

## Vorlesung Strafrecht - Besonderer Teil - Arbeitsblatt Nr. 17

# Diebstahl, § 242 StGB

- I. Rechtsgut:** Eigentum (nach anderer Ansicht wird darüber hinaus auch der Gewahrsam geschützt).
- II. Der objektive Tatbestand:**
1. **Sache:** Jeder körperliche Gegenstand i.S.d. § 90 BGB, unabhängig von seinem Wert oder jeweiligen Aggregatzustand (flüssig, gasförmig, fest). „Energie“ und Elektrizität (arg. § 248c StGB) sind keine Sachen. Nach h. M. hat auch der Leichnam Sachqualität.
  2. **Beweglich:** Sache, die – unabhängig von der zivilrechtlichen Beurteilung – von ihrem bisherigen Ort tatsächlich fortgeschafft werden kann. Dabei ist es ausreichend, wenn die Sache zum Zwecke des Fortschaffens beweglich gemacht werden kann.
  3. **Fremd:** Fremd ist eine Sache, die nicht im Alleineigentum des Täters steht und die auch nicht herrenlos ist. Dies richtet sich ausschließlich nach den zivilrechtlichen Regelungen.
  4. **Wegnahme:** Bruch fremden und die Begründung neuen, nicht notwendigerweise eigenen Gewahrsams. Mit der Vollendung der Wegnahme ist auch der Diebstahl vollendet.
    - a) **Gewahrsam:** Die von einem Herrschaftswillen getragene tatsächliche Sachherrschaft über einen Gegenstand.
    - b) **Tatsächliche Sachherrschaft:** (Faktische) Möglichkeit des jederzeitigen Zugriffs auf eine Sache. Dieser ist in erster Linie rein faktisch zu betrachten. Gelingt dies nicht, so ist als Korrektiv eine sozial-normative Zuordnung vorzunehmen (z.B.: Wohnungseinrichtung bei Urlaubsabwesenheit, abgestelltes Auto, Pflug auf dem Feld). Hintergrund: „gewahrsamslose“ Gegenstände, soll es so wenig wie möglich geben. Auch neigt der BGH dazu, „Gewahrsamslockerungen“ (z.B. Verbergen von Gegenständen in Verpackungen vor Passieren der Kasse), die noch nicht zum Verlust des Gewahrsams führen, in großem Umfang anzuerkennen.
    - c) **Gewahrsamswille:** hier sind keine großen Anforderungen zu stellen; es genügt auch ein genereller Gewahrsamswille insbesondere bei Gewahrsam in räumlich abgegrenzten Herrschaftsbereichen (z.B.: Wohnung).
    - d) **Bruch fremden Gewahrsams:** Aufhebung des Gewahrsams gegen den Willen des bisherigen Gewahrsamsinhabers. Kein Bruch fremden Gewahrsams liegt vor, wenn der Gewahrsamsinhaber mit dem Gewahrsamswechsel einverstanden ist (sog. tatbestandsausschließendes Einverständnis). Die bloße Beobachtung der Tat durch z.B. einen Ladendetektiv beinhaltet kein Einverständnis.
    - e) **Begründung neuen Gewahrsams:** Erlangung der tatsächlichen Herrschaft über eine Sache in der Weise, dass ihrer Ausübung keine wesentlichen Hindernisse mehr entgegenstehen.
    - f) **Sonderformen:** Mitgewahrsam mehrerer Personen ist möglich (z.B. bei Eheleuten). Anerkannt ist darüber hinaus auch ein abgestufter Gewahrsam insbesondere in Arbeitsverhältnissen: sog. "übergeordneter Gewahrsam" des Geschäftsherrn. Hier kann Gewahrsam nur von unten nach oben, nicht aber anderes herum gebrochen werden.
    - g) **Sonderproblem: Diebstahl im Supermarkt:** Auf der Grundlage der Apprehensionstheorie genügt der h.M. zum Gewahrsamswechsel bei kleineren Gegenständen bereits ein Einstechen der Sache d.h. die Verbringung der Sache in die Gewahrsamsenklave der eigenen Körpersphäre.
