

## ERSTER ABSCHNITT:

# Straftaten gegen das Eigentum

## § 1 Diebstahl (§§ 242-244a, 247, 248a; 248b; 248c StGB)

### I. § 242 StGB

#### 1. Tatobjekt (fremde bewegliche Sache)

**Fall 1:** – Übereignung des »Dirnenlohns«? –

Peter (P) gab der Prostituierten Vera (V) einen Geldschein als Vorauszahlung für den vereinbarten Geschlechtsverkehr. Anschließend nahm er ihr den Geldschein heimlich wieder ab, da er von Veras »Gegenleistung« enttäuscht war.

Strafbarkeit des P?

P könnte wegen Diebstahls (§ 242 StGB) strafbar sein. Dann müsste es sich bei dem Geldschein um eine für ihn *fremde bewegliche Sache* gehandelt haben.

**Sache** im Sinne des Diebstahlstatbestandes ist gleichbedeutend mit »körperlicher Gegenstand« (§ 90 BGB)<sup>1</sup>.

**Tiere** unterfallen dem Sachbegriff des § 242 StGB (und anderer Straftatbestände, die ihn verwenden, z.B. § 303 StGB). § 90a BGB steht dem nicht entgegen, da die Vorschrift nach systematischer Stellung und ratio legis nicht die Funktion hat, den Strafrechtsschutz des Eigentums an Tieren zu tangieren<sup>2</sup>. Im Übrigen könnte man auf die *Analogieermächtigung* in § 90a S. 3 BGB rekurrieren, und zwar ohne Verstoß gegen das Analogieverbot des Art. 103 II GG, denn nach zutreffender Ansicht gilt es für die Akzessorietät strafrechtlicher Begriffe zum Zivilrecht, z.B. zu dessen Eigentumsbegriff, nicht<sup>3</sup>.

Auch **wertlose Sachen**, z.B. Privatbriefe, sind taugliche Diebstahlobjekte<sup>4</sup>, da das in § 242 StGB geschützte Rechtsgut Eigentum lediglich eine »*formale* Rechtsposition« bezeichnet<sup>5</sup>.

Unerheblich ist der Aggregatzustand der Sache, sodass auch Flüssigkeiten, Dämpfe und Gase unter den Sachbegriff der Eigentumsdelikte fallen<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> Sch/Sch-Bosch, § 242 Rn. 9; HdS 5-Kudlich, § 29 Rn. 14; L/Kühl-Kühl, § 242 Rn. 2; Ranft, JA 1984, 2.

<sup>2</sup> Graul, JuS 2000, 215 ff.; Küper, JZ 1993, 435 ff.; MK-Schmitz, § 242 Rn. 26. Zum Vorgehen in der Falllösung Fahl, JA 2019, 161 (161 f.); Kretschmer, JA 2015, 105 (105 f.).

<sup>3</sup> Dazu m.w.N.: Sch/Sch-Hecker, § 1 Rn. 33; Krey, Studien zum Gesetzesvorbehalt, S. 227.

<sup>4</sup> LK<sup>12</sup>-Vogel, § 242 Rn. 44 (h.M.).

<sup>5</sup> Sch/Sch-Bosch, § 242 Rn. 3. Eine materielle Einschränkung des formalen Eigentumsschutzes sei aber »in jenen Fällen möglich, in denen nach allgemeiner Lebenserfahrung Entscheidungsinteressen des Eigentümers von vornherein keine Rolle spielen« (aaO, Rn. 6), z.B. beim »eigenmächtigen Geldwechseln« – dazu Fall 15 (Rn. 60 ff.).

<sup>6</sup> RG St 44, 335 (Heizdampf-Fall); Sch/Sch-Bosch, § 242 Rn. 9; HdS 5-Kudlich, § 29 Rn. 15.

Elektronen lassen sich zwar dem Begriff der Sache subsumieren<sup>7</sup>, die elektrische Energie ist aber keine »Sache«<sup>8</sup>. Elektronische Daten sind – anders als die Träger der Daten – ebenfalls keine Sachen<sup>9</sup>.

Forderungen und sonstige Rechte sind mangels Sachqualität keine tauglichen Diebstahlsobjekte.

- 2 Ob die Sache **beweglich** ist, bestimmt sich nicht nach bürgerlichem Recht, sondern danach, ob sie tatsächlich fortbewegt werden kann. Ausreichend ist, dass die Sache erst zum Zweck der Wegnahme von einer unbeweglichen Sache losgelöst wurde (z.B. Türen und Fenster eines Gebäudes; »Getreide auf dem Halm«).
- 3 **Fremd** ist nach ganz h.M. eine Sache, die einem anderen als dem Täter gehört, also – wenigstens auch – im Eigentum eines anderen steht<sup>10</sup>. Maßgeblich ist das Zivilrecht, sodass z.B. auch eine nur zur **Sicherung übereignete Sache** für den Sicherungsgeber »fremd« i.S. des § 242 StGB ist<sup>11</sup>. Sachen im **Miteigentum** (§ 1008 BGB) oder **Gesamthandseigentum** (z.B. §§ 718 f. BGB) sind für den Miteigentümer bzw. das Mitglied der Gesamthandsgemeinschaft »fremd«<sup>12</sup>.
- 4 **Herrenlose Sachen** (§§ 959-961 BGB) stehen in niemandes Eigentum, sodass sie als Diebstahlsobjekte ausscheiden. Die Umschreibung der fremden Sache als eine solche, die »nicht dem Täter gehört«, ist deshalb fehlerhaft.

