

Fälle zum Strafrecht II

**Besonderer Teil
mit prozessualen Zusatzaufgaben**

von

Dr. jur. Rolf Schmidt

**Professor an der Hochschule
der Polizei Hamburg**

und

Dr. jur. Klaus Priebe

Rechtsanwalt in Berlin

4. Auflage 2010

Fallübersicht

Fall 1: Begehrte Solarenergie

Strafrecht: Aufbau eines strafrechtlichen Gutachtens; Diebstahl, § 242 I; besonders schwerer Fall des Diebstahls, § 243; Beisichführen von gefährlichen Werkzeugen beim Diebstahl, § 244 I Nr. 1 Var. 2; Wohnungseinbruchdiebstahl, § 244 I Nr. 3; Sachbeschädigung, § 303 I; Hausfriedensbruch, § 123 I

Strafprozessrecht: Gang des Strafverfahrens; Überblick über die Verfahrensgrundsätze

Fall 2: Aus dem Leben eines Taugenichts

Strafrecht: Abgrenzung Dreiecksbetrug und Diebstahl in mittelbarer Täterschaft, §§ 263; 242, 25 I Var. 2; Beleidigung, § 185; Tötungsdelikte, §§ 211, 212; Körperverletzungsdelikte, §§ 223, 224; Widerstand gegen Vollstreckungsbeamte, § 113; Polizeiflücht; Auto als Waffe i.S.v. §§ 315b, 224, 113; Abgrenzung bedingter Vorsatz und Fahrlässigkeit; Urkundenfälschung, § 267; Kennzeichenmissbrauch, § 22 I Nr. 3 StVG

Strafprozessrecht: Officialprinzip; Legalitätsprinzip; Opportunitätsprinzip; Beteiligte des Strafverfahrens; Gerichtsorganisation (sachliche, örtliche und instanzielle Zuständigkeit der Strafgerichte; Tatsachen- und Rechtsmittelinstanz)

Fall 3: Eine Karte auf Abwegen

Strafrecht: Fahrlässige/vorsätzliche Trunkenheit im Verkehr, § 316 I, II; Fahrlässige/vorsätzliche Gefährdung des Straßenverkehrs, § 315c I Nr. 1a, III Nr. 1 und 2; Unerlaubtes Entfernen vom Unfallort, § 142 I Nr. 1; Diebstahl, Abgrenzung Sachwert- und Substanztheorie, § 242; Datenveränderung, § 303a; Urkundenunterdrückung, § 274 I Nr. 1, 2; Ausspähen von Daten, § 202a; Missbrauch von Scheckkarten, § 266b; Betrug, § 263; Computerdreiecksbetrug, § 263a; Unterschlagung, § 246; Erschleichen von Leistungen, § 265a

Strafprozessrecht: Nemo-tenetur-Grundsatz; Rolle der Strafverteidigung; Rechte und Pflichten des Beschuldigten; Beschuldigtenbelehrung; Folgen der Verletzung von Beschuldigtenrechten (Frage nach Beweisverwertung); Rechte und Pflichten des Zeugen (Erscheinungspflicht; Aussagepflicht; Aussageverweigerungsrecht)

Fall 4: Ausgetrickster Trickser

Zivilrecht: Eigentum und Besitz, Eigentumsübertragung beweglicher Sachen, Überweisung und Dereliktion eines Inhaberpapiers, Aneignung, Rückwirkung der Anfechtung; Gutgläubiger Erwerb eines Inhaberpapiers; Erwerb abhanden gekommener Inhaberpapiere.

Strafrecht: Hehlerei, § 259; Unbefugter Gebrauch eines Kraftfahrzeugs, § 248b; Diebstahl, § 242; Unterschlagung, § 246; Betrug, § 263; Versuchter Betrug, §§ 263, 22, 23; Urkundenunterdrückung, § 274; Sachbeschädigung, § 303; Begünstigung, § 257; Brandstiftung, § 306 I; schwere Brandstiftung, § 306a I; besonders schwere Brandstiftung, § 306b II, Versicherungsmissbrauch, § 265; Anstiftung, § 26

Strafprozessrecht: Unschuldsvermutung; Beschleunigungsgebot (Konzentrationsmaxime); Untersuchungsgrundsatz (Ermittlungsgrundsatz); Rolle der Staatsanwaltschaft

Fall 5: Wie der Vater, so der Sohn

Strafrecht: Abgrenzung Diebstahl/Betrug, §§ 242, 263; Hausfriedensbruch, § 123 I; Sachbeschädigung, § 303 I; Urkundenunterdrückung, § 274 I; Besonders schwerer Fall des Diebstahls, § 243; Diebstahl mit Waffen, § 244 I Nr. 1a; Unterschlagung, § 246; Raub, § 249; Schwerer räuberischer Diebstahl, §§ 252, 250; Versuchte Nötigung, §§ 240, 22, 23; Gefährliche Körperverletzung, § 223 I, 224 I

Strafprozessrecht: Fair-trial-Grundsatz (Grundsatz des fairen Verfahrens); Rolle der Polizei im Strafverfahren

Fall 6: Justitias Rache

Strafrecht: Schweizer Offiziersmesser als Waffe i.S.v. § 244 I Nr. 1a; Hausfriedensbruch gem. § 123; Mord und Totschlag, §§ 211 II Var. 4 und 6, 212; Aussetzung, § 221; Körperverletzung mit Todesfolge, § 227; Fahrlässige Tötung, § 222; Rücktritt, § 24 I S. 2; Unterlassene Hilfeleistung, § 323c; Tätige Reue; Notwehr: Gebotenheit und Erforderlichkeit, § 32; Rechtfertigender Notstand, § 34, Überschreitung der Notwehr, § 33; Entschuldigender Notstand, § 35

Strafprozessrecht: Grundsatz des gesetzlichen Richters; Grundsatz der freien richterlichen Beweiswürdigung

Jugendstrafrecht: Wesen und Aufgabe des Jugendstrafrechts

Fall 7: Freude am Fahren

Strafrecht: Der strafrechtliche Urkundenbegriff, § 267; Parkschein, Kfz-Kennzeichen und Fahrtenschreiber-Diagrammscheiben als Urkunde gem. § 267 bzw. als technische Aufzeichnung nach § 268; Urkundenunterdrückung mit dem Problem der Nachteilszufügungsabsicht, wenn es um den staatlichen Bußgeldanspruch geht, § 274 I; Betrug, § 263; Versuchter Betrug, §§ 263, 22, 23 I, Bußgeldanspruch des Staates als Bestandteil des Vermögensbegriffs?; Automatenmissbrauch, § 265a; Kennzeichenmissbrauch gem. § 22 I Nr. 3 StVG

Fall 8: Eine Taxifahrt ins Ungewisse

Strafrecht: Räuberischer Angriff auf Kraftfahrer, § 316a; schwere räuberische Erpressung, §§ 253, 255, 250 II Nr. 1 (geladene Schreckschusspistole als Waffe); Freiheitsberaubung, § 239; Nötigung, § 240; Erpresserischer Menschenraub, § 239a (Ausnutzungstatbestand); Geiselnahme, § 239b

Strafprozessrecht: Prozessvoraussetzungen; Beweiserhebungsverbote; Beweisverwertungsverbote

Fall 9: Calidae!

Strafrecht: Diebstahl, § 242; Diebstahl in einem besonders schweren Fall, § 243 I S. 2 Nr. 1, 3; Bandendiebstahl, Wohnungseinbruchdiebstahl, Diebstahl mit Waffen, §§ 244, 244a; Mittäterschaft, § 25 II; Schwerer Bandendiebstahl, § 244a mit dem Problem, ob der ortsabwesende Bandenchef nach §§ 244a, 25 II zu bestrafen ist; Aussagedelikte, §§ 153 ff., insb. § 160 – Verleiten zur Falschaussage mit böse- und gutgläubiger Aussageperson; Strafvereitelung, § 258; Prozessbetrug, § 263

Strafprozessrecht: Strafanzeige; Strafantrag; Beschuldigtenvernehmung; Rechtsschutz im Ermittlungsverfahren

Fall 10: Der Tod der Parze

Strafrecht: Tötung auf Verlangen, § 216; Tatbestandsverschiebung bei habgierig motiviertem Teilnehmer, § 28; Tanken ohne zu bezahlen, §§ 242, 263 oder 246, Fahrlässige Körperverletzung, § 229; Unerlaubtes Entfernen vom Unfallort, § 142; Kopie als Urkunde oder technische Aufzeichnung, §§ 267 ff.

Strafprozessrecht: Möglichkeiten der Verfahrenseinstellung

Fall 11: Immer Ärger mit Harry

Strafrecht: Betrug beim Gebrauchtwagenkauf: Täuschung durch konkludentes Verhalten oder Unterlassen, Schadensproblematik bei Fehlen eines Missverhältnisses von Leistung und Gegenleistung, § 263 I; Fahrlässige Tötung bei Risikoerhöhung/Vermeidbarkeit, § 222; Straßenverkehrsdelikte, insb. § 315c; (Wohnungseinbruch-) Diebstahl bei fälligem und einredefreiem Anspruch, §§ 242 I, 244 I Nr. 3; Rechtfertigung nach §§ 562, 562b BGB (Mietrecht – Vermieterpfandrecht als Selbsthilferecht); Hausfriedensbruch, § 123 I; Nötigung, § 240; Pfandkehr bei (un-)pfändbaren Sachen gem. §§ 811, 811a ZPO

Strafprozessrecht: Überblick über die Rechtsbehelfe im Strafverfahren; Voraussetzungen der Berufung; Voraussetzungen der Revision

Fall 12: Ein Mordskerl

Strafrecht: Tötungsdelikte, §§ 211, 212 (insbesondere Heimtücke); Verdeckungsmord durch Unterlassen; Heimtückemord bei Notwehr, rechtfertigendem und entschuldigendem Notstand, §§ 211, 32, 34, 35; Straßenverkehrsdelikte, §§ 315b, 315c

Fall 1: Begehrte Solarenergie

Der umweltbewusste B will Energie sparen und installiert zu diesem Zweck eine Solaranlage auf das Dach seines Wohnhauses. Die Anlage im Wert von 5.000,- € wird fest mit dem Dach des Hauses verschraubt.

Die auffällige Anlage wird jedoch nicht nur von den Nachbarn des B bewundert. Auch A, der sich ständig in Geldnöten befindet, wird bei einem seiner Streifzüge zum Auskundschaften von neuen „Einnahmequellen“ auf die Anlage des B aufmerksam. Da er öfter Baumaterial von Baustellen stiehlt und veräußert, ist er sich sicher, auch für eine derartige High-Tech-Anlage schnell einen Abnehmer zu finden.

Schon in der nächsten Nacht fährt A daher mit seinem Transporter zum Grundstück des B. Aus Angst, mit der Beute auf der gut ausgeleuchteten Grundstückseinfahrt des B entdeckt zu werden, parkt er seinen Transporter an der unbeleuchteten Grundstücksseite. Dort schneidet er im Schutz der Dunkelheit mit dem eigens dazu mitgebrachten Bolzenschneider einen großen Durchgang in den das Grundstück umgebenden ca. 2 m hohen Stahlmattenzaun. Mit einer Leiter und einem Werkzeugkoffer, in dem sich Hammer, Schraubenzieher, Schraubenschlüssel und einige Zangen befinden, schleicht sich A zum Wohnhaus. Für den Fall, dass B ihn ertappen würde, will A sofort die Flucht ergreifen. Anschließend klettert A mit der Leiter auf das Dach des Hauses und macht sich an die Arbeit. So gelingt es ihm nach zwei Stunden, die Solaranlage abzubauen, in Einzelteile zu zerlegen, in seinem Transporter zu verstauen und unbemerkt abzutransportieren.

Letztlich wird A jedoch bei der Suche nach geeigneten Abnehmern von der Polizei gefasst.

