

Schramm

Strafrecht Besonderer Teil II

Eigentums- und Vermögensdelikte

Einführung

2. Auflage



Nomos

NOMOSEINFÜHRUNG

Prof. Dr. Edward Schramm
Friedrich-Schiller-Universität Jena

Strafrecht Besonderer Teil II

Eigentums- und Vermögensdelikte

Einführung

2. Auflage



Nomos

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

ISBN 978-3-8487-6267-5 (Print)

ISBN 978-3-7489-0373-4 (ePDF)

2. Auflage 2021

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2021. Gesamtverantwortung für Druck und Herstellung bei der Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten.

Vorwort zur 2. Auflage

Dieses Buch bildet in der Reihe „Einführung“ das Bindeglied zwischen dem „Strafrecht Allgemeiner Teil“ von *Johannes Kaspar* (Universität Augsburg) und dem bald erscheinenden „Strafrecht Besonderer Teil 1 Nichtvermögensdelikte“ von *Tobias Reinbacher* (Universität Würzburg). Es trägt, um der Verwechslungsgefahr mit dem Buch *Kindhäuser/Schramm*, „Strafrecht Besonderer Teil 1“ aus der Reihe „Nomos Lehrbuch“ zu begegnen, ab dieser Auflage den Titel „Strafrecht Besonderer Teil 2“.

Für die 2. Auflage wurden zahlreiche aktuelle Gerichtsentscheidungen eingearbeitet und neue Beispielfälle gebildet, so zu dem „Containern“ als Diebstahl (§ 2 Rn. 15, 18), dem Einbruch in eine dauerhaft genutzte Privatwohnung (§ 2 Rn. 150-152), zur Frage des Raubes oder der räuberischen Erpressung durch Wegstoßen am Geldautomaten (§ 4 Rn. 11, 13) und zur Betrugsproblematik beim sog. „Dieselskandal“ (§ 7 Rn. 190 - 193). Außerdem werden die geplante Reform des § 261 StGB (§ 12 Rn. 72) kurz skizziert und die betrügerische Erlangung von Corona-Soforthilfen und Kurzarbeitergeld (§ 7 Rn. 156) gestreift. Neuere (überwiegend didaktische) Aufsätze wurden in die Fußnoten und Literaturhinweise aufgenommen. Gerne greife ich Kritik, Anregungen und Hinweise auf (E-Mail-Adresse: edward.schramm@uni-jena.de).

Für ihre tatkräftige Unterstützung danke ich – auch und gerade in den schwierigen Zeiten von Corona - herzlich meinen wissenschaftlichen Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern *Holger Berle*, *Paul Andreas Glatz*, *Nadja Barbara Müller*, *Patrick Kranz* und *Ronja Sanow* sowie meinen studentischen Assistentinnen und Assistenten *Josephine Drews*, *Mark Gries*, *Kwang-Soo Park*, *Bianca Schreckenbach* und *Sina Trux*. Ein besonderer Dank gilt schließlich Herrn *Dr. Peter Schmidt* und Frau *Katrin Brandel* vom Nomos Verlag für die stets vertrauensvolle Zusammenarbeit.

Jena, im August 2020

Edward Schramm

Aus dem Vorwort zur 1. Auflage

Aus dem Besonderen Teil des Strafgesetzbuchs gehört der überwiegende Teil der Eigentums- und Vermögensdelikte zum Pflichtfachstoff eines jeden Jurastudenten. Mögen die Ausbildungs- und Prüfungsordnungen der jeweiligen Bundesländer auch unterschiedlich ausgestaltet sein, so bilden doch Sachbeschädigung und Diebstahl, Unterschlagung und Betrug, Raub und Erpressung überall einen Grundstock der strafrechtlichen Ausbildung. Das vorliegende Buch versteht sich als ein Grundriss und konzentriert sich auf die zentralen Tatbestände und Grundzüge dieses Gebiets. Das Buch wendet sich an Studierende, die erstmals die Vorlesung zum Besonderen Teil des StGB hören oder sich auf die strafrechtliche Übung für Fortgeschrittene vorbereiten. Aus diesem Grund werden Straftatbestände in diesem Buch nicht behandelt, die allenfalls im strafrechtlichen Schwerpunktbeherrschungsgebiet beherrscht werden müssen (wie etwa die Insolvenzdelikte, der Subventions-, Kapitalanlage-, Kredit- und Submissionsbetrug oder Umweltstraftaten).

Nach einer kurzen dogmatischen Einführung (Teil 1) orientiert sich die Darstellung der Materie an der gängigen Systematik von Straftaten gegen das Eigentum (Teil 2), gegen das Vermögen (Teil 3) und gegen spezialisierte Vermögenswerte (Teil 4). Mit diesem

Vorwort zur 2. Auflage

Buch, das aus meinen Vorlesungen an der Universität Jena hervorgegangen ist, wird der Versuch unternommen, zum Verständnis dieser Rechtsmaterie in der Breite wie in der Tiefe beizutragen, soweit dies bei der gebotenen Kürze der Darstellung geleistet werden kann. Die (notgedrungen) kurzen Hinweise zur Geschichte des jeweiligen Straftatbestands sollen vor Augen halten, dass Normen Kinder ihrer Zeit sind und ein „Schicksal“ haben, das für das Verständnis der Regelung bedeutsam ist. Die (ebenfalls sehr knappen) Verweise auf die praktische Relevanz eines Straftatbestands mögen verdeutlichen, ob der Anspruch der Normgeltung und ihre Durchsetzung in der Wirklichkeit auseinanderklaffen.

Von wenigen Ausnahmen abgesehen entstammen die in den Text eingeflochtenen Beispiele und Lösungen der höchstrichterlichen Rechtsprechung. Diese Fälle sowie die Aufbauschemata und klausurtechnischen Hinweise werden durch Kursivdruck hervorgehoben. Als Literaturnachweise werden vorrangig Kommentare und umfangreichere Lehrbücher herangezogen, die insbesondere für Studierende von Nutzen sein werden, die mit der Erstellung einer Hausarbeit oder einer Seminararbeit befasst sind. Den einzelnen Abschnitten dieses Buchs wurden zudem Hinweise auf Beiträge in den Ausbildungszeitschriften (JuS, JA, Jura, ZJS) vorangestellt(...)

Jena, im Februar 2017

Edward Schramm

Inhaltsübersicht

Vorwort zur 2. Auflage	5
Inhaltsverzeichnis	9
Abkürzungen	25
Literaturverzeichnis	27
TEIL 1 EINFÜHRUNG	
§ 1 Eigentums- und Vermögensschutz im Strafrecht	29
TEIL 2 DIE STRAFTATEN GEGEN DAS EIGENTUM	
§ 2 Der Diebstahl (§§ 242 ff. StGB)	40
§ 3 Die Unterschlagung (§ 246 StGB)	87
§ 4 Der Raub (§§ 249 ff. StGB)	101
§ 5 Die raubähnlichen Sonderdelikte (§§ 252, 316 a StGB)	126
§ 6 Die Sachbeschädigung (§§ 303-305 a StGB)	142
TEIL 3 DIE STRAFTATEN GEGEN DAS VERMÖGEN ALS GANZES	
§ 7 Der Betrug (§ 263 StGB)	159
§ 8 Die betrugsähnlichen Delikte (§§ 263 a, 265, 265 a StGB)	216
§ 9 Die Erpressung (§ 253 StGB) und räuberische Erpressung (§§ 253, 255 StGB)	244
§ 10 Die Untreue (§ 266 StGB)	266
§ 11 Der Missbrauch von Scheck- und Kreditkarten (§ 266 b StGB)	287
§ 12 Die Anschlussdelikte (§§ 257, 259, 261 StGB)	297
TEIL 4 DIE STRAFTATEN GEGEN SPEZIALISIERTE VERMÖGENSWERTE	
§ 13 Der unbefugte Gebrauch eines Fahrzeugs (§ 248 b StGB)	324
§ 14 Die Entziehung elektrischer Energie (§ 248 c StGB)	331
§ 15 Die Pfandkehr (§ 289 StGB)	338
Stichwortverzeichnis	343

Inhalt

Vorwort zur 2. Auflage	5
Inhaltsverzeichnis	7
Abkürzungen	25
Literaturverzeichnis	27

TEIL 1 EINFÜHRUNG

§ 1 Eigentums- und Vermögensschutz im Strafrecht	29
I. Sphären der Entfaltung und Ordnung der Rechtsgüter	29
II. Die Auslegung der Straftatbestände	30
III. Zur Klassifizierung der Eigentums- und Vermögensdelikte	31
1. Straftaten gegen das Eigentum und das Vermögen	31
a) Straftaten gegen das Eigentum	32
aa) Zueignung von Sachen	32
bb) Beschädigung oder Zerstörung von Sachen	32
b) Vermögensdelikte	32
aa) Straftaten gegen das Eigentum, sofern vermögenswert	32
bb) Straftaten gegen das Vermögen als Ganzes	32
cc) Straftaten gegen spezialisierte Vermögenswerte	32
c) Zur Bedeutung des Unterschieds	32
aa) Weitergehender Schutz durch Vermögensdelikte	33
bb) Speziellerer Schutz durch Vermögensdelikte	33
cc) Bedeutung des wirtschaftlichen Wertes	33
d) Vermögensdelikte im engen und weiten Sinne	33
2. Vermögensschädigungs-, Vermögensverschiebungs-, Perpetuierungsdelikte	34
3. „Urwüchsige“ und fragmentarische Gestalt des Vermögensstrafrechts	34
4. Verteilung der Vermögensdelikte im StGB	34
5. Abgrenzung zum Wirtschaftsstrafrecht	34
IV. Sekundärordnung, Rechtsgüterschutz und Pönalisierungskompetenz	36
1. Rechtliche Sanktionsordnung und sekundärer Charakter des Strafrechts	36
2. Pönalisierungskompetenz	37
Wiederholungsfragen	39

TEIL 2 DIE STRAFTATEN GEGEN DAS EIGENTUM

§ 2 Der Diebstahl (§§ 242 ff. StGB)	40
I. Einleitung	40
1. Die Systematik der Diebstahlstatbestände	41
2. Rechtsgut	41
II. Der einfache Diebstahl (§ 242 StGB)	42
1. Prüfungsschema in Klausuren	42

