

Strafrecht BT	Diebstahl (§§ 242; 243) Prüfungsschema	1 (2)
--------------------------	---	------------------

I. Objektiver Tatbestand

1. Tatobjekt: Fremde, bewegliche Sache.

Sache i.S.d. § 242 StGB ist jeder körperlicher Gegenstand. Auch Tiere sind Sachen im Sinne des StGB (zur Bedeutung von § 90a BGB vgl. Schönke/Schröder/Eser § 242 Rn. 9).

Beweglich ist eine Sache, wenn sie von ihrem bisherigen Standort fortgeschafft werden kann. Es genügt, wenn die Sache beweglich gemacht werden kann.

Eine Sache ist **fremd**, wenn sie verkehrsfähig und nicht herrenlos ist und auch nicht im Alleineigentum des Täters steht. Wird eine Sache durch Dereliktion (§ 959 BGB) herrenlos, kann an ihr kein Diebstahl begangen werden. Eine Dereliktion liegt aber nur vor, wenn der ursprüngliche Eigentümer ohne Zweckbestimmung auf sein Eigentum verzichtet (also z.B. nicht, wenn Altkleidung für eine bestimmte Organisation auf die Straße gestellt wird). Bei der Beurteilung der Eigentumsverhältnisse spielen zivilrechtliche Rückwirkungsfiktionen (z.B. § 142 I BGB) keine Rolle, da es im Strafrecht auf den Zeitpunkt der Handlung ankommt (§ 8 StGB). Die menschliche Leiche ist nach h.M. nicht eigentumsfähig, es sei denn, sie wurde als Präparat oder ähnliches verwendet. Hoch umstritten ist die rechtliche Einordnung von Herzschrittmachern, Goldzähnen und sonstigen Gegenständen, die dauerhaft in den menschlichen Körper verbracht werden (vgl. Jäger, BT Rn. 184ff.).

2. Tathandlung: Wegnahme.

Wegnahme ist der Bruch fremden Allein- oder Mitgewahrsams und die Begründung neuen (nicht notwendig eigenen) Gewahrsams an der Sache.

a) Gewahrsam: Gewahrsam ist die tatsächliche Sachherrschaft einer Person über eine Sache, die von einem natürlichen Herrschaftswillen getragen, und deren Reichweite von der Verkehrsauffassung bestimmt wird. Zur Begründung der tatsächlichen Sachherrschaft ist die Herstellung einer engen räumlichen Beziehung zwischen Person und Sache erforderlich. Eine derartige enge Beziehung ist insbesondere dann gegeben, wenn Gegenstände zur eigenen Verfügung in der Kleidung oder einer sonstigen Gewahrsamsenklave getragen werden. Gewahrsam setzt kein Recht zum Besitz voraus, auch ein Dieb kann Gewahrsam haben. Ist der Gewahrsam einmal begründet, ist für sein Fortbestehen kein permanent aktualisierter Sachherrschaftswille erforderlich. Werden Sachen im eigenen Herrschaftsbereich *verlegt* oder von einem Dritten *versteckt*, bleibt der Gewahrsam bestehen, nicht hingegen, wenn die Sache an einem anderen Ort *verloren* wird und der bisherige Gewahrsamsinhaber den Aufenthaltsort nicht kennt. Für den erforderlichen Sachherrschaftswillen ist Geschäftsfähigkeit nicht erforderlich. Es genügt ein genereller und potentieller Gewahrsamswille, der sich auch auf Sachen beziehen kann, die in der Zukunft in den eigenen Herrschaftsbereich gelangen (*antizipierter Erlangungswille*). Auch Schlafende und Bewusstlose können Gewahrsam an den mitgeführten Sachen haben. Gewahrsamsinhaber können mangels Willensfähigkeit keine juristischen Personen, sondern nur natürliche Personen sein. Bei juristischen Personen ist das jeweils zuständige Organ Träger der Sachherrschaft, z.B. der Behördenleiter einer Behörde.

