

Strafrecht Besonderer Teil I: Strafrecht BT I

Rengier

26. Auflage 2024
ISBN 978-3-406-81067-1
C.H.BECK

schnell und portofrei erhältlich bei
beck-shop.de

Die Online-Fachbuchhandlung beck-shop.de steht für Kompetenz aus Tradition. Sie gründet auf über 250 Jahre juristische Fachbuch-Erfahrung durch die Verlage C.H.BECK und Franz Vahlen.

beck-shop.de hält Fachinformationen in allen gängigen Medienformaten bereit: über 12 Millionen Bücher, eBooks, Loseblattwerke, Zeitschriften, DVDs, Online-Datenbanken und Seminare. Besonders geschätzt wird beck-shop.de für sein

umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

stellt darauf ab, dass A zuerst seine Scheineigentümerposition bei S aufgegeben und danach eine neue bei R eingenommen hat. – Beachte ergänzend: Ob M kraft guten Glaubens Eigentum erworben hat, spielt für § 246 keine Rolle. Zu § 263 in Fällen gutgläubigen Erwerbs → § 13 Rn. 245 ff.

V. Veruntreuende Unterschlagung (§ 246 II)

Es handelt sich um eine Qualifikation (zum Aufbau → Rn. 6). Der Begriff des Anvertrautseins wird recht weit ausgelegt. Anvertraut sind solche Sachen, bei denen dem Täter die Sachherrschaft mit der Verpflichtung eingeräumt worden ist, die Sache zurückzugeben oder nur zu bestimmten Zwecken im Sinne des Anvertrauenden zu verwenden (BGHSt 16, 280, 282; *BGH wistra* 2013, 387, 389; *Küper/Zopfs*, BT, Rn. 43 ff.). Dies bedeutet, dass etwa geliehene, gemietete, geleaste, verwahrte oder unter Eigentumsvorbehalt gekaufte Sachen dem Täter anvertraut sind.

Nach h.M. liegt ein Anvertrauen auch vor, wenn die Sache zu verbötenen oder sittenwidrigen Zwecken übergeben wird.

Beispiel: Unterschlagung von Geld, das der Auftraggeber zum Ankauf einer gestohlenen Sache übergeben hat (*BGH NJW* 1954, 889; *Otto*, BT, § 42 Rn. 28; *LK/Vogel/Brodowski*, 13. Aufl. § 246 Rn. 64; a.A. *Sch/Sch/Bosch*, § 246 Rn. 30).

Allerdings scheidet ein Anvertrauen aus, wenn der Anvertrauende gegen die Interessen des Eigentümers handelt.

Beispiel: Der Dieb gibt die gestohlene Sache einem anderen in Verwahrung, der sie unterschlägt (*RGSt* 40, 222; *Mitsch*, BT 2, 186 f.; h.M.; a.A. *Otto*, BT, § 42 Rn. 29).

Das Anvertrautsein stellt ein besonderes persönliches Merkmal im Sinne des § 28 II dar (vgl. → § 4 Rn. 106 f.).

VI. Subsidiaritätsklausel

Die gesetzliche Subsidiarität erfasst auch die veruntreuende Unterschlagung: Wenn § 246 II von den „Fällen des Absatzes 1“ spricht, so ist das in dem Sinn zu lesen, dass alle Merkmale des Abs. 1, also

gleichfalls dessen Subsidiaritätsklausel, Bestandteil des § 246 II werden (*BGH NJW* 2012, 3046).