Inhalt

2. Objektiver Tatbestand	42
a) Tatobjekt fremde bewegliche Sache	43
aa) Sache	43
bb) Beweglichkeit	44
cc) Fremdheit	44
b) Tathandlung Wegnahme	46
aa) Begriff des Gewahrsams	46
bb) Bruch fremden Gewahrsams	48
cc) Begründung neuen Gewahrsams	49
dd) Mehrstufiger Gewahrsam	51
3. Subjektiver Tatbestand	52
a) Vorsatz	52
b) Zueignungsabsicht	53
aa) Gegenstand der Zueignung	53
bb) Enteignungskomponente	55
cc) Aneignungskomponente	56
dd) Sich- und Drittzueignung	57
ee) Objektive Rechtswidrigkeit der erstrebten Zueignung	59
ff) Vorsatz bzgl. der objektiven Rechtswidrigkeit	60
4. Täterschaft und Teilnahme	60
a) Allgemeines	60
b) Beteiligung bei Drittzueignungsabsicht; „absichtslos-doloses Werkzeug“	61
c) Schmierestehen	62
5. Versuch, Vollendung, Beendigung	62
6. Konkurrenzen	63
Wiederholungsfragen	63
III. Der besonders schwere Fall des Diebstahls, § 243 StGB	64
1. Einführung	64
a) Die maßgeblichen Kriterien	64
b) Klausurentechnik	65
c) Quasi-Vorsatz	65
d) Prüfungsschema in Klausuren	66
2. Einzelne Regelbeispiele	66
a) Einbruchs- und Nachschlüsseldiebstahl (§ 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 StGB)	66
aa) Tatobjekt	66
bb) Mögliche Tathandlungen	67
b) Besonders gesichertes Gut (§ 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 StGB)	68
c) Gewerbsmäßiger Diebstahl (§ 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 StGB)	70
3. Die Geringwertigkeitsgrenze (§ 243 Abs. 2 StGB)	70
4. Versuchskonstellationen bei § 243 StGB	71
a) Versuchtetes Regelbeispiel bei versuchtem Grunddelikt	71
b) Versuchtetes Regelbeispiel bei vollendetem Grundtatbestand	72
c) Vollendetes Regelbeispiel bei versuchtem Grunddelikt	72
5. Konkurrenzen	72
Wiederholungsfragen	73

Inhalt

IV. Die Qualifikationstatbestände des Diebstahls	73
1. Diebstahl mit Waffen; Bandendiebstahl; Wohnungseinbruchsdiebstahl (§ 244 StGB)	73
a) Allgemeines	73
b) Waffen, gefährliches Werkzeug (§ 244 Abs. 1 Nr. 1 a StGB)	74
aa) Waffe	74
bb) Gefährliches Werkzeug	75
cc) Tathandlung „Beisichführen“	77
c) Sonstige Werkzeuge oder Mittel (§ 244 Abs. 1 Nr. 1 b StGB)	77
d) Bandendiebstahl (§ 244 Abs. 1 Nr. 2 StGB)	78
aa) Mindestzahl der Mitglieder; Hilfe als Bandenmitglied	79
bb) Zweck des Zusammenschlusses; die „Bandenabrede“	80
cc) Organisationsstruktur	81
dd) Mitwirkung eines anderen Bandenmitglieds	81
e) Wohnungseinbruchsdiebstahl (§ 244 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 4 StGB)	82
aa) Tatobjekt Wohnung	82
bb) Tathandlung	83
cc) Qualifikationsobjekt Privatwohnung	83
f) Konkurrenzen	85
2. Schwere Bandendiebstahl (§ 244 a StGB)	85
a) Prüfungsschema in Klausuren	85
b) Tatbestandsstruktur	86
c) Konkurrenzen	86
Wiederholungsfragen	86
§ 3 Die Unterschlagung (§ 246 StGB)	87
I. Einleitung	87
1. Verhältnis zum Diebstahl	88
2. Rechtsgut	88
3. Prüfungsschema in Klausuren	89
II. Die einfache Unterschlagung (§ 246 Abs. 1 StGB)	89
1. Objektiver Tatbestand	90
a) Tatobjekt	90
b) Tathandlung	90
aa) Begriff der Zueignung	90
(1) Objektive Manifestation der Zueignung	91
(2) Herrschaftsbeziehung zum Gegenstand	92
bb) Die wiederholte Zueignung	93
cc) Unterschlagungen ohne vorherigen Gewahrsam	94
(1) Fundunterschlagung	94
(2) Leichenfledderei	95
dd) Probleme der Drittzueignung	95
ee) Rechtswidrigkeit der Zueignung	95
2. Subjektiver Tatbestand	96
3. Versuch	96
4. Täterschaft und Teilnahme	96
5. Konkurrenzen, Subsidiaritätsklausel	97

Inhalt

III. Die veruntreuende Unterschlagung (§ 246 Abs. 2 StGB)	98
1. Begriff des Anvertrautseins	98
2. Gesetzes-, sitten- und interessenwidrige Auftragsverhältnisse	99
3. Vorsatz, Versuch, Teilnahme, Konkurrenzen	99
Wiederholungsfragen	100
§ 4 Der Raub (§§ 249 ff. StGB)	101
I. Einleitung	101
II. Der einfache Raub (§ 249 StGB)	101
1. Struktur, Rechtsgut, Prüfungsschema in Klausuren	101
a) Rechtsgut	101
b) Struktur	102
c) Prüfungsschema in Klausuren	102
2. Der objektive Tatbestand	103
a) Tathandlung Wegnahme	103
b) Tatmittel	103
aa) Gewalt gegen eine Person	103
(1) Weite Auslegung	104
(2) Intensität des Nötigungsmittels	104
(3) Gewalt gegen Dritte	104
(4) Gewalt durch Unterlassen	105
bb) Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib und Leben	106
c) Finalzusammenhang zwischen Nötigungsmittel und Wegnahme	106
d) Raubspezifische Einheit	108
3. Der subjektive Tatbestand	108
a) Vorsatz	108
b) Vorsatz bezüglich Rechtswidrigkeit der erstrebten Zueignung	109
4. Versuch, Vollendung, Beendigung	109
5. Täterschaft und Teilnahme	110
a) Täterschaft	110
b) Sukzessive Beteiligung, rückwirkende Zurechnung von Erschwerungsgründen	110
6. Konkurrenzen	111
Wiederholungsfragen	111
III. Der schwere Raub (§ 250 StGB)	112
1. Allgemeines	112
2. Prüfungsschema in Klausuren	112
3. Der einfache schwere Raub (§ 250 Abs. 1 StGB)	113
a) Gefährlicher schwerer Raub (§ 250 Abs. 1 Nr. 1 StGB)	113
aa) Beisichführen Waffe/gefährliches Werkzeug (§ 250 Abs. 1 Nr. 1 a StGB)	113
bb) Beisichführen eines sonstigen Mittels/Werkzeugs (§ 250 Abs. 1 Nr. 1 b StGB)	114
(1) Systemwidrige Gesetzesänderung	114
(2) Nach äußerem Erscheinungsbild objektiv ungefährliche Gegenstände	115

Inhalt

cc) Gefahr einer schweren Gesundheitsschädigung (§ 250 Abs. 1 Nr. 1 c StGB)	116
b) Bandenraub (§ 250 Abs. 1 Nr. 2 StGB)	116
4. Der besonders schwere Raub, § 250 Abs. 2 StGB	116
a) Waffe, gefährliches Werkzeug (§ 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB)	116
b) Bandenraub mit Waffen (§ 250 Abs. 2 Nr. 2 StGB)	117
c) Schwere körperliche Misshandlung, Lebensgefahr (§ 250 Abs. 2 Nr. 3 StGB)	117
aa) Raub unter schwerer körperlicher Misshandlung (§ 250 Abs. 2 Nr. 3 a StGB)	117
bb) Lebensgefährlicher Raub (§ 250 Abs. 2 Nr. 3 b StGB)	117
5. Zeitpunkt der Verwirklichung des Qualifikationsmerkmals	118
6. Konkurrenzen	118
Wiederholungsfragen	119
IV. Der Raub mit Todesfolge (§ 251 StGB)	119
1. Einleitung	119
a) Erfolgsqualifiziertes Delikt	119
b) Prüfungsschema in Klausuren	120
2. Der Tatbestand des § 251 StGB	120
a) Grundtatbestand, Erfolgseintritt, Kausalität	120
b) Der spezifische Gefahrezusammenhang	121
aa) Grundsatz	121
bb) Anwendung tödlicher Mittel in der Beendigungsphase	122
c) Leichtfertigkeit; Vorsatz	123
3. Versuch und Rücktritt	123
a) Arten des Versuchs beim erfolgsqualifizierten Delikt	123
b) Rücktritt vom Versuch	124
4. Täterschaft und Teilnahme	124
5. Konkurrenzen	125
Wiederholungsfragen	125
§ 5 Die raubähnlichen Sonderdelikte (§§ 252, 316 a StGB)	126
I. Der räuberische Diebstahl (§ 252 StGB)	126
1. Einleitung	126
a) Rechtsgut	126
b) Deliktsnatur	126
c) Prüfungsschema in Klausuren	127
2. Objektiver Tatbestand	128
a) Taugliche Vortat	128
b) Auf frischer Tat betroffen	129
c) Einsatz qualifizierter Nötigungsmittel	130
3. Subjektiver Tatbestand	130
a) Vorsatz	130
b) Besitzerhaltungsabsicht	131
4. Teilnahme	131
5. Konkurrenzen	132
Wiederholungsfragen	132

Inhalt

II. Der räuberische Angriff auf Kraftfahrer (§ 316 a StGB)	133
1. Einleitung	133
2. Tatbestand	134
a) Verüben eines Angriffs auf Leib, Leben oder Entschlussfreiheit	135
aa) Verüben eines Angriffs	135
bb) Angriffsobjekte	135
(1) Führer eines KFZ	135
(2) Mitfahrer	136
(3) Kraftfahrzeug	137
b) Ausnutzung der besonderen Verhältnisse des Straßenverkehrs	138
aa) Besondere Verhältnisse des Straßenverkehrs	138
bb) Ausnutzung	139
c) Subjektiver Tatbestand	139
3. Täterschaft und Teilnahme; Versuch, Rücktritt	140
4. Todesfolge als Erfolgsqualifikation (§ 316 a Abs. 3 StGB)	140
5. Konkurrenzen	141
Wiederholungsfragen	141
§ 6 Die Sachbeschädigung (§§ 303-305 a StGB)	142
I. Einleitung	142
1. Praktische Bedeutung	142
2. Systematik	143
II. Die einfache Sachbeschädigung (§ 303 StGB)	143
1. Rechtsgut	143
2. Prüfungsschema in Klausuren	144
3. Objektiver Tatbestand	144
a) Tatobjekt	144
aa) Sache	144
bb) Fremdheit	145
b) Tathandlung	146
aa) Beschädigen (Var. 1 des § 303 Abs. 1 StGB)	146
(1) Substanz	146
(2) Brauchbarkeit	146
(3) Aussehen	147
(4) Intensität der Einwirkungen	148
(5) Nachteiligkeit der Einwirkung	148
bb) Zerstören (Var. 2 des § 303 Abs. 1 StGB)	149
cc) Veränderung des äußeren Erscheinungsbildes (§ 303 Abs. 2 StGB)	149
4. Subjektiver Tatbestand	150
5. Rechtswidrigkeit	150
6. Strafbarkeit des Versuchs	150
7. Konkurrenzen	151
Wiederholungsfragen	151
III. Qualifikationstatbestände (§§ 304, 305, 305 a StGB)	151
1. Gemeinschaftliche Sachbeschädigung (§ 304 StGB)	151
2. Zerstörung von Bauwerken (§ 305 StGB)	152
3. Zerstörung wichtiger Arbeitsmittel (§ 305 a StGB)	152

