

Fall 2

Take Sätt – live and broken!

Rechtsstudentin R entdeckt auf einer Party bei ihrem Kommilitonen K in dessen CD-Sammlung eine seltene, im Ausland gepresste Doppel-CD eines Live-Konzerts der britischen Mega-Band *Take Sätt*. R weiß, dass K diese CDs weder verkaufen noch verleihen würde. Kurz bevor R die Wohnung verlässt, steckt sie daher in einem unbeobachteten Moment die CDs ein. R will die Musik zuhause auf eine Leer-CD brennen und dem K, den sie gut leiden kann, die Original-Exemplare danach heimlich wieder in den Briefkasten werfen. Als R am späten Abend dann die CDs zuhause auspackt, muss sie feststellen, dass sie eine der beiden CDs beim Hinsetzen in der Straßenbahn aus Versehen zerbrochen hat; die zweite CD ist unbeschädigt. Am darauffolgenden Tag hat R ihre Freundin F zu Besuch, die sich, ohne die Vorgeschichte zu kennen, hellauf begeistert von der (heil gebliebenen) CD zeigt und R spontan 100 Euro dafür bietet. R überlegt einen Augenblick, verwirft ihren ursprünglichen Plan, dem K die CDs zurückzugeben, und veräußert das edle Stück an die ahnungslose F.

Strafbarkeit der R? (§ 263 StGB bleibt außer Betracht)

Schwerpunkte: Subjektiver Tatbestand des § 242 Abs. 1 StGB, die Zueignungsabsicht; Abgrenzung Aneignung / Enteignung; Rückgabewille als Ausschluss der Zueignung; Gebrauch als Zueignung; beachtlicher Vorsatzwechsel; Unterschlagung als Auffangtatbestand für § 242 StGB; Zueignungsbegriff in § 246 StGB und § 242 StGB; subjektiver Tatbestand des § 246 Abs. 1 StGB.

Lösungsweg

1. Handlungsabschnitt: Strafbarkeit der R durch das Einstecken der CDs bei K

→ § 242 Abs. 1 StGB (Diebstahl)

I. Tatbestand (A: Objektiv)

1. Ohne Zweifel handelt es sich bei den CDs um für R fremde bewegliche Sachen, und deshalb dürfen hierzu in der Niederschrift auch wieder nur maximal drei Sätze stehen (vgl. dazu das Gutachten unten).

2. Diese CDs muss R auch »weggenommen« haben (Gesetz lesen). Die Wegnahme ist der Bruch fremden und die Begründung neuen, nicht notwendig eigenen Gewahrsams (BGH NJW 2018, 245; BGH NStZ 2011, 36; Wessels/Hillenkamp/Schuh BT 2 Rz. 82; S/S/Bosch § 242 StGB Rz. 22).

Beachte: In der Regel drehen sich die meisten »Diebstahlsklausuren« um diesen Begriff der Wegnahme. Man hat dann sehr sorgfältig unter die eben benannte Definition zu subsumieren und muss vor allem zu den Gewahrsamsverhältnissen umfassend Stellung nehmen (so war das etwa vorne im Fall Nr. 1). Allerdings gibt es eben auch Fälle, in denen die Gewahrsamsverhältnisse eindeutig sind mit der Konsequenz, dass dann natürlich **nicht** lang und breit auf das objektive Tatbestandsmerkmal der Wegnahme eingegangen werden darf, der Schwerpunkt des Falles liegt an anderer Stelle – zumeist im subjektiven Tatbestand – verborgen. **Achtung:** Jeder, und zwar wirklich jeder (!) Fall hat einen anderen Schwerpunkt. Deshalb, bitte stets aufpassen und immer nur zur Wegnahme ausführlich Stellung nehmen, wenn es wirklich angezeigt ist. Ansonsten – also bei eindeutigem Vorliegen – genügen zur Wegnahme zwei bis drei Sätze; umfangreiche Erläuterungen zu Fragen, die der Fall gar nicht hergibt bzw. stellt, ärgern den Prüfer und bringen garantiert eine miese Note ein.

Tipp: Der clevere Kandidat fertigt deshalb vor jeder Klausurniederschrift auf einem Schmierpapier zunächst eine knappe **Gliederung** an. Nur dann nämlich erkennt man frühzeitig, welche Merkmale im Fall problematisch bzw. diskussionswürdig sind – und vor allem: welche nicht! Wer ohne Gliederung quasi »drauflosschreibt«, findet die Schwerpunkte der Arbeit in aller Regel nicht oder erst, wenn die Zeit schon (zu) weit vorangeschritten und eine Korrektur des übrigen Textes, den man jetzt schon geschrieben hat, nicht mehr möglich ist. Und dann wird man nicht nur hektisch, sondern es kommt im Zweifel am Ende nur noch ein ungeordneter Text raus (Note?!). Merken.