Aufgabe 1: Strafbarkeitsprüfung

Begutachten Sie das Verhalten des A unter strafrechtlichen Gesichtspunkten! Strafanträge sind, soweit erforderlich, gestellt.

Aufgabe 2: Prozessuale Zusatzaufgaben

- A. Geben Sie einen Überblick über den Gang des Strafverfahrens!
- B. Geben Sie einen Überblick über die Verfahrensgrundsätze!

Gliederung

Aufgabe 1: Strafbarkeitsprüfung.....	8
A. Strafbarkeit des A gem. § 242 I i.V.m. § 243	8
I. Tatbestand	8
1. Objektiver Tatbestand	8
a. Tatobjekt: fremde bewegliche Sache.....	8
b. Tathandlung: Wegnahme	9
c. Ergebnis	11
2. Subjektiver Tatbestand	11
a. Vorsatz bezüglich der objektiven Tatbestandsmerkmale	11
b. Absicht, die Solaranlage sich (oder einem Dritten) rechtswidrig zuzueignen	11
aa. Enteignungsvorsatz.....	12
bb. Aneignungsabsicht.....	12
cc. Rechtswidrigkeit der Zueignung	12
dd. Vorsatz bezüglich der Rechtswidrigkeit der Zueignung	13
ee. Ergebnis zur Zueignungsabsicht.....	13
3. Ergebnis zum Tatbestand	13
II. Rechtswidrigkeit.....	13
III. Schuld.....	13
IV. Strafzumessung	13
1. § 243 I S. 2 Nr. 1	14
2. § 243 I S. 2 Nr. 2	14
3. § 243 I S. 2 Nr. 3	15
V. Ergebnis	16
B. Strafbarkeit des A gem. § 246.....	16
C. Strafbarkeit des A gem. § 244 I Nr. 1a Var. 2, Nr. 3	16
I. Tatbestand	17
1. objektiver Tatbestand.....	17
a. § 244 I Nr. 1a Var. 2	17
b. § 244 I Nr. 3	20
2. Zwischenergebnis.....	20
II. Ergebnis.....	20
D. Strafbarkeit des A gem. § 123 I.....	20
I. Tatbestand	20
II. Rechtswidrigkeit.....	21
III. Schuld.....	21
IV. Ergebnis	21

E. Strafbarkeit des A gem. § 303 I bezüglich des Zaunes	21
I. Tatbestand	21
1. Objektiver Tatbestand	21
2. Subjektiver Tatbestand	22
II. Rechtswidrigkeit.....	22
III. Schuld.....	22
IV. Ergebnis	22
F. Strafbarkeit des A gem. § 303 I bezüglich der Solaranlage	22
I. Tatbestand	22
1. Objektiver Tatbestand	22
2. Subjektiver Tatbestand	23
II. Rechtswidrigkeit.....	23
III. Schuld.....	23
IV. Ergebnis	23
G. Gesamtergebnis und Konkurrenzen.....	23
Fazit zum Fall	24
Aufgabe 2: Prozessuale Zusatzaufgaben	24
A. Geben Sie einen Überblick über den Gang des Strafverfahrens!	24
I. Das Erkenntnisverfahren.....	24
1. Stadium: Das Ermittlungsverfahren (§§ 160-177 StPO).....	24
2. Stadium: Das Zwischenverfahren (§§ 199-211 StPO).....	24
3. Stadium: Das Hauptverfahren (§§ 213-358 StPO)	25
II. Das Vollstreckungsverfahren (§§ 449 ff. StPO).....	25
B. Geben Sie einen Überblick über die Verfahrensgrundsätze!.....	27

Lösungsvorschlag Fall 1

Schwerpunkte: Strafrecht: Aufbau eines strafrechtlichen Gutachtens; Diebstahl, § 242 I; besonders schwerer Fall des Diebstahls, § 243; Beisichführen von gefährlichen Werkzeugen beim Diebstahl, § 244 I Nr. 1 Var. 2; Wohnungseinbruchdiebstahl, § 244 I Nr. 3; Sachbeschädigung, § 303 I; Hausfriedensbruch, § 123 I

Strafprozessrecht: Gang des Strafverfahrens; Überblick über die Verfahrensgrundsätze

Aufgabe 1: Strafbarkeitsprüfung

A. Strafbarkeit des A gem. § 242 I i.V.m. § 243

- 1 A könnte sich, indem er die Solaranlage des B vom Dach abmontierte, zerlegte und abtransportierte, wegen Diebstahls in einem besonders schweren Fall gem. § 242 I i.V.m. § 243 I S. 2 Nr. 1, 2 und 3 strafbar gemacht haben.

I. Tatbestand

1. Objektiver Tatbestand

- 2 In objektiver Hinsicht müsste A eine fremde bewegliche Sache weggenommen haben.

a. Tatobjekt: fremde bewegliche Sache

- 3 Die Solaranlage müsste eine Sache im Sinne des § 242 I darstellen. Unter einer **Sache** versteht man einen körperlichen Gegenstand im Sinne des § 90 BGB, und zwar unabhängig von seinem wirtschaftlichen Wert und seinem Aggregatzustand, solange sie von der Außenwelt (räumlich) abgrenzbar ist.³

- 4 **Hinweis:** Während ein Teil der Literatur den strafrechtlichen Sachbegriff als einen **selbstständigen**, vom Zivilrecht unabhängigen Begriff versteht, dessen Zweckbestimmung nur dem Strafrecht selbst zu entnehmen sei⁴, geht die Gegenauffassung von einem **einheitlichen** Sachbegriff aus⁵. Demnach sind der zivilrechtliche und der strafrechtliche Sachbegriff identisch. Richtig an der zuerst genannten Auffassung ist, dass strafrechtliche Begriffe strafrechtlich auszulegen sind. Der Begriff der „Sache“ in § 242 I muss daher strafrechtlich interpretiert werden; andererseits ist jedoch nicht davon auszugehen, dass der Gesetzgeber dem § 242 I einen anderen als den zivilrechtlichen Sachbegriff zugrunde legen wollte. Da sich die beiden Begründungsmodelle im Ergebnis jedoch nicht voneinander unterscheiden, kann in der Fallbearbeitung eine Entscheidung zugunsten einer der genannten Ansichten dahinstehen.

- 5 Die Solaranlage ist ein derartiger von der Außenwelt räumlich abgrenzbarer körperlicher Gegenstand und damit eine Sache im Sinne des § 242 I.

- 6 Die Solaranlage müsste auch eine für A fremde Sache darstellen. **Fremd** ist eine Sache dann, wenn sie nicht im Alleineigentum des Täters steht und nicht herrenlos ist.⁶

- 7 **Hinweis:** Die Frage nach dem **(Allein-)Eigentum** beantwortet sich auch nach den Vertretern der Auffassung, die hinsichtlich des Sachbegriffs von einem eigenständigen strafrechtlichen Begriff ausgehen, nicht nach (ungeschriebenen) eigenständigen straf-

³ Lackner/Kühl, § 242 Rn 1; Sch/Sch-Eser, § 242 Rn 9; Fischer, § 242 Rn 3.

⁴ Wessels/Hillenkamp, BT 2, Rn 15; MK-Wieck-Noodt, § 303 Rn 8; Fischer, § 242 Rn 3; Küper, Jura 1996, 205, 206; Graul, JuS 2000, 215, 219; Fahl, Jura 2005, 273, 274.

⁵ Sch/Sch-Eser, § 242 Rn 9; Lackner/Kühl, § 242 Rn 2; Gropp, JuS 1999, 1041, 1042.

⁶ BGH NSTZ 2006, 170, 171; Lackner/Kühl, § 242 Rn 4; Fischer, § 242 Rn 5-7; Sch/Sch-Eser, § 242 Rn 12; LK-Ruß, § 242 Rn 6 ff.

rechtlichen Kriterien, sondern nach den **sachenrechtlichen** Vorschriften des **Bürgerlichen Rechts** über den Erwerb und den Verlust von Eigentum⁷, insbesondere nach §§ 903 ff., 873, 929 ff., 946 ff., 1370, 1922 BGB. Daraus folgt: Ist nach Bürgerlichem Recht die Eigentumslage unstreitig und befindet sich die Sache nicht im Alleineigentum des Täters, genügt i.d.R. *diese* Feststellung. Ist umgekehrt die zivilrechtliche Eigentumslage unklar, bedarf es auch im Strafrecht einer entsprechenden Prüfung der sachenrechtlichen Zuordnung.

Es ist nicht ersichtlich, dass A Eigentümer gewesen sein könnte. Im Gegenteil; es ist anzunehmen, dass B gem. §§ 929 ff. bzw. §§ 946 ff. BGB das Eigentum an der Solaranlage erworben hat. Die Solaranlage stand daher nicht im Alleineigentum des A. Sie war auch nicht herrenlos. Denn das wäre nur dann der Fall gewesen, wenn sie in niemandes Eigentum gestanden. Hier ist jedoch – wie bereits aufgezeigt – davon auszugehen, dass B das Eigentum an der Solaranlage hat. 8

Da die Anlage daher weder im Alleineigentum des A stand noch herrenlos war, stellte sie eine für A fremde Sache dar. 9

Die Solaranlage müsste jedoch auch eine bewegliche Sache darstellen. **Beweglich** sind jedenfalls alle Sachen, die tatsächlich fortbewegt werden können. Ob dies bei auf einem Dach fest verschraubten Solarplatten angenommen werden kann, ist zweifelhaft. Im allgemeinsprachlichen Sinne wird man eher von einer Unbeweglichkeit auszugehen haben. Mit Blick auf das geschützte Rechtsgut (Schutz vor Eigentumsbeeinträchtigung) und die Tathandlung (die Wegnahme) gelten – anders als im Zivilrecht (vgl. §§ 94, 95 BGB) – i.S.d. § 242 I aber auch solche Sachen als beweglich, die zum Zweck der Wegnahme erst beweglich gemacht werden müssen.⁸ Denn das Schutzbedürfnis des Eigentümers erstreckt sich auch auf Sachen, die (nach gewisser Einwirkung) fortgeschafft werden können. 10

Hinweis: Eine derartige Auslegung bewegt sich auch noch innerhalb des natürlichen Wortsinns und ist deshalb mit dem Analogieverbot des Art. 103 II GG vereinbar. 11

Die auf dem Dach des Hauses verschraubte Solaranlage stellt eine Sache dar, die zum Zweck der Wegnahme beweglich gemacht wurde; sie ist daher eine bewegliche Sache im Sinne des § 242 I. 12

b. Tathandlung: Wegnahme

A müsste die Solaranlage, eine für ihn fremde bewegliche Sache, weggenommen haben. Unter einer **Wegnahme** versteht man den Bruch fremden und die Begründung neuen, nicht notwendigerweise tätereigenen Gewahrsams.⁹ 13

Der Bruch fremden Gewahrsams setzt zunächst voraus, dass überhaupt fremder Gewahrsam bestand. **Gewahrsam** ist die von einem natürlichen Herrschaftswillen getragene tatsächliche Sachherrschaft eines Menschen über eine Sache.¹⁰ 14

Die Solaranlage befand sich zunächst auf dem Dach des B. Dieser konnte ständig auf die Anlage zugreifen und hatte insofern die tatsächliche Sachherrschaft inne. Auch hatte B den Willen, die Sachherrschaft auszuüben, sodass auch der erforderliche natürliche Herr- 15

⁷ BGH NSTZ **2006**, 170, 171; NSTZ-RR **2000**, 234; BGHSt **6**, 377, 378; *Wessels/Hillenkamp*, BT 2, Rn 69.

⁸ Vgl. LK-*Ruß*, § 242 Rn 3; NK-*Kindhäuser*, § 242 Rn 14; *Lackner/Kühl*, § 242 Rn 4; Sch/Sch-*Eser*, § 242 Rn 11; MüKo-*Schmitz*, § 242 Rn 39; *Wessels/Hillenkamp*, BT 2, Rn 67.

⁹ Vgl. nur BGH NSTZ **2008**, 624, 625.

