

Strafrecht für Polizeibeamte

Band 2: Delikte gegen das Vermögen und gegen Gemeinschaftswerte

von

Dr. Holger Nitz

Leitender Regierungsdirektor



VERLAG DEUTSCHE POLIZEILITERATUR GMBH
Buchvertrieb

Vorwort

Der vorliegende Band 2 „Strafrecht für Polizeibeamte“ verfolgt ebenso wie Band 1 (Grundlagen und Delikte gegen Personen) das Ziel, den Bedürfnissen der Polizeistudenten/-schüler nach Systematik, Klarheit und Begrenztheit des Stoffes gerecht zu werden, ohne praxisrelevante Bereiche zu ignorieren. Der Lernende soll in die Lage versetzt werden, strafrechtlich relevante Sachverhalte zu erkennen und folgerichtig zu beurteilen. Damit wird die notwendige Basis für das polizeiliche Einschreiten gelegt.

Die vielen positiven Rückmeldungen zu Band 1 und zu den Voraufgaben dieses Buches bestätigen, dass meine Systematik das Lernen ideal unterstützt: Den Erläuterungen der Straftatbestände sind schematische Darstellungen nebst Definitionen vorangestellt. Dies gewährleistet einen schnellen Überblick für die polizeiliche Praxis und die Prüfungsvorbereitung. Ausgangspunkt der Darstellung ist der Standpunkt der Rechtsprechung. Wesentliche rechtswissenschaftliche Streitstände werden dargestellt, im Übrigen wird auf abweichende Meinungen verwiesen. Die zahlreichen Vertiefungshinweise erleichtern das Selbststudium. Sie dienen auch der wissenschaftlichen Durchdringung des Stoffes und sind Hilfen für Seminar-/Projekt- und Thesearbeiten. Die Hinweise zu Übungsfällen und die Kontrollfragen ermöglichen eine stringente Lernkontrolle.

Der Übungsfall im dritten Teil zeigt den methodisch korrekten Transfer des Lernstoffes in ein juristisches Gutachten.

Lob, Kritik und Anregungen werden auch weiterhin gerne entgegengenommen!

holger.nimtz@hspv.nrw.de

Köln, im Mai 2021

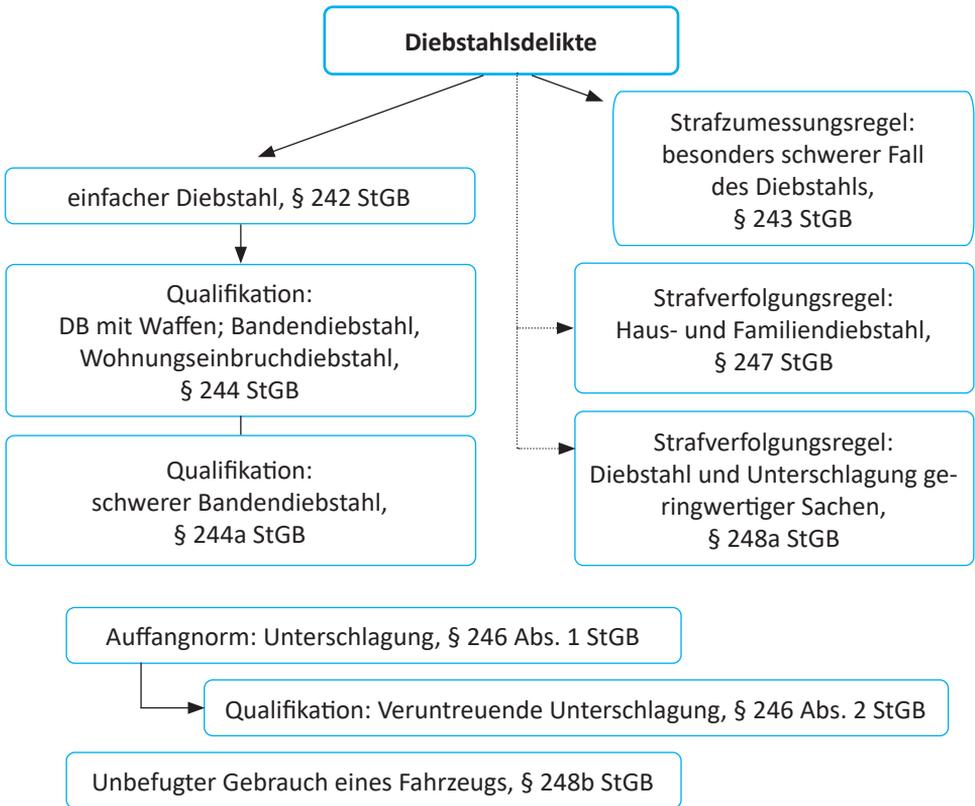
Holger Nimtz

1. Teil

Delikte gegen das Vermögen

1 Diebstahlsdelikte

- 1 • **Aufsatz-Literatur:** Rönnau JuS 2016, 114-117 (Grundwissen Strafrecht: Vermögensdelikte im weiteren und engeren Sinne); Kretschmer JA 2015, 105-108 (Das Tatbestandsmerkmal Sache im Strafrecht); Rönnau JuS 2009, 1088 (Grundwissen Strafrecht: Gewahrsam); Schramm JuS 2008, 678 und 773 (Grundfälle zum Diebstahl); Fehling/Faust/Rönnau JuS 2006, 18 (Durchblick: Grund und Grenzen des Eigentums- und Vermögensschutzes); Börner JURA 2005, 389 (Zum Stand der Zueignungsdogmatik in den §§ 242, 246 StGB); Graul JuS 2000, 215 (Zum Tier als Sache im Sinne des StGB).
- **Übungsfälle:** JURA 2016, 311-319 (§§ 242, 243, 244 StGB. Rücktritt vom Versuch); Krack/Gasa JuS 2008, 1005 (Referendarexamensklausur: Vermögensdelikte).



2 Überblick

§ 242 StGB bildet das Grunddelikt der Diebstahlsdelikte. Geschützt ist die Eigentümerposition ohne Rücksicht auf den wirtschaftlichen Wert der Sache. Als bloße Strafzumessungsregel bestimmt § 243 StGB schwerere Strafe. Vorsatz-Qualifikationen sind § 244 StGB (Diebstahl mit Waffen, Bandendiebstahl, Wohnungseinbruchdiebstahl) und § 244a StGB (Schwerer Bandendiebstahl). Der Vorsatz des Täters muss sich dabei auf alle Tatbestandsmerkmale des Grunddeliktes und der Qualifikation beziehen.

§ 246 StGB (Unterschlagung) ist Auffangtatbestand für rechtswidrige Zueignungen ohne Gewahrsamsbruch.

Der Eigentumsschutz ist lückenhaft; insbesondere hinsichtlich der Fälle, bei denen der Täter die weggenommene Sache nur gebrauchen will. § 248b StGB (Unbefugter Gebrauch eines Fahrzeuges) schließt diese Lücke nur partiell als Auffangtatbestand bei Gewahrsamsbruch ohne Zueignungsabsicht.

Strafverfolgung

3

Diebstahlsdelikte sind grundsätzlich Officialdelikte. Deren Verfolgung ist im öffentlichen Interesse, sie werden von Amts wegen verfolgt (ex officio = von Amts wegen). Ausnahmen vom Officialprinzip sind in § 247 StGB und § 248a StGB normiert:

• § 247 StGB – Haus und Familiendiebstahl

Ist durch einen Diebstahl oder einer Unterschlagung ein Angehöriger, der Vormund oder der Betreuer verletzt oder lebt der Verletzte mit dem Täter in häuslicher Gemeinschaft, so wird die Tat nur auf Antrag verfolgt. Es gelten für die Antragstellung die § 77 ff. StGB. Angehörige sind gemäß § 11 Abs. 1 Nr. 1 StGB Verwandte und Verschwägerter gerader Linie, der Ehegatte, der Lebenspartner, der Verlobte, auch im Sinne des Lebenspartnerschaftsgesetzes, Geschwister, Ehegatten oder Lebenspartner der Geschwister, Geschwister der Lebenspartner, und zwar auch dann, wenn die Ehe oder die Lebenspartnerschaft nicht mehr besteht oder wenn die Verwandtschaft oder Schwägerschaft erloschen ist, ferner Pflegeeltern und Pflegekinder.

• § 248a StGB – Diebstahl und Unterschlagung geringwertiger Sache

Einfacher Diebstahl und Unterschlagung werden nur auf Antrag verfolgt, wenn es sich um eine geringwertige Sache handelt. Geringwertig ist nach h.M. eine Sache, wenn ihr objektiver Verkaufswert ca. 25 € nicht übersteigt.¹ Nicht geringwertig sind Sachen ohne erkennbaren Verkehrswert, bei denen der Wert für den Täter aber in den funktionellen Möglichkeiten liegt, so bei Führerscheinen oder Ausweisen.