Herrenlos sind u.a. Sachen, an denen der Eigentümer *in der Absicht, auf das Eigentum zu verzichten*, den Besitz aufgibt (»Dereliktion«, § 959 StGB). Der Umstand, dass sich der Eigentümer einer Sache entledigen will, genügt allein jedoch nicht, sondern es ist festzustellen, ob mit der Besitzaufgabe zugleich der Eigentumsverzicht zum Ausdruck gebracht wird. Das sog. »Containern«, d.h. das »Herausholen von weggeworfenen, aber noch genießbaren Lebensmitteln zum Eigenverbrauch aus Abfallcontainern«<sup>13</sup>, ist mangels Fremdheit der Lebensmittel nicht als Diebstahl strafbar, wenn der – ehemalige – Eigentümer auf das Eigentum verzichtet. Wirft er die Lebensmittel dagegen in einen zur Abholung durch ein Entsorgungsunternehmen abgesperrt auf dem Firmengelände bereitstehenden Container ein, so macht der Eigentümer für Dritte deutlich, dass er mit einer Mitnahme der Lebensmittel nicht einverstanden ist, sondern das Eigentum nur zugunsten einer anderen Person (dem Entsorgungsunternehmen) aufgibt<sup>14</sup>. In einem solchen Fall liegt keine Dereliktion vor,

---

<sup>7</sup> Vgl. MK-Hohmann, § 248c Rn. 2 (Elektronen selbst seien „Teil der Materie“).

<sup>8</sup> RG St 29, 111; 32, 165; Schramm, JuS 2008, 678 (679); siehe dazu auch Brodowski, ZJS 2010, 144; vgl. die Spezialbestimmung des § 248c StGB.

<sup>9</sup> Hegemanns/Kusnik, CR 2011, 248 (249); W/H/S-Hillenkamp, Rn. 74; Lober/Weber, MMR 2005, 653 (655); vgl. auch Hellmann, FS-Samson, 2010, S. 661 (674) – zu § 259 StGB.

<sup>10</sup> Z.B. SK-Hoyer, § 242 Rn. 11 ff.; NK-Kindhäuser, § 242 Rn. 15 ff.; HdS 5-Kudlich, § 29 Rn. 20; Kudlich/Noltensmeier, JA 2007, 863 (864 f.); MK-Schmitz, § 242 Rn. 31 ff.

<sup>11</sup> Krit. gegenüber der strikten Bindung an das bürgerliche Recht aber Otto, 40/9 ff.

<sup>12</sup> Vgl. Fischer, § 242 Rn. 5b.

<sup>13</sup> Jahn, JuS 2020, 85 mwN.

<sup>14</sup> BayObLG, StV 2020, 249 f. m. Anm. Bode, NStZ-RR 2020, 105 f.; Dießner, StV 2020, 256 ff.; Jahn, JuS 2020, 85 ff. Das BVerfG, NJW 2020, 2953 (Rn. 23 ff.), hat diese Auslegung gebilligt. Vgl. auch zur Strafbarkeit privater Schrottsammler Bode, JA 2016, 589 f.; ein – kritischer – Überblick über die Rspr. zum »Müllfischen« findet sich bei Fahl, JA 2019, 807 ff.

sodass die Lebensmittel fremde Sachen und damit taugliche Diebstahlsobjekte bleiben. Es mag kriminalpolitisch bedenklich erscheinen, die Mitnahme ohnehin zur Vernichtung bestimmter Lebensmittel durch einen bedürftigen Menschen als Diebstahl einzustufen, Abhilfe kann aber nur der Gesetzgeber schaffen<sup>15</sup>.

Die Bindung des Fremdheitsbegriffs an die zivilrechtlichen Eigentumsverhältnisse wird – trotz grundsätzlicher Anerkennung – für bestimmte Konstellationen in Zweifel gezogen. Strittig ist z.B., ob **Betäubungsmittel** taugliche Diebstahlsobjekte sind. Zum Teil wird dies mit der Begründung abgelehnt, das Eigentum werde nicht »als abstractum« gegen Wegnahme geschützt, »sondern wegen der mit ihm verbundenen Möglichkeiten nach § 903 BGB«<sup>16</sup>. Der Umstand, dass die rechtsgeschäftliche Übereignung einer Sache wegen Verstoßes gegen ein gesetzliches Verbot (§ 134 BGB) ausscheidet, steht der Eigentumsfähigkeit von Betäubungsmitteln nach zutreffender h.M. jedoch nicht entgegen<sup>17</sup>. Zwar werden der »Dealer« und der Erwerber kein Eigentum erlangen, das Eigentum des Herstellers des Betäubungsmittels bleibt aber bestehen, sodass es für den Dieb fremd ist. Der Käufer des Rauschgiftes verliert das Eigentum an dem »Dealgeld« im Übrigen nicht, weil sich die Nichtigkeit des Verpflichtungsgeschäfts – auf Übereignung des Geldes – gemäß § 134 BGB auf das Verfügungsgeschäft erstreckt<sup>18</sup>.

Umstritten sind zudem die Konsequenzen des § 241a BGB für die Fremdheit einer Sache, die ein Unternehmer einem Verbraucher unbestellt zusendet. Grundsätzlich hat der Unternehmer nach dieser Regelung keine (Schadensersatz-, Herausgabe- und Nutzungsersatz-) Ansprüche gegen den Verbraucher. Zum Teil wird dem Relevanz für den Fremdheitsbegriff der §§ 242 ff., 303 StGB zugesprochen und zur Untermauerung der These herangezogen, dass »fremd« nicht auf die zivilrechtlichen Eigentumsverhältnisse Bezug nehme, sondern die Sache fremd sei, »wenn ein anderer ein stärkeres Vermögensrecht, eine umfassendere Vermögensposition an der Sache innehat als der Täter«<sup>19</sup>. Ein solches stärkeres Vermögensrecht habe der Verbraucher auf Grund des § 241a BGB hinsichtlich der unbestellten Sache mit der Folge, dass die Wegnahme der Sache durch einen Dritten – oder sogar durch den Unternehmer, dessen Eigentum trotz § 241a BGB bestehen bleibt – einen Diebstahl zum Nachteil des Verbrauchers darstelle<sup>20</sup>.

