

§§ 22, 23, 24, 52, 242, 243, 244, 303, 304 StGB

Versuchsbeginn bei gewahrsamssichernden Schutzmechanismen

BGH, Beschl. v. 28.04.2020 – 5 StR 15/20, BeckRS 2020, 9020

Fall

In der Absicht, einen Zigarettenautomaten aufzubrechen, um Zigaretten und Bargeld zu entwenden, legte A verschiedenes Einbruchswerkzeug an einem Automaten ab (Trennschleifer, Hammer, Schraubenzieher, Kabeltrommel). Dann verhüllte er den Automaten mit einem Handtuch und einer Plane, um die Geräusche seines Tuns zu dämpfen. Er ging davon aus, in der Nähe einen Stromanschluss zu finden, und legte deshalb mit der Kabeltrommel über die Straße zu einem Schuppen hin eine Stromleitung. Weder dort noch anderswo fand er allerdings in erreichbarer Nähe eine Steckdose. Er erkannte, dass er den Zigarettenautomaten mit dem Trennschleifer nicht würde öffnen können. Zwar hatte er von vornherein auch alternative Möglichkeiten des Aufbruchs des Automaten in Betracht gezogen und deshalb auch anderes Werkzeug davor deponiert. Dazu kam er aber nicht mehr. Da er sich – zutreffend – entdeckt wähnte und die Alarmierung der Polizei fürchtete, verließ er unter Zurücklassen der Aufbruchswerkzeuge fluchtartig den Tatort.

Strafbarkeit des A? Eventuell erforderliche Strafanträge sind gestellt.

Lösung

I. A könnte sich durch das Verhüllen des Automaten mit Handtuch und Plane wegen **versuchten Diebstahls** gemäß **§§ 242, 22, 23 Abs. 1 StGB** strafbar gemacht haben.

1. A hat keine fremden Sachen weggenommen, zur Tatvollendung ist es also nicht gekommen. Nach § 242 Abs. 2 StGB ist der versuchte Diebstahl strafbar.

2. Mit seiner Absicht, die für ihn fremden Zigaretten und Bargeld aus dem Automaten zu entwenden, um diese für sich zu behalten, hat A **Tatentschluss** zu einem Diebstahl gemäß § 242 Abs. 1 StGB gefasst.

3. A müsste nach seiner Vorstellung von der Tat zur Verwirklichung des Tatbestands **unmittelbar angesetzt** haben, § 22 StGB. Dazu muss der Täter subjektiv die Schwelle zum „Jetzt geht es los!“ überschreiten und objektiv eine Handlung vornehmen, die nach seinem Tatplan in ungestörtem Fortgang ohne Zwischenschritte unmittelbar in die Tatbestandsverwirklichung einmünden oder in einem unmittelbaren räumlichen und zeitlichen Zusammenhang mit ihr stehen sollen.

„[4] ... [Dies] kann schon gegeben sein, **bevor der Täter eine der Beschreibung des gesetzlichen Tatbestandes entsprechende Handlung vornimmt**. Der Annahme unmittelbaren Ansetzens stehen Zwischenakte nicht entgegen, die keinen tatbestandsfremden Zwecken dienen, sondern wegen ihrer notwendigen Zusammengehörigkeit mit der Tathandlung nach dem Plan des Täters als deren Bestandteil erscheinen, weil sie an diese zeitlich und räumlich angrenzen und mit ihr im Falle der Ausführung eine natürliche Einheit bilden.

[5] ... Wesentliches Kriterium für die Abgrenzung zwischen Vorbereitungs- und Versuchsstadium ist das aus der Sicht des Täters erreichte Maß konkreter Gefähr-

Leitsatz

Entgegen bisheriger Rspr. ist für das unmittelbare Ansetzen zur geplanten Wegnahme nicht mehr erforderlich, dass ein angegriffener Schutzmechanismus auch erfolgreich überwunden wird. Ist ein Gewahrsam durch Schutzmechanismen gesichert, reicht für den Versuchsbeginn der erste Angriff auf einen solchen Schutzmechanismus regelmäßig aus, wenn sich der Täter bei dessen Überwindung nach dem Tatplan ohne tatbestandsfremde Zwischenschritte, zeitliche Zäsur oder weitere eigenständige Willensbildung einen ungehinderten Zugriff auf die erwartete Beute vorstellt.