Der Strafantrag ist entbehrlich, wenn die Staatsanwaltschaft wegen des besonderen öffentlichen Interesses an der Strafverfolgung ein Einschreiten für geboten hält. Es handelt sich also um ein relatives Antragsdelikt.²

Polizeiliche Kriminalstatistik

4

Die Diebstahlsdelikte dominieren wie in den Vorjahren die Polizeiliche Kriminalstatistik 2019, die Anzahl insgesamt ist mit rund 1,8 Millionen Diebstahlsdelikten aber rückläufig.³ Die Aufklärungsquote beim Wohnungseinbruch ist 2019 auf 17,4 % zurückgegangen (2017: 17,8 %; 2018: 18,1 %).⁴

Nach Angaben des Handelsforschungsinstituts EHI Retail Institute beträgt die Dunkelziffer bei Ladendiebstahl über 98 %.⁵

1 Fischer § 248a, Rn. 3 m.w.N.; a.A. OLG Zweibrücken NSTz 2000, 536; Henseler StV 2007, 323 = 50 €.

2 Vgl. Erläuterungen zu Antragsdelikten Band 1, Rn. 81.

3 BKA, PKS 2019, Jahrbuch Band 1, S. 12.

4 BKA, PKS 2019, Jahrbuch Band 1, S. 35.

5 www.ehi.org/de/pressemitteilungen/milliardenschaeden-durch-langfinger/ (28.07.2020).

1.1 Diebstahl, § 242 StGB

- 5
- **Aufsatz-Literatur:** Kudlich JA 2017, 428 (Die Wegnahme in der Fallbearbeitung); Schramm JuS 2008, 678 und 773 (Grundfälle zum Diebstahl); Rönnaus JuS 2007, 806 (Die Zueignungsabsicht §§ 242, 249 StGB); Streng JuS 2007, 422 („Die Katze im Sack“ – Überlegungen zur subjektiven Konkretisierung des Zueignungsobjektes); Schnabel NSTZ 2005, 18 (Telefon-, Geld-, Prepaid-Karte und Sparcard); Hellmann JuS 2001, 353 (Zur Strafbarkeit der Entwendung von Pfandleiegergut und der Rückgabe dieses Leerguts unter Verwendung eines Automaten).
 - **Leitentscheidungen:** BVerfGE 50, 205 (Bestrafung des Bagatelldiebstahls ist verfassungsgemäß); BGH 16, 190 (Wegnahme Pkw beinhaltet nicht zwingend Zueignungsabsicht auf die darin befindlichen Sachen); BGHSt 16, 271 (Beobachten des Täters beim Diebstahl); BGHSt 17, 88 (Moos-Raus-Fall: zum Tatbestandsirrtum hinsichtlich der Rechtswidrigkeit der Zueignung); BGHSt 19, 387 (Wegnahme einer Dienstmütze eines Kameraden zum Zwecke der Abgabe bei der Kleiderkammer); BGHSt 22, 45 (Abgrenzung zum § 248b StGB bei Wegnahme eines Pkw).
 - **Übungsfälle:** Blaue JuS 2018, 113 (§§ 242, 246 StGB); Dinter JuS 2018, 212 (§§ 242, 246 StGB); JA 2015, 24 (242, 25 II, 22,23); JURA 2009, 147; JuS 2009, 625 (Diebesfalle); JuS 2008, 810 (Absicht rechtswidriger Zueignung); JuS 2007, 132 (§§ 242, 251, 224 StGB); JuS 2007, 348 (§§ 242, 263, 258 StGB); JuS 2004, 1075 (§§ 242, 243, 244 StGB); JuS 2004, 982 (§§ 242, 249, 252 StGB); JuS 2004, 885 (§§ 242, 263; 267 ff StGB); JuS 2004, 312 (§§ 242, 263; 259; 223 StGB); JuS 2003, 263 (§§ 242, 253, 240 StGB); JuS 2003, 1097 (§§ 248b, 242, 263 StGB).

6

Diebstahl, § 242 StGB

I. Tatbestandsmäßigkeit

1. Objektiver Tatbestand

- a) fremde, bewegliche Sache
- b) Wegnahme

2. Subjektiver Tatbestand

- a) Vorsatz
 - b) Absicht rechtswidriger Zueignung
- ggf. 3. Qualifizierung nach §§ 244, 244a StGB

II. Rechtswidrigkeit

III. Schuld

IV. Besonderheiten

Strafzumessungsvorschrift § 243 StGB

V. Ergebnis

Fremd ist eine Sache, wenn sie nicht im Alleineigentum des Täters und nicht herrenlos ist.

Beweglich ist eine Sache, wenn sie fortbewegt werden kann.

Sache ist jeder körperliche Gegenstand.

Wegnahme ist der Bruch fremden und die Begründung neuen Gewahrsams.

Gewahrsam ist die von einem Herrschaftswillen getragene tatsächliche Sachherrschaft (BGHSt 8, 275).

Zueignung ist die Begründung des Eigenbesitzes unter Ausschluss des Berechtigten mit dem Willen, wie ein Eigentümer über die Sache zu verfügen (BGHSt 1, 264).

Rechtswidrig ist die Zueignung, wenn sie im Widerspruch zur rechtlichen Eigentumsordnung steht (LK-Ruß § 242, Rn. 68).

Überblick

7

Der Diebstahl nach § 242 StGB ist das Grunddelikt der Diebstahlsdelikte. Geschützt ist durch die Vorschrift das Eigentum als Teil des Vermögens im weiteren Sinne. Zur Vollendung reicht objektiv die Wegnahme, zu einer tatsächlichen Zueignung muss es nicht gekommen sein, dazu reicht die Absicht des Täters (sogenannte überschießende Innentendenz, „erfolgskupiertes Delikt“). Dadurch wird die Strafbarkeit vorverlagert. Es muss nicht dazu kommen, dass der Täter die Sache bereits seinem eigenen Vermögen einverleibt hat, es reicht die Wegnahme der Sache.

Tatobjekt: fremde, bewegliche Sache

8

Tatobjekt ist eine fremde bewegliche Sache. Fremd sind alle Gegenstände, die nicht im Alleineigentum des Täters sind und nicht herrenlos sind. Maßgeblich sind zivilrechtliche Eigentumsregeln. Unerheblich ist, ob die Sachen illegal erworben wurden.

Beispiele

Von Eheleuten gemeinsam erworbener Fernseher; vom Dealer erworbene Betäubungsmittel.

Herrenlos sind Sachen, an denen Eigentum entweder noch nie bestanden hat oder aufgegeben wurde (Dereliktion, § 959 BGB). Es gelten die Regeln der §§ 958–964 BGB.

Beispiele

Das angefahrene Wild (§ 960 Abs. 1 S. 1 BGB: Wilde Tiere sind herrenlos, solange sie sich in der Freiheit befinden. Sie werden aber fremd, wenn der Jagdausübungsberechtigte von seinem Aneignungsrecht Gebrauch macht, vgl. § 1 Abs. 1 BJagdG); dagegen sind gezähmte, entlaufene Tiere nicht herrenlos (aber: § 960 Abs. 3 BGB: Ein gezähmtes Tier wird herrenlos, wenn es die Gewohnheit ablegt, an den ihm bestimmten Ort zurückzukehren).

Tageszeitung, die auf der Parkbank zurückgelassen wird; Hausmüll (§ 959 BGB: Eine bewegliche Sache wird herrenlos, wenn der Eigentümer in der Absicht, auf das Eigentum zu verzichten, den Besitz der Sache aufgibt).

Verlorene oder verlegte Sachen verbleiben im Eigentum des Berechtigten.

Sachen im Sinne von § 242 StGB sind entsprechend dem Zivilrecht, § 90 BGB, alle körperlichen Gegenstände. Im Gegensatz dazu sind gemäß § 90a S. 1 BGB Tiere keine Sachen im Sinne des BGB. Sie werden aber rechtlich den Sachen gleichgestellt. Diese zivilrechtliche Festlegung ist nach h.M. auf das Strafrecht nicht übertragbar, da der Sachbegriff nach dem Zweck des Strafgesetzbuches auszulegen sei.⁶ Im Strafrecht gelten generell Tiere als Sachen. Ob man nun der zivilrechtlichen oder der strafrechtlichen Regel folgt, Tiere sind taugliche Tatobjekte bei § 242 StGB.

Datenträger sind Sachen, nicht dagegen die Daten selbst.