<sup>15</sup> Siehe die auf Entkriminalisierung gerichteten Initiativen der Fraktion »Die Linke«, BT-Drucks. 19/9345, S. 1 f., und der Fraktion »Bündnis 90/Die Grünen«, BT-Drucks. 19/14358, S. 3, 5); krit. dazu *Dießner*, StV 2020, 256 (261); *Lorenz*, jurisPR-StrafR 10/2019 Anm. 1 (unter IV. 2.).

<sup>16</sup> MK-Schmitz, § 242 Rn. 17. Für eine teleologische Reduktion der Eigentumsdelikte hat sich der 2. Strafseminat des BGH in einem Anfragebeschluss ausgesprochen, wistra 2016, 395 (Rn. 33 ff.); diff. *Wolters*, FS-Samson, 2010, S. 495 (500 ff.).

<sup>17</sup> BGH, NJW 2006, 72 f. m. zust. Anm. *Hauck*, ZIS 2006, 37; BGH, NStZ-RR 2009, 22 f.; NStZ 2015, 571 (572) m. Anm. *Oğlakçıoğlu*; Sch/Sch-Bosch, § 242 Rn. 19; NK-Kindhäuser, § 242 Rn. 20; MR-Schmidt, § 242 Rn. 8; *Schramm*, JuS 2008, 678 (680).

<sup>18</sup> BGH St 31, 145 (146 ff.).

<sup>19</sup> *Otto*, Jura 2004, 389 (390); dagegen *Tachau*, Ist das Zivilrecht strenger als das Strafrecht?, 2005, S. 163 ff.

<sup>20</sup> *Otto*, Jura 2004, 389 (390); ebso. *Lamberz*, JA 2008, 425 (428): »faktisches Eigentum« des Verbrauchers auf Grund § 241a BGB; zu den zivilrechtlichen Konsequenzen *Mitsch*, ZIP 2005, 1017 ff.

## Erster Abschnitt: Straftaten gegen das Eigentum

Dieser Sicht wird – m.E. zu Recht – entgegengehalten, dass sie zwar für die Fälle unbestellter Sachen eine gewisse Plausibilität beanspruchen kann, die Orientierung der Fremdheit an der stärkeren Vermögensposition statt am Eigentum für andere Konstellationen, insbesondere die Sicherungsübereignung, aber nicht überzeugt. Dem Sicherungseigentum des Sicherungsnehmers würde der erforderliche strafrechtliche Schutz – auch vor Angriffen des Sicherungsgebers, der die stärkere Vermögensposition innehat – weitgehend entzogen; dies widerspräche Sinn und Zweck der Sicherungsabrede<sup>21</sup>. Gravierender noch ist, dass die Loslösung des Fremdheitsbegriffs vom zivilrechtlichen Eigentum zu erheblichen Unklarheiten führen würde, da die wirtschaftliche Betrachtung selten eindeutige Ergebnisse liefern wird.

– Die aus § 241a BGB folgenden Rechte des Verbrauchers können im Strafrecht berücksichtigt werden, indem die Vorschrift als Rechtfertigungsgrund anerkannt wird<sup>22</sup>. –

- 7 Der Geldschein war also für P eine fremde Sache, wenn er bei der Wegnahme *im Eigentum eines anderen* – der V – stand. P hatte ihr den Schein nach § 929 S. 1 BGB übereignet. Die Übereignung könnte aber gegen die guten Sitten verstoßen und damit gemäß § 138 I BGB nichtig sein, was zur Folge hätte, dass der Geldschein noch P gehörte. Die früher h.M. wendete auf das *Kausalgeschäft* (die Vereinbarung über die Gewährung von Geschlechtsverkehr gegen Entgelt) § 138 I BGB an und betrachtete den »Vertrag« zwischen »Dirnen« und ihren »Freiern« als sittenwidrig<sup>23</sup>. Nach § 1 des Gesetzes zur Regelung der Rechtsverhältnisse der Prostituierten begründet jedoch die Vereinbarung eines Entgelts für sexuelle Handlungen eine rechtswirksame Forderung, sodass an der Wirksamkeit des Verfügungsgeschäfts, also der Übereignung des Geldscheins, keine Zweifel bestehen. V erlangte somit Eigentum an ihrem »Lohn«.

P hat daher eine *fremde bewegliche Sache* weggenommen – (zur Wegnahme Rn. 14 ff.) und damit den *objektiven* Tatbestand des § 242 StGB erfüllt.

- 8 Auch der subjektive Tatbestand ist gegeben: P hat bezüglich der Merkmale des objektiven Tatbestandes vorsätzlich gehandelt; dass er geglaubt hat, das Geld stehe noch in seinem Eigentum, ist nicht anzunehmen. Die erforderliche Zueignungsabsicht liegt ebenfalls vor. Die beabsichtigte Zueignung war auch rechtswidrig, da der Täter *keinen* bürgerlich-rechtlichen *Anspruch auf Rückübereignung und Rückgabe* des Geldes hatte (nach der alten Rechtslage stand § 817 S. 2 BGB einem Rückforderungsanspruch entgegen). Es ist zudem nicht anzunehmen, P habe gemeint, ihm stehe ein solcher Anspruch zu, sodass er auch bezüglich der Rechtswidrigkeit der Zueignung vorsätzlich handelte.

Näher zum subjektiven Tatbestand des Diebstahls *Fälle 16 ff.* (Rn. 64 ff.).

