

ARBEITSBLATT 4 – DIEBSTAHL UND UNTERSCHLAGUNG

I. EINFÜHRUNG

Die Straftaten gegen das Vermögen können unterteilt werden in Straftaten gegen das Eigentum und Straftaten gegen das Vermögen als Ganzes (z.B. §§ 253, 255, 263, 266). Die Diebstahlsdelikte und die Unterschlagung (geregelt im 19. Abschnitt des StGB) gehören dabei zu den Straftaten gegen das Eigentum.

Kennzeichnend für die Straftaten gegen das Eigentum ist, dass das Tatobjekt unabhängig von seiner wirtschaftlichen Werthaltigkeit geschützt ist, während die Vermögensdelikte im engeren Sinn einen Vermögensschaden erfordern.

In § 242 ist der Grundtatbestand des Diebstahls geregelt. Die §§ 244 und 244a regeln Qualifikationen des Grundtatbestandes. § 243 enthält keine (abschließenden) Tatbestände oder Qualifikationen, sondern Strafzumessungsregeln (für besonders schwere Fälle) in der Form sog. Regelbeispiele. Die §§ 247 und 248a bestimmen ein Strafantragserfordernis in bestimmten Fällen. Die §§ 248b und 248c schließen Strafbarkeitslücken, welche die Diebstahlstatbestände lassen. Sie gehen weiter als diese, da sie schon bloße Nutzungsrechte schützen.

Die Unterschlagung ist in § 246 geregelt, wobei sich in Absatz 2 eine Qualifikation findet.

II. DIEBSTAHL (§ 242)

Geschützte Rechtsgüter des § 242 sind nach h.M. das Eigentum und auch der Gewahrsam. Dies bedeutet, dass sowohl der Eigentümer als auch der Gewahrsamsinhaber zu den durch die Tat „Verletzten“ gehören können.

Aufbau:

I. Tatbestand

1. Objektiver Tatbestand
-Wegnahme einer fremden beweglichen Sache
2. Subjektiver Tatbestand
 - a) Vorsatz bzgl. 1.
 - b) Zueignungsabsicht
3. Objektive Rechtswidrigkeit der erstrebten Zueignung und entsprechender Vorsatz

II. Rechtswidrigkeit

III. Schuld

§ 243 prüft man am Besten nach der Schuld als eigenen Punkt „IV. Strafzumessung“. Könnte ein Raub begangen worden sein, so sollte zunächst § 249 geprüft werden und anschließend § 242.

1. Objektiver Tatbestand

a) Fremde bewegliche Sache

DEFINITION: Sachen sind alle körperlichen Gegenstände (im Sinne des § 90 BGB) ohne Rücksicht auf ihren wirtschaftlichen Wert.

Elektrische Energie ist keine Sache. Hier greift § 248c ein. Auch Daten sind keine Sachen, weshalb der "Diebstahl" geistigen Eigentums ungenau formuliert ist. Das unzulässige Kopieren von Computerprogrammen oder Musik oder DVD's unterfällt nicht § 242.

Tiere sind im Ergebnis unstrittig Sachen im Sinne des § 242, da sie eigentumsfähig sind und daher auch des Schutzes durch das Strafrecht bedürfen. Die Begründung dafür ist unterschiedlich. Teilweise wird vertreten, dass das Strafrecht einen eigenständigen Sachbegriff kenne, der auch Tiere umfasse.

Andere greifen auf § 90a BGB zurück (Satz 3 ermächtigt zu Heranziehung der Vorschriften über Sachen im Wege der Analogie⁵³).

Streitig ist weiterhin die Sachqualität des Leichnams. Ein Teil der Lehre geht davon aus, dass die menschliche Leiche der „Rückstand der Persönlichkeit“ sei und als solcher weder das Objekt von Sachenrechten, noch eine Sache im Rechtssinne sein könne.

Die herrschende Meinung geht davon aus, dass Leichen eine Sachqualität zukommt. Der Versuch, die Achtung des Pietätsempfindens durch den Begriff des Rückstands der Persönlichkeit zu sichern, ist hier nicht notwendig. Der Begriff der Sache ist von solchen Erwägungen frei zu halten.

Für die Anwendbarkeit des Strafrechts ist es daher entscheidend, ob die Leiche in fremdem Eigentum steht.

Im Übrigen ist unstreitig, dass Mumien, Moorleichen, Skelette oder Anatomieleichen allgemein als Sache zu qualifizieren sind.

DEFINITION: Beweglich ist eine Sache, wenn sie tatsächlich fortbewegt werden kann.

Der Begriff der Beweglichkeit bestimmt sich nicht nach bürgerlichem Recht (§§ 93, 94 BGB), sondern nur danach, ob die Sache tatsächlich fortbewegt werden kann. Auch Gegenstände, die erst zum Zweck der Wegnahme von einer unbeweglichen Sache gelöst werden, sind daher bewegliche Sachen.

DEFINITION: Fremd ist eine Sache, wenn sie zumindest auch im Eigentum eines anderen steht.

Die Fremdheit bestimmt sich nur nach den Kriterien des bürgerlichen Rechts. Nicht erfasst sind solche Gegenstände, die im Alleineigentum des Täters stehen oder im bürgerlich- rechtlichen Sinne herrenlos sind (§ 958 ff. BGB).

Verlorene oder verlegte Sachen verbleiben (zunächst) im Eigentum des Berechtigten. Hier ist zu prüfen, ob eine Dereliktion nach § 959 BGB vorliegt. Nach einer solchen ist die Sache herrenlos.

Herrenlose Sachen werden zu fremden Sachen, wenn der Berechtigte von seinem Aneignungsrecht Gebrauch macht.

Beispiel: Aneignungsrecht des Jagdausübungsberechtigten nach § 1 I BJagdG

Eine Abweichung zum bürgerlichen Recht gilt insofern, als die dort geltenden Rückwirkungsfiktionen (§§ 142, 184, 1953 BGB) im Strafrecht nicht gelten.

Fall 1 (Lösungsvorschlag):

A. Strafbarkeit des S

§ 242 I – durch das „Zurückholen“ des Liebermann

Indem S das Gemälde aus der Galerie des A zurückgeholt hat, könnte er sich gern. § 242 I wegen Diebstahls strafbar gemacht haben.

1. Objektiver Tatbestand

Hierzu müsste S zunächst eine fremde bewegliche Sache weggenommen haben.

a) Zu klären ist, ob es sich bei dem Gemälde um eine fremde bewegliche Sache handelte.

Sachen sind alle körperlichen Gegenstände ohne Rücksicht auf ihren wirtschaftlichen Wert. Beweglich ist eine Sache, wenn sie tatsächlich fortbewegt werden kann.

Bei dem Gemälde handelt es sich um einen körperlichen Gegenstand, der tatsächlich fortbewegt werden kann und somit um eine bewegliche Sache i. S. v. § 242.

Fremd ist eine Sache, wenn sie im Eigentum eines anderen steht.

Somit sind die Eigentumsverhältnisse am Gemälde zu klären.

⁵³ Krey/Hellmann BT2 § 1 Rn 1.

Zunächst war B Eigentümer, in Erfüllung des Tauschgeschäftes hat er den Liebermann aber gem. § 929 S. 1 BGB an A übereignet – damit wäre das Gemälde eine dem Diebstahl durch S zugängliche fremde Sache⁵⁴.

Fraglich ist, ob sich daran aufgrund der Anfechtung gem. § 123 BGB durch B etwas ändert. Die Anfechtung nach § 123 BGB schlägt auf das dingliche Geschäft durch (sog...Fehleridentität") – zivilrechtlich kommt damit die ex-tunc-Wirkung des § 142 I BGB zur Anwendung, weshalb auch die Übereignung als von Anfang an unwirksam anzusehen ist.

Würde diese Rückwirkung auch für das Strafrecht gelten, dann wäre das Gemälde zu keinem Zeitpunkt als im Eigentum des A stehend anzusehen. Nach einhelliger Ansicht kann es jedoch im Strafrecht bei der Entscheidung über die Tatbestandsmäßigkeit eines Verhaltens nur auf die Sach- und Rechtslage ankommen, die im Augenblick des Handeins tatsächlich bestanden hat; sonst könnte die Handlung nachträglich strafbar bzw. straflos werden, die bei ihrer Vornahme noch anders zu beurteilen war; solche Rückwirkungsfiktionen sind dem Strafrecht wesensfremd⁵⁵.

Deshalb ist die Sache im Tatzeitpunkt als im Eigentum des A stehende und somit für S fremde Sache anzusehen.

b) Ferner müsste S das Gemälde weggenommen haben.

Unter einer Wegnahme versteht man den Bruch fremden und die Begründung neuen, nicht notwendigerweise tätereigenen Gewahrsams.

Gewahrsam ist die vom natürlichen Herrschaftswillen getragene tatsächliche Sachherrschaft über die Sache.

Der Gewahrsam des A wurde ohne dessen Willen aufgehoben indem S eigenen Gewahrsam begründete. Eine Wegnahme liegt somit vor.

2. Subjektiver Tatbestand

a) Vorsatz bzgl. Wegnahme einer fremden beweglichen Sache(+)- maßgeblicher Zeitpunkt: Vornahme der tatbestandsmäßigen Handlung

b) Absicht rechtswidriger Zueignung- S handelte in der Absicht, die Sache dem 8 zuzueignen. Er hatte somit Drittzueignungsabsicht⁵⁶. Diese Absicht umfasste auch die Rechtswidrigkeit der Zueignung, da im Zeitpunkt der Tat kein Rückübereignungsanspruch des B bestand.

3. Rechtswidrigkeit und Schuld (+)

4. Ergebnis: § 242 I (+)⁵⁷.

B. Strafbarkeit des B

§§ 242 I, 26

B hat sich gemäß §§ 242 I, 26 wegen Anstiftung zum Diebstahl strafbar gemacht, da er den Tatentschluss des S zur Begehung der vorsätzlich rechtswidrigen Haupttat in Gestalt des Diebstahls an dem Gemälde hervorgerufen hat und sowohl hinsichtlich der Anstiftungshandlung als auch bzgl. der Haupttat vorsätzlich handelte.

Auch hier stellt sich die Frage, wie der menschliche Leichnam zu behandeln ist. Grundsätzlich stehen Leichen in niemandes Eigentum; sie sind dem Rechtsverkehr entzogen. Ausnahmsweise sind aber auch Leichen fremde Sachen, wenn sie – zulässigerweise – der Bestattung entzogen und Museen oder wissenschaftlichen Instituten überlassen sind.

Andere bejahen eine Aneignungsfähigkeit, wenn das Persönlichkeitsrecht oder die Pietätsbindung erlischt.

Für den Schutz eines Leichnams greift daher grundsätzlich nur § 168 StGB ein.

⁵⁴ Würde das Gemälde im Zeitpunkt der Rückholung im Eigentum des B stehen, wäre es für S zwar auch eine fremde Sache, die Wegnahme würde jedoch am tatbestandsausschließenden Einverständnis des B scheitern.

⁵⁵ vgl. dazu Wessels/Hillenkamp BT2 Rn 70; Rengier BT1 § 2 Rn 8.

⁵⁶ Problem: Selbstzueignungs- oder Drittzueignungsabsicht? Vor Einführung der Drittzueignungsabsicht mit dem 6. StrRG wurden nach h.M. alle Fälle als Selbstzueignungsfälle angesehen, bei denen sich der Täter einen wirtschaftlichen, auch nur mittelbaren Nutzen oder Vorteil im weitesten Sinne versprach; für diese Ansicht sprachen gewichtige kriminalpolitische Erwägungen, da andernfalls als strafwürdig empfundene Verhaltensweisen nicht hätten erfasst werden können – nach heutigem Recht erscheint die Konstruktion einer Selbstzueignungsabsicht in derartigen Fällen nicht mehr notwendig, vielmehr lassen sie sich zwanglos als Drittzueignungsfälle qualifizieren so übereinstimmend Rengier BT1 § 2 Rn 76 und Wessels/Hillenkamp BT2 Rn 155).