Das Urteil bedeutet eine Abweichung zur bisherigen Rspr., nach der bei Regelbeispielen und Qualifikationstatbeständen auf das Ansetzen zur Verwirklichung des Grundtatbestandes abgestellt wurde (vgl. z.B. BGH RÜ 2019, 779).

Die besprochene Entscheidung ist lehrreich, weil der BGH schulbuchmäßig verschiedene Beispiele darstellt, in denen ein versuchter Diebstahl noch nicht vorliegt, nämlich wenn der Täter lediglich einen gewahrsamssichernden Schutzmechanismus anleuchtet, um ihn zu untersuchen (BGH NStZ 2017, 86; Rollo; Hans-OLG StV 2013, 216; Türgriff eines Pkw, wenn er in der Nähe des Tatorts eintrifft, aber noch nicht sogleich mit der Benutzung des bereitgelegten Einbruchswerkzeugs beginnen will, BGH NStZ 1989, 473; er sich lediglich mit Mittätern zur Rückseite des Gebäudes begibt, in das eingebrochen werden soll, BGH, Beschl. v. 02.04.2019 – 5 StR 121/19, BeckRS 2019, 6455; wenn mit zeitlicher Verzögerung erst noch umfangreiches Werkzeug herbeigeschafft werden muss, um einen Bankautomaten aufbrechen zu können, BGH NStZ 2015, 207, oder wenn lediglich das Treppenhaus betreten und noch nicht auf den Wohnungsinhaber mit dem Ziel eingewirkt wird, den von ihm geschützten Gewahrsam anzugreifen (BGH RÜ 2017, 95). Beim Übersteigen eines Gartenzauns oder -tors mit der Absicht, in ein Haus einzubrechen, kommt es darauf an, ob Zaun oder Tor schon gewahrsamssichernde Funktion zukommt (BGH NStZ 2017, 86 einerseits, BGH NStZ-RR 2017, 340 andererseits; OLG Frankfurt am Main, Beschl. v. 17.11.1988 – 1 Ws 202/88, BeckRS 2014, 21125). Der BGH bejaht ein unmittelbares Ansetzen zum Diebstahl, wenn der Täter das Einbruchswerkzeug bereits angesetzt hat, um damit einen Schutzmechanismus zu überwinden und anschließend in ein Gebäude zum Stehlen einzudringen (vgl. schon BGHSt 2, 380).

In BGH NStZ 2020, 353, 354 hat der 4. Strafsenat aktuell entschieden, dass es für den Versuchsbeginn beim Wohnungseinbruchdiebstahl genügt, dass der Täter „beim Aufhebeln eines Fensters oder bei der gewaltsamen Überwindung eines sonstigen Hindernisses in der Vorstellung (handelt), in unmittelbarem Anschluss hieran in die (Privat-)Wohnung einzudringen und hieraus stehle wertvolle Gegenstände zu entwenden“. Auch der 4. Strafsenat hat damit – ähnlich wie die vorliegende Entscheidung des 5. Strafsenats – schon das Ansetzen zur Qualifikation für den Versuchsbeginn insgesamt ausreichen lassen. Diese Rspr. wurde nochmals bestätigt durch BGH, Beschl. v. 26.05.2020 – 5 StR 55/20, BeckRS 2020, 12782.

der geschützten Rechtsguts. **In der Regel** kommt es bei Qualifikationen und Regelbeispielen auf den **Versuchsbeginn hinsichtlich des Grunddelikts** an.

[6] Bei Diebstahlsdelikten ist demgemäß darauf abzustellen, ob aus Tätersicht bereits die **konkrete Gefahr eines ungehinderten Zugriffs** auf das in Aussicht genommene Stehlgut besteht. Hierfür ist **entscheidend, ob der Gewahrsam durch Schutzmechanismen gesichert ist**. Ist dies der Fall, reicht für den Versuchsbeginn der **erste Angriff auf einen solchen Schutzmechanismus** regelmäßig aus, wenn sich der Täter bei dessen Überwindung nach dem Tatplan ohne tatbestandsfremde Zwischenschritte, zeitliche Zäsur oder weitere eigenständige Willensbildung einen ungehinderten Zugriff auf die erwartete Beute vorstellt. Sollen **mehrerer gewahrsamssichernde Schutzmechanismen hintereinander** überwunden werden, ist schon **beim Angriff auf den ersten** davon in der Regel von einem unmittelbaren Ansetzen zur Wegnahme auszugehen, wenn die Überwindung aller Schutzmechanismen in unmittelbarem zeitlichen und räumlichen Zusammenhang mit paraten Mitteln erfolgen soll. Wird der Schutz des Gewahrsams durch eine hierzu bereite Person gewährleistet, liegt Versuch vor, wenn auf diese (durch Täuschung oder Drohung) mit dem Ziel einer Gewahrsamslockerung eingewirkt wird und die Wegnahme in unmittelbarem zeitlichen und örtlichen Zusammenhang damit erfolgen soll.

