

# **Strafrecht - Besonderer Teil II**

**Straftaten gegen das Vermögen**

**von**

**Dr. jur. Rolf Schmidt**

**Professor an der Hochschule  
der Polizei Hamburg**

**und**

**Dr. jur. Klaus Priebe**

**Rechtsanwalt in Berlin**

**9. Auflage 2010**

# Gliederung

<b>Einführung .....</b>	<b>1</b>
<b>1. Kapitel – Diebstahl und Unterschlagung .....</b>	<b>3</b>
<b>A. Diebstahl (§ 242) .....</b>	<b>3</b>
I. Tatbestand.....	6
1. Objektiver Tatbestand.....	6
a. Tatobjekt: Fremde bewegliche Sache .....	6
aa. Begriff der Sache .....	6
bb. Beweglichkeit der Sache.....	9
cc. Fremdheit der Sache .....	10
dd. Unterscheidung zwischen Eigentum, Besitz und Gewahrsam .....	10
ee. Begriff der Herrenlosigkeit.....	13
b. Tathandlung: Wegnahme.....	15
aa. Begriff des Gewahrsams .....	15
bb. Sonderfälle des Gewahrsams .....	17
a.) Genereller Gewahrsamswille .....	17
b.) Gewahrsam durch mehrere Personen (Mitgewahrsam) .....	18
c.) Verwahrung .....	20
cc. Bruch fremden Gewahrsams.....	22
dd. Begründung neuen Gewahrsams .....	27
ee. Vollendung und Beendigung des Diebstahls.....	31
2. Subjektiver Tatbestand.....	32
a. Allgemeiner Tatbestandsvorsatz .....	32
b. Absicht, die Sache sich oder einem Dritten rechtswidrig zuzueignen .....	33
aa. Enteignungskomponente .....	34
bb. Aneignungskomponente .....	35
cc. Insbesondere: Vereinigungstheorie .....	38
dd. Sonderfälle .....	42
ee. Problem der Drittzueignungsabsicht.....	47
c. Rechtswidrigkeit der (erstrebten) Zueignung.....	49
II. Rechtswidrigkeit und III. Schuld.....	53
IV. Mittäterschaft und Beihilfe .....	53
V. Konkurrenzen .....	53
<b>B. Besonders schwerer Fall des Diebstahls (§ 243) .....</b>	<b>54</b>
I. Regelbeispieltechnik des StGB.....	54
II. Rechtsnatur des § 243 als Strafzumessungsregel .....	56

III. Einzelne Regelbeispiele .....	58
1. Regelbeispiel des § 243 I S. 2 Nr. 1 .....	58
2. Regelbeispiel des § 243 I S. 2 Nr. 2 .....	61
3. Regelbeispiel des § 243 I S. 2 Nr. 3 .....	64
4. Regelbeispiele des § 243 I S. 2 Nr. 4-7 .....	64
IV. Teilnehmerstrafbarkeit und § 28 .....	64
V. § 243 und „Versuch“ .....	65
1. Diebstahl versucht – Regelbeispiel verwirklicht .....	65
2. Diebstahl verwirklicht - Regelbeispiel gewollt, aber nicht verwirklicht .....	66
3. Diebstahl versucht - Regelbeispiel gewollt, aber ebenfalls nicht verwirklicht .....	67
VI. Ausschluss durch § 243 II (Geringwertigkeit der Sache) .....	68
VII. Strafverfolgungsvoraussetzungen .....	71
VIII. Konkurrenzen / Aufbauregeln .....	72

### **C. Diebstahl mit Waffen, Banden- und Wohnungseinbruchdiebstahl**

#### **(§ 244) ..... 74**

I. Tatbestand .....	76
1. Objektiver Tatbestand .....	76
a. Diebstahl mit Waffen/anderen gefährlichen Werkzeugen, § 244 I Nr. 1a .....	76
aa. Begriff der Waffe i.S.v. § 244 I Nr. 1a Var. 1 .....	77
bb. Anderes gefährliches Werkzeug i.S.v. § 244 I Nr. 1a Var. 2 .....	79
cc. Tathandlung: Beisichführen .....	83
dd. Sonderproblem „Teiltrücktritt“ von der Qualifikation .....	85
ee. Sonderproblem „zum Waffentragen verpflichtete Personen“ .....	86
b. Diebstahl mit sonstigen Werkzeugen und Mitteln, § 244 I Nr. 1b .....	88
c. Bandendiebstahl, §§ 244 I Nr. 2, 244a .....	91
aa. Problemaufriss .....	91
bb. Mindestmitgliederzahl und erforderliche Organisationsstruktur .....	91
cc. Unter <i>Mitwirkung</i> eines anderen Bandenmitglieds .....	93
dd. Strafbarkeit des Teilnehmers .....	97
ee. Schwerer Bandendiebstahl, § 244a .....	97
d. Wohnungseinbruchdiebstahl, § 244 I Nr. 3 .....	98
2. Subjektiver Tatbestand .....	100
II. Rechtswidrigkeit und III. Schuld .....	100

### **D. Unbefugter Gebrauch eines Fahrzeugs (§ 248 b) ..... 101**

I. Tatbestand .....	101
II. Konkurrenzen .....	101

<b>E. Unterschlagung (§ 246)</b> .....	<b>102</b>
I. Tatbestand.....	104
1. Tatobjekt: Fremde bewegliche Sache.....	104
2. Tathandlung: (Dritt-)Zueignung.....	105
a. Manifestation des Zueignungswillens.....	105
aa. Zueignungswille .....	105
bb. Äußerlich erkennbarer Zueignungsakt .....	106
b. Rechtswidrigkeit der Zueignung.....	108
c. Sonderproblem unverlangt zugesendete Sachen .....	109
d. Erneute bzw. wiederholte Zueignung/Zueignung nach einer Zueignung .....	111
e. Gleichzeitige Zueignung und Subsidiaritätsanordnung .....	113
f. Qualifikation der veruntreuenden Unterschlagung (§ 246 II) .....	114
3. Vorsatz .....	115
II. Rechtswidrigkeit und III. Schuld.....	115
IV. Haus- und Familienunterschlagung/Unterschlagung geringwertiger Sachen .....	115
V. Wahlfeststellung zwischen Diebstahl und Unterschlagung .....	115
<b>2. Kapitel – Raub und raubähnliche Delikte</b> .....	<b>118</b>
<b>A. Raub (§ 249)</b> .....	<b>118</b>
I. Tatbestand.....	120
1. Objektiver Tatbestand .....	120
a. Tatobjekt: Fremde bewegliche Sache .....	120
b. Tathandlung: Wegnahme unter Einsatz qualifizierter Nötigungsmittel .....	120
aa. Wegnahme .....	120
bb. Qualifizierte Nötigungsmittel.....	122
a.) Gewalt gegen eine Person .....	122
b.) Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben .....	126
cc. Gewalt oder Drohung als Mittel zur Wegnahme (finale Verknüpfung). .....	127
2. Subjektiver Tatbestand.....	130
II. Rechtswidrigkeit und III. Schuld.....	133
IV. Mittäterschaft und Teilnahme.....	133
1. Mittäterschaft und (Dritt-)Zueignungsabsicht .....	133
2. Sukzessive Mittäterschaft .....	133
3. Sukzessive Beihilfe .....	135
4. Abstiftung, Aufstiftung, Umstiftung und sonstige Tatplanänderung .....	137
V. Konkurrenzen .....	139

<b>B. Schwerer Raub (§ 250)</b> .....	<b>140</b>
I. Qualifikationstatbestand des § 250 I .....	141
1. Objektiver Tatbestand .....	141
a. Raub mit Waffen/anderen gefährlichen Werkzeugen, § 250 I Nr. 1a.....	141
aa. Begriff der Waffe i.S.v. § 250 I Nr. 1a Var. 1 .....	142
bb. Anderes gefährliches Werkzeug i.S.v. § 250 I Nr. 1a Var. 2.....	144
cc. Tathandlung: Beisichführen.....	145
dd. „Teilrücktritt von der Qualifikation“.....	146
ee. „Berufswaffenträger“.....	146
b. Raub mit sonstigen Werkzeugen oder Mitteln, § 250 I Nr. 1b.....	146
c. Gesundheitsgefährdender Raub, § 250 I Nr. 1c .....	150
d. Bandenraub, § 250 I Nr. 2 .....	151
2. Subjektiver Tatbestand.....	151
3. Typische Irrtumskonstellationen .....	152
II. Qualifikationstatbestand des § 250 II.....	152
1. Objektiver Tatbestand .....	152
a. Raub unter Verwendung einer Waffe oder eines anderen gefährlichen Werkzeugs, § 250 II Nr. 1 .....	152
b. „Bandenraub“ unter Beisichführen von Waffen, § 250 II Nr. 2 .....	156
c. Schwere körperliche Misshandlung, § 250 II Nr. 3a.....	156
d. Bringen des Opfers in die Gefahr des Todes, § 250 II Nr. 3b .....	157
2. Subjektiver Tatbestand.....	157
III. Minder schwerer Fall des Raubs .....	157
IV. Konkurrenzen .....	157
 <b>C. Raub mit Todesfolge (§ 251)</b> .....	 <b>158</b>
I. Grundlagen und Struktur .....	158
II. Eintritt der schweren Folge <i>Tod eines anderen Menschen</i> .....	160
III. Tatbestandsspezifischer Gefahrzusammenhang zw. Raub und Tod.....	161
1. Realisierung der dem Grunddelikt anhaftenden spezifischen Gefahr .....	161
2. Zeitliche Grenzen des Gefahrzusammenhangs .....	162
IV. Subjektive Beziehung zur schweren Folge: Leichtfertigkeit.....	164
V. Versuch des § 251.....	164
1. Erfolgsqualifizierter Versuch .....	165
2. Versuchte Erfolgsqualifikation.....	166
3. Rücktritt vom erfolgsqualifizierten Versuch.....	170
VI. Selbstschädigung des Opfers und Eingreifen Dritter in das Geschehen.....	171
VII. Beteiligung am Raub mit Todesfolge.....	171
VIII. Konkurrenzen.....	172

<b>D. Räuberischer Diebstahl (§ 252)</b> .....	<b>173</b>
I. Tatbestand.....	175
1. Objektiver Tatbestand .....	175
a. Vortat: Diebstahl, aber auch Raub .....	175
b. Vollendung der Vortat .....	175
c. Auf frischer Tat betroffen.....	177
d. Verüben von Gewalt oder Anwendung von Drohungen mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben.....	178
2. Subjektiver Tatbestand.....	178
II. Rechtswidrigkeit und Schuld .....	179
III. Versuch des § 252.....	179
IV. Beteiligungsfälle.....	179
V. Konkurrenzen .....	182
 <b>E. Räuberischer Angriff auf Kraftfahrer (§ 316a)</b> .....	 <b>183</b>
I. Tatbestand.....	185
1. Objektiver Tatbestand .....	185
2. Subjektiver Tatbestand.....	192
II. Rechtswidrigkeit und III. Schuld.....	192
IV. Versuch und Rücktritt vom Versuch.....	192
V. Erfolgsqualifikation <i>Tod eines anderen Menschen</i> .....	193
VI. Milder schwerer Fall .....	193
VII. Konkurrenzen.....	193
 <b>3. Kapitel – Betrug und Untreue</b> .....	 <b>195</b>
<b>A. Einführung in die Betrugstatbestände</b> .....	<b>195</b>
I. Betrug (§ 263) .....	195
II. Computerbetrug (§ 263a).....	196
III. Subventionsbetrug (§ 264) .....	196
IV. Kapitalanlagebetrug (§ 264a) .....	196
V. Versicherungsmissbrauch (§ 265) .....	196
VI. Erschleichen von Leistungen (§ 265a) .....	197
VII. Kreditbetrug (§ 265b) .....	199
VIII. Gebühren- und Abgabenüberhebung (§ 352 und § 353) .....	199
 <b>B. Betrug (§ 263)</b> .....	 <b>200</b>
I. Tatbestand.....	203
1. Objektiver Tatbestand.....	203
a. Täuschung über Tatsachen .....	203

aa. Täuschungs- und Tatsachenbegriff .....	203
bb. Arten der Täuschung .....	209
a.) Ausdrückliche Täuschung .....	210
b.) Konkludente Täuschung .....	210
c.) Täuschung durch Unterlassen .....	216
b. Irrtum.....	221
c. Vermögensverfügung.....	229
aa. Handeln, Dulden, Unterlassen .....	230
bb. Verfügungsbewusstsein (beim Sachbetrug) .....	230
cc. Unmittelbarkeit der Vermögensminderung als Kriterium für die Abgrenzung von Diebstahl und Sachbetrug .....	230
dd. „Dreiecksbetrug“ – Abgrenzung von Diebstahl in mittelbarer Täterschaft und Sachbetrug im Dreipersonenverhältnis .....	235
ee. Sog. Prozessbetrug als Sonderfall des Dreiecksbetrugs .....	238
ff. Vermögensminderung als „Verfügungserfolg“ .....	240
a.) Vermögensschaden als Begriffselement der Vermögensverfügung .....	240
b.) Begriff des Vermögens .....	240
d. Vermögensschaden .....	247
aa. Begriff des Vermögensschadens.....	247
bb. Berechnung des Vermögensschadens/der Kompensation .....	248
a.) Objektive Komponente .....	248
aa.) Marktwert der Leistung .....	248
bb.) Konkrete Vermögensgefährdung als Schaden i.S.d. § 263 .....	248
(a.) Eingehungsbetrug .....	249
(b.) Anstellungsbetrug als Sonderfall des Eingehungsbetrugs .....	250
(c.) Fehlende Bonität .....	251
(d.) Prozessbetrug .....	252
(e.) Gutgläubiger Erwerb vom Nichtberechtigten.....	252
b.) Individuelle Komponente.....	254
aa.) „Persönlicher Schadenseinschlag“ .....	254
bb.) Bewusste Selbstschädigung (Spenden-, Bettel- und Schenkungsbetrug) .....	256
cc. Sonstige Fallgruppen eines Vermögensschadens.....	257
a.) Erfüllungsbetrug .....	257
b.) Ausschreibungs- oder Submissionsbetrug.....	258
2. Subjektiver Tatbestand.....	259
a. Vorsatz und Absicht.....	259
b. Stoffgleichheit .....	259
c. Rechtswidrigkeit des erstrebten Vermögensvorteils.....	260