Ergebnis: P hat den Tatbestand des § 242 StGB erfüllt. Rechtswidrigkeit und Schuld sind unproblematisch gegeben; P ist also wegen Diebstahls strafbar.

---

<sup>21</sup> Matzky, NStZ 2002, 458 (461 f.).

<sup>22</sup> Matzky, NStZ 2002, 458 (462 f.). Ebso. für eine Lösung auf der Rechtswidrigkeitsebene W/B/S-Beulke/Satzger, AT, Rn. 284; Reichling, JuS 2009, 111 (113 f.). Dagegen Otto, FS-Beulke, 2015, S. 507 (514).

<sup>23</sup> BGH St 6, 377 (378 ff.); a.A. Kühne, ZRP 1975, 184.

**Fall 2: – Menschliche Leiche als fremde Sache? –**

Medizinstudent Süßbruch (S) entwendete aus der Anatomie der Universität eine Leiche, um 9 sie zu Hause zur Vertiefung seines Wissens zu sezieren.

Strafbarkeit des S?

a) § 242 StGB?

Problem: Hat S eine **fremde bewegliche Sache** weggenommen?

(1) Die menschliche Leiche ist nach einer verbreiteten Mindermeinung keine **Sache** im Rechtssinne, sondern »Rückstand der Persönlichkeit«<sup>24</sup>.

Auch nach dieser Ansicht sind aber nicht zur Bestattung bestimmte Leichen, die – infolge Zeitablaufs und Erlöschens des Pietätsempfindens zulässigerweise – in Museen verwahrt werden (Mumien, Moorleichen) oder die – mit Einwilligung des Verfügungsberechtigten<sup>25</sup> – der Anatomie überlassen sind, Sachen i.S. des Bürgerlichen Rechts und des StGB<sup>26</sup>.

Nach zutreffender h.M. kommt Leichen dagegen allgemein Sachqualität zu<sup>27</sup>, da es zur Achtung des – ohnehin nicht von allen Menschen empfundenen – Pietätsgefühls der Annahme eines außerrechtlichen Begriffs wie des »Rückstands der Persönlichkeit« nicht bedarf, um zu verhindern, dass der – zur Bestattung bestimmte – Leichnam im Zivil- und Strafrecht wie ein Gegenstand behandelt wird. Letztlich ist die Einordnung nämlich wenig bedeutsam, da §§ 242 ff. StGB (ebenso § 303 StGB) eine **fremde Sache** voraussetzen, sodass entscheidend für den Schutz der Leiche durch §§ 242, 246, 303 StGB ist, ob die Leiche in fremdem Eigentum steht.

Die Leiche war nicht zur Bestattung bestimmt, sondern der Anatomie überlassen; sie war daher sowohl nach h.A. als auch nach der Mindermeinung eine Sache.

(2) Es fragt sich, ob sie einem anderen als dem Täter gehörte und damit **fremd** i.S. des § 242 StGB war. Grundsätzlich stehen Leichen in niemandes Eigentum; sie sind dem Rechtsverkehr entzogen<sup>28</sup>. Für ihren Schutz greifen also grundsätzlich nicht §§ 242, 246, 303 StGB ein, sondern es gilt nur § 168 StGB.

Ausnahmsweise sind aber auch Leichen fremde Sachen, nämlich dann, wenn sie – zulässigerweise – der Bestattung entzogen und Museen (»Ötzi«) oder wissenschaftlichen Instituten überlassen sind<sup>29</sup>.

Danach war die Leiche für S eine fremde Sache, da sie einem anderen (der Universität) gehörte. S hat also einen Diebstahl begangen.

b) § 168 StGB

Die Vorschrift ist ihrem Wortlaut nach erfüllt. Es kommen aber als Tatobjekte nur 11 solche Leichen bzw. Leichenteile (»Körper oder Teile des Körpers verstorbener

<sup>24</sup> OLG München, NJW 1976, 1805; M/S/M/H/M-Schroeder, 32/19.

<sup>25</sup> Dazu LK<sup>12</sup>-Vogel, § 242 Rn. 14 m.w.N.

<sup>26</sup> M/S/M/H/M-Schroeder, 32/19, 22.

<sup>27</sup> Sch/Sch-Bosch, § 242 Rn. 10, 21; Gropp, JuS 1999, 1041 (1043); NK-Kindhäuser, § 242 Rn. 12, 26; HdS 5-Kudlich, § 29 Rn. 26; Mitsch, BT 2, S. 5; LK<sup>12</sup>-Vogel, § 242 Rn. 14.

<sup>28</sup> Siehe die Nachweise in Fn. 27.

<sup>29</sup> Sch/Sch-Bosch, § 242 Rn. 21.

Menschen«) in Betracht, die nicht in fremdem Eigentum stehen<sup>30</sup>, denn § 168 StGB dient nach h.M. dem »Schutz der Totenruhe« und dem Pietätsempfinden der Allgemeinheit gegenüber den Verstorbenen und ihren Ruhestätten, nicht dem Schutz fremden Eigentums<sup>31</sup>.

§ 168 StGB scheidet also aus.