Zum Fall: Hier ist die Wegnahme tatsächlich unproblematisch, da R ohne Frage mit dem Einstecken und **Mitnehmen** der CDs sowohl den Gewahrsam des K (Wohnung) gebrochen als auch neuen eigenen Gewahrsam – spätestens beim Verlassen der Wohnung des K – begründet hat (vgl. etwa BGH NStZ 2008, 624).

ZE.: Die Wegnahme ist spätestens beim Verlassen des Hauses vollendet, und damit liegt der objektive Tatbestand des § 242 Abs. 1 StGB auf Seiten der R vor.

B: Subjektiver Tatbestand

Achtung: Wir werden jetzt gleich den subjektiven Tatbestand des § 242 StGB prüfen und dort die einzelnen Unterpunkte und Fallstricke kennenlernen. Bevor wir damit aber beginnen, wollen wir uns schon im Vorfeld eine extrem wichtige Regel anschauen und im günstigsten Fall bitte auch einprägen. Wir haben sie im ersten Fall schon mal kurz angesprochen, müssen sie hier aber jetzt mal etwas genauer betrachten. Sie gilt für **sämtliche** subjektiven Tatbestände des StGB und lautet:

Merke: Die subjektiven Merkmale einer Straftat (= Vorsatz und deliktspezifische Absichten) müssen stets zum Zeitpunkt der **Ausführung** der Tathandlung vorliegen. Sofern sich die subjektiven Merkmale erst danach beim Täter einstellen – sogenannter »dolus subsequens« –, bleiben sie für das jeweilige Delikt unberücksichtigt (BGH NStZ 2014, 516; BGH NStZ 2004, 386; Wessels/Beulke/Satzger AT Rz. 309).

Und diese Regel braucht man nicht mal auswendig zu lernen, sie steht nämlich im Gesetz, und zwar in § 15 StGB (aufschlagen, bitte!). Da heißt es:

»Strafbar ist nur vorsätzliches Handeln, wenn nicht ...«

Also: Der Vorsatz und die sonstigen subjektiven Tendenzen wie etwa eine Zueignungsabsicht müssen beim »Handeln« vorliegen. Und dieses »Handeln« meint nach allgemeiner Ansicht die Ausführung der jeweiligen Tathandlung (BGH NStZ 2014, 516; BGH NStZ 1983, 452; Wessels/Beulke/Satzger AT Rz. 309). Konkret bedeutet das für die Fall-Lösung, dass wir bei der Untersuchung des subjektiven Tatbestandes stets und nur (!) auf den Zeitpunkt der Ausführung der jeweiligen Tathandlung abstellen dürfen. Alles, was danach (oder davor!) passiert, ist uninteressant. Merken.

Und selbstverständlich hat diese Regel für unseren Fall auch beachtliche Konsequenzen: Denn wir können schon mal feststellen, dass die **Tathandlung** des § 242 StGB die »Wegnahme« der CDs gewesen ist (siehe oben), und dass es somit im Hinblick auf die subjektiven Merkmale des § 242 StGB mithin auch nur auf genau *diesen* Zeitpunkt der Wegnahme – also bis spätestens zum Verlassen des Hauses des K – ankommt. Und wer jetzt gut aufgepasst und den Sachverhalt sorgfältig gelesen hat, kann ahnen, dass wir da später bei der heil gebliebenen CD genau hinschauen müssen, denn als R diese an F weitergibt, hat sie ihren Entschluss, dem K die CDs zurückzugeben, ja aufgegeben. Wir werden gleich sehen, dass sich dahinter eine sehr beliebte Klausurproblematik verbirgt, die namentlich den sogenannten »**Vorsatzwechsel**« nach der Beendigung der Tathandlung betrifft.

Jetzt geht's aber erst mal schön dogmatisch und sauber los mit der Prüfung der einzelnen Merkmale des subjektiven Tatbestandes des § 242 Abs. 1 StGB, und zwar so:

1. Unsere R hatte fraglos zum Zeitpunkt der Wegnahme zunächst den für § 242 Abs. 1 StGB erforderlichen **Vorsatz** auf die objektiven Tatbestandsmerkmale; R wusste nämlich neben der Fremdheit und Beweglichkeit der Sachen des Weiteren auch um alle Umstände, die wir oben als »Wegnahme« bezeichnet haben.
2. Fraglich ist indessen, ob R zu diesem Zeitpunkt auch in der **Absicht** handelte, die Sachen sich oder einem Dritten rechtswidrig zuzueignen (Gesetz lesen).