Beweglich ist die Sache, wenn sie zumindest – etwa zum Zwecke der Wegnahme – beweglich gemacht werden kann.

Tathandlung: Wegnahme

9

Wegnahme ist das konstituierende Tatbestandsmerkmal der Diebstahlsdelikte. Erforderlich ist der Bruch fremden und die Begründung neuen Gewahrsams. Der Begriff des Gewahrsams ist abzugrenzen vom Eigentum und vom Besitz.

⁶ Fischer § 242, Rn. 3 m.w.N.

- **Eigentum**

Eigentum als dingliches Recht bestimmt sich nach zivilrechtlichen Regeln. Damit gemeint ist die rechtliche Sachherrschaftsbeziehung. Gemäß § 929 S. 1 BGB ist zur Übertragung des Eigentums an beweglichen Sachen die Einigung zwischen den Personen und die Übergabe der Sache erforderlich. Der Eigentumserwerb kann auch ohne diese Einigung und Übergabe allein durch Gesetz erfolgen.

Beispiele

Maler fertigt ein Bild mit geliehener Farbe (Eigentumsübergang an der Farbe nach § 950 BGB); Erbschaft (§ 1922 BGB).

Durch Diebstahl ändert sich das Eigentumsverhältnis nicht, der Geschädigte bleibt weiterhin Eigentümer.

- **Besitz**

Besitz bestimmt sich ebenfalls nach zivilrechtlichen Regeln. Gemäß § 854 Abs. 1 BGB wird der Besitz durch die Erlangung der tatsächlichen Gewalt erworben. Im Gegensatz zum Eigentum handelt es sich also um die Beschreibung eines tatsächlichen Herrschaftsverhältnisses zu einer Sache. Eigentümer und Besitzstellung sind oftmals nicht identisch.

Beispiel

Bei einer Verkehrskontrolle wird A mit dem von B entliehenen Pkw angehalten. A ist unmittelbarer Besitzer des Fahrzeuges, Eigentümer ist B. In der Zulassungsbescheinigung ist als Halter der Vater von B eingetragen, was die Eigentümerstellung des B nicht berührt.

- **Gewahrsam**

Gewahrsam ist keine zivil-, sondern eine strafrechtliche Kategorie. Unter Gewahrsam ist – ähnlich dem zivilrechtlichen Besitz – das tatsächliche Herrschaftsverhältnis über eine Sache zu verstehen. Besitz ist jedoch gemäß § 857 BGB vererblich, Gewahrsam nicht. Damit hat der Erbe im Erbfall zwar per Gesetz Besitz, aber (noch) nicht zwingend Gewahrsam an den Sachen des Erblassers. Umgekehrt hat der Besitzdiener (§ 855 BGB) zwar keinen Besitz, aber sehr wohl Gewahrsam. Daher sind Besitz und Gewahrsam begrifflich sauber zu trennen. Der Gewahrsam bestimmt sich nach h.M. nach den konkreten Umständen des Einzelfalls und den Anschauungen des täglichen Lebens, mithin nach der Verkehrsauffassung.⁷ Ausreichender „gelockerter“ Gewahrsam ist gegeben, wenn der Gewahrsamsinhaber zwar keine direkte Einflussmöglichkeit auf die Sache hat, diese aber nach allgemeiner Anschauung der Person zugeordnet wird.

Beispiele

Gegenstände in der Wohnung, in der sich der Gewahrsamsinhaber z.Zt. nicht aufhält; Fahrzeug im Parkhaus des Flughafens, der Gewahrsamsinhaber befindet sich aber im Ausland.

Steht die Sache im Gewahrsam mehrerer Personen, liegt Mitgewahrsam vor.

Beispiele

Gegenstände im Haushalt der Eheleute (gleichrangiger Mitgewahrsam); Werkzeug in der Kfz-Werkstatt (Gewahrsam der Mitarbeiter: untergeordneter Mitgewahrsam; Gewahrsam des Inhabers: übergeordneter Mitgewahrsam).

⁷ BGHSt 16, 271; 22, 182.

Der Gewahrsam endet mit dem Tod. Nicht jedoch schon dann, wenn man nicht mehr in der Lage ist, gegen den Gewahrsamsverlust vorzugehen.

Beispiel

Der nach einem Verkehrsunfall schwer verletzte Lkw-Fahrer hat Gewahrsam am Transportgut.

Gewahrsam besteht auch nicht mehr an verlorenen Sachen. Ist der Aufbewahrungsort aber bekannt, wie etwa bei vergessenen Sachen, besteht noch gelockerter Gewahrsam.

Bruch fremden Gewahrsams als erster Teilakt der Wegnahmehandlung liegt vor, wenn der Täter die Verfügungsgewalt des alten Gewahrsamsinhabers aufgehoben hat. Begründung neuen Gewahrsams als zweiter Teilakt der Wegnahmehandlung liegt schließlich vor, wenn der Täter neuen – meist eigenen – Gewahrsam begründet hat. Beide Elemente der Wegnahmehandlung werden oft zeitgleich erfüllt, dies ist jedoch nicht zwingend, wie folgendes Beispiel zeigt. 10

Beispiel

A entnimmt eine Bohrmaschine aus dem Regal eines Baumarktes, geht damit auf das Außengelände des Marktes und schmeißt sie in einem unbeobachteten Moment über den Zaun (= Bruch fremden Gewahrsams). Er holt sie bei Eintritt der Dämmerung nach Geschäftsschluss dort ab (= Begründung neuen Gewahrsams).

Gewahrsam ist bei kleinen Gegenständen schon gebrochen und neu begründet, wenn sie eingesteckt werden. Denn die Kleidung bilde dann eine „Gewahrsamsenklave“ in einem generellen Gewahrsamsraum, wie er etwa ein Kaufhaus ist.⁸ Eine Beobachtung, ggf. auch mittelbar durch Videokamera, durch den Gewahrsamsinhaber oder seines Vertreters (etwa eines Kaufhausdetektivs) stehen der Wegnahme nicht entgegen. Dies folgt aber nicht aus der inhaltsleeren Formel, Diebstahl sei kein „heimliches Delikt“. Vielmehr eröffnet die Beobachtung lediglich die Möglichkeit, die Sache wiederzuerlangen. Zudem ist in der Beobachtung kein tatbestandliches Einverständnis zu sehen, zu der es einer ausdrücklichen oder konkludenten Erteilung bedürfte.

Eine tatsächliche Einwilligung in die Wegnahme schließt nach h.M. nicht erst die Rechtswidrigkeit, sondern bereits den Tatbestand aus. Man spricht dann vom tatbestandsaus-schließendem Einverständnis anstatt von rechtfertigender Einwilligung. 11

Beispiel

In einer Arztpraxis werden wiederholt Taschendiebstähle verübt. Um den Täter zu überführen legt KOK A einen mit Silbernitratlösung behandelten Geldschein in die Jackentasche an der Garderobe. Täter X entnimmt den Geldschein, dabei verfärbt sich partiell die Haut an den Händen. So wird X überführt.

Bei dieser sogenannten Diebesfalle liegt keine Wegnahme i.S.v. § 242 StGB vor, da der Schein mit Einverständnis von KOK A entnommen wurde. Der Täter sollte ihn zum Zwecke der Überführung an sich nehmen. Damit hat sich X aber des versuchten Diebstahls strafbar gemacht.

Nach sozialer Anschauung hat ein Kunde nach Passieren der Kasse Alleingewahrsam an dem Inhalt des Wagens und seinen mitgebrachten Gegenständen. Hat er Waren nicht bezahlt, liegt ein Gewahrsamsbruch ohne Einverständnis, mithin Wegnahme vor.

Vollendet ist der Diebstahl mit der Erfüllung aller objektiven Tatbestandsmerkmale, also mit der Wegnahme einer fremden beweglichen Sache. Beendet ist er, wenn der Gewahr- 12

⁸ BGHSt 26, 24.