II. Rechtswidrigkeit und III. Schuld.....	261
IV. Besonders schwere Fälle des Betrugs (§ 263 III).....	261
V. Tatbestandsqualifikation (§ 263 V).....	263
VI. Strafverfolgungsvoraussetzungen/-hindernisse.....	263
VII. Teilnahme und Konkurrenzen.....	263
<b>C. Computerbetrug (§ 263a) .....</b>	<b>265</b>
I. Tatbestand.....	267
1. Objektiver Tatbestand.....	267
a. Unrichtige Gestaltung des Programms (§ 263a I Var. 1).....	267
b. Verwendung unrichtiger oder unvollständiger Daten (§ 263a I Var. 2).....	268
c. Unbefugte Verwendung von Daten (§ 263a I Var. 3).....	269
d. Sonstige unbefugte Einwirkung auf den Ablauf (§ 263a I Var. 4).....	285
2. Subjektiver Tatbestand.....	288
II. Rechtswidrigkeit und III. Schuld.....	288
IV. Versuch (§ 263 II), Strafzumessungsregel (§ 263 III) und Qualifikation (§ 263 V) gem. § 263a II.....	288
V. Strafbare Vorbereitung (§ 263a III) und tätige Reue (§ 263a IV) .....	288
<b>D. Missbrauch von Scheck- und Kreditkarten (§ 266b).....</b>	<b>289</b>
<b>E. Übersicht über die Konstellationen des Code- und Kreditkartenmissbrauchs .....</b>	<b>294</b>
<b>F. Ausspähen und Abfangen von Daten (§§ 202a – 202 c) .....</b>	<b>294</b>
<b>G. Untreue (§ 266) .....</b>	<b>300</b>
I. Objektiver Tatbestand .....	301
1. Missbrauchstatbestand (§ 266 I Var. 1).....	301
a. Täter: Der Treuepflichtige.....	301
b. Tatobjekt: Fremdes Vermögen .....	302
c. Befugnis, über fremdes Vermögen zu verfügen oder einen anderen zu verpflichten .....	302
d. Tathandlung: Missbrauch der eingeräumten Befugnis .....	303
e. Erfordernis einer Vermögensbetreuungspflicht?.....	304
2. Treubruchstatbestand (§ 266 I Var. 2).....	305
a. Vermögensbetreuungspflicht .....	305
b. Sog. Ganovenuntreue.....	308
c. Untreue durch Unterlassen? .....	309
3. Vermögensschaden als Taterfolg .....	310

II. Subjektiver Tatbestand.....	311
III. Rechtswidrigkeit und Schuld .....	311
IV. Täterschaft und Teilnahme.....	311
V. Strafzumessungsgesichtspunkte/Antragserfordernisse .....	311
VI. Konkurrenzen .....	311
<b>4. Kapitel – Erpressung und räuberische Erpressung.....</b>	<b>312</b>
I. Tatbestand.....	314
1. Objektiver Tatbestand .....	314
2. Subjektiver Tatbestand.....	322
II. Rechtswidrigkeit und III. Schuld.....	324
<b>5. Kapitel – Geld- und Wertzeichenfälschung, §§ 146-152.....</b>	<b>325</b>
<b>A. Geldfälschung (§ 146) .....</b>	<b>325</b>
I. Tatbestand des § 146 I.....	325
1. Objektiver Tatbestand des § 146 I Nr. 1 .....	325
a. Tatobjekt .....	325
b. Tathandlungen .....	326
aa. Nachmachen .....	326
bb. Verfälschen.....	326
c. Vollendung .....	326
2. Subjektiver Tatbestand des § 146 I Nr. 1 .....	327
3. Objektiver Tatbestand des § 146 I Nr. 2 .....	328
4. Subjektiver Tatbestand des § 146 I Nr. 2 .....	329
5. Inverkehrbringen nach § 146 I Nr. 3 .....	329
II. Rechtswidrigkeit und III. Schuld.....	329
IV. Qualifikationstatbestand des § 146 II .....	329
V. Minder schwere Fälle, § 146 III .....	330
VI. Konkurrenzen .....	330
<b>B. Inverkehrbringen von Falschgeld (§ 147) .....</b>	<b>330</b>
<b>C. Übungsfall zu §§ 146, 147 .....</b>	<b>331</b>
<b>D. Wertzeichenfälschung (§ 148) .....</b>	<b>331</b>
<b>E. Schutz des bargeldlosen Zahlungsverkehrs (§ 152a und b) .....</b>	<b>332</b>
<b>6. Kapitel – Hehlerei .....</b>	<b>333</b>
I. Tatbestand.....	335
1. Objektiver Tatbestand .....	335

a. Tatobjekt .....	335
b. Vortat: Gegen fremdes Vermögen gerichtete rechtswidrige Vortat	
eines anderen .....	335
aa. Vortat .....	335
bb. Vortäter .....	336
cc. „erlangt“ .....	337
dd. Fortbestehen der rechtswidrigen Vermögenslage.....	337
ee. Zeitliches Verhältnis der Hehlereihandlung zur Vortat .....	340
ff. Abgrenzung zur straflosen Ersatzhehlerei .....	341
c. Tathandlungen: Ankaufen, Sichverschaffen, Absetzen, Absetzenthelfen .....	342
aa. Ankaufen oder sonst einem Dritten oder sich verschaffen .....	343
bb. Absetzen .....	343
cc. Absatzhilfe .....	345
2. Subjektiver Tatbestand.....	346
II. Rechtswidrigkeit und III. Schuld.....	347
IV. Strafantrag.....	347
V. Täterschaft und Teilnahme.....	348
VI. Konkurrenzen .....	349
VII. Qualifikationen, §§ 260, 260a.....	348
1. § 260 I Nr. 1 (Gewerbsmäßige Hehlerei).....	348
2. § 260 I Nr. 2 (Bandenhehlerei) .....	348
3. § 260a (gewerbsmäßige Bandenhehlerei).....	348
<b>7. Kapitel – Geldwäsche (§ 261) .....</b>	<b>350</b>
I. Tatbestand.....	351
1. Objektiver Tatbestand .....	351
2. Subjektiver Tatbestand.....	353
3. Tatbestandseinschränkungen.....	353
a. Sozial- und berufsadäquate Verhaltensweisen .....	354
b. Verdeckte Ermittlungen .....	355
II. Rechtswidrigkeit und III. Schuld.....	356
IV. Strafzumessungsregelung gem. § 261 IV.....	356
V. Tätige Reue gem. § 261 IX S. 1 .....	356
VI. Konkurrenzverhältnis zur Hehlerei.....	356
<b>8. Kapitel – Sachbeschädigung/Veränderung des Erscheinungsbilds .358</b>	
I. Tatbestand.....	359
1. Objektiver Tatbestand .....	359
a. Tatobjekt <i>Fremde Sache</i> .....	359

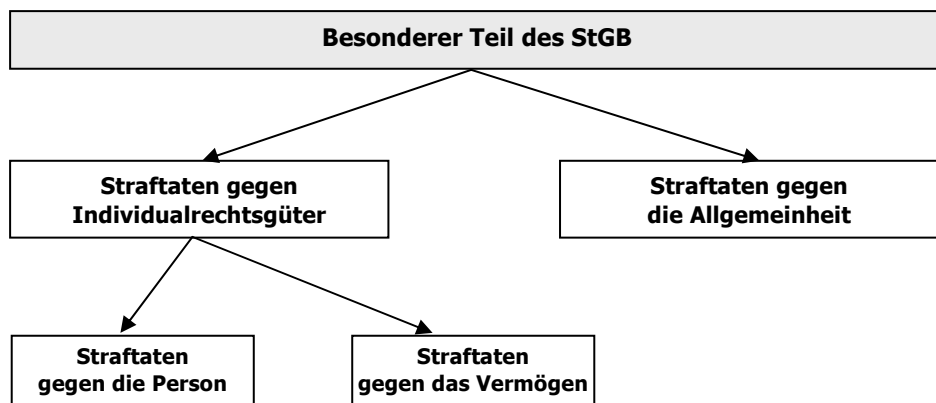
b. Tathandlung des § 303 I.....	360
aa. Zerstören (§ 303 I Var. 2) .....	360
bb. Beschädigung (§ 303 I Var. 1) .....	361
a.) Substanzverletzung .....	361
b.) Nachhaltige Brauchbarkeitsminderung .....	361
c. Verunstalten als Sachbeschädigung i.S.v. § 303 II n.F.....	362
aa. Substanzverletzung.....	362
bb. Verändern des Erscheinungsbilds .....	363
d. Abgrenzung zur Sach- und Nutzungsentziehung .....	366
e. Beschädigen einer bereits beschädigten Sache .....	367
f. Sachbeschädigung durch Unterlassen .....	368
2. Subjektiver Tatbestand.....	368
II. Rechtswidrigkeit .....	368
III. Schuld .....	368
IV. Strafantrag, § 303c .....	368
V. Konkurrenzen .....	368
VI. Übungsfall zu § 303 I .....	369
<b>9. Kapitel – Sonstige Straftaten gegen das Vermögen.....</b>	<b>370</b>
<b>A. Pfandkehr (§ 289).....</b>	<b>370</b>
I. Tatbestand.....	370
1. Objektiver Tatbestand .....	370
2. Subjektiver Tatbestand.....	373
II. Rechtswidrigkeit und III. Schuld.....	373
IV. Strafantrag gem. § 289 III.....	373
<b>B. Vollstreckungsvereitelung (§ 288) .....</b>	<b>374</b>
I. Tatbestand.....	375
1. Objektiver Tatbestand .....	375
a. Tatsituation: Eine dem Täter drohende Zwangsvollstreckung .....	375
b. Tatobjekt: Bestandteile seines Vermögens .....	377
c. Tathandlungen: Veräußern und Beiseiteschaffen .....	377
aa. Veräußern – die „rechtliche“ Vereitelung .....	377
bb. Beiseiteschaffen – die „tatsächliche“ Vereitelung .....	378
2. Subjektiver Tatbestand.....	379
II. Rechtswidrigkeit und III. Schuld.....	379
IV. Strafantrag, § 288 II .....	379
V. Konkurrenzen .....	379

<b>C. Jagdwilderei (§ 292)</b> .....	<b>380</b>
I. Tatbestand.....	381
1. Objektiver Tatbestand .....	381
a. Dem Wild nachstellen, es fangen, erlegen oder zueignen, § 292 I Nr. 1.....	381
aa. Tatobjekt: Herrenloses lebendes Wild .....	381
bb. Tathandlungen: Nachstellen, Fangen, Erlegen oder Zueignen.....	382
b. Zueignen, Beschädigen oder Zerstören einer Sache, die dem Jagdrecht unterliegt, § 292 I Nr. 2 .....	382
c. Verletzung fremden Jagdrechts oder Jagdausübungsrechts.....	383
2. Subjektiver Tatbestand.....	383
II. Rechtswidrigkeit und III. Schuld.....	384
IV. Strafzumessungsgesichtspunkte, § 292 II.....	384
V. Strafantrag gem. § 294.....	385
VI. Konkurrenzen .....	385
<b>D. Fischwilderei (§ 293)</b> .....	<b>385</b>

## Einführung

Die strafbarkeitsbegründenden Bestimmungen des StGB sind in den 30 Abschnitten der §§ 80 ff. bis 358 enthalten und werden als *Besonderer Teil* bezeichnet. Allerdings lässt sich dem gesetzlichen Aufbau kein klares Ordnungsprinzip entnehmen. Daher hat sich allgemein ein Ordnungsprinzip durchgesetzt, das sich an den geschützten Rechtsgütern orientiert. Dementsprechend werden zunächst Straftaten, die gegen Individualrechtsgüter gerichtet sind, von solchen, die Rechtsgüter der Allgemeinheit betreffen, unterschieden. Die Individualdelikte wiederum unterteilen sich in Straftaten gegen die Person und gegen das Vermögen.

