

A. Diebstahl, §§ 242 ff.

I. Systematik

§§ 242 ff. schützen **Eigentum und Gewahrsam**; **Tatgegenstand** sind nur bewegliche Sachen. **§ 242** ist der **Grundtatbestand**, auf den sich **§ 243** als bloße **Strafzumessungsregel** für besonders schwere Fälle bezieht. §§ 244, 244a sind echte Qualifikationen. Trotz tatbestandlicher Ähnlichkeit keine Diebstahls-Qualifikation ist der Raub (§ 249)

Strafbar ist bereits der Versuch eines Diebstahls (§§ 242 II, 244 II; § 244a ist Verbrechen); als bloße Strafzumessungsregel kann § 243 nicht versucht werden, doch ist von der h. M. anerkannt, dass bei Vorliegen eines vollendeten Regelbeispiels (z. B. § 243 I Nr. 3 „gewerbsmäßig“) der Strafrahmen des § 243 auf den Versuch des Diebstahls (§§ 242 II, 22) anzuwenden ist (nach h. M. nicht aber bereits bei bloß „versuchten“ Regelbeispielen; anders wohl *BGHSt* 33, 370). Der Versuch beginnt mit dem unmittelbaren Ansetzen zur Wegnahme als der Tathandlung (§ 22), nicht bereits mit dem Ansetzen zu einem zeitlich davor liegenden Regelbeispiel (z. B. Einsteigen; anders *BGHSt* 33, 370).

Antragsdelikte sind der Haus- und Familiendiebstahl (§ 247) sowie der Diebstahl geringwertiger Sachen (§ 248a); auf diese ist regelmäßig auch nicht § 243 I (Ausnahme: Regelbeispiel Nr. 7) anzuwenden (§ 243 II).

II. Der „einfache“ Diebstahl

1. § 242 als Grundtatbestand

a) Tatgegenstand ist eine **fremde bewegliche Sache**, d. h. ein körperlicher Gegenstand grundsätzlich i. S. v. § 90 BGB, aber aufgrund des weiteren strafrechtlichen Sachbegriffs auch Tiere (s. zu § 303). Dabei kommt es für deren Beweglichkeit und (eigenständige) Sachqualität nicht auf die zivilrechtliche Betrachtung als Zubehör eines Grundstücks an, sondern auf die tatsächliche Beweglichkeit, so dass auch herausgebrochene Bausteine (zivilrechtlich Teil des Grundstücks) etc. Diebstahlsobjekt sein können. Keine Rolle spielt der wirtschaftliche Wert der Sache, so dass auch wertlose Gegenstände gestohlen werden können (zB wegzuwerfender Müll; nicht dagegen Rechte etc.). Keine Sachen sind Teile eines lebenden Menschen (z. B. Implantate), wohl aber entfernte Implantate (z. B. heraus gebrochene Goldzähne) sowie die Leiche und ihre Teile (hM). – Die **Fremdheit** der Sache bestimmt sich dagegen

nach den **zivilrechtlichen Eigentumsregeln**. Fremd ist eine Sache, die dem Täter nicht allein gehört, so dass auch ein Diebstahl zum Nachteil des Miteigentümers oder einer Gesamthandsgemeinschaft möglich ist. Nicht fremd sind herrenlose Sachen i. S. v. §§ 959, 960 BGB (z. B. wilde Tiere; deren Aneignung ist gem. §§ 292 f. strafbar) wie auch grundsätzlich Körperteile eines Verstorbenen (anders allerdings für Leichen in der Anatomie o. ä.); für die Fremdheit kommt es auf den Zeitpunkt der Wegnahme an, so dass vor Dereliktion einer Sache durch den Eigentümer diese für den Täter fremd ist, auch wenn der Eigentümer (wie bei Abfall) nichts mehr damit anfangen kann.