*Ergänzende Hinweise zu § 242 StGB:*

- 12 (1) Für **Leichenteile** gilt bezüglich der Fremdheit dasselbe wie für die Leiche<sup>32</sup>.  
(2) **Zahngold**, das mit der Asche einer eingeäscherten Leiche der Urne übergeben werden soll, ist herrenlos und somit mangels Fremdheit kein taugliches Diebstahlsojekt<sup>33</sup>; es kommen jedoch § 168 StGB (Zahngold selbst ist Asche i.S. des § 168 I StGB<sup>34</sup>) – und ggf. § 133 I StGB (wenn das Krematorium in öffentlich-rechtlicher Form betrieben wird) – in Betracht<sup>35</sup>.  
(3) **Körperteile lebender Menschen** werden mit ihrer Abtrennung grundsätzlich Eigentum der Person, von deren Körper sie abgetrennt wurden<sup>36</sup>.  
(4) An **in den Körper eingefügten therapeutischen Hilfsmitteln** wie Herzschrittmachern hat grundsätzlich ihr Träger Eigentum<sup>37</sup>; stirbt er, so geht sein Eigentum gemäß § 1922 I BGB auf die Erben über<sup>38</sup>.  
(5) Sachen, die **einem Toten mit ins Grab gegeben** werden, bleiben solange Eigentum des Spenders, bis das Grab aufgelassen (eingeebnet) wird<sup>39</sup>.

*Ergänzender Hinweis zu § 168 StGB:*

- 13 Ob die ohne Einwilligung (des Spenders oder) der Hinterbliebenen vorgenommene Entnahme von Transplantaten (= »Teile des Körpers eines verstorbenen Menschen« i.S. des § 168 StGB) bei einem im Krankenhaus Verstorbenen den Tatbestand dieser Vorschrift erfüllt, ist streitig (verneinend zu Recht die h.M., da es an der »Wegnahme aus dem Gewahrsam des Berechtigten« fehle: Gewahrsam hat die Klinik)<sup>40</sup>.

---

<sup>30</sup> Sch/Sch-Bosch/Schittenhelm, § 168 Rn. 3; Otto, 64/12; SK-Rogall, § 168 Rn. 4.

<sup>31</sup> BGH St 50 (80, 89 f.); L/Kühl-Heger, § 168 Rn. 1; ähnlich Fischer, § 168 Rn. 2, der als Schutzgut ein »Allgemeininteresse im Bereich des öffentlichen Friedens« betrachtet.

<sup>32</sup> NK-Kindhäuser, § 242 Rn. 12, 26; LK<sup>12</sup>-Vogel, § 242 Rn. 14.

<sup>33</sup> OLG Bamberg, NJW 2008, 1543 (1547) m. Bespr. Kudlich, JA 2008, 391 (393); OLG Hamburg, NJW 2012, 1601 (1603) m. Ann. Stoffers; MK-Schmitz, § 242 Rn. 41; offengelassen OLG Nürnberg, NJW 2010, 2071 m. Bespr. Kudlich, JA 2010, 226 ff.

<sup>34</sup> BGHSt 60, 302 ff. m. zust. Ann. Kudlich, JA 2015, 872 (873); a.A. OLG Nürnberg, NJW 2010, 2071 (2073 f.).

<sup>35</sup> So OLG Bamberg, NJW 2008, 1543 ff. m. Bespr. Kudlich, JA 2008, 391 (393); OLG Hamburg, NJW 2012, 1601 (1606) m. zust. Ann. Stoffers; a.A. OLG Nürnberg, NJW 2010, 2071 (2073 f.).

<sup>36</sup> BGH bei Dallinger, MDR 1958, 739; Sch/Sch-Bosch, § 242 Rn. 20; NK-Kindhäuser, § 242 Rn. 25; Kretschmer, JA 2015, 105 (107); LK<sup>12</sup>-Vogel, § 242 Rn. 12.

<sup>37</sup> SK-Hoyer, § 242 Rn. 4, 5, 16 m.w.N.; zu Unrecht verneint eine verbreitete Ansicht die *Sachqualität* solcher Hilfsmittel – so u.a. Kindhäuser/Böse, 2/26.

<sup>38</sup> SK-Hoyer, § 242 Rn. 16 m.w.N. pro und contra.

<sup>39</sup> Str.; Nachweise bei LK<sup>11</sup>-Rufβ, § 242 Rn. 11.

<sup>40</sup> So Sch/Sch-Bosch/Schittenhelm, § 168 Rn. 6 m.w.N.; Geilen, JZ 1971, 43 f.; diff. KG, NStZ 1990, 185 f.: Mitgewahrsam des Ehemannes an der Leiche seiner im Krankenhaus verstorbenen Ehefrau.

## 2. Tathandlung (Wegnahme)

### Fall 3: – Diebstahl bei »Erbenbesitz«?

Prof. Morgenrot (M) erlitt auf einem Spaziergang nach einer unerfreulichen Fakultätsratssitzung eine plötzliche Herzattacke. Eberhardt (E) eilte herbei und nahm dem Toten die Brieftasche aus der Jacke. Die Erben des M erstatteten Strafanzeige.

Strafbarkeit des E?

#### a) § 242 StGB

Die Brieftasche gehörte den Erben des M (§ 1922 I BGB), als E sie an sich nahm, war sie also für ihn eine *fremde bewegliche Sache*. Es fragt sich, ob E die Brieftasche i.S. des § 242 StGB weggenommen hat.

**Wegnahme** bedeutet Bruch fremden und Begründung neuen (nicht notwendig täter-eigenen) Gewahrsams<sup>41</sup>.

Der Diebstahl richtet sich deshalb gegen das Eigentum und zugleich gegen den *Gewahrsam*, der nach h.M. neben dem Eigentum *Schutzobjekt* des § 242 StGB ist; geschütztes Rechtsgut beim Diebstahl ist – anders als bei der Unterschlagung – nicht nur das Eigentum, sondern auch der Gewahrsam<sup>42</sup>. Somit sind Eigentümer und Gewahrsamsinhaber Verletzte des Diebstahls, sodass beide in den Fällen der §§ 247, 248a StGB – unabhängig voneinander – Strafantrag stellen können<sup>43</sup>. Da der Streit über das Schutzgut des § 242 StGB allenfalls ausnahmsweise relevant wird, nämlich dann, wenn die Verfolgung eines Diebstahls einen Strafantrag erfordert und diesen nur der Gewahrsamsinhaber – nicht dagegen der Eigentümer – stellt, sind Ausführungen dazu in der Klausur allein in diesem Fall zu machen.