1

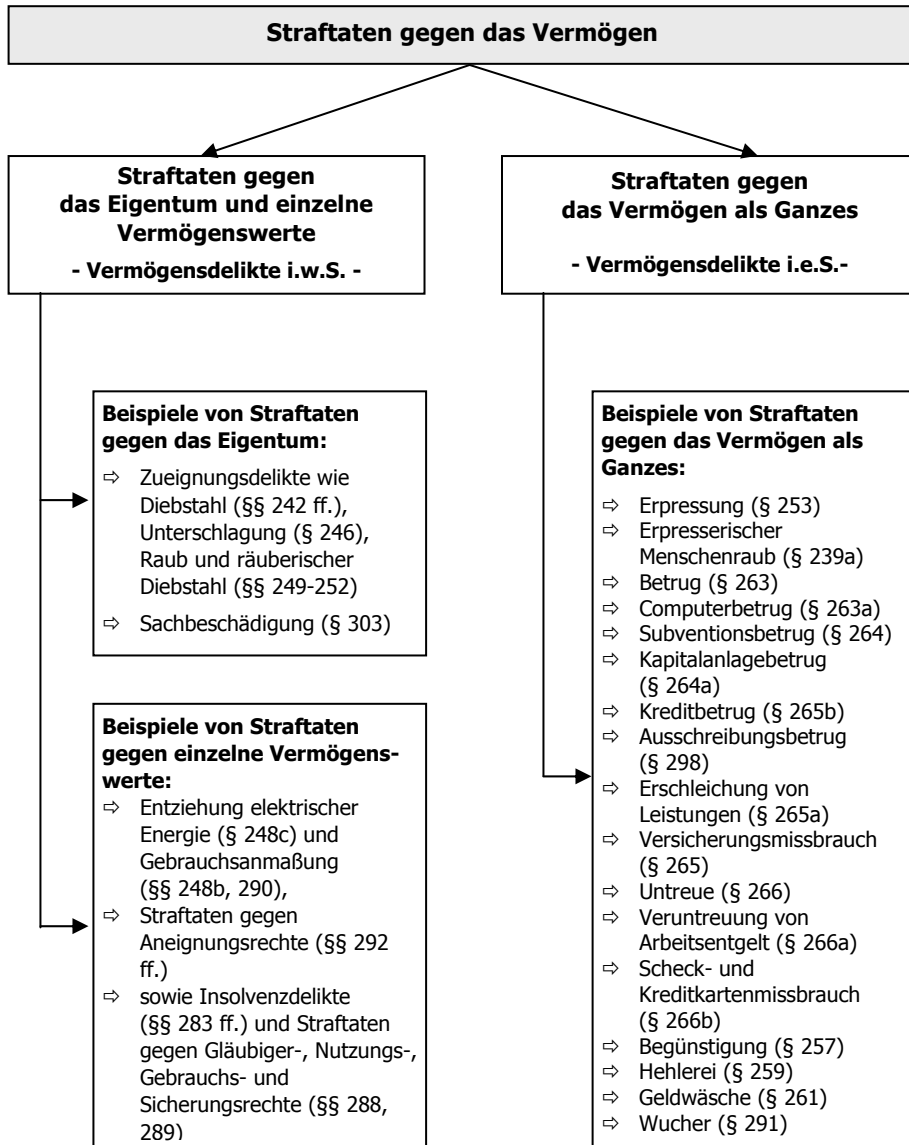


Während die Straftaten gegen die Person und die Allgemeinheit bei *Schmidt/Priebe*, BT I behandelt werden, sind Gegenstand der vorliegenden Bearbeitung die Straftaten gegen das Vermögen (sog. Vermögensdelikte). Diese wiederum lassen sich in Straftaten gegen das Eigentum und einzelne Vermögensgüter auf der einen Seite und Straftaten gegen das Vermögen als Ganzes auf der anderen Seite unterteilen. Man spricht insoweit auch von Vermögensdelikten im weiteren und engeren Sinne.

1a

Die Straftaten gegen das Eigentum und einzelne Vermögenswerte kennzeichnen sich dadurch, dass das Vermögen nicht als Ganzes, sondern nur in seinen einzelnen Erscheinungsformen (als Gebrauchsrecht, Aneignungsrecht oder dergleichen) und unabhängig davon Schutz genießt, ob es zu einem Vermögensschaden kommt. Demgegenüber bezieht das Gesetz bei den typischen Vermögensdelikten im engeren Sinn das Vermögen als Ganzes mit all seinen wirtschaftlich fassbaren Werten (z.B. Forderungen, Besitz, Anwartschaften) in den Schutzbereich ein. Allerdings besteht ein Schutz nur dann, wenn das Vermögen des Opfers per Saldo einen wirtschaftlichen Schaden (Vermögensschaden) erleidet.

1b



1c Freilich ist diese Einteilung nicht frei von Einwänden und Überschneidungen. Das gilt insbesondere hinsichtlich solcher Delikte, die mehrere Rechtsgüter schützen. So wird bei § 316 a (räuberischer Angriff auf Kraftfahrer) angenommen, er schütze zum einen das Vermögen des Opfers, zum anderen (wegen des systematischen Standorts bei den gemeingefährlichen Straftaten) auch die Sicherheit des Straßenverkehrs. Letztlich kommt es im Rahmen einer Fallbearbeitung auf solche Fragen auch nicht an. Wichtig ist allein, das geschützte Rechtsgut zu kennen, weil sich die Auslegung von Tatbestandsmerkmalen stets an diesem zu orientieren hat.

# 1. Kapitel – Diebstahl und Unterschlagung

## A. Diebstahl (§ 242)

Im Bereich der Vermögensdelikte bildet (neben dem Betrug) der Diebstahl den zentralen Tatbestand. **Geschützte Rechtsgüter** sind – da der Diebstahl eine Eigentumsverletzung *durch Wegnahme* der Sache zwecks Anmaßung einer eigentümerähnlichen Position darstellt (*se ut dominum gerere*<sup>1</sup>) – nach zutreffender Auffassung<sup>2</sup> das **Eigentum und der Gewahrsam**. Diese doppelte Schutzrichtung ist nicht nur akademischer Natur, sondern hat zur Folge, dass auch der (bloße) Gewahrsamsinhaber unabhängig von der Rechtmäßigkeit des Sachgewahrsams (z.B. der Dieb) bestohlen werden kann.<sup>3</sup> Daneben spielt die Antragsbefugnis (§§ 247, 248a) eine Rolle.

Objektiv setzt der Diebstahlstatbestand die Wegnahme einer fremden beweglichen Sache voraus, wobei regelmäßig das Merkmal „Wegnahme“ problematisch ist. Für die Verwirklichung des subjektiven Tatbestands ist Vorsatz bezüglich aller objektiven Tatbestandsmerkmale erforderlich. Darüber hinaus muss der Täter die *Absicht* haben, sich oder einem Dritten die Sache rechtswidrig zuzueignen (sog. Zueignungsabsicht). Die Zueignung selbst braucht dabei nicht vollzogen zu sein. Es genügt die bloße Intention. Auch die Zueignungsabsicht kann problematisch werden.

**Hinweis für die Fallbearbeitung:** In der gutachtlichen Prüfung ist der Diebstahl regelmäßig vom Raub, von der Unterschlagung, dem Betrug, der Sachentziehung, der Sachbeschädigung und der Gebrauchsanmaßung abzugrenzen:

- Erfolgt die Wegnahme mit Gewalt, ist i.d.R. der **Raub** (§ 249) einschlägig.
- Scheitert die Verwirklichung des Tatbestands an der Wegnahme, ist **Unterschlagung** (§ 246) zu prüfen.
- Erfolgt der Gewahrsamsübergang nicht durch eine Wegnahme, sondern (täuschungsbedingt) durch eine Weggabe, ist **Betrug** (§ 263) zu prüfen.
- War die weggenommene Sache für den Täter nicht fremd, kommt regelmäßig **Pfandkehr** (§ 289) in Betracht.
- Scheitert der Diebstahl an der Zueignungsabsicht, kommen **Gebrauchsanmaßung** (§ 248b oder § 290) oder **Sachbeschädigung** (§ 303 I) in Betracht.

Im Übrigen sei bereits an dieser Stelle darauf hingewiesen, dass sämtliche im Folgenden dargestellte Probleme des Diebstahls prüfungsrelevant sind. Eine Darstellung, welche die Probleme verschweigt, suggeriert eine nicht gegebene Einfachheit und wird den Prüfungsanforderungen nicht gerecht.

Eine **ausführliche Diebstahlprüfung** findet sich bei *Schmidt/Priebe*, Fälle zum Strafrecht II, Fall 1 Rn 1 ff.

In systematischer Hinsicht normiert **§ 242 den Grundtatbestand des Diebstahls**. Die (in der Fallbearbeitung nach Bejahung des § 242 zu prüfende) *Strafzumessungsvorschrift* des § 243 I nennt einige Regelbeispiele für die Annahme eines besonders schweren Falls des Diebstahls. Darüber hinaus existieren einige unselbstständige und selbstständige Abwandlungen<sup>4</sup>:

<sup>1</sup> Lateinisch: Sich als Eigentümer gerieren.

<sup>2</sup> BGHSt 10, 400, 401; 29, 319, 323; BGH NJW 2001, 1508; SK-Hoyer, vor § 242 Rn 12; Lackner/Kühl, § 242 Rn 1; LK-Ruß, vor § 242 Rn 3; Rengier, BT I, § 2 Rn 1. An dieser doppelten Schutzrichtung des § 242 hat auch das 6. StrRG 1998, wonach es bei der Unterschlagung seit dem nicht mehr auf den Gewahrsam ankommt, nichts geändert (a.A. Fischer, § 242 Rn 2; Wessels/Hiltenkamp, BT 2, Rn 57a; Müko-Schmitz, § 242 Rn 8; SK-Hoyer, § 242 Rn 1; Sch-Sch-Eser, § 242 Rn 2: kein isolierter Gewahrsamsschutz durch § 242).

<sup>3</sup> Nach der Gegenmeinung wird in einem solchen Fall das Rechtsgut Eigentum erneut verletzt, wodurch sich an der Strafbarkeit des Täters aber nichts ändert.

<sup>4</sup> Zu den diesbezüglichen Definitionen vgl. R. Schmidt, AT, Rn 75 ff.

## Diebstahl (§ 242)

- *Unselbstständige Abwandlungen* sind § 244 (Diebstahl mit Waffen, Bandendiebstahl, Wohnungseinbruchdiebstahl) und § 244a (Schwerer Bandendiebstahl). Diese Tatbestände stellen zugleich Qualifikationen zu § 242 dar. § 247 (Haus- und Familiendiebstahl) und § 248a (Diebstahl und Unterschlagung geringwertiger Sachen) sind Privilegierungen prozessualer Art.
- *Selbstständige Abwandlungen* sind in § 248b (Unbefugter Gebrauch eines Fahrzeugs) und § 248c (Entziehung elektrischer Energie) normiert.

**3a** Der Tatbestand des Diebstahls enthält mehr als **30 Probleme**, die immer wieder in Klausuren (insbesondere Examensklausuren) anzutreffen sind und daher sicher beherrscht werden müssen. Die wichtigsten sind,

- ob **Leichen** oder Teile des **menschlichen Körpers** oder **Tiere** Sachen sein können (strafrechtlicher oder zivilrechtlicher Sachbegriff? ⇒ Rn 10 ff.),
- ob Sachen eines **Verstorbenen** für den Täter fremd sind (⇒ Rn 17 f.),
- ob **illegale** Sachen eigentumsfähig sind (⇒ Rn 19),
- unter welchen Voraussetzungen eine Sache oder ein Tier **herrenlos** ist (⇒ Rn 20 ff.)
- ob das Merkmal *fremd* erfüllt ist, wenn der Täter ohne zu bezahlen **tankt** (⇒ Rn 65 ff., 270), ohne zu bezahlen Waren aus **Automaten** nimmt (⇒ Rn 62, 510, 680) oder das Opfer bei der Herausgabe von **Wechselgeld** täuscht (⇒ Rn 69, 593),
- ob ein Gewahrsam an einer Sache besteht, wenn das Opfer keinen unmittelbaren Zugriff darauf hat (sog. **faktischer oder sozial-normativer Gewahrsam** (⇒ Rn 28 ff., 61 ff.),
- wie es sich auswirkt, wenn mehrere Personen Gewahrsam haben (**Mitgewahrsam/ mehrstufiger Gewahrsam** ⇒ Rn 41 ff.),
- unter welchen Voraussetzungen **neuer Gewahrsam** begründet wird („Kaufhausfälle“/ Gewahrsamsenklaue ⇒ Rn 70 ff.),
- welche Anforderungen an die Zueignungsabsicht zu stellen sind und wie die Zueignung von der bloßen **Gebrauchsanmaßung/Sachentziehung** abzugrenzen ist (⇒ Rn 86 ff.),
- die Bestimmung der Reichweite der **Drittzueignungsabsicht** (⇒ Rn 109 ff.) und
- wann die (erstrebte) Zueignung **rechtswidrig** ist (⇒ Rn 113 ff.) ist.

