

II. Diebstahl in einem besonders schweren Fall gemäß §§ 242, 243 StGB

Nicht wenigen Studierenden bereitet die Vorschrift des § 243 StGB Schwierigkeiten. Schlagwortartig wird von „Regelbeispielen“ gesprochen, ohne sich hinreichend mit der Systematik der Bestimmung zu beschäftigen. Daher erfolgen zunächst einige allgemeine Bemerkungen zu § 243 StGB. 237

1. Allgemeines

Bei der Regelung des § 243 StGB handelt es sich **nicht** um einen eigenständigen Tatbestand wie bei den §§ 242, 244, 244a StGB, sondern seit dem 1. Strafrechtsreformgesetz (1. StrRG) vom 25.6.1969 (BGBl. I, 645), das am 1.1.1975 in Kraft getreten ist, nur noch um eine **bloße Strafzumessungsvorschrift** (BGHSt 23, 254, 256; *Schramm*, BT I, § 2 Rdn. 79; *Hoyer*, SK, StGB, § 243 Rdn. 1; a. A. etwa *Eisele*, JA 2006, 309, 312; *Kindhäuser/Böse*, BT II, § 3 Rdn. 4: Tatbestand; dies ist indes unvereinbar mit der aktuellen gesetzlichen Ausgestaltung). Daher darf § 243 StGB **nie isoliert** erörtert werden, sondern immer **nur im Zusammenhang mit § 242 StGB**. Es geht also dann um die Frage, ob „ein Diebstahl in einem besonders schweren Fall gemäß §§ 242, 243 StGB“ vorliegt. Konkret für die Prüfung bedeutet dies, dass man zunächst § 242 StGB im Hinblick auf die Erfüllung des objektiven und subjektiven Tatbestands sowie Rechtswidrigkeit und Schuld untersucht. **Im Anschluss an die Schuld** ist dann unmittelbar zu erörtern, ob möglicherweise ein Diebstahl in einem besonders schweren Fall gegeben ist, also die Voraussetzungen der Strafzumessungsvorschrift des § 243 StGB vorliegen. 238

Es geht in § 243 StGB um besonders schwere Fälle, also um bloße **Strafzumessung**. Entsprechend greift im Hinblick auf diese Vorschrift **§ 12 Abs. 3 StGB** ein, das heißt sie bleibt als besonders schwerer Fall bei der Einteilung in Verbrechen und Vergehen außer Betracht. Da es sich nicht um einen Tatbestand (Qualifikation) handelt, gibt es in der Konsequenz auch keine Regelung zur Versuchsstrafbarkeit. Die Frage der Strafbarkeit des Versuchs bestimmt sich allein nach § 242 StGB, wobei in § 242 Abs. 2 StGB ausdrücklich die Versuchsstrafbarkeit vorgesehen ist. 239

Zum Verständnis des Inhalts der Vorschrift selbst ist zu beachten: § 243 Abs. 1 S. 1 StGB bestimmt, dass in besonders schweren Fällen der Diebstahl mit Freiheitsstrafe von drei Monaten bis zu zehn Jahren bestraft wird. § 243 Abs. 1 S. 2 StGB zählt hierbei Konstellationen auf, in denen „in der Regel“ ein besonders schwerer Fall vorliegt; insofern hat dann der Begriff „Regelbeispiel“ seine Berechtigung. Zur Verdeutlichung: Hat jemand eine Sache gestohlen, die durch eine Schutzvorrichtung gegen Wegnahme besonders gesichert ist (siehe § 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 StGB; man denke etwa an ein abgeschlossenes Fahrrad), dann ist **normalerweise**, also **in der Regel**, von einem Diebstahl in einem besonders schweren Fall auszugehen. Das ist jedoch keineswegs zwingend. Im Einzelfall darf der Richter nämlich von dieser „Regelwirkung“ abweichen, wenn besondere Umstände vorliegen, die es als angebracht erscheinen lassen, „lediglich“ den Strafraum des § 242 StGB heranzuziehen. Besondere Umstände, die insbesondere mit der Tat oder der Person des Täters verbunden sind, können den Unrechts- und Schuldgehalt der Tat folglich so mindern, dass eine **Abweichung von der Indizwirkung** geboten ist. Hier wäre etwa daran zu denken, dass die Schutzvorrichtung besonders leicht zu überwinden war. 240

241 Umgekehrt erlaubt es § 243 StGB, **selbst dann** einen **besonders schweren Fall des Diebstahls** zu bejahen, wenn **keines der Regelbeispiele erfüllt** ist, der zu entscheidende Fall aber vom Unrechts- und Schuldgehalt vergleichbar ist. Das gesamte Tatbild einschließlich der Täterpersönlichkeit weicht dann vom Durchschnitt der erfahrungsgemäß gewöhnlich vorkommenden Fälle so sehr ab, dass die Anwendung des Strafrahmens des § 243 StGB geboten erscheint (BVerfG, NJW 2008, 3627, 3628). Hierbei geht es dann um einen **unbenannten besonders schweren Fall gemäß § 243 Abs. 1 S. 1 StGB**.

242 **Beispiel:**

Ladeninhaber O hat seine Waren mit einem Sicherungsetikett versehen, das beim Verlassen des Geschäfts Alarm schlägt. A steckt nun im Laden des O Kleidung in seine Tasche, wobei im Augenblick des Verlassens des Geschäfts das Alarmsignal ertönt.

