

§ 24: Diebstahl in einem besonders schweren Fall (§§ 242, 243 StGB)

I. Allgemeines

§ 243 StGB ist kein eigener Straftatbestand, sondern eine **Strafzumessungsregel**.

Grundgedanken der Strafzumessung: Die Strafzumessung ist der Vorgang, in dem der Richter aufgrund einer Gesamtwürdigung der Tat und des Täters ermittelt, **welche Strafhöhe innerhalb des vom Tatbestand vorgegebenen Strafrahmens auszusprechen ist**. Welche Aspekte im Rahmen der Strafzumessung grundsätzlich von Bedeutung sind, ist in **§ 46 StGB** geregelt. Der Grundgedanke ist, dass das **Maß der Schuld** die Strafe bedingt, § 46 I 1 StGB. Eine darüber liegende Strafe ist unangemessen. Nach der sog. **Spielraum- oder Rahmentheorie** gibt es aber keine punktgenaue schuldangemessene Strafe in dem Sinne, dass für eine spezifische Tat beispielsweise nur acht Monate Haftstrafe schuldangemessen sein können. Eine solche punktgenaue Strafe kann aufgrund der komplexen Abwägung, die der Richter vorzunehmen hat (siehe § 46 II StGB), und der „Grenzen der menschlichen Erkenntnisfähigkeit“ nicht behauptet werden (vgl. Lackner/Kühl/Kühl § 46 Rn. 24). Vielmehr gibt es einen Strafraumen – bspw. sieben bis neun Monate Haftstrafe –, innerhalb dem die Strafe schuldangemessen ist.

Die Regelbeispiele sind nun gesetzliche Strafzumessungsregeln, die festlegen, welche Tatbegehungen der Gesetzgeber für besonders schwer und erhöht strafwürdig erachtet. Sie sind somit **vertypertes Erfolgs- bzw. Handlungsunrecht**. Ein Kennzeichen der Regelbeispiele ist, dass sie **keine zwingende und abschließende Regelung vornehmen**:

- Liegen die Voraussetzungen eines Regelbeispiels vor: besonders schwerer Fall (+); Ausnahme: Besondere Umstände mindern das Handlungs- oder das Erfolgsunrecht.
- Erfüllt der Täter keines der Regelbeispiele: besonders schwerer Fall (-); Ausnahme: Erfolgsunrecht und Handlungsunrecht sind gegenüber dem Durchschnittsfall des Diebstahls wesentlich erhöht.

Regelung im Bereich der Strafzumessung des § 242 StGB, daher keine Konkurrenz zwischen § 242 StGB und § 243 StGB.

Terminologisch werden die Voraussetzungen der Regelbeispiele nicht als Tatbestandsmerkmale, sondern als Erschwerungsgründe bezeichnet (a.A. NK/*Kindhäuser* § 243 Rn. 3; *Eisele* JA 2006, 309, 312; *Jakobs* § 6 Rn. 99).

II. Exkurs: Vereinbarkeit von Regelbeispielen mit dem Grundgesetz

Manche sehen das Gesetzgebungsinstrument der Regelbeispiele grundsätzlich kritisch (vgl. bereits *Hirsch* ZStW 84 [1972], 380, 386 ff.), halten es teilweise sogar für verfassungswidrig. Dabei werden Verstöße gegen das Analogieverbot, gegen den Bestimmtheitsgrundsatz (dazu, einen Verstoß nicht behauptend, NK/*Kindhäuser* § 243 Rn. 4; MK/*Schmitz* § 243 Rn. 3 stellt zumindest „einen erheblichen Spannungsbogen zum Bestimmtheitsgrundsatz“ fest), gegen das Rückwirkungsverbot sowie gegen Demokratie- und Gewaltenteilungsprinzip, aber auch gegen das Doppelverwertungsverbot des § 46 III StGB behauptet (*Horn* Die besonders schweren Fälle und Regelbeispiele im Strafgesetzbuch, 2001, S. 156, [online abrufbar](#)). Das BVerfG (NJW 1977, 1815) hat indes befunden, die Regelbeispielstechnik erfülle die Erfordernisse des Art. 103 II GG und sei mit der Verfassung vereinbar.

III. Prüfungsstandort in der Fallprüfung

Prüfung §§ 242, 243 StGB

I. Tatbestand

II. Rechtswidrigkeit

III. Schuld

IV. Strafzumessung

1. Verwirklichung eines Regelbeispiels des § 243 I 2 StGB

2. Quasi-Vorsatz bzgl. der Verwirklichung des Regelbeispiels

3. Vorliegen von § 243 II StGB?

4. Entfallen der Indizwirkung aufgrund Gesamttatbewertung?

5. Vorliegen eines atypischen schweren Falles aufgrund Gesamttatbewertung?

IV. Regelbeispiele im Einzelnen

1. § 243 I 2 Nr. 1 StGB

Einbruchs- und Nachschlüsseldiebstahl

a) umschlossener Raum

Oberbegriff, die übrigen genannten Räume sind nur Beispiele; Definition: Raumgebilde (mit oder ohne Dach), das (mindestens auch) zum Betreten von Menschen bestimmt und mit (mindestens teilweise künstlichen) Vorrichtungen zur Abwehr Unbefugter versehen ist.