b) Der Gewahrsam wird gebrochen, wenn er ohne Willen seines Inhabers aufgehoben wird. Das zumindest konkludente *Einverständnis* des bisherigen Gewahrsamsinhabers schließt die Wegnahme aus. Dieses muss nicht erklärt werden, der innere Wille des Gewahrsamsinhabers ist entscheidend. Weiß der Täter nichts vom Einverständnis, liegt ein strafbarer untauglicher Versuch vor. Bedeutsam ist das Einverständnis auch bei der *Diebesfalle*. Hier ist zu unterscheiden, ob der Gewahrsamsinhaber tatsächlich eine Wegnahme provozieren will (dann nur versuchter Diebstahl) oder nicht. Bei *Geldspiel- und Geldautomaten* ist der Automatenaufsteller regelmäßig nur mit der Ausgabe des Geldes einverstanden, wenn der Automat ordnungsgemäß bedient wird. Problematisch sind Fälle, bei denen mehrere Personen

Strafrecht BT	Diebstahl (§§ 242; 243) Prüfungsschema	1 (2)
--------------------------	---	------------------

die tatsächliche Sachherrschaft und somit *Mitgewahrsam* haben. Besteht gleichrangiger Mitgewahrsam, reicht für die Wegnahme der Bruch fremden gleichrangigen Mitgewahrsams aus. Im Rahmen von über- und untergeordnetem (mehrstufigem) Mitgewahrsam kann der Gewahrsam nur von „unten nach oben“, nicht aber von „oben nach unten“ gebrochen werden. Im zweiten Fall kommt nur § 246 StGB in Betracht. Kriterien dafür, wer Gewahrsam hat, sind einerseits die Kontroll- und Einwirkungsmöglichkeit des Übergeordneten, andererseits die Eigenverantwortlichkeit des Untergeordneten. So haben in der Regel Angestellte und Arbeiter in einem Dienstverhältnis im Verhältnis zum Geschäftsherrn untergeordneten Mitgewahrsam, es sei denn, sie verwalten einzelne Gegenstände eigenverantwortlich.

c) Neuer Gewahrsam ist begründet wenn der Täter (oder ein Dritter) die tatsächliche Sachherrschaft über die Sache derart erlangt hat, dass ihrer Ausübung keinerlei wesentliche Hindernisse mehr entgegenstehen und der bisherige Gewahrsamsinhaber auf die Sache nicht mehr einwirken kann ohne zuvor die Verfügungsgewalt des Täters (oder des Dritten zu beseitigen). Fraglich ist, ob der Täter neuen Gewahrsam begründen kann, wenn er (z.B. von einem Ladendetektiv) *beobachtet* wird. Dies wird teilweise verneint, da der Ladeninhaber das Recht auf vorläufige Festnahme bzw. zur Selbsthilfe hat, so dass eine soziale Betrachtung gegen die Annahme von Gewahrsam sprechen soll. Die ganz h.M. bejaht hingegen die Begründung neuen Gewahrsams, da der Grundsatz gilt, dass eine zufällige oder planmäßige Beobachtung die Begründung neuen Gewahrsams nicht hindert. Hintergrund ist, dass nach der Verkehrsauffassung im fremden Machtbereich bereits der alte Gewahrsam beseitigt ist und der ursprüngliche Gewahrsamsinhaber trotz Kenntnis des Diebstahls beim Versuch der Wiedererlangung der Sache mit erheblichem Widerstand rechnen müsste. (Schlagwort: Der Diebstahl ist kein heimliches Delikt). Der Diebstahl erfordert somit kein heimliches Vorgehen des Täters. Eine Ausnahme kommt nur dann in Betracht, wenn es dem Täter tatsächlich unmöglich ist, mit der Sache zu entkommen.

II. Subjektiver Tatbestand

1. Vorsatz bezüglich des objektiven Tatbestandes: Dolus eventualis ist ausreichend. Das Tatobjekt braucht bei Tatbeginn nicht konkretisiert zu sein. Es reicht aus, wenn sich der Vorsatz noch unbestimmt auf die Wegnahme stehlewerter Sachen bezieht.