A vollendet den Diebstahl bereits mit dem Einstecken der Ware im Geschäft (Gewahrsamsenklave; siehe Rdn. 122f.). Das Etikett an der Kleidung dient damit nicht der Sicherung gegen Wegnahme, sondern allein der Wiedererlangung des Diebesguts nach bereits vollendeter Wegnahme (BGH, NStZ 2019, 212; OLG Stuttgart, NStZ 1985, 76; OLG Dresden, NStZ-RR 2015, 211, 212); diesen Fall erfasst § 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 StGB von seinem Wortlaut nicht. Hier argumentiert man nun, dass diese Konstellation vom Unrechtsgehalt mit derjenigen in § 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 StGB vergleichbar sei, sodass von einem unbenannten besonders schweren Fall gemäß § 243 Abs. 1 S. 1 StGB auszugehen ist. § 243 StGB ist also im Gegensatz zu einem Tatbestand weder zwingend noch abschließend.

243 Dass ein solches Ergebnis mit **Art. 103 Abs. 2 GG** schwerlich zu vereinbaren ist, da mit einer solchen Technik das Analogieverbot umgangen wird, ist hier besonders zu beachten (siehe die Kritik an der Regelbeispielstechnik bei *Zieschang*, Jura 1999, 561). Das BVerfG jedoch hat die Regelbeispielstechnik als verfassungsgemäß erachtet (BVerfGE 45, 363, 372 f.; BVerfG, NJW 2008, 3627, 3628). Dennoch wäre es de lege ferenda dringend anzuraten, die Vorschrift wieder wie vor 1975 in eine Qualifikation umzuwandeln (anders etwa *Wessels/Hillenkamp/Schuhr*, BT 2, Rdn. 206, 210).

2. Die Regelbeispiele des § 243 Abs. 1 S. 2 StGB

244 Die Darlegungen haben gezeigt, dass der Begriff des „Regelbeispiels“ im Zusammenhang mit § 243 Abs. 1 S. 2 StGB von Relevanz ist. Im Folgenden sollen nun die einzelnen Regelbeispiele des § 243 StGB erläutert werden.

a) § 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 StGB

245 Bei der Nr. 1 handelt es sich um eine Konstellation, die in Prüfungsarbeiten im Zusammenhang mit dem Diebstahl häufig von Relevanz ist. Hierbei wird jedoch §§ 242, 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 StGB inzwischen häufig von den Qualifikationen des § 244 Abs. 1 Nr. 3 StGB sowie des § 244 Abs. 4 StGB verdrängt. Nach zutreffender Sicht erfasst § 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 StGB insbesondere auch Wohnräume, jedoch ist dann § 244 StGB *lex specialis* zu §§ 242, 243 StGB (*Fahl*, NJW 2001, 1699, 1700; anders und Subsidiarität bejahend etwa *Hoyer*, SK; StGB, § 243 Rdn. 15). Im Einzelnen gilt:

- Oberbegriff der Nr. 1 ist der **umschlossene Raum** (*Küper/Zopfs*, BT, Rdn. 425). Bei dem Gebäude, dem Dienst- oder Geschäftsraum handelt es sich lediglich um besonders hervorgehobene Beispiele für umschlossene Räume. 246
- Der **umschlossene Raum** ist ein Gebilde, das zum Betreten von Menschen geeignet und bestimmt und (zumindest teilweise) durch künstliche Vorrichtungen abgegrenzt ist, die das Eindringen erschweren und Unbefugte abwehren sollen (BGHSt 1, 158, 164). Letzteres ist etwa beim Telefonhäuschen nicht der Fall. Der Raum braucht nicht abgeschlossen zu sein und kann Türen sowie andere Eingänge aufweisen. Er muss aber so gestaltet sein, dass dem Betreten nicht unerhebliche Hindernisse entgegenstehen. Ein sehr niedriger Zaun würde also nicht genügen (*Hilgendorf/Valerius*, BT II, § 3 Rdn. 14). 247
- Bei dem Begriff des umschlossenen Raums spielt es keine Rolle, ob dieser beweglich ist; daher ist er auch bei einem Wohnmobil, einem Wohnwagen, einem Schiff, einem Eisenbahnwaggon sowie bei dem Fahrgastinnenraum des Autos gegeben, nicht aber bei dessen Kofferraum. Dagegen wird beim Lkw sowohl die Fahrerkabine als auch der Laderaum erfasst. 248
- Ob die Räume auf Dauer erstellt sind oder nur vorübergehend (Zelte), spielt keine Rolle. Fraglich ist, ob aus dem Begriff des umschlossenen Raums folgt, dass die Objekte nach oben durch ein Dach geschlossen sein müssen. Das wird jedoch von der Rechtsprechung und Literatur nicht verlangt, sodass umzäunte Gärten oder Lagerplätze vom Begriff des umschlossenen Raums erfasst sind (siehe RGSt 39, 104, 105; *Rengier*, BT I, § 3 Rdn. 10). Das Material, mit dem die Umschließung hergestellt wird, braucht im Übrigen nicht besonders robust sein. 249
- Das ausdrücklich erwähnte **Gebäude** ist dadurch gekennzeichnet, dass es Wände und ein Dach sowie eine feste Verbindung mit dem Erdboden aufweist, wobei es oftmals Wohnzwecken dient (Privatwohnung, Hotelzimmer), dies aber keine zwingende Voraussetzung ist. Erfasst sind insofern auch zum Betreten vorgesehene Räume wie zum Beispiel Museen, Garagen, Gartenhäuser, Kühlhäuser, Keller- und Tresorräume. Unter **Geschäftsräume** fallen etwa Kaufhäuser, Juweliengeschäfte oder Supermärkte. **Diensträume** sind zum Beispiel der Personalaufenthaltsraum oder Büroräume. Hier geht es also um einen Bezug zu einer beruflichen oder geschäftlichen Tätigkeit. 250
- Einbrechen** bedeutet das gewaltsame Öffnen einer Umschließung, die dem Zutritt entgegensteht. Darunter fällt zum Beispiel das Eintreten einer Eingangstür oder das Einschlagen eines Fensters. Verlangt wird, dass der Täter nicht ganz unerhebliche Kraft aufwendet, was etwa beim leichten Aufstoßen einer Tür zu verneinen ist. Erfasst ist etwa auch das Durchbrechen einer Mauer oder das Aufhebeln einer Terrassentür. Es geht jeweils um die Einwirkung auf die Umschließung, sodass etwa Gewalt gegen eine Person, die den Zutritt versperrt, nicht darunter fällt. Nicht erforderlich ist beim Einbrechen, dass der Täter den Raum betritt (BGH, NStZ 1985, 217, 218), vielmehr ist §§ 242, 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 StGB auch dann erfüllt, wenn der Täter nach der gewaltsamen Öffnung der Umschließung bloß mit der Hand oder einem Werkzeug einen Gegenstand ergreift. Auch ist Nr. 1 zu bejahen, wenn der Täter den umschlossenen Raum nach dem Einbrechen selbst stiehlt, was etwa beim Entwenden eines Kraftfahrzeugs in Betracht kommt, in das zuvor eingebrochen wird. 251
- Einsteigen** bedeutet das Hineingelangen durch eine für den ordnungsgemäßen Zutritt nicht vorgesehene Öffnung, wobei Hindernisse überwunden werden müssen. Typisch dafür ist das Einsteigen über ein offenes Fenster, einen Balkon, eine Kelleröffnung oder eine Dachluke oder das Übersteigen einer höheren Mauer, wohingegen das bloße Überschreiten eines niedrigen Jägerzauns nicht genügt. Nicht erfasst ist das Hineingelangen über eine gekippte Terrassentür, da diese für den ordnungsgemäßen Zutritt vorgesehen ist (BGHSt 61, 166, 169 ff.). Beim Einsteigen genügt anders als beim Einbrechen ein bloßes Hineingreifen nicht (BGH BeckRS 2014, 6840), der Täter muss vielmehr in dem Raum einen Stützpunkt gewonnen haben (*Wessels/Hillenkamp/* 252

- Schuhr*, BT 2, Rdn. 226), was aber wiederum nicht zwingend bedeutet, dass er sich dort mit seinem ganzen Körper befindet. Es schadet nicht, wenn in einen Raum eingestiegen wird, aber in einem anderen (angrenzenden) Raum Sachen gestohlen werden.
- 253 Bei der dritten Variante geht es um den **falschen Schlüssel**. Hier ist der Widmungszweck des Schlüssels entscheidend: Falsch ist ein Schlüssel, wenn er vom Berechtigten nicht oder nicht mehr zum Öffnen der Umschließung vorgesehen ist. Bedient sich ein Täter lediglich unbefugt eines Schlüssels, ist dieser folglich nicht falsch. Ein richtiger Schlüssel wird damit erst dann falsch, wenn der Berechtigte die Widmung zur Öffnung ausdrücklich oder konkludent aufhebt. Das ist etwa der Fall, wenn der Vermieter die Räume nach Beendigung des Mietverhältnisses wieder übernimmt (BGH, NJW 1959, 948). Würde der ehemalige Mieter nun einen noch bei ihm befindlichen Schlüssel benutzen, wäre dies ein falscher Schlüssel. Entsprechendes gilt, wenn das Arbeitsverhältnis eines Hausangestellten beendet wird (BGHSt 20, 235, 237). Beim Diebstahl des Schlüssels ist von einer Entwidmung ab dem Zeitpunkt auszugehen, zu dem der Berechtigte den Diebstahl bemerkt (BGHSt 21, 189). Im Hinblick auf einen vergessenen Schlüssel hat der BGH entschieden, dass dieser erst dann als falsch anzusehen ist, wenn er wieder in das Bewusstsein des Berechtigten rückt und dann ausdrücklich oder konkludent als endgültig verloren betrachtet und so seiner Bestimmung zur ordnungsgemäßen Öffnung entzogen wird; solange das nicht der Fall ist, er also lediglich vergessen ist, handelt es sich nicht um einen falschen Schlüssel (BGH, NJW 2021, 1107, 1108; a. A. etwa *Schmitz*, MK, StGB, § 243 Rdn. 28: „falsch“ schon mit dem endgültigen Vergessen).
- 254 Ein anderes **nicht zur ordnungsgemäßen Öffnung bestimmtes Werkzeug** ist ein solches, das auf den Schließmechanismus einwirkt, ohne dafür vorgesehen zu sein. Das kann etwa ein „Dietrich“ sein, ein Draht oder eine Geldkarte. Wirkt ein Täter mit einem Störsender derart ein, dass sich ein Auto beim Verlassen bei der Betätigung der Fernbedienung gar nicht erst verschließt, ist § 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 StGB nicht erfüllt, denn dann geht es nicht um das Öffnen des Fahrzeugs, das ja unverschlossen bleibt; in Betracht kommt dann aber ein unbenannter besonders schwerer Fall gemäß § 243 Abs. 1 S. 1 StGB (BGH, NStZ 2018, 212).
- 255 Zu beachten ist, dass etwa ein „Kuhfuß“ als Brechstange nicht auf den Schließmechanismus einwirkt, sodass in diesem Fall ein „Einbrechen“ vorliegt.
- 256 Der Täter muss bei den letzten beiden Varianten **eindringen**, das heißt mit zumindest einem Teil seines Körpers gegen oder ohne den Willen des Berechtigten in den geschützten Raumbereich hineingelangen. Das bloße Hineingreifen, um eine Sache zu entwenden, genügt hierfür aber nicht.
- 257 Schließlich nennt § 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 StGB die Variante, dass sich der Täter zur Ausführung der Tat in dem Raum **verborgen hält**, er also den Blicken des arglos Eintretenden entzogen ist. Der Betreffende versteckt sich folglich in dem Raum, um etwa nach Ladenschluss dort zu stehlen. Es spielt keine Rolle, ob das Hineingelangen und der Aufenthalt in den Raum rechtmäßig erfolgt oder nicht.
- 258 Aus dem Umstand, dass der Täter zur Ausführung des Diebstahls handelt, folgt, dass er den Diebstahlsvorsatz bereits im Zeitpunkt des Einbrechens, Einsteigens usw. gefasst haben muss. Folglich reicht es auch beim Verbergen nicht aus, wenn der Täter den Diebstahlsvorsatz erst fasst, nachdem er sich verborgen hat (*Wessels/Hillenkamp/Schuhr*, BT 2, Rdn. 232; anders *Maurach/Schroeder/Maiwald/Hoyer*, BT I, § 33 Rdn. 87).