Beispiele: abgetrennte Abteilungen innerhalb eines Gebäudes, eingehegte Obstgärten, Wohnwagen, Schiffe, Pkw.

Gebäude: ein durch Wände und Dach begrenztes, mit dem Erdboden fest (wenn auch nur durch eigene Schwere) verbundenes Bauwerk, das den Eintritt von Menschen gestattet und Unbefugte abhalten soll (BGHSt 1, 158 ff.).

b) Tathandlungen

Einbrechen, Einsteigen, Eindringen und **Verborgenthalten** in ein bzw. einem der genannten Objekte.

Einbrechen: gewaltsames Öffnen einer den Zutritt verwehrenden Umschließung von außen. Erforderlich ist die Aufwendung nicht ganz unerheblicher körperlicher Kraft (BGH NStZ 2000, 143), nicht dagegen eine Substanzverletzung.

Das Einbrechen erfordert kein Betreten, da der Erschwerungsgrund des § 243 I 2 Nr. 1 StGB darin liegt, dass der Täter Schutzvorkehrungen, die der Bestohlene zur Sicherung seines Gewahrsams getroffen hat, erfolgreich überwindet (BGH NStZ 1985, 217).

Einsteigen: Eindringen des Täters in den Raum auf außergewöhnliche Weise unter Überwindung von Hindernissen, die den Zugang nicht unerheblich erschweren.

Bsp.: Hineinkriechen, Übersteigen einer Umfriedung, Hindurchzwängen durch eine enge, hindernde Zaunlücke oder Gartenhecke.

Der Täter muss dabei im Inneren des Raumes einen Stützpunkt gewonnen haben, wofür das bloße Hineinbeugen des Oberkörpers nicht ausreicht (BGH NJW 1968, 1887). Ebenso ist ein Einsteigen abzulehnen, wenn der Täter eine Räumlichkeit durch eine zum ordnungsgemäßen Zugang bestimmte Tür betritt. Dies gilt unabhängig davon, auf welche Weise er die Tür zuvor geöffnet hat. Konnte der Täter beispielsweise über ein gekipptes Fenster den Griff der danebenliegenden Tür erreichen und ging sodann durch die geöffnete Tür, liegt daher kein Einsteigen vor (BGH ZJS 2016, 667).

Eindringen mit einem falschen Schlüssel

Falsch ist jeder Schlüssel (auch elektronischer Art, z.B. in Hotels übliche Kartenschlüssel), der zur Tatzeit vom Berechtigten (noch) nicht oder nicht mehr zum Öffnen des betreffenden Verschlusses bestimmt ist. Maßgebend ist der Wille desjenigen, dem die Verfügungsgewalt über den Raum zusteht.

Missbrauch echter Schlüssel: Der generelle Wille, dass andere Personen den Schlüssel nicht benutzen sollen, macht einen Schlüssel nicht falsch (BGH StV 1998, 204). Gleiches gilt für den bloßen Verlust eines Schlüssels. Ein echter Schlüssel wird erst mit **Entwidmung**, also dem Entzug der Bestimmung zum Öffnen des betreffenden Verschlusses durch den Berechtigten, falsch. Die Entwidmung kann erst erfolgen, sobald der Berechtigte den Diebstahl bzw. den Verlust bemerkt (siehe BGHSt 21, 189). Ein Dokumentieren nach außen ist nicht erforderlich.

Andere nicht zur ordnungsgemäßen Öffnung bestimmten Werkzeuge müssen den Schließmechanismus ordnungswidrig in Bewegung setzen. Das ist z.B. der Fall, wenn der Täter mittels eines Störsenders Autos entriegelt; nicht aber, wenn der Störsender schon verhindert, dass die Verriegelung vom Besitzer mittels der Funkbedienung ausgelöst wird (BGH BeckRS 2017, 134802). Im letzteren Fall kommt aber ein unbenannter besonders schwerer Fall in Betracht. Typische „andere Werkzeuge“ sind etwa Dietriche, Draht, Haken und dergleichen (*Rengier* BT I § 3 Rn. 17).

Sich-verborgen-Halten in einem der oben genannten Objekte: Das Sich-Aufhalten in einem der genannten Räume ist dem unberechtigten Hineingelangen gleichgestellt. Damit diese Gleichstellung gerechtfertigt ist, müssen jedoch einschränkende Voraussetzungen erfüllt sein: Der Täter muss sich im Raum unberechtigt und an einem Platz aufhalten, an dem ihn der Berechtigte nicht erwarten würde und an dem er sich dem Gesehenwerden entzieht (MK/*Schmitz* § 243 Rn. 31; LK/*Vogel* § 243 Rn. 27). Wie der Täter in den Raum gelangt ist, ist unerheblich (Lackner/*Kühl/Kühl* § 243 Rn. 13).