1. Teil • Delikte gegen das Vermögen

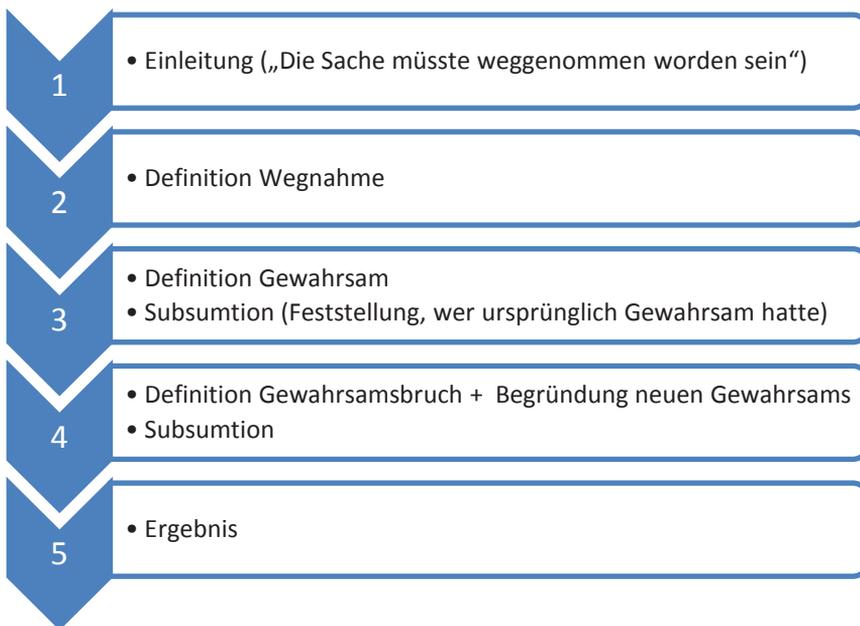
sam eine gewisse Festigung und Sicherung erreicht hat.⁹ Es kommt auf die Umstände des Einzelfalles an.

Beispiele

Diebesgut wird in ein Versteck/in die Wohnung gebracht; bei kleineren Gegenständen im Rahmen des Ladendiebstahls genügt das Verlassen des Geschäftes bei entsprechender Entfernung vom Herrschaftsbereich.

Die Unterscheidung zwischen Voll- und Beendigung ist wichtig für die Differenzierung von Raub und räuberischem Diebstahl.¹⁰ Zudem ist zu beachten, dass Beihilfe zum Diebstahl bis zur Beendigung der Tat möglich ist, danach kommt Begünstigung in Betracht.¹¹

- 13 Die Prüfung des Tatbestandsmerkmals „Wegnahme“ erfolgt grundsätzlich in 5 Schritten, wobei Schritte 3 und 4 in einfach gelagerten Fällen zusammenzufassen sind:



Beispiel

Formulierungsbeispiel beim Fahrraddiebstahl¹²:

„A müsste das Fahrrad weggenommen haben (1). Wegnahme ist der Bruch fremden und die Begründung neuen Gewahrsams (2). Unter Gewahrsam ist die von einem Herrschaftswillen getragene tatsächliche Sachherrschaft zu verstehen. Der Gewahrsam an einer Sache bestimmt sich nach der Verkehrsauffassung. O hatte das Fahrrad am Hochschulparkplatz abgestellt. Auch wenn er während der Vorlesungen keinen direkten Zugriff auf das Fahrrad hat, ist es nach der Verkehrsauffassung ihm zuzuordnen, somit in seinem – gelockerten – Gewahrsam (3). Bruch fremden Gewahrsams liegt vor, wenn der Täter die Verfügungsgewalt des alten Gewahrsamsinhabers aufgehoben hat. Begründung neuen Gewahrsams liegt schließlich vor, wenn der Täter neuen – meist eigenen – Gewahrsam begründet hat. Indem A mit dem Fahrrad fortfuhr, hat er O's Gewahrsam aufgehoben und Eigengewahrsam am Fahrrad begründet (4). A hat das Fahrrad weggenommen (5).“

9 BGHSt 8, 390.

10 Siehe dazu Rn. 113.

11 Siehe dazu Rn. 23.

12 Zahlenangaben in Klammern sollen nur die 5 Prüfschritte illustrieren, gehören aber nicht ins Gutachten.

Subjektiver Tatbestand

14

Der subjektive Tatbestand setzt sich zusammen aus dem Vorsatz und der Absicht rechtswidriger Zueignung. Der Täter muss zunächst den objektiven Tatbestand mindestens mit Eventualvorsatz erfüllen. Dies bedeutet, er muss zumindest für möglich halten und billigend in Kauf nehmen, eine fremde bewegliche Sache wegzunehmen. Der Vorsatz muss sich dabei nicht auf eine konkrete Sache beziehen, es reicht, dass der Täter „irgendetwas Stehlenswertes“ mitnehmen möchte. Unerheblich ist dabei auch, dass sich der vorher gefasste Diebstahlvorsatz während der Tat verengt oder erweitert. Entscheidend ist die einheitliche Tat.

Beispiel

A ist zu Besuch bei Bekannten. Dort will er am liebsten Geld entwenden, sieht aber nur Gelegenheit, einige CDs mitzunehmen. Dabei wird er erwischt.

A hat sich gemäß § 242 StGB strafbar gemacht, die Verengung des Vorsatzes ist nicht relevant.

Zudem muss der Täter in Absicht rechtswidriger Zueignung handeln. Zueignung ist die Begründung des Eigenbesitzes unter Ausschluss des Berechtigten mit dem Willen, wie ein Eigentümer über die Sache zu verfügen.¹³ Das Wesen der Zueignung besteht darin, dass entweder die Sache selbst oder der in ihr verkörperte Sachwert vom Täter dem eigenen Vermögen einverleibt wird; sogenannte Vereinigungsformel.¹⁴

15

Beispiel

Putzfrau P entwendet ein Sparbuch, hebt 200 € ab und legt es sodann – wie von Anfang an geplant – wieder an den ursprünglichen Platz.

P hat sich zwar nicht das Sparbuch selbst, aber den dadurch verkörperten Sachwert (200 €) zugeeignet. Sie hat sich gemäß § 242 StGB strafbar gemacht.

Anders ist der Fall zu bewerten, wenn eine Geldautomatenkarte (Codekarte) entwendet und lediglich benutzt wird.

Beispiel

Putzfrau P entwendet ein Codekarte und merkt sich die vom Berechtigten notierte Geheimnummer, hebt am Geldautomaten 200 € ab und legt die Karte sodann – wie von Anfang an geplant – wieder an den ursprünglichen Platz.

P hat sich nicht die Codekarte zugeeignet. Die Karte verkörpert auch selbst keinen Sachwert, sondern fungiert lediglich als „Schlüssel“ zum Girokonto. Daher scheidet Diebstahl aus. Die Verfügung am Geldautomaten stellt jedoch einen Computerbetrug gemäß § 263a StGB dar.¹⁵ Das Entwenden der Karte ist mithin Vorbereitungshandlung dazu.

Die Zueignung des Tatobjektes muss aber nicht tatsächlich erfolgen. Vielmehr reicht die Absicht dazu. Damit wird die Strafbarkeit vorverlagert.

16

Beispiel

A steckt im Kaufhaus eine CD in Zueignungsabsicht ein. Damit hat er eine fremde bewegliche Sache weggenommen, der Diebstahl ist vollendet. Unbeachtlich ist, dass er noch nicht frei über die CD verfügen kann, er kann (noch) nicht wie ein Eigentümer mit der Sache verfahren; eine Zueignung liegt – noch – nicht vor. Trotzdem hat sich A gemäß § 242 StGB strafbar gemacht.

13 BGHSt 1, 264.

14 RGSt 61, 233.

15 Vgl. dazu Rn. 193.

Die beabsichtigte Zueignung ins eigene Vermögen oder das eines anderen (= Drittzueignung) umfasst zwei Komponenten: die An- und die Enteignung. Der Zueignungsbegriff grenzt § 242 StGB zum einen von der grundsätzlich straflosen Gebrauchsanmaßung oder Sachentziehung, zum anderen von der bloßen Sachbeschädigung ab.¹⁶

- **Aneignung**

Aneignung ist die – zumindest vorübergehende – Einverleibung in den eigenen Besitz. Das ist zu verneinen bei bloßer Sachentziehung, etwa wenn die Sache weggenommen wird, nur um sie – direkt – zu zerstören. Dieses Merkmal dient insbesondere der Abgrenzung zur straflosen Sachentziehung bzw. zur Sachbeschädigung. Aneignung ist auch zu bejahen, wenn der Täter die Sache als angeblich eigene an den Berechtigten zurückgibt.

Beispiel

A entwendet einen MP3-Player, um ihn am Folgetag als angeblich gekauften wieder umtauschen.

Aneignung liegt vor, weil A den MP3-Player nicht als den des Berechtigten, sondern als eigenen zurückgibt. Daher liegt keine bloße Gebrauchsanmaßung vor. A hat sich wegen Diebstahls strafbar gemacht. Die spätere Rückgabe stellt einen Betrug dar.

- **Enteignung**

Enteignung ist die dauerhafte Ausschließung des ehemaligen Gewahrsamsinhabers. Sie ist zu verneinen bei bloßer Gebrauchsanmaßung. Insofern ist der Eigentumsschutz lückenhaft.