2. Absicht rechtswidriger Zueignung: Der Täter muss im Zeitpunkt der Wegnahme in der Absicht handeln, die Sache sich oder einem Dritten rechtswidrig zuzueignen.

a) Zueignungsabsicht: *Zueignungsabsicht ist nach h.M. gegeben, wenn der Täter die Sache selbst (Sachsubstanz) oder den in ihr verkörperten funktionsspezifischen Wert (Sachwert) seinem Vermögen oder dem Vermögen eines Dritten wenigstens vorübergehend einverleiben (Aneignungskomponente) und den Berechtigten auf Dauer aus seiner wirtschaftlichen Position verdrängen will (Enteignungskomponente).* Im Zusammenhang mit der Zueignungsabsicht bestehen zahlreiche umstrittene Probleme und Einzelfälle (vgl. Jäger, BT Rn. 215-241). Wichtig ist, sich die folgenden Grundsätze zu merken und diese auf den konkreten Fall zu übertragen (in unproblematischen Fällen entsprechend kurz):

1. Die Zueignungsabsicht des Täters kann nach der herrschenden Vereinigungsformel auf den Sachwert, die Sachsubstanz oder auf beides gerichtet sein.
2. Die Zueignungsabsicht setzt sich aus einer Aneignungs- und einer Enteignungskomponente zusammen.
3. Unter Aneignung versteht man die Anmaßung einer eigentumsähnlichen Verfügungsmacht. Diesbezüglich muss der Täter mit Absicht handeln. Es reicht allerdings

Strafrecht BT	Diebstahl (§§ 242; 243) Prüfungsschema	1 (2)
--------------------------	---	------------------

aus, wenn er lediglich eine zwischenzeitliche Aneignung erstrebt. Er muss also nicht davon ausgehen, dass er den gestohlenen Gegenstand dauerhaft verwenden kann.

4. Unter Enteignung versteht man den Willen sich oder einen Dritten, unter endgültigem Ausschluss des Eigentümers, gänzlich oder teilweise an dessen Stelle zu setzen, durch Entzug des Sachwertes oder der Sachsubstanz. Im Zusammenhang mit der Enteignung genügt es, wenn der Täter mit *dolus eventualis* handelt. Allerdings muss er die Enteignung für dauerhaft halten. Nimmt der Täter eine Sache weg, um diese kurz zu gebrauchen und sie anschließend dem Eigentümer zurückzugeben, liegt daher in der Regel lediglich eine straflose Gebrauchsanmaßung (*furtum usus*) vor.

b) Absicht rechtswidriger Zueignung: *Die Zueignung ist rechtswidrig, wenn die Inbesitznahme der Sache als eigene durch den Täter (oder den begünstigten Dritten) gegen die dingliche Rechtslage verstößt und auch nicht durch einen Übereignungsanspruch gedeckt ist.* Nach h.M. liegt eine rechtswidrige Zueignung auch dann vor, wenn der Täter (oder der Dritte) lediglich einen Anspruch auf Übereignung einer vertretbaren Sache aus einer noch nicht konkretisierten Gattungsschuld hat. Nach der Gegenauffassung entfällt auch bei einem derartigen Anspruch die Rechtswidrigkeit der Zueignung, da Stück- und Gattungsschulden gleich zu behandeln seien. Problematisch ist auch die Einordnung von Geldschulden. Die Rechtsprechung behandelt diese ebenso wie Gattungsschulden und will die Rechtswidrigkeit der Zueignung bejahen, jedoch soll der Vorsatz bezüglich der Rechtswidrigkeit der erstrebten Zueignung fehlen, da in der Bevölkerung der Irrtum verbreitet sei, man könne sich aus dem jeweils vorgefundenen Geld für einredefreie Forderungen Befriedigung verschaffen. Nach der Wertsummentheorie soll es hingegen schon an der objektiven Rechtswidrigkeit der erstrebten Zueignung fehlen.