Inhalt

IV. Die Datenveränderung (§ 303 a StGB); Computersabotage (§ 303 b StGB)	153
1. Datenveränderung (§ 303 a StGB)	153
a) Zur Einführung	153
b) Prüfungsschema in Klausuren	154
c) Objektiver Tatbestand	155
aa) Tatobjekt	155
bb) Tathandlungen	155
d) Subjektiver Tatbestand	156
e) Rechtswidrigkeit	156
f) Konkurrenzen	156
2. Computersabotage, § 303 b StGB	156
a) Rechtsgut, Struktur	156
b) Prüfungsschema in Klausuren	157
Wiederholungsfragen	158

TEIL 3 DIE STRAFTATEN GEGEN DAS VERMÖGEN ALS GANZES

§ 7 Der Betrug (§ 263 StGB)	159
I. Einleitung	159
1. Rechtsgut, praktische Bedeutung	160
2. Deliktscharakter	161
3. Weitere Betrugstatbestände	161
4. Prüfungsschema in Klausuren	162
II. Objektiver Tatbestand	162
1. Täuschung	162
a) Tatsache	163
b) Täuschung	165
aa) Allgemeines	165
bb) Ausdrückliche Täuschung	166
cc) Konkludente Täuschung	166
dd) Täuschung durch Unterlassen	168
(1) Gesetz	168
(2) Vertrag; Übernahme von Garantienstellungen	169
(3) Ingerenz	169
(4) Modalitätenäquivalenz	170
2. Irrtum	170
a) Definition	170
b) Irrtumsfähigkeit	170
c) Tatsachen; Zurechnungszusammenhang	171
d) Irrtum und Unkenntnis	171
e) Sonderwissen, sachgedankliches Mitbewusstsein	172
f) Zweifel an Richtigkeit	173
g) Erkennbarkeit des Irrtums – Europäisches Verbraucherleitbild	175
3. Vermögensverfügung	177
a) Definition	177
b) Art der Verfügung	177
c) Unmittelbarkeit der Vermögensverfügung	178

Inhalt

d) Bewusste Verfügung	179
e) Freiwillige Verfügung	180
f) Der Dreiecksbetrug	181
4. Vermögensschaden	183
a) Zweistufige Prüfungsreihenfolge	183
b) Vermögensbegriff	184
aa) Die zwei maßgeblichen Vermögensbegriffe	184
(1) Der rein ökonomische Vermögensbegriff	184
(2) Juristisch-ökonomischer Vermögensbegriff	185
bb) Weitere Vermögensbegriffe	185
cc) Stellungnahme	185
c) Einzelne umstrittene Vermögenspositionen	186
aa) Nichtige Forderungen, z.B. wegen Gesetzes- oder Sittenwidrigkeit	187
(1) Einsatz zu gesetzlich missbilligten Zwecken	187
(2) Keine Gegenleistung vom Empfänger der sitten-/ gesetzeswidrigen Leistung	188
bb) Der (unrechtmäßige) Besitz	189
cc) Subjektive Rechte und Anwartschaften	189
dd) Die Arbeitskraft	190
ee) Staatliche Leistungen; strafrechtliche Sanktionen	190
d) Berechnung des Vermögensschadens	191
aa) Kompensation	192
bb) Individueller (persönlicher) Schadenseinschlag	193
(1) Objektiv unnütze Leistung	193
(2) Wirtschaftliche Überforderung	193
cc) Vermögensgefährdung; bilanzielle Bewertungsmaßstäbe	194
dd) Eingehungs- und Erfüllungsbetrug	196
(1) Eingehungsbetrug	197
(2) Erfüllungsbetrug	198
ee) Gutgläubiger Erwerb	199
ff) Soziale Zweckverfehlung; Spenden- und Bettelbetrug; Subventions- und Sozialleistungsbetrug	200
gg) Amterschleichung	201
5. Kausalzusammenhang zwischen den objektiven Tatbestandselementen	203
III. Subjektiver Tatbestand	203
1. Vorsatz bezüglich objektiver Tatbestandsmerkmale	203
2. Bereicherungsabsicht	204
a) Absicht	204
b) Unmittelbarkeitsbeziehung, „Stoffgleichheit“	204
c) Objektive Rechtswidrigkeit der Bereicherung	206
d) Vorsatz bezüglich der objektiven Rechtswidrigkeit der erstrebten Bereicherung	207
IV. Täterschaft und Teilnahme	208
1. Mittäterschaft und mittelbare Täterschaft	208
a) Mittäterschaft	208
b) Mittelbare Täterschaft	208
c) Exkurs: VW-Dieselskandal	209
2. Beihilfe	211

Inhalt

V. Versuch, Vollendung, Beendigung	211
VI. Der besonders schwere Fall (§ 263 Abs. 3 StGB); Strafantragserfordernis	212
1. Gewerbs- oder bandenmäßig (§ 263 Abs. 3 S. 2 Nr. 1 StGB)	212
2. Großer Vermögensverlust (§ 263 Abs. 3 S. 2 Nr. 2 StGB)	213
3. Wirtschaftliche Not (§ 263 Abs. 3 S. 2 Nr. 3 StGB)	213
4. Amtsträger (§ 263 Abs. 3 S. 2 Nr. 4 StGB)	214
5. Versicherungsbetrug (§ 263 Abs. 3 S. 2 Nr. 5 StGB)	214
6. Strafantragserfordernisse	214
VII. Konkurrenzen	214
Wiederholungsfragen	214
§ 8 Die betrugsähnlichen Delikte (§§ 263 a, 265, 265 a StGB)	216
I. Der Computerbetrug (§ 263 a StGB)	216
1. Einleitung	216
a) Rechtsgut, Systematik	216
b) Prüfungsschema in Klausuren	217
2. Tathandlungen	218
a) Daten und Datenverarbeitungsvorgang	218
b) Programmanipulation (Var. 1 des § 263 a Abs. 1 StGB)	218
aa) Programme	218
bb) Gestaltung	219
cc) Unrichtigkeit der Programmgestaltung	219
c) Input- bzw. Eingabemanipulation (Var. 2 des § 263 a Abs. 1 StGB)	219
aa) Verwendung der Daten	219
bb) Unrichtige bzw. unvollständige Daten	219
d) Unbefugte Verwendung von (richtigen) Daten (Var. 3 des § 263 a Abs. 1 StGB)	221
aa) Verwendung	221
bb) Unbefugtheit	221
(1) Subjektive Theorie	221
(2) Computerspezifische Auslegung	222
(3) Betrugsspezifische Betrachtung	222
(4) Fallkonstellationen des Geldabhebens zur Verdeutlichung	223
(a) Geldabheben durch unberechtigten Karteninhaber durch rechtswidrig erlangte EC-Karte	223
(b) Auftragswidriges/abredewidriges Verwenden einer Codekarte durch einen Beauftragten	224
(c) Missbräuchliches Geldabheben durch einen berechtigten Karteninhaber	225
e) Ablauf- und Hardwaremanipulation (Var. 4 des § 263 a Abs. 1 StGB)	226
3. Zwischenerfolg	227
a) Überblick	227
b) Beeinflussung des Ergebnisses eines Datenverarbeitungsvorgangs	227
c) Unmittelbarkeit	227
d) Kausalität	228
4. Taterfolg	229
5. Subjektiver Tatbestand	229
6. Strafbarkeit des Versuchs	229

Inhalt

7. Konkurrenzen	229
Wiederholungsfragen	230
II. Der Versicherungsmissbrauch (§ 265 StGB) und Versicherungsbetrug (§ 263 Abs. 3 S. 2 Nr. 5 StGB)	230
1. Prüfungsschema	231
2. Tatbestand	231
3. Konkurrenzen	232
4. Der Versicherungsbetrug (§ 263 Abs. 3 S. 2 Nr. 5 StGB)	232
a) Vortat	233
b) Vortäuschen eines Versicherungsfalls	233
c) Repräsentantenhaftung	234
Wiederholungsfragen	235
III. Das Erschleichen von Leistungen (§ 265 a StGB)	235
1. Einleitung	235
a) Rechtsgut	236
b) Systematik	236
c) Prüfungsschema in Klausuren	236
2. Tatbestand	237
a) Tathandlung: Erschleichen	237
aa) Leistung eines Automaten	237
bb) Öffentlichen Zwecken dienendes Telekommunikationsnetz	237
cc) Beförderung durch ein Verkehrsmittel	238
dd) Zutritt zu einer Veranstaltung oder einer Einrichtung	240
b) Tatobjekte	240
aa) Automat (Var. 1 des § 265 a Abs. 1 StGB)	240
bb) Telekommunikationsnetz (Var. 2 des § 265 a Abs. 1 StGB)	241
cc) Verkehrsmittel (Var. 3 des § 265 a Abs. 1 StGB)	241
dd) Veranstaltung oder Einrichtung (Var. 4 des § 265 a Abs. 1 StGB)	241
ee) Entgeltlichkeit	242
3. Subjektiver Tatbestand	242
4. Strafbarkeit des Versuchs, Vollendung, Beendigung	242
5. Konkurrenzen	243
Wiederholungsfragen	243
§ 9 Die Erpressung (§ 253 StGB) und räuberische Erpressung (§§ 253, 255 StGB)	244
I. Einleitung	244
1. Rechtsgut, Struktur, Gesetzssystematik	244
2. Tatbestandliches Verhältnis von Erpressung und Raub	245
3. Prüfungsschema in Klausuren	245
II. Die einfache Erpressung (§ 253 StGB)	246
1. Objektiver Tatbestand	246
a) Nötigungsmittel	246
aa) Gewalt	246
bb) Drohung mit einem empfindlichen Übel	247
b) „Vermögensverfügung“ bzw. „Handlung, Duldung oder Unterlassung“	249
aa) Spezialitätsthese	249
bb) Verfügungsthese	250