Durchblick: Dieser 2. Prüfungspunkt im subjektiven Tatbestand des § 242 Abs. 1 StGB ist die berühmte und dennoch von den Studenten außerordentlich gerne übersehene **Zueignungsabsicht**. Sie steht im Übrigen – neben dem obligatorischen Vorsatz – nicht nur in § 242 StGB, sondern auch in § 249 StGB (aufschlagen!), denn

der Raubtatbestand beinhaltet stets auch den Diebstahl. Sie steht außerdem **nicht** in § 246 Abs. 1 StGB, wenngleich die Studenten sie dort immer wieder gerne repacken, freilich nur, wenn sie das Gesetz nicht sorgfältig lesen. Bei § 246 Abs. 1 StGB gehört die Zueignung nicht in den subjektiven, sondern in den **objektiven** Tatbestand. Studenten mit schlechtem Gedächtnis schreiben sich das bitte mit Bleistift neben die Paragraphen ins Buch.

Zum Fall: Unsere R muss also neben dem Vorsatz auch noch die gerade benannte Zueignungsabsicht gehabt haben. Diese Zueignung bzw. die Absicht darauf muss in der Klausur immer schön sorgfältig in **zwei** Akte aufgeteilt werden, nämlich in die »Aneignung« und die »Enteignung« (BGH NStZ-RR 2019, 248; BGH NStZ 2018, 712; Wessels/Hillenkamp/Schuh BT 2 Rz. 150). Und das meint Folgendes: Zunächst muss der Täter sich die Sache zumindest vorübergehend aneignen, also sozusagen »an sich nehmen«. Des Weiteren muss er den Berechtigten damit aber auch **auf Dauer** enteignen, also ihm die Sache sozusagen »endgültig fortnehmen«. Nur wenn beide Voraussetzungen vorliegen, ist das Merkmal der Zueignung erfüllt. Denn § 242 StGB schützt neben dem Gewahrsam vor allem das Eigentum, und das kann man nur verletzen, wenn man es dem Opfer auch wirklich auf Dauer entzieht (→ das Opfer enteignet). Und aus dem gerade Gesagten folgt die Definition für Zueignung:

Definition: Zueignung ist die Anmaßung einer eigentümerähnlichen Stellung über die Sache, indem der Täter entweder die Sache selbst oder den in ihr verkörperten Sachwert dem eigenen Vermögen unter endgültigem Ausschluss des Berechtigten einverleibt (BGH NStZ-RR 2019, 248; BGH NJW 2018, 3598; BGH NStZ-RR 2015, 371; S/S/Bosch § 242 StGB Rz. 47; Wessels/Hillenkamp/Schuh BT 2 Rz. 150).

Wichtig: Bitte beachte noch einmal, dass bei § 242 StGB nur erforderlich ist, dass der Täter zum Zeitpunkt der Wegnahme die Absicht auf diese Zueignung hat; objektiv vollendet sein muss die Zueignung – im Gegensatz zu § 246 Abs. 1 StGB – also nicht! R muss demnach zum Zeitpunkt der Wegnahme tatsächlich nur die **Absicht** gehabt haben, die CDs oder den in ihnen verkörperten Sachwert dem eigenen Vermögen einzuverleiben (→ Aneignung), und zwar unter endgültigem Ausschluss des Berechtigten (→ Enteignung). Und offenbar liegt das Problem hier jetzt beim Merkmal der »Enteignung«, denn R wollte die CDs dem K nach Überspielen bzw. »brennen« wieder zurückgeben. Damit ist fraglich, ob sie den K tatsächlich »endgültig« ausschließen wollte (Enteignung). Zu prüfen ist namentlich, inwieweit der **Rückgabewille** der R die Zueignungsabsicht und dort konkret die Enteignung berührt. Insoweit kommen nach der oben gegebenen Definition jetzt zwei Ansatzpunkte in Betracht:

a) Zunächst ist festzustellen, dass R jedenfalls nicht die Sache **selbst** dem K auf Dauer entziehen wollte. R hatte ja beabsichtigt, dem K die CDs zurückzugeben. Eine Enteignung der Sache selbst scheidet folglich aus.