- 65 Mit der in der Klausel genannten „Tat“ ist die materiell-rechtliche Tat(einheit) im Sinne der Konkurrenzlehre gemeint. Folglich erstreckt sich die Klausel nur auf andere, *gleichzeitig* verwirklichte Straftaten und nicht auf die in → Rn. 47 ff. erörterten sog. wiederholten Zueignungen (h.M.; *Küper/Zopfs*, BT, Rn. 852, 860 f.; a.A. *W/H/S/Schubert*, BT 2, Rn. 341).
- 66 Umstritten ist, ob sich die Subsidiarität auf *alle* schwereren tateinheitlich verwirklichten Straftaten bezieht, wie es namentlich die Rechtsprechung unter Berufung auf den Wortlaut annimmt. Nach der überzeugenderen Gegenmeinung muss die Subsidiarität auf strafbare Taten mit gleicher oder ähnlicher Angriffsrichtung beschränkt werden. Allein diese Auslegung entspricht der Auffangfunktion des § 246 (→ Rn. 3) und dem Gedanken der Klarstellungsfunktion der Idealkonkurrenz. Eine solche Interpretation ist zudem keineswegs mit dem Wortlaut unvereinbar, weil man unter der „Tat“ auch (nur) die konkrete „Zueignungs-Tat“ des § 246 I verstehen kann.

Zutreffend *Küpper*, JZ 2002, 1115 f.; *Freund/Putz*, NStZ 2003, 242 ff.; *Cantzler/Zauner*, Jura 2003, 484 f.; *Fischer*, § 246 Rn. 23 ff.; *Eisele*, BT II, Rn. 276. – A.A. *BGHSt* 47, 243; *BGH NStZ-RR* 2018, 118, 119; *Otto*, NStZ 2003, 88; *Heghmanns*, JuS 2003, 954 ff.; *L/K/H/Heger*, § 246 Rn. 14.

- 67 Wenn also eine einfache Unterschlagung (§ 246 I) mit Tatbeständen zusammenfällt, die eine schwerere Strafe androhen und Eigentums- oder Vermögensinteressen (mit) schützen (§§ 242, 249, 252, 253, 257, 259, 261, 263, 263a, 266), tritt sie zurück, während beim Zusammenfallen etwa mit den §§ 211, 212, 258, 267 richtigerweise Idealkonkurrenz besteht.
- 68 Die Subsidiaritätsklausel gilt nicht, soweit die mit § 246 zusammenfallenden Tatbestände keine schwerere, sondern die gleiche oder eine mildere Strafe androhen. In einem solchen Fall muss das Konkurrenzverhältnis nach den allgemeinen Lehren bestimmt werden.

Beispiele: Insbesondere bei einer veruntreuenden Unterschlagung (§ 246 II) ist darauf zu achten, dass zB die §§ 242 I, 259 I, 266 I die gleiche Strafdrohung vorsehen. Im Lichte der allgemeinen Lehren tritt § 246 II hinter § 266 I im Wege der Konsumtion zurück (h.M.; näher → § 18 Rn. 100 f.).

- 69 Für die Frage, ob eine schwerere Strafdrohung vorliegt, kommt es auf den im Einzelfall anwendbaren Strafraumen an. Dabei sind nicht nur Qualifikationen und Regelbeispiele wie die §§ 243, 244, 263 III, 266 II, sondern ebenso gesetzliche Milderungen zu berücksichtigen

(§§ 27 II 2, 28 I i.V.m. § 49 I). Die Regeln zur gesetzlichen Subsidiarität gelten auch für Konstellationen, in denen eine täterschaftliche Unterschlagung und eine strafbare Teilnahme an einem anderen Delikt zusammenfallen. Genauso sind sie in reinen Teilnahmefällen anzuwenden.

Beispiele: Hinter eine gewerbsmäßig begangene Untreue (§ 266 II i.V.m. § 263 III 2 Nr. 1) tritt § 246 II kraft gesetzlicher Subsidiarität zurück (BGH NJW 2012, 3046). Zu einem Fall mit Tateinheit zwischen § 246 I und §§ 266 I Var. 2, 27, 28 I siehe → § 22 Rn. 20. Bei einem Gehilfen sind die §§ 246 I, 27 gegenüber den §§ 242 I, 27 subsidiär.

Ergänzende Beispiele und Erläuterungen zur Subsidiaritätsklausel in → Rn. 3, 54 sowie in → § 2 Rn. 25; → § 15 Rn. 19; → § 22 Rn. 17, 20.