    - h) **Sonderproblem: Diebesfälle:** Nach h.M. führt das bestehende Einverständnis in den Gewahrsamswechsel zur Verneinung des vollendeten § 242 StGB. In Betracht kommt aber ein (untauglicher) Diebstahlversuch. Hat sich der Täter eine Sache etwa durch Täuschung verschafft, so ist genau zu untersuchen, ob das Opfer seinen Gewahrsam wirklich übertragen möchte und überträgt. Daran soll es fehlen, wenn der Gewahrsamsinhaber lediglich eine Wegnahmesicherung aufgibt, weil er sich zumindest noch Mitgewahrsam vorbehält (Bsp.: Gebrauchtwagenverkäufer wird während der Probefahrt dazu gebracht außerhalb des Fahrzeugs den Kaufvertrag zu unterschreiben; kurzes „Ausborgen“ des Smartphones für ein Telefonat)
    - i) **Sonderproblem: Container:** es fragt sich, ob aussortierte, aber noch verzehrbar Lebensmittel, die aus Abfalltonnen von Supermärkten entwendet werden, noch im Eigentum der Supermarktinhaber stehen oder dieser jene bereits durch die Aussortierung dereliquiert hat.
- III. Der subjektive Tatbestand:**
1. **Vorsatz hinsichtlich sämtlicher objektiver Tatbestandsmerkmale:** Der Täter muss also wissen, dass er eine fremde bewegliche Sache wegnimmt. Glaubt der Täter an ein Einverständnis des Gewahrsamsinhabers, liegt ein vorsatzausschließender Tatbestandsirrtum vor (§ 16 StGB).
  2. **Absicht, sich oder einem anderen die Sache rechtswidrig zuzueignen:**
    - a) **Absicht der Zueignung:**
      - Absicht hinsichtlich der wenigstens vorübergehenden Aneignung für sich oder einen Dritten.
      - Wenigstens bedingter Vorsatz hinsichtlich der dauernden Enteignung des Eigentümers (die bloße Gebrauchsmaßnung ist straflos; Ausnahme: § 248b StGB).
    - b) **Rechtswidrigkeit der Zueignung**
      - Die beabsichtigte Zueignung muss objektiv im Widerspruch zur Rechtsordnung stehen.
      - Der Täter muss hiervom Kenntnis haben (bedingter Vorsatz genügt).
      - Sonderproblem: Irrtum über die Rechtswidrigkeit der Zueignung: nach h.M. handelt es sich um einen Tatbestandsirrtum; a.M.: Erlaubnistatbestandsirrtum oder Verbotsirrtum.

- Literatur / Lehrbücher:** Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf-Heinrich, § 13; Eisele, BT 2, § 2; Krey/Hellmann/Heinrich, BT 2, § 1 I; Rengier, BT I, § 2; Wessels/Hillenkamp/Schuhr, BT 2, § 3.
- Literatur / Aufsätze:** Ceffinato, Vollendung des Diebstahls in fremden Gewahrsamsphären, JURA 2019, 1234; Fahl, Diebstahl in mittelbarer Täterschaft, JA 1995, 845; ders., „Kassenschmuggel“ an Selbstbedienungskassen, NStZ 2014, 244; Heubel, Grundprobleme des Diebstahlstatbestandes, JuS 1984, 445; Jahn, Wegnahme von Leichenteilen („Bamberger Zahngoldfall“), JuS 2008, 457; ders., Zueignungsabsicht beim Diebstahl, JuS 2010, 362; Kudlich, § 242 StGB und das Erbrecht, JA 2010, 777; ders., Die Wegnahme in der Fallbearbeitung, JA 2017, 428; Kudlich/Noltensmeyer; Die Fremdheit der Sache, JA 2007, 863; Laubenthal, Einheitlicher Wegnahmebegriff im Strafrecht?, JA 1990, 38; Otto, Strafrechtliche Aspekte des Eigentumsschutzes, JURA 1989, 137; ders., Der Wegnahmebegriff in §§ 242, 289, 168, 274 Abs. 1 Nr. 3 StGB, § 17 Abs. 2 Nr. 1c UWG, JURA 1992, 666; ders., Die neue Rechtsprechung zu den Eigentumsdelikten, JURA 1997, 464; ders., Die Erweiterung der Zueignungsmöglichkeiten in den §§ 242, 246 StGB durch das 6. StRG, JURA 1998, 550; Ranft, Grundfälle aus dem Bereich der Vermögensdelikte, JA 1984, 1, 277; Rennicke, Zur strafrechtlichen Behandlung des Containers de lege lata und de lege ferenda, ZIS 2020, 343; Schneider, Examensklausur zu Eigentumsdelikten, JURA 2021, 201; Samson, Grundprobleme des Diebstahls (§ 242 StGB), JA 1980, 285; Schmitz/Goeckenjan/Ischebeck, Das (zivilrechtliche) Mysterium des Flaschenpfandes – strafrechtlich betrachtet, JURA 2006, 821; Schramm, Grundfälle zum Diebstahl, JuS 2008, 678, 773; Seelmann, Grundfälle zu den Eigentumsdelikten, JuS 1985, 199 (201), 288, 454; Staffers, Die entgleitende Rückveräußerung einer gestohlenen Sache an deren Eigentümer durch einen Dritten, JURA 1995, 113; Strauß, Die Abgrenzung von Betrug und Diebstahl, JuS 2024, 308; Ulsenheimer, Der Zueignungsbegriff im Strafrecht, JU-RA 1979, 169; Zopfs, Der Tatbestand des Diebstahls, ZJS 2009, 506, 649.