**4** Es empfiehlt sich folgender Prüfungsaufbau:

<b>Diebstahl (§ 242)</b>
<p><b>I. Tatbestand</b></p> <p><b>1. Objektiver Tatbestand</b></p> <p>Wegnahme einer fremden beweglichen Sache</p> <ul style="list-style-type: none"><li>▪ <b>Sachen</b> i.S.d. § 242 sind alle <b>körperlichen Gegenstände</b> i.S.d. § 90 BGB, und zwar unabhängig von deren wirtschaftlichen Wert und deren Aggregatzustand, solange sie von der Außenwelt abgrenzbar sind. Bei Zueignung unkörperlicher Objekte greifen Spezialtatbestände wie §§ 248c, 265a StGB, § 106 UrhG.</li><li>▪ <b>Beweglich</b> sind alle Sachen, die tatsächlich fortbewegt werden können. Unter gewissen Abweichungen vom Zivilrecht (vgl. §§ 94, 95 BGB) gelten auch solche Sachen als beweglich, die zum Zweck der Wegnahme erst beweglich gemacht werden müssen.</li><li>▪ <b>Fremd</b> sind die Sachen, wenn sie weder im Alleineigentum des Täters stehen noch herrenlos sind. Die Frage nach dem <i>Alleineigentum</i> beantwortet sich ausschließlich nach den Vorschriften des <i>Bürgerlichen Rechts</i> über den Erwerb und den Verlust von Eigentum. Nicht im Alleineigentum stehen daher Sachen bei Mit- oder Gesamthands-</li></ul>

eigentum oder bei Vorbehalts- und Sicherungseigentum. Bei Ansichnahme eigener Sachen greift der untaugliche Versuch, ggf. auch § 289. Bei Leichenteilen oder Implantaten, die Leichen entnommen werden, greift grundsätzlich § 168. *Herrenlos* sind die Sachen, die in niemandes Eigentum stehen oder stehen können (etwa freie Luft, fließendes Wasser, aber auch in Freiheit befindliche oder wieder dort hin gelangte Tiere, vgl. dazu auch §§ 960, 961 BGB); diese können nicht Diebstahlsobjekt, wohl aber Tatobjekt der Jagd- bzw. Fischwilderei nach §§ 292, 293 sein. Etwas anderes gilt freilich für Tiere in Wildgehegen („Tiergärten“) oder für Fische in privaten Gewässern („Fischteiche“). Diese können taugliche Diebstahlsobjekte sein. Auch entlaufene Haustiere werden noch nicht allein durch das Entlaufen herrenlos (wohl aber gewahrsamslos). Darüber hinaus sind Sachen herrenlos, an denen der Eigentümer in der Absicht des Eigentumsverzichts den Besitz aufgegeben hat (sog. *Dereliktion*, vgl. § 959 BGB).

- **Wegnahme** bedeutet Bruch fremden und Begründung neuen, nicht notwendigerweise eigenen Gewahrsams. **Gewahrsam** ist die von einem natürlichen Herrschaftswillen getragene tatsächliche (auch gelockerte) Sachherrschaft eines Menschen über eine Sache bzw. die sozial-normative Zuordnung einer Sache zur Gewahrsamssphäre eines Menschen. Fremder Gewahrsam wird **gebrochen**, wenn er ohne oder gegen den Willen des Gewahrsamsinhabers aufgehoben wird. Bei Mitgewahrsam ist Wegnahme nur gegenüber einem gleichrangigen oder übergeordneten Gewahrsamsinhaber möglich. Anderenfalls ist § 246 zu prüfen. Liegt ein **Einverständnis** vor, ist das Merkmal der Wegnahme nicht erfüllt (Beispiel: Diebesfalle). Hier ist entweder §§ 242, 22 oder § 246 zu prüfen. Gewahrsam wird **begründet**, wenn der Täter die tatsächliche Sachherrschaft derart erlangt hat, dass ihrer Ausübung keine weiteren Hindernisse mehr entgegenstehen. Wird Gewahrsam erschlichen, entfällt § 242. Möglich sind aber §§ 263, 263a, 265a.

## 2. Subjektiver Tatbestand

- **Vorsatz** bzgl. aller objektiven Tatbestandsmerkmale (*dolus eventualis* genügt) und
- **Absicht**, die Sache sich oder einem Dritten rechtswidrig zuzueignen: *Zueignungsabsicht* liegt vor, wenn der Täter die Sache wegnimmt, um sie unter Anmaßung einer eigentümerähnlichen Stellung zumindest *vorübergehend* der eigenen Vermögenssphäre einzuverleiben (**Aneignungsabsicht**) und um sie der Verfügungsgewalt des Berechtigten dauerhaft zu entziehen (**Enteignungsvorsatz**). Dabei ist bezüglich der auch nur *vorübergehenden* Aneignung *dolus directus* 1. Grades erforderlich, während für die Enteignung (wegen ihrer Dauerhaftigkeit) bereits *dolus eventualis* genügt. Jede der Komponenten kann problematisch werden. So ist die *Enteignung* von der grundsätzlich straflosen Gebrauchsanmaßung abzugrenzen, die *Aneignung* von der bloßen Sachentziehung, der Sachbeschädigung und von der Eigenmacht.

Schließlich muss die beabsichtigte Zueignung **rechtswidrig** sein. Es handelt sich hier (wie bei der Zueignungsabsicht des § 249 und den Bereicherungsabsichten der §§ 253 und 263) um ein objektives Tatbestandsmerkmal, das im Rahmen des subjektiven Tatbestands zu prüfen und von der Rechtswidrigkeit als allgemeines Verbrechensmerkmal zu unterscheiden ist. Rechtswidrig ist die Zueignungsabsicht, wenn der Täter keinen fälligen, einredefreien Anspruch auf gerade die weggenommene Sache hat. Bei *Speziesschuld* (Stückschuld) ist ein solcher Anspruch ohne weiteres denkbar, bei *Gattungsschuld* liegt das Aussonderungsrecht beim Schuldner (§ 243 BGB). Ein Sonderproblem besteht hinsichtlich Geldschulden.

## II. Rechtswidrigkeit (als allgemeines Verbrechensmerkmal)

Es gelten die allgemeinen Grundsätze.

## III. Schuld

Es gelten die allgemeinen Grundsätze.

## I. Tatbestand

### 1. Objektiver Tatbestand

- 5 Der objektive Tatbestand des Diebstahls besteht in der Wegnahme einer (für den Täter) fremden beweglichen Sache.

#### a. Tatobjekt: Fremde bewegliche Sache

##### aa. Begriff der Sache

- 6 **Sachen** i.S.d. § 242 sind alle **körperlichen Gegenstände** i.S.d. § 90 BGB, und zwar unabhängig von deren wirtschaftlichen Wert und deren Aggregatzustand, solange sie von der Außenwelt (räumlich) abgrenzbar sind.<sup>5</sup>
- 7 Fehlt es an der **räumlichen Abgrenzbarkeit** des Objekts (Wasser, Luft etc.), scheidet unabhängig von der Frage, ob bereits die Sacheigenschaft<sup>6</sup> oder erst die Eigentumsfähigkeit<sup>7</sup> zu verneinen sind, Diebstahl im Ergebnis unstreitig aus.
- 8 Da sich die Tauglichkeit des Tatobjekts auf *körperliche* Gegenstände beschränkt, fallen konsequenterweise **Daten, Forderungen** und andere **Rechte** aus dem Schutzbereich heraus (insofern ist es juristisch inkorrekt, von „Raubkopie“ oder „Softwarediebstahl“ zu sprechen). Ein körperlicher Gegenstand und damit tauglicher Diebstahlsgegenstand ist aber das **Medium**, auf dem die Daten oder die Rechte gespeichert bzw. verbrieft sind.

**Beispiele:** Das Papier, auf dem die Forderung oder das sonstige Recht verbrieft ist, die Maestro-Karte (früher: ec-Karte), mit deren Hilfe Geld vom Geldautomaten entnommen werden kann, oder die CD bzw. DVD, auf der das Computerprogramm, welches das Ergebnis einer geistigen Leistung darstellt, gespeichert ist, können aufgrund ihrer Körperlichkeit taugliche Diebstahlsobjekte sein.

Jedoch ist in solchen Fällen mit Blick auf den geringen Substanz- bzw. Herstellungswert des Mediums stets die Geringwertigkeitsklausel des § 248a in Betracht zu ziehen, sofern man den Wert der Sache auf das Medium, nicht auf den dokumentierten Wert bezieht. Gerade dies scheint aber unangemessen, da der Materialwert z.B. eines Sparbuchs oder einer Maestro-Karte zwar nur wenige Cent beträgt, dem Täter durch die Verwendung aber der Zugang zu Vermögenswerten eröffnet wird, die weit über der Geringwertigkeit liegen können. Daher ist es sachgerecht, die Geringwertigkeitsklausel nicht auf Sparbücher, Wertpapiere oder (andere) Zugangsschlüssel anzuwenden.<sup>8</sup>

**Beispiele:** Bei einem Handtaschendiebstahl entwendet T die Maestro-Karte. Kurze Zeit später hebt er damit von einem Geldautomaten 500,- € ab (die dazu erforderliche PIN hatte er ebenfalls auf einem Zettel notiert in der Handtasche entdeckt).

Bei der Maestro-Karte handelt es sich um eine Sache. Da ihr Materialwert aber nur wenige Cent beträgt, wäre daran zu denken, die Geringwertigkeitsklausel des § 248a anzuwenden. Das scheint jedoch in Anbetracht des Umstands, dass der Täter 500,- € abgehoben hat, unangemessen. T hat sich daher eines Diebstahls schuldig gemacht. Darauf, ob ein Strafantrag gestellt wird oder die Strafverfolgungsbehörde ein öffentliches Interesse an der Strafverfolgung bejaht (§ 248a), kommt es daher nicht an. Zur Frage nach der Strafbarkeit in anderen Konstellationen vgl. Rn 94, 107 f. und 681 ff.

<sup>5</sup> Lackner/Kühl, § 242 Rn 1; Sch/Sch-Eser, § 242 Rn 9; Fischer, § 242 Rn 3.

<sup>6</sup> So LK-Ruß, § 242 Rn 1.

<sup>7</sup> So Sch/Sch-Eser, § 242 Rn 9.

<sup>8</sup> Zur Erinnerung: Es geht nicht um die Frage, ob geringwertige Sachen aus dem Diebstahlstatbestand herauszuhalten sind, sondern ausschließlich um die Anwendung des § 248a.

Zu verneinen ist die Körperlichkeit des Tatobjekts auch hinsichtlich **elektrischer Energie**. Deren Verlust wird von § 248c geschützt. § 242 ist aber auch hier einschlägig, sofern es um den Gewahrsamsverlust des Speichermediums (etwa der Batterie) geht. 9

Unstreitig ist der lebende **menschliche Körper** *keine* Sache. Denn die verfassungsrechtlich garantierte Menschenwürde (Art. 1 I GG) verbietet es, den lebenden Menschen zu einem bloßen (Diebstahls-)Objekt „herabzustufen“. Das gilt auch hinsichtlich des noch **ungeborenen Menschen** (*nasciturus*)<sup>9</sup> und des außerhalb des Mutterleibs befindlichen **Embryos**. Ein Problem bereitet aber die Frage, ob abgetrennte **Körperteile**, **Leichen** oder **Leichenteile** sowie **Implantate** vom Sachbegriff umfasst sind. Insgesamt ergibt sich folgende Übersicht: 10

### Lebender Mensch:

Die Menschenwürde verbietet es, den lebenden Menschen, den noch ungeborenen Menschen und den außerhalb des Mutterleibs befindlichen Embryo wie eine Sache zu behandeln.

### Abgetrennte Körperteile lebender Menschen:

Dagegen wird die Sacheigenschaft von Körperteilen, die vom Körper abgetrennt sind, überwiegend bejaht. Abgetrennte Körperteile sind keine Träger von Menschenwürde und können daher ohne weiteres dem Begriff des körperlichen Gegenstands i.S.d. § 242 unterfallen.<sup>10</sup>

Eine Besonderheit besteht jedoch, wenn das Körperteil (etwa Blut) zu dem Zweck entnommen wurde, es anschließend wieder dem Körper zuzuführen (etwa Eigenblutspende). Für den Bereich des Schadensersatzrechts nimmt der BGH in Zivilsachen in derartigen Fällen an, dass nur *vorübergehend* entnommene Körperbestandteile auch während der Lagerung außerhalb des Körpers mit diesem eine funktionale Einheit bilden. Ihre Beschädigung oder Vernichtung sei daher Körperverletzung i.S.d. § 242 BGB und begründe einen Schadensersatzanspruch.<sup>11</sup> Überträgt man diese Wertung auf das Strafrecht<sup>12</sup>, hat dies zur Folge, dass extrakorporale Körperteile, die – wie etwa zur Eigenblutspende vorgesehene Blutkonserven – dem Körper zum Zweck der Reimplantation entnommen wurden, *keine* Sachen i.S.d. Strafrechts sind. Stirbt aber der Rechtsguthaber vor der Reimplantation, müssen die zu Lebzeiten entnommenen Körperbestandteile rechtlich genauso behandelt werden wie verstorbene Menschen.