b) Tathandlung ist die **Wegnahme**, d. h. **der Bruch fremden und die Begründung neuen, nicht unbedingt tätereigenen Gewahrsams** (= von Herrschaftswillen getragene tatsächliche Herrschaftsmacht); dabei kommt es auf die Verkehrsanschauung, nicht auf die zivilrechtliche Rechtslage an, so dass trotz der Ähnlichkeit zwischen Gewahrsam und Besitz der Erbenbesitz gem. § 857 BGB als bloße Rechtsfiktion mangels tatsächlicher Sachherrschaft und auch mangels Wissen des Erbens um seine Erbschaft keinen Gewahrsam (des Erben) begründet. Auch kann sogar der Dieb (als Inhaber neuen Gewahrsams) bestohlen werden. **Mit der Neubegründung des Gewahrsams ist der Diebstahl vollendet** (nicht mehr nur versucht), während eine materielle Beendigung erst mit der häufig später erfolgenden endgültigen Beutesicherung eintritt (nach der Rspr. wichtig für Beteiligung, schwere Folgen etc.). Abzugrenzen ist der Gewahrsamsbruch als Übergang des Gewahrsams auf eine andere Person von einer bloßen Gewahrsamslockerung, bei der der Gewahrsam nach der Verkehrsanschauung noch bei dem bisherigen Inhaber verbleibt und deswegen allenfalls ein versuchter Diebstahl möglich ist (z. B. probeweises Anstecken eines Rings bei einem Juwelier, der nach der Verkehrsanschauung den Gewahrsam daran behält; Gewahrsamsbruch dagegen bei dem Einstecken des Rings im Juweliergeschäft). Man unterscheidet folgende **Theorien**:

- **Kontrektionstheorie** (Berühren der fremden Sache genügt für Gewahrsamsbruch)
- **Apprehensionstheorie** (Ergreifen der Sache)
- **Ablationstheorie** (Fortschaffen der Sache)
- **Illationstheorie** (Bergen der Beute).

Regelmäßig wird heute zumeist die Apprehensionstheorie zugrunde gelegt, doch kommt es letztlich auf die Verkehrsanschauung in jeden konkreten Einzelfall an: Bis zum Bezahlen von in den Einkaufswagen gelegten Waren im Selbstbedienungsladen spricht die Verkehrsanschauung dem Ladeninhaber den Gewahrsam zu. Je nach Größe des Gegenstandes genügt teilweise die bloße Ergreifung der Sache oder de-

ren Einstecken; sperrige Gegenstände müssen dagegen aus dem Machtbereich des Gewahrsamsinhabers weggeschafft werden.

Da für eine Wegnahme der **Bruch** fremden Gewahrsams erforderlich ist, genügt nicht der bloße Gewahrsamsübergang durch einverständlichen Erwerb der Sache. Maßgeblich ist vielmehr ein **Handeln ohne Einverständnis des Gewahrsamsinhabers**, so dass dessen (ggf. mutmaßliches) Einverständnis bereits das Vorliegen einer Wegnahme als Tathandlung entfallen lässt. Im Unterschied zur rechtfertigenden Einwilligung (z. B. bei § 223) ist ein tatbestandsausschließendes Einverständnis in seiner Wirksamkeit **unabhängig von Willensmängeln** (so auch zB bei § 123). Gibt daher der Gewahrsamsinhaber eine Sache aufgrund einer Täuschung freiwillig heraus, bleibt nur eine Strafbarkeit wegen Betrugs. Diebstahl ist dagegen anzunehmen, wenn es sich um einen sog. **Trickdiebstahl** handelt, d. h. dem Gewahrsamsinhaber nicht bewusst ist, dass er selbst einen Gegenstand dem Täter freiwillig überlässt (zB bei Herausgabe aufgrund vorgegeblicher Pfändung der Sache). In der Beobachtung eines Diebstahls ohne einzugreifen liegt allerdings noch kein Einverständnis mit dem Gewahrsamsübergang. Merke: Diebstahl ist kein heimliches Delikt. Will hingegen bei der Diebesfalle der Eigentümer gerade die Ansichnahme einer Sache durch den Täter, um diesen überführen zu können, liegt wegen dieses – dem Täter allerdings unbekanntes – Einverständnisses mangels Gewahrsamsbruch obj. keine Wegnahme vor, so dass nur versuchter Diebstahl bleibt (strafbarer untauglicher Versuch).