Empfehlungen zur vertiefenden Lektüre:

Rechtsprechung: BGHSt 14, 38 (Wiederholbarkeit der Zueignung); BGHSt 16, 280 (Betrug ohne Zueignung und spätere veruntreuende Unterschlagung); BGHSt 34, 309, 311 ff. (Nichtherausgabe und Weiterbenutzen von Sicherungsgut); *OLG Koblenz* StV 1984, 287 (Manifestation der Zueignung durch Unterlassen); *OLG Düsseldorf* StV 1990, 164 (Benutzung eines gemieteten Kfz nach Ablauf des Vertrages); *OLG Koblenz* NSTZ-RR 1998, 364 (Davonfahren ohne Benzin zu bezahlen).

Literatur: *Jäger*, Unterschlagung nach dem 6. Strafrechtsreformgesetz – Ein Leitfaden für Studium und Praxis, JuS 2000, 1167 ff.; *Kudlich/Koch*, Die Unterschlagung (§ 246 StGB) in der Fallbearbeitung, JA 2017, 184 ff.; *Lange/Trost*, Strafbarkeit des „Schwarztankens“ an der SB-Tankstelle, JuS 2003, 961 ff.; *Otto*, Unterschlagung: Manifestation des Zueignungswillens oder der Zueignung?, Jura 1996, 383 ff.; *Reichling*, § 241a StGB und die Strafbarkeit aus Eigentumsdelikten, JuS 2009, 111 ff.

§ 6. Sonstige Vorschriften (§§ 247–248c)

I. Haus- und Familiendiebstahl (§ 247)

Das Antragsserfordernis des § 247 gilt für *alle* Taten nach den §§ 242 bis 246. Die entsprechende Anwendung ist in den §§ 248c III, 259 II, 263 IV, 263a II, 265a III, 266 II vorgesehen. Die Vorschrift schützt den internen Frieden im familiären und häuslichen Bereich und soll dem Verletzten und der Gemeinschaft die Möglichkeit offen halten, die Angelegenheit unter sich zu bereinigen. Zum Begriff An-

gehöriger siehe § 11 I Nr. 1, zum Vormund §§ 1773 ff. BGB und zum Betreuer §§ 1814 ff. BGB.

- 2 Eine **häusliche Gemeinschaft** setzt den freien und ernstlichen Willen der Mitglieder zum Zusammenleben auf eine gewisse Dauer voraus (BGHSt 29, 54; *OLG Hamm* NStZ-RR 2004, 111, 112). Antragsrecht und Antragserefordernis bleiben trotz Beendigung der häuslichen Gemeinschaft bestehen (*OLG Celle* JR 1986, 385).

Beispiele: Familien- und Hofgemeinschaften; Wohn- und Lebensgemeinschaften; Internat, Kloster und Altersheim. Der *freie* Zusammenschluss fehlt in Gefängnissen, Flüchtlingslagern und grundsätzlich auch in Kasernen (zu diskutablen Ausnahmen *Kinzig*, Rengier-FS, 2018, 241 ff.). Der *ernstliche* Wille fehlt demjenigen, der das Zusammenleben von vornherein zu Straftaten gegen Gemeinschaftsmitglieder ausnutzen will (BGHSt 29, 54, 57).

- 3 Antragsberechtigt ist der Verletzte (§ 77 I). Daher steht bei einem **Diebstahl** das Antragsrecht auch dem Gewahrsamsinhaber zu, sofern man mit der h.M. durch § 242 den Gewahrsam als mit geschützt ansieht (vgl. → § 2 Rn. 1; MüKo/*Hohmann*, § 247 Rn. 11). Da § 247 – anders als etwa § 230 I 2 – im Sinne des § 77 II 1 keine besondere Bestimmung enthält, geht das Antragsrecht mit dem Tode des Verletzten nicht auf Angehörige über (*BGH* NStZ-RR 2017, 211 mit Bspr. *Jahn*, JuS 2017, 472 ff.).
- 4 **Irrtümer** im Bereich des § 247 sind unbeachtlich. Denn es handelt sich um eine Prozessvoraussetzung, die allein nach der objektiven Sachlage festzustellen ist und nicht vom Vorsatz umfasst zu sein braucht.