b) § 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 StGB

- 259 Nr. 2 betrifft Fälle, in denen eine Sache gestohlen wird, die durch ein verschlossenes Behältnis oder durch eine andere Schutzvorrichtung gegen Wegnahme besonders gesichert ist.

Bei dem **verschlossenen Behältnis** (als Beispiel für eine Schutzvorrichtung) zeigt sich der Unterschied zur Nr. 1: Es geht zwar auch um ein Raumgebilde, das zur Aufnahme von Sachen bestimmt und geeignet ist, jedoch ist dieses im Unterschied zu Nr. 1 nicht zum Betreten von Menschen bestimmt. Nr. 1 und Nr. 2 schließen sich also gegenseitig aus. Möglich ist aber, dass jemand etwa in einen umschlossenen Raum einbricht, um dann etwas aus einem verschlossenen Behältnis (etwa einem Tresor) zu stehlen; dann liegen sowohl Nr. 1 als auch Nr. 2 vor. 260

Erfasst werden insbesondere Schließfächer, Geldspielautomaten, Tresore, Schränke, Kisten, der Kofferraum eines Kfz oder ein Koffer. Das Behältnis muss dabei **verschlossen**, also gegen den Zugriff Unberechtigter gesichert sein. Das ist nicht der Fall bei einem nicht abgeschlossenen Koffer und bei einer bloß mit einem Reißverschluss versehenen Tasche, jedoch bei einer abgeschlossenen Geldkassette, einer mit Klebeband umwickelten Schatulle oder bei einem mit einer Plombe versehenen Postsack. 261

Dabei muss die Sache durch das verschlossene Behältnis **gegen Wegnahme** besonders gesichert sein. Das Behältnis muss also geeignet sein, die Wegnahme erheblich zu erschweren, wie dies etwa bei einem Wandtresor der Fall ist. Dient hingegen das Behältnis ausschließlich zum Schutz, zur Aufbewahrung oder zum Transport, was man etwa bei einer Geldbörse annehmen kann, ist dieses Erfordernis nicht erfüllt. Im Einzelfall bedarf es daher jeweils der Prüfung, welchen Zweck das Behältnis hat. Insofern hat aber ein Kofferraum eines Kfz nicht nur Transport-, sondern auch Sicherungsfunktion, was auch bei einem zugeklebten Briefumschlag anzunehmen ist (siehe RGSt 54, 295; a. A. OLG Stuttgart, NJW 1964, 738). 262

Von einem Behältnis, das gegen Wegnahme **besonders sichert**, kann nicht ausgegangen werden, wenn die Sicherung ohne Weiteres überwindbar ist. 263

Beispiel: 264

O lässt den Schlüssel zu seinem Tresor aus Bequemlichkeit stets an der Tresortüre stecken.

In diesem Fall ist das Behältnis nicht gegen Wegnahme besonders gesichert. Der Tresor könnte ebenso offen sein. Das Regelbeispiel ist daher nicht verwirklicht.