¹⁰ BGHSt **8**, 273, 274; **40**, 23; BGH NSTZ **2008**, 624, 625; *Lackner/Kühl*, § 242 Rn 8a; LK-*Ruß*, § 242 Rn 17 ff.

schaftswille bestand. Es bestand daher zunächst aus der Sicht des A fremder Gewahrsam.

16

Hinweis: Man mag sich fragen, wieso davon gesprochen wurde, dass B „ständig auf die Anlage zugreifen“ konnte und den „Willen“ gehabt habe, die Sachherrschaft auszuüben, wo doch davon ausgegangen werden kann, dass er zum Tatzeitpunkt schlief und von dem Geschehen nichts mitbekam. Streng genommen konnte B keinen Gewahrsam ausüben, wendete man die o.g. Definition unreflektiert an. Um in Fällen der vorliegenden Art aber gleichwohl einen Diebstahl annehmen zu können, bedient sich die h.M. eines (korrigierenden) Kunstgriffes, indem sie in Fällen, in denen der Berechtigte nicht wirklich auf die Sache zugreifen kann, auf die **Verkehrsauffassung** abstellt, um auch noch bei einer gewissen **Lockerung** den Gewahrsam bejahen zu können (sog. „**gelockerter Gewahrsam**“). Eines solchen Kunstgriffes bedarf es jedoch nicht, wenn man nicht von dem Erfordernis einer tatsächlichen Herrschaftsmacht über die Sache ausgeht, sondern eine **sozial-normative** Zuordnung der Sache zur Herrschaftssphäre einer Person vornimmt („**sozial-normativer Gewahrsamsbegriff**“).¹¹ Im Ergebnis ändert sich dadurch freilich nichts. So übt A auf dem Boden der h.M. einen gelockerten Gewahrsam aus und nach der Gegenauffassung gelangt man aufgrund einer sozial-normativen Zuordnung ebenfalls zur Annahme eines Gewahrsams. In der Fallbearbeitung ist eine Streitentscheidung daher entbehrlich. Der sozial-normative Gewahrsamsbegriff ist aber aus rechtsdogmatischer Sicht vorzugswürdig, weil er – anders als die Konstruktion eines „gelockerten Gewahrsams“ – den Kerngehalt der Wegnahme nicht zum bloßen Korrektiv entwertet.

- 17 A müsste den Gewahrsam des B auch gebrochen haben. Fremder Gewahrsam wird **gebrochen**, wenn er ohne oder gegen den Willen des Gewahrsamsinhabers aufgehoben wird.¹²
- 18 Durch das Abmontieren und Wegschaffen der Solaranlage hat B den A aus dessen Position der Gewahrsamsausübung verdrängt. Die Aufhebung des Gewahrsams erfolgte auch ohne den Willen des B. A hat daher den Gewahrsam des B gebrochen.
- 19 A müsste auch neuen Gewahrsam begründet haben. Neuer Gewahrsam (der nicht unbedingt der des Täters zu sein braucht) wird **begründet**, wenn der Täter (oder der Dritte) die tatsächliche Sachherrschaft derart erlangt hat, dass ihrer Ausübung keine weiteren Hindernisse mehr entgegenstehen.¹³
- 20 A hat die tatsächliche Sachherrschaft jedenfalls noch nicht allein dadurch erlangt, dass er die Anlage abmontierte. Denn zu diesem Zeitpunkt befand er sich noch auf dem Grundstück des B, sodass die Teile der Anlage nach wie vor dem Zugriff des B ausgesetzt waren.¹⁴ Allerdings verbrachte er die Teile in seinen Transporter. Ab diesem Zeitpunkt konnte er selbst die Herrschaft über die Teile ausüben, während B nicht mehr ungehindert darauf zugreifen konnte. Indem er die Teile der Solaranlage in seinen Transporter lud, hat A daher neuen Gewahrsam begründet.

¹¹ So vertreten von *Hillenkamp*, JuS **2003**, 157, 158; *Wessels/Hillenkamp*, BT 2, Rn 71; *Kargl*, JuS **1996**, 971, 974; *Martin*, JuS **1998**, 893; NK-*Kindhäuser*, § 242 Rn 31; *MüKo-Schmitz*, § 242 Rn 55; SK-*Samson*, 4. Aufl., § 242 Rn 20, jeweils zurückgehend auf *Welzel*, GA **1960**, 257 und Lb. (11. Aufl. **1969**), S. 347, 348.

¹² *Fischer*, § 242 Rn 16; *Sch/Sch-Eser*, § 242 Rn 35; *Ludwig/Lange*, JuS **2000**, 446, 449. Vgl. auch BGH NSTZ **2008**, 624, 625 und *Jahn*, JuS **2008**, 1119, 1120.

¹³ Vgl. LG Zwickau NJW **2006**, 166; *Sch/Sch-Eser*, § 242 Rn 38; *Lackner/Kühn*, § 242 Rn 15. Vgl. auch BGH NSTZ **2008**, 624, 625.

¹⁴ Zur Begründung einer sog. „**Gewahrsamsenklaue**“, bei der auch innerhalb einer fremden Herrschaftssphäre neuer Gewahrsam entsteht, vgl. *Schmidt/Priebe*, BT II, Rn 75.

c. Ergebnis

A hat fremden Gewahrsam an der Solaranlage gebrochen und neuen Gewahrsam begründet. Er hat die Solaranlage damit weggenommen. 21

2. Subjektiver Tatbestand

a. Vorsatz bezüglich der objektiven Tatbestandsmerkmale

A müsste vorsätzlich gehandelt haben, § 15. Vorsatz bedeutet die Verwirklichung des objektiven Tatbestandes in Kenntnis aller seiner Umstände, wobei insoweit *dolus eventualis* genügt. Bei A müsste sich also der Vorsatz auf die objektiven Diebstahlsmerkmale bezogen haben. Dazu zählt insbesondere die Eigenschaft der Solaranlage als „fremde bewegliche Sache“. Hinsichtlich der Fremdheit der Sache muss der Täter aufgrund einer **„Parallelwertung in der Laiensphäre“** den wesentlichen **rechtlich-sozialen Bedeutungsgehalt des Tatumstands** (laienhaft) erfassen. Der Grund dafür ist, dass der Täter i.d.R. überhaupt nicht in der Lage ist, rechtlich exakte Wertungen über die zivilrechtliche Eigentumslage vorzunehmen. Deshalb genügt für das Merkmal „fremd“ die laienhafte Vorstellung, dass die Sache einem anderen gehört (sog. normatives Tatbestandsmerkmal).¹⁵ 22

A wusste, dass die Solaranlage eine bewegliche Sache darstellte. Dass er wohl kaum in der Lage war, die zivilrechtliche Eigentumslage zu beurteilen, ist unschädlich, da er zumindest laienhaft wusste, dass die Solaranlage einem anderen gehört. Auch erkannte er, dass er die Sachherrschaft des B ohne dessen Willen aufhob und eigene begründete. Er hatte daher Vorsatz bezüglich der Wegnahme einer fremden beweglichen Sache. 23

b. Absicht, die Solaranlage sich (oder einem Dritten) rechtswidrig zuzueignen

Über den allgemeinen Tatbestandsvorsatz hinaus müsste A die Solaranlage in der Absicht weggenommen haben, sie sich oder einem Dritten rechtswidrig zuzueignen. Die Zueignungsabsicht liegt vor, wenn der Täter die Sache wegnimmt, um sie unter Anmaßung einer eigentümerähnlichen Stellung zumindest vorübergehend der eigenen Vermögenssphäre (oder der eines Dritten) einzuverleiben (Aneignungskomponente) und um sie der Verfügungsgewalt des Berechtigten dauerhaft zu entziehen (Enteignungskomponente). Dabei ist bezüglich der auch nur vorübergehenden Aneignung *dolus directus* 1. Grades (Absicht) erforderlich, während für die dauerhafte Enteignung *dolus eventualis* genügt.¹⁶ 24

Hinweis: Da bezüglich der Zueignungsabsicht keine Entsprechung im objektiven Tatbestand existiert, handelt es sich bei dem Diebstahl um ein Delikt mit **„überschießender Innentendenz“** bzw. um ein **„kupiertes Erfolgsdelikt“**. Im Übrigen ist zu beachten, dass mit „Absicht“ nicht die Vorsatzform i.S.d. *dolus directus* 1. Grades bzgl. der Verwirklichung des objektiven Tatbestands gemeint ist, sondern die bloße **Intention** der rechtswidrigen Zueignung. Ob die Zueignung *tatsächlich* erfolgt, ist für § 242 also irrelevant.¹⁷ Die **Absicht** muss aber im **Zeitpunkt der Tathandlung** (d.h. der Wegnahme) vorliegen. Daraus folgt:

- Wird die Zueignungsabsicht erst später gefasst, kommt jedenfalls eine Strafbarkeit gem. § 242 nicht mehr in Betracht (stattdessen aber § 246). 25

¹⁵ Vgl. dazu näher *R. Schmidt*, AT, Rn 207 ff.

¹⁶ Vgl. BGH NStZ **2006**, 686, 687; *Streng*, JuS **2007**, 422, 423; *Schmidt/Priebe*, BT II, Rn 85 ff.; *Fischer*, § 242 Rn 41; *Lackner/Kühl*, § 242 Rn 25; *Wessels/Hillenkamp*, BT 2, Rn 150.

¹⁷ Vgl. dazu ausführlich *Schmidt/Priebe*, BT II, Rn 79a-d. Anders verhält es sich bei der Unterschlagung (§ 246): dort ist die Zueignung objektives Tatbestandsmerkmal (vgl. näher *Schmidt/Priebe*, BT II, Rn 271).

- Überlegt sich der Täter nach vollendeter und in Zueignungsabsicht durchgeführter Wegnahme, die Sache wieder zurückzugeben, ist diese Einsicht zu spät: Er ist wegen Diebstahls strafbar, weil er im Zeitpunkt der Wegnahme noch vorhatte, das Opfer dauerhaft zu enteignen. Eine „tätige Reue“ ist beim Diebstahl nicht vorgesehen.

aa. Enteignungsvorsatz

- 26 A wusste, dass B seine Solaranlage für den Fall, dass alles nach Plan lief, nicht zurückerhalten würde. Er handelte daher wissentlich hinsichtlich der dauerhaften Entziehung der Solaranlage. Der erforderliche Enteignungsvorsatz ist daher gegeben.

- 27 **Hinweis:** Die Komponente der **Enteignung** spielt als Abgrenzungskriterium zwischen der Zueignung und der Gebrauchsanmaßung, die nur ausnahmsweise strafbar ist (vgl. §§ 248b, 290), eine wichtige Rolle. Abgrenzungskriterium ist die Dauerhaftigkeit des Herauslösens aus der Eigentümerstellung. Während die **Enteignung** auf **Daueranlegung** sein muss, hat die **Gebrauchsanmaßung** nur eine **vorübergehende Nutzung** der fremden Sache zum Ziel. Wesentlich für die Annahme einer **Gebrauchsanmaßung** ist der **Rückführungswille** des Täters. Diesen zu bestimmen kann sich mitunter als äußerst schwierig erweisen und ist stets eine Frage des Einzelfalls

bb. Aneignungsabsicht

- 28 Des Weiteren handelte A in der Absicht, die Solaranlage zu veräußern. Darin liegt zugleich die Absicht, die Anlage zumindest vorübergehend der eigenen Vermögenssphäre einzuverleiben und sich damit eine eigentümerähnliche Stellung anzumaßen. Die erforderliche Aneignungsabsicht liegt damit vor.