II. Diebstahl und Unterschlagung geringwertiger Sachen (§ 248a)

- 5 Anders als § 247 erfasst § 248a nicht die §§ 243–244a und betrifft nur Bagatelldelikte in den Fällen allein des einfachen Diebstahls (§ 242) und der (auch veruntreuenden) Unterschlagung (§ 246). Die entsprechende Anwendung ist in den §§ 248c, 259 II, 263 IV, 263a II, 265a III, 266 II, 266b II vorgesehen. Die Geringwertigkeit ist rein objektiv nach dem Verkehrswert zu bestimmen (entsprechend → § 3 Rn. 40 f.).
- 6 Zur Antragsberechtigung bei einem Diebstahl und zum Irrtum gelten → Rn. 3 und 4 entsprechend.

III. Unbefugter Gebrauch eines Fahrzeugs (§ 248b)

1. Tatbestand

a) **Grundlagen.** § 248b füllt bezüglich bestimmter reiner Gebrauchsmaßnahmen die Lücke, die vor allem § 242 hinterlässt, wenn das Enteignungselement fehlt (→ § 2 Rn. 101 f.).

Als Tatobjekte kommen Kraftfahrzeuge (dazu die Legaldefinition in Abs. 4) und, wie zu beachten ist, Fahrräder in Betracht.

Zu den Kfz zählen Autos, Motorräder, Motorroller und Mofas, auch Flugzeuge und Schiffe mit Motorantrieb, ferner etwa E-Scooter, da Elektromotoren als Antriebsquelle mit erfasst sind (vgl. Sch/Sch/Bosch, § 248b Rn. 2; SSW/Kudlich, § 248b Rn. 2 f.).

„Berechtigter“ ist nach h.M. jeder, dem das Recht zusteht, über die Nutzung des Fahrzeugs als Fortbewegungsmittel zu bestimmen.

Vgl. BGHSt 11, 47, 51; BGH VRS 39, 199; W/H/S/Schubert, BT 2, Rn. 454; zum Teil einschränkend Sch/Sch/Bosch, § 248b Rn. 1, 7.

Die Ingebrauchnahme muss ferner „gegen den Willen“ des Berechtigten erfolgen (Tatbestandsmerkmal!); dies ist auch bei einem aus den Umständen abgeleiteten entgegenstehenden Willen der Fall (L/K/H/Heger, § 248b Rn. 4). Positiv betrachtet entfällt demnach das Tatbestandsmerkmal bei einem Einverständnis.

Bei einem bloß mutmaßlichen Einverständnis sprechen angesichts der faktischen Natur des tatbestandsausschließenden Einverständnisses – wie bei § 123 (Rengier, BT II, § 30 Rn. 9a) – die besseren Gründe für eine Rechtfertigung nach den Grundsätzen der mutmaßlichen Einwilligung.

Eisele, BT II, Rn. 285; Rengier, AT, § 23 Rn. 48; Kudlich, JA 2014, 873, 874 f.; Mitsch, NZV 2015, 425 f.; a.A. wohl BGHSt 59, 260, 262. – Im Wege der mutmaßlichen Einwilligung (dazu Rengier, AT, § 23 Rn. 47 ff.) kann zB die Fahrt zum Berechtigten gerechtfertigt sein, die der Wiedereinräumung des Besitzes dient (vgl. BGH NJW 2014, 2887, 2888; OLG Düsseldorf NStZ 1985, 413). Im Übrigen hat als Rechtfertigungsgrund insbesondere § 904 BGB im Zusammenhang mit Rettungsfahrten Bedeutung (dazu Rengier, AT, § 19 Rn. 10, 46 zu Fall 2; § 20 Rn. 4 ff.).

b) **Insbesondere „in Gebrauch nimmt“.** Ein Ingebrauchnehmen liegt vor, wenn das Fahrzeug als Fortbewegungsmittel – seinem be-

stimmungsgemäßen Zweck entsprechend – in Bewegung gesetzt wird; dies kann auch ohne Ingangsetzen des Motors im Leerlauf geschehen. Die Nutzung als Schlafgelegenheit oder das Mitfahren als blinder Passagier genügt demnach nicht (hierzu BGHSt 11, 44; 11, 47, 49 f.; 59, 260, 261 f.).