Weil er keinen fremden Gewahrsam bricht, scheidet der alleinige Gewahrsamsinhaber als Täter eines Diebstahls aus; eignet er sich eine nur geliehene Sache zu, bleibt aber § 246. Das gilt auch bei **gestuftem Gewahrsam** für den Inhaber übergeordneten Gewahrsams; der Inhaber von nur untergeordnetem Gewahrsam kann dagegen den übergeordneten Gewahrsam brechen und deswegen einen Diebstahl begehen. Bei **gleichrangigem Mitgewahrsam** wird der des Mitinhabers gebrochen, so dass Diebstahl zu dessen Nachteil gegeben ist.

c) Subjektiver Tatbestand: Bzgl. aller Merkmale des obj. Tatbestandes genügt bedingter Vorsatz (§ 15), so dass ein Irrtum über das Einverständnis des Gewahrsamsinhabers oder die Eigentumsverhältnisse an der Sache gem. § 16 den Vorsatz entfallen lässt (einen „fahrlässigen Diebstahl“ gibt es nicht, so dass § 16 I 2 hier leer läuft). Ob in der fehlerhaften zivilrechtlichen Subsumtion bei vollständiger Tatsachenkenntnis (z. B. der Täter hält sich in Unkenntnis des Abstraktionsprinzips bereits aufgrund des obligatorischen Vertrags für den Eigentümer und damit die gekaufte Sache auch vor Übergabe und Übereignung i. S. v. § 929 BGB nicht mehr für fremd) ein Tatbestands-, Verbots- oder ein für die Strafbarkeit unbeachtlicher Subsumtionsirrtum zu sehen ist, kommt auf den Einzelfall an. Hat der Täter einen fälligen und einredefreien

Anspruch auf die gekaufte Sache, entfällt allerdings jedenfalls die Rechtswidrigkeit von deren eigenmächtiger Zueignung (dazu sogleich).

Dazuhin erforderlich ist die **Absicht rechtswidriger Zueignung**. Zueignen bedeutet die Sache selbst oder jedenfalls den in ihr verkörperten Sachwert unter dauerndem Ausschluss des Berechtigten einem anderen Vermögen (des Täters oder einem Dritten) einzuverleiben (BGHSt 1, 262; 16, 190); der Täter maß sich eine eigentümerähnliche Stellung an (se ut dominum gerere).

Diese Zueignungsabsicht setzt sich aus **zwei Komponenten** zusammen,

- der **Enteignungskomponente** auf Seiten des Bestohlenen und
- der **Aneignungskomponente** beim Täter oder einem begünstigten Dritten.

Die bis 1998 erforderliche Unterscheidung zwischen einer gem. § 242 strafbaren Sichzueignungsabsicht und einer straflosen Drittzueignungsabsicht wurde mit dem 6. StRG durch die Aufnahme der Drittzueignungsabsicht in § 242 unnötig (ältere Rspr. und Lit. ist daher mit Vorsicht zu genießen; insbes. das damals gebräuchliche Institut eines sog. „absichtslos-dolosen Werkzeugs“ hat sich durch die Neufassung von § 242 I erledigt). Während die **Enteignungskomponente jedenfalls bedingten Vorsatz hinsichtlich einer dauerhaften Enteignung des Berechtigten** erfordert (daran fehlt es beim Rückführungs- oder Rückgabewille), setzt die **Aneignungskomponente Absicht (dol. dir. I) des Täters hinsichtlich einer zumindest vorübergehenden Aneignung beim Täter oder einem Dritten** voraus. Mangels angestrebter dauerhafter Enteignung ist der sog. „furtum usus“ („Gebrauchsdiebstahl“) nicht gem. § 242 zu bestrafen (bei Fahrzeugen aber § 248b). Da aber die dauerhafte Enteignung nicht beabsichtigt, sondern bloß billigend in Kauf genommen werden muss, genügt für einen Autodiebstahl die Entwendung des Pkw, um diesen nach der geplanten Spritztour irgendwo stehen zu lassen (bei Rückführungswillen § 248b).

Die **Rechtswidrigkeit der angestrebten Zueignung** (obwohl auch obj. zu prüfen, sollte sie als Teil der Zueignungsabsicht-Prüfung im subj. Tb und nicht erst in der Rechtswidrigkeitsprüfung geprüft werden) **entfällt, wenn dem Täter ein fälliger und einredefreier Anspruch auf die Sache zusteht**. Ein solcher besteht allerdings regelmäßig nur bei der Stückschuld, nicht auch bei der Gattungsschuld, weil insoweit der Schuldner ein Wahlrecht hat (§ 243 II BGB fordert nur die Leistung von Sachen mittlerer Art und Güte), das der Gläubiger (= Dieb) nicht durch die Wegnahme einer bestimmten Sache eigenmächtig umgehen kann. Achtung: Aus einem Geldzahlungsanspruch folgt als Gattungsschuld kein Anspruch auf bestimmte Geldscheine, so dass nach hM die Rechtswidrigkeit der Zueignungsabsicht bei der eigenmächtigen Ansichnahme von Geld in Höhe eines geschuldeten Betrags nicht entfällt (aA aber ebenfalls vertretbar mit der Begr., dass es sich bei Geld letztlich nur um eine Wert-

summenschuld und nicht um die Schuld einzelner konkreter Sachen handelt). – Beim eigenmächtigen Geldwechseln ist an eine Rechtfertigung durch (ggf. mutmaßliche) Einwilligung zu denken, die aber bei erkennbar entgegen stehendem Willen des Eigentümers (der bestimmte Münzen behalten möchte) ausscheiden muss.