Beispiel

A nimmt ohne Erlaubnis das Fahrrad von B, um damit zur Universität zu fahren. Er beabsichtigt, es am Abend wieder zurückzustellen.

A hat sich mangels Enteignungswillens nicht gemäß § 242 StGB strafbar gemacht. In Betracht kommt aber eine Strafbarkeit gemäß § 248b StGB (Unbefugter Gebrauch eines Fahrzeugs).

Vor dem Hintergrund eines angeblichen Bedürfnisses zur Ahndung von i.d.R. straflosen Gebrauchsanmaßungen wird die Enteignungskomponente ausweitend bejaht.

Beispiele

A nimmt ein Buch aus der Buchhandlung unbemerkt mit nach Hause, liest es, und stellt es nach einer Woche wieder an den alten Platz. Zudem nutzt er unbemerkt den – neuwertigen – Rasenmäher des Nachbarn über einen Zeitraum von einem Jahr regelmäßig.

In beiden Fällen hat sich A nach der h.M. des Diebstahls schuldig gemacht. Denn er hat einerseits den Sachwert des Buches entzogen, der sich nach dem Neuverkaufswert richtet.¹⁷ Zudem hat er den Rasenmäher durch die ständige Benutzung über einen längeren Zeitraum ebenfalls beeinträchtigt, welches der Enteignung nahe kommt. Es soll hier in besonderem Maße auf die im Einzelfall erfüllte Beeinträchtigungen ankommen. Vor dem Hintergrund, dass § 242 StGB ein Zueignungsdelikt ist und Gebrauchsanmaßungen nur in den Fällen des § 248b StGB bei Kraftfahrzeugen und Fahrrädern unter Strafe gestellt sind, muss die h.M. kritisch gesehen werden.

¹⁶ Joecks StGB Vor § 242, Rn. 21.

¹⁷ OLG Celle NJW 1967, 1921.

- **Objektive Rechtswidrigkeit der beabsichtigten Zueignung**

Die beabsichtigte Zueignung muss zudem rechtswidrig sein. Dies ist als normatives Tatbestandsmerkmal bereits im Tatbestand zu prüfen; der Vorsatz des Täters muss sich auch auf diese Rechtswidrigkeit beziehen. Rechtswidrigkeit ist anzunehmen, wenn für den Täter kein Rechtsgrund zur Erlangung der Sache besteht, die erstrebte Zueignung also der materiellen Eigentumsordnung widerspricht. Umgekehrt ist die Zueignung nicht rechtswidrig, wenn der Täter einen fälligen, einredefreien Anspruch auf die weggenommene Sache hat. Dann hat er nämlich gemäß § 985 BGB einen Herausgabeanspruch.

17

Beispiel

Der A löst die Verlobung mit B auf, da B sich einem anderen zugewandt hat. In der Trennungsphase entwendet A einen Ring der B, den A ihr zur Verlobung geschenkt hatte.

Nach § 1301 S. 1 BGB hat A gegen B einen Herausgabeanspruch auf den Ring. Denn demnach kann jeder Verlobte von dem anderen die Herausgabe desjenigen, was zum Zeichen der Verlobnisses geschenkt wurde, verlangen, wenn die Eheschließung unterbleibt. A hat sich nicht wegen Diebstahls strafbar gemacht.

Nimmt der Täter irrig einen solchen Anspruch an, handelt er im vorsatzausschließenden Tatbestandsirrtum nach § 16 StGB.¹⁸

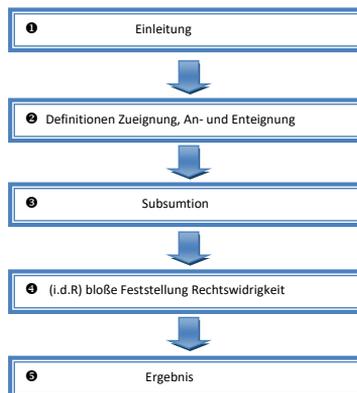
Beispiel

A hat B 50 € geliehen, B zahlt jedoch nicht fristgerecht zurück. A nutzt einen günstigen Augenblick und entwendet aus B's Portmonnaie einen 50 €-Schein.

A hat zwar einen Anspruch auf die Wertsumme von 50 €, jedoch nicht auf den konkret entwendeten Geldschein. Daher könnte man die Rechtswidrigkeit der Zueignung annehmen. Nimmt A irrig an, einen Anspruch auf den 50-€-Schein zu haben, handelt er in einem vorsatzausschließenden Tatbestandsirrtum, § 16 Abs. 1 StGB. Vorzugswürdiger ist es, bei Geld nach der Geldsummentheorie die Rechtswidrigkeit der Zueignung entfallen zu lassen, wenn der Täter einen fälligen Anspruch auf die Wertsumme des weggenommenen Scheins hat.¹⁹ Nach beiden Ansichten hat sich A nicht nach § 242 StGB strafbar gemacht.

Die Prüfung der Absicht rechtswidriger Zueignung sollte – wie die Wegnahme – in 5 Schritten erfolgen:

18



¹⁸ Vgl. zum Tatbestandsirrtum Band 1, Rn. 372 – 377.

¹⁹ SK-Hoyer § 242, Rn. 3.

Beispiel

Formulierungsbeispiel beim Fahrraddiebstahl:²⁰

„A müsste zudem in der Absicht rechtswidriger Zueignung gehandelt haben (1). Zueignung ist die Begründung des Eigenbesitzes unter Ausschluss des Berechtigten mit dem Willen, wie ein Eigentümer über die Sache zu verfügen. Der Täter muss also mit Aneignungsabsicht und Enteignungswillen handeln. Dies bedeutet, dass er die Sache zumindest vorübergehend dem eigenen Vermögen einverleiben und dem Berechtigten dauerhaft entziehen will (2). A hat das Fahrrad weggenommen, um es dauerhaft als eigenes zu nutzen und damit den Berechtigten O von der Nutzung völlig auszuschließen (3). Da er auch keinen Rechtsanspruch auf das Fahrrad hatte (4), handelte A in der Absicht rechtswidriger Zueignung (5).“

19 Trickdiebstahl

Diebstahl und Betrug schließen sich gegenseitig aus: nur eines von beiden kann einschlägig sein. Die Einordnung kann problematisch sein beim trickreichen Vorgehen des Täters.

Beispiele

A will seiner Frau einen wertvollen Ring schenken, hat aber nicht das nötige Geld. Daher lässt er sich beim Juwelier J einen entsprechenden Ring zeigen. Unter dem Vorwand, die Farbe bei Tageslicht besser beurteilen zu können, geht er mit der Erlaubnis von J an die geöffnete Ladentür. Dies macht er tatsächlich nur, um mit dem Ring, aber ohne zu bezahlen, besser fliehen zu können. So geschieht es.

A will sodann seinem Sohn einen MP3-Player schenken, hat aber nicht das nötige Geld. Daher versteckt er einen MP3-Player unter sonstigen Waren im Einkaufswagen und geht an die Kasse im Elektronikmarkt. Die Kassiererin erkennt dies nicht, A kann ohne Bezahlung des MP3-Players die Kasse passieren.

Hinsichtlich des Ringes liegt in der Übergabe durch J noch keine Gewahrsamsübertragung, sondern nach der Verkehrsauffassung lediglich eine Gewahrsamslockerung. Denn auch bei Übergabe des Ringes zur Ansicht wird dieser allgemein weiterhin dem J zugeordnet. Der Gewahrsamsbruch erfolgte, als A aus dem Geschäft lief. In Bezug auf den MP3-Player fehlte es der Kassiererin am für § 263 StGB erforderlichen Verfügungsbewusstsein. Sie wusste nicht, dass sie über das Gerät verfügte. Sogenannter Sicherungsbetrug scheidet daher aus. Als A den MP3-Player in den Einkaufswagen versteckte, hat er den Gewahrsam des Ladenbesitzers gelockert. Bruch des Gewahrsams lag mit dem Passieren des Kassensbereichs vor. In beiden Fällen hat A sich wegen (Trick-)Diebstahls gemäß § 242 StGB strafbar gemacht.

20 Versuch

Gemäß § 242 Abs. 2 StGB ist der Versuch strafbar. Mit der Wegnahme ist das Delikt vollendet. Dann ist kein Raum mehr für die Versuchsstrafbarkeit. Der Versuch kommt daher zunächst im unmittelbaren Vorfeld der Wegnahme in Betracht. Es gelten die allgemeinen Regeln der §§ 22 ff. StGB. Neben dem Tatentschluss ist entscheidend, ob unmittelbares Ansetzen i.S.v. § 22 StGB vorliegt.