- 29 **Hinweis:** Die Komponente der (beabsichtigten) **Aneignung** ist erforderlich, um den Diebstahl (d.h. generell die Zueignungsdelikte) von der reinen *Sachentziehung*, der *Sachbeschädigung* und von der bloßen *Eigenmacht* abzugrenzen. An einer Aneignung und damit an einer Zueignung **fehlt** es, wenn jemand fremde Sachen wegnimmt, um sie **ohne vorherigen Eigengebrauch** sogleich zu zerstören oder wegzuerwerfen.¹⁸ Zwar führt sich der Täter in diesem Fall wie ein Eigentümer auf, er eignet sich die Sache aber nicht zu. Je nach den Umständen liegt eine Sachbeschädigung (§ 303 I), ein Verwahrungsbruch (§ 133) oder eine Urkundenunterdrückung (§ 274 I Nr. 1) vor.¹⁹ Bei der reinen *Sachentziehung* wird die Sache ihrem Eigentümer ohne Einverleibung in das Vermögen des Täters oder des Dritten zeitweilig oder dauernd entzogen (ohne dass es auf die sofortige Zerstörung oder das sofortige Wegwerfen ankäme). Das Schulbeispiel für eine reine Sachentziehung stellt der Fall dar, in dem der Täter das Opfer nur ärgern oder sich an ihm rächen will.

cc. Rechtswidrigkeit der (erstrebten) Zueignung

- 30 Die (erstrebte) Zueignung müsste auch rechtswidrig gewesen sein. **Rechtswidrig** ist die (erstrebte) Zueignung, wenn sie im Widerspruch zur (zivil-)rechtlichen Eigentumsordnung steht.²⁰ Das ist dann der Fall, wenn dem Täter (oder dem Dritten, wenn diesem die Sache zugeeignet werden soll) kein fälliger, einredfreier Anspruch auf Übereignung der weggenommenen Sache zusteht.²¹

¹⁸ Wessels/Hillenkamp, BT 2, Rn 138. Vgl. auch BGH NSTZ 2006, 686, 687; Streng, JuS 2007, 422, 423.

¹⁹ Wie hier Lackner/Kühl, § 242 Rn 21; anders Wallau, JA 2000, 248, 255, der auch die Beschädigung als Zueignung versteht.

²⁰ Vgl. Lackner/Kühl, § 242 Rn 27; Fischer, § 242 Rn 49; LK-Ruß, § 242 Rn 68.

²¹ Vgl. dazu näher Schmidt/Priebe, BT II, Rn 115 ff.

Hinweis: Die (erstrebte) Zueignung muss nach dem Wortlaut des § 242 I (objektiv **rechtswidrig** sein. Es handelt sich hier (wie bei der Zueignungsabsicht des § 249 und den Bereicherungsabsichten der §§ 253 und 263) nach ganz h.M. um ein objektives Tatbestandsmerkmal, das im Rahmen des subjektiven Tatbestands zu prüfen und von der Rechtswidrigkeit als allgemeines Verbrechensmerkmal zu unterscheiden ist.

31

Im vorliegenden Fall ist nicht ersichtlich, dass A einen fälligen, einredefreien Anspruch auf Übereignung der Solaranlage gehabt hätte. Die (erstrebte) Zueignung war daher auch rechtswidrig.

32

dd. Vorsatz bezüglich der Rechtswidrigkeit der Zueignung

A müsste auch Vorsatz bezüglich der Rechtswidrigkeit der erstrebten Zueignung gehabt haben. Nach dem geschilderten Sachverhalt war A zumindest laienhaft bewusst, keinen Anspruch auf Übereignung der Solaranlage zu haben. Er handelte daher auch vorsätzlich bezüglich der Rechtswidrigkeit der Zueignung.

33

ee. Ergebnis zur Zueignungsabsicht

A handelte in der Absicht, sich die Solaranlage rechtswidrig zuzueignen.

34

3. Ergebnis zum Tatbestand

A hat den objektiven und subjektiven Tatbestand des § 242 I verwirklicht.

35

II. Rechtswidrigkeit

Rechtfertigungsgründe sind nicht ersichtlich.

36

III. Schuld

A handelte auch schuldhaft.

37

IV. Strafzumessung

Der von A begangene Diebstahl könnte auch ein solcher in einem besonders schweren Fall gewesen sein, weil A eines der Regelbeispiele des § 243 I S. 2 erfüllt haben könnte.

38

Hinweis: Bei § 243 und anderen Bestimmungen über besonders schwere Fälle (vgl. etwa § 263 III, § 267 III, § 176 III, § 177 II, 179 III usw.) handelt es sich nach zutreffender h.M.²² nicht um Tatbestände, sondern um **Strafzumessungsregeln**. Mit ihnen hat der Gesetzgeber Regularien geschaffen, die dem erhöhten Unrechts- und Schuldgehalt der Tat gerecht werden und dem Tatrichter eine flexible Möglichkeit schaffen sollen, das begangene Unrecht adäquat zu sanktionieren. Um andererseits dem verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsgebot (Art. 103 II GG) gerecht zu werden, hat der Gesetzgeber in den meisten Vorschriften über besonders schwere Fälle **Regelbeispiele** genannt, deren Verwirklichung eine **widerlegbare Vermutung** für das Vorliegen eines besonders schweren Falls zur Folge hat. Widerlegbare Vermutung bedeutet, dass die Verwirklichung eines Regelbeispiels zwar nicht zwingend, aber regelmäßig zum Vorliegen eines besonders schweren Falls führt. Man kann sagen, dass die Verwirklichung eines Regelbeispiels eine **Indizwirkung** für die Annahme eines besonders schweren Falls entfaltet.

39

²² BGHSt **23**, 254, 256; **26**, 104, 105; **33**, 370, 373; BGH NStZ **2008**, 514, 515; Sch/Sch-*Stree*, Vorbem §§ 38 ff. Rn 44; SK-*Hoyer*, § 243 Rn 1; *Lackner/Kühl*, § 46 Rn 11; *Fischer*, § 243 Rn 2; *Wessels/Hillenkamp*, BT 2, Rn 196; a.A. *Callies*, NJW **1998**, 929, 933 ff.; *Jacobs*, AT, § 6 Rn 99; *Kindhäuser*, BT II, § 3 Rn 4; *Eisele*, JA **2006**, 309, 312; *Müko-Schmitz*, § 243 Rn 3.

1. § 243 I S. 2 Nr. 1

40 A könnte zur Ausführung der Tat in einen „anderen umschlossenen Raum“ i.S.d. § 243 I S. 2 Nr. 1 eingebrochen sein.²³ Unter einem **umschlossenen Raum** ist jedes Raumgebilde (mit oder ohne Dach) zu verstehen, das (mindestens auch) *dazu bestimmt ist, von Menschen betreten zu werden*, und das mit (mindestens teilweise künstlichen) Vorrichtungen umgeben ist, die das Eindringen von Unbefugten abwehren sollen.²⁴

41 **Hinweis:** Umschlossen bedeutet nicht notwendigerweise fest verschlossen, sodass auch zeitweilig unverschlossene Räume erfasst werden. Erforderlich ist aber eine Umschließung oder Umfriedung, sodass ein tatsächliches Hindernis besteht. Das Eindringen des Täters muss erheblich erschwert sein.

42 Das Grundstück des B stellt ein Raumgebilde dar, das zum Betreten von Menschen bestimmt ist. Auch stellt der es umgebende Maschendrahtzaun eine künstliche Vorrichtung dar, die das Betreten von Unbefugten abwehren soll. Das Grundstück des B stellt damit einen „anderen umschlossenen Raum“ im Sinne von § 243 I S. 2 Nr. 1 dar.

43 Als Tathandlungsmodalitäten werden das Einbrechen, das Einsteigen und das Eindringen mit einem falschen Schlüssel oder einem anderen, nicht zur ordnungsgemäßen Öffnung bestimmten Werkzeug genannt. A könnte eingebrochen sein. **Einbrechen** ist das gewaltsame Öffnen von Umschließungen, die ein tatsächliches Hindernis bilden und insoweit dem Eintritt in den umschlossenen Raum entgegenstehen. Gewaltsam ist die Öffnung, wenn sie unter Anwendung nicht unerheblicher körperlicher Kraft erfolgt, jedenfalls aber dann, wenn sie unter Verletzung der Substanz der Schutzvorrichtung erfolgt.²⁵

44 A hat mit dem von ihm mitgeführten Bolzenschneider einen Durchgang in den Stahlmattenzaun des B geschnitten. Auf diese Weise hat er die das Grundstück des B schützende Umschließung unter Anwendung von nicht unerheblicher körperlicher Kraft und sogar unter Verletzung der Substanz des Zauns, mithin gewaltsam, geöffnet. A ist daher auch eingebrochen.

45 In objektiver Hinsicht ist daher das Regelbeispiel des § 243 I S. 2 Nr. 1 erfüllt.

46 In subjektiver Hinsicht müsste A bezüglich des Einbrechens in einen umschlossenen Raum vorsätzlich gehandelt haben, § 15 analog. A wusste zumindest laienhaft, dass es sich bei dem Grundstück um einen derartigen umschlossenen Raum handelte; auch wusste er, dass er sich gewaltsam Zutritt verschaffte. Er handelte daher auch vorsätzlich.

47 A hat daher das Regelbeispiel des § 243 I S. 2 Nr. 1 auch in subjektiver Hinsicht erfüllt.

2. § 243 I S. 2 Nr. 2

48 Bei der gestohlenen Solaranlage könnte es sich um eine Sache i.S.v. § 243 I S. 2 Nr. 2 gehandelt haben, die durch eine Schutzvorrichtung gegen Wegnahme besonders gesichert war. Eine solche Schutzvorrichtung ist eine von Menschenhand geschaffene Einrichtung, die ihrer Art nach geeignet und dazu bestimmt ist, gerade die Wegnahme einer Sache erheblich zu erschweren.²⁶

²³ Die Varianten „Gebäude“ und „Dienst- oder Geschäftsraum“ scheiden jedenfalls aus: In ein Gebäude ist A offensichtlich nicht eingedrungen; auch ist in keiner Weise ersichtlich, dass das Grundstück des A geschäftlich genutzt würde.

²⁴ Schmidt/Priebe, BT II, Rn 137.

²⁵ BGH NSTZ 2000, 143; Sch/Sch-Eser, § 243 Rn 11; Lackner/Kühl, § 243 Rn 10; Schmidt/Priebe, BT II, Rn 139.

²⁶ Vgl. Fischer, § 243 Rn 15; Wessels/Hillenkamp, BT 2, Rn 266; Schmidt/Priebe, BT II, Rn 146.

Als eine solche Schutzvorrichtung kommt zunächst die feste Verschraubung der Anlage auf dem Dach des B in Betracht. Wie sich insbesondere daran zeigt, dass A zwei Stunden benötigte, um die Anlage abzubauen, war die Verschraubung dazu geeignet, die Wegnahme erheblich zu erschweren. Fraglich ist aber, ob die Verschraubung auch gerade „gegen Wegnahme besonders“ sicherte, also auch dazu bestimmt war. Das Festschrauben einer Solaranlage dient in erster Linie der Befestigung, das heißt, der Sicherung gegen witterungsbedingte Ortsveränderungen wie z.B. dem Herunterfallen während eines Sturmes. Eine Sicherung gegen Wegnahme wird mit der bloßen Verschraubung jedoch nicht bezweckt. Insofern sicherte die Verschraubung nicht „besonders gegen die Wegnahme“, wie § 243 I S. 2 Nr. 2 voraussetzt, sondern diente lediglich der Befestigung.

49

Als Schutzvorrichtung kommt aber auch der das Grundstück umgebende Stahlmattenzaun in Betracht. Zu prüfen ist daher, ob dieser eine von Menschenhand geschaffene Einrichtung darstellt, die ihrer Art nach geeignet und dazu bestimmt ist, gerade die Wegnahme einer Sache erheblich zu erschweren. Zweifelhaft ist hier bereits die Eignung des Zaunes, eine erhebliche Erschwerung der Wegnahme zu bewirken, da derartige Zäune typischerweise leicht (wenn auch mit einer Leiter) überklettert werden können. Jedenfalls müsste der Zaun dazu bestimmt gewesen sein, gerade gegen eine Wegnahme zu schützen. Bei einem normalen Gartenzaun allerdings liegt der Zweck aber eher darin, die Grundstücksgrenzen zu markieren und vor unbefugtem Betreten zu schützen. Insofern stellt auch der Zaun keine gegen Wegnahme besonders sichernde Schutzvorrichtung i.S.v. § 243 I S. 2 Nr. 2 dar. Für dieses Ergebnis spricht auch ein systematisches Argument: Der in der Überwindung des Zaunes liegende Unrechtsgehalt wird bereits von § 243 I S. 2 Nr. 1 erfasst.