2. § 243 I als Strafzumessungsregel

§ 243 I ist einerseits eine schlichte Strafzumessungsregel für schwere Fälle des § 242, andererseits aber der Prototyp der heute verbreiteten Regelbeispieltechnik. Als **benannte Strafschärfungsgründe** stehen die **Regelbeispiele der § 243 I Nr. 1 – 7** in ihrer Wirkung auf die Strafzumessung grundsätzlich den Qualifikationsmerkmalen gleich (und werden in § 244a sogar zu solchen), doch werden sie durch den sog. unbenannten besonders schweren Fall zu einem unbenannten Strafschärfungsgrund erweitert und andererseits in ihrer Wirkung dadurch eingeschränkt, dass nur in der Regel, nicht aber stets die Verwirklichung eines Regelbeispiels zu einer Strafschärfung führt. Die Vereinbarkeit mit dem Analogieverbot etc. wird zwar in der Lit. diskutiert, von der Rspr. aber angenommen.

Trotz ihres Charakters als bloße Strafzumessungsregeln sind die Regelbeispiele (nicht nur bei § 243) eng verwandt mit Qualifikationsmerkmalen und deswegen auch in einer Klausur stets zu prüfen (zur Regelbeispielsmethode *Eisele*, JA 2006, 309 ff.). Da es aber um die Strafzumessung geht, sollte nach Bejahung von

- (1) Tatbestand,
- (2) Rechtswidrigkeit und
- (3) Schuld des § 242

in einem zusätzlichen **4. Gliederungsabschnitt die Strafzumessung** – allerdings nur mit Blick auf § 243 (keine Prüfung allg. Strafzumessungsregeln etwa des § 46) – geprüft werden. Dabei genügt dann eine Prüfung des (Nicht-)Vorliegens eines Regelbeispiels; ob trotz des Vorliegens eines Regelbeispiels ausnahmsweise von der regelmäßigen Strafschärfung abzusehen sein soll, ist eine Frage des Einzelfalls und setzt auch eine Würdigung der Täterpersönlichkeit voraus, so dass sie sich einem strafrechtlichen Gutachten entzieht. Grundsätzlich nicht zu prüfen ist auch das Vorliegen eines unbenannten besonders schweren Falles (Ausnahme aber, wenn dieser regelbeispielsähnlich strukturiert ist: zB Sicherheitsetikett nicht zum Schutz gegen Wegnahme [dann § 243 I Nr. 2], sondern zu deren unverzüglicher Aufdeckung am Ausgang des Geschäfts [jdR unbenannter besonders schwerer Fall]; „versuchtes Regelbeispiel“).

Aufgrund der Ähnlichkeit zu Qualifikationsmerkmalen müssen auch Regelbeispiele obj. gegeben und vom Vorsatz umfasst sein; ein nur „versuchtes Regelbeispiel“ (zB die vermeintlich gegen Wegnahme gesicherte Sache ist entgegen der Ansicht des Täters gar nicht gesichert) wirkt als solches nicht strafscharfend (ggf. allerdings als unbenannter besonders schwerer Fall). Auf Gewerbsmäßigkeit i. S. v. Nr. 3 ist § 28 II anzuwenden.

Bei § 243 I Nr. 1 – 6 (nicht Nr. 7) führt die Geringwertigkeit der Sache zu einer Verneinung der Regelbeispielswirkung; das gilt entsprechend auch für unbenannte besonders schwere Fälle (§ 243 II). Beim Diebstahl einer Sachgesamtheit kommt es nicht auf den Wert der einzelnen Gegenstände, sondern auf den Gesamtwert an. Die Geringwertigkeit bestimmt sich nach dem Verkehrswert zur Zeit der Tat; die Grenze liegt derzeit bei 30 – 50 € (von Bedeutung auch für das Antragserfordernis des § 248a). Bei Sachen ohne Verkehrswert (zB Diebstahl belastender Strafakten) wird z. T. Geringwertigkeit i.S. v. § 243 II generell verneint, z. T. auf das Gewicht der funktionellen Möglichkeiten, die mit der Herrschaft über solche Sachen verbunden sind, abgestellt.