Inhalt

cc) Diskussion	251
c) Klausurentchnik	252
d) Vermögensschaden; Dreieckerpressung; Unmittelbarkeitszusammenhang	252
aa) Allgemeines	252
bb) Dreieckerpressung	252
cc) Kausalität; Unmittelbarkeit des Vermögensschadens	253
2. Subjektiver Tatbestand	254
3. Rechtswidrigkeit	255
4. Konkurrenzen	256
Wiederholungsfragen	256
III. Die räuberische Erpressung (§ 255 StGB)	257
1. Einleitung	257
2. Objektiver Tatbestand	258
a) Nötigungsmittel	258
aa) Handeln, Dulden, Unterlassen bzw. Verfügung	258
bb) Dreiecksnötigung	258
b) Vermögensverfügung; Vermögensschaden	259
3. Subjektiver Tatbestand	259
4. Abgrenzung zum erpresserischen Menschenraub (§ 239 a StGB)	259
a) Rechtsgut, Struktur, Prüfungsschema in Klausuren	259
b) Tathandlung	260
aa) Entführungstatbestand (1. Alt. des § 239 a Abs. 1 StGB)	261
bb) Ausnutzungstatbestand (2. Alt. des § 239 a Abs. 1 StGB)	261
c) Subjektiver Tatbestand; Drei-Personen- und Zwei-Personen- Verhältnisse	261
aa) Drei-Personen-Konstellationen	262
bb) Zwei-Personen-Konstellation	262
d) Konkurrenzen	264
Wiederholungsfragen	264
§ 10 Die Untreue (§ 266 StGB)	266
I. Einleitung	266
1. Rechtsgut	266
2. Geschichte, Kriminalpolitik, praktische Bedeutung	266
3. Prüfungsschema in Klausuren	268
4. Innertatbestandliche Systematik	269
5. Verfassungskonformität der Norm	269
II. Objektiver Tatbestand	270
1. Missbrauchs- oder Treubruchsvariante (§ 266 Abs. 1 StGB)	270
a) Die Missbrauchsvariante (Var. 1 des § 266 Abs. 1 Var. 1 StGB)	270
aa) Verfügungs- oder Verpflichtungsbefugnis	270
bb) Missbrauch der Befugnis	271
(1) Allgemeines	271
(2) Einwilligung	272
cc) Vermögensbetreuungspflicht	274

Inhalt

b) Die Treubruchsvariante (Var. 2 des § 266 Abs. 1 StGB)	274
aa) Vermögensbetreuungspflicht	274
(1) Allgemeines	275
(2) Tatsächliches Treueverhältnis	276
bb) Verletzung der Vermögensbetreuungspflicht	277
(1) Allgemeines; spezifische Treuepflichtverletzung	277
(2) Gravierende Pflichtverletzung	278
2. Vermögensschaden	279
a) Allgemeines	279
b) Besonderheiten bei der Gesamtsaldierung	279
c) Vermögensgefährdung	280
d) Zweckverfehlung	282
e) Individueller Schadenseinschlag	282
III. Subjektiver Tatbestand	283
1. Allgemeines	283
2. Besonderheiten bei der Vermögensgefährdung	284
IV. Täterschaft und Teilnahme	284
V. Besonders schwerer Fall der Untreue (§ 266 Abs. 2 StGB); Haus- und Familienuntreue; Bagatelluntreue	284
VI. Konkurrenzen	285
Wiederholungsfragen	285
§ 11 Der Missbrauch von Scheck- und Kreditkarten (§ 266 b StGB)	287
I. Einführung	287
1. Kriminalpolitische Bedeutung	287
2. Rechtsgut	288
3. Prüfungsschema in Klausuren	288
II. Tatbestand	288
1. Tatgegenstand	288
a) Scheckkarten (Var. 1 des § 266 b Abs. 1 StGB)	289
aa) POS-System; elektronisches Lastschriftverfahren	289
bb) Bankomatenmissbrauch	290
b) Kreditkarten (Var. 2 des § 266 b Abs. 1 StGB)	291
aa) Kunden-(Kredit)karten im Zwei-Parteien-System	291
bb) Universalkreditkarten im Drei-Parteien-System	291
cc) Universalkreditkarten im Vier- und Mehr-Parteien-System	292
2. Täterkreis	292
3. Tathandlung	294
a) Missbrauch im Drei-Parteien-System	294
b) Missbrauch im Vier-Parteien- und Mehr-Parteien-System	294
4. Taterfolg Vermögensschaden	295
5. Subjektiver Tatbestand	295
III. Täterschaft und Teilnahme	295
IV. Strafantragserfordernis und Konkurrenzen	295
Wiederholungsfragen	296
§ 12 Die Anschlussdelikte (§§ 257, 259, 261 StGB)	297
I. Einleitung	297

Inhalt

II. Die Begünstigung (§ 257 StGB)	297
1. Einleitung	297
a) Unrechtscharakter	298
b) Rechtsgut	298
c) Praktische Bedeutung	299
d) Prüfungsschema in Klausuren	299
2. Objektiver Tatbestand	299
a) Rechtswidrige Vortat eines anderen	299
b) Hilfeleistung	300
c) Durch die Tat erlangte Vorteile	300
3. Subjektiver Tatbestand	302
4. Beteiligungsregelung	302
5. Konkurrenzen	302
Wiederholungsfragen	303
III. Die Hehlerei (§ 259 StGB)	303
1. Einleitung	303
a) Geschichte	303
b) Rechtsgut, praktische Bedeutung, Systematik	304
c) Prüfungsschema in Klausuren	304
2. Objektiver Tatbestand	305
a) Tatobjekt	305
aa) Sache	305
bb) Taugliche Vortat	306
cc) Durch die Vortat erlangt	306
dd) Vortat eines anderen	307
b) Die Tathandlungen	308
aa) Kooperationszusammenhang	308
bb) Ankaufen (Var. 1 des § 259 Abs. 1 StGB)	309
cc) Sich- oder einem Dritten-Verschaffen (Var. 2 des § 259 Abs. 1 StGB)	309
(1) Sich-Verschaffen	310
(2) Drittverschaffung	311
dd) Absetzen (Var. 3 des § 259 Abs. 1 StGB)	311
(1) Abgrenzung der Varianten; Begriff des Absetzens	311
(2) Absatzerfolg	312
ee) Absatzhilfe (4. Var. des § 259 Abs. 1 StGB)	313
3. Subjektiver Tatbestand	313
4. Versuch und Vollendung	314
5. Konkurrenzen und Wahlfeststellung	315
a) Konkurrenzen	315
b) Wahlfeststellung	316
Wiederholungsfragen	316
IV. Die Geldwäsche (§ 261 StGB)	316
1. Einleitung	317
a) Rechtsgut	317
b) Geplante Reform	318
c) Prüfungsschema in Klausuren	318

Inhalt

2. Tatbestandsstruktur	319
a) Tatobjekt	319
b) Tathandlungen	320
aa) Verschleierung und Vereitelung (§ 261 Abs. 1 StGB)	320
bb) Isolierung (§ 261 Abs. 2 StGB)	320
c) Geldwäsche durch Strafverteidiger	320
3. Selbstgeldwäsche	322
4. Subjektiver Tatbestand; Versuch	323
5. Strafschärfung; tätige Reue; Konkurrenzen	323
Wiederholungsfragen	323

TEIL 4 DIE STRAFTATEN GEGEN SPEZIALISIERTE VERMÖGENSWERTE

§ 13 Der unbefugte Gebrauch eines Fahrzeugs (§ 248 b StGB)	324
I. Einleitung	324
1. Rechtsgut	324
2. Klausurrelevanz; Prüfungsschema in Klausuren	326
II. Objektiver Tatbestand	326
1. Tatobjekt	326
a) Kraftfahrzeug	326
b) Fahrrad	326
2. Tathandlung	327
3. Ingebrauchnahme gegen den Willen des Berechtigten	327
a) Berechtigter	327
b) Einverständnis	328
c) Unbefugtes Ingebrauchhalten; erneute Ingebrauchnahme	328
III. Subjektiver Tatbestand	329
IV. Strafantrag	329
V. Konkurrenzen	329
Wiederholungsfragen	330
§ 14 Die Entziehung elektrischer Energie (§ 248 c StGB)	331
I. Einleitung	331
1. Praktische Bedeutung, Rechtsgut	331
2. Prüfungsschema in Klausuren	332
II. Objektiver Tatbestand	332
1. Tatobjekt	332
2. Tathandlung	333
a) Elektrische Anlage oder Einrichtung	333
b) Entziehung	333
c) Leiter	333
III. Subjektiver Tatbestand	335
1. Vorsatz	335
2. Zueignungsabsicht (§ 248 c Abs. 1 StGB)	335
3. Schädigungsabsicht (§ 248 c Abs. 4 StGB)	336
4. Vorsatz bzgl. der Rechtswidrigkeit	336
IV. Versuch; Strafantrag	336

Inhalt

V. Konkurrenzen	336
Wiederholungsfragen	337
§ 15 Die Pfandkehr (§ 289 StGB)	338
I. Einleitung	338
1. Rechtsgut	338
2. Prüfungsschema in Klausuren	338
II. Objektiver Tatbestand	339
1. Eigene oder fremde bewegliche Sache	339
2. Geschützte Rechte	339
3. Wegnahme der Sache	339
III. Subjektiver Tatbestand	341
1. Vorsatz	341
2. Vereitelungsabsicht	341
Wiederholungsfragen	341
Stichwortverzeichnis	343

TEIL 2 DIE STRAFTATEN GEGEN DAS EIGENTUM

Die fünf zentralen Straftatbestände gegen das Eigentum bilden – in der Reihenfolge des Gesetzes – der Diebstahl (unten § 2), die Unterschlagung (unten § 3), der Raub (unten § 4), die raubähnlichen Delikte (unten § 5) und die Sachbeschädigung (unten § 6). Ihr Unrechtsgehalt besteht in der (intendierten) Zueignung (§§ 242, 246, 249 StGB) oder Beschädigung (§ 303 StGB) fremder Sachen.

