

Strafrecht BT	Diebstahl (§§ 242; 243) - Exkurs Sonderprobleme bei Regelbeispielen	1 (3)
--------------------------	--	------------------

Beachte: Die folgenden Ausführungen gelten für sämtliche Regelbeispiele (also bei § 243 StGB ebenso wie etwa bei § 263 III StGB).

A. Regelbeispiel und „Versuch“

I. Versuchsbeginn bei Verwirklichung eines Regelbeispiels: Umstritten ist, wie sich die Verwirklichung eines Regelbeispiels auf die Abgrenzung zwischen Vorbereitung und Versuch auswirkt (*Beispiel:* A bricht das Gatter eines Hofes mit seinem Brecheisen auf, um eine Statue, die sich auf dem Hof befindet, zu stehlen. Bevor er den Hof betreten hat, geht er aber zurück zu seinem Auto, legt das Brecheisen in den Kofferraum und raucht eine Zigarette. Als er wieder zum Hof gehen möchte, kommen zwei Spaziergänger vorbei und rufen die Polizei. Hat A schon unmittelbar zur Tat nach §§242, 22, 23 I, 243 StGB angesetzt, als er das Gatter aufbrach?). Nach einer Auffassung ist das strafbare Versuchsstadium immer schon dann erreicht, wenn der Täter mit der Verwirklichung des Erschwerungsgrundes beginnt. Nach der h.M. ist auf den konkreten Einzelfall und auf das jeweilige Regelbeispiel abzustellen. Da Regelbeispiele grundsätzlich nur Strafzumessungsregeln darstellen, genügt Ihre Verwirklichung nicht, um ein unmittelbares Ansetzen zu begründen. Beim Diebstahl ist daher z.B. auf das unmittelbare Ansetzen zur Wegnahme selbst abzustellen. Gerade wenn der Täter das Regelbeispiels des Einbrechens erfüllt, kann darin jedoch häufig bereits ein unmittelbares Ansetzen zum Diebstahl gesehen werden.

II. Der „Versuch“ des Regelbeispiels: Ein Versuch des Regelbeispiels ist strenggenommen nicht möglich, da es sich um eine bloße Strafzumessungsvorschrift handelt. Allerdings kann man die Indizwirkung des Regelbeispiels schon dann für gegeben erachten, wenn der Täter zur Verwirklichung des Regelbeispiels unmittelbar ansetzt – was letztlich der Definition des Versuchs entspricht. Ob ein „Versuch“ des Regelbeispiels in dieser Form möglich ist, ist umstritten. Zu unterscheiden sind folgende Konstellationen (am Beispiel des Diebstahls):

1. Das Grunddelikt ist versucht, das Regelbeispiel vollendet: Es liegt ein versuchter Diebstahl in einem besonders schweren Fall nach §§ 242; 22; 23 I; 243 StGB vor.

2. Grunddelikt und Regelbeispiel sind „versucht“: *Beispiel:* A möchte durch ein offen gelassenes Fenster in eine Sparkasse einsteigen, um eine unmittelbar neben dem Fenster deponierte Geldkasse wegzunehmen. Er bleibt jedoch bereits mit seinen Schultern in dem Fenster stecken und erkennt daher, dass er nicht in die Sparkasse gelangen wird. Er gibt sein Vorhaben daraufhin auf. Hier hat A § 242 StGB versucht (Kein Rücktritt möglich, da ein Fehlschlag vorliegt!). Es ließe sich auch davon sprechen, dass er unmittelbar dazu angesetzt hat, das Regelbeispiel nach § 243 I Satz 2 Nr.1 StGB zu verwirklichen. Ob A daher nach §§ 242, 22, 23 I, 243 I Satz 2 Nr. 1 StGB zu bestrafen ist, ist hochumstritten.