### Leichen und Leichenteile:

- Teilweise wird dem Körper eines Verstorbenen mit Blick auf die Menschenwürde die Sachqualität abgesprochen. Als „Rückstand der Persönlichkeitsrechte des Verstorbenen“ seien Leichen keine Sachen.<sup>13</sup>
- Demgegenüber geht die ganz h.M. von einer Sachqualität des menschlichen Leichnams aus. Denn im Falle des Ablebens greife die der Sacheigenschaft entgegenstehende Menschenwürde nicht mehr.<sup>14</sup>

### Implantate, die sich im lebenden Körper befinden:

- Eine Auffassung<sup>15</sup> steht auf dem Standpunkt, dass sämtliche Implantate mit Einpflanzung in den menschlichen Körper ihre Sachqualität verlieren.

<sup>9</sup> BVerfGE 88, 203, 252; R. Schmidt, Grundrechte, 12. Aufl. 2010, Rn 228 ff.

<sup>10</sup> SK-Hoyer, § 242 Rn 4; Sch/Sch-Eser, § 242 Rn 10; LK-Ruß, § 242 Rn 4; Wessels/Hillenkamp, BT 2, Rn 65.

<sup>11</sup> Vgl. BGHZ 124, 52, 54.

<sup>12</sup> So Sch/Sch-Eser, § 242 Rn 10; Fischer, § 242 Rn 8.

<sup>13</sup> RGZ 100, 170; OLG München NJW 1976, 1805; Kießling, NJW 1969, 533, 543; vgl. auch Maurach/Schröder/Maiwald, BT 1 (9. Aufl. 2003), § 32 Rn 19 (jedenfalls keine Sachqualität, solange noch Pietätsbindung besteht).

<sup>14</sup> AG Rosenheim NSTZ 2003, 318; LK-Ruß, § 242 Rn 5/10; SK-Hoyer, § 242 Rn 4; Lackner/Kühl, § 242 Rn 2; Joecks, vor § 242 Rn 8; MüKo-Schmitz, § 242 Rn 25; Sch/Sch-Eser, § 242 Rn 10.

<sup>15</sup> Lackner/Kühl, § 242 Rn 2; SK-Hoyer, § 242 Rn 5; Hardtung, JuS 2008, 864. Davon zu unterscheiden sind solche Gegenstände, die nicht fest in den Körper implantiert werden wie z.B. Hörgeräte oder übergestülpte Prothesen. Bei diesen bleibt die Sacheigenschaft auch während der Anhaftung am Körper erhalten.

- Die Gegenauffassung<sup>16</sup> unterscheidet zwischen Substitutiv-Implantaten und Supportiv-Implantaten.<sup>17</sup> Das Implantat sei nur dann ein fester Bestandteil des Körpers (und damit sei die Sacheigenschaft zu verneinen), wenn es als *Ersatz* für ein defektes Körperteil fungiere. Sei das Implantat dagegen nur ein *Hilfsmittel*, bleibe die Sacheigenschaft bestehen.

### Implantate, die sich im toten Körper befinden:

Unstreitig sind Implantate, die sich im Leichnam befinden, Sachen im Rechtssinne. Fraglich ist jedoch die Fremdheit (dazu sogleich).

Kann demnach in bestimmten Fällen die Sacheigenschaft von Körperteilen, Leichen, Leichenteilen und Implantaten bejaht werden, genügt dies allein noch nicht, um die Diebstahlsauglichkeit zu bejahen. Denn die Sache muss auch **fremd** sein. Unabhängig von der bei Rn 13 ff. noch näher zu erläuternden Definition, wonach Sachen fremd sind, wenn sie nicht im *Alleineigentum* des Täters stehen und nicht *herrenlos* sind, muss die Sache auch **eigentumsfähig** sein. Die Eigentumsfähigkeit ist insbesondere bei Leichen zu verneinen, wenn sie zur Bestattung bestimmt sind und damit der Pietätsbindung unterliegen (ein Aneignungsrecht gem. § 958 I BGB ist in diesem Fall wegen § 958 II BGB ausgeschlossen).<sup>18</sup> Zudem fehlt die Fremdheit, weil der Körper Verstorbener gerade wegen der nicht gegebenen Eigentumsfähigkeit nicht im Wege der Universalsukzession (§ 1922 BGB) Bestandteil des Nachlasses sein kann und daher auch nicht die Erben Eigentum am Leichnam erwerben können. Daher sind auch die mit dem verstorbenen Körper nach wie vor in funktionaler Einheit stehenden Implantate eigentumsunfähig und können nicht Diebstahlsobjekt sein.<sup>19</sup> In Fällen dieser Art kommt somit nicht die Verwirklichung der §§ 242, 246 oder § 303 I in Betracht, sondern ausschließlich die des **§ 168**. Das gilt auch für Implantate, die aus Leichen entnommen werden.<sup>20</sup> Ausnahmsweise, wenn eine Leiche zur Organspende vorgesehen oder nicht zur Bestattung, sondern zu Anatomiezwecken bestimmt ist oder eine Mumie oder ein Skelett darstellt, ist das Verhältnis der Strafnormen umgekehrt.<sup>21</sup>

**Übungsfall:** Aus Angst, mit Hepatitis oder Aids angesteckt zu werden, spendet O vor der geplanten Herzoperation sein eigenes Blut, damit ihm dieses (und nicht fremdes) während der Operation zugeführt wird. Doch bevor es zu einer Bluttransfusion kommt, stirbt O während der Operation. Der Assistenzarzt Dr. A sieht sofort eine gute Gelegenheit, die Blutkonserven des O an ein gut zahlendes Privatklinikum zu verkaufen. In der Nacht öffnet er den Kühlschrank, in dem die Blutkonserven aufbewahrt werden, und entnimmt die des O. Darüber hinaus verschafft er sich Zutritt zum Institut für Rechtsmedizin, um aus dem toten Körper des O noch das erst kürzlich implantierte Titan-Hüftgelenk herauszunehmen, da das Privatklinikum auch daran Interesse angemeldet hat. Am nächsten Morgen übergibt er alles an das Privatklinikum. Die Witwe des O stellt Strafanzeige. Strafbarkeit des Dr. A?

<sup>16</sup> Sch/Sch-Eser, § 242 Rn 10; MüKo-Schmitz, § 242 Rn 24; Wessels/Hillenkamp, BT 2, Rn 66; anders Bringewat, JA 1984, 61, 63 (stets Sachqualität).

<sup>17</sup> Substitutiv-Implantate sind Implantate, die als Ersatz für Körperteile eingepflanzt werden (Beispiele: künstliches Hüftgelenk; künstliche Zähne); Supportiv-Implantate sind Implantate, die defekten Körperteilen als Zusatz bzw. Hilfsmittel beigelegt werden (Beispiele: Herzschrittmacher, Zahnfüllungen).

<sup>18</sup> Vgl. AG Rosenheim NSTZ 2003, 318 f.; Safferling/Menz, Jura 2008, 382, 384.

<sup>19</sup> Vgl. SK-Hoyer, § 242 Rn 5; LK-Ruß, § 242 Rn 4/9; Lackner/Kühl, § 242 Rn 4-7; OLG Bamberg NJW 2008, 1543, 1544; Jahn, JuS 2008, 1086, 1087; a.A. Safferling/Menz, Jura 2008, 382, 383.

<sup>20</sup> Zu § 168, wenn der Täter Zahngold aus der Asche im Krematorium verbrannter Leichen nimmt, vgl. OLG Bamberg NJW 2008, 1543, 1544. Vgl. auch Jahn, JuS 2008, 1086 ff. Ob neben § 168 auch § 189 vorliegt, ist eine Sachverhaltsfrage. Ebenso eine Sachverhaltsfrage ist es, ob ein versuchter Diebstahl vorliegt, wenn der Täter irrtümlich von der Fremdheit der Implantate ausgeht. Vgl. dazu und zu der Frage, ob ein (versuchter) Betrug vorliegt, wenn der Täter die Implantate an gutgläubige Dritte veräußert, Rn 630a.

<sup>21</sup> Vgl. LK-Ruß, § 242 Rn 10; Palandt-Ellenberger, Überbl. v. § 90 BGB, 69. Aufl. 2010, Rn 11; MüKo-Holch, § 90 BGB, 5. Aufl. 2006, Rn 33; Jahn, JuS 2008, 457, 458 und JuS 2008, 1086 ff.; Kudlich, JA 2008, 391, 392; Schramm, JuS 2008, 678, 680.

Die Lösung des Falls steht auf der Internetseite des Verlags [www-verlag-rolf-schmidt.de](http://www-verlag-rolf-schmidt.de) zum kostenlosen Download bereit.

Dass Eigentum und Besitz an **Tieren** dem Schutz der Strafrechtsordnung unterstehen, ist im Ergebnis unstrittig. Streittig ist lediglich die rechtsdogmatische Herleitung. **11**

- Ein Teil der Literatur versteht den strafrechtlichen Sachbegriff als einen **selbstständigen**, vom Zivilrecht unabhängigen öffentlich-rechtlichen Begriff, dessen Zweckbestimmung nur dem Strafrecht selbst zu entnehmen sei. Fordere das Strafrecht den Schutz einer Sache, fielen auch Tiere unter den Sachbegriff, da diese den gleichen Schutz verlangten wie nicht lebende Sachen.<sup>22</sup>
- Die auch hier vertretene Gegenauffassung geht hingegen von einem **einheitlichen** Sachbegriff aus.<sup>23</sup> Sind demnach der zivilrechtliche und der strafrechtliche Sachbegriff identisch, gilt zwar die in § 90a S. 1 BGB getroffene Regelung („Tiere sind keine Sachen“) auch für das Strafrecht, was jedoch nicht bedeutet, dass Tiere nicht von § 242 StGB geschützt wären. Denn § 90a S. 3 BGB erklärt die für Sachen geltenden Vorschriften, soweit nichts anderes bestimmt ist, auf Tiere für entsprechend anwendbar. Dem steht auch nicht das strafrechtliche Analogieverbot entgegen, da es sich vorliegend nicht um eine lückenfüllende Analogie durch den Rechtsanwender, sondern um die Anwendung einer gesetzlichen Vorschrift kraft ausdrücklicher gesetzlicher Anordnung handelt.<sup>24</sup> Daher sind nach richtiger Auffassung Tiere zwar keine Sachen, die Tauglichkeit eines Tieres als Diebstahlsobjekt ergibt sich aber aus § 90a S. 3 BGB i.V.m. § 242 I StGB.

**Hinweis für die Fallbearbeitung:** Da sich die beiden Begründungsmodelle im Ergebnis nicht voneinander unterscheiden, kann in der Fallbearbeitung eine Entscheidung zugunsten einer der genannten Ansichten dahinstehen.

## bb. Beweglichkeit der Sache

**Beweglich** sind alle Sachen, die tatsächlich fortbewegt werden können. **12**

Mit Blick auf die Tathandlung (die Wegnahme), gelten – anders als im Zivilrecht (vgl. §§ 94, 95 BGB)<sup>25</sup> – auch solche Sachen als beweglich, die zum Zweck der Wegnahme erst beweglich gemacht werden müssen.<sup>26</sup> Denn das Schutzbedürfnis des Eigentümers erstreckt sich auch auf Sachen, die (nach gewisser Einwirkung) fortgeschafft werden *können*.

**Beispiele von beweglichen Sachen:** ausgebrochene Goldzähne; das im Beispiel von Rn 10 genannte künstliche Hüftgelenk; Latten von Lattenzäunen; Feldfrüchte (Rüben, Getreide, Beeren u.ä.), die mit dem Boden fest verbunden sind; Gras, das von fremden Schafen oder Kühen abgefressen wird; Bestandteile von Gebäuden wie Fenster, Türen, auf dem Dach montierte Solarplatten etc. Zu beachten ist, dass durch das Ablösen dieser Sachen regelmäßig auch Tateinheitlich der Tatbestand der Sachbeschädigung (§ 303 I) erfüllt ist.

<sup>22</sup> *Wessels/Hillenkamp*, BT 2, Rn 15; *MK-Wieck-Noodt*, § 303 Rn 8; *Fischer*, § 242 Rn 3; *Küper*, Jura **1996**, 205, 206; *Graul*, JuS **2000**, 215, 219; *Fahl*, Jura **2005**, 273, 274.

<sup>23</sup> *Sch/Sch-Eser*, § 242 Rn 9; *Lackner/Kühl*, § 242 Rn 2; *Gropp*, JuS **1999**, 1041, 1042.

<sup>24</sup> Wie hier *Kreß/Baenisch*, JA **2006**, 707, 718.

<sup>25</sup> Vgl. dazu *R. Schmidt*, BGB AT, 6. Aufl. **2009**, Rn 144 f.