Zur Ausführung der Tat: Der Diebstahlsvorsatz muss schon im Zeitpunkt des Einbrechens, Eindringens usw. vorgelegen haben.

2. § 243 I 2 Nr. 2 StGB

Sachen, die durch ein verschlossenes Behältnis oder eine andere Schutzvorrichtung gegen Wegnahme besonders gesichert sind.

a) Behältnis: ein zur Aufnahme von Sachen, nicht aber von Menschen dienendes und sie umschließendes Raumgebilde.

Bsp.: Truhe, Schrank, Koffer, Warenautomat.

verschlossen: wenn der Inhalt mittels einer technischen Schließeinrichtung oder auf andere Weise (z.B. durch Verschnüren) gegen den unmittelbaren ordnungswidrigen Zugriff von außen gesichert ist.

b) besonders gesichert: wenn der spezifische **Schutzzweck der Vorrichtung gegen die Wegnahme** gerade der konkreten Sache gerichtet ist. Die Sicherung muss die Wegnahme nicht nur unerheblich erschweren.

Problem: T entwendet eine Geldkassette und bricht diese zu Hause auf.

- e.A.: § 243 I 2 Nr. 2 StGB (+), da es nicht erforderlich sei, dass der Täter das Behältnis schon am Tatort öffnet (BGHSt 24, 248).
- a.A.: § 243 I 2 Nr. 2 StGB (-), da T bereits mit der Wegnahme des Behältnisses auch Gewahrsam am Inhalt begründet, die Sicherung also gar nicht geeignet ist, die Wegnahme zu erschweren. Anderes gilt, wenn das Behältnis selbst wegen seiner Größe oder seines Gewichts der Wegnahme entgegensteht (zutreffend Sch/Sch/Eser/Bosch § 243 Rn. 25; Mitsch BT II S. 99; MK/Schmitz § 243 Rn. 37).

Eine besondere Sicherung sei auch dann gegeben, wenn der Täter ein verschlossenes Behältnis mit einem zuvor gefundenen Schlüssel öffnet, der nicht im Schloss steckte oder als erkennbar zum Behältnis gehörig daneben lag (KG NJW 2012, 1093, 1094).

c) Die Tat muss zudem **unter Überwindung der Sicherung** begangen werden (Sch/Sch/Eser/Bosch § 243 Rn. 25; Mitsch BT II S. 98; MK/Schmitz § 243 Rn. 32).

Manipulationen an Warenautomaten: Erforderlich ist eine äußere Einwirkung auf den Sicherungsmechanismus. Der bloße **Einsatz von Falschgeld** stellt keine Handlung dar, die gerade den Sicherungsmechanismus des Spielautomaten überwindet oder in seiner Funktion beeinträchtigt; (-) auch im Tesafilm-Fall (sofern man diesen als Diebstahl ansieht; dazu KK 242), da hier durch geschicktes Vorgehen lediglich der vorgesehene Ausgabemechanismus in Gang gesetzt wird (vgl. Rengier BT I § 3 Rn. 33).

Fraglich ist, ob die **unbefugte Verwendung von Codekarten oder Geheimnummern** unter das Regelbeispiel fallen. Dies wird mit der Argumentation bejaht, dass der Täter auch in diesem Fall eine ihm gegenüber bestehende „Sicherungsschranke“ durchbreche, wenn und soweit er die Codekarte oder die Geheimnummer unbefugt erlangt hat (vgl. Wessels/Hillenkamp Rn. 238). Überträgt man jedoch die zur Manipulation von Warenautomaten übertragenen Grundsätze, so gelangt man zur Verneinung des Regelbeispiels, da insoweit kein Sicherungsmechanismus umgangen, sondern vielmehr dessen ordnungsgemäße Funktion ausgelöst wird (vgl. MK/Schmitz § 243 Rn. 38).

Sicherungsetikette an Waren

Die Sache muss gerade „gegen Wegnahme“ besonders gesichert sein. Daraus folgt, dass eingebaute Signale dann nicht ausreichen, wenn sie lediglich der nachträglichen Entdeckung des Täters oder der Wiedererlangung der Sache dienen. Häufig ist die Wegnahme bereits vollendet (z.B. beim Einstecken einer CD), wenn der Täter die Signalschranke passiert. Sicherungsetiketten deshalb generell die Bestimmung zur Wegnahmesicherung abzusprechen (so *Wessels/Hillenkamp* Rn. 237), erscheint nicht gerechtfertigt. Dies ist vielmehr eine Frage des Einzelfalles (zutreffend *Sch/Sch/Eser/Bosch* § 243 Rn. 24; *Rengier* BT I § 3 Rn. 31). Ist nach Art des Sicherungssystems eine Entdeckung vor Vollendung unmöglich, ist die Sache schon mangels Eignung zur Sicherung nicht „gegen Wegnahme besonders gesichert.“ Ansonsten stellt das Sicherungsetikett eine Sicherung i.S.d. § 243 I 2 Nr. 2 StGB dar. Ob § 243 I 2 Nr. 2 StGB erfüllt ist, hängt nunmehr davon ab, ob der Täter die Sache unter Überwindung des Sicherungssystems wegnimmt. Daran fehlt es, wenn nach dem konkreten Vorgehen des Täters (und nicht generell nach dem Aufbau des Sicherungssystems) die Tat zu dem Zeitpunkt, zu dem der Sicherungsmechanismus zum Zuge kommen soll, bereits vollendet ist.