§ 2 Der Diebstahl (§§ 242 ff. StGB)

Literaturempfehlungen zu den §§ 242, 243: *Bode*, Zur Strafbarkeit privater Schrottsammler, JA 2016, 589 ff.; *Bosch*, Gewahrsamsbestimmung nach „natürlicher Auffassung des täglichen Lebens“, Jura 2014, 1237 ff.; *Denga*, Die Zivilrechtsakzessorietät von Vermögensdelikten, JA 2018, 833 ff.; *Fahl*, „Taschenbuch-Fall“, JA 2002, 649 ff.; *ders.* Der Kellner, der Dieb und der Schweinehund, Jura 2013, 1226 ff.; *Huber*, Grundwissen – Strafrecht: Versuchter besonders schwerer Fall des Diebstahls? JuS 2016, 597 ff.; *Jäger*, Diebstahl nach dem 6. Strafrechtsreformgesetz – Ein Leitfaden für Studium und Praxis, JuS 2000, 651 ff.; *Kudlich*, Taxifahrer – geprellt und abgezogen, JA 2015, 32 ff.; *ders.*, Die Wegnahme in der Fallbearbeitung, JA 2017, 428 ff.; *Oglakcioglu*, Ein Tag im Supermarkt, JA 2012, 902 ff., JA 2013, 107 ff.; *Remicke*, Zur strafrechtlichen Behandlung des Containers de lege lata und de lege ferenda, ZIS 2020, 343; *Schramm*, Grundfälle zum Diebstahl, JuS 2008, 678 ff., 773 ff.; *Zopfs*, Der Tatbestand des Diebstahls, ZJS 2009, 506 ff., 649 ff.; *ders.*, Der besonders schwere Fall des Diebstahls (§ 243 StGB), Jura 2007, 421 ff.

I. Einleitung

- 1 Der objektive Tatbestand des Diebstahls ist seit über 160 Jahren unverändert.¹ Schon das preußische StGB (1851) und das Reichsstrafgesetzbuch (1871) verstanden darunter die Wegnahme einer fremden beweglichen Sache mit Selbstzueignungsabsicht. Lediglich der subjektive Tatbestand wurde 1998 um die Drittzueignungsabsicht erweitert. Der Diebstahl ist die mit Abstand am häufigsten begangene Straftat. Die Fallzahlen gehen aber zurück. 2018 wurden etwa 2 Mio. Diebstahlsfälle (2014: 2,5 Mio.) polizeilich registriert (= 35 % der Gesamtkriminalität).² Der Diebstahl ist das Delikt der Armen schlechthin, wird aber zuweilen auch von finanziell nicht notleidenden, „normalen Bürgern“ begangen.³ Es bildet zudem einen wichtigen Teilbereich der Organisierten Kriminalität in Form von Diebesbanden. Diebstahlsdelikte machen übrigens auch den Großteil der Kinder- und Jugenddelinquenz aus⁴ und bilden dabei im Regelfall nur eine Episode im Leben des Kindes, die rasch vergeht. Abgeurteilt wegen Diebstahls wurden im Jahre 2018 rund 106.000 Personen.⁵
- 2 Der Tatbestand erfasst auch den Diebstahl geringwertiger Gegenstände (z.B. eines Brötchens). Bagatellfällen versucht man über das (relative) Strafantragerfordernis (§ 248 a StGB) oder die Möglichkeiten der Verfahrenseinstellung nach §§ 153, 153 a

1 Er wurzelt in der Naturrechtslehre des 19. Jahrhunderts; zur Historie vgl. LK-Vogel, Vor §§ 242 ff. Rn. 13 ff.

2 Vgl. PKS 2018 S. 16, 24.

3 Neubacher, § 17 Rn. 1.

4 Schwind, § 3 Rn. 10 a.

5 SVS 2018, 2.1, S. 36.

StPO Rechnung zu tragen.⁶ Politisch gescheitert sind bislang Reformversuche, Bagatelldiebstähle de lege ferenda als bloße Ordnungswidrigkeiten nur mit einem polizeilichen Strafgeld, vergleichbar einem Strafzettel beim Falschparken, zu belegen oder eine zivilrechtliche Lösung zu finden.⁷ Außerstrafrechtliche Sanktionen des Diebstahls wie z.B. die Kündigung durch den Arbeitgeber beim Diebstahl am Arbeitsplatz⁸ oder hohe Bearbeitungsgebühren in Form von „Fangprämien“ treffen den Dieb zuweilen schwerer als eine Geld- oder Bewährungsstrafe.⁹

1. Die Systematik der Diebstahlstatbestände

§ 242 StGB stellt den Grundtatbestand des Diebstahls dar. § 243 StGB enthält, trotz seiner Ähnlichkeit mit einem Straftatbestand, nur eine Strafzumessungsregel in Gestalt von Regelbeispielen: § 243 StGB ist daher erst im Anschluss an die Schuldprüfung bei § 242 StGB unter der Überschrift „Strafzumessung“ oder „besonders schwere Fälle“ zu erörtern. Qualifikationstatbestände und insofern „richtige“ Tatbestände (mit Prüfungsschema Tatbestand/Rechtswidrigkeit/Schuld) sind dagegen § 244 StGB und § 244 a StGB, die freilich insofern unselbstständig sind, als sie einen (vollendeten oder versuchten) Diebstahl nach § 242 StGB voraussetzen.

Die §§ 247, 248 a StGB bezwecken eine (lediglich strafprozessuale) Privilegierung des Täters, indem bestimmte Diebstahlskonstellationen den Strafantragsregeln i.S. der §§ 77 ff. StGB unterworfen werden. In einer Klausur ist daher bei Haus- und Familiendiebstählen (§ 247 StGB) oder bei einem Diebstahl geringwertiger Sachen (§ 248 a StGB) auf das Erfordernis eines Strafantrags (§§ 247, 248 a Alt. 1 StGB) bzw. eines besonderen öffentlichen Verfolgungsinteresses (§ 248 a Alt. 2 StGB) zu achten. Der räuberische Diebstahl, § 252 StGB setzt zwar einen Diebstahl voraus, gehört aber wegen seiner qualifizierten Nötigungskomponente und gesetzssystematischen Verankerung zum Raub und wird deshalb erst im Kontext des § 249 StGB behandelt (unten § 5 Rn. 4 ff.).

2. Rechtsgut

§ 242 StGB schützt das aus § 903 BGB fließende Recht des Eigentümers, die Sachherrschaft über ihm gehörende, körperliche Gegenstände auszuüben.¹⁰ Der Angriff auf das Rechtsgut besteht darin, dass der Täter neben der Erlangung der Sachherrschaft in subjektiver Hinsicht das weitere Ziel verfolgt, sich oder einem Dritten eine eigentümerähnliche Stellung zu verschaffen. Objektiv braucht der Zueignungserfolg freilich nicht einzutreten (sog. erfolgskupiertes Delikt)¹¹. Der Dieb greift also nicht bloß die Sachherrschaftsdimension des Eigentums an, sondern zielt es auf das Eigentumsrecht als solches ab. Ein zivilrechtlich wirksamer Eigentumswechsel auf den Dieb scheidet aber regelmäßig an § 935 Abs. 1 BGB.

6 Zu dieser Kombination der Strafzumessungs- mit der prozessualen Lösung LK-Vogel, Vor §§ 242 ff. Rn. 45.

7 So eine Forderung des Deutschen Anwaltsvereins von 1994 (Kreuzer, Strafzettel für Ladendiebe – warum nicht?, Die Zeit v. 11. 11. 1994; Hamm, KritV 1993, 213); eingehend zur Reformdiskussion LK-Vogel, Vor §§ 242 ff. Rn. 24, 44.

8 Vgl. den Fall „Ermely“, BAG NJW 2011, 167.

9 Für eine Kanalisierung dieser Folgen daher NK-Kindhäuser, § 242 Rn. 3.

10 NK-Kindhäuser, § 242 Rn. 4; Sch/Sch-Bosch, § 242 Rn. 1/2.

11 HK-Duttge, § 242 Rn. 3; SK-Hoyer, § 242 Rn. 5.

§ 2 TEIL 2 DIE STRAFTATEN GEGEN DAS EIGENTUM

- 6 Ob neben dem Eigentum auch der Gewahrsam ein weiteres, eigenständiges Rechtsgut darstellt, ist umstritten,¹² richtigerweise aber zu bejahen.¹³ Bedeutung erlangt der Streit vor allem beim Strafantragsrecht.¹⁴ Die monistische h.L. sieht nur den Eigentümer als Verletzten an; der BGH und eine gewichtige Minderheitsmeinung wollen auch den von einer Wegnahme betroffenen, mit dem Eigentümer nicht identischen Gewahrsamsinhaber strafrechtlich schützen und ihm ein eigenes Strafantragsrecht einräumen. Dies sollte zumindest dann gelten, wenn es sich um einen vom Eigentümer abgeleiteten Besitzerwerb handelt (z.B. das gemietete KFZ gestohlen wird),¹⁵ nicht aber bei deliktisch erlangtem Besitz (z.B. wenn dem Dieb das von ihm gestohlene Diebesgut entwendet wird).

II. Der einfache Diebstahl (§ 242 StGB)

1. Prüfungsschema in Klausuren

- 7 *Die Klausurrelevanz der Diebstahlsnormen ist in der Fortgeschrittenenübung und Staatsprüfung sehr hoch.*

8 **Prüfungsschema § 242 StGB**

A. Tatbestand

I. Objektiver Tatbestand

1. *Tatobjekt: Fremde, bewegliche Sache*
2. *Tathandlung: Wegnahme*

II. Subjektiver Tatbestand

1. *Vorsatz*
2. *Zueignungsabsicht*
 - a) *Enteignungsvorsatz*
 - b) *Aneignungsabsicht*
 - c) *Objektive Rechtswidrigkeit der erstrebten Zueignung und entsprechender Vorsatz*

B. Rechtswidrigkeit

C. Schuld

2. Objektiver Tatbestand

- 9 In objektiver Hinsicht setzt § 242 StGB als Tatobjekt eine fremde bewegliche Sache und als Tathandlung deren Wegnahme voraus.

12 Allein auf das Eigentum abstellend etwa Sch/Sch-Bosch, § 242 Rn. 1; Eisele, BT-2, Rn. 8; Kindhäuser/Böse, BT-2, § 2 Rn. 5; MK-Schmitz, § 242 Rn. 6.

13 BGH NJW 2001, 1508; HK-Duttge, § 242 Rn. 3; NK-Hoyer, § 242 Rn. 4; Rengier, BT-1, § 2 Rn. 1; Schramm, JuS 2008, 678, 679.