⁵⁷ § 243 I 2 Nr. 1, 5 liegen schon tatbestandlich nicht vor – hierfür enthält der Sachverhalt keine ausreichenden Anhaltspunkte.

b) Wegnahme

DEFINITION: Unter einer **Wegnahme** versteht man die Aufhebung fremden und die Begründung neuen, nicht notwendig, doch regelmäßig tätereigenen Gewahrsams gegen oder ohne den Willen („Bruch“) des Berechtigten⁵⁸.

aa) Grundlegende Frage ist daher zunächst, was unter dem Begriff des Gewahrsams zu verstehen ist.

DEFINITION: Gewahrsam ist

- die von einem natürlichen Herrschaftswillen getragene (=Sachherrschaftswille)
- tatsächliche Sachherrschaft über eine Sache.

Kennzeichen für den Gewahrsam sind daher zwei Elemente; die tatsächliche Herrschaftsgewalt und der Sachherrschaftswille. Diese Elemente sind aber „nach den Umständen des einzelnen Falles unter Berücksichtigung der Anschauungen des Verkehrs oder des täglichen Lebens“⁵⁹ zu bestimmen.

Mit dem Eigentum hat der Gewahrsam nichts zu tun. Es kommt nicht auf die zivilrechtliche Zuordnung einer Sache an -diese ist nur ausschlaggebend für die „Fremdheit“ einer Sache, sondern auf die tatsächliche Herrschaft über diese. Aber auch der zivilrechtliche Besitz ist nicht mit dem Gewahrsam gleichbedeutend.

Beispiel: Der mittelbare Besitzer (§ 868 BGB) ist nicht zwingend Gewahrsamsinhaber. Dagegen kann ein Besitztener (§ 855 BGB), der keinen Besitz hat, Gewahrsam begründen.

Gegenstände, die jemand in der Hand, in seiner Kleidung oder in Taschen, Beuteln usw. bei sich trägt, stehen in seinem Gewahrsam („Körpersphäre“).

Die Berücksichtigung der Verkehrsanschauung führt dazu, dass die tatsächliche Herrschaftsgewalt auch bei einer räumlichen Trennung von der Sache vorliegen soll. Man spricht dann von einer Gewahrsamslockerung.

Beispiel: Der Student hat Gewahrsam an seinem vor dem KG II abgestellten Fahrrad, auch wenn er sich im Seminar befindet; Der Wohnungsinhaber hat Gewahrsam an den Sachen in der Wohnung, auch wenn er in den Urlaub fährt; Der Bauer hat Gewahrsam über den Pflug auf dem weit entfernt liegenden Feld.

Es soll zudem ausreichen, wenn der Herrschaftswille generell vorhanden ist und potentiell gebildet werden kann.

Beispiel: Auch ein Bewusstloser (dies selbst dann, wenn er vor dem Tod nicht mehr aus der Bewusstlosigkeit erwacht) oder ein Schlafender haben daher Gewahrsam an einer Sache. Auch ein ständiges gedankliches Erfassen der eigenen Gewahrsamsobjekte ist nicht nötig.

Gewahrsamssphäre und genereller Gewahrsam: Inhaber eines räumlichen Machtbereichs erlangen den Gewahrsam nach der sozialen Anschauung auf Grund eines generellen Gewahrsamswillens (Briefkasten, Wohnung, Geschäftsraum).

Beispiel: Verlorene Sachen in einem Kino gehen in den Gewahrsam des Kinoinhabers über. Bei vergessenen Sachen besteht wohl nur Mitgewahrsam.

Bei Sachen, die ohne seinen Willen in seinen Gewahrsamsbereich verbracht wurde, muss der Gewahrsamsinhaber aber keinen Gewahrsam begründen.

Es ist möglich, dass mehrere Personen Träger der tatsächlichen Verfügungsgewalt sind, es also **mehrere Gewahrsamsinhaber** gibt. Dabei wird zwischen übergeordnetem, gleichberechtigtem und

⁵⁸ Diese Definition darf nicht ohne weiteres auf die Wegnahmebegriffe in den §§ 168 und 289 übertragen werden.

⁵⁹ BGHSt 40, 23.

bloß untergeordnetem Gewahrsam unterschieden, wobei der untergeordnete Gewahrsamsinhaber im Verhältnis zum übergeordneten Gewahrsamsinhaber keinen Gewahrsam hat. Eine Wegnahme liegt daher beim Bruch übergeordneten oder gleichgeordneten Gewahrsams vor. Fälle von untergeordnetem Gewahrsam liegen regelmäßig bei Besitzdienern vor. Es geht hier hauptsächlich um Fälle von Gewahrsamsverhältnissen innerhalb von Dienst-, Arbeits- und Auftragsverhältnissen.

Ladenangestellte haben gegenüber dem Geschäftsführer allenfalls untergeordneten Gewahrsam; dieser ist Gewahrsamsinhaber.

Dagegen haben Kassierer Alleingewahrsam an dem in der Kasse befindlichen Geld, wenn sie die Kasse in alleiniger Verantwortung führen. Dies ist dann der Fall, wenn bis zu Abrechnung nach Geschäftsschluss niemand Geld aus der Kasse entnehmen darf.

Entnimmt der Kassierer Geld für sich, liegt eine (veruntreuende) Unterschlagung vor.

Der Gewahrsam **endet**, wenn die tatsächliche Herrschaft endet und/ oder der Sachherrschaftswille aufgegeben wird. Eindeutig ist dies beim Verlust der Sache.

Dagegen bleibt der Gewahrsam im Fall des **Vergessens** der Sache bestehen, solange der Berechtigte weiß, wo sich die Sache befindet und er sie sich ohne äußere Hindernisse zurückerlangen kann.

Einen natürlichen Herrschaftswillen können auch Kinder, Geisteskranke und Bewusstlose haben. Dieser Wille endet erst mit dem Tod oder der endgültigen Aufgabe des Herrschaftswillens.

Bei juristischen Personen ist auf den Geschäftsführer oder Behördenleiter abzustellen, da jur. Personen keinen eigenen Herrschaftswillen bilden können.

bb) Begründung neuen Gewahrsams

Neuer Gewahrsam wird regelmäßig begründet, wenn die Herrschaftsmacht des alten Gewahrsamsinhabers über die Sache vollständig aufgehoben wird.

Problematisch ist dabei der Gewahrsamswechsel im „Tabubereich“ (Schaffung einer Gewahrsamsenklaue). Diese Fälle sind dadurch gekennzeichnet, dass innerhalb des Machtbereichs eines Anderen, z.B. in Kaufhäusern und Selbstbedienungsläden, kleinere und leicht transportable Sachen in der Kleidung oder am Körper verborgen werden und so aus dem Laden geschafft werden. Hat der Täter die Sachen so eng in seine „höchstpersönliche Sphäre“ gebracht, so wird nach der Verkehrsauffassung der alte Gewahrsam schon im Machtbereich des Anderen gebrochen. Die Begründung liegt hierfür im Persönlichkeitsrecht des Täters. Die Körpersphäre ist mit einem besonderen Tabu umgeben, in die auch ein Verletzter nicht ohne weiteres eindringen darf.

Der Diebstahl ist keine heimliche Tat, weshalb die Beobachtung der Tat durch eine eingriffsbereite Person den Gewahrsamswechsel nicht hindert, es sei denn es liegt ein Einverständnis seitens des Gewahrsamsinhabers vor.

Fall 2 (Lösungsvorschlag):

§ 242 I

T könnte sich gemäß § 242 I strafbar gemacht haben, indem er die Landjäger in die Hosentasche steckte.

1. Objektiver Tatbestand

a) Die Landjäger sind für T fremde, bewegliche Sachen.

b) Diese müsste T weggenommen haben. Unter einer Wegnahme versteht man den Bruch fremden und die Begründung neuen, nicht notwendigerweise tätereigenen Gewahrsams - Bruch bedeutet dabei die Aufhebung des Gewahrsams gegen bzw. ohne den Willen des Gewahrsamsinhabers.

Zunächst ist somit zu fragen, ob vorliegend fremder Gewahrsam durch T gebrochen wurde.

Gewahrsam ist die von einem natürlichen Herrschaftswillen getragene tatsächliche Sachherrschaft – unter Berücksichtigung der jeweiligen Verkehrsauffassung.

Hier: Verkehrsauffassung ordnet Gewahrsam i.S.d. tatsächlichen Sachherrschaft an den ausgestellten Produkten dem Geschäftsinhaber Z zu -auf Willen/Bewusstsein bezogen auf Einzelgegenstände kommt es bei Inhaberschaft eines

räumlichen Machtbereiches nicht an, vielmehr wird ein genereller Gewahrsamswille als ausreichend erachtet.

Fraglich ist, ob der Annahme des Bruchs fremden Gewahrsams möglicherweise eigener Gewahrsam des T entgegensteht.

Teilweise werden Ladenangestellte als bloße Gewahrsamshüter angesehen, die überhaupt keinen Gewahrsam haben, zum Teil wird untergeordneter Gewahrsam angenommen (dazu Rengier BT1 § 2 Rn 17 f.)

Keinesfalls aber haben sie gleichberechtigten Mitgewahrsam oder gar übergeordneten Gewahrsam - nur gegenüber untergeordnetem Gewahrsamsträger entfielen Möglichkeit der Wegnahme.

Ein Bruch des Gewahrsams liegt vor, da die Aufhebung gegen den Willen des (zumindest übergeordneten) Gewahrsamsinhabers M erfolgte- daher hier Bruch fremden Gewahrsams zu bejahen (in der bloßen Beobachtung durch die Frau des Metzgers liegt kein Einverständnis mit der Wegnahme).

Somit stellt sich die Frage, ob T auch neuen Gewahrsam begründet hat.

Die Begründung neuen Gewahrsams wird bejaht im Falle der Schaffung einer „Gewahrsamsenklave“ durch die Verbringung der Sache in einen "Tabubereich", also in die höchstpersönliche, im Hinblick auf das allgemeine Persönlichkeitsrecht besonders geschützte Sphäre des Täters.

Durch das Verbergen oder Verstecken kleinerer, leicht transportabler Gegenstände in bzw. unter der Kleidung oder in mitgeführten Taschen entsteht nach der Verkehrsauffassung selbst in fremdem Machtbereich (z.B. auch in einem Kaufhaus) neuer Gewahrsam⁶⁰, da eine intensivere Herrschaftsbeziehung hinsichtlich kleiner Gegenstände kaum denkbar sei. Damit ist vorliegend auch die Begründung neuen Gewahrsams zu bejahen.

Die vollendete Wegnahme einer fremden beweglichen Sache durch T liegt somit vor.

2. Subjektiver Tatbestand: Vorsatz und Zueignungsabsicht unproblematisch(+)
3. Rechtswidrigkeit, Schuld(+)
4. Ergebnis: § 242 I erfüllt (§ 248a ist wegen der Geringwertigkeit der Landjäger zu beachten).

In anderen Fällen tritt ein Wechsel des Gewahrsams erst dann ein, wenn die fremde Gewahrsamssphäre verlassen wird (z.B. Passieren der Kasse; des Hauses). Auch Verkaufsflächen außerhalb des Geschäfts können zu einem fremden Herrschaftsbereich gehören.

Diese Grundsätze gelten entsprechend außerhalb eines Ladenbereichs.

Ist der Gewahrsamswechsel noch nicht vollzogen, kann nur eine Gewahrsamslockerung angenommen werden. Z. B. bei der Überreichung eines Kleides zur Anprobe.

cc) durch Bruch

gegen oder ohne den Willen des Berechtigten. Das Merkmal der Wegnahme entfällt, wenn ein sog. tatbestandsausschließendes Einverständnis vorliegt (natürliche Einsichtsfähigkeit muss gegeben sein). Dabei genügt die innere und nicht nach außen erklärte Zustimmung. Auch bei einem durch Täuschung, Drohung oder Gewalt erreichten Einverständnis entfällt die Wegnahme, da sich der "Bruch" fremden Gewahrsams und die willentliche Übertragung gegenseitig ausschließen.

Die Beobachtung der Tat beinhaltet grundsätzlich kein Einverständnis mit der Wegnahme.