Entsprechendes gilt, wenn einer Person der Schlüssel überlassen worden ist. 265

Beispiel: 266

O hinterlegt bei dem A einen Zweitschlüssel für seinen Tresor zur Verwahrung. Mit diesem öffnet A heimlich den Tresor.

Zwar ist dann das Behältnis ein solches, das allgemein gegen Wegnahme besonders sichert, nicht aber in Bezug auf A. Insofern ist das Regelbeispiel zu verneinen. Allein der Umstand, dass der Täter unbefugt handelt, genügt nicht zur Erfüllung des Regelbeispiels (a. A. Rengier, BT I, § 3 Rdn. 26 f.). Entsprechendes gilt, wenn jemand unberechtigt am Geldautomaten unter Kenntnis der Geheimnummer Geld abhebt, sofern man dieses Verhalten überhaupt als Diebstahl erachtet (dazu siehe Rdn. 106).

Weiteres Beispiel: 267

O hat den Schlüssel für seinen Tresor in der Wohnung versteckt, A sucht den Schlüssel, findet ihn in der unverschlossenen Küchenschublade und öffnet den Tresor im Wohnzimmer.

In diesem Fall liegt eine besondere Sicherung vor. Es kommt nicht darauf an, dass der Schlüssel in der unverschlossenen Schublade liegt, sondern maßgeblich ist, dass das Behältnis verschlossen ist, sodass Nr. 2 zu bejahen ist (siehe OLG Karlsruhe, NStZ-RR 2010, 48; KG, NJW 2012, 1093, 1094).

268 Bei einem Automaten (zum Beispiel Warenautomaten) müssen spezifische Sicherungsvorrichtungen überwunden werden, was nicht der Fall ist, wenn etwa Falschgeld eingeworfen wird (*Hilgendorf/Valerius*, BT II, § 3 Rdn. 31).

269 Streitig ist, ob § 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 StGB greift, wenn der Täter die **Sache samt Behältnis** wegnimmt.

270 **Beispiel:**

A entwendet einen verschlossenen Geldkoffer, den er in diesem Zustand weiterveräußern will.

Auch in diesem Fall bleibt das Geld gegen Wegnahme besonders gesichert. Daher fällt ebenfalls eine solche Konstellation unter Nr. 2 (BGHSt 24, 248; Rengier, BT I, § 3 Rdn. 29; a. A. Bosch, Schönke/Schröder, StGB, § 243 Rdn. 25).

271 **Andere Schutzvorrichtungen**, die gegen Wegnahme besonders sichern, sind solche, die dazu dienen, Sachen so zu schützen, dass ein Unberechtigter keinen ungehinderten Zugriff auf die Sache nehmen kann. Darunter fällt etwa das Fahrradschloss, eine Alarmanlage oder die angekettete Kleidung im Geschäft. Dagegen dient ein Sicherungsetikett an der Kleidung, das beim Verlassen des Geschäfts einen Alarm auslöst, nicht der Sicherung gegen Wegnahme, da die Wegnahme im Zeitpunkt des Verlassens in der Regel bereits vollendet ist; es geht dann um einen unbenannten besonders schweren Fall (siehe bereits Rdn. 242).

c) § 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 StGB

272 **Gewerbsmäßig** handelt, wer sich aus wiederholter Tatbegehung eine fortlaufende Einnahmequelle von einigem Umfang und einiger Dauer verschaffen will (BGHSt 1, 383). Bereits die erstmalige Tatbegehung genügt, wenn sie in der entsprechenden Absicht verübt wird. Es kommt also maßgeblich auf die Vorstellung des Täters an. Hierbei muss er eigennützig handeln, also nicht allein für Dritte (BGH, NStZ 2021, 235, 236).

273 Die Gewerbsmäßigkeit muss sich auf einen konkreten Gegenstand beziehen, also zum Beispiel auf das wiederholte Entwenden von Computern. Werden dann auch – bei Gelegenheit – andere Gegenstände gestohlen (zum Beispiel Schreibwaren), ist insoweit § 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 StGB nicht gegeben.

d) § 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 4 StGB

274 Maßgeblich ist bei diesem Regelbeispiel, dass die Sache unmittelbar dem **Gottesdienst gewidmet** ist oder der **religiösen Verehrung** dient. Das ist zum Beispiel der Fall beim Kreuz, beim Altar oder bei der Monstranz, nicht aber etwa in Bezug auf die Kirchenbänke, Gesangbücher oder den Opferstock. Auch der religiösen Verehrung dienende Heiligenstatuen werden erfasst, nicht aber sonstige Kunstgegenstände in der Kirche, bei denen jedoch Nr. 5 greifen kann.

e) § 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 5 StGB

275 Maßgeblich für Nr. 5 ist, dass sich der Gegenstand in einer **allgemein zugänglichen Sammlung** befindet oder **öffentlich ausgestellt** ist. Kunstgegenstände in einer rein privaten Sammlung, die der Öffentlichkeit versperrt ist, werden also nicht erfasst.

276 Der Zeitpunkt des Diebstahls spielt keine Rolle. Nr. 5 ist also auch dann erfüllt, wenn die Tat außerhalb der Öffnungszeiten erfolgt. Unter öffentlich ausgestellte Gegenstände können auch Denkmäler fallen, selbst dann, wenn nur Teile des Denkmals gestohlen werden, sofern diese im Sinne der Nr. 5 von Bedeutung sind.