III. Diebstahlsqualifikationen

§§ 244, 244a sind echte Qualifikationen zu § 242 und daher „normal“ zu prüfen (nach Bejahung des Grundtatbestandes).

§ 244 I enthält die drei Qualifikationsmerkmale des Beisichführens einer Waffe (im technischen Sinne, aber auch Schreckschusswaffen [BGHSt 48, 197]) bzw. eines gefährlichen Werkzeugs (§ 244 I Nr. 1; bei dessen Verwendung dürfte regelmäßig §§ 249 ff. [regelmäßig als schwereres Delikt vorrangig zu prüfen] oder § 252 [hier kann Chronologie der Ereignisse für vorrangige Diebstahlprüfung sprechen] gegeben sein) oder sonst ein Werkzeug bzw. Mittel zur Überwindung eines Widerstandes (Absicht zum Einsatz des Mittels im Bedarfsfalle), der Begehung durch ein Bandenmitglied (§ 244 I Nr. 2; Bande jetzt mind. 3 Mitglieder, doch ist nach neuerer Rspr. [BGHSt 46, 321] kein örtliches und zeitliches Zusammenwirken mehrerer Bandenmitglieder am Tatort erforderlich, wenn nur ein Bandenmitglied als Täter in irgendeiner Weise mit einem anderen Bandenmitglied [zB dem Bandenchef] zusammenwirkt; es genügt dann sogar die Wegnahme durch ein Nichtbandenmitglied) sowie den Wohnungseinbruchsdiebstahl (§ 244 I Nr. 3) als Spezialfall des Einbruchsdiebstahls als bloßes Regelbeispiel (§ 243 I Nr. 1).

§ 244a „addiert“ zum Bandendiebstahl gem. § 244 I Nr. 2 die Qualifikationsmerkmale des § 244 I Nr. 1 und 3 oder die Regelbeispiele des § 243 I Nr. 1 – 7, die dadurch im

Rahmen der § 244a-Prüfung zu echten Tatbestandsmerkmalen werden und im obj. bzw. subj. Tb des schweren Bandendiebstahls zu prüfen sind.

Grundfälle

(1) A sieht, dass O gestürzt ist, und hält ihn für bewusstlos. In Wirklichkeit ist O bei dem Sturz gestorben. Sein Erbe ist sein Sohn S. A nimmt dem vermeintlich bewusstlosen die goldene Armbanduhr ab. Strafbarkeit wegen (ggf. versuchten Diebstahls)? S bedient sich kurz vor und nach dem Tod des O, ohne allerdings davon Kenntnis zu haben, aus dessen Geldbeutel, dem er jeweils 100 € entnimmt. Diebstahl?

(2) A lässt den Kanarienvogel des O aus dem Käfig hinausfliegen, weil er Käfighaltung von Tieren ablehnt. Strafbarkeit wegen Diebstahls?

(3) Kassiererin K entnimmt der von ihr allein verantwortlich geführten Kasse 100 €, der Lagerarbeiter L bedient sich währenddessen im Supermarktlager und entnimmt diesem zwei Kästen Bier. Strafbarkeit von K und L?

(4) A entwendet das Sparbuch seiner Tante T aus deren unverschlossener Schublade und geht damit zur Bank, um unter Vorlage des Sparbuchs von diesem 1000 € abzuheben. Danach will er das Sparbuch zurücklegen. Außerdem entwendet er bei Buchhändler B ein neues Taschenbuch, das er zwei Tage später, nach Abschluss der Lektüre, in die Auslage des B zurücklegt. Strafbarkeit wegen Diebstahls?

(5) *Schirmtausch-Fall* (nach *Hettinger*, JuS 1989, L 42, 43): Unterwegs zu seiner Stammkneipe wurde A von einem heftigen Regenschauer überrascht. Als er die Kneipe erreichte, stellte er seinen Schirm in einen dafür vorgesehenen Ständer. Dort befanden sich noch mehrere andere. Nach reichlich Biergenuss verwechselte A beim Hinausgehen seinen Schirm mit einem oberflächlich diesem ähnlich sehenden, sehr viel wertvolleren Stück. Als er dies am nächsten Tag bemerkt und den Schirm zurückgeben will, ist dessen Eigentümer derart erbost, dass er A wegen Diebstahls (§ 242 StGB) anzeigen will. Mit Recht?