Beispiel

A geht in Diebstahlsabsicht in den Garten von O. Dort will er gerade den Kaninchenstall öffnen, um einen wertvollen Zuchtrammler zu entnehmen, als er den heimkehrenden O mit dem Auto vorfahren hört. Er gibt sein Vorhaben auf und läuft weg.

A hat sich des Hausfriedensbruchs nach § 123 StGB strafbar gemacht. Ob auch eine Strafbarkeit wegen versuchten Diebstahls vorliegt, bestimmt sich nach §§ 22, 23 StGB. Diese ist wohl mangels unmittelbaren Ansetzens abzulehnen.

²⁰ Zahlenangaben in Klammern sollen nur die 5 Prüfschritte illustrieren, gehören aber nicht ins Gutachten.

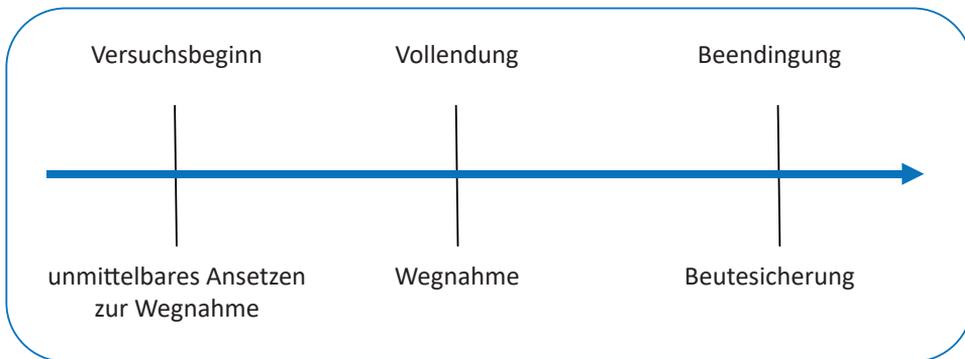
Eine Versuchsstrafbarkeit ist darüber hinaus im Stadium zwischen Bruch fremden und Begründung neuen Gewahrsams möglich.

Beispiel

A entnimmt eine Bohrmaschine aus dem Regal eines Baumarktes, geht damit in das Außengelände und schmeißt sie in einem unbeobachteten Moment um den Zaun. Er will nach Geschäftsschluss die Maschine dort abholen, wird zuvor jedoch von einer Funkstreifenwagenbesatzung festgestellt, bei denen er auf Nachfrage ein Geständnis ablegt.

A hat mit dem Wurf fremden Gewahrsam gebrochen, aber noch keinen neuen begründet. Versuchsstrafbarkeit ist zu bejahen.

Das Verstecken von Waren im Geschäft zum Zwecke der späteren Wegnahme soll lediglich eine Vorbereitungshandlung zum Diebstahl sein.²¹



Diebstahl durch Unterlassen

21

Hat der Täter eine besondere Rechtspflicht, den Verlust von Gegenständen zu verhindern, kann er sich wegen Diebstahls durch Unterlassen strafbar machen, da § 242 StGB die Drittzueignung genügen lässt. Es gelten die allgemeinen Regeln für das unechte Unterlassungsdelikt.²²

Beispiel

Polizeikommissar P beobachtet den Diebstahl eines Kraftrades. Da er dabei als Täter seinen Schwager erkennt, unternimmt er nichts.

P macht sich nach §§ 242, 13 StGB (Diebstahl durch Unterlassen) und §§ 258, 258a, 13 StGB (Strafvereitelung im Amt durch Unterlassen) strafbar.

²¹ Fischer § 242, Rn. 19.

²² Vgl. zum Aufbau und zur Systematik des unechten Unterlassungsdeliktes Band 1, Rn. 232 ff.

22 Beteiligung

Für Mittäterschaft und mittelbare Täterschaft gelten die allgemeinen Regeln.²³ Letztere liegt vor, wenn der Täter über die Eigentümerstellung der Sache täuscht oder Zwang ausübt.

Beispiel

A bittet Jugendlichen B, einen Ball vom Nachbargrundstück zu holen, der A gehöre und versehentlich über den Zaun geschossen worden sei. B holt den Ball. Tatsächlich ist es der Ball des Nachbarn. Danach fordert er ihn unter Androhung von Schlägen auf, ihm im Kaufhaus eine Tafel Schokolade zu entwenden.

A hat sich in beiden Fällen wegen Diebstahls in mittelbarer Täterschaft gemäß §§ 242, 25 Abs. 1 Alt. 2 StGB strafbar gemacht. Zum einen übte er Irrtums-, zum anderen Zwangsherrschaft aus.

23 Anstiftung und Beihilfe sind nach allgemeinen Regeln möglich.²⁴

Problematisch ist jedoch die Abgrenzung zwischen (sukzessiver) Beihilfe zum Diebstahl und Begünstigung. Beihilfe ist immer bis zur Beendigung der Tat möglich, wenn also der Gewahrsam eine gewisse Festigung und Sicherung erreicht hat.²⁵ Aber schon ab nach der Wegnahme (= Vollendung) ist auch Begünstigung möglich.

Beispiel

A hat eine Baumaschine aus einem Baucontainer entwendet.

a) B hat ihm beim Tragen geholfen.

b) A schafft es, die Maschine alleine aufzuladen und sie an seiner Garage abzuladen. Da er Durchsuchungsmaßnahmen fürchtet, hilft ihm B am nächsten Tag, die Maschine zu einem anderen Versteck zu bringen.

c) A schleppt die Maschine bis zu seinem Anhänger. Jetzt merkt er, dass er sie alleine nicht aufladen kann. B kommt hinzu und hilft ihm.

Im Fall a) hat sich B wegen Beihilfe zum Diebstahl strafbar gemacht, da er bei der Wegnahmehandlung geholfen hat; Begünstigung *noch nicht* möglich.

Im Fall b) hat sich B wegen Begünstigung strafbar gemacht, da der Diebstahl schon beendet war; Beihilfe ist *nicht mehr* möglich.

Fraglich ist, wie die Abgrenzung im Fall c) zu erfolgen hat. Eine Mindermeinung will in diesen Fällen regelmäßig wegen sukzessiver Beihilfe bestrafen, da er die Tathandlung tatsächlich fördere. Diese Täter dürften sich nicht der eventuell mildereren Strafe wegen Begünstigung entziehen.²⁶ Die h.M. lässt Beihilfe wie auch Begünstigung zu, entscheidend sei die Willensrichtung des Handelnden: Will er die Beendigung fördern, liegt Beihilfe vor, will er die Vorteile sichern, Begünstigung.²⁷

Damit hat B sich je nach persönlicher Willensrichtung entweder wegen Beihilfe zum Diebstahl oder wegen Begünstigung strafbar gemacht.

24 Konkurrenzen

§ 242 StGB wird von schweren Begehungsweisen des Diebstahls und von den Raubdelikten konsumiert. § 246 StGB ist Auffangtatbestand, wenn es an der Wegnahme fehlt.

²³ Vgl. dazu Band 1, Rn. 312 ff.

²⁴ Vgl. dazu Band 1, Rn. 336 ff.

²⁵ BGHSt 8, 390.

²⁶ Sch/Sch-Stree § 257, Rn. 8.

²⁷ Vgl. BGHSt 4, 132.

1.2 Besonders schwerer Fall des Diebstahls, § 243 StGB

- **Aufsatz-Literatur:** Zopfs JURA 2007, 421 (Der besonders schwere Fall des Diebstahls [§ 243 StGB]); Henseler StV 2007, 323 (Die Geringwertigkeit im Sinne der §§ 243 Abs. 2 und 248a StGB); Eckstein JA 2001, 548 (Rechtssprechungsklassiker – Regelbeispiel und Versuch); Gropp JuS 1999, 1041 (Der Diebstahlstatbestand unter besonderer Berücksichtigung der Regelbeispiele).
- **Leitentscheidungen:** BGH NStZ 2015, 397 (Gewerbsmäßigkeit beim Diebstahl)
- **Übungsfälle:** Bischoff/Janzen JA 2018, 57; JA 2016, 106 (§§ 242, 243, 185, error in persona, aberratio ictus); JURA 2010, 312 (§§ 242, 243, 244 StGB); JuS 2004, 1075 (§§ 242, 243, 244 StGB).

Besonders schwerer Fall des Diebstahls, § 243 StGB

I. Tatbestandsmäßigkeit

Tatbestand des § 242 StGB

II. Rechtswidrigkeit

III. Schuld

IV. Besonderheiten

Strafzumessungsvorschrift § 243 StGB

a) kein Ausschluss wegen Geringwertigkeit der Sache, § 243 Abs. 2 StGB

b) Regelbeispiele:

Nr. 1: einbrechen, einsteigen, eindringen mittels falscher Schlüssel/anderes Werkzeug, verborgen halten in umschlossenen Raum

Nr. 2: verschlossenes Behältnis, andere Schutzvorrichtung

Nr. 3: gewerbsmäßig

Nr. 4: Kirchendiebstahl

Nr. 5: Bedeutung für Wissenschaft, Kunst pp.