<sup>26</sup> Vgl. *LK-Ruß*, § 242 Rn 3; *NK-Kindhäuser*, § 242 Rn 14; *Lackner/Kühl*, § 242 Rn 4; *Sch/Sch-Eser*, § 242 Rn 11; *MüKo-Schmitz*, § 242 Rn 39; *Wessels/Hillenkamp*, BT 2, Rn 67. Eine Mindermeinung (*SK-Hoyer*, § 242 Rn 9) will die Beweglichkeit der Sache zivilrechtsakzessorisch verstehen. Danach wären z.B. auf dem Dach eines Gebäudes befestigte Solarplatten – da sie nach den zivilrechtlichen Vorschriften (§ 94 II BGB) wesentliche Bestandteile der Immobilie sind – im Zeitpunkt der Demontage durch den Täter (noch) keine beweglichen Sachen i.S.d. § 242. Da sie jedoch durch die Demontage zu beweglichen Sachen werden, liegt – wenn der Täter sie mitnimmt – auf der basis der M.M. ein Fall der Unterschlagung (§ 246) vor. Denn zum Zeitpunkt des Abtransports hat sie der Täter bereits in seinem Gewahrsam (das verkennt *Schramm*, JuS **2008**, 678, 680).

**cc. Fremdheit der Sache**

- 13 **Fremd** sind die Sachen, wenn sie nicht im *Alleineigentum* des Täters stehen und nicht *herrenlos* sind.<sup>27</sup>
- 14 Die Frage nach dem **(Allein-)Eigentum** beantwortet sich nicht nach (ungeschriebenen) eigenständigen strafrechtlichen Kriterien, sondern nach den **sachenrechtlichen** Vorschriften des **Bürgerlichen Rechts** über den Erwerb und den Verlust von Eigentum<sup>28</sup>, insbesondere nach §§ 903 ff., 873, 929 ff., 946 ff., 1370, 1922 BGB (siehe bereits Rn 10). Daraus folgt: Ist nach Bürgerlichem Recht die Eigentumslage unstrittig und befindet sich die Sache nicht im Alleineigentum des Täters, genügt i.d.R. *diese* Feststellung. Ist umgekehrt die zivilrechtliche Eigentumslage unklar, bedarf es auch im Strafrecht einer entsprechenden Prüfung der sachenrechtlichen Zuordnung.

**dd. Unterscheidung zwischen Eigentum, Besitz und Gewahrsam**

- 15 Eine Legaldefinition des Begriffs *Eigentum* besteht nicht. Aus einer Gesamtschau der §§ 903 ff. und 946 ff. BGB ergibt sich aber, dass das Eigentum das umfassende Besitz-, Verfügungs- und Nutzungsrecht über eine Sache verleiht. Eigentümer ist also derjenige, der mit der Sache nach Belieben verfahren kann, sofern nicht gesetzliche Regelungen oder Rechte Dritter entgegenstehen.<sup>29</sup>

**Hinweis für die Fallbearbeitung:** Die eigentumsrechtliche Zuordnung wird im Sachverhalt zumeist dergestalt vorgenommen, dass *von der Sache des X* gesprochen oder gesagt wird, dass *die Sache dem X gehöre*. Damit ist gemeint, dass die Sache im Eigentum des X steht und damit für den Täter fremd ist.

Gibt der bisherige Eigentümer sein Eigentum an der Sache auf (sog. **Dereliktion**, vgl. § 959 BGB), wird die Sache herrenlos und ist für den Täter dementsprechend nicht (mehr) fremd. Vgl. dazu Rn 21.

- 16 Nicht im Alleineigentum des Täters stehen auch die Sachen im **Mit- oder Gesamthandseigentum** oder im **Vorbehalts- und Sicherungseigentum**.

**Beispiele:**

- (1) **Mit- oder Gesamthandseigentum**<sup>30</sup> liegt vor, wenn die Sache im Eigentum mehrerer Personen steht. Das Paradebeispiel bildet der Fall, dass der eine Ehepartner das im Eigentum beider Ehepartner stehende Fernsehgerät im Rahmen der bevorstehenden Trennung heimlich mitnimmt. In diesem Fall ist von Diebstahl auszugehen, da nach der Verkehrsauffassung der andere Ehepartner zumindest gelockerten Gewahrsam hat und dieser Gewahrsam durch die Mitnahme gebrochen wird (vgl. dazu auch das Beispiel bei Rn 42).
- (2) **Vorbehalts- oder Sicherungseigentum** bedeutet, dass der Käufer die Sache noch nicht bezahlen (kann), aber bereits nutzen möchte. Daher behält sich der Verkäufer das Eigentum an der Sache vor (vgl. §§ 455, 158 I BGB) und kann sie gem. § 985 BGB herausverlangen, wenn der Käufer seiner Verpflichtung nicht nachkommt. Der Verkäufer bleibt also so lange Eigentümer, wie der gesamte Kaufpreis noch nicht bezahlt ist. Während dieser Zeit ist die Sache für den Käufer (und Besitzer) fremd. Veräußert der Käufer die Sache an einen gutgläubigen Dritten, verwirklicht er den Tatbestand der Unterschlagung.

<sup>27</sup> BGH NSTZ 2006, 170, 171; Lackner/Kühl, § 242 Rn 4; Fischer, § 242 Rn 5-7; Sch/Sch-Eser, § 242 Rn 12; LKRuß, § 242 Rn 6 ff.

<sup>28</sup> BGH NSTZ 2006, 170, 171; NSTz-RR 2000, 234; BGHSt 6, 377, 378; Wessels/Hillenkamp, BT 2, Rn 69.

<sup>29</sup> Vgl. zu den erwähnten zivilrechtlichen Vorschriften R. Schmidt, SachenR II, 4. Aufl. 2008, Rn 1 ff.

<sup>30</sup> Nicht zu verwechseln mit dem bei Rn 41 ff. dargestellten **Mitgewahrsam**.

Besonders problematisch erscheint die Eigentumslage, wenn das Opfer im Tatzeitpunkt bereits **verstorben** ist.

**Beispiel 1:** Tante O beauftragt ihren Neffen T, während ihrer Urlaubsreise auf die Wohnung aufzupassen. Doch da T stets Bedarf nach „Flüssigem“ hat, nimmt er eine wertvolle antiquarische Brosche aus der Wohnung an sich, um sie später zu verkaufen. Zu diesem Zeitpunkt ist O jedoch bereits an Herzversagen verstorben, was T aber nicht weiß. Später erfährt T, dass er die fragliche Brosche geerbt hat.

17

Bei der Brosche müsste es sich um eine für T fremde bewegliche Sache gehandelt haben. **Sachen** i.S.d. § 242 sind alle körperlichen Gegenstände i.S.d. § 90 BGB, und zwar unabhängig von deren Aggregatzustand, solange sie von der Außenwelt (räumlich) abgrenzbar sind. Eine Brosche ist ein körperlicher Gegenstand, mithin eine Sache.

**Fremd** sind die Sachen, wenn sie weder im Alleineigentum des Täters stehen noch herrenlos sind. Die Frage nach dem *Alleineigentum* beantwortet sich ausschließlich nach den Vorschriften des *Bürgerlichen Rechts* über den Erwerb und den Verlust von Eigentum. Nicht im Alleineigentum stehen daher Sachen bei Mit- oder Gesamthandseigentum oder bei Vorbehalts- und Sicherungseigentum.

Vorliegend war O zum Zeitpunkt der Tat schon tot, sodass hinsichtlich der Brosche eine Herrenlosigkeit angenommen werden könnte. Da bei der Frage nach der Fremdheit jedoch auf die Regelungen des Zivilrechts zurückgegriffen werden muss, kommt die Regelung des § 1922 BGB zum Tragen, wonach das Eigentum auf den oder die Erben, vorliegend T, übergeht. Der Eigentumsübergang nach § 1922 BGB gilt unabhängig von der Kenntnis des Erben (die Möglichkeit der Erbausschlagung soll hier nicht weiter erörtert werden). Daher wird selbst derjenige gem. § 1922 BGB Eigentümer, der – wie T im Tatzeitpunkt von der Erbschaft nichts weiß.

Die Brosche war für T also nicht fremd, sodass er „nur“ wegen (untauglichen) Diebstahlsversuchs bestraft werden kann, §§ 242 I, II, 22, 23 I, 12 II (die Reise der O hob deren Gewahrsam nicht auf, dazu später). Wäre T allerdings nicht Alleinerbe der Brosche gewesen, wäre sie für ihn fremd gewesen, weil sie gemäß §§ 1922 I, 2032 I BGB auch den Miterben als Gesamthandseigentümer gehört hätte. Die gleiche Folge gilt erst recht, wenn der Täter (wie im Bsp. 2) überhaupt kein Erbe ist:

**Beispiel 2:** S hat eine Rolex gekauft, die er seiner Freundin F zum Geburtstag schenken möchte. Damit F sie vor ihrem Geburtstag noch nicht sieht, bewahrt S die Uhr in seinem Schneidergeschäft, in dem er allein arbeitet, auf. Als er eines Abends an seinem Stammtisch von der Uhr und ihrem Versteck erzählt, hört der Kellner K zufällig zu. Da sich K in finanziellen Schwierigkeiten befindet, beschließt er, die Uhr an sich zu bringen. Er begibt sich am nächsten Abend nach Geschäftsschluss mit einem Dietrich zum Geschäft des S. Er öffnet die Tür, betritt das Geschäft, nimmt die Uhr an sich und läuft nach Hause. Am nächsten Tag erfährt K aus der Zeitung, dass kurz bevor er in dem Geschäft des S die Uhr entwendete, dieser auf dem Heimweg vom Geschäft bei einem Verkehrsunfall tödlich verunglückt war. Alleinerbe des S ist sein im Ausland lebender Bruder B, der bislang noch keine Zeit hatte, sich vor Ort um den Nachlass zu kümmern.

18

Bei der Rolex handelt es sich um einen körperlichen Gegenstand, mithin um eine **bewegliche Sache**. Diese müsste für K auch fremd gewesen sein. **Fremd** ist eine Sache, wenn sie weder im Alleineigentum des Täters steht noch herrenlos ist. Die Frage nach dem *Alleineigentum* beantwortet sich ausschließlich nach den Vorschriften des *Bürgerlichen Rechts* über den Erwerb und den Verlust von Eigentum.

Vorliegend war S zum Zeitpunkt des Diebstahls schon tot, sodass eine Herrenlosigkeit angenommen werden könnte. Da hinsichtlich der Fremdheit jedoch auf die Regelungen des Zivilrechts zurückgegriffen werden muss, kommt die Regelung des § 1922 BGB zum Tragen, wonach das Eigentum auf den Erben, vorliegend B, übergeht. Das gilt selbst ohne dessen Kenntnis. Die Uhr war für K also fremd.

Weiterführender Hinweis: Der Eigentumsübergang nach § 1922 BGB gilt – wie in den Beispielen ausgeführt – unabhängig von der Kenntnis des Erben. Etwas anderes gilt für den

sogleich behandelten Gewahrsam: Da dieser eine von einem Herrschaftswillen getragene tatsächliche Sachherrschaft voraussetzt, hatte Erbe B noch keinen Gewahrsam an der Uhr erlangt, da sich die Fiktion des Erbenbesitzes gem. § 857 BGB nach allgemeiner Meinung nicht auf den strafrechtlichen Gewahrsamsbegriff übertragen lässt und B die Uhr noch nicht tatsächlich in Besitz genommen hatte. Die Uhr war zu dem Zeitpunkt, als K sie an sich nahm, folglich gewahrsamslos, sodass mangels Gewahrsamsbruchs keine Wegnahme vorliegt.

K ist wegen versuchten Diebstahls strafbar. Die daneben verwirklichte Unterschlagung (§ 246) tritt nach der hier vertretenen Auffassung wegen der klaren Aussage in § 246 I a.E. zurück.<sup>31</sup>

- 19 Die Fremdheit der Sache scheidet auch dann aus, wenn diese **nicht eigentumsfähig** ist. Nicht eigentumsfähig sind Sachen, die in niemandes Eigentum stehen können. Dazu zählen etwa die atmosphärische Luft oder das Wasser im Meer. Ob der menschliche Körper bzw. natürliche oder künstliche Körperteile Tatobjekt eines Diebstahls sein können, wurde bereits bei Rn 10 ff. behandelt.