- Literatur/Fälle:** Britz/Brück, Neid und Leid eines Hasenzüchters, JuS 1996, 229; Britz/Jung, Hasenzüchter, JuS 2000, 1194; Buttel/Rotsch, Der eifersüchtige Jurastudent, JuS 1996, 713; Fahl, Schlau hilft, JuS 2001, 47; ders., „Taschenbuch-Fall“, JA 2002, 649; Gasa/Marlie, Grenzen der Geschäftstüchtigkeit bei zivilistischem Denken im Strafrecht, ZJS 2009, 71; B. Heinrich, Einkaufsfreuden, JURA 1997, 366; Hinderer, Übungsklausur – Strafrecht: Die Bebesfalle, JuS 2009, 625; Kudlich, Gewahrsam am Geld im Bankomatentheft, JA 2021, S. 519; Kudlich, Original-Examensklausur: „Ein Bastler in Not“, JA 2023, 744; Kudlich/Roy, Ein findiger Erbe, JA 2001, 771; Lenk, Girocard, Sparbuch, Bankautomat – Fallkonstellationen in der strafrechtlichen Klausur, JuS 2020, 407; Marquardt/von Danwitz, Geordnete Rückzug, JuS 1998, 814; Michel, Der mißglückte Diebstahl, JuS 1992, 513; Proppe, Die unbezahlte CD, JA 1996, 321; Schumann/Zivanic, Breit gebaut, braun gebrannt, Schlüssel unter der Hantelbank, JA 2018, 504; I. Sternberg-Lieben, Der gefälschte Caspar David Friedrich, JURA 1996, 544; Walter, Jupitersinfonie und Schlagerparade, JURA 2002, 415.
- Rechtsprechung:** BGHSt 6, 377 – Dimentohn (Beurteilung der Fremdheit nach zivilrechtlichen Regelungen); BGHSt 16, 190 – Spritztour (Rückführungswille und Enteignungsvorsatz); BGHSt 16, 271 – Selbstbedienungsladen I (Zeitpunkt des Gewahrsamsbruchs); BGHSt 17, 87 – Moos-raus (Rechtswidrigkeit der Zueignung); BGHSt 19, 387 – Dienstmütze (Zueignungsabsicht); BGHSt 22, 45 – Spritztour (Abgrenzung § 242 – § 248b StGB); BGHSt 35, 152 – Eurocheque (Abheben von Geld mittels entwendeter EC-Karte); BGHSt 41, 198 – Einkaufswagen (Gewahrsamsbruch in Selbstbedienungsläden); BGHSt 63, 215 – Pfandflaschen (Zueignungsabsicht bei der Entwendung von Pfandlegerut); BGH NStZ 2016, 727 – Abgrenzung Trickdiebstahl und Betrug; BGH NStZ 2019, 613 – Vollendete Wegnahme (von handlichen Gegenständen); BGH NStZ 2021, 425 – Geldautomat (Gewahrsamsbruch nach PIN-Eingabe); BGH NStZ 2024, 359 – (Beendigungszeitpunkt beim Diebstahl); OLG Düsseldorf NJW 1988, 922 – Selbstbedienungsladen II (Verstecken von Zubehör); BayObLG NJW 1997, 3326 – Selbstbedienungsladen III (Vollendung bei Verkaufsflächen im Freien); OLG Düsseldorf NJW 2000, 158 – Geldwechselautomat (Abgrenzung § 242 – §§ 263a, 265a StGB); OLG Hamm NStZ 2014, 275 – Selbstbedienungskasse (missbräuchliche Benutzung des Strichcodes einer anderen Ware: zur Abgrenzung von Diebstahl und Computerbetrug); OLG Hamm NStZ 2024, 364 – Wash-Wash (Abgrenzung Trickdiebstahl/Betrug bei „Wash-Wash-Verfahren“)