50

A hat also keine Sache i.S.v. § 243 I S. 2 Nr. 2 gestohlen, die gegen Wegnahme besonders gesichert ist.

51

3. § 243 I S. 2 Nr. 3

A könnte allerdings gewerbsmäßig i.S.v. § 243 I S. 2 Nr. 3 gehandelt haben. **Gewerbsmäßig** handelt, wem es darauf ankommt, sich aus wiederholter Begehung eine Haupt- oder wenigstens eine Nebeneinnahmequelle von einiger Dauer und einigem Umfang zu schaffen.²⁷ Liegt ein derartiges Gewinnstreben vor, ist schon die erste der ins Auge gefassten Tathandlungen als gewerbsmäßig anzusehen.²⁸

52

A hatte die Solaranlage bei der Suche nach neuen „Einnahmequellen“ ausfindig gemacht. Weiter hatte er vor, die Solaranlage zu veräußern. Es ging ihm insofern darum sich eine aus der Tat eine Einnahmequelle zu verschaffen. Dass er auch schon in der Vergangenheit öfters Baumaterial gestohlen und veräußert hatte, reicht zwar für sich allein genommen nicht für die Gewerbsmäßigkeit im Sinne der obigen Definition aus, stellt jedoch ein starkes Indiz dafür dar, dass A sich auch eine Einnahmequelle von einiger Dauer schaffen wollte. Insofern handelnde er bei dem Diebstahl der Solaranlage gewerbsmäßig.

53

Zusammenfassung und Hinweise für die Fallbearbeitung:

(1) Die zur Strafschärfung führenden Merkmale des § 243 sind unselbstständige Bestandteile des Diebstahls und gemäß ihrer Rechtsnatur als Strafzumessungsregeln im **Anschluss an die Schuldfeststellung des § 242 zu prüfen**. Keinesfalls sind, da es lediglich um Strafzumessungsfragen geht, Rechtswidrigkeit und Schuld (erneut) zu prüfen. Fehler bei der Prüfung des § 243 wiegen schwer. Wenn die Merkmale des

54

²⁷ BGHSt 1, 383; Lackner/Kühl, vor § 52 Rn 20; Fischer, § 243 Rn 18.

²⁸ BGH NSTZ 2004, 265, 266 (zu § 263 III S. 2 Nr. 1).

§ 243 etwa im Tatbestand des § 242 oder die gesamte Vorschrift des § 243 als Tatbestands- bzw. Erfolgsqualifikation des § 242 geprüft werden, zeigt der Klausurbearbeiter, dass er die Natur des § 243 als Strafzumessungsregel für besonders schwere Fälle des Diebstahls nicht erkannt hat.

- (2) Weiterhin muss beachtet werden, dass die in § 243 aufgeführten Regelbeispiele - wie bereits erwähnt - bei der Frage nach einem besonders schweren Fall des Diebstahls weder **abschließend** noch **zwingend** sind. In einer Klausur kann aber in Ermangelung entgegenstehender Anhaltspunkte ein besonders schwerer Fall von der objektiven und subjektiven Verwirklichung eines Regelbeispiels abhängig gemacht werden.
- (3) Kommen hinsichtlich ein und derselben Handlung **mehrere** Regelbeispiele in Betracht, sind grds. *alle* zu prüfen (wobei auch bei Verwirklichung mehrerer Regelbeispiele insgesamt nur *ein* besonders schwerer Fall des Diebstahls vorliegt). Einzige Ausnahme ist Nr. 1 im Verhältnis zum verschlossenen Behältnis i.S.v. Nr. 2. Liegt Nr. 1 vor, kann im Einzelfall die Annahme des verschlossenen Behältnisses i.S.v. Nr. 2 ausgeschlossen sein, weil als Behältnisse i.S.v. Nr. 2 nur Einrichtungen in Betracht kommen, die – im Gegensatz zum umschlossenen Raum i.S.v. Nr. 1 – *nicht* dazu bestimmt sind, von Menschen betreten zu werden (**Exklusivität von umschlossenem Raum und verschlossenem Behältnis**).²⁹
- (4) Schließlich ist zu beachten, dass § 243 auch nicht *wie* ein Tatbestand geprüft wird. So wäre es **verfehlt, von einem objektiven oder subjektiven Tatbestand zu sprechen**. Vielmehr sollten Formulierungen wie „In objektiver Hinsicht“ oder „In subjektiver Hinsicht“ verwendet werden. Eine Besonderheit gilt schließlich für § 243 I S. 2 Nr. 3 (gewerbsmäßiges Stehlen). Dort sind ausschließlich subjektive Elemente zu prüfen.

V. Ergebnis

- 55 Indem A die Solaranlage des B zerlegte und abtransportierte, hat er sich wegen Diebstahls in einem besonders schweren Fall gem. § 242 I i.V.m. § 243 I S. 2 Nr. 1 und 3 strafbar gemacht.

B. Strafbarkeit des A gem. § 246

- 56 Die gleichzeitig mitverwirklichte Unterschlagung gemäß § 246 I tritt hinter § 242 I i.V.m. § 243 I S. 2 Nr. 1 und 3 aufgrund der in § 246 I a.E. angeordneten formellen Subsidiarität zurück.

C. Strafbarkeit des A gem. § 244 I Nr. 1a Var. 2, Nr. 3

- 57 Weiterhin könnte A die qualifizierenden Merkmale des § 244 I Nr. 1a Var. 2 (Beisichführen eines gefährlichen Werkzeugs) und des § 244 I Nr. 3 (Wohnungseinbruchdiebstahl) verwirklicht haben, indem er sich bei dem Diebstahl der Solaranlage auf das Grundstück des B begab und einen Bolzenschneider sowie sonstiges Werkzeug bei sich führte.

²⁹ Teilweise wird vertreten, Nr. 1 und 2 stünden in ihrer *Gesamtheit* in einem Exklusivitätsverhältnis zueinander (so etwa *Rengier*, BT I, § 3 Rn 12). Dem kann so nicht zugestimmt werden. Denn würde man dies annehmen, dürfte man nicht die Fahrgastzelle eines Pkw als umschlossenen Raum i.S.v. Nr. 1 und (zusätzlich) das Aufbrechen des Lenkradschlosses oder das gewaltsame Herausziehen des Autoradios aus der Halterung als Überwindung einer bes. Sicherung i.S.v. Nr. 2 ansehen (so aber *Rengier*, BT I § 3 Rn 4, 12, 14 und 16a). Vgl. dazu auch *Schmidt/Priebe*, BT II, Rn 145 a.E.

I. Tatbestand

1. objektiver Tatbestand

a. § 244 I Nr. 1a Var. 2

Die von A mitgeführten Werkzeuge (Bolzenschneider, Hammer, Schraubenzieher, Schraubenschlüssel) könnten gefährliche Werkzeuge i.S.v. § 244 I Nr. 1a Var. 2 darstellen. Unklar ist, was unter einem „gefährlichen Werkzeug“ zu verstehen ist. 58

Nach dem Willen des Gesetzgebers sollen zur Auslegung des Begriffs die zu § 223a a.F. (§ 224 I Nr. 2 n.F.) entwickelten Grundsätze herangezogen werden. Demzufolge müsste ein gefährliches Werkzeug als ein Gegenstand definiert werden, der nach seiner objektiven Beschaffenheit und der Art seiner Verwendung im Einzelfall dazu geeignet ist, erhebliche Körperverletzungen herbeizuführen. Problematisch an einer derartigen Begriffsbestimmung ist allerdings, dass § 244 I Nr. 1a Var. 2 anders als § 224 I Nr. 2 Var. 2 noch nicht einmal eine Verwendungsabsicht oder doch zumindest einen Verwendungsvorbehalt verlangt, sondern das schlichte „Dabeihaben“ genügen lässt. Um die Vorschrift des § 244 I Nr. 1a Var. 2 daher nicht dem Verdikt der Verfassungswidrigkeit auszusetzen, werden unzählige Versuche unternommen, die Norm restriktiv auszulegen. 59

- Verbreitet wird der Versuch unternommen, die Gefährlichkeit des Werkzeugs **abstrakt-objektiv** zu bestimmen und subjektive Erwägungen gänzlich unberücksichtigt zu lassen. Die hierbei vertretenen Nuancen sind mannigfaltig. Überwiegend werden solche Gegenstände, bei denen nach allgemeiner Lebenserfahrung eine Verwendung zur Zufügung erheblicher Körperverletzungen nicht nahe liegt (etwa Gürtel, Schuhe, Plastiktüten, Schreibutensilien oder Kleinwerkzeuge) aus dem Begriff des gefährlichen Werkzeugs ausgenommen.³⁰ 60

Danach hätte A andere gefährliche Werkzeuge bei sich geführt, weil nach allgemeiner Lebenserfahrung eine Verwendung von Hammer, Schraubenzieher, Schraubenschlüssel und Zangen zur Zufügung erheblicher Körperverletzungen nahe liegt.

- Andere stellen auf die **konkrete Tatsituation** bzw. auf eine **Missbrauchsvermutung (Zweckentfremdung)** ab.³¹ Folgt man diesen Auffassungen, kann derselbe Gegenstand (etwa ein langer Schraubenzieher) einmal ein gefährliches Werkzeug i.S.d. § 244 I Nr. 1a sein (etwa wenn er beim Ladendiebstahl mitgeführt wird) und ein anderes Mal nicht (etwa wenn er beim Einbruchdiebstahl mitgeführt wird). In diese Richtung weisen auch einige Entscheidungen verschiedener Obergerichte, die allerdings ohne jedes Problembewusstsein ein kleines Gebrauchsmesser, ein zusammengeklapptes Taschenmesser und ein Butterflymesser als gefährliches Werkzeug angesehen haben, obwohl die Täter nach den jeweiligen tatrichterlichen Feststellungen zu keinem Zeitpunkt irgendeine Verwendung des Tatmittels in Betracht gezogen hatten.³² Würde man dem zustimmen, wäre nicht nur die genannte Ladendiebin, sondern mehr oder weniger auch jeder Jugendliche, Wanderer oder Pfadfinder, die Bagatelldiebstähle begehen, aus § 244 I Nr. 1a Var. 2 strafbar, weil dieser Personenkreis meistens Gegenstände bei sich führt, die nach der *objektiven Beschaffenheit* und nach der *Art der Verwendung* im Einzelfall geeignet sind, erhebliche Kör- 61

³⁰ SK-Hoyer, § 244 Rn 20; SK-Günther, § 250 Rn 11; Kargl, StraFo 2000, 10; Otto, BT, § 41 Rn 52; Seier, JA 1999, 666, 669.

³¹ Hörmle, Jura 1998, 169, 172; Jäger, JuS 2000, 651, 654 f.; Bussmann, StV 1999, 613, 620 f.; Schlottbauer/Sättele, StV 1998, 505, 507; Streng, GA 2001, 359 ff.; Kindhäuser/Wallau, StV 2001, 18, 19; Fischer, § 244 Rn 9d; Sch/Sch-Eser, § 244 Rn 5.

³² Vgl. in der angegebenen Reihenfolge BayObLG StV 1999, 383; BayObLG StV 2001, 17 (vgl. aber OLG Braunschweig NJW 2002, 1735); OLG Hamm StV 2001, 352.

perverletzungen zuzufügen. In diese Richtung geht auch der Vorlagebeschluss des 2. *Strafsenats* des BGH.³³

Nach diesem Ansatz hätte A keine anderen gefährlichen Werkzeuge bei sich geführt, weil Hammer, Schraubenzieher, Schraubenschlüssel und Zangen typischerweise (und nicht zweckentfremdet) bei einem Einbruchdiebstahl mitgeführt werden.