Nr. 6: Ausnutzung von Hilflosigkeit, Unglücksfall, gemeine Gefahr

Nr. 7: bestimmte Waffen und Sprengstoff

c) ggf. unbenannter bes. schwerer Fall

V. Ergebnis

Umschlossener Raum ist ein Raumgebilde, das dazu bestimmt ist, von Menschen betreten zu werden und das mit Vorrichtungen zur Abwehr des Eindringens Unbefugter umgeben ist (BGHSt-GrSen 1, 158).

Einbrechen ist die gewaltsame Aufhebung der Umschließung.

Einsteigen ist jedes nur unter Schwierigkeiten mögliche Eindringen durch eine zum ordnungsgemäßen Eintritt nicht bestimmte Öffnung (vgl. FI § 243, Rn. 6).

Falscher Schlüssel ist ein nicht (mehr) zur Öffnung bestimmter Schlüssel

Anderes Werkzeug ist jeder nicht zur ordnungsgemäßen Öffnung bestimmte Gegenstand, mit dem man auf den Schließmechanismus einwirken kann.

Behältnis ist ein zur Aufnahme von Sachen dienendes und sie umschließendes Raumgebilde, das nicht dazu bestimmt ist, von Menschen betreten zu werden (BGHSt-GrSen 1, 163).

Gewerbsmäßig stiehlt, wer in der Absicht handelt, sich durch die Diebstahlsdelikte eine regemäßige Einnahmequelle zu verschaffen.

26

Überblick

§ 243 StGB ist keine Qualifikation des Diebstahls, sondern eine Strafzumessungsvorschrift, systematisch daher hinter der Schuld zu prüfen. Die Zuordnung als Strafzumessungsvorschrift hat zudem zur Folge, dass deren Vorliegen lediglich ein Indiz für einen besonders

27

schweren Fall ist, welches widerlegt werden kann. Genannt werden nur Beispiele. Ein besonders schwerer Fall des Diebstahls kann auch aus anderen Gründen bejaht werden. Diese Einordnung führt gegenüber den Qualifikationen zu einer flexibleren Anwendungsmöglichkeit. Erkauft wird diese flexiblere Handhabung aber mit einer im Gegensatz zu Qualifikationstatbeständen erhöhten Rechtsunsicherheit. Denn nur durch Herausbildung der Rechtsprechung ist absehbar, wann ein unbenannter Fall des § 243 StGB vorliegt.

Grund für die durch § 243 StGB verschärfte Strafbarkeit ist die verwerflichere Begehungsweise als beim einfachen Diebstahl. Bei Diebstahl geringwertiger Sachen ist ein besonders schwerer Fall nur nach Art der Varianten § 243 Abs. 1 Nr. 1–6 StGB ausgeschlossen. Im Übrigen ist er aber auch bei geringwertigen Sachen möglich. Zunächst ist zu klären, ob ein Regelbeispiel einschlägig ist. Wird dies verneint, erfolgt die Prüfung, ob trotzdem ein (unbenannter) besonders schwerer Fall des Diebstahls vorliegt.

28 Regelbeispiele

Ist ein Regelbeispiel erfüllt, besteht die widerlegbare Vermutung, dass es sich um einen besonders schweren Fall des Diebstahls handelt, der eine erhöhte Strafe rechtfertigt.

• Nr. 1 (Einbruchdiebstahl im weiteren Sinne)

Erfasst ist nicht nur der Einbruch im engeren Sinne, darüber hinaus auch die Tathandlungen Einsteigen, Eindringen mittels falscher Schlüssel oder nicht zur ordnungsgemäßen Öffnung bestimmten Werkzeuges und das Verborgenhalten.

Beispiele

Hineinklettern durch ein geöffnetes Fenster, Öffnen der Tür mit einem nach Auszug heimlich zurückbehaltenen Schlüssel, Öffnen der Tür mittels Dietrich, Verstecken im Ladenlokal bis nach Geschäftschluss.

Geschützt ist als Oberbegriff der umschlossene Raum. Darunter sind zunächst Gebäude zu fassen. Dabei handelt es sich um ein Bauwerk, das mit dem Boden fest verbunden und durch Wände und Dach abgegrenzt ist. Auch Zirkuszelte sind davon erfasst.²⁸ Darüber hinaus sind umschlossen alle Raumgebilde, die mit Vorrichtungen versehen sind, die ein Eindringen Unbefugter abwehren sollen und tatsächlich ein Hindernis bilden. Umschlossen heißt dabei nicht verschlossen.²⁹ Erforderlich ist, dass nicht jedermann frei und ungehindert Zutritt hat.

Beispiele

Eingezäunter Garten, Lagerplatz; mit Mauern umgebener Innenhof, Friedhöfe zu Nachtzeit, Wohnwagen, Pkw-Innenraum.

Dienst- und Geschäftsräume sind Raumgebilde, die vorübergehend oder dauernd gewerblichen, künstlerischen, wissenschaftlichen Zwecken oder Tätigkeiten dienen, die im öffentlichen Interesse liegen.

Beispiele

Amtsräume des Rathauses, Polizeiwache, Gebäude des Militärs, Geschäftslokal, mobiler Verkaufswagen.

²⁸ RGSt 10, 103.

²⁹ BGHNJW 1954, 1897.

Einbrechen setzt eine gewisse Kraftentfaltung voraus, die beim bloßen Hochschieben eines Zaunes nicht gegeben ist. Einsteigen ist das Hineingelangen in die Räumlichkeit auf einem dafür nicht vorgesehenen Weg.

Falsch ist ein Schlüssel, der nachgemacht oder vom Berechtigten entwidmet wurde. Dies ist der Fall, wenn er nicht mehr zur Öffnung des Schlosses bestimmt ist.

Beispiel

A behält einen Schlüssel nach dem Auszug aus der Mietwohnung.

Einbruchdiebstahl in eine Wohnung ist nicht von § 243 StGB, sondern von § 244 StGB erfasst. Zur Abgrenzung siehe im Einzelnen Rn. 45.

• Nr. 2 (Diebstahl besonders gesicherter Sachen)

Verschlossene Behältnisse sind in Ergänzung der Nr. 1 solche, die nicht dazu bestimmt sind, von Menschen betreten zu werden.

Beispiele

Geldkassette, Kofferraum eines Pkw, Koffer, Briefkasten, Registrierkasse.

Andere Schutzvorrichtungen sind solche, die bestimmt und geeignet sind, die Wegnahme zu erschweren.

Beispiele

Wegfahrsperrung eines Pkw, Fahrradschloss, nicht: das Sicherungsetikett an einem Kleidungsstück, da es nicht die Wegnahme erschweren, sondern erkennbar machen soll.³⁰

• Nr. 3 (Gewerbsmäßiger Diebstahl)

Gewerbsmäßiges Handeln setzt voraus, dass der Täter durch die Diebstähle eine regelmäßige Einnahmequelle erstrebt. So kann dieses Merkmal bereits beim ersten Diebstahl erfüllt sein. Erfolgt die Entwendung einer Sache allein deshalb, um mit ihr die Tatbeute aus einem vorangegangenen Diebstahl besser verwerten zu können, scheidet gewerbsmäßiges Vorgehen mangels Erschließung einer weiteren Einnahmequelle insoweit aus.

§ 28 StGB ist entsprechend anwendbar. Das hat zur Folge, dass die Gewerbsmäßigkeit bei jedem Beteiligten vorliegen muss, der nach §§ 242, 243 StGB bestraft werden soll.

• Nr. 4 (Kirchendiebstahl)

Diebstahl von Gegenständen, die der religiösen Verehrung dienen bzw. die dem Gottesdienst gewidmet sind, stört den öffentlichen Frieden in besonderem Maße. Voraussetzung der Nr. 4 ist, dass die betreffende Sache aus einer Kirche entwendet wird.

• Nr. 5 (Gemeinschaftlicher Diebstahl)

Erfasst ist der Diebstahl von Gegenständen, die im öffentlichen Interesse und damit besonders schutzwürdig sind. Voraussetzung ist, dass sie sich in einer öffentlichen Sammlung befinden oder öffentlich ausgestellt sind und zudem von Bedeutung für Wissenschaft, Kunst, Geschichte oder für die technische Entwicklung sind.

³⁰ Vgl. dazu Fischer § 243, Rn. 15 m.w.N.