- 14 Eine eigenhändige Begehung setzt das Merkmal nicht voraus; Mit-täterschaft und mittelbare Täterschaft sind also denkbar.
- 15 Umstritten ist, ob der Tatbestand nur die unbefugt *begonnene* Ingebrauchnahme erfasst oder auch anwendbar ist, wenn nach einer be-fugten oder gutgläubigen Ingebrauchnahme anschließend ein erkannt unbefugter (Weiter-)Gebrauch erfolgt.

Beispiele: Fortsetzung des Gebrauchs nach Ablauf des Mietvertrages (BGHSt 59, 260, 261 f.; *OLG Schleswig* NStZ 1990, 340); Täter kehrt nach Dienstfahrt weisungswidrig nicht sofort zurück, sondern sucht noch mehrere Gaststätten auf (*OLG Zweibrücken* VRS 34, 444); Täter erkennt mangelnde Berechtigung erst nach Fahrtbeginn (BGHSt 11, 47); Fahren mit einem vom Entleiher oder Mieter vertragswidrig überlassenen Fahrzeug (*OLG Neustadt* MDR 1961, 708, 709); generell: „Schwarzfahrten“ jeder Art zB durch ange-stellte Fahrer oder Monteure einer Reparaturwerkstatt auf Probefahrten.

- 16 Die Stimmen, die in diesen Beispielen eine Strafbarkeit ablehnen, stützen sich auf den Wortsinn (in Gebrauch „nehmen“), bemängeln die Pönalisierung bloßer Vertragsverletzungen und rügen die Bestrafung von Bagatellen (zB Fahren eines Umwegs, um Freundin zu be-suchen). Diese Ansicht verdient keinen Beifall: Ihr Wortlautargument ist schwach, da auch in Fällen fortgesetzter Benutzung das Fahrzeug (später) gegen den Willen des Berechtigten in Gebrauch „genommen“ wird; vor allem bei einer unbefugten Weiterfahrt im Anschluss an eine Fahrtunterbrechung ist das offensichtlich. Zudem überzeugt das Ergebnis nicht, im Anschluss an eine einmal befugt begonnene Ingebrauchnahme den Schutz des § 248b völlig zu versagen, um erst bei Fahrten mit wesentlichen Wertminderungen § 242 bejahen zu können (dazu → § 2 Rn. 109). Dazwischen kann ein unter Umständen wo-chenlanger Gebrauch liegen (insbesondere nach Ablauf eines Leih-oder Mietvertrages), desgleichen können „Umwege“ eine beträchtliche Länge erreichen. Die Ausscheidung von Bagatellfällen erfolgt über das Antragerfordernis (§ 248b III) und § 153 StPO.
- 17 Übereinstimmend BGHSt 11, 47; 59, 260, 261 f.; *OLG Schleswig* NStZ 1990, 340; NK/*Kindhäuser/Hoven*, § 248b Rn. 6 f.; *Bock*, JA 2016, 343 f. –

Zur Gegenmeinung *AG München* NStZ 1986, 458; MüKo/*Hobmann*, § 248b Rn. 19 ff.; K/H/H/*Hellmann*, BT 2, Rn. 221 f.; *Otto*, BT, § 48 Rn. 4 ff.

2. Konkurrenzen

Wie bei den vergleichbaren Subsidiaritätsklauseln der §§ 246 I, 18
265a I (→ § 5 Rn. 66 f.; → § 16 Rn. 1) ist umstritten, ob sich die in
§ 248b I ausdrücklich bestimmte **Subsidiarität** des Tatbestandes – mit
der vorzugswürdigen Ansicht – nur auf Delikte mit gleicher oder
ähnlicher Angriffsrichtung, d.h. vor allem auf die §§ 242, 246, aber
nicht etwa auf die §§ 223, 315c bezieht (Sch/Sch/*Bosch*, § 248b
Rn. 13 f.; a.A. *Bock*, JA 2016, 344).