Aber: Wenn man die Definition der Zueignung oben genau liest, steht da auch, dass es ausreicht, wenn man den »in der Sache verkörperten Wert« seinem Vermögen einverleibt (lies noch mal oben). Folgender Hintergrund: Es gibt Sachen, die klaut man nicht der Sache selbst wegen, sondern nur wegen des in ihnen verkörperten Sachwertes. Bestes Beispiel ist das (inzwischen leider fast ausgestorbene) **Sparbuch**. Das stiehlt man nicht wegen des Heftchens, sondern weil man mit dem Heft die Kohle abheben kann. Klaut man nun ein Sparbuch, hebt das Geld ab und gibt das Heft danach zurück, fehlt es eigentlich an der »Enteignung«, denn man schließt den Berechtigten ja nicht auf Dauer aus (also: kein Diebstahl?!).

Logo: Das kann natürlich nicht sein, und deshalb hat die Wissenschaft in die Definition der Zueignung noch den Passus »oder den verkörperten Sachwert« eingebaut (= sogenannte **Vereinigungstheorie** → BGH NStZ 2012, 627; BGH NStZ-RR 2012, 276; Fischer § 242 StGB Rz. 35; S/S/Bosch § 242 StGB Rz. 47; Wessels/Hillenkamp/Schuhrt BT 2 Rz. 146). Das leergemachte Sparbuch hat nun für den Berechtigten seinen verkörperten Sachwert verloren, weil dieser Wert sich alleine dadurch manifestiert, dass die gesparte Geldsumme dort eingetragen ist und entsprechend auch abgehoben werden kann (vgl. LK/Vogel § 242 StGB Rz. 163).

b) In Betracht kommt als Enteignung daher die Einverleibung des in der Sache verkörperten Wertes in das eigene Vermögen. **Frage:** Schließt man den Berechtigten vom in der Sache verkörperten Wert seiner CD auf Dauer bzw. endgültig aus, wenn man diese CD auf eine Leer-CD kopiert (brennt) und dann dem Berechtigten zurückgibt?

Lösung: Dies ist nicht der Fall, wenn der Berechtigte die Sache unverändert zurückerhält, also sowohl äußerlich als auch ihrem Wert nach. Dass der Täter sich im Übrigen daran bereichert hat, spielt für § 242 StGB keine Rolle (BayObLG NJW 1992, 1777; LK/Vogel § 242 StGB Rz. 48/49; S/S/Bosch § 242 StGB Rz. 53). Es kommt darauf an, dass die Funktionsfähigkeit der Sache zu ihrem bestimmungsgemäßen Gebrauch für den Berechtigten erhalten bleibt. So erfüllt das bloße Kopieren etwa von Magnetbänder, Disketten oder Dateien nicht den Zueignungsbegriff, wenn der Täter die Sache danach in unbeschädigtem Zustand zurückgibt (BayObLG NJW 1992, 1777; weitere Beispiele aus der Rechtsprechung bei Fischer § 242 StGB Rz. 36 und 39).

Durchblick: Hier muss man die Begriffe des »Gebrauchs« und des »Verbrauchs« scharf trennen. Führt der **Gebrauch** zu einem **Verbrauch** der Sache, kommt ein Entzug des Sachwertes auf Dauer und damit eine Enteignung im Sinne des § 242 StGB in Betracht (RGSt 44, 335; RGSt 64, 250). Kann der Gebrauch indessen ohne Werteinbuße für den Berechtigten durchgeführt werden, mangelt es an der Enteignung (BGH NStZ 2012, 627; S/S/Bosch § 242 StGB Rz. 53; Fischer § 242 StGB Rz. 37). Man nennt das Ganze dann »furtum usus« (= Gebrauchsanmaßung).

Beispiel für Verbrauch durch Gebrauch: Wer eine Batterie wegnimmt und später nach Gebrauch zurückgibt, hat den Wert der Sache »verbraucht« (= Enteignung +). Gleiches gilt für Autoreifen, die man erst in abgefahrenem Zustand zurückgibt.

Von dem eben erläuterten Grundsatz gibt es übrigens eine Ausnahme, und die steht in § 248b StGB (vgl. etwa BGH NJW 2014, 2887). Demnach ist es ausnahmsweise strafbar, wenn man ein Kfz oder ein Fahrrad nur vorübergehend »gebraucht«, ohne eine Werteinbuße zu verursachen (also einen Verbrauch). Lies auch § 290 StGB.