Beispielfälle: T begibt sich in die Medienabteilung eines Kaufhauses, die bereits über gesonderte Signalschranken verfügt (zusätzlich zu denen am Ausgang), macht das Sicherungsetikett einer CD unbrauchbar und

1. versteckt die CD im Verpackungskarton einer anderen, von ihm gekauften Ware und verlässt das Kaufhaus.
2. steckt die CD in seine Jackentasche.

Lösung der Beispielfälle

Zu 1.: § 243 I 2 Nr. 2 StGB (+): Vollendung kann – wie diese Konstellation zeigt – auch erst mit Verlassen des Kaufhauses eintreten. Zuvor hätten die Sicherungsschranken der Medienabteilung bereits Alarm geschlagen. Das Etikett ist also geeignet und dazu bestimmt, die Wegnahme zu verhindern. Die CD war damit besonders gesichert i.S.d. § 243 I 2 Nr. 2 StGB. T hat die CD auch unter Überwindung der Sicherung weggenommen.

Zu 2.: § 243 I 2 Nr. 2 StGB (-): die CD war zwar besonders gegen Wegnahme gesichert (vgl. oben). Da die Tat beim Passieren der Signalschranke schon vollendet war, hat T die Sache jedoch nicht unter Überwindung der Sicherung weggenommen, sondern lediglich die Entdeckung der vollendeten Tat vereitelt.

→ Einen erweiterten Überblick des Meinungsstandes bietet auch das Problemfeld *Sicherungsetiketten an Waren*: <https://strafrecht-online.org/problemfelder/bt/242/strafzumessung/warenetikett/>

3. § 243 I 2 Nr. 3 StGB

gewerbsmäßiger Diebstahl: Wer den Diebstahl mit der Absicht begeht, sich aus seiner wiederholten Begehung eine Einnahmequelle von einer gewissen Dauer und Erheblichkeit zu verschaffen (Sch/Sch/Eser/Bosch § 243 Rn 31).

Weiterveräußerung des Diebstahlsubjektes ist nicht unbedingt erforderlich; Verwendung für sich ist ausreichend (BGH MDR 76, 633).

Gewerbsmäßigkeit kann schon bei der ersten Tat gegeben sein.

Gewohnheitsmäßiges Stehlen fällt nicht unter § 243 I 2 Nr. 3 StGB.

Gewerbsmäßiges Handeln ist ein besonderes persönliches Merkmal, § 28 II StGB analog (da kein Tatbestandsmerkmal).

4. § 243 I 2 Nr. 6 StGB

Hilflosigkeit erfasst u.a. Blindheit, Krankheit, Trunkenheit (nicht jedoch den normale Schlaf), wobei der Täter gerade die durch die Hilflosigkeit entstandene Lockerung des Eigentumsschutzes zur leichteren Durchführung der Tat einsetzt.

Unglücksfall: plötzliches Ereignis, das eine erhebliche Gefährdung für Leib und Leben mit sich bringt. Grundsätzlich ist es für das Vorliegen eines Unglücksfalles unerheblich, ob das Tatopfer diesen selbst herbeigeführt hat (NK/*Kindhäuser* § 243 Rn. 37). Die Freiverantwortlichkeit ändere nichts an der Schutzwürdigkeit des Tatopfers. Dennoch wird von der h.M. im Falle eines freiverantwortlichen **Suizidversuchs des Tatopfers**, der die Hilflosigkeit nach sich zieht, die Anwendbarkeit des § 243 I 2 Nr. 6 StGB verneint (ablehnend MK/*Schmitz* § 243 Rn. 52).

5. § 243 I 2 Nr. 7 StGB

Diebstahl besonders gefährlicher Waffen und von Sprengstoff. Auf die sofortige Einsatzfähigkeit kommt es nicht an. Wird eine einsatzfähige Schusswaffe gestohlen, so ist auch § 244 I Nr. 1 a) StGB erfüllt. § 243 I 2 Nr. 7 StGB tritt dann im Wege der Konsumtion zurück (vgl. BGH StV 1988, 429).

6. Konkurrenzen innerhalb § 243 StGB

Treffen mehrere Erschwerungsgründe zusammen, so ist nur ein Diebstahl in **einem** besonders schweren Fall gegeben.