Anders ist dies bei der sog. **Diebesfalle**. Hier kommt es dem Eigentümer gerade darauf an, den Täter auf frischer Tat zu ertappen. Dafür ist das Einverständnis mit dem Gewahrsamswechsel notwendig. Da das Merkmal der Wegnahme nicht erfüllt ist, kann der Täter nicht wegen einer vollendeten Tat bestraft werden. Der Täter macht sich hier wegen eines versuchten Diebstahls strafbar.

Beispiel: Polizist präpariert Geldschein so, dass ein Verdächtiger, der den Geldschein an sich nimmt, durch Spuren an den Händen überführt werden kann.

Nach herrschender Meinung kann man das Einverständnis an Bedingungen knüpfen. Ein solches bedingtes Einverständnis wird benötigt, wenn das Gegenüber nicht getäuscht werden kann (sonst greift § 263 ein). Hauptanwendungsfall ist die automatisierte Geld- und Warenausgabe. Hier erklärt sich der Aufsteller für den Gewahrsamswechsel nur bereit, wenn der Mechanismus des Automaten ordnungsgemäß betätigt wird.

⁶⁰ dazu BGHSt 16, 271.

Beispiel: Täter präpariert einen Geldschein so, dass er in einen Geldwechselautomaten eingeführt wird und nach Passieren der Lichtschranke wieder herausgezogen werden kann, wobei der Auswurf des Wechselgeldes dadurch ausgelöst wird.

2. Vorsatz

a) Vorsatz

Der Vorsatz muss sich auch beim Diebstahl auf alle objektiven Tatbestandsmerkmale beziehen. Ist dies nicht gegeben, so liegt ein Tatbestandsirrtum vor.

b) Zueignungsabsicht

Die Zueignungsabsicht ist ein besonderes subjektives Tatbestandsmerkmal, das vom Vorsatz unterschieden werden muss. Es kommt dabei allein auf die subjektive Vorstellung im Zeitpunkt der Wegnahme an. Die subjektive Vorstellung muss dabei auf die eigentumsrechtliche Position gerichtet sein.

Die Zueignung setzt eine **(dauernde) Enteignung** und eine **(wenigstens vorübergehende) Aneignung** voraus.

Dabei genügt in Bezug auf die Enteignung *dolus eventualis*. Erfasst wird die gewollte faktische dauerhafte Verdrängung des Berechtigten aus seiner Sachherrschaftsposition.

Für Aneignung ist Absicht (*dolus directus* 1. Grades) erforderlich. Sie drückt die beabsichtigte Einverleibung der Sache in das Vermögen des Täters oder eines Dritten aus.

Die Differenzierung zwischen Enteignung und Aneignung soll Strafbarkeitslücken vermeiden, die entstehen würden, weil der Dieb die Enteignung normalerweise nur in Kauf nimmt (und Absicht hier selten vorliegt).

Gegenstand der Zueignung ist nach der **Vereinigungsformel**

- die Sache selbst (**Substanztheorie**) oder subsidiär
- der in der Sache verkörperte Wert (**Sachwerttheorie**).

Dem Merkmal der **Enteignung** kommt die wichtige Funktion zu, den Diebstahl von der bloßen Gebrauchsanmaßung (*strafloser furtum usus*) zu trennen. Will der Täter dem Berechtigten die Sache wieder zurückgeben liegt kein Diebstahl vor, es sei denn, dass der Sache ein innewohnender Sachwert entzogen werden soll.

Fall 4 (Lösungsvorschlag):

§ 242 I – durch das Ansichnehmen des Sparbuchs

1. Objektiver Tatbestand

Wegnahme einer fremden beweglichen Sache? – Sparbuch als fremde bewegliche Sache (+) – Wegnahme: Bruch fremden, Begründung eigenen Gewahrsams durch das Ansichnehmen des Sparbuchs (+)

2. Subjektiver Tatbestand

Vorsatz bzgl. der Wegnahme liegt vor. Fraglich ist, ob R in der Absicht handelte, sich das Sparbuch rechtswidrig zuzueignen.

Problem: Gegenstand der Zueignung – was genau ist das Zueignungsobjekt?

- (ältere) *Substanztheorie*: Der Täter will *die Sache selbst ihrer Substanz nach* endgültig dem Berechtigten entziehen und wenigstens vorübergehend in sein Vermögen einverleiben. Zueignungsobjekt ist also die Sachsubstanz.

Hiernach würde es vorliegend an der Zueignungsabsicht fehlen, da R das Sparbuch als solches (seiner Substanz nach) der Eigentümerin nicht dauerhaft entziehen wollte. Vielmehr handelte sie hinsichtlich der Substanz mit Rückführungswille, weshalb es bzgl. der Substanz an der Enteignungsabsicht fehlen würde.

- *Sachwerttheorie*: Gegenstand der Zueignung ist ein in der Sache verkörperter oder ihr innewohnender Sachwert.

Nach dieser wirtschaftlichen Betrachtungsweise ist das Zueignungsobjekt somit der Sachwert.

Das Sparbuch verkörpert einen dem jeweiligen Guthaben entsprechenden Sachwert, diesen beabsichtigte R sich zuzueignen; An- und Enteignungskomponente sind nach der Sachwerttheorie somit erfüllt.

- heute h.M.: Vereinigungstheorie, die eine Verbindung zwischen Substanz- und Sachwerttheorie darstellt; das Wesen der Zueignung wird darin erblickt, dass der Täter die Sache selbst oder den in ihr verkörperten Sachwert mit Ausschlusswirkung gegen den Eigentümer dem eigenen Vermögen einverleibt.

In vorliegendem Fall kann also mangels Zueignung der Substanz ergänzend auf die Sachwertzueignung: rekuriert werden; Zueignungsabsicht daher nach h.M. zu bejahen.

Da die R auch keinen Anspruch hinsichtlich des durch das Sparbuch verkörperten Werts inne hatte, handelte sie mit der Absicht, sich diesen Wert rechtswidrig zuzueignen.

13. Rechtswidrigkeit, Schuld(+)

14. Ergebnis: § 242 I erfüllt

Exkurs (Problematik nur angerissen, da Betrug noch nicht bekannt):

II. § 263 I – durch unberechtigte Vorlage bei der Bank

- denkbar in Form eines sog. „Dreieckbetruges“, bei dem Getäuschter = Verfügender und Geschädigter nicht identisch zu sein brauchen.
- dies ist indes schon in objektiver Hinsicht problematisch: Voraussetzung wäre eine Irrtumserregung infolge einer Täuschungshandlung der R; da es sich bei Sparbüchern um Namenspapiere mit Inhaberklausel (§ 808 I BGB) handelt, wird die Bank durch Auszahlung an den Inhaber des Sparbuches frei, vorliegend also durch die Auszahlung an R; angesichts dieser rechtlichen Ausgestaltung macht sich der auszahlende Bankangestellte über die Berechtigung des Inhabers regelmäßig keinerlei Gedanken, daher wohl schon objektiv keine Irrtumserregung; jedenfalls aber subjektiv kein Vorsatz insofern, selbst wenn sich der Bankangestellte geirrt haben sollte (so die h.M., z.B. Krey/Hellmann BT2 § 1 Rn 53; Betrug bejahend dagegen Maurach/Schröder/Maiwald, BT1 § 33 Rn 50).

Der Fall zeigt, dass auch die Enteignung des Sachwerts genügt. Allerdings gilt dies nur, wenn in der entwendeten Sache als solcher der wirtschaftliche Wert verkörpert ist, der ihr entzogen wird („*lucrum ex re*“ – Beispiele: Sparbuch, Telefonkarte, Fahrkarte, Theaterkarte, Garderobenmarke). Wird die entwendete Sache dagegen lediglich benutzt, um sich einen wirtschaftlichen Wert anzueignen, greift die Sachwerttheorie nicht ein („*lucrum ex negatione cum re*“ – Beispiel: Personalausweis, den der Täter entwendet und bei der Bank vorlegt um seine Berechtigung zu unterstreichen und später wieder zurücklegt; ebenso bei der Entwendung und Benutzung einer codierten ec-Karte – hier dient die Karte nur als Schlüssel zum im Automaten verwahrter Geld; ihr selbst wird kein Wert entzogen).

Ein Diebstahl durch Entzug des Sachwertes kann auch dann angenommen werden, wenn eine Sache durch den Gebrauch wesentlich entwertet worden ist. Voraussetzung ist aber eine wesentliche Wertminderung. Wann die Schwelle der Wesentlichkeit überschritten ist, ist eine Wertungsfrage im Einzelfall.

Beispiel: Urlaubsreise mit entwendetem "ausgeliehenem" PKW -- wenn in einem solchen Fall nur eine Gebrauchsanmaßung nach § 248b vorliegt, darf dessen Wertung nicht durch eine Bestrafung des Täters nach § 242 in Bezug auf das zwangsläufig mitverbraachte Benzin unterlaufen werden.

Weitere Fälle in denen das Merkmal der Enteignung Schwierigkeiten bereitet:

- Der Vortäter, der die von ihm gestohlene Sache zunächst einem Hehler verkauft hat und später diesem wieder wegnimmt, um sie dem Eigentümer zurückzugeben, handelt ohne Zueignungsabsicht.
- Wehrpflichtiger nimmt einem Kameraden am Ende seiner Dienstzeit dessen Mütze weg, um sie bei der Ausmusterung als „seine“ zurückzugeben und auf diese Weise Schadensersatzzahlungen zu verhindern. Auch hier liegt kein Vorsatz vor, die Bundeswehr zu enteignen, da der Mütze kein wirtschaftlicher Wert entzogen wird und in ihrer Substanz dem Eigentümer zurückgegeben wird (hier: *lucrum ex negatione cum re*; aber möglicherweise Erfüllung des § 263).

- T nimmt einem Finder einen gefundenen Gegenstand oder eine gefundenes Tier weg, um das Objekt als angeblicher ehrlicher Finder dem Eigentümer gegen die versprochene Belohnung zurückzubringen. Hier will T nur als Fremdbesitzer in Erscheinung treten und dem berechtigten Eigentümer in Anerkennung dessen Eigentums die Sache wieder verschaffen. Der Eigentümer soll das Objekt auch ohne Werteinbuße erhalten (möglicherweise Betrug zu Lasten des Finders).
- Zu den sog. Fahrzeugrückführungsfällen:

Fall 3 (Lösungsvorschlag):

§§ 242 I, 243 I 2 Nr. 2, 25 II

1. Objektiver Tatbestand

Wegnahme einer fremden beweglichen Sache?

- vorliegend sind A und B eindeutig Mittäter, sie müssen sich daher die Tatbeiträge des jeweils anderen gem. § 25 II zurechnen lassen.
- Auto ist für A und B fremde bewegliche Sache – Wegnahme als Bruch fremden und Begründung neuen Gewahrsams – Gewahrsam ist die vom natürlichen Herrschaftswillen getragene tatsächliche Sachherrschaft über eine Sache unter Berücksichtigung der jeweiligen Verkehrsanschauung - bei parkenden Autos übt die tatsächliche Sachherrschaft nach der Verkehrsanschauung der Besitzer des Autos aus, die räumliche Trennung stellt lediglich eine „Gewahrsamslockerung“ dar⁶¹.
- durch Kurzschließen des Wagens gegen den Willen des Z wurde dessen Gewahrsam gebrochen und

2. Subjektiver Tatbestand

a) Vorsatz bzgl. Wegnahme(+)

b) Absicht rechtswidriger Zueignung?

Unter dem Begriff der Zueignung versteht man *die Anmaßung einer eigentümerähnlichen Verfügungsgewalt durch*

- *zumindest vorübergehende Einverleibung des Zueignungsobjekts in das eigene Vermögen (Aneignungskomponente)*
- *unter endgültiger Ausschließung des Eigentümers (Enteignungskomponente)*

Vorliegend handelten A und B in der Absicht, das Auto für die Dauer der Spritzfahrt, also vorübergehend, zu nutzen – dies stellt die Anmaßung einer eigentümerähnlichen Verfügungsgewalt durch Einverleibung der Sache in das eigene Vermögen dar. Da A und B diesbezüglich absichtlich handelten ist die Aneignungskomponente damit gegeben.