(6) A geht zu H&M und zieht in der Umkleide einen neuen Mantel über. Als er damit die Kasse, ohne zu bezahlen, passiert, löst das Sicherheitsetikett Alarm aus. Strafbar gem. §§ 242, 243?

Rechtsprechung

(1) *Dienstmütze* – *BGHSt* 19, 387: Bundeswehrsoldat B hatte seine Dienstmütze verloren. Daraufhin nahm er einem Kameraden dessen Mütze weg, um bei seinem Ausscheiden aus dem Dienst diese als die seine zurückgeben zu können und dadurch einem Regressanspruch wegen der verlorenen Mütze zu entgehen. Strafbar wegen Diebstahls?

(2) „Moos raus!“ – BGHSt 17, 87: S schuldete dem A noch 20 € für eine Zechtour in der örtlichen Kneipe, die er trotz mehrmaliger Aufforderung noch nicht bezahlt hatte. Als A den S eines Tages auf der Straße traf, schrie er ihn mit „Moos raus!“ an. Als S nicht darauf nicht reagierte, zog A ihm den Geldbeutel aus der Hosentasche und entnahm diesem zwei 10 €-Scheine, die er selbst einsteckte, wobei er sagte „Jetzt sind wir quitt!“. § 242?

(3) *Regelbeispiel* – BGHSt 33, 370: A und M beabsichtigten, in eine Gaststätte einzubrechen und dort stehle wertvolle Dinge mitzunehmen. Während M versuchte, an einem aus mehreren kleineren Butzenfenstern bestehenden Seitenfenster der Gaststätte die Bleieinfassungen zu entfernen, stand A Schmiere. Nach dem Tatplan sollten mehrere Butzenscheiben entfernt werden, um durch diese Öffnung in die Gaststätte einzudringen. Zum Zeitpunkt des Erscheinens der Polizei hatte M erst von einem Fenster die Bleieinfassungen entfernt. Strafbarkeit von A und M gemäß §§ 242 II, 243 I 2 Nr. 1, 25 II, 22?

(4) *Dienstwaffe* – BGHSt 30, 44: Polizist P ließ als Mitglied einer Streifenwagenbesatzung, die an den Tatort eines Einbruchsdiebstahls gerufen worden war, an diesem einige wertvolle Gegenstände mitgehen. Er führte – entsprechend einer Dienstweisung – seine geladene und entsicherte Dienstwaffe im Pistolengurt bei sich. Strafbar nach § 244 I Nr. 1a?

(5) *Taschenmesser 1* – BayObLG, NStZ-RR 2001, 202 (= *Kühl* HRR-BT Nr. 50): A entwendete bei der Firma X mehrere Kleidungs- und Schmuckstücke. Dabei führte er ein kleines zusammengeklapptes Taschenmesser in der Hosentasche mit. A wollte das Taschenmesser zwar nicht einsetzen, hielt jedoch für möglich, dass er in der konkreten Situation doch darauf zurückgreifen könnte und hatte sich damit abgefunden. Strafbarkeit wegen § 244 I Nr. 1a?

(6) *Taschenmesser 2* – BGH StV 2005, 606 (mit Anm. *Kudlich*, JA 2006, 249 f.): M, der regelmäßig Bier trank und zum Öffnen der Flaschen stets ein kleines Taschenmesser mit einem Öffner (Klingenlänge 4,5 cm) bei sich führte, sah in einem unverschlossenen Klein-Lkw, dass der Zündschlüssel steckte, stieg ein und fuhr los. Strafbarkeit wegen § 244 I Nr. 1a?