Taugliches Tatobjekt des § 242 StGB ist also nur eine solche fremde bewegliche Sache, die in fremdem Gewahrsam steht; gewahrsamslose Sachen können nicht gestohlen werden.

»**Gewahrsam**« ist die von einem Herrschaftswillen getragene tatsächliche Sachherrschaft<sup>44</sup>. Ob ein tatsächliches Herrschaftsverhältnis besteht – und der Betroffene einen Beherrschungswillen hatte – ist nach der sozialen Anschauung (»natürliche Auffassung des täglichen Lebens«)<sup>45</sup> zu bestimmen.

Die soziale Anschauung ordnet die tatsächliche Sachherrschaft bestimmten **Gewahrsamssphären** zu. So stehen die Gegenstände, die jemand in der Hand, in seiner

14

15

<sup>41</sup> Sch/Sch-Bosch, § 242 Rn. 22; M/S/M/H/M-Hoyer., 33/11, 25 ff. Abw. Kargl, JuS 1996, 971 (975 f.). Näher zur Wegnahme in der Fallbearbeitung Kudlich, JA 2017, 428 ff.

<sup>42</sup> BGH St 10, 400 (401); SK-Hoyer, § 242 Rn. 1; Klesczewski, BT 2, S. 28; Rengier I, 2/1; LK<sup>12</sup>-Vogel, vor § 242 Rn. 59 ff.; a.A. Sch/Sch-Bosch, § 242 Rn. 1/2; NK-Kindhäuser, vor § 242 Rn. 1,3; Mitsch, BT 2, S. 4; Rönnau, JuS 2009, 1088.

<sup>43</sup> LK<sup>12</sup>-Vogel, § 247 Rn. 6; einschr. BGH St 10, 400; L/Kühl-Kühl, § 247 Rn. 2; a.A. Sch/Sch-Bosch, § 247 Rn. 10 f.; NK-Kindhäuser, § 247 Rn. 11.

<sup>44</sup> Sch/Sch-Bosch, § 242 Rn. 23; HdS 5-Kudlich, § 29 Rn. 33; Mitsch, BT 2 S. 12; auf einen »Herrschwillen« verzichtet SK-Hoyer, § 242 Rn. 21.

<sup>45</sup> BGH St 16, 271 (273); 22, 180 (182); Sch/Sch-Bosch, § 242 Rn. 23, 25, 29, 30; M/S/M/H/M-Hoyer, 33/12 f., 16, 20; L/Kühl-Kühl, § 242 Rn. 9; LK<sup>12</sup>-Vogel, § 242 Rn. 54. Krit. Timmermann, Diebstahl und Betrug im Selbstbedienungsladen, 2014, S. 39 ff., nach der Gewahrsam hat, wer bestimmt, wo sich die Sache befindet S. 50 ff., 160.

Kleidung oder in Taschen, Beuteln usw. bei sich trägt, in seinem Gewahrsam (»Körpersphäre«). Sachen in einer Wohnung, einem Dienst- oder Geschäftsräum oder einem Fahrzeug (Pkw, Lkw, Wohnwagen, Boot usw.) werden grundsätzlich der Sachherrschaft des Inhabers der Räumlichkeit zugeordnet (*Rn. 20 ff.*).

- 16 Da somit das tatsächliche Herrschaftsverhältnis maßgeblich ist, kann »Gewahrsam« nicht mit dem Besitz i.S. des Zivilrechts gleichgesetzt werden:

Deshalb kann z.B. der Besitzdiener, der nach § 855 BGB kein Besitzer ist, i.S. des Strafrechts (Mit-)Gewahrsam haben (vgl. *Fall 7, Rn. 27 ff.*)<sup>46</sup>. Der mittelbare Besitzer (§ 868 BGB) ist dagegen nicht schon wegen seines mittelbaren Besitzes (Mit-)Gewahrsamsinhaber<sup>47</sup>.

- 17 Die Erben waren gemäß § 857 BGB Besitzer der Brieftasche, als E sie an sich nahm. Der Erbenbesitz reicht, wenn er – wie hier – nicht mit einer tatsächlichen Sachherrschaft verbunden ist, für die Annahme fremden Gewahrsams nicht aus<sup>48</sup>.

Die Sache war also mangels Herrschaftswillens des verstorbenen M **gewahrsamslos**, sodass ein Bruch fremden Gewahrsams entfällt. E hat die Brieftasche folglich nicht »weggenommen«; er ist daher nicht aus § 242 StGB schuldig.

### b) § 246 I StGB?

– Zur Problematik der sog. »Fundunterschlagung« vgl. *Fall 45 (Rn. 244 ff.)*. –

#### **Fall 4: – Schlaufende und Bewusstlose als Gewahrsamsinhaber –**

- 18 Abwandlung von *Fall 3*: M war – was E auch bemerkte – bewusstlos, als E die Brieftasche an sich nahm; M starb später, ohne das Bewusstsein wiedererlangt zu haben.

Strafbarkeit des E aus § 242 StGB?

Bis zum Eintritt seiner Bewusstlosigkeit hatte M Gewahrsam an der Brieftasche; diesen könnte er infolge der Bewusstlosigkeit verloren haben.