Hinsichtlich der *Enteignungskomponente* ist die faktische Verdrängung des Eigentümers aus seiner bisherigen Position erforderlich (Absicht im Sinne *dolus directus* 1. Grades erforderlich) – die Enteignung ist im Gegensatz zur Aneignung auf Dauer angelegt (bei Rückgabewille bloße, regelmäßig straflose Gebrauchsanmaßung), es genügt aber *dolus eventualis* hinsichtlich der Enteignung des Eigentümers.

Vorliegend müssten A und B also die endgültige faktische Verdrängung des Eigentümers Z aus seiner bisherigen

Position zumindest billigend in Kauf genommen haben – dies wäre zu verneinen, wenn bei A und B ein „Rückführungswille“ vorläge oder sie mit der Rückerlangung der Verfügungsgewalt durch den Berechtigten sicher rechnen durften.

Beides ist vorliegend zu verneinen: wenn ein Wagen einfach irgendwo stehen gelassen wird, ohne dass sichergestellt wird, dass der Eigentümer diesen zurückbekommt, wird die endgültige faktische Verdrängung des Eigentümers aus seiner Position in Kauf genommen – dass die Enteignung vorliegend nicht die Kehrseite der Aneignung ist (denn sie beruht nicht darauf, dass sich A und B während einer Spritztour das Auto in ihr

⁶¹ BGH GA 1962, 78; Wessels/Hillenkamp BT 2 Rn 80.

Vermögen einverleiben), schadet nach h.M. nicht. Somit ist auch die Enteignungskomponente gegeben.

Da A und B auch keinen fälligen und einredefreien Anspruch hinsichtlich des Pkws geltend machen können, handelten sie in der Absicht, sich den Pkw rechtswidrig zuzueignen.

3. Rechtswidrigkeit, Schuld(+)

4. § 243 – Vorliegen eines Regelbeispiels?

a) § 243 I 2 Nr. 2 ist in objektiver Hinsicht erfüllt.

b) Problem: Muss sich Vorsatz auch auf Regelbeispiel beziehen?

Regelbeispiele sind zwar keine Tatbestandsmerkmale, sondern bloße Strafzumessungsregeln. Nach h.M. muss sich analog §§ 15, 16 der Vorsatz auch auf Verwirklichung der Regelbeispiele beziehen, und zwar aufgrund der sachlichen Nähe von Regelbeispielen zu Qualifikationsmerkmalen⁶². Dies ist vorliegend zu bejahen.

5. Ergebnis: §§ 242 I, 243 I 2 Nr. 2, 25 II (+). Beachte: § 248b I (ausnahmsweise strafbare Gebrauchsanmaßung) tritt im Wege formeller Subsidiarität zurück.

- Eine Enteignung soll aber vorliegen, wenn der Täter dem Eigentümer eine Sache stiehlt, um sie ihm später als fremde Sache zum Verkauf anzubieten (Rückverkaufs-Fälle). In derartigen Fällen soll der Eigentümer seine Sache unter Leugnung seines Eigentums zurückerhalten. Für den Erwerb wird ein eigenständiger Rechtsgrund geschaffen; der Eigentümer muss seine Sache neu erwerben. Dementsprechend muss ihm auch vorher die Sache der Substanz nach entzogen werden.

Dem Merkmal der **Aneignung** kommt die Funktion zu, den Diebstahl von der bloßen Sachentziehung abzugrenzen (möglicherweise Strafbarkeit nach § 303).

Beispiel für Sachentziehung: A öffnet den Tierkäfig des E, um dessen Wellensittich die Freiheit zu schenken; A entwendet eine ihn betreffende Strafakte, um sie zu Hause zu verbrennen.

Die Absicht der Aneignung ist zu bejahen, wenn der Täter die weggenommene Sache selbst zumindest vorübergehend in sein Vermögen einverleiben will; also für sich behalten oder ausnutzen. Dabei kann jeder (auch vorübergehende) eigennützige Gebrauch und Verbrauch genügen. Das Behaltenwollen oder die Nutzung im eigenen Interesse unter Verdrängung des Eigentümers kennzeichnet also die Aneignungskomponente.

Daher fehlt der Aneignungswille in den Fällen, in denen der Täter die Sache nur wegnimmt, um sie wegzuerwerfen, zu beschädigen, zu zerstören oder sonst zu beseitigen.

Auch bei der Aneignungskomponente gelten die zur Sachwerttheorie gemachten Ausführungen.

Dieselben Ausführungen gelten auch für die Dritt-Aneignung. Streitfälle, die sowohl unter das Sich-Aneignen als auch unter die Dritt-Aneignung fallen können, werden heute unproblematisch vom Tatbestand erfasst. Der Streit ist daher heute nicht mehr wichtig (früher war die Dritt-Aneignung nicht vom Tatbestand erfasst; zu den noch bestehenden Streitfragen siehe Rengier § 2).

Die Aneignungskomponente erfordert ein Handeln mit *dolus directus* 1. Grades. Dies wird bei der **Wegnahme von Behältnissen** mit Inhalt relevant, da immer klar dargelegt werden muss, worauf sich die Absicht bezieht. Oftmals hat es der Täter nur auf den Inhalt abgesehen und nicht auf das Behältnis, welches er nach der Trennung nur wegwerfen will.

Ebenso wird sich bei einem Autodiebstahl die Aneignungsabsicht meist nicht auf im Wagen befindliche Sachen richten. Nimmt der Täter diese später an sich, liegt eine Unterschlagung vor.

Die Zueignungsabsicht (sowohl Enteignung als auch Aneignung) kann vom Vorliegen bestimmter Bedingungen abhängig gemacht werden. Allerdings muss für die Bejahung der subjektiven Komponente ein endgültiger Entschluss vorliegen. Dies ist dann der Fall, wenn der Täter die

⁶² Dazu Wessels/Hillenkamp BT2 Rn 210.

Enteignung und/oder die Aneignung von objektiven Bedingungen abhängig macht, auf die er selbst keinen Einfluss mehr hat.

Zur (eigenmächtigen) Inpfandnahme einer Sache siehe Rengier § 2 Rn 85.

3. Rechtswidrigkeit der erstrebten Zueignung

Die Rechtswidrigkeit der erstrebten Zueignung stellt ein objektives Tatbestandsmerkmal dar, welches am Besten nach den sonstigen objektiven und subjektiven Tatbestandsmerkmalen als eigenständiger dritter Prüfungspunkt angesprochen wird.

Die Rechtswidrigkeit entfällt dann, wenn der Täter (bei Drittzueignung der Dritte) einen fälligen und einreddefreien Anspruch auf Übereignung der weggenommenen Sache hat. Bei Stückschulden ist dies ohne weiteres einsichtig.

Beispiel: K hat einen Kaufvertrag mit V über ein Fahrrad abgeschlossen, welches dieser schon zur Abholung bereitgestellt hat. Verweigert V die Übergabe des Fahrrads ohne Grund und nimmt K daraufhin das Fahrrad heimlich aus dem Schuppen des V mit, so ist der Tatbestand nicht erfüllt, da die Zueignung nicht rechtswidrig war. Allerdings kann eine Strafbarkeit aus §§ 123, 303 vorliegen.

Bei Gattungsschulden ist der Fall der Wegnahme von Geldscheinen besonders relevant. Geldschulden sind Gattungsschulden. Der Schuldner hat bei Gattungsschulden das Recht, die zur Erfüllung der Schuld bestimmten Sachen auszuwählen (§ 243 BGB). Einen Anspruch auf genau die weggenommenen Geldscheine kann der Täter daher nie nachweisen. Die Rechtsprechung hält die eigenmächtige Zueignung von Geld daher für rechtswidrig.

Beispiel: K schuldet dem V 200 € für ein verkauftes und übergebenes Fahrrad. Bei einem Besuch nimmt V heimlich zwei 100 € Scheine mit.

in der Lehre wird dem entgegengehalten, dass das Auswahlrecht des Schuldners im Falle von Geld geradezu sinnlos wäre. Geld sei ein Wertsummenträger, bei dem nicht eine Sache von mittlerer Art und Güte ausgesucht werden könne. Bei Geldschulden wird daher von einem Teil der Lehre die Rechtswidrigkeit der Zueignung verneint, wenn der Täter einen Anspruch auf die Wertsumme des weggenommenen Geldes hat.

Auf andere Gattungsschulden kann diese Lehre aber nicht übertragen werden (hier liegen meist nach Art und Güte unterschiedliche Sachen vor).

4. Versuch, Vollendung, Beendigung

Der Versuch des Diebstahls ist strafbar (§ 242 II).

Zwei weitere Zeitpunkte sind für die Strafbarkeit relevant. Zum einen die Vollendung der Tat und zum anderen die Beendigung der Tat.

Vollendet ist die Tat bereits mit dem Vollzug der Wegnahme, also mit der Begründung neuen Gewahrsams. Mit dem Zeitpunkt der Vollendung ist ein strafbefreiender Rücktritt nach § 24 nicht mehr möglich. Und bis zur Vollendung muss auch die Zueignungsabsicht gefasst worden sein, da ansonsten nur eine Unterschlagung in Betracht kommt.

Beendet (endgültig abgeschlossen) ist die Tat erst, wenn der Gewahrsam an den entwendeten Sachen gefestigt und gesichert ist. Dies ist zumeist dann der Fall, wenn der Täter sich nicht mehr im räumlichen Herrschaftsbereich des bisherigen Gewahrsamsinhabers befindet und auch nicht verfolgt wird.

Zwischen Vollendung und Beendigung können nach h.M. zum einen die qualifizierenden Merkmale des § 244 noch verwirklicht werden und zum anderen soll eine sukzessive Mittäterschaft oder Beteiligung möglich sein.

Zu unterscheiden sind die Zeitpunkte der Vollendung der Tat und deren Beendigung (warum?)

5. Mittäterschaft und Teilnahme

Nach § 25 II können lediglich objektive Tatbestandsmerkmale gegenseitig zugerechnet werden. Bei der Zueignungsabsicht handelt es sich allerdings um ein besonderes subjektives Tatbestandsmerkmal. Daher muss bei jedem Mittäter eines Diebstahls (auch eines Raubes) dieses besondere subjektive Merkmal gesondert vorliegen und deshalb auch gesondert geprüft werden.

Ansonsten gelten die allgemeinen Abgrenzungsregeln in Bezug auf Täterschaft und Teilnahme.

III. BESONDERS SCHWERER FALL DES DIEBSTAHLS (§ 243)

§ 243 enthält nach ganz h.M. keine Tatbestände oder Qualifikationen, sondern sog. Regelbeispiele in der Form benannter Strafzumessungsregeln. Dabei werden besonders schwere Fälle exemplarisch aufgezählt (Es gibt auch, wie in § 212 II, den „unbenannten“ besonders schweren Fall). Für die Verwirklichung der besonders schweren Fälle werden die §§ 15, 16, 25, 26, 27 analog herangezogen.

Die Regelbeispiele gehen grundsätzlich davon aus, dass ein schwerer Fall vorliegt, wenn ein benanntes Merkmal vorliegt (Indizwirkung). Davon gibt es zwei Ausnahmen:

- Trotz Verwirklichung eines Regelbeispiels kann eine Gesamtwürdigung der Tatumstände und des Täters dessen Indizwirkung entkräften und so ein besonders schwerer Fall verneint werden.
- Trotz Verneinung eines Regelbeispiels kann dennoch ein besonders schwerer Fall bejaht werden, wenn Unrecht und Schuld sich deutlich vom Normalfall des § 242 abheben (Auch hier erfolgt eine Gesamtabwägung).

Kritik an dieser Regelungstechnik erfolgt zumeist mit Blick auf das Analogieverbot im Strafrecht und das Bestimmtheitsgebot aus Art. 103 II GG (im Ergebnis sollen aber kaum Unterschiede zu einer Qualifikation bestehen).