In unserem Fall handelt es sich um einen Gebrauch, der **nicht** zum Verbrauch der Sache führt, denn die CDs würden durch das Kopieren keine Werteinbuße erleiden. Und daraus folgt, dass die Absicht der R nicht darauf gerichtet war, sich die Sache zuzueignen. R wollte die CDs ja nach dem Kopieren eigentlich K zurückgeben. Damit hätte K seine CDs ohne Werteinbuße zurückerhalten. Eine Enteignung als Bestandteil der Zueignung scheidet aus. Bitte beachte noch mal, dass es keine Rolle spielt, dass R zumindest die eine zerbrochene CD tatsächlich gar nicht zurückgeben konnte, weil sie sie vorher zerstört hatte. Im Rahmen des § 242 Abs. 1 StGB wird stets nur die Absicht des Täters zum Zeitpunkt der **Wegnahme** geprüft. Ob das mit der beabsichtigten Rückgabe nachher auch alles so klappt, wie der Täter es sich vorgestellt hat, spielt keine Rolle; entscheidend ist nur die Absicht des Täters (BGH StV 1991, 106).

Achtung: Die Problematik um die Frage »Verbrauch durch Gebrauch?« ist regelmäßig Gegenstand von BGH-Entscheidungen und damit auch ein absolutes Dauerthema in universitären Übungsarbeiten sowie im Examen. Wir wollen und müssen uns deshalb zur Übung und in gebotener Kürze noch ein paar BGH-Fälle aus jüngerer Zeit anschauen, die sich mit der Zueignungsabsicht befassen:

1. Im Fall aus der NStZ 2012, 627 verlangte der Täter von einem Mann die Herausgabe dessen Handys, um überprüfen zu können, ob er *»etwas mit seiner Schwester habe«*. Als der Mann sich weigerte, nahm der Täter ihm das Handy gewaltsam ab, brachte das Handy – wie von Anfang an geplant – zu sich nach Hause und übertrug die an seine Schwester geschickten SMS auf seinen PC, um sie dort *»in Ruhe prüfen zu können«*. Wie und ob der Mann das Handy später wiedererlangen sollte, war dem Täter zum Zeitpunkt der Tat gleichgültig, notfalls wollte der Täter es wegwerfen. **Frage:** Handelte der Täter mit Zueignungsabsicht? **Antwort:** Nein! Der BGH lehnte die Zueignungsabsicht und damit sowohl einen Diebstahl als auch einen Raub gemäß § 249 StGB ab. **Begründung:** Der Täter wolle sich in keinem Falle den Vermögenswert des Handys aneignen, sondern nur die SMS einsehen und abspeichern. Hierin liege zwar ein Gebrauch der Sache, dieser führe aber im vorliegenden Fall offensichtlich nicht zum Verbrauch. Daher scheide die Annahme einer Zueignungsabsicht aus (BGH NStZ 2012, 627; vgl. auch BGH NStZ-RR 2015, 371).

2. Ähnlich urteilte der BGH in einem Fall aus dem Juni 2015 (→ BGH StV 2016, 642), bei dem drei Täter dem Opfer das Handy gewaltsam wegnahmen, um auf dem Mobiltelefon vermutete Bilder einer gemeinsamen Freundin zu löschen. Auch hier verneinte der BGH die Zueignungsabsicht, da es den Tätern zunächst egal war, was später mit dem Handy passieren sollte. Da sie sich somit zum Tatzeitpunkt keines-

falls den Sachwert einverleiben wollten, fehle es an einem »Verbrauch« der Sache durch Gebrauch – und damit an der Zeignungsabsicht (→ BGH StV 2016, 624). Diese Rechtsprechung bestätigte der BGH in einem skurrilen Fall aus dem Dezember 2018: Eine junge Frau (F) hatte in der Straßenbahn nach einem Wortgefecht wegen ihres zu lauten Telefonierens ein Pärchen bespuckt. Nachdem F im weiteren Verlauf des Streites mit ihrem Handy Bilder des Pärchens gemacht hatte, kam es zu einer schweren körperlichen Auseinandersetzung mit Schusswaffengebrauch (!), an deren Ende F erheblich verletzt war und das Pärchen mit dem Handy der F verschwand. Anschließend löschte der Mann die Bilder und legte das Handy an einer Straße unter einem Baum ab. Der BGH verneinte einen schweren Raub mangels Zueignungsabsicht, da »... der Täter das Handy unwiderleglich nicht über die Zeit des Löschsens der Bilder hinaus behalten wollte, sondern nur zu diesem Zweck an sich gebracht hatte ...« (NStZ 2019, 344).