- 62 ■ Wieder Andere nehmen subjektive Einschränkungen vor und fordern eine konkrete **Verwendungs- bzw. Gebrauchsabsicht**³⁴ oder zumindest einen **Verwendungsvorbehalt**³⁵. Gefährlich sind demnach mitgeführte Gegenstände nur dann, wenn zu ihrer allgemeinen Eignung, erhebliche Körperverletzungen zuzufügen, hinzutritt, dass der Täter sich insgeheim vorbehält, den Gegenstand notfalls auch einzusetzen.

A hatte vor, für den Fall seiner Entdeckung durch B sofort die Flucht zu ergreifen. Er hatte sich daher nicht vorbehalten, seine Werkzeuge notfalls auch gegen B einzusetzen, sodass seine Werkzeuge nach diesem Ansatz nicht dem Begriff des gefährlichen Werkzeugs unterfallen würden.

- 63 Die **abstrakt-objektiven** Begriffsbestimmungen haben zumindest das Wortlautargument auf ihrer Seite, denn im Gegensatz zu § 244 I Nr. 1b setzt – wie gesagt – § 244 I Nr. 1a gerade keine Verwendungsabsicht voraus, sondern lässt allein das Beisichführen genügen. Andererseits führen die abstrakt-objektiven Begriffsbestimmungen gerade aufgrund der Nichtberücksichtigung subjektiver Erwägungen zu unübersehbaren Definitions- und Abgrenzungsschwierigkeiten. Das Gleiche gilt für den Ansatz, der auf die Zweckentfremdung abstellt. Daran ändert auch die zur Einschränkung teilweise geforderte **Waffenähnlichkeit** des Werkzeugs³⁶ nichts, wonach nur solche Werkzeuge als gefährlich gelten sollen, deren Beschaffenheit und Zweckbestimmung in einer typischen Beziehung mit Handhabungen stehen, die verletzende Wirkungen auslösen. Auch die in diesem Zusammenhang vorgeschlagene **induktiv-kasuistische Vorgehensweise**, wonach (ähnlich den sog. Kampfhundegesetzen) ein Katalog aufgestellt werden soll, in dem bestimmte Gegenstände als gefährlich i.S.v. § 244 I Nr. 1a eingestuft sind³⁷, kann nicht wesentlich zu einer Rechtssicherheit beitragen und muss im Ergebnis ebenfalls abgelehnt werden. Denn zum einen ist fraglich, wer (außer dem Gesetzgeber) befugt sein soll, einen solchen „rechtsverbindlichen“ Katalog aufzustellen, und zum anderen wird es auch bei einem noch so großen „Erfindungsreichtum“ des Erstellers eines solchen Katalogs in der Praxis stets Fälle geben, in denen der Täter ein Werkzeug einsetzt, von dem zuvor niemand gedacht hätte, dass es bei einem Diebstahl eingesetzt werden könnte.

- 64 Im Ergebnis sind die rein abstrakt-objektiven Begriffsbestimmungen und das Abstellen auf die Zweckentfremdung also nicht geeignet, die bedenkliche Weite des § 244 I Nr. 1a in verfassungskonformer Weise einzuschränken. Auch der 3. *Strafsenat* des BGH hat (bzgl. des § 244, aber auch bzgl. des Paralleltatbestands des § 250) dieses Problem erkannt und erhebliche Bedenken hinsichtlich der vom Gesetzgeber gewollten Orientierung am Tatbestand der gefährlichen Körperverletzung geäußert. Er hält eine „generelle, von der konkreten Tat losgelöste, Bestimmung des Gegenstands zur gefährlichen Verwen-

³³ Vgl. BGH NJW **2002**, 2889. Der *Große Senat* des BGH hat jedoch keine diesbezügliche Klärung herbeigeführt, weil er das der Vorlage zugrunde liegende Tatmittel nicht als gefährliches Werkzeug, sondern als Waffe i.S.v. § 250 angesehen hat (BGHSt **48**, 197 ff. - *Großer Senat*).

³⁴ So OLG Braunschweig NJW **2002**, 1735, 1736 (a.A. BayOblLG StV **2001**, 17). Aus der Lit. SK-*Hoyer*, § 250 Rn 8; *Rengier*, BT I § 4 Rn 25-25b; *Küper*, JZ **1999**, 194; *Geppert*, Jura **1999**, 599, 602; vgl. auch *Maatsch* GA **2001**, 82 f.

³⁵ So OLG Frankfurt StV **2007**, 354 f.; OLG Celle StV **2005**, 336; *Geppert*, Jura **1999**, 599, 602; *Graul*, Jura **2000**, 205 f.; *Hilgendorf*, ZStW 112 (**2000**), 832; *Erb*, JR **2001**, 207; *Wessels/Hillenkamp*, BT 2, Rn 262b u. c; *Küper*, BT, S. 432 f.

³⁶ So *Mitsch*, ZStW 111 (**1999**), 65, 79; *Kindhäuser/Wallau*, StV **2001**, 18 f.; *Streng*, GA **2001**, 359, 365.

³⁷ So *Mitsch*, JuS **1999**, 640, 643.

„dung seitens des Täters“, für nicht möglich und lastet dieses Manko dem Gesetzgeber an. Allerdings vermeidet es der Senat, konkrete Maßstäbe aufzustellen. Lediglich die subjektiven Einschränkungen lehnt er ausdrücklich ab.³⁸

Was die Ablehnung der subjektiven Einschränkungen betrifft, ist dem BGH jedenfalls insoweit beizupflichten, dass eine konkrete **Verwendungs- bzw. Gebrauchsabsicht** nicht maßgeblich sein kann. Denn verlangte man, dass beim Täter eine konkrete Verwendungs- bzw. Gebrauchsabsicht vorliegen müsse, ignorierte man den Umstand, dass der Gesetzgeber bereits in § 244 I Nr. 1b eine Gebrauchsabsicht fordert und damit zu erkennen gibt, dass es bei § 244 I Nr. 1a auf eine Gebrauchsabsicht gerade nicht ankommen soll (so auch schon sämtliche Voraufgaben *Schmidt/Priebe*, BT I, seit 1998).

65

Sachgerecht ist daher allein eine **teleologische Reduktion** der Vorschrift unter Zugrundelegung einer **kombinierten Begriffsbestimmung**: Durch die in § 244 I Nr. 1a Var. 2 genannte Formulierung „anderes“ gefährliches Werkzeug wird zunächst einmal klar, dass dieses „andere“ Werkzeug eine (objektive) Gefährlichkeit aufweisen muss, die der einer *Waffe* im Wesentlichen nicht nachsteht, also ebenfalls ein erhebliches Verletzungspotential aufweist, ohne jedoch eine Waffe im technischen Sinn darzustellen (sonst würde sich das Problem schon nicht stellen). Diese erhöhte objektive Gefährlichkeit liegt etwa nahe bei **Schneide- und Stichwerkzeugen** (Teppichmesser³⁹ o.ä.), **Handwerksgeräten** (Hammer, größerer Schraubenzieher⁴⁰, Meißel, Stemmeisen), **Schlaggeräten** wie Metallstangen oder -rohre, Ketten usw. Die Einordnung eines der genannten Werkzeuge als gefährliches Werkzeug i.S.v. § 244 I Nr. 1a Var. 2 drängt sich insbesondere dann auf, wenn der Gegenstand nach den Umständen der Tat eine dem Gewahrsamsbruch dienende Funktion hat (Messer beim Ladendiebstahl, um Sicherungsetikett abzutrennen; Metallrohr, Bolzenschneider und Schraubenzieher beim Einbruchdiebstahl, um Hindernisse zu beseitigen).

66

Neben der erläuterten „Waffenersatzfunktion“ ist zu fordern, dass der Täter im Sinne eines inneren **Verwendungsvorbehalts** bereit ist, das mitgeführte Werkzeug notfalls auch einzusetzen. Der Einwand, dieser Begriffsbestimmung stehe der Wortlaut des § 244 I Nr. 1a entgegen, ist zwar gewichtig, im Ergebnis aber nicht tragfähig, weil ja gerade eine einschränkende und damit täterbegünstigende Auslegung vorgenommen wird. Ein Verstoß gegen das Analogieverbot ist also gerade nicht zu befürchten. Nicht überzeugend ist es auch, eine abstrakt-objektive Begriffsbestimmung vorzunehmen, weil in der Praxis Beweisschwierigkeiten hinsichtlich des inneren Verwendungsvorbehalts auftreten könnten. Denn diese „Beweisschwierigkeiten“ bestehen naturgemäß bei jedem Tatbestand, der eine vorsätzliche Begehungsweise fordert.

67

Die von A mitgeführten Werkzeuge hatten zwar eine dem Gewahrsamsbruch dienende Funktion, jedoch hatte sich A nicht vorbehalten, seine Werkzeuge notfalls auch gegen B einzusetzen. Vielmehr hatte A vor, für den Fall seiner Entdeckung durch B sofort die Flucht zu ergreifen.

68

Da bei A somit der erforderliche Verwendungsvorbehalt fehlte, sind seine Werkzeuge nicht als gefährliche Werkzeuge im Sinne von § 244 I Nr. 1a Var. 2 anzusehen.

69

³⁸ BGH NSTZ 2008, 512, 513 (mit Anm. v. *Foth*, NSTZ 2009, 93, 94).

³⁹ Vgl. dazu OLG Schleswig NSTZ 2004, 212, 213; *Hardtung*, StV 2004, 399 ff.

⁴⁰ Vgl. dazu BGH NJW 2004, 3437 (Überfall auf Grillstube).

b. § 244 I Nr. 3

- 70 A könnte allerdings den Qualifikationstatbestand § 244 I Nr. 3 erfüllt haben. Das wäre dann der Fall, wenn er zur Ausführung der Tat in eine Wohnung eingebrochen, eingestiegen oder eingedrungen wäre.
- 71 Da § 244 I Nr. 3 neben dem Eigentum verstärkt die Privat- und Intimsphäre im räumlichen Bereich schützt, sind als **Wohnungen** i.S.d. § 244 I Nr. 3 nur solche Räumlichkeiten anzusehen, die den **Mittelpunkt des privaten Lebens** bilden bzw. im **unmittelbaren Zusammenhang mit der Intimsphäre** stehen. Bei Räumlichkeiten, deren *Hauptzweck* darin besteht, Menschen zur ständigen Unterkunft zu dienen, ist dies unproblematisch der Fall. Auch Nebenräume wie Flure, Toiletten, Keller und Speicher sind umfasst, sofern sie im unmittelbaren Zusammenhang mit den geschützten Räumlichkeiten stehen. Schließlich wird man den Begriff der Wohnung auch bei Wohnwagen, Wohnzelten und Wohnschiffen bejahen können.⁴¹ Zu weit ginge es aber, bspw. leer stehende Wohnungen und reine Arbeitsräume einerseits, aber auch Flure und Kellerräume in Mehrparteienmietshäusern bzw. Wohnheimen sowie „offene Zuhörflächen“ wie Terrassen, Gärten, Gartenhäuschen und frei stehende Garagen andererseits mit einzubeziehen, da der Schutzzweck des § 244 I Nr. 3 hier kaum greifen wird.⁴²
- 72 A ist lediglich in den Garten und auf das Dach des Wohnhauses, nicht jedoch in das Haus gelangt. Der Garten selbst dient nicht der ständigen Unterkunft von Menschen und unterfällt auch nicht mehr dem Verständnis des Begriffs „Wohnung“. Der Garten stellt daher keine „Wohnung“ im Sinne des § 244 I Nr. 3 dar. Der Qualifikationstatbestand des § 244 I Nr. 3 ist daher nicht erfüllt.

