „Gewahrsamsbruchs“ ausscheidet. Der Täter handelte jedoch regelmäßig in Unkenntnis des Einverständnisses, was zu einer Strafbarkeit wegen untauglichen Diebstahlversuchs gem. §§ 242 I, II, 22, 23 I, 12 II führt.

Dagegen ist der Diebstahl bereits *vollendet*, wenn der Täter eine Sache aus einem Selbstbedienungsladen hinausträgt und beim Verlassen des Ladens ein Alarmsignal ausgelöst wird, weil die Sache mit einem elektromagnetischen Sicherungsetikett versehen ist.³²

Derartige Sicherungsmaßnahmen dienen nur der Aufdeckung der bereits erfolgten Wegnahme. Sie sollen die Rückführung der entwendeten Sache an den Berechtigten ermöglichen und verhindern daher in aller Regel nur die Beendigung und nicht die Vollendung des Diebstahls.³³

30 Vgl. BGHSt 16, 271 - 278 = jurisbyhemmer.

31 Vgl. BGH, NSTZ 1987, 71 = jurisbyhemmer.

32 Vgl. BayObLG, JA 1995, 833 m.w.N. = jurisbyhemmer.

33 Instruktiv zum Versuchsbeginn bei Diebstahlsdelikten vgl. BGH, Beschluss vom 28.04.2020 – 5 StR 15/20 = jurisbyhemmer.

Verwirklichungsstufen beim Diebstahl



bb) Tatbestandsausschließendes Einverständnis

Der Bruch fremden Gewahrsams setzt voraus, dass der Gewahrsam *ohne oder gegen den Willen* des Inhabers aufgehoben wird.

16

Ist der Gewahrsamsinhaber (nicht der Eigentümer!) mit der Wegnahme einverstanden, so liegt ein *tatbestandsausschließendes Einverständnis* vor. Dabei muss das Einverständnis nicht erklärt werden, der innere Wille des Gewahrsamsinhabers ist entscheidend.

hemmer-Methode: Beachten Sie die wichtige Abgrenzung von tatbestandsausschließendem Einverständnis und rechtfertigender Einwilligung. Ersteres kommt nur bei Delikten in Betracht, deren Tatbestand ein Handeln gegen bzw. ohne den Willen des Betroffenen voraussetzt. Dann entfällt bei der Zustimmung des Betroffenen bereits der Tatbestand, so dass es auf eine Einwilligung (Rechtfertigungsgrund!) gar nicht mehr ankommt.

Anders als bei der Einwilligung (subjektives Rechtfertigungselement erforderlich!) ist es beim Einverständnis unerheblich, ob der Täter in Kenntnis des Einverständnisses handelt. Weiß er nichts von einem tatsächlich vorliegenden Einverständnis, kommt nur ein strafbarer untauglicher Versuch in Betracht.

Fall: T wirft Falschgeld in den Zigarettenautomaten des O und nimmt die Ware mit.

Lösung:

(1.) Strafbarkeit nach § 242 I:

Da die Zigaretten aufgrund der Manipulation des T nicht wirksam gem. § 929 S. 1 BGB übereignet wurden, sind diese als fremde Sachen einzuordnen.

Zu prüfen ist ferner, ob T den Gewahrsam des O an den Tabakwaren ohne dessen Willen aufgehoben hat.

Grundsätzlich ist der Betreiber eines Warenautomaten damit einverstanden, dass Waren an Kunden ausgegeben werden.

Dieses Einverständnis kann jedoch nach der Verkehrsauffassung auch an *Bedingungen* geknüpft werden.³⁴ Nach h.M. ist der Inhaber eines Warenautomaten mit der Ausgabe der Waren nur für den Fall einverstanden, dass dieser ordnungsgemäß und mit echtem Geld bedient wird.³⁵ Im Fall liegt also kein Einverständnis und damit eine Wegnahme vor. T ist nach § 242 strafbar.

(2.) T hat darüber hinaus den Tatbestand des § 265a I 1. Var. („Erschleichen von Leistungen“) erfüllt.³⁶ Wegen der ausdrücklichen Subsidiarität des § 265a wird T nur wegen Diebstahls bestraft. Zu beachten ist in diesen Fällen auch § 147 („Inverkehrbringen von Falschgeld“).

hemmer-Methode: In den „Waren- und Spielautomatenfällen“ müssen Sie regelmäßig zwei Problemkreise diskutieren: zum einen, ob die konkrete Sache überhaupt noch „fremd“ ist. Zum anderen, ob überhaupt eine „Wegnahme“ vorliegt. Sowohl die Übereignung als auch die Gewahrsamsübertragung erfolgen nach h.M. unter der Bedingung der äußerlich ordnungsgemäßen Bedienung des Automaten.