- **Nr. 6 (Diebstahl bei Hilflosigkeit, Unglücksfall und gemeiner Gefahr)**

Hilflosigkeit liegt vor, wenn das Opfer der abstrakten Gefahr des Todes oder der schweren Gesundheitsbeschädigung ausgesetzt ist, ohne die Möglichkeit eigener oder fremder Hilfe.³¹ Unglücksfall ist ein plötzlich eintretendes Ereignis, das erhebliche Gefahr für Menschen oder Sachen mit sich bringt.³² Gemeine Gefahr ist eine konkrete Gefahr für eine unbestimmte Zahl von Menschen oder zahlreichen Sachen von mindestens insgesamt hohem Wert.³³

- **Nr. 7 (Schusswaffen- und Sprengstoffdiebstahl)**

Diese Variante soll dem Umstand Rechnung tragen, dass beim Waffen- und Sprengstoffdiebstahl ein überdurchschnittlicher Unrechts- und Schuldgehalt vorliegt.³⁴ Zu beachten ist, dass der Täter i.d.R. anschließend das Dauerdelikt des unerlaubten Waffenbesitzes, §§ 28 Abs. 1, 52 Abs. 3 WaffG erfüllt.

Mit dem Diebstahl der genannten Tatobjekte ist nicht zwingend § 244 Abs. 1 Nr. 1a StGB (Diebstahl mit Waffen) erfüllt, da dort das Mitführen einer einsatzbereiten Waffe erforderlich ist.³⁵ § 243 Abs. 1 Nr. 7 StGB erfasst also die Fälle, bei denen Schusswaffen entwendet werden, die nicht einsatzbereit sind, weil z.B. die Munition fehlt.

29 Unbenannter besonders schwerer Fall

Durch die Formulierung „in der Regel“ wird deutlich, dass die besondere Strafschärfung des § 243 StGB auch in den dort nicht genannten Fällen eintreten kann. Darin unterscheiden sich Strafzumessungsvorschriften von Qualifikationen: Strafbewährt sind bei Qualifikationen ausschließlich die jeweils dort genannten Tatbestände. § 243 StGB als Strafzumessungsvorschrift ist in der Anwendung flexibler, da auch nicht explizit genannte Umstände einen besonders schweren Fall begründen können.

Beispiele

Wertvolle Diebesbeute, hoher Schaden, Diebstahl durch Amtsträger (so auch Polizeibeamte), Diebstahl mit „echtem“, aber entwendetem Schlüssel.

30 Ausschlussgrund „geringwertige Sache“

Schließlich ist zu beachten, dass ein besonders schwerer Fall gemäß § 243 Abs. 2 StGB bei den Regelbeispielen § 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 1–6 StGB zwingend ausgeschlossen ist, wenn sich die Tat auf eine geringwertige Sache bezieht. Seiner ratio legis nach gilt der Ausschlussgrund auch für die unbenannten schweren Fälle nach § 243 Abs. 1 S. 1 StGB.³⁶ Geringwertig ist nach h.M. eine Sache, wenn ihr objektiver Verkaufswert ca. 25 € nicht übersteigt.³⁷ Bei Diebstahl mehrerer Sachen ist der Gesamtwert entscheidend. Nicht geringwertig sind Sachen ohne erkennbaren Verkehrswert, bei denen der Wert für den Täter aber in den funktionellen Möglichkeiten liegt, so bei Führerscheinen oder Ausweisen. Entscheidend ist nicht nur der tatsächliche Wert der Sache, sondern auch die entsprechen-

31 Fischer § 221, Rn. 7.

32 In Anlehnung an BGHSt 3, 66.

33 Fischer § 243, Rn. 22.

34 BT-Drs. 11/2834, 10.

35 Vgl. im Einzelnen Rn. 42.

36 La/Kü § 243 Rn. 4.

37 Fischer § 248a, Rn. 3 m.w.N.; a.A. OLG Zweibrücken NStZ 2000, 536; Henseler StV 2007, 323 = 50 €.

de Tätervorstellung.³⁸ Es muss sich bei dem Tatobjekt also tatsächlich wie auch nach der Vorstellung des Täters um eine Sache im (Gesamt-) Wert von weniger als ca. 25 € handeln.

Vorsatz

31

Der Vorsatz muss sich auf alle Merkmale beziehen, somit auch auf die Geringwertigkeit der Sache. Da es sich nicht um Tatbestandsmerkmale handelt, ist § 16 StGB nur entsprechend anzuwenden.

Versuch

32

Da es sich bei § 243 StGB lediglich um eine Strafzumessungsvorschrift handelt, ist die Versuchsstrafbarkeit umstritten. Denn die Versuchsregeln der §§ 22 ff. StGB sind nicht direkt anwendbar, da sie nach dem Wortlaut die „Tat“ betreffen, wobei die Verwirklichung der Tatbestandsmerkmale der Strafnorm gemeint ist. Aber bei § 243 StGB handelt es sich eben nicht um eine Strafnorm, bei den dort genannten Merkmalen nicht um Tatbestandsmerkmale. Es sind 3 Grundfälle auseinanderzuhalten:

- **Regelbeispiel versucht, Wegnahme erfüllt**

Nach h.M. ist § 243 StGB nicht allein aufgrund des Versuchs des Regelbeispiels erfüllt. Erst eine Gesamtbewertung könnte zu diesem Ergebnis führen.

Beispiel

A will in einen Kiosk einbrechen. Zu seiner Verwunderung stellt er fest, dass der Inhaber vergessen hat, den Hintereingang abzusperrern. Er nutzt die Gelegenheit und entwendet 10 Stangen Zigaretten und eine Flasche Schnaps.

Ob § 243 StGB erfüllt ist, kann sich nach h.M. nicht schon aufgrund der Regelwirkung, sondern nur aufgrund einer Gesamtbetrachtung ergeben.³⁹ Vorliegend hat sich A lediglich wegen § 242 StGB strafbar gemacht, da keine besonderen Umstände die Tat zum besonders schweren Fall machen.

- **Regelbeispiel versucht, keine Wegnahme**

Auch hier, wie im Beispiel zuvor, stellte sich die Frage, inwiefern § 243 StGB bei der Strafzumessung zu berücksichtigen ist.

Beispiel

A will in einen Kiosk einbrechen. Als er gerade dabei ist, die Hintertür aufzubrechen, wird er auf frischer Tat festgenommen.

Hier gilt das Gleiche wie in der ersten Variante. Da nach einer Gesamtbetrachtung keine besonderen Umstände vorliegen, ist A nach dem Strafrahmen des §§ 242, 22, 23 StGB zu bestrafen.

- **Regelbeispiel erfüllt, keine Wegnahme**

Beispiel

A will in einen Kiosk einbrechen. Als er gerade das über das Dachfenster eingestiegen ist, wird er im Ladenlokal von alarmierten Polizeibeamten festgenommen.

Hier ist die Indizwirkung des besonders schweren Falles gegeben, da das Regelbeispiel tatsächlich erfüllt wurde. A ist nach §§ 242, 243, 22, 23 StGB wegen versuchten Ein-

³⁸ BGHSt 26, 104.

³⁹ Joecks StGB § 243, Rn. 42 m.w.N.

bruchdiebstahls zu bestrafen. Obwohl es sich bei § 243 StGB nicht um einen Tatbestand handelt, richtet sich der Versuchsbeginn nach den allgemeinen Regeln des § 22 StGB.

Dies bedeutet, dass schon mit Erfüllung des Regebeispiels nach einer Gesamtbetrachtung mit der Wegnahme unmittelbar angesetzt wird, der Versuchsbeginn liegt vor.⁴⁰

33 Beteiligung

Da es sich bei dem Merkmal „gewerbsmäßig“ um ein täterbezogenes Regelbeispiel handelt, ist nach h.M. § 28 Abs. 2 StGB analog anwendbar.

Beispiel

A stiehlt gewerbsmäßig in Kaufhäusern. B hilft ihm dabei ab und zu, handelt aber selbst nicht gewerbsmäßig.

A ist strafbar nach §§ 242, 243 StGB. B ist unter Anwendung von § 28 Abs. 2 StGB in Durchbrechung der Akzessorietät nach § 242, 27 StGB zu bestrafen.⁴¹

34 Konkurrenzen

Aufgrund des Charakters der Vorschrift als Strafzumessungsvorschrift kann es keine eigenen Konkurrenzen geben. Es gelten die Konkurrenzen zu § 242 StGB.⁴²

⁴⁰ Schramm Jus 2008, 777.

⁴¹ Siehe zu § 28 StGB Band 1, Rn. 357 ff.

⁴² Siehe Rn. 24.