Als Dauerdelikt kann § 248b Straftaten, die untereinander an sich 19
im Verhältnis der Tatmehrheit stehen, nach dem Prinzip der Verklammerung zu einer Tateinheit verbinden (dazu *Rengier*, AT, § 56 Rn. 62 ff., 67 zu Fall 3).

Zur Abgrenzung gegenüber § 242, wenn die Ingebrauchnahme im 20
Wege der Wegnahme erfolgt, siehe → § 2 Rn. 109, 125. Mit entsprechenden Überlegungen gelangt man zu § 246, falls ein ohne vorherige Wegnahme unbefugt gebrauchtes Fahrzeug eine wesentliche Wertminderung erleidet oder während des Gebrauchs der „Rückführungswille“ fallen gelassen wird (wobei sich der so umschriebene Zueignungswille noch nach außen manifestieren muss).

Der mit dem Gebrauch des Fahrzeugs notwendig einhergehende 21
Verbrauch von Kraft- und Schmierstoffen ist im Unrecht des § 248b enthalten, darf also nicht selbstständig nach den §§ 242, 246, 249 bestraft werden (BGHSt 14, 386, 388; *BGH* GA 1960, 182).

IV. Entziehung elektrischer Energie (§ 248c)

Das diebstahlsähnliche Delikt schließt eine Lücke, die von dem Begriff der Sache in § 242 herrührt (→ § 2 Rn. 6). „Fremd“ im Sinne des Abs. 1 ist die Energie für jeden, der keine Entnahmebefugnis hat. Ob die Stromentnahme mittels eines Leiters „ordnungsmäßig“ geschieht, bestimmt sich nach dem Willen des Verfügungsberechtigten. Werden in diesem Sinne ordnungsgemäße Leiter nur unbefugt genutzt, so ist die Entnahme nicht tatbestandsmäßig. 22

- 23 **Beispiele:** (1) Nicht tatbestandsmäßig ist die vertragswidrige oder aus anderen Gründen unbefugte Nutzung von angeschlossenen Lichtquellen oder installierten Elektrogeräten (Heizofen, Waschmaschine, Herd). Man denke an die Einschaltung der Beleuchtung durch einen Einbrecher, die unerlaubte Inbetriebnahme einer Flutlichtanlage, die vertragswidrige Nutzung eines fremden Herdes, die Inbetriebnahme einer Stromquelle durch Einwurf von Falschgeld (*BayObLG* MDR 1961, 619; zu § 265a unten → § 16 Rn. 5 ff.) und das schlicht unbefugte Telefonieren (*Mahnkopf*, JuS 1982, 886).
- 24 (2) Demgegenüber tatbestandsmäßig ist die unbefugte Benutzung von – zum Entzug elektrischer Energie an sich bestimmter – Steckdosen, sofern der Täter nicht vorhandene Elektrogeräte (Heizofen, Wasserkocher, Kühlschrank, Kochplatte) gegen den Willen etwa des Vermieters, Arbeitgebers oder Hoteliers anschließt (h.M.; MüKo/*Hohmann*, § 248c Rn. 15; Sch/Sch/*Bosch*, § 248c Rn. 10; a.A. *Brodowski*, ZJS 2010, 146 f. und LK/*Vogel/Brodowski*, 13. Aufl. § 248c Rn. 11, die darin bloßes Zivilunrecht sehen).
- (3) Unproblematische Fälle des § 248c stellen die Umgehung des Stromzählers durch eine besondere Leitung und das Anzapfen fremder Leitungsnetze dar.
- 25 Fehlt die Zueignungsabsicht, d.h. bei § 248c I die Absicht, die Energie für eigene Zwecke (oder für einen Dritten) zu verwenden, so kommt möglicherweise eine Tat nach § 248c IV in Betracht.

Empfehlungen zur vertiefenden Lektüre:

Rechtsprechung: BGHSt 59, 260 (Fragen des § 248b).

Literatur: *Bock*, Unbefugter Gebrauch eines Fahrzeugs, § 248b StGB, JA 2016, 342 ff.; *Bock*, Entziehung elektrischer Energie, § 248c StGB, JA 2016, 502 ff.