Fallbearbeitung: Im der strafrechtlichen Prüfung sollte nicht von Tatbeständen oder Qualifikationen gesprochen werden, besser von besonders schweren Fällen (Allerdings wird § 243 wie eine Vorsatzqualifikation behandelt).

Alle in Betracht kommenden benannten Regelbeispiele müssen unbedingt geprüft werden. Auf die Indizwirkung der Regelbeispiele und deren mögliche Entkräftung oder einen ausnahmsweise vorliegenden besonders schweren Fall muss dagegen regelmäßig in der Fallbearbeitung nicht eingegangen werden.

1. Zu den Regelbeispielen (§ 243 I 2)

a) Nr. 1

- **Umschlossener Raum** – bildet den Oberbegriff der geschützten Räumlichkeiten. Erfasst wird jedes Raumgebilde, das (mindestens auch) dazu bestimmt ist, von Menschen betreten zu werden, und das mit Vorrichtungen umgeben ist, die das Eindringen von Unbefugten abwehren sollen.

Beispiele: Wohnwagen, Fabrikhof, Kasernengelände, Fahrgastzellen von PKWs

- **Gebäude** ist ein durch Wände und ein Dach begrenztes, mit dem Grund und Boden fest verbundenes Bauwerk, das den Eintritt von Menschen ermöglicht, dazu geeignet und bestimmt ist, dem Schutz von Menschen oder Sachen zu dienen, und Unbefugte abhalten soll.
- **Geschäftsräume** sind Räumlichkeiten, die hauptsächlich für eine gewisse Zeit oder dauernd zum Betriebe von Geschäften irgendwelcher, nicht notwendig erwerbswirtschaftlicher Art, bestimmt sind.
- **Einbrechen** ist das gewaltsame Öffnen von Umschließungen, die dem Eintritt in den geschützten Raum entgegenstehen, unter Anwendung nicht unerheblicher Anstrengungen (Ein Betreten des Raumes für die Durchführung der Wegnahme ist nicht notwendig).
- **Einsteigen** ist das Betreten des geschützten Raumes auf einem dafür regelmäßig nicht bestimmten Wege – nämlich in Überwindung der den Zugang erschwerenden Hindernisse – unter Entfaltung einer gewissen Geschicklichkeit oder Kraft. Es ist zudem erforderlich, dass

sich der Täter einen festen Stützpunkt innerhalb des Raumes schafft (kein Einsteigen, wenn Täter durch das Fenster in Raum hineingreift).

- **Eindringen mit einem falschen Schlüssel:** Ein Schlüssel ist ein Instrument zum Betätigen von Schlössern. Es genügt auch eine Karte. Falsch ist jeder Schlüssel, der im Augenblick der Tat zur Öffnung des betreffenden Verschlusses nicht oder nicht mehr bestimmt ist. Der bestimmungsgemäße Gebrauch eines echten (z.B. gefundenen) Schlüssel unterfällt dieser Variante nicht, es sei denn, der Berechtigte hat dem Schlüssel die Bestimmung zur ordnungsgemäßen Öffnung entzogen (in der Regel ergibt sich aus der Entdeckung des Verlustes der konkludente Wille zur Entwidmung des Schlüssels).
- **Zur Ausführung der Tat:** Der Diebstahlsvorsatz muss bereits im Augenblick des Einsteigens, Einbrechens, etc. vorliegen.

b) Nr. 2

- Ein **Behältnis** ist ein zur Aufnahme von Sachen dienendes und sie umschließendes Raumgebilde, das nicht dazu bestimmt ist, von Menschen betreten zu werden. Verschllossen ist ein Behältnis, wenn es gegen ordnungswidrigen Zugriff gesichert ist.

Beispiel: Kofferraum eines Pkw, Tresore, Warenautomaten, Koffer. etc.

- Eine Schutzvorrichtung ist jede von Menschenhand geschaffene Einrichtung, die ihrer Art nach geeignet und dazu bestimmt ist, die Wegnahme einer Sache erheblich zu erschweren (Lenkradschloss, Fahrradschloss). Diese Schutzvorrichtung ist gegen eine Wegnahme besonders gesichert, wenn der Zweck der Vorrichtung darin liegt, die Sache gerade gegen eine Wegnahme zu sichern. Eine besondere Sicherung fehlt, wenn der Schlüssel im Fahrradschloss steckt. Sicherungsetiketten in Warenhäusern sichern nicht gegen eine Wegnahme. Der Alarm wird erst am Ausgang ausgelöst und soll nur zur schnelleren Wiedererlangung der Sache dienen.

c) Nr. 3

Gewerbsmäßig handelt, wer durch wiederholte Tatbegehung eine fortlaufende Einnahmequelle von einiger Dauer und einigem Umfang verschaffen will; dabei genügt schon eine einzige (die erste) Tatbegehung.

d) Nr. 4

Die Sachen müssen unmittelbar dem Gottesdienst oder der religiösen Verehrung dienen.

e) Nr. 5

Die bedeutenden Sachen müssen allgemein zugänglich oder öffentlich ausgestellt sein (keine Privatsammlung).

f) Nr. 6

Die Hilflosigkeit liegt nur bei besonderen Schwächezuständen vor (Schlaf oder Alter alleine genügen nicht). Der Täter muss dabei gerade die durch die Schwäche entstandene Schutzlücke zur Ausführung der Wegnahme ausnutzen.

g) Nr. 7

Die Vorschrift betrifft den Diebstahl besonders gefährlicher Waffen und Sprengstoffe, wobei es auf die sofortige Einsetzbarkeit nicht ankommt.

Fall 5 (Lösungsvorschlag):

Grundfall

§§ 242 I, 243 I 2 Nr. 1 – durch Entwenden der Flaschen aus der Gartenlaube

1. Objektiver Tatbestand -Wegnahme fremder beweglicher Sachen (+)

2. Subjektiver Tatbestand

- a) Vorsatz bzgl. Wegnahme(+)
- b) Absicht rechtswidriger Zueignung(+)

3. Rechtswidrigkeit, Schuld(+)

4. § 243 -Vorliegen eines Regelbeispiels

A könnte das Regelbeispiel des § 243 I 2 Nr. 1 verwirklicht haben.

Da eine Gartenlaube über Wände und ein Dach verfügt, handelt es sich um ein Gebäude i. S. d. § 243 I 2 Nr. 1.

Einbrechen bezeichnet das gewaltsame Öffnen von Umschließungen, die ein tatsächliches bilden und insoweit dem Eintritt in den umschlossenen Raum entgegenstehen.

Gewalt setzt dabei die Anwendung nicht unerheblicher körperlicher Kraft voraus. Mangels Gewaltanwendung ist vorliegend ein Einbrechen nicht gegeben.

Einsteigen bedeutet, dass der Täter auf einem dafür nicht bestimmten Wege in den Raum gelangt. Da A die Gartenlaube auf dem vorgesehenen Zugangsweg betreten hat, ist ein Einsteigen nicht gegeben.

Fraglich ist, ob A mit einem falschen Schlüssel eingedrungen ist.

Falsch ist jeder Schlüssel, der im Augenblick der Tat zur Öffnung des betreffenden Verschlusses nicht oder nicht mehr bestimmt ist. Ein Dietrich ist zwar kein Schlüssel, aber ein anderes, nicht zur ordnungsgemäßen Öffnung bestimmtes Werkzeug, da A damit auf den Mechanismus des Verschlusses eingewirkt hat. Mit Hilfe des Dietrichs ist A in die Gartenlaube eingedrungen und hat somit das Regelbeispiel des § 243 I 2 Nr. 1 in objektiver Hinsicht verwirklicht.

Wenngleich Regelbeispiele keine Tatbestandsmerkmale, sondern Strafzumessungsregeln darstellen, muss sich nach h.M. aufgrund der sachlichen Nähe von Regelbeispielen zu Qualifikationsmerkmalen dennoch der Vorsatz des Täters auf sie beziehen. Hier handelte A vorsätzlich. Das Regelbeispiel des § 243 I 2 Nr. 1 ist somit erfüllt.

5. Ergebnis: A hat sich gem. §§ 242 I, 243 I 2 Nr. 1 wegen Diebstahls in einem besonders schweren Fall strafbar gemacht.

Variante 1

§§ 242 I, 243 I 2 Nr. 1, 22, 23

- 1. Vorprüfung: Diebstahl nicht vollendet, Versuchsstrafbarkeit gem. §§ 23 I, 242 II
- 2. Tatentschluss (+) – Vorsatz war gerichtet auf Wegnahme der 3 Flaschen. A handelte zudem in der Absicht, sich diese rechtswidrig zuzueignen.
- 3. Unmittelbares Ansetzen, § 22

Weiterhin müsste A zur Tat unmittelbar angesetzt haben.

Nach der dem § 22 entsprechenden gemischt subjektiv-objektiven Theorie setzt der Täter unmittelbar zur Tatbestandsverwirklichung an, wenn er *subjektiv die Schwelle zum „Jetzt-geht's-los“ überschreitet* und objektiv zur tatbestandsmäßigen Handlung ansetzt. Je nach Tatplan und Art des einschlägigen Straftatbestandes kann sich ein Indiz für die Tatbestandsnähe des „Ansetzens“ und die erforderliche „Unmittelbarkeitsbeziehung“ insbesondere daraus ergeben, dass die vom Täter in Gang gesetzte Ursachenreihe nach seiner Vorstellung vom Tatablauf ohne Zäsur und *ohne weitere wesentliche Zwischenakte* in die eigentliche Tatbestandshandlung einmünden soll, mit der Folge, dass *aus seiner Sicht das Angriffsobjekt schon konkret gefährdet* erscheint.

Problem: Liegt im Beginn der Verwirklichung des Regelbeispiels stets auch zugleich das unmittelbare Ansetzen zum Tatbestand (so OLG Hamm MDR 76, 155)?

Dies wäre eine zu pauschale Aussage: Zwar fallen regelmäßig Beginn des Eindringens/Einbrechens und Beginn der Wegnahme zusammen, weil sich nach dem Tatplan normalerweise die Wegnahme unmittelbar an das Einbrechen anschließen soll – dies kann bei entsprechendem Tatplan aber auch anders sein.

Vorliegend sollte im Anschluss an das Eindringen unmittelbar die Wegnahme erfolgen, so dass mit Beginn des Eindringens mittels des Dietrichs auch zur Wegnahme i.S.d. § 242 I unmittelbar angesetzt wurde⁶³.

4. Rechtswidrigkeit, Schuld(+)

5. Verwirklichung eines Regelbeispiels, § 243 I 2 Nr. 1 (+), s.o.

⁶³ dazu Rengier BT1 § 2 Rn 32.

6. Ergebnis: A hat sich gem. §§ 242 I, 243 I 2 Nr. 1, 22, 23 wegen versuchten Diebstahls in einem besonders schweren Fall strafbar gemacht.

Variante 2

§§ 242 I, 243 I 2 Nr. 1, 22, 23

1. Vorprüfung: Diebstahl nicht vollendet, Versuchsstrafbarkeit gem. §§ 23 I, 242 II

2. Tatentschluss (+) – Vorsatz war gerichtet auf Wegnahme der 3 Flaschen. A handelte zudem in der Absicht, sich diese rechtswidrig zuzueignen.

3. Unmittelbares Ansetzen, § 22 (+)-dazu siehe bereits oben Var. 1

4. Rechtswidrigkeit, Schuld(+)

5. Verwirklichung eines Regelbeispiels, § 243 I 2 Nr. 1

A wollte zwar mit einem Dietrich in die Gartenlaube eindringen und somit das Regelbeispiel des § 243 I 2 Nr. 1 verwirklichen, die Tür stand jedoch offen.

Problem: Regelbeispiel des § 243 I 2 Nr. 1 vorliegend nur „versucht“, d.h. Täter hat zum Eindringen mittels eines Dietrichs lediglich angesetzt – rechtliche Behandlung?

Die Frage, ob hier ein versuchter Diebstahl in einem besonders schweren Fall vorliegt, obwohl das Regelbeispiel nicht verwirklicht wurde, sondern zur Verwirklichung desselben nur angesetzt wurde („versuchtes“ Regelbeispiel) ist umstritten:

- Nach Auffassung der h.L. setzt der Eintritt der Regelwirkung grundsätzlich die vollständige Verwirklichung eines Regelbeispiels voraus⁶⁴.