III. Rechtswidrigkeit

IV. Schuld

V. Strafzumessung: Besonders schwerer Fall

Einführung: Die in § 243 I Satz 2 Nr. 1-7 genannten Regelbeispiele stellen keine gesetzlichen Tatbestände, sondern Strafzumessungsregeln dar. Ihre Besonderheit liegt darin, dass das Gericht einen besonders schweren Fall auch dann ablehnen kann, wenn eigentlich sämtliche im Gesetz genannten Voraussetzungen erfüllt sind. Umgekehrt kann das Gericht auch dann zur Annahme eines besonders schweren Falls kommen, wenn die Voraussetzungen der § 243 I Satz 2 Nr. 1-7 nicht erfüllt sind. Derartige Erwägungen werden in der Klausur in der Regel nicht erwartet. In der Regel kann man sich somit darauf beschränken, festzustellen, ob ein Regelbeispiel verwirklicht wurde oder nicht. Zwingend ist jedoch darauf zu achten, im Rahmen der Prüfung den Unterschied zwischen Tatbestandsmerkmalen und Regelbeispielen zu verdeutlichen. Die Regelbeispiele sind immer erst im Anschluss an die Schuld zu prüfen, Darüber hinaus sollte nicht von Tatbestandsmerkmalen, sondern von Voraussetzungen gesprochen werden.

Strafrecht BT	Diebstahl (§§ 242; 243) Prüfungsschema	1 (2)
--------------------------	---	------------------

1. Objektive Voraussetzungen: Prüfung ob die objektiven Voraussetzungen eines (oder mehrerer) der in § 243 I Satz 2 Nr. 1-7 genannten Regelbeispiele vorliegen. Es ist dringend zu raten die Definitionen der in § 243 I Satz 2 Nr. 1-7 genannten Begriffe zu lernen, da die Prüfung in der Klausur dann in der Regel keine besonderen Probleme mehr aufwirft. Folgende beliebte Prüfungskonstellationen sollten bekannt sein:

- Bei Regelbeispiel Nr. 2 (Diebstahl besonderes gesicherter Sachen) ist umstritten, ob auch elektromagnetische Sicherheitsetiketten unter die Vorschrift fallen. Die h.M. verneint dies, da die Sicherheitsetiketten nicht die Wegnahme als solche verhindern, sondern lediglich die Flucht des Täters erschweren und die Aufklärung des Diebstahls fördern sollen. In Betracht kommt aber die Annahme eines unbenannten besonders schweren Falles.

- Bei Regelbeispiel Nr. 3 (gewerbsmäßiger Diebstahl), reicht es zur Bejahung des Diebstahls nach h.M. aus, wenn es nur beim ersten Diebstahl einer geplanten Serie bleibt. Die Gewerbsmäßigkeit ist hiernach ein primär subjektiv geprägtes Regelbeispiel.

- Verwirklicht der Täter Regelbeispiel Nr. 7 (Diebstahl von Waffen und Sprengstoff) ist in der Regel auch § 244 I Nr. 1 StGB erfüllt. Eigenständige Bedeutung kommt dem Regelbeispiel dann zu, wenn der Täter Waffen stiehlt, die nicht sofort funktionstüchtig sind.

2. Subjektive Voraussetzungen: § 16 StGB findet auf die Regelbeispiele analoge Anwendung. Grundsätzlich genügt es, wenn der Täter mit *dolus eventualis* handelt. Bei Nr. 1 (Einbruchdiebstahl) ist erforderlich, dass schon das Eindringen zu dem Zweck erfolgt, einen Diebstahl zu begehen. Bei Nr. 3 (gewerbsmäßiger Diebstahl) muss der Täter in der Absicht handeln, sich auf Dauer eine fortlaufende Einnahmequelle zu verschaffen.

3. Geringwertigkeitsklausel (§ 243 II StGB): Eine Anwendung von § 243 I ist (zwingend) ausgeschlossen, wenn sich die Tat auf eine geringwertige Sache bezieht. Die Geringwertigkeitsgrenze wird teilweise bei 25€, teilweise bei 50€ angesetzt. Gehören zur Beute aus einem Diebstahl mehrere Sachen, ist deren Gesamtwert entscheidend. Das gleiche gilt, wenn mehrere Beteiligte verschiedene Tatobjekte stehlen. Nach h.M. muss die entwendete Sache objektiv und subjektiv geringwertig sein. Der Vorsatz des Täters muss bei Erfüllung des Regelbeispiels auch lediglich auf Erlangung einer geringwertigen Sache gerichtet sein. Hält der Täter eine hochwertige Sache irrtümlich für geringwertig, ist wegen des erhöhten Erfolgsunwertes § 243 II StGB nicht anwendbar. Hält der Täter eine geringwertige Sache für hochwertig, scheidet eine Anwendung des § 243 II StGB am fehlenden subjektiven Bezug. In beiden Konstellationen kann jedoch aufgrund einer wertenden Gesamtbetrachtung ein besonders schwerer Fall auszuschließen sein.