BGH: Es ist insgesamt der Versuch eines Diebstahls in einem besonders schweren Fall anzunehmen. Auch für die Anwendung der nicht vollendeten Regelbeispiele des § 243 I S. 2 StGB ist der Tatentschluss maßgeblich. Die Tatbestandsähnlichkeit der Regelbeispiele erlaubt es, die Strafzumessungsregeln wie Qualifikationen anzuwenden und daher rechtstechnisch auch einen Versuch anzunehmen. Das Fehlen einer Versuchsstrafandrohung in § 243 StGB ist unerheblich, da sich diese schon aus § 242 II StGB ergibt (vgl. auch § 12 III StGB, wonach die besonders schweren Fälle keine selbständige Bedeutung für die Eingruppierung des

Strafrecht BT	Diebstahl (§§ 242; 243) - Exkurs Sonderprobleme bei Regelbeispielen	1 (3)
--------------------------	--	------------------

verwirklichten Unrechts haben). Dementsprechend kann es auch einen untauglichen Diebstahlsversuch in einem besonders schweren Fall geben. Dies ermöglicht es zugleich, die gesteigerte kriminelle Energie des Täters, der ein Regelbeispiel verwirklichen will, zu berücksichtigen. Da gemäß § 46 I Satz 1 StGB die Schuld Grundlage der Strafzumessung ist, spricht nichts dagegen, auch schon bei dem nur versuchten Regelbeispiel den Eintritt der Regelwirkung zu bejahen. Gegebenenfalls kann dem im Fall eines Versuchs geringeren Unrecht der Tat im Wege der Strafmilderung entsprechend §§ 23 II; 49 I StGB Rechnung getragen werden.

H.L.: Eine Strafzumessungsregel kann schon aus begrifflichen Gründen nicht versucht werden. Ein besonders schwerer Fall liegt nur vor, wenn der Täter ein Regelbeispiel objektiv voll verwirklicht hat. § 243 StGB enthält gerade keine selbständige Qualifikation des § 242 StGB sondern lediglich eine Strafzumessungsregel, für die die Versuchsregeln nicht anwendbar sind. Die Auffassung des BGH läuft auf eine Analogie zu den §§ 22, 23 I StGB bzw. auf eine nicht mehr vom Wortlaut des § 243 StGB gedeckten Ausweitung desselben hinaus und verstößt somit gegen Art. 103 II GG. Andernfalls wäre die Entscheidung des Gesetzgebers, § 243 StGB von der Qualifikation zur Strafzumessungsregel zu machen, obsolet. Der Täter ist somit nur wegen eines einfachen versuchten Diebstahls zu bestrafen.

3. Das Grunddelikt ist vollendet, das Regelbeispiel „versucht“: *Beispiel:* A möchte eine Kiste aufbrechen, um deren Inhalt wegzunehmen. Gerade als er sein Brecheisen ansetzt, merkt er, dass die Kiste gar nicht verschlossen ist. Er öffnet die Kiste und stiehlt den Inhalt. Bei konsequenter Anwendung der oben zitierten Auffassung müsste der BGH hier wegen einem Diebstahl in einem besonders schweren Fall bestrafen. Jedoch hat der BGH entschieden, dass der „Versuch“ einer Vergewaltigung (besonders schwerer Fall der sexuellen Nötigung, vgl. § 177 II Nr. 1 StGB) nur solange in Betracht kommt, wie die sexuelle Nötigung nicht vollständig verwirklicht wurde. Überträgt man diese Entscheidung auf den Fall des § 243 StGB, so greift die Indizwirkung bei nur „versuchtem“ Regelbeispiel nicht, wenn der Tatbestand des § 242 StGB vollendet wurde. In dieser Konstellation entspricht es daher der Rechtsprechung und der h.L. dass der Täter lediglich aus dem vollendeten Grunddelikt bestraft wird.

B. Konkurrenzen

Regelbeispiele stehen ihrer Natur nach nicht in einem Konkurrenzverhältnis zum Grundtatbestand, so dass die §§ 243, 242 als eine Einheit anzusehen sind (§ 243 ist also nicht *lex specialis*). In Fällen, wo der Täter in ein Gebäude einbricht und daher das Regelbeispiel nach § 243 I Satz 2 Nr. 1 StGB verwirklicht werden regelmäßig §§ 123, 303 StGB mitverwirklicht. Sie werden als mitbestrafte Begleittaten konsumiert, sofern sie der Durchführung des Diebstahl dienen.