Die Sache muss unmittelbar von Bedeutung für Wissenschaft, Kunst oder Geschichte sein. Wird etwa ein mobiles Klimagerät gestohlen, das in einem Museum für die dort ausgestellten Bilder das angemessene Raumklima gewährleistet, reicht das folglich nicht. 277

f) § 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 6 StGB

Nr. 6 betrifft den Diebstahl unter Ausnutzung der **Hilflosigkeit einer anderen Person**, eines **Unglücksfalls** oder einer **gemeinen Gefahr**. 278

Hilflos ist eine Person, wenn sie nicht unerheblichen Gefahren für ihren Körper oder für Sachen von bedeutendem Wert ausgesetzt ist und sich selbst nicht aus dieser Situation befreien kann, also auf fremde Hilfe angewiesen ist. Grund dafür können etwa Krankheiten, Behinderungen, Trunkenheit, Unfälle oder Gebrechlichkeit aufgrund des Alters sein. Der bloße Schlaf genügt nicht, es sei denn, er hängt mit einer Krankheit zusammen (BGH, NStZ 1990, 388). Die hilflose Person muss nicht unbedingt selbst Diebstahlsopfer sein, es genügt beispielsweise, wenn einem Helfer Sachen entwendet werden. Auch dann wird der Diebstahl unter Ausnutzung der besonderen Situation verwirklicht. Unerheblich ist, ob möglicherweise das Diebstahlsopfer selbst den Unglücksfall herbeigeführt hat. 279

Nicht erfasst ist der Fall, dass der Hilflose selbst stiehlt, da es um die Hilflosigkeit einer anderen Person geht. 280

Ein **Unglücksfall** ist ein plötzlich eintretendes Ereignis, das erhebliche Gefahren für Personen oder Sachen mit sich bringt. Darunter fällt typischerweise ein Verkehrsunfall, aber auch etwa eine sich plötzlich verschlechternde Krankheit. Es genügt, dass das Ereignis zumindest für eine Person plötzlich ist, sodass eine vorsätzliche Straftat zum Nachteil eines anderen ebenfalls erfasst sein kann. Der Begriff des Unglücksfalls entspricht dem in § 323c Abs. 1 StGB (siehe dazu *Zieschang*, AT, Rdn. 631). Auch in dieser Konstellation braucht sich der Diebstahl nicht notwendig gegen diejenige Person wenden, welche Gefahren ausgesetzt ist. Es genügt also etwa auch, wenn der Täter am Unglücksort Sachen aus dem Rettungswagen stiehlt. 281

Bei der **gemeinen Gefahr** geht es schließlich um einen Zustand, bei dem die Möglichkeit eines erheblichen Schadens an Leib oder Leben oder an bedeutenden Sachwerten für unbestimmt viele Personen naheliegt (*Lackner/Kühl*, StGB, § 323c Rdn. 3). Das kommt etwa bei Erdbeben oder Überschwemmungen in Betracht. 282

g) § 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 7 StGB

Dieses erst durch das Gesetz vom 9.6.1989 (BGBl. I, 1059) eingeführte Regelbeispiel betrifft bestimmte aufgelistete **Waffen, Gewehre** sowie **Sprengstoff**. Insofern ist zu berücksichtigen, dass beim Diebstahl einer Waffe gleichzeitig die Qualifikation des § 244 Abs. 1 Nr. 1a StGB verwirklicht ist, sofern die Waffe auch einsatzbereit ist. 283

3. Die Geringwertigkeitsklausel gemäß § 243 Abs. 2 StGB

Eine **zwingende Ausschlussklausel** für die Nr. 1 bis 6 enthält § 243 Abs. 2 StGB, sofern die Tat sich auf eine geringwertige Sache bezieht. Objektiv ist die Geringwertigkeit bei einem Verkehrswert bis ca. 50 Euro anzunehmen, wobei umstritten ist, ob ein etwaiges Affektionsinteresse berücksichtigt werden darf (dafür BGH, GA 1957, 17, 18). Bei mehreren Beutestücken im Rahmen einer Tat ist der Gesamtwert maßgeblich. Hat ein Gegenstand keinen Verkehrswert (z. B. ein Brief, eine Akte oder ein Ausweis), ist § 243 Abs. 2 StGB nicht anwendbar (BGH, NStZ 2012, 571). 284