In jüngerer Zeit wird verstärkt auch die Eigentumsfähigkeit von **illegalen Drogen** wie Heroin diskutiert, weil der Handel damit ohne Erlaubnis des Bundesinstituts für Arzneimittel und Medizinprodukte (vgl. § 3 I BtMG) verboten und auch nach §§ 29 ff. BtMG strafbar ist. In zivilrechtlicher Hinsicht sagt man, illegale Drogen seien nicht verkehrsfähig, sodass ein rechtsgeschäftlicher Eigentumserwerb wegen § 134 BGB (i.V.m. § 29 I S. 1 BtMG) ausgeschlossen sei. Ob das zutrifft bzw. welche Konsequenzen dieser Befund auf das Strafrecht hat, soll im Folgenden geklärt werden. Ausgangspunkt der Überlegung ist, dass sich die Nichtigkeit eines Rechtsgeschäfts grds. nur auf das schuldrechtliche Verpflichtungsgeschäft beschränkt, nicht auch das sachenrechtliche Verfügungsgeschäft (d.h. die Eigentumsübertragung) erfasst.<sup>32</sup> Das sachenrechtliche Verfügungsgeschäft ist also grds. wirksam, auch wenn das schuldrechtliche Verpflichtungsgeschäft wegen Verstoßes gegen ein Verbotsgesetz oder wegen Sittenwidrigkeit nichtig ist. Lediglich bei extrem sozialschädlichen Geschäften erstreckt sich nach h.M. die Nichtigkeit auch auf das sachenrechtliche Verfügungsgeschäft. Die h.M. stellt beim Handel mit illegalen Drogen wie Heroin auf eine nicht zu tolerierende Veränderung der Güterzuordnung ab, gelangt so zu einer extremen Sozialschädlichkeit und verneint die zivilrechtliche Eigentumsfähigkeit oder erklärt jedenfalls das sachenrechtliche Übertragungsgeschäft für nichtig.<sup>33</sup>

Überträgt man diesen zivilrechtlichen Befund auf das Strafrecht, müsste man folgern, dass illegale Drogen nicht Gegenstand eines Diebstahls sein könnten, weil es an der Eigentumsfähigkeit und damit in der Folge an der Fremdheit fehle. Dennoch hat der 3. Strafsenat des BGH entschieden, dass illegale Betäubungsmittel verkehrsfähig im strafrechtlichen Sinne und damit taugliche Objekte der Delikte nach §§ 242, 249 seien.<sup>34</sup> Im Strafrecht sei ausschließlich auf die formale Eigentümerposition abzustellen, nicht auf die Verkehrsfähigkeit nach Bürgerlichem Recht. Daher könne eine Sache Objekt eines Diebstahls sein, obwohl eine zivilrechtliche Eigentumsübertragung nicht möglich sei. Um die Richtigkeit seiner Auffassung zu untermauern, verweist der Senat dann noch auf die allgemeine Rspr. des BGH zur räuberischen Erpressung, die auch dann vorliege, wenn die erpresste Sache nicht eigentumsfähig sei; anderenfalls würde dem Schutzbedürfnis des Opfers nicht hinreichend Rechnung getragen. Schließlich meint der Senat, dass ein Strafbedürfnis für die Verletzung fremden Eigentums auch nicht deswegen entfallende, weil bereits die Strafvorschriften des BtMG eine Bestrafung ermöglichen. Denn der Schuldgehalt und der Strafrahmen eines Betäubungsmitteldelikts seien nicht vergleichbar mit denen eines Diebstahls- oder Raubdelikts (vgl. § 29 I BtMG: Geldstrafe oder Freiheitsstrafe bis 5 Jahre; vgl. § 250 II StGB: 5-15 Jahre Freiheitsstrafe).

<sup>31</sup> Vgl. zur Begründung näher Rn 297a.

<sup>32</sup> Wie hier BGHZ **115**, 130; Palandt-*Ellenberger*, 69. Aufl. **2010**, § 134 Rn 13.

<sup>33</sup> Zur Nichtigkeit nicht nur des schuldrechtlichen Verpflichtungs-, sondern auch des sachenrechtlichen Verfügungsgeschäfts bei extrem sozialschädlichen Gegenständen vgl. *R. Schmidt*, BGB AT, 6. Aufl. **2009**, Rn 1262.

<sup>34</sup> BGH NSTz **2006**, 170, 171.

Verständlich wird die Entscheidung, wenn man den ihr zugrunde liegenden Sachverhalt berücksichtigt. Die Täter nahmen dem Opfer nämlich unter Einsatz eines Messers 4-6 g Heroin weg. Hätte der BGH hier die Eigentumsfähigkeit des Heroins verneint, wäre eine Strafbarkeit wegen Raubs (der eine Kombination aus Diebstahl und Nötigung darstellt) nicht möglich gewesen. Allein die Bestrafung wegen Nötigung und Verwirklichung einiger Strafnormen des BtMG war dem BGH offenbar unangemessen.

Stellungnahme: Zunächst ist festzustellen, dass es kein Argument sein kann, als Beleg für die Richtigkeit der eigenen Auffassung eine frühere Entscheidung desselben Gerichts anzuführen. Auch ist es nicht gerade überzeugend, wenn der BGH ansonsten in st. Rspr. konstatiert, dass eine Sache fremd sei, wenn sie nach bürgerlichem Recht im Eigentum einer anderen Person stehe, nun aber, da diese Definition bei illegalen Drogen offenbar nicht passt, eine Modifizierung vornimmt, um zu dem gewünschten Ergebnis zu gelangen. Schließlich kann das Bestehen eines Strafbedürfnisses keine einzelfallbezogene, und damit der Rechtsunsicherheit zugängliche Definition der Fremdheit einer Sache rechtfertigen. Konsequenter wäre es allein, die Fremdheit entweder immer zivilrechtlich oder immer eigenständig strafrechtlich zu definieren.

Im vorliegenden Fall gelangt man also zur Verneinung der Tatbestände der §§ 242 oder 249, wenn man sich nicht der vom BGH angenommenen modifizierten Definition der Fremdheit anschließt. Das mag zwar als unbefriedigend empfunden werden, ist aber konsequent.<sup>35</sup> Der Täter wäre dann gem. § 29 BtMG, § 240 StGB (ggf. auch § 241 StGB) strafbar. Abhilfe kann nur der Gesetzgeber schaffen, indem er in das Kernstrafrecht entsprechende Tatbestände aufnimmt.

### ee. Begriff der Herrenlosigkeit

Ist eine Sache eigentumsfähig, darf sie weiterhin nicht herrenlos sein.

20

**Herrenlos** sind die Sachen, die zwar (abstrakt) eigentumsfähig sind, (konkret) aber in niemandes Eigentum stehen.<sup>36</sup>

**Beispiele:** Herrenlos können zunächst in Freiheit befindliche oder wieder dorthin gelangte **Tiere** (vgl. dazu auch §§ 960, 961 BGB) sein. Diese können nicht Diebstahlsobjekt, wohl aber Tatobjekt der Jagdwilderei (§ 292) sein. Für **Fische** gilt Fischwilderei (§ 293). Etwas anderes gilt freilich für Tiere in **Wildgehegen** („Tiergärten“) oder für Fische in **privaten Gewässern** („Fischteiche“). Diese können taugliche Diebstahlsobjekte sein.<sup>37</sup> Auch entlaufene Haustiere werden noch nicht allein durch das Entlaufen herrenlos (wohl aber gewahrsamslos).

Darüber hinaus sind Sachen herrenlos, an denen der Eigentümer in der Absicht des Eigentumsverzichts den Besitz aufgegeben hat (sog. **Derektion**, vgl. § 959 BGB).

21

#### **Beispiele:**

(1) A hat kein Interesse mehr an seinem alten Portemonnaie und wirft es in den neben einer Parkbank aufgestellten Müllkorb. Wenig später wird es zufällig von T entdeckt, der es an sich nimmt.

Für T, der das Portemonnaie gutgläubig an sich nimmt, ist es aufgrund der Eigentumsaufgabe durch A herrenlos. T hat daher nicht den objektiven Tatbestand des Diebstahls verwirklicht. Anders wäre es aber gewesen, wenn A das Portemonnaie zuvor B gestohlen hätte. Dann wäre er in Ermangelung der Eigentümerposition rechtlich nicht in der Lage gewesen, das Eigentum daran aufzugeben (B bleibt gem. § 935 I 1 BGB Eigentümer). T hätte dann eine fremde bewegliche Sache weggenommen. Gleichwohl hätte T sich in Ermangelung eines entsprechenden Diebstahls-

<sup>35</sup> Vgl. auch MüKo-Schmitz, § 242 Rn 14; a.A. Kudlich, JA 2006, 335, 336, der sich der Auffassung des BGH anschließt.

<sup>36</sup> Vgl. §§ 958 ff. BGB und BGH NSTZ 2006, 170, 171; Lackner/Kühl, § 242 Rn 7.

<sup>37</sup> Zur Abgrenzung Diebstahl/Jagd- und Fischwilderei vgl. Rn 952.

vorsatzes (er dachte ja, der bisherige Eigentümer des Portemonnaies habe sein Eigentum daran aufgegeben) auch hier nicht wegen Diebstahls strafbar gemacht, vgl. § 16 I 1.

- (2) O hat am Straßenrand Sperrmüll abgestellt. Noch bevor das Entsorgungsunternehmen den Unrat abholen kann, werden einige Gegenstände von Privatleuten, die diese offenbar gebrauchen können, mitgenommen.

Hier liegt ein typischer Fall der Dereliktion vor, da O offenbar nur die Dinge loswerden wollte, egal wer die Sachen mitnehmen würde. Etwas anderes gilt jedoch für am Straßenrand aufgestelltes Sammelgut, das bspw. für eine Wohltätigkeitsorganisation bestimmt ist, die dazu aufgerufen hatte („Altkleidersammlung“). Hier verzichtet der (Alt-)Eigentümer weder im Sinne des § 959 BGB auf sein Eigentum noch ist er mit der Ansichnahme durch beliebige Dritte einverstanden.

22

**Hinweis für die Fallbearbeitung:** Insgesamt müssen bei der Beurteilung der Fremdheit zunächst die *Eigentumsfähigkeit* des fraglichen Objekts bejaht und sodann die *Herrenlosigkeit* verneint werden. Die Sache kann überhaupt nur dann fremd sein, wenn sie eigentumsfähig (im strafrechtlichen Sinne) ist. Zur Besonderheit bei menschlichen Körperteilen, Leichen und Leichenteilen wurde bereits im Rahmen der Sacheigenschaft Stellung genommen. Im Übrigen erlangt das Merkmal *fremd* insbesondere beim **Tanken ohne zu bezahlen** (Rn 65 ff., 270), beim **Automatendiebstahl** (Rn 62, 510, 680) und bei der **Wechselgeldfalle** (Rn 69, 593) hervorgehobene (Klausur-)Bedeutung.

- 23 Wird eine Sache nur verloren, liegt mangels Eigentumsverzichts (dieser muss ja gerade willentlich erfolgen, s.o.) keine Dereliktion vor. **Eine verlorene Sache ist also niemals herrenlos.** Allenfalls anzunehmen ist der Verlust des Gewahrsams, sofern der Berechtigte nicht mehr in der Lage ist, seine von seinem Willen geprägte, tatsächliche Herrschaft über die Sache auszuüben (dies ist wichtig für die Wegnahme, dazu sogleich).

- 24 Anders als im Zivilrecht sind im Strafrecht bei der Beurteilung der Eigentumsverhältnisse **Rückwirkungsfiktionen** (vgl. etwa §§ 142 I, 184, 1953 BGB) **irrelevant**. Dies entspricht dem allgemeinen Grundsatz, wonach es für die Beurteilung der Strafbarkeit nur auf den Zeitpunkt der Tatbegehung ankommt.<sup>38</sup>

**Beispiel:** A ist bei B zu Besuch und steckt in einem unbeobachteten Moment eine wertvolle kleine Skulptur aus dem 19. Jahrhundert in seine Jackentasche. Später verkauft er diese für 2.500,- € an den Hehler H. Als B später davon erfährt, ist er über die Höhe des Kaufpreises positiv überrascht und verlangt von A das Geld heraus.

Mit dem Herausgabeverlangen hat B die Veräußerung der Skulptur an H konkludent genehmigt (vgl. § 184 I BGB) und damit auch den Diebstahl des A „genehmigt“. Doch diese „Genehmigung“ kann keine Auswirkungen auf die Strafbarkeit des A haben, da es im Strafrecht sonst zu Zufallsergebnissen kommen könnte und die Strafbarkeit des Täters von dem nachträglichen Verhalten des Opfers abhinge (Beispiel: X und Y rauben eine Bank aus. Später stellt sich heraus, dass X der Sohn des Bankdirektors ist. Dieser verzeiht seinem Sohn. ⇒ Ließe man hier eine „Genehmigung“ zu, wäre zwar Y, nicht aber X wegen Raubs bzw. Erpressung strafbar).

25

**Hinweis für die Fallbearbeitung:** Zur Bejahung der Fremdheit genügen für die Fallbearbeitung regelmäßig die Verneinung der Sache als im Alleineigentum des Täters stehend und die Feststellung, dass sie nicht herrenlos ist. Bei Bejahung beider Voraussetzungen ist die Sache fremd. Die oftmals schwierige Eigentumsprüfung kann dann da-

<sup>38</sup> Vgl. *Wessels/Hillenkamp*, BT 2, Rn 71; *LK-Ruß*, § 246 Rn 4.

hingestellt bleiben. Nur wenn die Fremdheit fraglich ist, bedarf es einer genauen Prüfung.