14 Mit Fallbeispiel Schramm, JuS 2009, 678.

15 Vgl. BGH NJW 1957, 1933.

a) Tatobjekt fremde bewegliche Sache

► **BEISPIEL („STROMKLAU-FALL“):**¹⁶ Dem insolventen A stellte man den Strom ab. Er durchbohrte daraufhin in seinem Kellerraum die hölzerne Trennwand zum Keller seines Wohnungsnachbarn W, schob durch die Löcher Drähte und verband sie mit einer dort verlaufenden Stromleitung. Mit einem Kabel, das er über sein geöffnetes Kellerfenster in seine Wohnung geleitet hatte, verbrauchte er so Strom auf Kosten des W. ◀ 10

aa) Sache

Sachen sind körperliche Gegenstände i.S.d. § 90 BGB.¹⁷ Es gelten die gleichen Grundsätze wie bei § 303 StGB (vgl. ergänzend dort § 6 Rn. 11). Diese Anbindung an den zivilrechtlichen Sachbegriff folgt daraus, dass nur an Sachen Eigentum erworben werden kann und § 242 StGB dieses gerade schützen soll.¹⁸ Im Einklang mit dem Zivilrecht versteht man unter dem Begriff des Gegenstands alles, was ein Objekt von Rechten sein kann, sofern es zudem körperlich ist. Diese Körperlichkeit fehlt etwa bei Geld auf dem Girokonto, Forderungen, Rechten, Software, aber auch bei Energie oder Daten, nicht aber bei körperlichen Trägern von Energie (z.B. Batterien) oder Daten (z.B. USB-Sticks).¹⁹ 11

► **LÖSUNG:**²⁰ Im Stromklau-Fall verneinte das RG die Sachqualität des Stroms. Elektrizität weist zwar nach heutigen physikalischen Erkenntnissen eine gewisse physische Substanz auf. Doch selbst wenn man elektrischer Energie Sachqualität beimessen würde, ändert dies doch nichts daran, dass im Gesetz seit der Einfügung des § 248 c StGB der „Strom-Klau“ nur vom Sondertatbestand des § 248 c StGB erfasst wird.²¹ Ganz abgesehen davon steht in diesen Fällen der Entzug von Energie und nicht die Wegnahme von mikroskopisch kleinen Elektronen im Vordergrund, deren Verschiebung ohnehin physikalisch wieder ausgeglichen wird.²² ◀ 12

Nach herrschender Meinung sind der lebende Mensch, der Embryo, die Eizelle und konserviertes Sperma ebenso wenig Sachen wie Körperimplantate (Herzschrittmacher, künstliches Gelenk), während vom Körper getrennte Teile (z.B. Haare, Zähne) schutzwürdig sind und Sachqualität besitzen.²³ Dagegen wird die Sachqualität des menschlichen Leichnams teilweise deshalb verneint, weil der Leichnam einen Rückstand des Persönlichkeitsrechts darstelle bzw. solange noch eine Pietätsbindung bestehe.²⁴ Die h.M. bejaht hingegen zu Recht die Sacheigenschaft des Leichnams, weil die eben genannten Kriterien zu vage sind, zudem schon in der Pietätsphase Transplantationen durchgeführt werden dürfen (§ 4 TPG) und die Sacheigenschaft von Plastinaten, Gletschermumien oder Moorleichen nicht fraglich ist.²⁵ Nimmt ein nekrophil veranlagter Mensch einen Leichnam an sich, kommt an sich ein Diebstahl in Betracht.²⁶ Allerdings ist jeder Leichnam zunächst herrenlos, und wird erst mit Vorliegen eines Aneignungs-

13

16 Anlehnend an die klassische Strom-Entscheidung RGSt 32, 165.

17 SK-Hoyer, § 242 Rn. Lackner/Kühl, § 242 Rn. 2; für eine strafrechtsautonome Bestimmung des Sachbegriffs dagegen z.B. S/S/W-Kudlich, § 242 Rn. 5; Beck OK-StGB/Wittig, § 242 Rn. 4.

18 HK-Duttge, § 242 Rn. 6; Maurach/Schroeder/Maiwald/Hoyer/Momsen, BT-1, § 32 Rn. 12.

19 NK-Kindhäuser, § 242 Rn. 9.

20 RGSt 29, 211.

21 NK-Kindhäuser, § 242 Rn. 9; Lackner/Kühl, § 248 c Rn. 1.

22 Zu Recht teleologisch skeptisch Brodowski, ZJS 2010, 144.

23 LK-Vogel, § 242 Rn. 12.

24 Maurach/Schroeder/Maiwald/Hoyer/Momsen, BT-1, § 32 Rn. 19, 22; im Zivilrecht z.B. RGZ 100, 171.

25 SK-Hoyer, § 242 Rn. 4; NK-Kindhäuser, § 242 Rn. 12.

26 Schramm, JuS 2008, 679.

rechts Dritter zu einer fremden Sache. Dieses Recht ist jedoch nur im Ausnahmefall anerkannt, etwa bei Anatomieverträgen oder einer vor dem Tod verfügbaren Organspende. Der Streit um die Sachqualität von Leichnamen ist freilich eher akademischer Natur: Die Strafbarkeit wegen § 242 StGB scheidet spätestens mangels Eigentumsfähigkeit des Leichnams und von Leichenteilen (z.B. Zahngold) an der Fremdheit der Sache,²⁷ weshalb hier höchstens § 168 StGB einschlägig sein kann.²⁸

bb) Beweglichkeit

- 14 Beweglich ist eine Sache, wenn sie tatsächlich fortbewegt werden kann.²⁹ Es reicht für die Erfüllung dieses Tatbestandsmerkmals nach nahezu allgemeiner Meinung aus, wenn Teile unbeweglicher Sachen erst durch die Tathandlung losgelöst, abgetrennt oder sonst beweglich gemacht werden.³⁰ Dies ist etwa der Fall, wenn ein Baum abgesehen wird, Schafe von einer Weide das Gras auffressen³¹ oder eine auf einem Dach befestigte Solaranlage mit Zueignungsabsicht abmontiert und wegtransportiert wird.³² Insoweit ist die im Zivilrecht wichtige Entscheidung zwischen beweglichen und unbeweglichen Sachen (§§ 93 ff. BGB) im Rahmen des § 242 StGB unbeachtlich.³³

cc) Fremdheit

- 15 ► **BEISPIEL („CONTAINERN“-FALL“):**³⁴ *Auf dem Grundstück des Supermarkts S werden Lebensmittel, die vom Filialleiter Filius F für nicht mehr verkehrsfähig gehalten werden, in einem verschlossenen Container auf dem Grundstück des S gelagert, der zur Abholung durch ein Entsorgungsunternehmen bereitsteht. Zwei Studentinnen öffnen den Verschluss des Containers mit einem Sechskantschlüssel und entwenden (sog. „containern“) daraus Lebensmittel, die neu 100 EUR kosten würden.* ◀
- 16 Eine Sache ist dann fremd, wenn sie im Allein-, Mit- oder Gesamthandseigentum eines anderen steht. Nicht fremd ist eine Sache, die alleine dem Täter gehört oder die nicht verkehrsfähig bzw. herrenlos ist.³⁵ Die Fremdheit der Sache ist ein – ebenso wie bei § 303 StGB (vgl. daher ergänzend dort § 6 Rn. 14) – nach bürgerlichen oder öffentlichen Sachenrecht zu bestimmendes akzessorisches Tatbestandsmerkmal. So sind etwa an Brückengeländern angebrachte Liebesschlösser in aller Regel weiterhin Eigentum der Verliebten.³⁶ Nicht fremd sind herrenlose Sachen (§§ 959, 960 BGB), da diese per definitionem in niemandes Eigentum stehen, sowie verkehrsunfähige und damit zugleich eigentumsunfähige Sachen (freie Luft, Gewässer, i. d. R. auch der Leichnam). An Brückengeländer angebrachte sog. Liebesschlösser sind freilich nicht herrenlos.³⁷ Au-

27 HK-Duttge, § 242 Rn. 8; Joecks/Jäger, Vor § 242 Rn. 19 ff.

28 So ist Zahngold „Asche“ i. S. des § 168 StGB und besitzt nach der Trennung vom Körper auch Sachqualität, ist zivilrechtlich aber keine „fremde“ Sache; BGHSt 60, 302 m. Bspr. Kudlich JA 2015, 872; OLG Bamberg NJW 2008, 1543, 1547.

29 Sch/Sch-Bosch, § 242 Rn. 11.

30 Joecks/Jäger, Vor § 242 Rn. 24; AnwK-Kretschmer, § 242 Rn. 8.

31 LG Karlsruhe NSTz 1993, 543; OLG Stuttgart, NSTz-RR 2002, 4.

32 Schramm, JuS 2008, 678, 680.

33 NK-Kindhäuser, § 242 Rn. 14.

34 AG Fürstenfeldbruck, Urt.v. 30.1.2019 –3 Cs 42 Js 26676/18; BayOBLG NSTz-RR 2020, 104 m. Bspr. Bode; Jahn, JuS 2020, 85; Jäger, JA 2020, 393.

35 Fischer, § 303 Rn. 4; Sch/Sch-Hecker, § 303 Rn. 6; Küper/Zopfs, Rn. 445.

36 Vgl. den „Liebesschlösser-Fall“ in der Voraufgabe dieses Lehrbuchs, § 2 Rn. 15, 18; AG Köln JuS 2013, 271 m. Bspr. Jahn.

37 Vgl. Voraufgabe § 2 Rn. 15; AG Köln JuS 2013, 271 m. Bspr. Jahn.

ßerdem muss die Sache im Allein-, Mit- oder Gesamthandseigentum eines anderen stehen. Maßgeblich sind hierfür die sachenrechtlichen Bestimmungen des BGB (§§ 873, 929, 1370, 1922).

Umstritten ist dabei etwa die Problematik der Entwendung von Betäubungsmitteln, so etwa dann, wenn derjenige, der Drogen beim Hersteller (z.B. einem Produzenten von Crystal Meth) gekauft hat, von einem Dritten bestohlen wird. Nach einer Minderheitsansicht sind Drogen nicht eigentumsfähig. Zudem fehle es häufig am Fremdheitsvorsatz, wie auch kein Schutzbedürfnis für den Produzenten bestünde, da dessen Rechte nicht durch § 903 BGB geschützt seien.³⁸ Dagegen geht die Rechtsprechung davon aus, dass zwar aufgrund § 134 BGB, § 29 BtMG nicht der Käufer Eigentum an den Drogen erwerbe, aber der produzierende Verkäufer formal Eigentümer auf der Grundlage der §§ 950, 953 BGB sei, weshalb bei einer Wegnahme der Drogen beim Käufer letztlich das Eigentumsrecht des Produzenten verletzt werde.³⁹ Erblickt man dagegen – wie hier (oben Rn. 6) – im Gewahrsam ein eigenständiges Rechtsgut des § 242 StGB, so ist in Wahrheit nicht der Drogenproduzent als Eigentümer geschädigt – diesem wird das weitere Schicksal des von ihm vertriebenen Stoffs nach dem Verkauf meist völlig gleichgültig sein –, sondern der letzte, von der Wegnahme betroffene Drogenbesitzer.