3. In die gleiche Richtung weist ein Urteil des BGH aus dem Mai 2018 (→ NStZ-RR 2018, 282), bei dem der Täter in die Wohnung seiner Ex-Freundin eindrang und dort das Handy und die Schnur des Festnetztelefons unter Gewaltandrohung mitnahm und auch behalten wollte, um »zu verhindern, dass seine Ex Kontakt mit ihrer Mutter aufnahm«. Später gab er die Sachen zurück, was aber zunächst nicht geplant war. Trotz des unstreitigen »Behaltenwollens« verneinte der BGH die Zueignungsabsicht sowie den Raub: »... An dem für die Aneignung erforderlichen Willen des Täters, den Bestand seines Vermögens zu mehren, fehlt es, wenn er das Nötigungsmittel nur zur Erzwingung einer Gebrauchsanmaßung einsetzt oder wenn er fremde Sachen nur mitnimmt, um sie zu zerstören, beiseite zu schaffen oder um den Eigentümer durch den bloßen Sachentzug zu ärgern ... Im vorliegenden Fall diente der Entzug der Sachen nur dem Kontrollzwang des Täters über seine Ex-Freundin, erfüllte damit aber nicht die Zueignungskriterien ...«.

4. Weniger Glück hatte demgegenüber ein Junky (J) aus Arnsberg im schönen Sauerland: Der J war mit zwei Freunden in eine Wohnung eingebrochen, hatte den Wohnungsinhaber (W) brutal zusammengeschlagen und anschließend sechs Gramm Marihuana entwendet. Gemäß dem vorher gefassten Tatplan konsumierten die Täter dann noch im Treppenhaus (!) des Hauses des W das entwendete Marihuana. Wegen Raubes angeklagt, verteidigte sich J später vor Gericht wie folgt: Da man vorher abgesprochen habe, die Drogen **sofort** zu konsumieren, scheide eine Aneignung und damit sowohl ein Diebstahl als auch ein Raub aus. Die dafür erforderliche Zueignungsabsicht setze ja die vorübergehende Einverleibung der Sachsubstanz oder jedenfalls des Sachwerts voraus, was hier wegen des sofortigen Konsums aber offensichtlich ausscheide. **Irrtum!** Der BGH (→ StraFo 2015, 216) schlug den Junky quasi mit seinen eigenen Waffen und stellte fest: »... An der Zueignungsabsicht fehlt es unstreitig nur dann, wenn der Täter die Sache lediglich deshalb wegnimmt, um sie anschließend zu zerstören, zu beschädigen, zu vernichten oder etwa wegzuworfen. So liegt es hier indessen **nicht**. Der sofortige Konsum der Drogen stellt vielmehr eine klassische und vielleicht sogar die plakativste Form der »Einverleibung« einer gestohlenen Sache dar. Der Fall ist mit demjenigen vergleichbar, in dem der Täter etwa gestohlene Lebensmittel unmittelbar nach der Tat verzehrt. Diesbezüglich bestünden ebenso keine Zweifel an einem vollendeten Diebstahl ...

Auch der sofortige und planmäßige Konsum von entwendeten Drogen erfüllt subjektiv daher den Begriff der Zueignungsabsicht ...«.

5. Wer eine fremde Sache an sich nimmt, um den anderen zur Herausgabe von geschuldetem Geld zu bewegen, erfüllt nach Meinung des BGH nicht die Absicht rechtswidriger Zueignung (BGH NStZ 2018, 712): Opfer O schuldete dem Täter T Geld. Um O zur Zahlung zu bewegen, nahm T dem O unter Vorhaltung eines Messers das Mobiltelefon weg, das er ihm nach Zahlung zurückgeben wollte. Der BGH verneinte die Zueignungsabsicht: »... Es ist zwar nicht erforderlich, dass der Täter die Sache auf Dauer behalten soll oder will. Während für die Enteignung des Berechtigten der bedingte Vorsatz ausreicht, verlangt die Zueignungsabsicht in Bezug auf die Aneignung der Sache oder den ihr verkörperten Sachwert einen zielgerichteten Willen. Dass die Aneignung vom Täter nur als mögliche Folge seines Verhaltens in Kauf genommen wird, reicht nicht aus. Vielmehr muss er sie mit unbedingtem Willen anstreben. Dass T das Mobiltelefon an sich genommen hat, damit es als Druckmittel für die Durchsetzung der Schulden eingesetzt werden kann, steht seiner Zueignungsabsicht damit entgegen. In diesem Fall ist eine Aneignung gerade nicht gewollt gewesen; die Sache sollte nach Erfüllung der Forderung ja gerade wieder zurückgegeben werden ...« (BGH NStZ 2018, 712).