## b. Tathandlung: Wegnahme

*Tathandlung* ist die **Wegnahme**. Der Begriff der Wegnahme ist gesetzlich nicht definiert. Allgemein hat sich aber folgende Definition durchgesetzt:

26

Wegnahme bedeutet **Bruch fremden und Begründung neuen, nicht notwendigerweise tätereigenen, Gewahrsams**.<sup>39</sup>

**Hinweis für die Fallbearbeitung:** Diese Standarddefinition muss in folgende Prüfungsschritte „zerlegt“ werden:

27

1. Zunächst ist zu prüfen, ob an der Sache im Zeitpunkt der Tathandlung ein **fremder Gewahrsam** bestand.
2. Sodann ist zu prüfen, ob durch die Tathandlung der bisherige Gewahrsam **aufgehoben** und neuer (nicht notwendigerweise tätereigener) Gewahrsam **begründet** worden ist.
3. Schließlich ist die Frage zu beantworten, ob der Gewahrsamsübergang **ohne oder gegen den Willen** des bisherigen Gewahrsamsinhabers erfolgt ist.

## aa. Begriff des Gewahrsams

Nach h.M. enthält der Begriff des Gewahrsams eine objektive und eine subjektive Komponente. Daher wird folgende Definition verwendet:

28

**Gewahrsam** ist die von einem natürlichen **Herrschaftswillen** getragene **tatsächliche Sachherrschaft** eines Menschen über eine Sache.<sup>40</sup>

**Beispiel:** Wer sein Portemonnaie hinten in die Hosentasche gesteckt hat, übt tatsächliche Herrschaftsgewalt aus. Wird das Portemonnaie nun von einem Taschendieb herausgezogen, ist der Gewahrsamsbruch eindeutig zu bejahen.

Sicherlich kann die von der h.M. aufgestellte Definition für derartige (unproblematische) Fälle uneingeschränkte Geltung beanspruchen. Sie muss aber zwangsläufig in solchen Fällen versagen, in denen der Berechtigte aus faktischen Gründen gerade *nicht* in der Lage ist, eine tatsächliche Sachherrschaft über die Sache auszuüben.

29

### Beispiele:

- (1) Befindet sich ein Wohnungsinhaber auf Reisen, ist fraglich, wie er die tatsächliche Sachherrschaft über die in seiner Wohnung befindlichen Gegenstände ausüben soll.
- (2) Befindet sich ein Autofahrer zu Fuß auf einem Stadtbummel, ist fraglich, wie er die tatsächliche Sachherrschaft über seinen auf dem Parkplatz abgestellten Wagen ausüben soll.
- (3) Auch derjenige, der morgens noch schläft, hat auf die Zeitung, die draußen im Briefkasten steckt, nicht wirklich eine tatsächliche Zugriffsmöglichkeit.
- (4) Dasselbe gilt für den Halter eines Hundes, der diesen frei im Garten herumlaufen lässt und nicht bemerkt, dass ein Fremder das Tier weglockt und mitnimmt.

Um in Fällen der vorliegenden Art gleichwohl einen Diebstahl annehmen zu können, bedient sich die h.M. eines (korrigierenden) Kunstgriffes, indem sie in Fällen, in denen der Berechtigte nicht wirklich auf die Sache zugreifen kann, auf die **Verkehrsauffas-**

30

<sup>39</sup> Vgl. nur BGH NSTZ 2008, 624, 625.

<sup>40</sup> BGHSt 8, 273, 274; 40, 23; BGH NSTZ 2008, 624, 625; Lackner/Kühl, § 242 Rn 8a; LK-Ruß, § 242 Rn 17 ff.

**sung** abstellt, um – bei entsprechendem Herrschaftswillen – auch noch bei einer gewissen räumlichen **Lockerung** den Gewahrsam bejahen zu können (sog. „**gelockerter Gewahrsam**“). Eines solchen Kunstgriffes bedarf es jedoch nicht, wenn man nicht von dem Erfordernis einer tatsächlichen Herrschaftsmacht über die Sache ausgeht, sondern eine **sozial-normative** Zuordnung der Sache zur Herrschaftssphäre einer Person vornimmt („**sozial-normativer Gewahrsamsbegriff**“).<sup>41</sup>

- 31** **Stellungnahme und Hinweis für die Fallbearbeitung:** Im Ergebnis ändert sich dadurch freilich nichts. In allen o.g. **Beispielen** fand ein Gewahrsamsbruch statt. Die h.M. nimmt jeweils einen gelockerten Gewahrsam an und die Gegenauffassung gelangt aufgrund einer sozial-normativen Zuordnung ebenfalls zur Annahme eines Gewahrsams. In der **Fallbearbeitung** ist eine Streitentscheidung daher entbehrlich. Der sozial-normative Gewahrsamsbegriff ist aber aus rechtsdogmatischer Sicht vorzugswürdig, weil er – anders als die Konstruktion eines „gelockerten Gewahrsams“ – den Kerngehalt der Wegnahme nicht zum bloßen Korrektiv entwertet.
- 32** Folgt man dem auch hier vertretenen sozial-normativen Gewahrsamsbegriff, ergibt sich für den Gewahrsam folgende Definition:
- 33** Eine Person übt **Gewahrsam** über eine Sache aus, wenn ihr die Herrschaftsmacht über die Sache **sozial-normativ** zugeordnet wird („**sozial-normativer Gewahrsamsbegriff**“).
- 34** Die bisherigen Ausführungen zur Fremdheit und zum Gewahrsam sollten verdeutlicht haben, dass der Gewahrsam streng von den (zivilrechtlichen) **Eigentumsverhältnissen** zu unterscheiden ist. Ausschließlich bei der Frage der Fremdheit kommt es (zumindest im Grundsatz) auf die zivilrechtliche Rechtslage an. Die Beurteilung des **Gewahrsams** richtet sich dagegen allein nach der faktischen, willensgetragenen bzw. sozial-normativen Sachherrschaft. Ebenso wenig darf der zivilrechtliche **Besitz** (§§ 854 ff. BGB) mit dem strafrechtlichen Gewahrsamsbegriff gleichgesetzt werden. So kann der Besitzdiener (§ 855 BGB), der zivilrechtlich nicht Besitzer ist, Gewahrsam haben. Umgekehrt sind Verpächter, Vermieter und Verleiher zwar mittelbare Besitzer (§ 868 BGB), haben jedoch keinen Gewahrsam. Auch der Erbe erlangt wegen der Besitzfiktion des § 857 BGB zwar Besitz an der Erbsache, jedoch schließt dies eine Gewahrsamsbegründung nicht notwendigerweise ein. Dies verdeutlicht das obige **Beispiel** bei Rn 17 (Brosche der auf einer Reise befindlichen Tante). Die Fiktion, dass der Besitz auf den Erben übergehe (§ 857 BGB), sagt nichts darüber aus, ob damit Gewahrsam begründet wird. Für den Fall, dass T Alleinerbe ist, ändert sich dadurch freilich nichts. Existiert hingegen ein Miterbe, ist die antiquarische Brosche für T zwar eine fremde bewegliche Sache, sie steht aber nicht in fremdem Gewahrsam, weil O's Gewahrsam mit ihrem Tod untergegangen war und der Miterbe seinen die tatsächliche Sachherrschaft begründenden Herrschaftswillen mangels Kenntnis noch nicht fassen konnte. Das Gleiche würde bei einer sozial-normativen Betrachtungsweise gelten.
- 35** Unabhängig von der Definition des Gewahrsams besteht Einigkeit darüber, dass der genannte natürliche Herrschaftswille nur von einer **natürlichen Person** ausgeübt werden kann.<sup>42</sup> Juristische Personen (AG, GmbH etc., aber auch Behörden) und andere Institutionen können dementsprechend keinen Willen bilden; dies können nur die für sie handelnden Organe und Vertreter. Es wäre also falsch zu sagen „die Sache steht im Gewahrsam der X-GmbH“. Diese Erkenntnis hat Auswirkungen auf das Innenverhältnis zwischen Organ bzw. Vertreter und Institution: Da die Institution als solche keinen Ge-

<sup>41</sup> So vertreten von *Hillenkamp*, JuS **2003**, 157, 158; *Wessels/Hillenkamp*, BT 2, Rn 71; *Kargl*, JuS **1996**, 971, 974; *Martin*, JuS **1998**, 893; *Kretschmer*, Jura **2009**, 590; NK-*Kindhäuser*, § 242 Rn 31; *MüKo-Schmitz*, § 242 Rn 55; SK-*Samson*, 4. Aufl., § 242 Rn 20, allesamt zurückgehend auf *Welzel*, GA **1960**, 257 und Lb. (11. Aufl. **1969**), S. 347, 348.

<sup>42</sup> Vgl. nur *Lackner/Kühl*, § 242 Rn 10; *Fischer*, § 242 Rn 13.

wahrsam haben kann, kann er ihr gegenüber auch nicht gebrochen werden. Es kommen also kein Diebstahl, sondern Unterschlagung und Untreue in Betracht. Im Außenverhältnis dagegen ist Diebstahl möglich, sofern die Institution zumindest teilrechtsfähig und damit Eigentümer der Sache ist.

Das Abstellen auf den natürlichen Willen hat schließlich zur Konsequenz, dass Gewahrsam auch bei einer gewissen *Bewusstseinslockerung* zu bejahen ist.

**Beispiele:** Auch *Geisteskranke, Schlafende und Bewusstlose* haben daher im dargelegten Sinne einen Herrschaftswillen und können bestohlen werden (sog. **potentieller Gewahrsamswille**). *Bewusstlosigkeit* hebt selbst dann den Gewahrsam nicht auf, wenn der Betroffene vor seinem Tod nicht mehr aufwacht, da es keinen Unterschied machen kann, ob er sich noch einmal von seinem Zustand erholt oder nicht (str.).<sup>43</sup> Der Herrschaftswille endet aber mit der **endgültigen Aufgabe** oder mit dem **Tod**.

**Hinweis für die Fallbearbeitung:** Ein häufig anzutreffendes Klausurthema besteht in dem „**Bestehlen bzw. Berauben von Toten**“. Zwar wurde aufgezeigt, dass verstorbene Menschen keinen Gewahrsam (mehr) haben können, sodass eine Wegnahme grds. (zugunsten einer Unterschlagung) ausscheidet. Hat der Täter aber selbst zuvor den Tod des Gewahrsamsinhabers herbeigeführt und dies nur zu dem Zweck, das Opfer später in Ruhe „ausrauben“ zu können, muss von einem einheitlichen Geschehensablauf ausgegangen werden. Schließt sich die Gewahrsamserlangung dann zeitlich an die Tötungshandlung an, liegt bereits in der Gewaltanwendung der Beginn der Wegnahme, also der Angriff auf den (noch) bestehenden Gewahrsam. Dass die Wegnahme unter diesen Umständen erst nach dem Tod des Opfers vollendet wird, ist bedeutungslos.<sup>44</sup> Der Täter ist dann regelmäßig wegen schweren Raubs mit Todesfolge (§§ 249 250, 251) in Tateinheit mit Mord (§ 211 I, II Var. 3 - Habgier) strafbar.

36

## bb. Sonderfälle des Gewahrsams

### a.) Genereller Gewahrsamswille

Um einen Gewahrsam über (diebstahlstaugliche) Gegenstände annehmen zu können, ist es nicht erforderlich, dass sich der Gewahrsamswille auf jeden einzelnen Gegenstand bezieht. Vielmehr genügt es, dass der Berechtigte einen Gewahrsamswillen hinsichtlich **sämtlicher Gegenstände, die sich in seinem Herrschaftsbereich befinden**, begründet.<sup>45</sup> Würde man etwas anderes annehmen, würden Fälle, in denen jemand einen Gegenstand **verloren** oder **vergessen** hat, selbst auf der Grundlage des sozialnormativen Gewahrsamsbegriffs nicht befriedigend gelöst werden können.<sup>46</sup>

37

**Beispiel:** Auf dem Weg zu einer Party **verliert** O in der U-Bahn sein Portemonnaie. Schaffner S bemerkt dies und steckt das Portemonnaie lieber ein, statt es dem O zu übergeben. Hier könnte ein **Diebstahl** (und nicht etwa eine **Fundunterschlagung!**) vorliegen.

38

⇒ Zunächst müsste es sich bei dem von O verlorenen Portemonnaie um eine für S **fremde Sache** gehandelt haben. Fremd ist eine Sache, wenn sie weder im Alleineigentum des Täters steht noch herrenlos ist.

Vorliegend hat O sein Eigentum an dem Portemonnaie nicht aufgegeben. Insbesondere macht das Verlieren (und auch das Vergessen!) eine Sache noch nicht herrenlos. Für S war das Portemonnaie daher fremd.

<sup>43</sup> Wie hier BGH NJW **1985**, 1911; Sch/Sch-Eser, § 242 Rn 30; Rosenau/Zimmermann, JuS **2009**, 541, 543; a.A. BayObLG NJW **1961**, 978, 979; Seelmann/Pfohl, JuS **1987**, 199. Die Gegenauffassung hat also zur Konsequenz, dass Diebstahl ausscheidet und Unterschlagung in Betracht kommt.

<sup>44</sup> Vgl. BGHSt **9**, 135, 136; Sch/Sch-Eser, § 251 Rn 9.

<sup>45</sup> Sch/Sch-Eser, § 242 Rn 30; LK-Ruß, § 242 Rn 23.

<sup>46</sup> Vgl. zur Problematik auch Sch/Sch-Eser, § 242 Rn 28; Fischer, § 242 Rn 13, 15.