[7] **Nicht erforderlich** für das unmittelbare Ansetzen zur geplanten Wegnahme ist, dass der angegriffene Schutzmechanismus auch erfolgreich überwunden wird. Deshalb reicht der Beginn des Einbrechens, Einsteigens oder Eindringens im Sinne von § 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 1, § 244 Abs. 1 Nr. 3 StGB regelmäßig aus, um einen Versuchsbeginn anzunehmen. **Soweit die bisherige Rechtsprechung des Senats entgegengesetzt, hält er hieran nicht fest.**

Danach hatte A bereits durch das Verhüllen des Automaten mit Handtuch und Plane Handlungen vorgenommen, die als Angriff auf den schützenden Automaten als Schutzmechanismus zu bewerten sind, dessen Überwindung ihm nach seinem Tatplan ungehinderten Zugriff auf die Beute gewähren würde. A hat unmittelbar zur Tat angesetzt.

4. Er handelte auch rechtswidrig und schuldhaft.

5. Für einen strafbefreienden **Rücktritt** könnte sprechen, dass A die weitere Tatausführung aufgegeben hat. Allerdings geschah dies erst, nachdem er erkannt hatte, dass er den gewünschten Erfolg mit den ihm zur Verfügung stehenden Mitteln ohne zeitliche Zäsur nicht würde erreichen können, sodass der **Versuch fehlgeschlagen** war. Ein Rücktritt i.S.d. **§ 24 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 StGB** scheidet daher aus.

A hat sich wegen versuchten Diebstahls strafbar gemacht.

II. Die Tat könnte als **versuchter Diebstahl mit Waffen** gemäß **§§ 242, 244 Abs. 1 Nr. 1 a, Abs. 2 StGB** qualifiziert sein.

1. Mangels Wegnahme ist die Tat nicht vollendet. Die Versuchsstrafbarkeit der Qualifikation ergibt sich aus § 244 Abs. 2 StGB.

Fraglich ist, ob A neben dem Entschluss zum Grundtatbestand des § 242 Abs. 1 StGB auch ein **gefährliches Werkzeug** bei dem Diebstahl bei sich führen wollte. Dazu genügt jedenfalls, dass er in dem Zeitraum zwischen Versuchsbeginn und Vollendung eine Zugriffsmöglichkeit auf das gefährliche Werkzeug haben wollte. Streitig ist, ob sich der Tatentschluss zur Qualifikation daraus ergeben kann, dass A Aufbruchswerkzeuge, wie insbesondere den Hammer, bereitlegen wollte. Dazu müsste der Hammer ein gefährliches Werkzeug i.S.v. § 244 Abs. 1 Nr. 1 a StGB gewesen sein. Die Auslegung dieses Qualifikationsmerkmals ist umstritten, wobei weitgehend Einigkeit besteht, dass mangels konkreter Verwendung nicht auf die Definition in § 244 Abs. 1 Nr. 2 StGB zurückgegriffen werden kann.

2. Nach der **objektiv-abstrakten** Auslegung genügt bereits die objektive Eignung zum Einsatz als Verletzungsgegenstand. Aufgrund der objektiven Beschaffenheit, insbesondere durch das Gewicht des Schlagkopfes, kann ein Hammer ähnlich wie ein sog. Totschläger als Hiebwaaffe verwendet werden und dann erhebliche Verletzungen hervorrufen; insoweit wäre der Tatentschluss zur Qualifikation zu bejahen.