2. Zwischenergebnis

- 73 A hat nicht die qualifizierenden Merkmale des § 244 I Nr. 1a Var. 2 (Beisichführen eines gefährlichen Werkzeugs) und des § 244 I Nr. 3 (Wohnungseinbruchdiebstahl) verwirklicht.

II. Ergebnis

- 74 A ist nicht aus § 244 I Nr. 1a Var. 2 und § 244 I Nr. 3 strafbar.

D. Strafbarkeit des A gem. § 123 I

- 75 A könnte sich, indem er das Grundstück des B betrat, wegen Hausfriedensbruchs gem. § 123 I strafbar gemacht haben.

I. Tatbestand

1. Objektiver Tatbestand

- 76 Dazu müsste er in eines der in der Vorschrift genannten Objekte widerrechtlich eingedrungen sein. In Betracht kommt allein das befriedete Besitztum.
- 77 Der Garten des B müsste befriedetes Besitztum darstellen. **Befriedetes Besitztum** ist ein in äußerlich erkennbarer Weise gegen Betreten durch zusammenhängende (nicht notwendigerweise lückenlose) Schutzwehren gesichertes bebautes oder unbebautes Grundstück. „Befriedet“ ist gleichbedeutend mit „eingehegt“.⁴³

⁴¹ Vgl. *Fischer*, § 244 Rn 24; *Joecks*, § 244 Rn 26; *Wessels/Hillenkamp*, BT 2, Rn 267.

⁴² Vgl. BGH NSTZ **2005**, 631; OLG Schleswig NSTZ **2000**, 479, 480; AG Saalfeld NSTZ-RR **2004**, 141; *Jäger*, JuS **2000**, 656 f.; *Lackner/Kühl*, § 244 Rn 11; *Fischer*, § 244 Rn 24a; *Wessels/Hillenkamp*, BT 2, Rn 267; *Krey/Hellmann*, BT II, Rn 137e; *MüKo-Schmitz*, § 244 Rn 56.

⁴³ *Lackner/Kühl*, § 123 Rn 3; *Rengier*, BT II, § 30 Rn 4; *Schmidt/Priebe*, BT I, Rn 1001.

Das Grundstück des B ist durch den das Grundstück umgebenden Stahlmattenzaun gegen (unbefugtes) Betreten gesichert. Die Umzäunung stellt eine zusammenhängende Schutzwehr dar. Das Grundstück des B stellt somit befriedetes Besitztum dar. **78**

A müsste in das befriedete Besitztum des B auch eingedrungen sein. **Eindringen** ist das Gelangen in die geschützten Räume gegen oder ohne den Willen des Berechtigten. Das Betreten des Grundstückes durch A erfolgte ersichtlich ohne den Willen des B. A ist daher ohne den Willen des B auf das Grundstück gelangt und damit im Sinne des § 123 I StGB eingedrungen. **79**

2. Subjektiver Tatbestand

A müsste auch vorsätzlich bezüglich des Eindringens in das Grundstück des B gehandelt haben. A hatte den Charakter des Grundstückes als befriedetes Besitztum erkannt und ging auch ersichtlich von einem fehlenden Einverständnis des B (er wollte gerade nicht entdeckt werden). A handelte daher bezüglich des Eindringens in das Grundstück wissentlich. Der erforderliche Vorsatz ist daher gegeben. **80**

II. Rechtswidrigkeit

Die Tat war rechtswidrig. **81**

III. Schuld

A handelte auch schuldhaft. **82**

IV. Ergebnis

Indem er das Grundstück des B betrat, hat A sich wegen Hausfriedensbruchs gem. § 123 I strafbar gemacht. **83**

E. Strafbarkeit des A gem. § 303 I bezüglich des Zaunes

A könnte sich, indem er den Stahlmattenzaun des B mit seinem Bolzenschneider zerschneidet, wegen Sachbeschädigung gem. § 303 I strafbar gemacht haben. **84**

I. Tatbestand

1. Objektiver Tatbestand

Dazu müsste A eine fremde Sache beschädigt oder zerstört haben. **85**

Der Zaun des B müsste eine für A fremde Sache gewesen sein. **Sachen** i.S.v. § 303 I sind alle körperlichen Gegenstände i.S.v. § 90 BGB. Der Stahlmattenzaun ist ein körperlicher Gegenstand und stellt damit eine Sache i.S.v. § 303 I dar. Anders als bei § 242 I ist die Beweglichkeit der Sache keine Tatbestandsvoraussetzung. **86**

Der Zaun müsste für A auch **fremd** gewesen sein. Das wäre dann der Fall, wenn der Zaun weder im Alleineigentum des A stand noch herrenlos war. Der Zaun stand im Eigentum des B. Er war daher weder herrenlos noch stand er im Alleineigentum des A und war daher fremd i.S.v. § 303 I. **87**

Die Tathandlung besteht in dem Beschädigen oder Zerstören. A könnte den Zaun beschädigt haben. Eine Sache wird **beschädigt**, wenn ihre Substanz nicht unerheblich beeinträchtigt oder wenn auf sie körperlich derart eingewirkt wird, dass dadurch die bestimmungsgemäße Brauchbarkeit der Sache mehr als nur geringfügig beeinträchtigt **88**

wird.⁴⁴ In dem Zerschneiden des Drahtes liegt eine erhebliche Beeinträchtigung der Substanz des Zaunes. Darüber hinaus wurde auch die bestimmungsgemäße Brauchbarkeit des Zaunes, nämlich der Schutz vor unbefugtem Betreten, mehr als nur unerheblich beeinträchtigt, weil A einen großen Durchgang in den Zaun geschnitten hat. A hat den Zaun daher beschädigt.

2. Subjektiver Tatbestand

- 89 A müsste auch vorsätzlich in Bezug auf die Beschädigung einer fremden Sache gehandelt haben, wobei *dolus eventualis* genügt. A wusste, dass das Zerschneiden des Drahtes eine Substanzverletzung einer für ihn fremden Sache bewirken und auch ihre bestimmungsgemäße Brauchbarkeit erheblich beeinträchtigen würde. Er handelte daher vorsätzlich.

II. Rechtswidrigkeit

- 90 Mangels Eingreifens von Rechtfertigungsgründen handelte A auch rechtswidrig.

III. Schuld

- 91 Außerdem handelte A schuldhaft.

IV. Ergebnis

- 92 A hat sich, indem er den Stahlmattenzaun des B zerschnitt, wegen Sachbeschädigung gem. § 303 I strafbar gemacht.

F. Strafbarkeit des A gem. § 303 I bezüglich der Solaranlage

- 93 A könnte sich darüber hinaus wegen Sachbeschädigung gem. § 303 I strafbar gemacht haben, indem er die Solaranlage abmontierte und in Einzelteile zerlegte.

I. Tatbestand

1. Objektiver Tatbestand

- 94 Die Solaranlage ist eine Sache i.S.v. § 303 I. Sie war für A auch fremd, da sie im Eigentum des B stand.
- 95 Durch das Auseinanderbauen könnte A die Solaranlage zerstört haben. Eine Sache ist **zerstört**, wenn sie so wesentlich beschädigt wurde, dass sie für ihren Zweck völlig unbrauchbar wird.⁴⁵
- 96 A hat die Anlage zerlegt, sodass sie jedenfalls in diesem Zustand nicht mehr zur Stromerzeugung verwendet werden konnte. Allerdings beabsichtigte er, die Anlage zu veräußern. Es ist daher davon auszugehen, dass er den Abbau in einer Weise vornahm, die es erlaubt, die Anlage wieder aufzubauen, sodass die Brauchbarkeit der Anlage nicht dauerhaft, sondern nur vorübergehend aufgehoben wurde. In einer derartigen bloß vorübergehenden Aufhebung der Brauchbarkeit kann jedoch keine Zerstörung gesehen werden. A hat die Solaranlage daher nicht zerstört.
- 97 A könnte die Solaranlage allerdings beschädigt haben (zur Definition s.o.). Wie bereits dargestellt, ist davon auszugehen, dass A die Anlage in einer Weise zerlegte, die einen Wiederaufbau ermöglicht. Insofern kann nicht ohne weiteres von einer Substanzverletzung ausgegangen werden. Es ist zwar eine Einwirkung auf die Sachsubstanz gegeben.

⁴⁴ Sch/Sch-*Stree*, § 303 Rn 8; *Schmidt/Priebe*, BT II, Rn 892; mit anderer Formulierung BGHSt 13, 207; 44, 34, 38.

⁴⁵ RGSt 8, 33; *Mitsch*, BT II/1, § 5 Rn 21.

Als besonders einschneidender staatlicher Eingriff darf die Verhängung einer strafrechtlichen Sanktion immer nur als Ultima Ratio herangezogen werden. Insofern muss die Verhaltensweise, die Anknüpfungspunkt für die Verhängung der Strafe ist, eine gewisse Erheblichkeit aufweisen. Das Zerlegen der Anlage wäre nur dann erheblich, wenn die Wiedererrichtung der Anlage einen nicht unerheblichen Aufwand erfordern würde. Es ist davon auszugehen, dass der Aufbau einer komplett auseinanderggebauten Solaranlage einen erheblichen zeitlichen und finanziellen Aufwand (Beauftragung eines Fachmanns) erfordert. Von einer unerheblichen Beeinträchtigung kann vor diesem Hintergrund keine Rede sein. A hat die Solaranlage durch den Abbau daher beschädigt (a.A. vertretbar).

2. Subjektiver Tatbestand

A müsste wiederum vorsätzlich bezüglich der Verwirklichung des objektiven Tatbestands gehandelt haben. A wusste, dass die Anlage für ihn eine fremde Sache war und dass er ihre Brauchbarkeit und ihre Substanz mehr als nur unerheblich beeinträchtigte. A handelte daher vorsätzlich.

98

II. Rechtswidrigkeit

A handelte rechtswidrig.

99

III. Schuld

Er handelte auch schuldhaft.

100

IV. Ergebnis

Indem A die Solaranlage zerlegte, hat er sich wegen Sachbeschädigung gemäß § 303 I strafbar gemacht (a.A. vertretbar).

101

G. Gesamtergebnis und Konkurrenzen

A hat sich wegen Diebstahls in einem besonders schweren Fall gem. § 242 I i.V.m. § 243 I S. 2 Nr. 1 und 3 strafbar gemacht. Die gleichzeitig verwirklichte Unterschlagung gem. § 246 I tritt dahinter aufgrund der in § 246 I a.E. angeordneten formellen Subsidiarität zurück.

102

Der Hausfriedensbruch gem. § 123 I und die Sachbeschädigung am Zaun gem. § 303 I werden vom Diebstahl in einem besonders schweren Fall konsumiert.

Tateinheitlich neben den Diebstahl tritt die Sachbeschädigung an der Solaranlage gem. § 303 I.

A ist daher strafbar gem. § 242 I i.V.m. § 243 I S. 2 Nr. 1 und 3; 303 I; 52 I.

Fazit zum Fall

- 103 Der Fall weist keine besonderen Schwierigkeiten auf; er diene der Einführung und er Veranschaulichung des gutachtlichen Aufbaus einer materiellen Strafrechtsklausur.

Aufgabe 2: Prozessuale Zusatzaufgaben

A. Geben Sie einen Überblick über den Gang des Strafverfahrens!

- 104 Das Strafverfahren lässt sich in zwei große Abschnitte einteilen, in das Erkenntnisverfahren und das Vollstreckungsverfahren:

I. Das Erkenntnisverfahren

- 105 Das Erkenntnisverfahren (vgl. §§ 1-358 StPO und die besonderen Arten des Verfahrens gem. §§ 407-444 StPO) dient der Feststellung, ob ein Beschuldigter der ihm zur Last gelegten Straftat schuldig ist. Es wird mit dem Urteil abgeschlossen. Das Erkenntnisverfahren wiederum hat drei Stadien, das Ermittlungsverfahren (auch Vorverfahren genannt), das Zwischenverfahren und das Hauptverfahren.