Nach der Auffassung des täglichen Lebens verliert der Gewahrsamsinhaber nicht schon dadurch die **tatsächliche Sachherrschaft**, dass er einschläft oder bewusstlos wird. Auch der für den Gewahrsam erforderliche **Herrschchaftswille** wird durch Schlaf oder Bewusstlosigkeit nicht ausgeschlossen, da der Gewahrsamsinhaber »nicht ständig auf der Lauer zu liegen« braucht<sup>49</sup>. Demnach geht ein bestehender Gewahrsam grundsätzlich nicht durch Schlaf oder Bewusstlosigkeit verloren<sup>50</sup>.

- 19 Dies soll nach einer Entscheidung des *BayObLG* jedoch nicht gelten, wenn die Bewusstlosigkeit ohne Unterbrechung in den Tod übergeht, da in einem solchen Fall rückschauend die Behinderung in der Gewahrsamsausübung nicht nur vorübergehend gewesen sei<sup>51</sup>.

<sup>46</sup> RG St 56, 115 (116 f.); Sch/Sch-Bosch, § 242 Rn. 31; Kindhäuser/Böse, 2/57; Fischer, § 242 Rn. 11; MK-Schmitz, § 242 Rn. 49.

<sup>47</sup> RG St 56, 115 (116 f.); Fischer, § 242 Rn. 11; MR-Schmidt, § 242 Rn. 13.

<sup>48</sup> RG St 58, 228 (229). Krit. zur derzeitigen strafrechtlichen Einordnung der Entwendung von Gegenständen von Verstorbenen *Glandien*, JR 2019, 60 ff., der die Fiktion eines Erbengewahrsams parallel zu § 857 BGB für sachgerecht hält aaO, 60, 65.

<sup>49</sup> Sch/Sch-Bosch, § 242 Rn. 30.

<sup>50</sup> BGH St 4, 211; 20, 32 (33 a.E.); W/H/S-Hillenkamp, Rn. 87; M/S/M/H/M-Hoyer, 33/18; NK-Kindhäuser, § 242 Rn. 36; Hds 5-Kudlich, § 29 Rn. 32; MK-Schmitz, § 242 Rn. 54.

<sup>51</sup> BayObLG, JR 1961, 188.

Die *h.L.*<sup>52</sup> und der *BGH*<sup>53</sup> widersprechen dem zu Recht. Gegen die Ansicht des *Bay-ObLG* spricht schon, dass für die Beurteilung einer Tat als Diebstahl der *Zeitpunkt der Vollendung* maßgeblich sein muss. Nach dem Urteil des *BayObLG* würde ein vom Täterverhalten völlig unabhängiges *späteres* Geschehen (Tod des Bewusstlosen) eine zunächst (im Tatzeitpunkt) als Diebstahl zu wertende Tat *rückwirkend* zur Unterschlagung machen. Diese Ungewissheit der endgültigen strafrechtlichen Beurteilung des Täters (§§ 242 oder 246 StGB?) trotz Vorliegens der tatbestandsmäßigen Handlung ist aber systemwidrig.

*Ergebnis:* Als E die Brieftasche an sich nahm, stand sie noch im Gewahrsam des M; E hat sie diesem also *weggenommen*. Er ist daher nach § 242 StGB strafbar.

### Fall 5: – »Generell beherrschter Raum«; »genereller Gewahrsamswill« –

Die Hausgehilfin Erna (E), die im Haus ihrer Arbeitgeber, der Eheleute Reich, wohnte, hatte im Schlafzimmer der Eheleute ein Schmuckstück an sich genommen und in ihrem Zimmer unter der Wäsche versteckt. Sie wollte es später ihrem Freund geben, der es »zu Geld machen sollte«. E kamen jedoch Bedenken und sie legte das Schmuckstück zurück.

Strafbarkeit der E?

Problem: Liegt nur ein *versuchter* Diebstahl vor, der wegen Rücktritts gemäß § 24 I StGB straflos wäre, oder war der Diebstahl schon *vollendet*?

Als Grundsatz gilt, dass Wohnungsinhaber an allen in der Wohnung befindlichen Gegenständen Gewahrsam haben<sup>54</sup>, denn nach der Verkehrsauffassung besteht an allen Sachen, die sich in einem »**generell beherrschten Raum**« (**räumlicher Machtbereich**) befinden, in aller Regel die tatsächliche Herrschaft des Rauminhabers<sup>55</sup>. Dieser muss nicht wissen, dass der Gegenstand in seine Wohnung gelangt ist oder wo sich die Sache befindet; innerhalb einer Wohnung (bzw. eines Hauses) verlegte Sachen unterfallen deshalb grundsätzlich der Sachherrschaft des Wohnungs- (bzw. Haus-)inhabers<sup>56</sup>.

Der Ladeninhaber hat ebenfalls an allen in seinem Ladengeschäft befindlichen Waren zumindest (Mit-)Gewahrsam, wobei es unerheblich ist, ob er den Warenbestand im Einzelnen kennt<sup>57</sup>.

Innerhalb des eigenen »räumlichen Machtbereichs« ist nach der Verkehrsauffassung 21 zudem ein »genereller Gewahrsamswill« anzunehmen:

Der generelle Gewahrsamswill erstreckt sich z.B. auf alle in den eigenen Briefkästen geworfenen Postsendungen<sup>58</sup>; auf die innerhalb des eigenen räumlichen Machtbereichs verlegten, verlorenen<sup>59</sup> oder von einem Dritten versteckten Sachen<sup>60</sup>; auf

<sup>52</sup> Statt vieler Sch/Sch-Bosch, § 242 Rn. 30; A/W/H/H-Heinrich 13/52; NK-Kindhäuser, § 242 Rn. 36.

<sup>53</sup> *BGH*, JR 1986, 294 m. Anm. *Lampe*; siehe auch *BGH*, NStZ 2010, 33.