3. Bei **objektiv-konkreter** Sichtweise bedürfte es einschränkend zumindest einer Wertung, ob der Gegenstand objektiv nur zu Verletzungszwecken mitgeführt wurde. Nach dieser Auffassung sollen insbesondere typische Einbruchswerkzeuge im Wege einer teleologischen Reduktion aus dem Begriff des gefährlichen Werkzeugs herausgenommen werden. Danach ist davon auszugehen, dass A den Hammer in erster Linie zum Aufbrechen, aber nicht zur Gewaltanwendung mitnehmen wollte, sodass der Tatentschluss zu § 244 Abs. 1 Nr. 1 a StGB demnach nicht vorlag.

4. Ein **subjektiver** Ansatz stellt auf die Sicht des Täters und damit seinen Verwendungsvorbehalt ab, woran es hier wegen des Verwendungszwecks als Aufbruchswerkzeug ebenfalls fehlte.

5. Da die objektiv-abstrakte Sichtweise jeden neutralen Gegenstand potenziell zu einem gefährlichen Werkzeug klassifiziert und damit eine unkontrollierbare Ausweitung des Merkmals nach sich ziehen würde, ist diese Auffassung abzulehnen. Daher hat A nicht den Tatentschluss gefasst, ein gefährliches Werkzeug bei sich zu führen.

A hat sich nicht wegen versuchten Diebstahls mit Waffen strafbar gemacht.

III. Fraglich ist, ob ein **versuchter Diebstahl im besonders schweren Fall** gemäß **§§ 242, 22, 23 Abs. 1, 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 StGB** gegeben ist.

1. A hat den Grundtatbestand des versuchten Diebstahls rechtswidrig und schuldhaft verwirklicht.

2. Zigaretten und Bargeld waren durch den Zigarettenautomaten als **verschlossenes Behältnis** gegen Wegnahme besonders gesichert, sodass ein **besonders schwerer Fall** des Diebstahls nach **§ 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 StGB** vorliegen könnte. A hat aber auch das Regelbeispiel nicht erfüllt, sondern nur zur Erfüllung angesetzt. Fraglich ist, ob auch der Versuch eines Regelbeispiels möglich ist.

a) Der BGH sieht Regelbeispiele als unselbstständige Strafzumessungselemente ohne eigene Versuchsstrafdrohung, aber auch als **tatbestandsähnlich**, sodass sie ebenso wie Qualifikationstatbestände versucht werden könnten. Die bloß gesetzestechisch andere Einordnung der Erschwerungsgründe des § 243 Abs. 1 S. 2 StGB im Vergleich zu „echten“ Qualifikationen rechtfertigt nicht die Verneinung eines besonders schweren Falls, wenn der Täter zur Verwirklichung der erschwerenden Umstände unmittelbar angesetzt hat. Danach war hier ein besonders schwerer Fall des Versuchs gegeben, da A die Sicherung des Automaten überwinden wollte und dies nach seiner Vorstellung unmittelbar bevorstand.

b) Überzeugender ist dagegen die Auffassung im **Schrifttum**, die unter Verweis auf das **Analogieverbot** die Versuchsstrafbarkeit von Regelbeispielen generell ablehnt und die erhöhte kriminelle Energie des Täters lediglich bei der Strafzumessung hinsichtlich des Grunddelikts strafscharfend berücksichtigt. Ein Täter kann daher nur die Verwirklichung von Tatbestandsmerkmalen versuchen. Dafür spricht auch, dass die Rspr. ohnehin inkonsequent ist, indem sie bei vollendetem Grunddelikt und nur versuchter Erschwerung einen besonders schweren Fall ablehnt (vgl. BGH NStZ-RR 1997, 293).

Damit hat A sich nicht wegen versuchten Diebstahls im besonders schweren Fall strafbar gemacht.

Hinsichtlich § 244 Abs. 1 Nr. 1 a StGB wird nur auf den Hammer abgestellt, da in der Sachverhaltszusammenfassung die Beschaffenheit des Schraubendrehers nicht mitgeteilt wird und auch der Trennschleifer mangels Stromversorgung schon objektiv weniger gefährlich ist.

Zum Meinungsstreit ausführlich mit den jeweiligen Nachweisen AS-Skript Strafrecht BT 1 (2020), Rn. 164 ff.

Weiterführend zum „versuchten Regelbeispiel“ AS-Skript Strafrecht BT 1 (2020), Rn. 197 ff.



Ein **RÜ-Video**
zu dieser
Entscheidung
finden Sie unter
bit.ly/2tXQGpe

IV. A könnte sich wegen **versuchter Sachbeschädigung** gemäß §§ 303 Abs. 1 und Abs. 3, 22, 23 Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben, indem er den Automaten mit Handtuch und Plane verhüllte.