³⁴ SK-Hoyer, § 242, Rn. 54 m.w.N.

³⁵ Vgl. OLG Celle, OLG St StGB § 242 Nr. 15; OLG Düsseldorf, NJW 2000, 158 - 159 (159) = jurisbyhemmer.

³⁶ Nach anderer Ansicht sind Warenautomaten aus teleologischen Gründen kein taugliches Tatobjekt von § 265a. Siehe hierzu Rn. 187 sowie Fischer, § 265a, Rn. 11.

cc) Abgrenzung Wegnahme – Vermögensverfügung

Anders als bei der *Wegnahme*, die ein Handeln *gegen bzw. ohne den Willen des Betroffenen* erfordert, setzt die i.R.d. § 263 zu prüfende *Vermögensverfügung* einen *täuschungsbedingten Willensentschluss* des Verfügenden voraus.

Die h.M. geht daher davon aus, dass § 242 und § 263 sich gegenseitig ausschließen. Die problematischen Einzelfälle zur Abgrenzung werden i.R.d. Ausführungen zum Betrug, vgl. Rn. 135 ff., dargestellt.

3. Subjektiver Tatbestand

Der Diebstahl ist ein Delikt mit sog. „*überschießender Innentendenz*“, d.h. er setzt im subjektiven Tatbestand neben dem Vorsatz bezüglich aller Merkmale des objektiven Tatbestands ein „Mehr“, nämlich die Absicht einer rechtswidrigen Zueignung des Täters, voraus. Häufig wird gerade im subjektiven Tatbestand des Diebstahls der Aufbau nicht beherrscht. Daher sei folgendes Aufbauschema nochmals vorangestellt:

17

Subjektiver Tatbestand:

a) Vorsatz bzgl. aller obj. Tatbestandsmerkmale

b) „Absicht, die Sache sich oder einem Dritten rechtswidrig zuzueignen“:

aa) Zueignungsabsicht (im Zeitpunkt der Wegnahme):

(1) Gegenstand der erstrebten Zueignung

(2) Die Zueignungskomponenten:

- Absicht (dolus directus 1. Grades) bezügl. einer zumindest vorübergehenden Aneignung

- Vorsatz (dolus eventualis) bezüglich einer dauerhaften Enteignung

bb) Rechtswidrigkeit der erstrebten Zueignung (= objektives Tatbestandsmerkmal)

cc) Mind. Eventualvorsatz bzgl. der Rechtswidrigkeit

a) Vorsatz bzgl. aller objektiven Tatbestandsmerkmale

Probleme tauchen hier des Öfteren im Hinblick auf die Fremdheit der Sache auf. Bei diesem Tatbestandsmerkmal handelt es sich um ein sog. *normatives* Tatbestandsmerkmal, da die Frage der Eigentumsverhältnisse und damit der Fremdheit in einem anderen Gesetz erst näher definiert wird. Bei diesem Merkmal reicht es nicht aus, dass der Täter die Tatsachen kennt, aus denen sich die Fremdheit der Sache ergibt. Zusätzlich muss dieser den rechtlich-sozialen Bedeutungsgehalt des Tatumstandes nach Laienart richtig erfasst haben (sog. *Parallelwertung in der Laiensphäre*). Ist diese Voraussetzung nicht erfüllt, liegt ein vorsatzausschließender Tatbestandsirrtum i.S.d. § 16 I vor.

17a

hemmer-Methode: Den Besonderen Teil des Strafrechts kann man nicht isoliert lernen. Der vor die Klammer gezogene Allgemeine Teil wirkt sich stets auf die einzelnen Tatbestände aus, wie Sie hier exemplarisch am Tatbestandsirrtum sehen. Beherrigen Sie daher unseren Grundsatz „Denken in Zusammenhängen“. Zum Problem des Tatbestandsirrtums bei normativen Tatbestandsmerkmalen siehe ausführlich Hemmer/Wüst, Strafrecht AT II, Rn. 329 f.

b) Absicht, die Sache sich oder einem Dritten rechtswidrig zuzueignen

Bei der Zueignungsabsicht handelt es sich um ein spezielles subjektives Tatbestandsmerkmal. Die Zueignung muss gerade nicht tatsächlich (objektiv) eingetreten sein.

18

Es genügt vielmehr, dass der Täter sie beabsichtigt hat. Maßgeblicher Zeitpunkt für das Vorliegen der Zueignungsabsicht ist der Moment der Wegnahme (d.h. der Vollendung des Diebstahls).

Bevor auf die subjektiven Komponenten im Einzelnen eingegangen wird, muss zunächst geklärt werden, was nach h.M. Gegenstand der Zueignung ist.