B. Diebstahlsähnliche Delikte

I. Systematik

Innerhalb des 19. BT-Abschnitts enthalten §§ 246, 248b, 248c gegenüber dem Diebstahl **eigenständige Tatbestände**. Während § 246 bereits die bloße Zueignung fremder Sachen auch ohne Gewahrsamsbruch erfasst und damit (anders als § 242) nur das Eigentum schützt, werden von § 248b bestimmte Formen eines bloßen furtum usus (Gebrauchsanmaßung) unter Strafe gestellt, bei denen die für § 242 erforderliche Zueignungsabsicht ausscheidet; § 248c erfasst als Sondertatbestand die Entziehung elektrischer Energie, deren Sachqualität umstr. war (RGSt 29, 111). Strafbar ist stets bereits der **Versuch** (§§ 246 III, 248b II, 248c II); die Antragserfordernisse der §§ 247, 248a gelten für die Unterschlagung unmittelbar, für § 248c I kraft ausdrücklicher Verweisung (Abs. 3), während §§ 248b III, 248c IV 2 stets ein Antragserfordernis vorsehen. § 246 I (nicht II) und § 248b I enthalten jeweils ausdrückliche Subsidiaritätsbestimmungen gegenüber (nach dem klaren Wortlaut allen) Strafvorschriften mit schwerer Strafdrohung. Zwischen § 246 I und § 248b I ist angesichts gleicher Strafraumen Tateinheit möglich.

Angesichts der Spezialregelung des § 248c erübrigt sich – soweit es um die Wegnahme von elektrischer Energie geht – eine Prüfung von §§ 242, 246 und damit eine Diskussion der Sachqualität elektrischer Energie; in diesem Fall ist sofort und ausschließlich § 248c zu prüfen.

II. Unterschlagung, § 246

§ 246 umfasst zwei Tatbestände:

- Die (einfache) Unterschlagung als Grundtatbestand (§ 246 I) und
- die sog. „veruntreuende Unterschlagung“ als Qualifikation (§ 246 II – nicht zu verwechseln mit dem Tatbestand der Untreue, § 266), für die eine Geltung der Subsidiaritätsklausel des § 246 I zweifelhaft scheint (dafür aber *Lackner/Kühl* § 246 Rn. 14 m. w. N.).

1. § 246 I

Tatgegenstand ist wie bei § 242 jede fremde bewegliche Sache; ob sie bereits in Besitz oder Gewahrsam des Täters steht – so § 246 I aF bis zum 6. StRG 1998 – ist unerheblich, so dass auch Sachen, die der Täter zu keinem Zeitpunkt in seinem Gewahrsam hat (und die er etwa als „eigene“ veräußert), erfasst sind.

Tathandlung ist die **Zueignung** dieser Sache, die hier – anders als bei § 242 – obj. vorliegen muss; dafür genügt bedingter Zueignungsvorsatz (§ 15), Zueignungsabsicht – wie bei § 242 – ist nicht erforderlich. Zueignung setzt nach hM eine nach außen erkennbare Manifestation des Zueignungswillens voraus; ein bloß innerer Entschluss zum Behalten der Sache als eigene genügt nicht. Vielmehr bedarf es einer äußeren Handlung, die auf den Willen schließen lässt, den Eigentümer dauernd auszuschließen und die Sache (oder ihren Sachwert) dem eigenen Vermögen oder dem eines Dritten einzuverleiben. Jedenfalls die Aneignungskomponente muss in der Manifestation eindeutig zu Tage treten, das Enteignungselement darf jedenfalls nicht ausgeschlossen scheinen. Bei obj. mehrdeutigen Verhaltensweisen (zB Aufheben und Einstecken eines Fundstücks) scheidet die Annahme einer Zueignung aus, ebenso – mangels Sich- oder Dritt-Zueignung – bei einer bloßen Entledigung der Sache. Umstr. ist, ob nach erstmaliger Zueignung eine weitere Zueignung möglich ist (dagegen *BGHSt* 14, 38 [allerdings nur für wiederholte Sich-Zueignung]); die hM in der Lit. lässt eine erneute Zueignung als mitbestrafte Nachtat auf Konkurrenzebene zurücktreten und scheidet sie nicht bereits – wie die Rspr. – aus dem Tatbestand aus. Fehlt dem Täter bei der Begründung des Gewahrsams (= Wegnahme) zunächst Zueignungsabsicht (so dass § 242 ausscheidet), liegt in der nachfolgend tatsächlich erfolgenden Zueignung (etwa durch Verkaufsangebot) der Sache i. d. R. § 246.

Die Zueignung muss „rechtswidrig“ sein; da bei § 242 die Rechtswidrigkeit der beabsichtigten Zueignung im (subj.) Tatbestand geprüft wird, erscheint auch bei § 246 deren Prüfung im – hier bereits obj. – Tatbestand (und nicht erst in der Rechtswidrigkeit) sachgerecht. Die Zueignung ist – wie bei § 242 – nicht rechtswidrig bei einem fälligen und einredefreien Anspruch auf die Sache. Insbes. für die Drittzueignung werden Einschränkungen diskutiert, v. a. wenn der Täter die Sache nicht im Gewahrsam hat oder die Zueignung ohne Willen des Dritten diesem aufgedrängt werden soll (vgl. *Lackner/Kühl*, § 246 Rn. 8 m. w. N.).