- 285 Problematisch ist jedoch, ob es allein auf diesen objektiven Wert ankommt (dafür *Braunsteffer*, NJW 1975, 1570, 1571), die Geringwertigkeit möglicherweise rein subjektiv nach der Vorstellung des Täters zu beurteilen ist (so *Gribbohm*, NJW 1975, 1153) oder ob sie sowohl objektiv als auch subjektiv vorliegen muss (so etwa BGH, NSTZ 2012, 571; *Fischer*, StGB, § 243 Rdn. 26).
- 286 Der Wortlaut der Norm ist insofern nicht ganz eindeutig. So spricht zwar die Formulierung „geringwertige Sache“ mehr für eine objektive Betrachtung, jedoch kann der Begriff „beziehen“ durchaus auch subjektiv interpretiert werden, indem insofern auf die Vorstellung des Täters abgestellt wird. In systematischer Hinsicht haben die Regelbeispiele des § 243 Abs. 1 S. 2 StGB zwar überwiegend objektiven Charakter, indessen steht insbesondere bei § 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 StGB ein subjektiver Aspekt im Vordergrund. Letztlich ist zu beachten, dass § 243 Abs. 2 StGB eine Ausnahмовorschrift darstellt, die noch dazu auf Nr. 7 nicht anwendbar ist. Vor diesem Hintergrund erscheint es zutreffend, die Vorschrift nur dann zur Anwendung kommen zu lassen, wenn sowohl das Handlungs- als auch das Erfolgsunrecht gemindert sind, es sich also **objektiv** um eine geringwertige Sache handelt **und** der Täter dies auch **weiß** (dagegen genügt bei § 248a StGB als Verfahrensvorschrift die objektive Geringwertigkeit; siehe Rdn. 235). Geht der Täter also im Zusammenhang mit §§ 242, 243 StGB irrtümlich von einer geringwertigen Sache aus, die es objektiv nicht ist, scheidet § 243 Abs. 2 StGB aus. Das ist ebenso anzunehmen, wenn es sich umgekehrt objektiv um eine geringwertige Sache handelt, der Täter dies aber nicht weiß. In diesen Fällen kann aber u. U. aufgrund sonstiger Umstände von der Regelwirkung abgewichen werden.
- 287 Geht es dagegen sowohl objektiv als auch subjektiv um eine geringwertige Sache, verringert sich die Schwere der Tat in dem Maße, dass die Annahme eines besonders schweren Falls grundsätzlich zu verneinen ist. Das schließt indes vom Wortlaut der Norm nicht aus, dass der Richter im Einzelfall aus anderen Gründen einen unbenannten besonders schweren Fall gemäß § 243 Abs. 1 S. 1 StGB annehmen kann (BGH, NSTZ-RR 2014, 141; *Mitsch*, ZStW 111 [1999] 65, 74; a. A. etwa *Lackner/Kühl*, StGB, § 243 Rdn. 4; *Rengier*, BT I, § 3 Rdn. 39a).

4. Weitere Hinweise

- 288 Greifen mehrere der in § 243 StGB aufgelisteten Fälle ein (etwa gewerbsmäßiger Einbruchsdiebstahl), ist im Ergebnis von nur einem Diebstahl in einem besonders schweren Fall auszugehen.
- 289 Obwohl es sich bei § 243 StGB um eine bloße Strafzumessungsvorschrift handelt, bejaht die Rechtsprechung in Bezug auf die dort genannten Umstände eine entsprechende Anwendung der §§ 15, 16 StGB, verlangt also Vorsatz (BGHSt 26, 244, 246; *Zopfs*, Jura 2007, 421). Kennt ein Beteiligter folglich die Umstände, die den besonders schweren Fall kennzeichnen, nicht, scheidet dieser aus.
- 290 Ebenso dogmatisch unsauber zieht die Rechtsprechung die Regelung des § 28 Abs. 2 StGB sinngemäß im Hinblick auf denjenigen Beteiligten heran, der in seiner Person das Regelbeispiel der Gewerbsmäßigkeit (§ 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 StGB) nicht verwirklicht (BGH, StV 1996, 87; *Hoyer*, SK, StGB, § 243 Rdn. 57).
- 291 Da § 243 StGB eine bloße Strafzumessungsvorschrift ist, treten die Tatbestände nach §§ 123, 303 StGB nicht im Wege der Konsumtion zurück (so aber etwa *Wessels/Hiltenkamp/Schuhr*, BT 2, Rdn. 245), sondern stehen mit §§ 242, 243 StGB in Idealkonkurrenz (siehe in diese Richtung BGHSt 63, 253).

5. Fragen des Vorsatzwechsels

Ist der Vorsatz des Täters darauf gerichtet, eine nicht geringwertige Sache zu stehlen, wird jedoch zwischen Versuch und Vollendung dieser Entschluss aufgegeben und nur eine geringwertige Sache gestohlen, stellt sich die Frage, wie der Täter zu bestrafen ist. 292

Beispiel:

A möchte in das Geschäft des O einbrechen und wertvollen Wein stehlen. Nachdem er in das Geschäft gelangt ist, entscheidet er sich um und ergreift lediglich eine Weinflasche im Wert von 5 Euro. 293

Die Rechtsprechung nimmt in diesem Fall, da sich der Vorsatz beim Einbruch auf eine nicht geringwertige Sache bezog, fortbesteht und einheitlich zu beurteilen sei, einen Diebstahl in einem besonders schweren Fall gemäß §§ 242, 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 StGB an (BGHSt 26, 104, 105). Die Gegenansicht (etwa Kindhäuser/Böse, BT II, § 3 Rdn. 50) nimmt zwar auch einen Diebstahl in einem besonders schweren Fall an, jedoch soll die Strafe in entsprechender Anwendung der Versuchsregeln gemildert werden können.