Für den Unrechtsgehalt der Tat und die von der Tat ausgehende rechtserschütternde Wirkung mache es einen Unterschied, ob zur Verwirklichung des Regelbeispiels lediglich angesetzt oder ob dieses tatsächlich verwirklicht wurde.

Der Wortlaut "einbrechen/eindringen" setze ferner den Erfolg voraus. Eine Gleichstellung der Regelbeispiele mit Qualifikationsmerkmalen sei ein Verstoß gegen das Analogieverbot gem. Art. 103 II GG. Nur ausnahmsweise kann bei entsprechender Gesamtabwägung § 243 durch Annahme eines unbenannten Falles eingreifen.

Danach würde hier lediglich eine Strafbarkeit des A gemäß §§ 242, 22, 23 vorliegen.

- Anders sieht dies der BGH: In einer solchen Konstellation sei stets ein versuchter Diebstahl in einem besonders schweren Fall anzunehmen⁶⁵.

Früher war die Begehungsweise des Diebstahls „aus einem Gebäude mittels Einbruchs“ (§ 243 I Nr. 2 a.F.) echtes Qualifikationsmerkmal zu einem „schweren Diebstahl“; dies führte in Fällen wie dem vorliegenden zwangsläufig zu einer Bestrafung wegen versuchten schweren Diebstahls. Die Bedeutung der Umwandlung in ein Regelbeispiel ist laut BGH „mehr eine Frage der formalen Gesetzestechnik“; Ziel der Gesetzesänderung sei nicht die Einengung bzw. Ausdehnung der Strafbarkeit gewesen, vielmehr war größere Flexibilität von Regelbeispielen Grund der Gesetzesänderung – Regelbeispiele seien jedenfalls, „tatbestandsähnlich“ und eine Gleichbehandlung mit echten Tatbestandsmerkmalen liege nahe.

Das Wortlautargument der h.L. sei nicht stichhaltig, da Tatbestände und Strafzumessungsregeln stets auf den Erfolg hin formuliert seien.

Danach liegt hier wegen Gleichbehandlung der Regelbeispiele mit Qualifikationsmerkmalen versuchter Diebstahl in einem besonders schweren Fall vor, §§ 242, 243, 22, 23.

- Stellungnahme: Selbstverständlich sind beide Ansichten gleichermaßen vertretbar – i.E. sprechen in dogmatischer Hinsicht die besseren Gründe für die Argumentation der h.L. – die Versuchsregeln (vgl. § 22) sind nur auf „Tatbestände“ anwendbar. Deren Anwendung auf Strafzumessungsregeln stellt i.E. eine Analogie zulasten des Täters dar und verstößt somit gegen Art. 103 III GG. Der Eintritt der Regelwirkung ist daher m.E. zu verneinen.

6. Ergebnis: A hat sich gem. §§ 242, 22, 23 wegen versuchten Diebstahls strafbar gemacht.

2. § 243 II

⁶⁴ Krey/Hellmann BT2 § 1 Rn 124 ff.; Wessels/Hillenkamp BT2 Rn 202 ff., Joecks-StuKO § 243 Rn 42 ff.; Tröndle/Fischer § 46 Rn 101.

⁶⁵ BGHSt 33, 370 (373 ff.).

Bezüglich der Geringwertigkeit ist der Verkehrswert der Sache maßgebend. Die Grenze soll zwischen 25 und 50 € liegen. Die Norm greift nur ein, wenn sich die Tat objektiv und subjektiv auf eine geringwertige Sache bezieht. Hält der Täter die Sache für hochwertig und sie ist dies aber nicht, so greift § 243 II nicht ein.

3. Versuch

§ 243 enthält keine Bestimmungen über die Strafbarkeit des Versuchs. Ein Versuch nach § 22 ist nur bei Tatbeständen möglich.

Beispiel: A bricht in die Galerie des X ein, um ein bestimmtes Gemälde zu stehlen, findet es aber nicht.

Hier liegen ein „versuchtes“ Grunddelikt und ein „vollendetes“ Regelbeispiel vor. Es handelt sich um einen versuchten Diebstahl in einem besonders schweren Fall.

Beispiel: A will gerade in die Galerie des X einbrechen, um ein bestimmtes Gemälde zu stehlen, als er ertappt wird.

Hier sind ein „versuchtes“ Grunddelikt und ein „versuchtes“ Regelbeispiel kombiniert. Der BGH bejaht hier einen versuchten Diebstahl in einem besonders schweren Fall. Zur Begründung führt er an, dass die Regelbeispiele tatbestandsähnlich wären.

Dagegen wird vorgebracht, dass der Wortlaut des § 22 nur Tatbestände erfasse. In diesem Fall komme daher nur eine Strafbarkeit nach §§ 242, 22 in Betracht.

Beispiel: A will mit einem falschen Schlüssel in die Galerie des X eindringen; als er aber bei der Benutzung des Schlüssels feststellt, dass die Tür offen ist, betritt er so das Haus und nimmt das Gemälde mit.

Hier treffen „vollendetes Grunddelikt“ und „versuchtes“ Regelbeispiel zusammen. Es stellt sich die Frage, ob ein Diebstahl in einem besonders schweren Fall vorliegt und für den potentiellen besonders schweren Fall der Wille zur Verwirklichung des Regelbeispiels ausreicht, um die Regelwirkung eintreten zu lassen. Das muss verneint werden, da das Regelbeispiel ein Eindringen verlangt, welches gerade nicht vorliegt (Keinesfalls darf § 243 wie eine Qualifikation behandelt werden und eine Tateinheit mit § 242 angenommen werden).

Versuchsbeginn ist auch bei der Verwirklichung eines Regelbeispiels immer der Zeitpunkt des unmittelbaren Ansatzens zur Verwirklichung des Tatbestands, hier der unmittelbar bevorstehende Gewahrsamsbruch.

4. Konkurrenzen

Zwischen § 243 und § 242 gibt es kein Konkurrenzverhältnis, da § 243 keine Qualifikation von § 242 ist.

Die §§ 242 i.V.m. § 243 verdrängen aber die §§ 123, 303, die regelmäßig ebenfalls verwirklicht sind.

Weicht die Sachbeschädigung aber von einem regelmäßigen Verlauf eines Diebstahls in einem besonders schweren Fall ab, so führt dies zu Annahme von Tateinheit zwischen den Delikten.

IV. DIEBSTAHL MIT WAFFEN; BANDENDIEBSTAHL; WOHNUNGSEINBRUCHSDIEBSTAHL (§ 244)

§ 244 enthält eine Qualifikation deren strafschärfende Wirkung eintritt, wenn die gesetzlichen Tatbestandsmerkmale verwirklicht sind.

In der Fallprüfung sollte § 244 am Besten isoliert nach § 242 geprüft werden.

Alle qualifizierenden Tatbestände des § 244 I enthalten Vorsatzdelikte (§ 15), bei denen auch der Versuch strafbar ist.

1. § 244 I Nr. 1a

Die Qualifikation beruht auf der erhöhten abstrakten Gefährlichkeit, welche von Tätern ausgeht, die eine Waffe oder ein anderes gefährliches Werkzeug bei sich führen.

Waffen sind nur solche im technischen Sinne, also solche Geräte, die bestimmungsgemäß dazu dienen, erhebliche Verletzungen herbeizuführen. In der alten Fassung des § 244 war nur das Beisichführen einer Schusswaffe unter Strafe gestellt. Die neue Fassung weitet die Strafbarkeit erheblich aus. Erfasst werden daher Schusswaffen und sonstige Waffen im technischen Sinn. Schusswaffen sind nur solche, bei denen Geschosse durch einen Lauf nach vorne getrieben werden.

Gaspistolen und Schreckschusspistolen, bei denen entweder Gas oder der Explosionsdruck durch die Mündung nach vorne austreten können gehören dagegen zu den sonstigen Waffen.

Die erhöhte abstrakte Gefährlichkeit setzt eine einsatzfähige Waffe voraus. Dafür genügt es, wenn die Waffe jederzeit schussbereit gemacht werden kann.

Keine Schusswaffen stellen defekte oder ungeladene Waffen sowie Scheinwaffen dar.

Der Täter führt die Waffe bei sich, wenn sie ihm während des Tathergangs zur Verfügung steht, d.h. so in seiner räumlichen Nähe ist, dass er sich ihrer jederzeit, also ohne nennenswerten Zeitaufwand und ohne besondere Schwierigkeiten bedienen kann (das Tragen in einem verschlossenen Rucksack auf dem Rücken reicht aus).

Der Täter muss die Waffe nicht während des gesamten Geschehens bei sich führen, es reicht aus, wenn sie ihm zu irgendeinem Zeitpunkt während des Tathergangs zur Verfügung steht. Es reicht aus, wenn er am Tatort eine Waffe an sich nimmt, um sie bei sich zu führen.

Umstritten ist, ob die Norm auch erfüllt ist, wenn der Täter die Waffe erst zwischen Vollendung und Beendigung bei sich führt. Die Rechtsprechung und die h.M. bejaht dies, da zum einen der Vollendungszeitpunkt oft ungenau und mehr oder weniger zufällig sei und zum anderen Täter die im Beendigungszeitraum Waffen bei sich führten, genauso gefährlich seien.

Dagegen wird vorgebracht, dass dadurch die Tatbestandsphase ausgedehnt wird und vor allem die Norm des § 252 unterlaufen wird, die für Strafschärfungen in dieser Phase besondere Voraussetzungen vorschreibt.

Führen andere Beteiligte die Waffe bei sich, so liegt eine Strafbarkeit des Täters dann vor, wenn sich sein Vorsatz darauf erstreckt.

Zum Beisichführen eines gefährlichen Werkzeugs:

Fall 6 (Lösungsvorschlag):

Strafbarkeit von A, B und C

I. §§ 242 I, 243 I 2 Nr. 1, 2, 3, 25 II

1. Objektiver Tatbestand

Die Briefmarkenkopien sind für A, B und C fremde und bewegliche Sachen.

Hieran hatte O Gewahrsam, der durch ihre vorübergehende Abwesenheit nicht verloren ging. Dieser Gewahrsam wurde von A, B und C gegen den Willen der O aufgehoben; zugleich begründeten sie neuen Gewahrsam. Eine Wegnahme liegt somit vor.

Da die Wegnahme aufgrund gemeinsamen Tatentschlusses und in gemeinsamer Tatausführung erfolgte, müssen sich A, B und C die Tatbeiträge der beiden anderen jeweils über § 25 II zurechnen lassen.

2. Subjektiver Tatbestand

a) Zu klären ist, ob A, B und C bzgl. der Wegnahme vorsätzlich handelten.

Problematisch ist, dass A, B und C die echten Marken entwenden wollten und nicht bloße Kopien. Es ist jedoch festzustellen, dass die Täter fremde bewegliche Sachen in Gestalt der echten Briefmarken wegnehmen wollten, und auch fremde bewegliche Sachen weggenommen haben.

Wegen der tatbestandlichen Gleichwertigkeit der Objekte, handelt es sich deshalb lediglich um einen für den Vorsatz unbeachtlichen error in objecto. Der Vorsatz der Täter ist somit gegeben.

b) A, B und C handelten auch in der Absicht, sich die Sachen rechtswidrig zuzueignen.

3. Rechtswidrigkeit, Schuld (+)

4. Verwirklichung eines Regelbeispiels nach § 243 I 2

a) Nr. 1 – objektiv und subjektiv unproblematisch: gewaltsame Öffnung einer den Zutritt verwehrenden Verschlusseinrichtung = Einbrechen in ein Gebäude – analog §§ 15, 16 Vorsatz (+).

b) Nr. 2 – Sicherung der Briefmarken durch besondere Schutzvorrichtung gegen Wegnahme? – da Schreibtisch unverschlossen, kommt alleine die Alarmanlage in Betracht – Bejahung vertretbar, aber in Nr. 2 wohl nicht ganz allgemeine Schutzvorkehrungen, sondern speziell die Sache betreffende Schutzvorrichtungen gemeint (kann systematisch aus der Alternative „verschlossenes Behältnis“ in § 243 I 2 Nr. 2 geschlossen werden) – daher Nr. 2 (-).

c) Nr. 3 – gewerbsmäßige Begehung i.S. der Schaffung einer nicht nur vorübergehenden Einnahmequelle? – nach Sachverhalt naheliegend, aber nicht zwingend.

d) Infolge des geringen Werts der Kopien könnte die Regelwirkung jedoch nach § 243 II ausgeschlossen sein. Hierfür müsste sich die Tat auf eine geringwertige Sache beziehen.