1. Die Tat ist nicht vollendet, da A den Automaten nicht aufbrach. Der Versuch ist nach § 303 Abs. 3 StGB strafbar.

2. A wollte mit den bereitgelegten Werkzeugen auf die Sachsubstanz des im Eigentum eines anderen stehenden Zigarettenautomaten einwirken und damit seine Funktionsfähigkeit beeinträchtigen. Somit hat er den **Tatentschluss zur Beschädigung** einer fremden Sache gefasst.

3. A müsste auch zur Sachbeschädigung **unmittelbar angesetzt** haben, § 22 StGB. Wenn das Verhüllen des Automaten unter dem Gesichtspunkt des Angriffs auf den Schutzmechanismus schon den Versuchsbeginn des Diebstahls begründete, genügt dies erst recht für den Versuchsbeginn bei der Sachbeschädigung. Denn die Einwirkung auf den Schutzmechanismus in Form der Beschädigung des Automaten sollte nach dem Tatplan des A der Wegnahme sogar zeitlich vorgelagert sein, sodass die Unversehrtheit des Automaten in der Vorstellung des A bereits unmittelbar gefährdet war. Somit hat er auch zur Sachbeschädigung unmittelbar angesetzt.

4. A handelte **rechtswidrig** und **schuldhaft**.

5. Nachdem der Versuch aus der Sicht des A wegen der Entdeckung fehlgeschlagen war, scheidet ein strafbefreiender Rücktritt aus.

6. Der nach § 303 c StGB erforderliche **Strafantrag** ist gestellt.

V. A könnte auch eine **versuchte gemeinschädliche Sachbeschädigung** nach § 304 Abs. 1 und 3, 22, 23 Abs. 1 StGB begangen haben. Die Tat ist mangels Beschädigung des Automaten nicht vollendet; der Versuch ist nach § 304 Abs. 3 StGB strafbar.

1. Sein Tatentschluss müsste auf die Beschädigung oder Zerstörung eines **Gegenstandes**, der dem **öffentlichen Nutzen dient**, gerichtet gewesen sein. Der Gegenstand muss dem Publikum unmittelbar Nutzen bringen, d.h. jedermann muss ohne Vermittlung Dritter aus dem Gegenstand selbst oder aus dessen Erzeugnissen oder Wirkungen Nutzen ziehen können (BGHSt 31, 185, 186). Die Erhebung eines Entgelts schadet nicht, sodass der Gegenstand auch zudem wirtschaftlichen Zwecken eines privaten Eigentümers dienen kann (vgl. RGSt 66, 203, 204). So werden etwa Fahrkartenautomaten unter § 304 StGB gefasst (Sch/Sch/Hecker, StGB, 30. Aufl. 2019, § 304 Rn. 9). A wusste, dass jedermann, der die Altersvorgaben erfüllte und den jeweiligen Kaufpreis entrichtete, sich unmittelbar aus dem Automaten mit Zigaretten versorgen konnte. Somit hatte er auch den Tatentschluss zur Verwirklichung einer gemeinschädlichen Sachbeschädigung gefasst.

2. A hat zum Versuch unmittelbar angesetzt und handelte rechtswidrig sowie schuldhaft. Ein Rücktritt ist aus den o.g. Gründen ausgeschlossen.

Er hat sich wegen versuchter gemeinschädlicher Sachbeschädigung strafbar gemacht.

VI. Konkurrenzen und Ergebnis: Um das zusätzliche Unrecht der versuchten Beschädigung des Automaten deutlich zu machen, besteht Tateinheit (§ 52 StGB) zwischen §§ 242, 22, 23 Abs. 1 StGB und §§ 304 Abs. 1 und 3, 22, 23 Abs. 1 StGB. Die versuchte gemeinschädliche Sachbeschädigung verdrängt als speziellere Norm die versuchte Sachbeschädigung.

Es ist auch vertretbar, Tateinheit zwischen § 303 Abs. 1 StGB und § 304 Abs. 1 StGB anzunehmen, denn bei § 304 StGB handelt es sich streng genommen nicht um eine Qualifikation, da hier die Fremdheit nicht vorausgesetzt ist.

RA Dr. Klaus Winkler