6. Wer ein **Behältnis** stiehlt in der Hoffnung, darin befänden sich wertvolle Gegenstände, handelt nach BGH NJW 2019, 2868 ohne Zueignungsabsicht, wenn die erwarteten Gegenstände nicht drin sind und der Täter das Behältnis, nachdem er dies festgestellt hat, umgehend wegwirft. In diesem Fall sei die Zueignungsabsicht bereits derart auf den Inhalt des Behältnisses »konkretisiert«, dass lediglich wegen versuchten Diebstahls am vermeintlichen Inhalt zu verurteilen sei (Fischer § 242 StGB Rz. 36a). Ein vollendeter Diebstahl des Behältnisses scheidet mangels Zueignungswillens ebenso aus (BGH NJW 2019, 2868; vgl. aber auch BGH NStZ 1999, 510; BGH NStZ-RR 1997, 298).

Zurück zu unserem Fall: Unserer R fehlte zum Zeitpunkt der Wegnahme der CDs die Absicht, sich die Sachen rechtswidrig zuzueignen, da ihr Wille auf Rückgabe der CDs gerichtet war und der von R vorübergehende intendierte **Gebrauch** (»Brennen der CDs«) nicht zum **Verbrauch** der Sache führen konnte (→ ebenso wenig wie das Abspeichern der SMS vom Handy auf den PC, siehe oben).

Ergebnis: R ist mangels Zueignungsabsicht nicht wegen Diebstahls zu bestrafen.

Und aufgepasst! Die Tatsache, dass sich R später entschließt, die heilgebliebene CD dem K doch nicht zurückzugeben und vielmehr der F zu verkaufen, spielt für die Zueignungsabsicht im Rahmen des § 242 Abs. 1 StGB keine Rolle (mehr). Das haben wir weiter oben ja schon gesagt: Es kommt im Hinblick auf die subjektiven Merkmale einer Tat, also den Vorsatz und die möglichen sonstigen subjektiven Tendenzen, nur und allein auf den Zeitpunkt der (letzten) **Tathandlung** an (→ § 15

StGB!). Als R ihren Vorsatz ändert, ist die Tathandlung des § 242 Abs. 1 StGB in Form der Wegnahme aber längst vorbei. Und deshalb kann auch ihr Sinneswandel nicht mehr zur Bestrafung aus § 242 Abs. 1 StGB führen. Es kommt – wie gesagt – nur auf den Vorsatz und die Zueignungsabsicht zum Zeitpunkt der Tathandlung an (BGH NStZ 2014, 516; Fischer § 15 StGB Rz. 4). Wichtig, bitte merken; das wird häufig falsch gemacht und führt in der Regel zum Untergang der Klausur.

Freilich bleibt der Sinneswandel der R nicht gänzlich uninteressant, denn neben § 242 Abs. 1 StGB bleiben natürlich noch andere Straftatbestände für R übrig. Dabei müssen wir jetzt aber sehr genau hinsehen und insbesondere die Handlungsabschnitte schön aufteilen. Genau genommen hat R **zweierlei** strafrechtlich verwertbare Handlungen vollzogen. Und zunächst wollen wir noch einen Augenblick bei der Wegnahme der CDs im Haus des K bleiben. Bislang haben wir insoweit ja nur festgestellt, dass das kein Diebstahl war (siehe oben). In Betracht kommt insoweit aber noch:

→ § 246 Abs. 1 StGB (Unterschlagung durch die Wegnahme der CDs)

Durchblick: Der § 246 StGB ist der Auffangtatbestand (nicht aber das Grunddelikt!) für alle Zueignungsdelikte, was vor allem durch die **Subsidiaritätsklausel** in Abs. 1 dokumentiert wird (BT-Drs. 13/8587 Seite 43; BGH NStZ-RR 2019, 310; Fischer § 246 StGB Rz. 2; LK/Vogel § 246 StGB Rz. 1; vgl. aber MK/Hohmann § 246 StGB Rz. 6). In der Fallbearbeitung darf daher auf § 246 StGB immer erst eingegangen werden, wenn andere Zueignungsdelikte (z.B. § 242 StGB) nicht mehr in Betracht kommen. Und diese Subsidiarität soll übrigens nach Ansicht des BGH nicht nur für sämtliche Zueignungsdelikte gelten, sondern grundsätzlich für **alle** Delikte des StGB, die eine höhere Strafe als § 246 StGB haben, unter anderem dann sogar für die Tötungsdelikte (BGH NJW 2002, 2188; zustimmend Lackner/Kühl § 246 StGB Rz. 14). Andere Autoren wollen die Subsidiaritätsklausel des § 246 Abs. 1 StGB nur für die Vermögensdelikte anwenden, eine Tötung schließe nach dieser Meinung die Anwendung des § 246 StGB nicht aus (Fischer § 246 StGB Rz. 23b; S/S/Bosch § 246 StGB Rz. 32).