17

► **Lösung:**⁴⁰ Die Bewertung des „Container-Falls“ stellt sich wie folgt dar: Die Wertlosigkeit einer Sache ändert nichts am strafrechtlichen Schutz des Eigentümers vor Wegnahme (o. § 1 Rn. 16). Nach § 958 BGB wird eine bewegliche Sache herrenlos, wenn der Eigentümer den Besitz an der Sache aufgibt und dies in der Absicht geschieht, auf das Eigentum zu verzichten. Gegen einen Verzichtswillen des E spricht nach dem BayObLG zum einen die Bereitstellung der abgesperrten Container auf dem Firmengelände des E und nicht auf offener Straße. Dann sei keine Einwilligung in eine Mitnahme, sondern die Aufgabe des Eigentums nur zugunsten des Entsorgungsunternehmens gegeben. Zum anderen sei der Supermarkt für eine ordnungsgemäße Abfallentsorgung verantwortlich und halte die Sachen zur Abholung durch eine Fachfirma bereit, wie auch der Entsorgende für die gesundheitliche Unbedenklichkeit in Verkehr gebrachter Lebensmittel einzustehen hat.⁴¹ Jüngst entschied auch das BVerfG, dass die Subsumtion des Merkmals „fremd“ beim „Container“ nach zivilrechtlichen Maßstäben verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden sei, insbesondere auch kein Verstoß gegen das Willkürverbot, den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz oder das ultima ratio-Prinzip vorliege.⁴² - In einem Teil des Schrifttums wird dagegen zu Recht die Fremdheit ab dem Moment verneint, in dem die Container nicht mehr abgeschlossen sind und zur Abholung bereitgestellt werden.⁴³ Von da an steht eine endgültige Entsorgung im Sinne einer Vernichtung und damit der Verzicht auf das Eigentumsrecht im Vordergrund. Solange die Container aber noch verschlossen sind, will der Eigentümer generell Personen den Zugriff auf die Waren verwehren, und kann folglich von einem Eigentumsverzicht nicht ausgegangen werden. – Angesichts der Vernichtung von mehreren Millionen Tonnen verzehrfähiger Lebensmittel in Deutschland pro Jahr wäre es überaus begrüßenswert, den Einzelhandel, wie etwa in Frankreich, gesetzlich dazu zu verpflichten, noch verzehrfähige Lebensmittel an gemeinnützige Organisationen wie z. B. „Die Tafel“ zu

18

38 Engel, NStZ 1991, 520; m. E. auch MK-Schmitz, § 242 Rn. 14.

39 BGH NJW 2006, 72; Fischer, § 242 Rn. 5 a; NK-Kindhäuser, § 242 Rn. 20; LK-Vogel, § 242 Rn. 31.

40 AG Köln JuS 2013, 271 m. Bspr. Jahn.

41 BayObLG NStZ-RR 2020, 104; Rennieke, ZIS 2020, 344.

42 BVerfG NJW 2020, 2953 (Nichtannahmebeschluss betr. Verfassungsbeschwerde gegen BayObLG NStZ-RR 2020, 104).

43 Jäger JA 2020, 393; Wessels/Hillenkamp/Schuhr, BT-2, Rn. 79.

spenden⁴⁴ oder eine zivilrechtliche Sonderregelung zu schaffen, die solche Lebensmittel der Fremdheit entkleidet.⁴⁵ Eine entsprechende Forderung u. a. des Bundeslandes Hamburg und des Freistaats Thüringen wurde aber im Juni 2019 auf einer Justizministerkonferenz von der CDU-Mehrheit abgelehnt.⁴⁶ Stattdessen beschränkt man sich auf sog. „Dialogforen“.⁴⁷ ◀

b) Tathandlung Wegnahme

- 19 Wegnahme bedeutet den Bruch fremden und die Begründung neuen (nicht notwendigerweise tätereigenen) Gewahrsams.⁴⁸

aa) Begriff des Gewahrsams

- 20 ► **BEISPIEL („SPEDITIONSFALL“):**⁴⁹ A war als Lkw-Fahrer bei der Spedition S-GmbH (S) beschäftigt, die bei dem Regalsystemhersteller R-GmbH (R) Stückgut lud, auf ihr Speditionsgelände verbrachte und binnen von R gesetzten Fristen an Kunden auslieferte. Wenn bei S Ware von R angeliefert wurde, erfolgte anhand von R's-Lieferzetteln eine Zuordnung an bestimmte Lieferregionen. Die Ware wurde dann in hierfür vorgesehene Boxen gebracht. A wandte sich an den bei R arbeitenden L und „orderte“ bei ihm 50 Regalstützen verschiedener Sorten, wobei beiden klar war, dass dies nicht als reguläres Geschäft, sondern für A „unentgeltlich“ erfolgen sollte. L ließ daraufhin Waren im Wert von 4.800 EUR mit Wissen des A auf dessen Lkw laden, welche nicht mit einem Lieferschein versehen waren und die dem A zukommen sollten. Dem Logistikleiter der R war dies aufgefallen. Um aber nicht Mitarbeiter vor aller Augen eventuell zu Unrecht des Diebstahls zu bezichtigen, kam man überein, die Sache zunächst zu beobachten. A beförderte seine Ladung auf das Gelände der S und ließ dort die Waren abladen. Einem dortigen Mitarbeiter sagte er, dass die nicht mit einem Ladezettel versehene Ware am Folgetag geholt werde. Die für A bestimmte Ware wurde dann planmäßig in einer gesonderten Box abgelagert. Der beabsichtigte Abtransport von dort gelang dem A nicht mehr, weil sie am Nachmittag von Mitarbeitern der R sichergestellt werden konnte. ◀

- 21 Der Gewahrsam weist eine objektiv-physische (Sachherrschaft) und subjektiv-psychische Komponente (Herrschaftswille) auf. Er setzt die tatsächlich-soziale Herrschaft einer natürlichen Person über eine Sache dergestalt voraus, dass der Einwirkung auf die Sache keine Hindernisse entgegenstehen. In subjektiver Hinsicht muss ein Herrschaftswillen vorhanden sein, der darauf gerichtet ist, mit der Sache nach dem eigenen Willen zu verfahren.⁵⁰

Den Maßstab für den Gewahrsam liefert die Verkehrsauffassung, d. h. die soziale Zuordnung von Sachherrschaftsbeziehungen,⁵¹ wie sie sich nach der „natürlichen Auffassung des Lebens“⁵² ergibt (faktisch-sozialer Gewahrsamsbegriff der h.M.⁵³). Im Schrifttum wird teilweise stärker auf eine sozial-normative Betrachtungsweise abge-

44 Rennieke, ZIS 2020, 343, 348; darüber hinaus zudem eine Entkriminalisierung fordernd Bündnis 90/Die Grünen, BT-Dr. 19/14358;

45 Vgl. den Gesetzesentwurf der Fraktion Die Linken; BT-Drs. 19/9345 S. 2.

46 Beck-Aktuell vom 11.11.2019.

47 <https://www.lebensmittelwertschaetzen.de/strategie/nationales-dialogforum>.

48 NK-Kindhäuser, § 242 Rn. 28; Mitsch, BT 2/1, § 1 Rn. 40.

49 OLG Hamm NStZ-RR 2014, 209 m. Bspr. Brüning, ZIS 2015, 310; Hecker, JuS 2015, 276; Jäger, JA 2015, 390.

50 BGHSt 16, 271, 273; Sch/Sch-Bosch, § 242 Rn. 23; S/S/W-Kudlich, § 242 Rn. 18.

51 BGHSt 16, 271, 273; Küper/Zopf, Rn. 774.

52 OLG Karlsruhe NStZ-RR 2005, 141; Sch/Sch-Bosch, § 242 Rn. 23.

53 BGHSt 16, 271; A/W-Heinrich, § 13 Rn. 39; Kudlich, PdW BT-1, Nr. 11; Lackner/Kühl, § 242 Rn. 9.

stellt oder diese zum Bestandteil des Gewahrsamsbegriffs erklärt.⁵⁴ Der Streit spielt vor allem für die Abgrenzung von Diebstahl und Unterschlagung in Grenzfällen der Unterschlagung eine Rolle.⁵⁵ Doch auch faktische Betrachtungsweisen sind im Recht niemals frei von wertenden Komponenten, wie umgekehrt eine normative Betrachtung die tatsächlichen Machtverhältnisse einbeziehen muss. Im Regelfall sind die Unterschiede zwischen den Theorien nur terminologischer Natur und die Ergebnisse meistens gleichlautend.⁵⁶

Gewahrsam darf nicht mit dem Eigentum, aber auch nicht mit dem „Besitz“ i.S. des bürgerlichen Rechts verwechselt werden.⁵⁷ Zwar ist der Besitzer i.S.d. § 854 Abs. 1 BGB vielfach auch der Gewahrsamsinhaber. Doch haben der Erbe (§ 857 BGB) oder der mittelbare Besitzer (§ 868 BGB), obwohl formal Besitzer, nicht per se Sachherrschaft an dem Gegenstand, wie umgekehrt auch ein bloßer Besitzdiener (§ 855 BGB), obwohl nicht formal Besitzer, u.U. bestohlen werden kann.⁵⁸ Der Gewahrsamsbegriff umschließt nach h.M. die unberechtigte, etwa auf verbotener Eigenmacht gem. § 858 BGB beruhende Sachherrschaft,⁵⁹ mithin kann auch Diebesgut gestohlen werden.⁶⁰

Zum Gewahrsam gehören zunächst die der Körpersphäre zuzurechnenden Gegenstände (z.B. Armbanduhr, Portemonnaie in der Hosentasche, Handy in der Handtasche).⁶¹ Ein genereller (auf einen bestimmten räumlichen Bereich, z.B. die in der eigenen Wohnung oder im eigenen Geschäft befindlichen Gegenstände) und ein potenzieller (z.B. während des Schlafs bestehender) Herrschaftswille reichen ebenso aus wie ein natürlicher Herrschaftswille (z.B. bei Kindern). In generell beherrschten Räumen (z.B. Museen, Läden, Gaststätten) hat der Besucher (Kunde, Gast) den Gewahrsam an denjenigen Sachen inne, die seiner Körpersphäre zugerechnet werden (sog. Gewahrsamsenklave).⁶² Der Einkaufswagen im Supermarkt gehört freilich nicht zu einer solchen Enklave, sondern ist der Gewahrsamssphäre des Supermarktbetreibers zuzuordnen; wer darin unter einem Prospekt mit Zueignungsabsicht Waren versteckt, hat noch keinen fremden Gewahrsam gebrochen. Die Sachherrschaft ist auch bei einer bloßen Gewahrsamslockerung gegeben, so etwa dann, wenn ein auf offener Straße geparktes Fahrzeug, ein auf dem Feld stehender Pflug oder eine frei herumlaufende Katze entwendet werden.⁶³