Umstritten sind die Fälle des *Vorsatzwechsels*, bei denen der Täter bei Verwirklichung des Regelbeispiels Vorsatz bezüglich einer geringwertigen Sache hatte, dann aber doch eine hochwertige Sache mitnimmt bzw. bei denen der Täter bei Verwirklichung des Regelbeispiels Vorsatz bezüglich einer hochwertigen Sache hatte, dann aber doch eine geringwertige Sache mitnimmt. Nach h.M. ist es grundsätzlich unerheblich, wenn sich der Diebstahlsvorsatz während der Tat „verengt, erweitert oder sonst verändert.“ § 243 II StGB findet hiernach keine Anwendung, es sei denn der Täter hat den ursprünglichen Vorsatz zwischendurch aufgegeben und es liegt eine maßgebliche Zäsur vor (*Beispiel 1:* A bricht in einen Geschäftsraum ein, um die Kasse zu stehlen. Da er die Kasse nicht findet, nimmt er stattdessen einen Brieföffner im Wert von 5 € mit. Nach h.M. ist § 243 II StGB nicht anwendbar, so dass § 243 I Satz 2 Nr. 1 StGB eingreift. *Beispiel 2:* A bricht in eine Gaststätte ein, um die Kasse zu stehlen. Ihm kommen jedoch Gewissensbisse, so dass er die Kasse nicht wegnimmt. Als er das Haus verlassen will, sieht er eine Flasche Wein, deren Wert er zutreffend auf 5 € schätzt. Diese nimmt er mit. Nach h.M. liegt durch die Vorsatzaufgabe eine maßgebliche Zäsur vor. § 243 II StGB ist anwendbar und § 243 I Satz 2 Nr. 1 greift nicht ein).

Strafrecht BT	Diebstahl (§§ 242; 243) Prüfungsschema	1 (2)
------------------	---	----------

VI. Strafantrag (§§ 247; 248a StGB)

Nach den §§ 247; 248a StGB kann ein Strafantrag erforderlich sein:

Haus- und Familiendiebstahl (§ 247 StGB): Nach § 247 StGB ist ein Strafantrag erforderlich, wenn durch den Diebstahl ein Angehöriger, der Vormund oder der Betreuer verletzt wird oder wenn der Täter mit dem Verletzten in häuslicher Gemeinschaft lebt. § 247 StGB hat keinen subjektiven Tatbestand, d.h. das Strafantragserfordernis besteht (oder besteht nicht) unabhängig von der Vorstellung des Täters. Da nach h.M. durch § 242 StGB Gewahrsam und Eigentum geschützt werden, reicht es in den Fällen, in denen Gewahrsamsinhaber und Eigentümer verschiedene Personen sind, aus, wenn nur einer von ihnen Strafantrag gestellt hat. Nach den Gegenauffassungen, die nur Eigentum bzw. Gewahrsam als von § 242 StGB geschützt betrachten, ist demgegenüber erforderlich, dass auch gerade der Eigentümer bzw. der Gewahrsamsinhaber Strafantrag stellt.

Diebstahl und Unterschlagung geringwertiger Sachen (§ 248a StGB): Der Diebstahl einer geringwertigen Sache wird nur auf Antrag verfolgt, es sei denn, dass die Strafverfolgungsbehörde wegen des besonderen öffentlichen Interesses an der Strafverfolgung ein Einschreiten von Amts wegen für geboten hält. Die Geringwertigkeitsgrenze liegt nach teilweise vertretener Auffassung bei 25€, nach der Gegenauffassung bei 50€. § 248a StGB gilt nicht für Sachen, die unabhängig von ihrem ökonomischen Wert von objektiv ideeller Bedeutung sind. Ein Irrtum des Täters über die Geringwertigkeit ist an dieser Stelle in jedem Fall unbeachtlich.