7. Konkurrenzen zu anderen Tatbeständen

Hinter § 244 StGB treten die §§ 242, 243 StGB zurück. Nach h.M. konsumiert §§ 242, 243 I Nr. 1 StGB § 123 StGB. Bezüglich § 303 StGB wird dies teilweise genauso gesehen, teilweise aber mit der Begründung abgelehnt, dass eine Sachbeschädigung nicht notwendigerweise mit der Verwirklichung des Regelbeispiels einhergehen müsse (vgl. MK/Schmitz § 243 Rn. 93).

V. „Versuchs“-Problematik

Problem: § 243 StGB ist eine Strafzumessungsregel, kein Tatbestand, daher finden auf § 243 StGB die gesetzlichen Regelungen der §§ 22 ff. StGB keine Anwendung. Wie verhält es sich nun, wenn ein Diebstahl versucht und/oder das Regelbeispiel teilverwirklicht wird?

Folgende Fallgestaltungen sind zu unterscheiden:

1. Der Diebstahl ist versucht, das Regelbeispiel verwirklicht.

Gegen den Eintritt der Regelwirkung bestehen hier keine Bedenken (vgl. nur BGH NStZ 1985, 217), da das Gesetz an die vollständige Verwirklichung der Regelbeispiele die Indizwirkung des § 243 I StGB knüpft. Somit liegt ein versuchter Diebstahl in einem besonders schweren Fall vor.

2. Vollendeter Diebstahl und teilverwirklichtes bzw. „versuchtes“ Regelbeispiel.

BGH NStZ-RR 1997, 293: Den „Versuch eines besonders schweren Falles“ gibt es im System des Strafgesetzbuchs nicht, weil die Vorschriften über besonders schwere Fälle, insbesondere die gesetzlichen Regelbeispiele, keine Tatbestände i.e.S., sondern lediglich Strafzumessungsregeln enthalten.

So auch überwiegend die Literatur (Sch/Sch/Eser/Bosch § 243 Rn. 44 m.w.N.), teilweise mit der Begründung, dass der „Versuch“ des Regelbeispiels gegenüber dem vollendeten Grunddelikt nicht eigens ins Gewicht falle (so *Gropp* § 9 Rn. 96). **§ 243 StGB kann jedoch aufgrund einer Gesamtbewertung von Tat und Täter zu bejahen sein.** Insofern lautet die Frage in diesen Fällen weniger, ob ein Versuch des § 243 StGB möglich ist,

sondern, ob das verwirklichte Handlungsunrecht die Annahme eines besonders schweren Falles zulässt. Falls dies nicht der Fall ist, liegt ein einfacher Diebstahl vor.

Teilweise wird vertreten, die Indizwirkung eines Regelbeispiels liege auch dann vor, wenn der „Erfolg“ des Regelbeispiels zwar nicht eingetreten, aber Handlungen in Richtung auf den Erfolgseintritt unternommen wurden (Eisele BT II Rn. 153; Fabry NJW 1986, 15, 20). Hierbei wird wiederum danach unterschieden, ob eine zum Handlungsgebilde des Erschwerungsmerkmals zugehörige Handlung bereits ausgeführt wurde oder ob lediglich dem Erschwerungsmerkmal vorgelagerte Handlungen in der Absicht ausgeführt wurden, in ein Handlungsgebilde des Erschwerungsmerkmals zu münden. Ersteres wäre der Fall, wenn der Täter mit einem falschen Schlüssel eindringen will, beim Einstecken des Schlüssels in das Schloss aber merkt, dass die Tür offen ist. Die zweite Konstellation liegt vor, wenn der Täter einen Verkaufsraum zu dem Zweck betritt, Geld aus der Ladenkasse wegzunehmen, dann jedoch vor jeder Wegnahmehandlung erkennt, dass die Kasse geöffnet und leer ist.

Im letzten Fall hat das BayObLG in seiner Entscheidung vom 13.5.1997 vertreten, dass bereits die Absicht des Täters, ein Regelbeispiel zu verwirklichen, ausreichen sollte, einen besonders schweren Fall anzunehmen (JR 1999, 36 f.). Dies ist in seiner Pauschalität aber abzulehnen. Schließlich ist es für den Unrechtsgehalt einer Handlung entscheidend, ob ein Erschwerungsgrund „(teil-)verwirklicht“ wurde oder ob lediglich Handlungen in dessen Richtung unternommen wurden. Dasselbe Argument streitet gegen die Auffassung, dass bereits erste, zum Gebilde des Erschwerungsgrundes zugehörige, Handlungen die Indizwirkung des § 243 StGB herbeiführen würden (so aber BGHSt 33, 370).

Somit bleibt es bei der Feststellung, dass bei Nichtverwirklichung des Regelbeispiels anhand der konkreten Umstände der Tat zu fragen ist, ob das verwirklichte Handlungsunrecht die Annahme eines besonders schweren Falles zulässt. Falls dies nicht der Fall ist, liegt lediglich ein einfacher Diebstahl vor.