Dieser Ausschluss greift jedoch auch bei objektiver Geringwertigkeit nur dann ein, wenn insoweit auch der Vorsatz des Täters die Geringwertigkeit umfasst. Dies wird damit begründet, dass das verwirklichte Handlungsunrecht der Privilegierungswirkung nach Abs. 2 entgegensteht⁶⁶.

Da die Täter vorliegend nicht von einer Geringwertigkeit der Sache ausgingen, greift die Ausschlusswirkung des § 243 II nicht.

5. Ergebnis: A, B und C haben sich gem. §§ 242 I, 243 I 2 Nr. 1, 2, 3, 25 II wegen mittäterschaftlichen Diebstahls in einem besonders schweren Fall strafbar gemacht.

II. §§ 242 I, 244 I, 25 II

1. Objektiver Tatbestand

a) § 244 I 1 Nr. 1a

Da A, B und C laut Sachverhalt die Terrassentür aufgebohrt haben, wurde offensichtlich ein Bohrer mitgeführt. Somit könnten die Täter ein gefährliches Werkzeug bei sich geführt haben.

Dies könnte u.U. schon deshalb abzulehnen sein, weil nach der konkreten Art der Verwendung (vgl. § 224 I Nr. 2) der Bohrer nicht geeignet war, erhebliche Verletzungen herbeizuführen. Auf die konkrete Art der Verwendung kommt es bei § 244 nach dem Gesetzeswortlaut jedoch nicht an, da allein das „Beiführen“ die Strafbarkeit begründen soll⁶⁷.

Ob im Rahmen des § 244 I Nr. 1 die *bloße (objektive) Eignung*, erhebliche Verletzungen herbeizuführen ausreicht, erscheint indes ebenfalls zweifelhaft. Denn dies würde zu unverhältnismäßigen Ausweitungen des § 244 I Nr. 1a führen – zu bedenken ist nämlich, dass sehr viele Gegenstände bei entsprechender Verwendung geeignet sind, erhebliche Verletzungen zuzufügen (Schnürsenkel, Bleistift etc.).

Die unklare Rechtslage und die praktische Bedeutung der Problematik haben daher ungewöhnlich viele voneinander abweichende Stellungnahmen hervorgerufen⁶⁸.

Im Wesentlichen stehen sich zwei grundsätzlich divergierende Ansätze gegenüber:

⁶⁶ vgl. Lackner/Kühl § 243 Rn 4 m.w.N.

⁶⁷ im Gegensatz zu § 224, wo die Körperverletzung mittels des gefährlichen Werkzeugs herbeigeführt werden muss.

⁶⁸ Gut strukturierte Übersicht bei Rengier BT1 § 4 Rn 24 ff.

- Die Befürworter einer abstrakt-objektiven Betrachtungsweise definieren das gefährliche Werkzeug allein nach seiner objektiven Beschaffenheit anhand generalisierender Kriterien.

Hiernach meint diese Vorschrift solche Werkzeuge, die bereits der Art nach einen bestimmten gefährlichen Einsatz nahelegen⁶⁹ oder die keine andere Verwendung haben können, als eine Leibes- und Lebensgefahr zu begründen⁷⁰.

- Die konkret-subjektive Betrachtungsweise orientiert sich an § 224 I Nr.2 und überträgt dessen Leitgedanken auf die der Verwendung vorgelagerte Stufe des bloßen Beisichführens.

Ein gefährliches Werkzeug liegt hiernach nur dann vor, wenn *Verwendungsabsicht*⁷¹ oder ein *Verwendungsvorbehalt*⁷² gegeben ist. Der Täter muss somit dem Mittel die Qualität als gefährliches Werkzeug durch einen individuellen Widmungsakt erst verleihen.

- Der Streit kann hier jedoch offen bleiben, da weder eine entsprechende Verwendungsabsicht bzw. ein Verwendungsvorbehalt noch eine derart qualifizierte objektive Gefährlichkeit gegeben ist, da der Bohrer konkret lediglich zum Aufbohren der Terrassentür dienen sollte und ein bloßer Akku-Bohrer rein objektiv einen gefährlichen Einsatz nicht nahe legt.

b) § 244 I Nr. 2 – Vorliegend könnte der Qualifikationstatbestand des Bandendiebstahls erfüllt sein.

Unter einer Bande versteht man die auf einer ausdrücklichen oder stillschweigenden Vereinbarung beruhende Verbindung einer Mehrzahl von Personen, die sich zur fortgesetzten Begehung mehrerer, im Einzelnen noch ungewisser Taten i.S.d. §§ 242, 249 zusammengeschlossen haben. [DEFINITION]

Vorliegend ist der Bandenbegriff erfüllt – streitig war lange, wie viele Personen für eine Bande erforderlich sind, ob bereits zwei ausreichen oder vielmehr mindestens drei Personen zu verlangen sind – in einer neuen Entscheidung (BHGSt GS 46, 321) hat der Große Senat nunmehr den Zusammenschluss von mindestens drei Personen verlangt:– damit sind A, B und C Bandenmitglieder.

Die Tat wurde auch unter Mitwirkung anderer Bandenmitglieder erfüllt. Der objektive Tatbestand des § 244 I Nr. 2 ist somit erfüllt.

c) § 244 I Nr. 3

Da hier nicht nur in ein Gebäude (vgl. § 243 I 2 Nr. 1), sondern auch in die Wohnung der T eingebrochen wurde, liegt auch ein Wohnungseinbruchdiebstahl i.S.d. § 244 I Nr. 3 vor.

2. Subjektiver Tatbestand – Vorsatz auch hinsichtlich § 244 I Nr. 2, 3 (+)

3. Rechtswidrigkeit und Schuld (+)

4. Ergebnis: A, B und C haben sich eines qualifizierten Diebstahls gem. §§ 242 I, 244 I Nr. 2, 3 schuldig gemacht.

§§ 242 I, 243 I 2 Nr. 1 werden daher im Wege der unechten Gesetzeskonkurrenz verdrängt.

III. § 244a I

Hier wurde der Diebstahl unter Erfüllung des § 243 I 2 Nr. 1 und des § 244 I Nr. 3 begangen. Da A, B und C zugleich als Mitglied einer Bande i.S.d. § 244 I Nr. 2 gehandelt haben, ist § 244a I erfüllt, der als Qualifikation den § 244 I Nr. 2 und Nr. 3 im Wege der Spezialität verdrängt.

IV. Sonstige Tatbestände

1. § 123 eindeutig erfüllt (Eindringen gegen Willen der O) – tritt aber hinter § 244a zurück.

2. § 303 eindeutig erfüllt (Aufbohren) tritt ebenfalls hinter § 244a zurück (Konsumtion).

2. § 244 I Nr. 1b

Werkzeuge und Mittel können nur körperliche Gegenstände sein. Dazu gehören solche Mittel, die bei ihrem (geplanten) Einsatz „nur“ Körperverletzungen herbeiführen können, sowie Handschellen, Schnüre, Kabel, die eingesetzt werden (sollen), um Widerstand „durch Gewalt“ zu überwinden (sei es auch nur als Fesselungs- und Knebelwerkzeuge). Weiterhin sind Mittel erfasst, die ohne

⁶⁹ Otto Grundkurs 2 § 41 Rn 52.

⁷⁰ Schlothauer/Sättele StV 1998, 505, 508.

⁷¹ so Küper JZ 1999, 187, 191, 193.

⁷² so Wessels/Hillenkamp BT2 Rn 262b.

Verletzungsbereitschaft nur verwendet werden (sollen), um Widerstand „durch Drohung mit Gewalt“ zu überwinden.

Erfasst sind auch sog. Scheinwaffen. Nicht erfasst sind dagegen objektiv völlig ungefährliche Gegenstände.

Die Ausführungen zum Beisichführen unter § 244 I Nr. 1a gelten hier entsprechend.

Der Täter muss mit der Absicht handeln, mit dem Gegenstand den Widerstand eines anderen durch Gewalt oder durch Drohung mit Gewalt verhindern oder überwinden zu wollen.

§ 244 I Nr. 2; § 244a:

Zum Bandenbegriff siehe Fall 6.

Eine feste Organisationsstruktur der Bande wird von der h.M. nicht verlangt. Die erhöhte Gefährlichkeit ergebe sich gerade gruppenspezifischen Prozessen.

Als Mitglied einer Bande wird nur bestraft, wer unter Mitwirkung eines anderen Bandenmitglieds stiehlt. Dieses kann dabei auch nur Gehilfe oder Anstifter sein. Mittäter eines Bandendiebstahls kann auch der im Hintergrund agierende Bandenchef sein, der sich selbst nicht am Tatort aufhält. Auch hier gelten die allgemeinen Kriterien zur Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme.

3. § 244 I Nr. 3

Wohnungen sind Räumlichkeiten, deren Hauptzweck darin besteht, Menschen zur ständigen Benutzung zu dienen, ohne dass sie in erster Linie Arbeitsräume sind. Wenn der Eingriff in die Intimsphäre des Opfers die erhebliche Strafverschärfung ausmacht, dann kann es hier auch nur um solche Räume gehen, die im Mittelpunkt des privaten Lebens stehen, also Räume einer tatsächlich bewohnten Wohnung (nicht der Gemeinschaftskeller einer Wohnanlage).

V. UNTERSCHLAGUNG (§ 246)

Bei § 246 liegt im Unterschied zu § 242 kein Gewahrsamsbruch vor, der subjektiv in Zueignungsabsicht vorgenommen wird. Die Zueignung ist in diesem Fall ein objektives Tatbestandsmerkmal und muss daher nach außen manifestiert werden.

Die Unterschlagung ist kraft Gesetzes subsidiär (§ 246 I). Sie hat die Funktion eines Auffangtatbestandes.

Aufbau:

I. Tatbestandsmäßigkeit

1. Objektives Merkmal: „fremde bewegliche Sache“
2. Objektives Merkmal: „sich oder einem Dritten zueignet“
 - a) Subjektives Element (Zueignungswille)
 - b) Objektives Element (Manifestation des Zueignungswillens als Zueignungsakt)
3. Objektives Merkmal: Rechtswidrigkeit der Zueignung
4. Eventuell: Anvertrautsein gem. § 246 II (Qualifikation)

II. Rechtswidrigkeit

III. Schuld

1. Fremde Bewegliche Sache

Hier gelten grundsätzlich dieselben Voraussetzungen wie bei § 242.

Fall 7 (Lösungsvorschlag):

Vorbemerkung: *Mangels Gewahrsamsbruch scheidet § 242 I in allen Varianten aus.*

Variante 1:

§ 246 I, II – durch Beschriftung des Buches⁷³

I. Objektiver Tatbestand

B müsste sich oder einem Dritten eine fremde bewegliche Sache zugeeignet haben.

- Bei dem von A entliehenen Buch handelt es sich um eine für B fremde und bewegliche Sache.
- *objektive Zueignung*

Im Gegensatz zu § 242 I ist die Zueignung bei § 246 auch objektives Tatbestandsmerkmal und muss daher nach h.M. objektiv durch einen Zueignungsakt zum Ausdruck kommen, sog. *Manifestationstheorie*.