<sup>54</sup> *BGH* St 10, 400; 16, 271 (273); LK<sup>12</sup>-*Vogel*, § 242 Rn. 65.

<sup>55</sup> Vgl. Sch/Sch-Bosch, § 242 Rn. 26.

<sup>56</sup> M/S/M/H/M-Hoyer, 33/21; LK<sup>12</sup>-*Vogel*, § 242 Rn. 65.

<sup>57</sup> *BGH*, NStZ-RR 2015, 142 (LS), Entscheidungsgründe bei BeckRS 2015, 05557 (Rn. 8).

<sup>58</sup> Sch/Sch-Bosch, § 242 Rn. 30; *Rengier* I, 2/29; MR-Schmidt, § 242 Rn. 14.

<sup>59</sup> HdS 5-Kudlich, § 29 Rn. 34; L/Kühl-Kühl, § 242 Rn. 11; MK-Schmitz, § 242 Rn. 76.

<sup>60</sup> *Rönnau*, JuS 2009, 1088 (1089).

den verliehenen Pkw, der vereinbarungsgemäß wieder vor der Wohnung des Eigentümers abgestellt worden ist, sei es auch in dessen Abwesenheit<sup>61</sup>.

- 22 Grundsätzlich stehen also die in einem **generell beherrschten Raum** befindlichen Sachen im Gewahrsam des Rauminhabers.

So verliert z.B. ein Juwelier den Gewahrsam an einem Ring nicht dadurch, dass mit seinem Einverständnis ein Kunde sich den Ring zur Ansicht an den Finger steckt; ebenso wenig geht der Gewahrsam eines Kaufmanns an Textilien unter, die Kunden in seinem Laden anprobieren<sup>62</sup>.

Der Begriff des »generell beherrschten Raums« ist nicht zu eng zu verstehen; daher stehen z.B. Waren, die für einen Ladeninhaber **vor** seinem noch geschlossenen Geschäft abgestellt werden, grundsätzlich im Gewahrsam des Ladeninhabers<sup>63</sup>. Der Gewahrsam des Wohnungsinhabers an den in der Wohnung befindlichen Sachen bleibt selbst dann erhalten, wenn er länger abwesend ist (Reise), und zwar regelmäßig auch gegenüber den die Wohnung bewachenden Hausangestellten<sup>64</sup>.

- 23 Ausnahmsweise kann innerhalb »generell beherrschter Räume« der Gewahrsam des Rauminhabers an den in seinem Machtbereich befindlichen Sachen verloren gehen: Das ist z.B. der Fall, wenn in Warenhäusern ein Dieb – kleinere – Sachen in seiner Kleidung oder in mitgebrachten Taschen verschwinden lässt<sup>65</sup> (*Fall 13, Rn. 51 ff.*), oder wenn – wie hier – der Täter die Sache innerhalb des räumlichen Machtbereichs eines anderen *versteckt*, um sie später fortzuschaffen, es sei denn, dass der Täter zu dem Versteck nicht ohne weiteres freien Zugang hat (z.B. die fraglichen Räume nicht betreten darf)<sup>66</sup>.

Das bloße Zurechtlegen der Diebesbeute für ihren Abtransport stellt dagegen grundsätzlich noch keine vollendete Wegnahme dar<sup>67</sup>. Ob darin ein unmittelbares Ansetzen zum Diebstahlsversuch liegt, hängt von den konkreten Umständen ab<sup>68</sup>. Hat der Täter die Sache (in *casu* Metallschrott) bereits in seinen Transporter auf dem Betriebsgelände verladen, so setzt er dadurch unmittelbar zum Diebstahl an<sup>69</sup>.

Danach hatte die E, als sie das Schmuckstück versteckte, den Gewahrsam der Eheleute Reich nicht etwa nur gelockert, sondern gebrochen und neuen (hier: eigenen) Gewahrsam begründet; das Merkmal **Wegnahme** ist also gegeben. Auch der subjektive Tatbestand des § 242 StGB ist erfüllt; zudem hat E rechtswidrig und schuldhaft gehandelt.

E ist also aus § 242 StGB schuldig. Ihre Tat wird gemäß § 247 StGB (»häusliche Gemeinschaft«) nur auf *Antrag verfolgt*.

---

<sup>61</sup> *BGH*, GA 1962, 78; *NK-Kindhäuser*, § 242 Rn. 37.

<sup>62</sup> *NK-Kindhäuser*, § 242 Rn. 38; *LK<sup>12</sup>-Vogel*, § 242 Rn. 65.

<sup>63</sup> *BGH*, JZ 1968, 307 m. Anm. *R. Schmitt*; *NK-Kindhäuser*, § 242 Rn. 37.

<sup>64</sup> *BGH* St 10, 400; 16, 271 (273); *W/H/S-Hillenkamp*, Rn. 91 f.

<sup>65</sup> Bei umfangreicherer Beute gilt dies nicht, *BGH*, NStZ-RR 2013, 276 f.

<sup>66</sup> *RG* St 53, 175 f.; *KG*, JR 1966, 308; *Sch/Sch-Bosch*, § 242 Rn. 24, 26, 39; *NK-Kindhäuser*, § 242 Rn. 40.

<sup>67</sup> *Sch/Sch-Bosch*, § 242 Rn. 39.

<sup>68</sup> *OLG Hamm*, BeckRS 2009, 24585 (II. 1). Muss der Täter erst an den Tatort zurückkehren und noch Hindernisse, z.B. einen Zaun, überwinden, so scheidet ein unmittelbares Ansetzen aus; *Walter*, NStZ 2008, 156 f., gegen *LG Potsdam*, NStZ 2007, 336 ff.

<sup>69</sup> *BGH*, BeckRS 2014, 19718 (Rn. 3).