3. Teilverwirklichte bzw. der Verwirklichung des Regelbeispiels vorgelagerte Handlungen und versuchter Diebstahl

Wenn man sich hier an den Grundsätzen unter 2. und an der Entscheidung BGH NStZ-RR 1997, 293 orientiert, müsste man zu der Annahme eines einfachen versuchten Diebstahls kommen, außer das Handlungsunrecht ist im Vergleich zu dem Normalbild des versuchten Diebstahls derart erhöht, dass ein besonders schwerer Fall im Wege der Gesamtbewertung – atypischer schwerer Fall – angenommen werden kann. Dem widerspricht aber die Entscheidung **BGHSt 33, 370** (373): Ist der Diebstahl lediglich versucht, ist entscheidendes Kriterium der Tatentschluss des Täters sowie das unmittelbare Ansetzen zu seiner Verwirklichung. **Der Tatentschluss ist hier auf die Verwirklichung eines Diebstahls in einem besonders schweren Fall gerichtet, zu dessen Verwirklichung der Täter auch angesetzt hat. Dies rechtfertigt den Schuldspruch auf einen „versuchten Diebstahl in einem besonders schweren Fall“.** Zustimmend z.B. *Gropp* § 9 Rn. 97, 101 mit der Begründung, dass der Versuch des Regelbeispiels gegenüber dem nur versuchten § 242 StGB eigens ins Gewicht falle; a.A. die h.L. (Sch/Sch/*Eser/Bosch* § 243 Rn. 44 m.w.N.; *Küper* JZ 1986, 518; OLG Stuttgart NStZ 1981, 222).

Die oben zitierte BGH-Entscheidung aus dem Jahre 1985 wurde jedoch durch die Entscheidung BGH NStZ-RR 1997, 293 überholt. Dort hat der BGH in einer Entscheidung zu § 176 III StGB a.F. ausgeführt, „[d]en ‚Versuch eines besonders schweren Falles‘ gibt es im System des Strafgesetzbuchs nicht, weil die Vorschriften

über besonders schwere Fälle, insbesondere die gesetzlichen Regelbeispiele keine Tatbestände im engeren Sinn, sondern lediglich Strafzumessungsregeln enthalten. Allerdings ist es möglich, dass der Tatrichter – als Ergebnis der ihm aufgegebenen umfassenden Würdigung – in dem ‚Versuch‘ der Erfüllung eines Regelbeispiels das Vorliegen eines besonders schweren Falles findet.“

Es ist fraglich, ob der BGH in der Zukunft bei seiner in BGHSt 33, 370 geäußerten Meinung bleiben wird. Denn diese steht im Widerspruch zu BGH NStZ-RR 1997, 293 (so auch MK/*Schmitz* § 243 Rn. 89). Vielmehr scheint sich die Entwicklung anzudeuten, dass der BGH dem Erschwerungsgrund vorgelagerte Handlungen, die in der Absicht begangen werden, in der Verwirklichung eines Regelbeispiels des § 243 StGB zu münden, nicht mehr als ausreichend für die Annahme eines Regelbeispiels ansieht.

BGH wistra 2007, 111 in Bezug auf § 263 III 2 Nr. 2 1. Var. StGB: „Mit diesen Grundsätzen verträgt sich nicht die vom Landgericht eingenommene Sicht eines ‚Versuchs eines besonders schweren Falles‘, wie ihn der Bundesgerichtshof bei anderen Delikten für möglich erachtet hat [...]. Würde schon die **beabsichtigte Zufügung** eines großen Vermögensverlustes, zu der der Täter angesetzt hat, ohne dass das Betrugsdelikt vollendet wäre, zur Annahme des Regelbeispiels führen, müsste es auch im Falle einer Vermögensgefährdung, die zur Annahme eines vollendeten Betruges führt, aber nach den Vorstellungen des Täters noch in einen endgültigen Vermögensschaden umschlagen soll, ohne Weiteres ebenfalls gegeben sein.“

In NStZ 2010, 167 ging der BGH für § 370 III 2 Nr. 1 AO wiederum – unter Verweis auf BGHSt 33, 370 – davon aus, dass „[d]er Umstand, dass ebenso wie das Grunddelikt des § 370 I Nr. 1 AO auch das Regelbeispiel des § 370 III 2 Nr. 1 AO nur versucht worden ist“, stünde der Anwendung des erhöhten Strafrahmens nicht entgegen; es sei auf die subjektive Tatseite abzustellen. Im Unterscheid zu dem in wistra 2007, 111 zu entschei-

denden Fall sei aber § 370 III 2 Nr. 1 AO i.V.m. § 370 IV 1 AO im Vergleich weiter gefasst, so dass nicht von einer Abweichung der Rspr. gesprochen werden könne.