► **Lösung:** Im „Speditionsfall“ hatten die Organe der R-GmbH einen generellen Sachherrschaftswillen bezüglich der Regalteile und waren nicht damit einverstanden, dass Ware zulasten des Unternehmens unentgeltlich fortgeschafft wurde. Mit der Verladung auf den Lkw des A, spätestens aber mit dessen Verlassen des Betriebsgeländes, hatte A neuen Gewahrsam begründet. Da der neue Gewahrsam nicht unbedingt ein tätereigener Gewahrsam sein muss, sondern auch bei einem Dritten begründet werden kann, braucht hier nicht entschieden zu werden, ob A bereits mit Verladung auf den Lkw selbst Gewahrsam erlangt hat oder zunächst

54 So etwa SK-Hoyer, § 242 Rn. 20 ff.; MK-Schmitz, § 242 Rn. 46 ff.

55 LK-Vogel, § 242 Rn. 55.

56 Sch/Sch-Bosch, § 242 Rn. 24.

57 Rengier, BT-1, Rn. 24, 35 ff.; Wessels/Hillenkamp/Schuhr, BT-2, Rn. 93.

58 NK-Kindhäuser, § 242 Rn. 29 ff.

59 BGH NJW 1953, 1358; LK-Vogel, § 242 Rn. 59.

60 Zu den damit verbunden systematischen Verwerfungen und für eine Rechtsfolgenlösung NK-Kindhäuser, § 242 Rn. 33.

61 MK-Schmitz, § 242 Rn. 55.

62 Eisele, BT-2, Rn. 42; MK-Schmitz, § 242 Rn. 55.

63 Sch/Sch-Bosch, § 242 Rn. 26.

nur Gewahrsam durch die Organe der S-GmbH begründet worden ist. – Zur Relevanz der Beobachtung bei der Wegnahme siehe unten Rn. 34. ◀

bb) Bruch fremden Gewahrsams

- 25 ▶ **BEISPIEL („SCHWARTZTANKEN-FALL“):**⁶⁴ *A fuhr mit seinem Pkw zur Selbstbedienungstankstelle des Mineralölkonzerns K. An deren Zapfsäulen befanden sich Aufkleber mit dem Vermerk: „Die Ware verbleibt bis zur vollständigen Zahlung des Kaufpreises im Eigentum der K“. Die Zapfsäulen wurden mit Videokameras überwacht; auf die Kontrolle wurde mit Tafeln hingewiesen. A las die Hinweise, während er Benzin im Wert von 90 Euro tankte, und verließ, wie er es von Anfang an geplant hatte, ohne zu bezahlen mit dem Pkw das Tankstellengelände. Tankstellenpächter T beobachtete den A zwar beim Aussteigen und Tanken, bemerkte die Tat wegen des Betriebs im Verkaufsraum aber erst, als das Rotlichtzeichen auf dem Display der Kasse erschien, mit dem die Sperrung der Zapfsäule bis zur Bezahlung angezeigt wurde. ◀*
- 26 *Fremder Gewahrsam wird gebrochen, wenn die Sachherrschaft des bisherigen Gewahrsamsinhabers gegen oder ohne dessen Willen aufgehoben wird.*⁶⁵ *Das Einverständnis des Gewahrsamsinhabers schließt den Tatbestand aus. Der Gewahrsamswechsel ist ein faktischer Vorgang; daher beseitigt die Täuschung die Wirksamkeit des Einverständnisses nicht,*⁶⁶ *sofern der Einwilligende den allein maßgeblichen Akt des Sachherrschaftsverlusts zutreffend erfasst und die Wirksamkeit des Einverständnisses nicht vom Eintritt einer bestimmten Bedingung abhängt.*
- 27 ▶ **LÖSUNG:** *Klärungsbedürftig ist im Schwarztanken-Fall zunächst, ob der Treibstoff im Zeitpunkt des Betankens für A noch fremd war. Nach einer Minderheitsansicht wird beim Tanken an einer Selbstbedienungszapfsäule der Besitz und das Eigentum an dem getankten Benzin i.S.d. § 929 BGB verschafft, weshalb ein Diebstahl hier ausscheidet. Die Vermischung nach §§ 947 BGB mit dem im Tank befindlichen Benzin wäre dagegen unschädlich, da K anteilmäßig nach §§ 948 Abs. 1, 947 Abs. 1 BGB (Mit-)Eigentümer des Benzins bleibt und damit insofern dieses für A weiterhin fremd wäre. Nach h.M. geht das Eigentum auf A erst mit der Bezahlung an der Kasse über, weil auf den Zapfsäulen dieser Eigentumsvorbehalt ausdrücklich erklärt und konkludent vom jeweiligen Kunden akzeptiert wird; zudem entspricht dieses Verständnis der typischen Interessenlage zwischen Käufer und Verkäufer bei einem Selbstbedienungsvorgang „Ware gegen Bezahlung“.*
- 28 *A hat aber das Benzin mit – mittels Täuschung erlangter – Zustimmung des Tankstelleninhabers in seinen Tank gefüllt und damit an sich gebracht, weshalb hier kein Gewahrsamsbruch vorliegt. Da der Gewahrsamswechsel ein faktischer Vorgang ist, beseitigt die Täuschung die Wirksamkeit des Einverständnisses nicht, da der Einwilligende den allein maßgeblichen Akt des Sachherrschaftsverlusts zutreffend erfasst. Die Annahme eines – durch die nachträgliche vollständige Bezahlung – bedingten Einverständnisses ist beim Selbstbedienungstanken jedenfalls nicht überzeugend, soweit sich der unredliche Kunde äußerlich verhält wie ein zahlungswilliger Käufer, weil die böse Absicht selbst bei genauester Beobachtung verborgen bleibt. In dem Dulden des Tankens liegt die für den Betrug des A erforderliche Vermögensverfügung des*

64 Zu solchen Fällen vgl. BGH NJW 2016, 1109 mit Bspr. Hecker, JuS 2016, 566; Poisel/Ruppert, JA 2019, 357; Rengier, BT-2, § 2 Rn. 35; Schramm, JuS 1998, 678, 680 in Anlehnung an BGH, NJW 1983, 2827.

65 MK-Schmitz, § 242 Rn. 81; Küper/Zopfs, Rn. 769; Wessels/Hillenkamp/Schuhr, BT-2, Rn. 115; beschränkt auf ein Handeln gegen den Willen des Gewahrsamsinhabers z. B. Fischer, § 242 Rn. 16.

66 Sch/Sch-Bosch, § 242 Rn. 36.

*Tankstellenpächters. Falls das Betanken des Fahrzeugs vom Kassenpersonal überhaupt nicht bemerkt wird, geht der BGH regelmäßig vom Tatbestand des versuchten Betrugs aus.*⁶⁷ ◀

Stellt ein Eigentümer, der wiederholt Opfer von Diebstählen geworden ist, zur Ergreifung des Täters eine sog. Diebesfalle auf, so begeht derjenige, der in diese Falle tappt, keinen vollendeten (sondern höchstens einen versuchten, untauglichen) Diebstahl, denn der Eigentümer ist hier wegen des Aufklärungszwecks gerade mit der Gewahrsamerlangung durch den Dieb einverstanden.⁶⁸ Verwendet ein EC-Kartenbesitzer die Karte zur Auszahlung am Geldautomaten unter Eingabe der richtigen PIN, so ist die Bank mit dem Gewahrsamswechsel an den Geldscheinen einverstanden. Dies gilt unabhängig davon, ob es sich um den berechtigten oder nichtberechtigten Karteninhaber handelt, oder ob der Bankkunde nach Eingabe der PIN, aber noch vor dem Ansichnehmen des Geldes, vom Täter weggestoßen wird und dieser daraufhin das vom Geldautomaten ausgegebene Bargeld ergreift.⁶⁹ Der nichtberechtigte Karteninhaber kann sich aber wegen Computerbetrugs (§ 263 a StGB) strafbar machen, während der Missbrauch der Karte durch den berechtigten Karteninhaber insgesamt straflos ist (mehr dazu unter § 11 Rn. 29).

29

Bei trickreichem Vorgehen des Täters stellt sich die Frage der Abgrenzung von Trickdiebstahl und Betrug, namentlich dann, wenn der Eigentümer täuschungsbedingt dem Täter den Gegenstand zur vermeintlich kurzzeitigen Benutzung in seinem Beisein aushändigt und damit seinen Gewahrsam nur lockert, nicht aber aufgibt. Hier liegt keine betrugspezifische Vermögensverfügung, sondern vielmehr eine diebstahlstypische Wegnahme in dem Moment vor, in dem der Täter mit dem ihm überlassenen Gegenstand den Tatort verlässt, da es insoweit an einem wirksamen Einverständnis des im Unklaren gelassenen Eigentümers fehlt. Man denke nur an die sog. „Wash-Wash“-Fälle, in denen gutgläubig der Eigentümer echte Geldscheine zur chemischen Vervielfältigung oder zur Reinigung geschwärzter Geldscheine aushändigt, er aber in Wahrheit wertloses Papier zurückerhält und die vermeintlichen „Geldvermehrter“ mit den echten Geldscheinen verschwinden.⁷⁰ Diebstahlsrelevanz besitzen ebenso Wechselgeldfallen, bei denen der gutmütige Geldwechsler nicht das vom Täter eingewechselte Geld erhält, sondern der Täter vielmehr mit seinem eigenen Geld und dem Wechselgeld des anderen weggeht, was dieser aufgrund des desorientierenden Verhaltens des Täters erst bei einem späteren Blick in den Geldbeutel bemerkt.⁷¹

30

cc) Begründung neuen Gewahrsams

Neuer Gewahrsam ist begründet, sobald der Täter (oder ein Dritter) die Sachherrschaft derart erlangt hat, dass er sie ohne wesentliche Hindernisse ausüben und der bisherige Inhaber auf die Sache nicht mehr einwirken kann, ohne zuvor die Verfügungsgewalt des Täters (Dritten) beseitigen zu müssen.⁷² Maßgeblich ist auch hier die Verkehrsanschauung.

31

Für die Vollendung der Wegnahme reicht bei kleineren, handlichen Gegenständen das Ergreifen und Festhalten des Gegenstandes (sog. Apprehensionstheorie) aus, z.B. bei

32

67 BGH NJW 2016, 1109.

68 BGHSt 16, 271, 278; Sch/Sch-Bosch, § 242 Rn. 41; Joecks/Jäger, § 242 Rn. 63.

69 BGH NJW 2018, 245 m. Bspr. Brand; Eisele, JuS 2018, 300.

70 KG NSTZ-RR 2013, 138 m. Bspr. Kudlich, JA 2013, 552; Übungsfall bei Burghardt/Bröckers, JuS 2014, 238.

71 Vgl. auch BayObLG NJW 1992, 2041 m. Bspr. Jung, JuS 1992, 970 und Pasker, JA 1993, 1930.

72 HK-Duttge, § 242 Rn. 27; Küper/Zopfs, Rn. 750.