Umstritten sind die Anforderungen an den Manifestationsakt (insofern verschiedene Spielarten der Manifestationstheorie) sowie die Frage zusätzlicher Anforderungen im Hinblick auf die Enteignung des Opfers:

- o „*gemäßigte Manifestationstheorie*“⁷⁴
Ausreichend soll jede beliebige Handlung sein, die von einem objektiven Beobachter als Betätigung eines Zueignungswillens verstanden werden kann; dies kann auch bei äußerlich unauffälligem, neutralem Verhalten der Fall sein.
 - hier: Zueignung durch Beschreiben des Buches eindeutig (+)
 - o „*strenge Manifestationstheorie*“⁷⁵
nur solche Handlungen sind ausreichend, bei denen ein alle Umstände des Falles kennender Beobachter eindeutig, zweifelsfrei auf einen Zueignungswillen schließen würde:
 - das Beschreiben des Buches kann von einem objektiven Beobachter nur als Manifestation des Zueignungswillens gedeutet werde, also ebenfalls (+)
 - o *neue Entwicklung in der Literatur*⁷⁶:
Ausgangspunkt „strenge Manifestationstheorie“, aber Weiterentwicklung: da § 246 im Gesetz nicht als Delikt mit überschießender Innentendenz ausgestaltet sei, könne allein ein eindeutiger Manifestationsakt nicht zur Vollendung führen, vielmehr sei für eine Vollendung (entgegen der h.M.) auch die dauerhafte Verdrängung des Eigentümers aus seiner Position erforderlich – eine solche liege bereits dann vor, wenn der Eigentümer eine von ihm gewünschte Nutzungsmöglichkeit endgültig nicht mehr zur Verfügung habe (SK-Hoyer § 246 Rn 25).
 - vorliegend wird A auch endgültig die Möglichkeit genommen, mit dem Buch nach seinem Belieben zu verfahren, daher Zueignung (+)
- o da alle Ansichten zum selben Ergebnis führen, ist eine Streitentscheidung entbehrlich.

- § 246 II (Veruntreuende Unterschlagung)

Anvertraut sind solche Sachen,

bei denen dem Täter die Sachherrschaft mit der Verpflichtung eingeräumt worden ist, die Sache zurückzugeben oder sie nur zu bestimmten Zwecken im Sinne des Anvertrauenden zu verwenden. [DEFINITION]

⁷³ Vgl. zum Aufbau einer § 246-Prüfung einerseits unter Beibehaltung einer Trennung in objektiven und subjektiven Tatbestand Joecks StuKa § 246 Rn 10 und Hohmann/Sander BT1 § 3 nach Rn 36, und andererseits Rengier BT1 § 5 Rn 4, der für § 246 einen speziellen Prüfungsaufbau vorschlägt. Vorliegend wird am konventionellen Aufbau festgehalten.

⁷⁴ z.B. BGHSt 14, 38, 41.

⁷⁵ h.L., z.B. Wessels/Hillenkamp BT2 Rn 280, Rengier BT1 § 5 Rn 10a.

⁷⁶ SK-Hoyer § 246 Rn 19 ff.; ihm folgend Joecks StuKa § 246 Rn 18 f.; Hohmann/Sander BT1 § 3 Rn 13.

- Vorliegend (+), A hat das Buch dem B lediglich geliehen, den B trifft somit eine Rückgabepflicht.

II. Subjektiver Tatbestand

1. Vorsatz bzgl. fremder beweglicher Sache (+)

2. Zueignungswille

- B müsste zumindest mit *dolus eventualis* bzgl. einer dauerhaften Enteignung des A gehandelt haben. Im Zeitpunkt der Beschriftung des Buches wollte (*dolus directus* 1. Grades) B den A dauerhaft aus seiner Eigentümerstellung verdrängen, indem er das Buch für sich behalten wollte.
- Problem: Was ist bei § 246 auf Aneignungsseite genau erforderlich? Aneignungsabsicht (wie bei § 242) oder genügt auch insofern *dolus eventualis* bzgl. zumindest vorübergehender Aneignung?
 - h.M.: jeder Aneignungsvorsatz ausreichend, denn im Gegensatz zu § 242 I spricht das Gesetz nicht von Absicht, daher systematische Schlussfolgerung, daß *dolus eventualis* auch auf Aneignungsseite ausreichend⁷⁷.
 - Vorliegend ist dieser Streit irrelevant, da es B gerade darauf ankommt, das Buch seinem Vermögen einzuverleiben und die Ansichten daher zum selben Ergebnis führen.

- Zueignungswille also(+)

3. Vorsatz bezüglich Anvertrautsein (+)

III. Rechtswidrigkeit und Schuld (+)

IV. Ergebnis: B hat sich wegen veruntreuender Unterschlagung gem. § 246 I, II strafbar gemacht.

Variante 2:

§ 246 I, II – durch Einstellen des Buches ins Bücherregal

I. Objektiver Tatbestand

B müsste sich oder einem Dritten eine fremde bewegliche Sache zueignen haben.

- Bei dem von A entliehenen Buch handelt es sich um eine für B fremde und bewegliche Sache.
- *objektive Zueignung*

Im Gegensatz zu § 242 I ist die Zueignung bei § 246 auch objektives Tatbestandsmerkmal und muss daher nach h.M. objektiv durch einen Zueignungsakt zum Ausdruck kommen, sog. *Manifestationstheorie*.

Umstritten sind die Anforderungen an den Manifestationsakt (insofern verschiedene Spielarten der Manifestationstheorie) sowie die Frage zusätzlicher Anforderungen im Hinblick auf die Enteignung des Opfers:

- „*gemäßigte Manifestationstheorie*“⁷⁸
 - Ausreichend soll jede beliebige Handlung sein, die von einem objektiven Beobachter als Betätigung eines Zueignungswillens verstanden werden kann; dies kann auch bei äußerlich unauffälligem, neutralem Verhalten der Fall sein.
 - hier: das Einstellen des Buches ins Bücherregal ist eine neutrale Handlung, die in verschiedene Richtungen gedeutet werden kann; sie kann aber eben *auch* als Manifestation des Zueignungswillens angesehen werden; deshalb Zueignung (+)
- „*strenge Manifestationstheorie*“⁷⁹
 - nur solche Handlungen sind ausreichend, bei denen ein alle Umstände des Falles kennender Beobachter eindeutig, zweifelsfrei auf einen Zueignungswillen schließen würde:
 - danach eindeutig (-), das Einstellen des Buches ins Regal kann auch aus ganz anderen Gründen erfolgt sein, etwa um Platz zu schaffen.
- *neue Entwicklung in der Literatur*⁸⁰:

⁷⁷ vgl. Rengier BT1 § 5 Rn 9; Wessels/Hillenkamp BT2 Rn 280; a.A. Küper BT S. 463.

⁷⁸ z.B. BGHSt 14, 38, 41.

⁷⁹ h.L., z.B. Wessels/Hillenkamp BT2 Rn 280, Rengier BT1 § 5 Rn 10a.

⁸⁰ SK-Hoyer § 246 Rn 19 ff.; ihm folgend Joecks StuKa § 246 Rn 18 f.; Hohmann/Sander BT1 § 3 Rn 13.

Ausgangspunkt „strenge Manifestationstheorie“, aber Weiterentwicklung: da § 246 im Gesetz nicht als Delikt mit überschießender Innentendenz ausgestaltet sei, könne allein ein eindeutiger Manifestationsakt nicht zur Vollendung führen, vielmehr sei für eine Vollendung (entgegen der h.M.) auch die dauerhafte Verdrängung des Eigentümers aus seiner Position erforderlich – eine solche liege bereits dann vor, wenn der Eigentümer eine von ihm gewünschte Nutzungsmöglichkeit endgültig nicht mehr zur Verfügung habe (SK-Hoyer § 246 Rn 25).

- vorliegend fehlt es bereits an einer eindeutigen Manifestation des Zueignungswillens, auf die nach dieser Ansicht erforderlichen zusätzlichen Anforderungen auf Enteignungsseite kommt es daher nicht an; deshalb Zueignung (-).
- *Stellungnahme*: gegenüber der gemäßigten Manifestationstheorie erscheint die strenge Manifestationstheorie vorzugswürdig: das Täterverhalten sollte mehr als bloßes „Indiz“ für das Vorhandensein eines Zueignungswillens sein, darüber hinaus sollte es als objektiv-tatbestandliche Ausprägung des Zueignungswillens in einer deliktstypischen, d.h. eindeutigen Unrechtshandlung zum Ausdruck kommen (Küper BT S. 460) – einer Streitentscheidung zwischen den beiden zuletzt dargestellten Ansichten bedarf es nicht, da Letztere auf der strengen Manifestationstheorie aufbaut und daher (zwangsläufig) zum selben Ergebnis führt.
 - Zueignung durch Einstellen des Buches in das Regal (-)

II. Ergebnis: B hat sich nicht gem. § 246 I, II strafbar gemacht.

Variante 3:

I. §§ 246 I, II – durch Zerreißen des Buches

1. Objektiver Tatbestand

B müsste sich oder einem Dritten eine fremde bewegliche Sache zueignet haben.

- Bei dem von A entliehenen Buch handelt es sich um eine für B fremde und bewegliche Sache.
- *Objektive Zueignung*

Im Gegensatz zu § 242 I ist die Zueignung bei § 246 auch objektives Tatbestandsmerkmal und muss daher nach h.M. objektiv durch einen Zueignungsakt zum Ausdruck kommen, sog. *Manifestationstheorie*.

Fraglich ist, ob das Zerreißen des Buches einen solchen Zueignungsakt darstellen kann – dies ist zu verneinen: indem B das Buch zerreißt, betätigt er unabhängig davon, welche Spielart der Manifestationstheorie man für richtig hält, nicht seinen Zueignungswillen; denn das Zerstören des Buches kann nicht als Einverleibung desselben in sein Vermögen gedeutet werden, eine Zueignung scheidet also bereits auf der Aneignungsseite.

- Zueignung (-)

2. Ergebnis: § 246 scheidet aus.

II. § 303 I – durch Zerreißen des Buches

Durch das Zerreißen des Buches hat B eine fremde Sache vorsätzlich zerstört und sich daher gem. § 303 I wegen Sachbeschädigung strafbar gemacht.

2. „Sich oder einem Dritten zueignet“

Der Zueignungsbegriff stimmt in seinem subjektiven Element mit dem Begriff der Zueignungsabsicht im Sinne des § 242 weitgehend überein. Allerdings bedarf es im Rahmen der Aneignungskomponente keiner Absicht, sondern es genügt jeder Aneignungsvorsatz.

Da es sich bei der Zueignung im Rahmen des § 246 um ein objektives Tatbestandsmerkmal handelt, genügt der bloße Zueignungswille nicht. Denn ansonsten müsste für die Feststellung der Enteignung ein dauernder Enteignungserfolg dargelegt werden. Die Vollendung kann dabei aber weit in der Zukunft liegen (Zueignung entliehener Sachen). Daher muss ein anderer Ansatzpunkt für die Feststellung einer Zueignung gewählt werden.

Möglich ist auch eine Unterschlagung ohne vorherige Gewahrsamsbegründung. Dies sind die Fälle der so genannten Fundunterschlagung. Hier fallen die Gewahrsamsbegründung und Zueignung zusammen. Ein zeitlicher Abstand wird vom Gesetz aber auch nicht verlangt.

3. Rechtswidrigkeit der Zueignung

Die Ausführungen zu § 242 gelten entsprechend.

4. Wiederholte Zueignungen

Hier geht es um die Frage, ob ein Täter, der sich eine fremde Sache durch eine – z.B. als Diebstahl, Unterschlagung, Raub, Erpressung, Betrug oder Untreue – bereits strafbare Handlung schon zueignet hat, sich die Sache noch einmal zueignen kann.

Die *Tatbestandslösung* verneint dies. Eine solche erneute Zueignung sei schon tatbestandlich nicht möglich. Hierfür spricht, dass Anschlussdelikte bereits in den §§ 257 ff. geregelt sind. Dem widerspricht die *Konkurrenzlösung*, die mehrfache Manifestationen des Zueignungswillens für möglich hält, diese aber im Wege der mitbestraften Nachtat ausscheidet; nur so könne eine eventuelle Teilnehmerstrafbarkeit bei wiederholter Zueignung begründet werden.

5. Zum Begriff des Anvertrautseins – siehe Fall 7.