Dem BGH (wistra 2007, 111) ist insoweit zuzustimmen. Es überzeugt nicht, wenn teilweise danach differenziert wird, ob der Tatbestand des § 242 StGB verwirklicht ist (vgl. hierzu *Reichenbach* Jura 2004, 260 ff.). Das Argument, der Versuch des Regelbeispiels falle **gegenüber dem nur versuchten § 242 StGB** eigens ins Gewicht, ist in seiner Pauschalität nicht mit der Funktion der Strafzumessung vereinbar. Diese liegt darin, eine Gesamttatbewertung vorzunehmen. Hiervon sollte aber nur bei voller Verwirklichung eines gesetzlichen Regelbeispiels abgewichen werden.

→ Einen erweiterten Überblick des Meinungsstandes bietet auch das Problemfeld *Versuch des Regelbeispiels*: <https://strafrecht-online.org/problemfelder/bt/242/strafzumessung/versuch-regelbeisp/>

VI. Unmittelbares Ansetzen zum Diebstahl durch Verwirklichung eines Regelbeispiels?

Für die Beantwortung der Frage nach dem unmittelbaren Ansetzen kann nicht (pauschal) auf die Verwirklichung des Regelbeispiels bzw. das unmittelbare Ansetzen zu diesem (sofern man BGHSt 33, 370 folgt) abgestellt werden.

Auch hier richtet sich der Versuchsbeginn nach den allgemeinen Grundsätzen zum unmittelbaren Ansetzen. Danach ist die Grenze zwischen Vorbereitung und Versuch schon mit dem Beginn des Einbrechens, Einsteigens usw. überschritten, wenn dieses nach dem Gesamtplan des Täters bei ungestörtem Verlauf unmittelbar anschließend zur Wegnahme im Sinne des § 242 StGB führen soll (vgl. *Sch/Sch/Eser/Bosch* § 243 Rn. 45). Dies ist eine Frage des Einzelfalles.

VII. § 243 II StGB

1. Allgemeines

Zwingende Ausschlussklausel mit einer unwiderleglichen Gegenschlusswirkung, die in den Fällen der Nrn. 1 - 6 eingreift, wenn die Tat sich in **objektiver und subjektiver** (kumulativ) Hinsicht auf eine geringwertige Sache bezieht (nach a.A. soll es genügen, wenn sich die Tat in objektiver oder in subjektiver Hinsicht auf eine geringwertige Sache bezieht, s. hierzu *Eisele* BT II Rn. 161).

Maßgebend für den Begriff der Geringwertigkeit in § 243 II StGB ist grundsätzlich der objektiv zu beurteilende Verkehrswert der Sache zur Zeit der Tat (BGH NStZ 1981, 62).

Gering ist der Wert einer Sache, wenn er nach der allgemeinen Verkehrsauffassung für den Gewinn wie für den Verlust als unerheblich anzusehen ist (vgl. Sch/Sch/*Eser/Bosch* § 248a Rn. 8 f.), Grenze bei ca. 50 Euro (OLG Frankfurt NStZ-RR 2008, 311; MK/*Schmitz* § 243 Rn. 68).

Für die Geringwertigkeit ist es notwendig, dass die Sache einen in Geld messbaren Verkehrswert hat. Die Wertigkeit mancher Gegenstände erschöpft sich allerdings manchmal nicht lediglich in ihrem Geldeswert, vgl. Gerichtsakten, Personalausweise, Kennzeichen. Soweit den Gegenständen neben dem Geldwert ein **Funktionswert zukommt, der nicht in Geld gemessen werden kann**, kann § 243 II StGB nicht angewendet werden.

2. Irrtumsfälle

§ 243 II StGB (-), wenn der Täter eine objektiv wertvolle Sache irrig als geringwertig ansieht.

§ 243 II StGB (-), wenn der Täter eine objektiv geringwertige Sache aufgrund falscher Vorstellungen für höherwertig hält.

In diesen beiden Fällen ist es aber möglich, aufgrund einer Gesamtwürdigung von Tat und Täter aufgrund besonderer Umstände den besonders schweren Fall zu verneinen. Anzusetzen ist bei dem Umstand, dass im einen Fall das Handlungsunrecht, im anderen Fall das Erfolgsunrecht gemindert ist.

3. Vorsatzwechsel zwischen Versuch und Vollendung der Tat

Problematisch sind die Fälle, in denen der Täter entgegen seiner Vorstellung im Zeitpunkt der Verwirklichung des Regelbeispiels später die Geringwertigkeitsgrenze über- oder unterschreitet. Zur Beantwortung dieser Frage ist in einem ersten Schritt zu klären, welcher Zeitpunkt für das Vorstellungsbild des Täters maßgeblich ist. Für die Umstände des § 243 II StGB zeigt der Begriff der „Tat“ an, dass auf den Moment der Tathandlung, § 242 StGB, abzustellen ist. Für die in § 243 I 2 StGB genannten Umstände ist aber auf das Vorstellungsbild des Täters bei Vornahme der Erschwerungsgründe abzustellen. Aufgrund der Divergenz der Bezugspunkte kann sich das Problem des Vorsatzwechsels stellen.

a) nachträgliches Überschreiten der Geringwertigkeitsgrenze

Bsp.: A bricht ein, um etwas Geringwertiges mitzunehmen, nimmt dann aber etwas Wertvolles mit. Einschlägigkeit § 243 II StGB?