Subjektiv genügt für alle obj. Tb-Merkmale bedingter Vorsatz (§ 15).

2. Anvertrauende Unterschlagung, § 246 II

Anvertraut ist eine im Gewahrsam des Täters befindliche Sache nicht nur (wie bei § 266) aufgrund eines besonderen Treueverhältnisses (*BGHSt* 9, 90), sondern schon dann, wenn sie ihm in dem Vertrauen überlassen wurde, er werde die Herrschaft nur i. S. des Überlassenden ausüben (zB unter Eigentumsvorbehalt gekaufte Sache, *BGHSt* 16, 280).

III. Unbefugter Gebrauch eines Fahrzeugs, § 248b

1. Obj. Tatbestand

a) Tatobjekt eines ausnahmsweise strafbaren *furtum usus* sind nach dem eindeutigen Wortlaut (nur) Kfz i. w. S. d. § 248b IV sowie Fahrräder (nicht zB ein Rollator).

b) Tathandlung ist deren **Ingebrauchnahme**, die mit dem Ingangsetzen zu einer Fahrt vollendet und mit deren Abschluss beendet ist (Dauerdelikt). Das Handeln gegen den Willen des Berechtigten (nicht nur des Eigentümer, sondern auch des Halters, Mieters etc.) ist Merkmal des obj. Tb und erfordert einen erkennbar oder mutmaßlich entgegenstehenden Willen.

2. Subj.: Da der mind. bed. Vorsatz (§ 15) bzgl. der obj. Tb-Merkmale auch den (mutmaßlich) entgegenstehenden Willen erfassen muss, ist die irrige Annahme eines Einverständnisses Tatbestandsirrtum (§ 16).

3. Subsidiarität: Obwohl § 248b gerade auch gegenüber dem Diebstahl, von dem er sich durch das Fehlen einer Zueignungsabsicht unterscheidet, ausdrücklich subsidiär ist, wird der den Diebstahlstatbestand erfüllende Verbrauch des Benzins im Tank (darin liegt eine bei der Ingebrauchnahme beabsichtigte Zueignung) von § 248b konsumiert oder tritt als mitbestrafte Nachtat zurück.

Fall:

Spriztour – *BGHSt* 16, 190 (vgl. auch *BGHSt* 22, 45 = *Kühl* HRR-BT Nr. 48): A öffnete mittels einer Scheckkarte einen abgestellten Pkw, um diesen für eine Spriztour zu verwenden. Nach einem Ausflug ins Grüne wollte er den Pkw – allerdings ohne nachgetankt zu haben – einfach wieder auf den gleichen Parkplatz abstellen. Nach dem planmäßigen Ende der Tour entschloss er sich dann doch spontan dazu, eine im Pkw befindliche Ledertasche im Wert von ca. 300 €, die ihn zunächst nicht interessiert hatte, mitzunehmen. Strafbar wegen §§ 242 I, 246 I, 248b I? – Ändert sich etwas, wenn A den Plan gehabt hätte, nach Ende der Spriztour den Pkw nicht auf den früheren Parkplatz sondern irgendwo anders in der Stadt stehenzulassen?

IV. Entziehung elektrischer Energie, § 248c

Wenn nach dem SV lediglich die Entziehung elektrischer Energie in Rede steht, ist sogleich mit der § 248c-Prüfung zu beginnen; eine Prüfung der Sachqualität von elektrischem Strom i. S. v. § 242 ist entbehrlich.

1. Obj. Tatbestand

a) Tatobjekt ist fremde elektrische Energie, ohne dass es auf den Gewahrsam daran ankommt. Die Energie ist fremd, wenn der Täter auf ihre Entziehung kein Recht hat.

b) Tathandlung ist deren Entziehen, d. h. den Energievorrat eines anderen mindern; dieses muss ordnungswidrig geschehen, so dass die bloß vertragswidrige Nutzung einer elektrischen Heizung nicht ausreicht (zur § 248c-Strafbarkeit wegen Aufladens eines Handy *Brodowski*, ZJS 2010, 144 ff.).

2. Subj. ist neben mind. bed. Vorsatz bzgl. der obj. Tb-Merkmale (§ 15) – wie bei § 242 – die Absicht rechtswidriger Zueignung erforderlich.