1. Stadium: Das Ermittlungsverfahren (§§ 160-177 StPO)

- 106 Sobald die StA durch eine Strafanzeige (§ 158 I StPO), einen Strafantrag (§ 158 II StPO) oder auf andere Weise (klassischer Fall: Leichenfund, § 159 I StPO) von dem Verdacht einer Straftat Kenntnis erhält, hat sie den Sachverhalt zu erforschen und zu prüfen, ob der (ermittelte) Beschuldigte der Tat hinreichend verdächtig ist. In diesem vorbereitenden Stadium liegt die Verfahrensherrschaft bei der StA. Ergeben die Ermittlungen keinen solchen Verdacht oder erweist sich die Tat als nicht verfolgungswürdig, stellt die StA das Verfahren ein (§ 170 II S. 1 StPO); anderenfalls erhebt sie Anklage (§ 170 I StPO). Auch aus Gründen der Geringfügigkeit kann sie (aber auch das Gericht) das Verfahren einstellen, §§ 153, 153a StPO.
- 107 Im Übrigen ist zu beachten, dass in der Praxis die Erforschung von Straftaten i.d.R. von der Polizei durchgeführt wird. Denn zu den Aufgaben der Polizei gehört nicht nur die Gefahrenabwehr, sondern auch die Strafverfolgung (vgl. § 163 StPO). In diesem Fall besteht allerdings aufgrund der genannten Verfahrensherrschaft der StA ein Weisungsrecht gegenüber der Polizei (vgl. § 161 I S. 2 StPO, § 152 GVG).

⇒ vgl. ausführlich *Hartmann/Schmidt*, StrafprozR, Rn 720 ff.

2. Stadium: Das Zwischenverfahren (§§ 199-211 StPO)

- 108 Hat die StA Anklage erhoben, prüft das Gericht im Zwischenverfahren, ob der von der StA behauptete hinreichende Tatverdacht gegen den Angeschuldigten besteht. Bestätigt das Gericht den hinreichenden Tatverdacht, beschließt es, die Hauptverhandlung zu eröffnen und die Anklage zuzulassen (vgl. §§ 203, 207 StPO).
- 109 Das Anklagemonopol und die Verfahrensherrschaft der StA erstrecken sich also nur auf die Entscheidung, ob das Zwischenverfahren eingeleitet wird, nicht hingegen auf die Entscheidung, ob auch die Hauptverhandlung zu eröffnen ist. Diese Entscheidung wird ausschließlich vom Gericht getroffen.

⇒ vgl. ausführlich *Hartmann/Schmidt*, StrafprozR, Rn 825 ff.

3. Stadium: Das Hauptverfahren (§§ 213-358 StPO)

Im Hauptverfahren, das sich wiederum in die Vorbereitung (§§ 213-225a StPO) und die Durchführung (§§ 226-275 StPO) untergliedern lässt, prüft das Gericht, ob sich der Angeklagte tatsächlich der ihm vorgeworfenen Straftat schuldig gemacht hat. Hierzu werden der Angeklagte und Zeugen befragt, Sachverständige werden gehört, Urkunden verlesen, Beweismittel in Augenschein genommen etc. Nach dieser Beweisaufnahme plädieren Staatsanwalt und Strafverteidiger. Der Angeklagte hat das letzte Wort. In der Regel endet das Hauptverfahren mit einem Urteil (vgl. § 260 StPO). 110

Jedoch ist damit das Strafverfahren noch nicht zwingend zu Ende. Denn der Hauptverhandlung erster Instanz kann sich noch ein Rechtsmittelverfahren (§§ 296 ff. StPO), d.h. Berufung oder Revision, anschließen. Auch das Rechtsmittelverfahren ist Teil des Hauptverfahrens, da dieses erst mit einem *rechtskräftigen* Urteil endet 111

⇒ vgl. ausführlich *Hartmann/Schmidt*, StrafprozR, Rn 1165 ff.

Dieses vorgestellte „ordentliche“ Erkenntnisverfahren ist das von der StPO für den Normalfall vorgesehene Modell. In der Praxis kommen aber nur die wenigsten Fälle vor Gericht. Die meisten werden im sog. **Strafbefehlsverfahren** gem. §§ 407-412 StPO erledigt bzw. nach §§ 153, 153a ff. StPO eingestellt. 112

⇒ zum Strafbefehlsverfahren sowie zum **Privatklageverfahren** gem. §§ 374-394 StPO vgl. ausführlich *Hartmann/Schmidt*, StrafprozR, Rn 1320 ff. und 1307 ff.

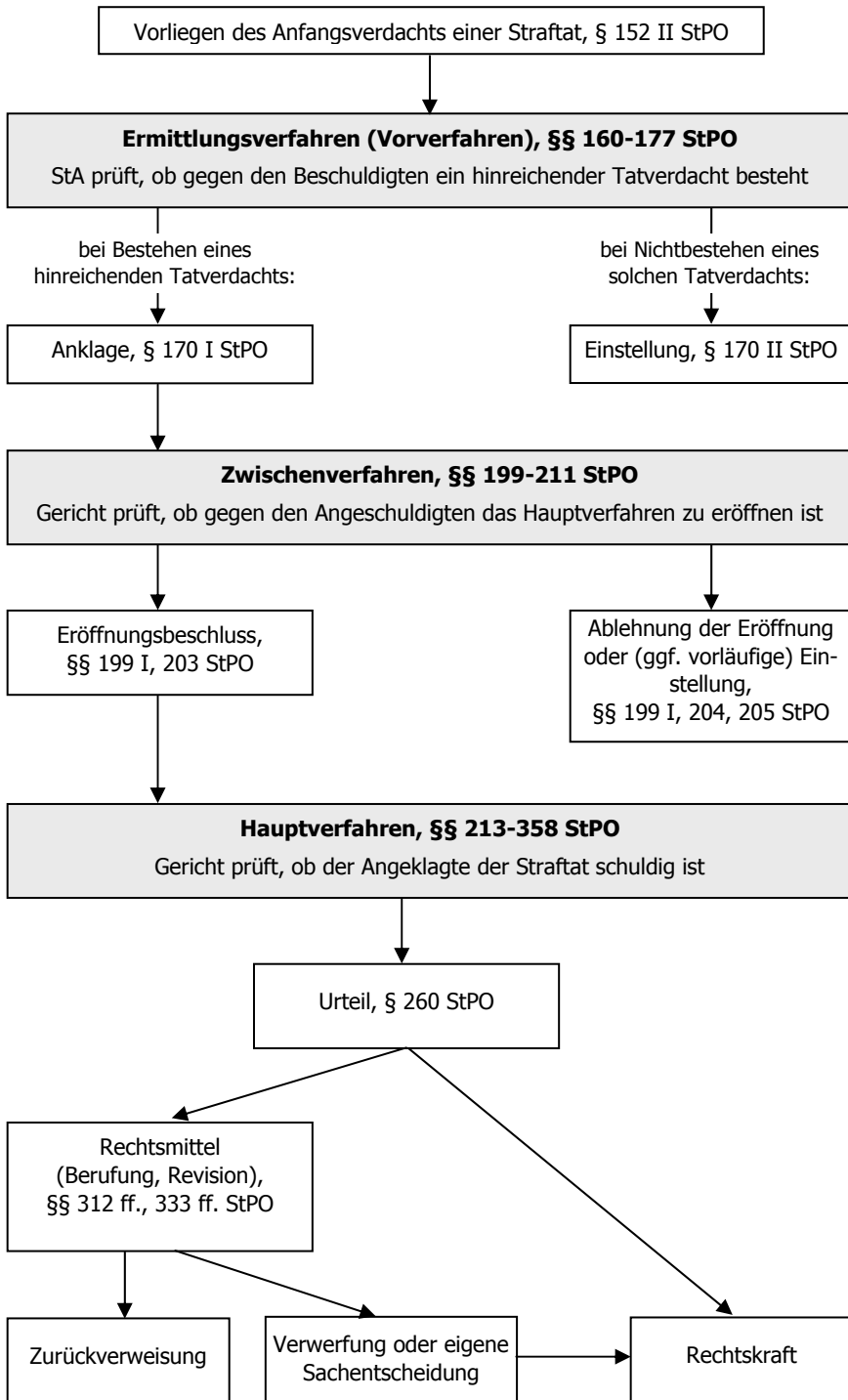
II. Das Vollstreckungsverfahren (§§ 449 ff. StPO)

Wird der Angeklagte rechtskräftig verurteilt, schließt sich an das Erkenntnisverfahren das **Vollstreckungsverfahren** (sog. Strafvollstreckungsrecht) an. Vollstreckungsverfahren ist die Vollstreckung eines in einem Strafprozess ergangenen rechtskräftigen Urteils und bedeutet die Erzwingung der Strafe durch staatliche Organe. Es dient dazu, Art, Umfang und ggf. Dauer der Strafe zu überwachen. Das Vollstreckungsverfahren ist in §§ 449 ff. StPO⁴⁶ geregelt. 113

Hinsichtlich des „ordentlichen“ Erkenntnisverfahrens gem. §§ 1-358 StPO ergibt sich folgender Überblick: 114

⁴⁶ Für Jugendliche und Heranwachsende gilt das JGG; vgl. dazu Fall 6 Rn 152 ff.

Fall 1: Begehrte Solarenergie



Durchbrechung der Rechtskraft durch:

- ⇒ Wiederaufgreifen des Verfahrens, §§ 359-373a StPO
- ⇒ Verfassungsbeschwerde vor dem BVerfG, Art. 93 I Nr. 4a GG
- ⇒ Beschwerde vor dem EGMR, Art. 34 EMRK

B. Geben Sie einen Überblick über die Verfahrensgrundsätze!

115

Für das Strafprozessrecht gelten verschiedene Grundsätze, die die Struktur des Verfahrens prägen. Sie stehen im engen Zusammenhang mit dem Rechtsstaatsprinzip, sind aber nicht unmittelbare Folge aus diesem, sondern vielmehr historisch begründet: Es handelt sich um eine Errungenschaft des gegen den Obrigkeitsstaat kämpfenden Liberalismus des 18. und 19. Jahrhunderts, der u.a. die Ablösung des „Inquisitionsprozesses“ zur Folge hatte. Unter „Inquisitionsprozess“ versteht man einen geheimen Prozess, bei dem die Einleitung, die Ermittlungen und die Verurteilung in einer Hand liegen. Dass ein „Inquisitionsprozess“ in einem demokratischen Rechtsstaat keinen Platz hat, ist selbstverständlich. Dementsprechend ist das Strafverfahren von folgenden Prinzipien geleitet:

- Unschuldsvermutung (Fall 4 Rn 100 ff.)
- Officialprinzip (Fall 2 Rn 110 ff.)
- Akkusationsprinzip (*Hartmann/Schmidt*, StrafprozR, Rn 83 ff.)
- Legalitätsprinzip (Fall 2 Rn 113 ff.)
- Opportunitätsprinzip (Fall 2 Rn 117 ff.)
- Fair-trial-Prinzip (Fall 5 Rn 93 ff.)
- Beschleunigungsgebot (Konzentrationsmaxime, Fall 4 Rn 103 ff.)
- Untersuchungsgrundsatz (Ermittlungsgrundsatz, Fall 4 Rn 107 ff.)
- Grundsatz des gesetzlichen Richters (Fall 6 Rn 143 ff.)
- Grundsatz der freien richterlichen Beweiswürdigung (Fall 6 Rn 148 ff.)
- Nemo tenetur se ipsum accusare (Fall 3 Rn 105; Fall 6 Rn 149, 151; Fall 8 Rn 88; Fall 11 Rn 108)
- In dubio pro reo (*Hartmann/Schmidt*, StrafprozR, Rn 126 ff.)
- Grundsatz der Mündlichkeit und der Öffentlichkeit (*Hartmann/Schmidt*, StrafprozR, Rn 133 ff.)
- Grundsatz der Unmittelbarkeit (Fall 10 Rn 68 ff.)
- Grundsatz des rechtlichen Gehörs (*Hartmann/Schmidt*, StrafprozR, Rn 142 ff.)