- ⊕ Mindermeinung: Nur Regelstrafrahmen des § 242 StGB (bzgl. wertvoller Sache) und §§ 242, 22 StGB (bezüglich geringwertiger Sache). Alles andere hieße, statt Vorsatzes einen bloßen dolus subsequens genügen zu lassen (SK/Hoyer § 243 Rn. 53; Kindhäuser BT II § 3 Rn. 51). Es verbiete sich also eine einheitliche Betrachtung des Vorganges → dolus subsequens.
- ⊖ h.M.: Besonders schwerer Fall (+), da für § 243 I StGB allgemeiner Diebstahlsvorsatz genügt und § 243 II StGB **mangels objektiver Geringwertigkeit nicht eingreift** (vgl. Sch/Sch/Eser/Bosch § 243 Rn. 55). Diese Auffassung stellt die Einheitlichkeit und Zusammengehörigkeit des Vorgangs in den Vordergrund, eine Aufspaltung erscheine aufgrund des durchgehenden Diebstahlsvorsatzes unangemessen.

b) nachträgliches Unterschreiten der Geringwertigkeitsgrenze

Bsp.: A bricht ein, um etwas Wertvolles zu stehlen, nimmt dann aber etwas Geringwertiges mit. Einschlägigkeit § 243 II StGB?

- ⊕ Mindermeinung: §§ 242, 22 i.V.m. § 243 StGB bzgl. der wertvollen Sache in Tateinheit mit § 242 StGB bzgl. der geringwertigen Sache (SK/Hoyer § 243 Rn. 53).
- ⊖ h.M.: Besonders schwerer Fall (+), da für § 243 I StGB allgemeiner Diebstahlsvorsatz genügt und **§ 243 II StGB mangels subjektiver Geringwertigkeit nicht eingreift** (vgl. Sch/Sch/Eser/Bosch § 243 Rn. 55).

Die oben dargestellten Fälle sind aber von jenen zu trennen, in denen der Täter seinen ursprünglichen Diebstahlsvorsatz endgültig aufgegeben hat und einen neuen gefasst hat.

Bsp.: A bricht ein, um ein seltenes Sammlerstück von geringem Wert zu stehlen. Er findet es nicht auf. Ernüchtert will er den Heimweg durch den Regen antreten. Beim Hinausgehen sieht er den teuren Regenschirm (80 €) des B und nimmt diesen mit.

Im Ergebnis: §§ 242, 22 StGB an dem Sammlerstück und § 242 StGB an dem Regenschirm.

Bsp.: A bricht ein, um wertvolles Sammlerstück zu stehlen und nimmt dann den wertlosen Regenschirm mit.

Im Ergebnis: §§ 242, 22 i.V.m. 243 I 2 Nr. 1 StGB an dem Sammlerstück und § 242 StGB an dem Regenschirm.

Daher folgert *Rengier* Folgendes: Es sei immer die Frage zu stellen, ob eine (un)wesentliche Abweichung vom ursprünglichen Diebstahlsvorsatz vorliegt. Ein besonders schwerer Fall könne nur dann bejaht werden, wenn sich das Über- bzw. Unterschreiten der Geringwertigkeitsgrenze als unwesentliche Abweichung des tatsächlichen vom vorgestellten Kausalverlauf darstelle. Ansonsten würden zwei Taten vorliegen, die nicht zusammengezogen gemeinsam betrachtet werden könnten (*Rengier* BT I § 3 Rn. 42 ff.).

Diese Betrachtungsweise ist auch der h.M. nicht fremd, die bei einem freiwilligen Begnügen des Täters mit geringwertigen Sachen die Rücktrittsvorschriften entsprechend anwendet und den Täter wegen Teilrücktritts nur gem. § 242 StGB bestraft (*Sch/Sch/Eser/Bosch* § 243 Rn. 55).

VIII. Konkurrenzen

Das Verhältnis von § 242 i.V.m. § 243 StGB zu den §§ 123, 303 StGB ist umstritten:

- e.A.: § 242 i.V.m. § 243 StGB konsumiert die §§ 123, 303 StGB (*Wessels/Hillenkamp* Rn. 245; *Kindhäuser* BT II § 3 Rn. 65).
- a.A.: § 242 i.V.m. § 243 StGB führt nicht regelmäßig zur Verwirklichung der §§ 123, 303 StGB, Konsumtion kann daher nicht pauschal angenommen werden (BGH NStZ 2001, 641, 643 f.; *Rengier* BT I § 3 Rn. 60). Im Rahmen dieser Ansicht ist wiederum umstritten, ob § 242 i.V.m. § 243 StGB dann zu den §§ 123, 303 StGB immer in Tateinheit steht oder ob in Einzelfällen doch einmal Konsumtion anzunehmen ist (siehe hierzu *Rengier* BT I § 3 Rn. 61 und vertiefend *ders.* JuS 2002, 850, 853).