Abwandlung:

Im umgekehrten Fall (Einbrecher A möchte Wein im Wert von 5 Euro stehlen, entscheidet sich dann aber um und nimmt einen Wein im Wert von 1.000 Euro) ist ebenfalls, wenn man den Vorgang wiederum als einheitliches Geschehen ansieht, aufgrund fortbestehenden Vorsatzes ein Diebstahl in einem besonders schweren Fall zu bejahen. Die Gegenansicht (Kindhäuser/Böse, BT II, § 3 Rdn. 51) erachtet es als sachgerecht, dann nur einen vollendeten (einfachen) Diebstahl nach § 242 StGB anzunehmen. 294

Anders liegen die Fälle, wenn der Täter seinen Vorsatz **endgültig aufgegeben** hatte und sich dann erneut entscheidet, etwas zu stehlen. 295

Beispiel:

A möchte in das Geschäft des O einbrechen und dort wertvollen Wein stehlen. Da A die Flaschen nicht finden kann, gibt er seinen Diebstahlsvorsatz endgültig auf. Beim Hinausgehen sieht er jedoch zufällig einen Korkenzieher im Wert von 15 Euro, den er mitnimmt. 296

In diesem Fall ist A wegen versuchten Diebstahls in einem besonders schweren Fall zu bestrafen, von dem er aufgrund Fehlschlags nicht zurücktreten konnte. Wegen des Korkenziehers macht er sich nach § 242 StGB strafbar, wobei § 248a StGB zu beachten ist.

6. § 243 StGB und Versuch

Zunächst ist nochmals nachdrücklich zu betonen, dass es begrifflich keinen Versuch des § 243 StGB gibt, denn es handelt sich bei dieser Vorschrift um eine bloße Strafzumessungsregel. Möglich ist nur ein versuchter Diebstahl in einem besonders schweren Fall gemäß §§ 242, 22, 23, 243 StGB. 297

Problematisch ist vielmehr, ob die **Indizwirkung eines Regelbeispiels** auch dann greift, wenn es **nicht vollständig verwirklicht** worden ist. 298

299

Beispiel:

A möchte in das Juweliergeschäft des O einbrechen, um dort unmittelbar bestimmte wertvolle Uhren zu stehlen. Als er sich an der Tür des Geschäfts zu schaffen macht, wird er vom Wachpersonal festgenommen.

Der Diebstahl des A ist nicht vollendet, der versuchte Diebstahl ist strafbar (§ 242 Abs. 2 StGB). A hatte Diebstahlsvorsatz sowie Zueignungsabsicht, sodass der Tatentschluss zu bejahen ist. Vor dem Hintergrund, dass A nach dem Öffnen der Tür unmittelbar wertvolle Uhren stehlen wollte, kann man auch von einem unmittelbaren Ansetzen zur Tatbestandsverwirklichung ausgehen. Es geht dabei immer um das unmittelbare Ansetzen zur Diebstahlsvorschrift, dagegen nicht zu § 243 StGB (BGH, NJW 2020, 2570, 2571). Zu beachten ist aber, dass regelmäßig in dem Beginn der Verwirklichung des Regelbeispiels ein unmittelbares Ansetzen zur Wegnahme im Sinne des § 242 StGB zu sehen ist (BGH, NJW 2020, 2570, 2571; BGH, BeckRS 2021, 12742).

A handelt rechtswidrig und schuldhaft. Aufgrund des Fehlschlags scheidet ein Rücktritt aus.

Fraglich ist nun, ob auch von einem versuchten Diebstahl in einem besonders schweren Fall ausgegangen werden kann, obwohl das Regelbeispiel nicht vollständig verwirklicht wurde, denn zu einem erfolgreichen Einbrechen ist es nicht gekommen. Greift also die Indizwirkung des Regelbeispiels auch bei dessen bloßer Teilverwirklichung?

Der BGH meint, dass auch in einem solchen Fall aufgrund der „Tatbestandsähnlichkeit“ der Regelbeispiele ein besonders schwerer Fall anzunehmen ist (BGHSt 33, 370, 374 ff.; anders aber BGH, NStZ-RR 1997, 293 in Bezug auf § 176 Abs. 3 a. F. StGB sowie BGH, BeckRS 2007, 5 in Bezug auf § 263 Abs. 3 S. 2 Nr. 2 Var. 1 StGB).

Dem stehen große Teile des Schrifttums kritisch gegenüber (Graul, JuS 1999, 852, 854 ff.; Küper, JZ 1986, 518). In der Tat kann die Indizwirkung des Regelbeispiels eben nur dann greifen, wenn das Regelbeispiel vollständig verwirklicht ist. Anderenfalls wird der Unterschied zwischen Tatbeständen einerseits und bloßen Strafzumessungsvorschriften andererseits nicht hinreichend beachtet. Folglich liegt in einem solchen Fall allein ein versuchter Diebstahl vor. Mangels vollständiger Verwirklichung scheidet das Regelbeispiel aus.

Entsprechendes hat zu gelten, wenn der Diebstahl vollendet ist, das Regelbeispiel aber nicht verwirklicht wurde, also im Beispielsfall die Tür des Geschäfts wider Erwarten offen war und A Uhren stiehlt (Joecks/Jäger, StGB, § 243 Rdn. 50; offengelassen von BGHSt 33, 370, 376). Dann ist (nur) wegen vollendeten Diebstahls zu bestrafen.

300

Ist das Regelbeispiel hingegen vollständig verwirklicht, der Diebstahl aber nur versucht (im vorhergehenden Beispiel wird A nach dem gewaltsamen Öffnen der Tür noch vor der Wegnahme der Uhren gestellt), ist indes unproblematisch von einem versuchten Diebstahl in einem besonders schweren Fall auszugehen.