Zum Fall: Dass R vorliegend objektiv eine »Wegnahme« ausführt, hindert die Anwendung des § 246 StGB nicht. Eine Unterschlagung nach § 246 Abs. 1 StGB kann auch dann noch vorliegen, wenn der Täter die Sache objektiv »weggenommen« hat, es aber an einem anderen Merkmal des Diebstahls nach § 242 StGB fehlt, und diese Wegnahme den Zueignungsbegriff des § 246 Abs. 1 StGB erfüllt (instruktiv: BGH NStZ 2011, 36; Fischer § 246 StGB Rz. 1; Küper BT Seite 448; Wessels/Hillenkamp/Schuhrr BT 2 Rz. 307). Freilich muss man dann – was wir ja eben schon erledigt haben – vorher den Diebstahl geprüft und auch abgelehnt haben, denn § 246 Abs. 1 StGB ist – wie eben gesagt – **subsidiär** (BGH NStZ 2012, 628). In unserem Fall ist § 242 Abs. 1 StGB mangels Zueignungsabsicht ausgeschlossen (siehe oben), und daher kommt jetzt im Hinblick auf die Wegnahme der CDs bei K noch der **§ 246 Abs. 1 StGB** in Frage. Prüfen wir mal:

I. Tatbestand (A: objektiv)

Durchblick: Wir hatten bei § 242 StGB die Absicht der Zueignung verneint, weil R die CDs zum Zeitpunkt der Wegnahme eigentlich K zurückbringen wollte (Briefkasten!). Bei § 246 Abs. 1 StGB wird die Zueignung, die bei § 242 StGB im subjektiven Tatbestand ihren Platz hat, jetzt aber im **objektiven** Tatbestand erörtert, und zwar so:

Definition: Zur Erfüllung des Zueignungsbegriffs bei § 246 StGB ist erforderlich, dass der Täter sich objektiv – also nach **außen sichtbar** – so verhält, dass er sich eine eigentümerähnliche Stellung unter dauerndem Ausschluss des Berechtigten anmaßt. Es ist darauf abzustellen, ob aus der Sicht eines gedachten Beobachters, der die Sachlage vollständig überblickt, die Verwirklichung des Zueignungsent schlusses hervorgeht (BGHSt 34, 309, 312; OLG Hamm NStZ-RR 2015, 213; BK/Wittig § 246 StGB Rz. 4; S/S/Bosch § 246 StGB Rz. 11).

R steckt in der Wohnung des K unbemerkt dessen *Take Sätt*-CDs ein und verschwindet damit. So etwas macht man – aus der Sicht eines gedachten Beobachters – natürlich nur dann, wenn man den Berechtigten aus seiner Position zu eigenen Gunsten verdrängen will (sonst hätte man ja fragen können). Und das reicht aus für die Bejahung der objektiven Voraussetzungen der Zueignung. Bitte beachte noch einmal, dass hier – im **objektiven** Tatbestand – der Rückführungswille der R **keine** Rolle spielt, denn dieser Wille ist für den gedachten Beobachter nicht sichtbar, sondern vielmehr ein **subjektives** Moment und gehört folglich auch in den subjektiven Tatbestand. Objektiv gesehen aber hat R sich durch die Wegnahme die Sachen zugeeignet.

ZE.: R erfüllt mit der Wegnahme den objektiven Tatbestand des § 246 Abs. 1 StGB.

B: Subjektiver Tatbestand

Aber jetzt: Bei § 246 Abs. 1 StGB ist im subjektiven Tatbestand – ausschließlich! – der **Vorsatz** auf die objektiven Tatbestandsmerkmale erforderlich (es gibt keine besondere Absicht wie bei § 242 Abs. 1 StGB). R muss demnach nur den **Vorsatz** auf die Zueignung der CDs gehabt haben. Daran aber scheitert es, denn R wollte die CDs ja zurückgeben, und damit fehlt ihr der Vorsatz auf den dauernden Ausschluss des Berechtigten. Dieser dauernde Ausschluss gehört – wie gerade gesehen – zum objektiven Zueignungsbegriff und muss folglich vom Vorsatz umfasst sein. Wir haben hier also jetzt die Situation, dass es objektiv – also nach außen für den objektiven Beobachter sichtbar – zwar eine Zueignung ist, der Vorsatz des Täters insoweit aber abweicht mit der Folge, dass objektiver und subjektiver Tatbestand **nicht** übereinstimmen.

ZE.: Es fehlt R am Vorsatz bezüglich einer – objektiv vorliegenden – Zueignung.

Ergebnis: R ist mangels Vorsatzes wegen der Wegnahme der CDs nicht nach § 246 Abs. 1 StGB zu bestrafen. Die Wegnahme der CDs bleibt für R damit straflos.