

Entscheidungsbesprechung

Versuchsbeginn beim Diebstahl einer mit Schutzmechanismen gesicherten Sache

1. Der Beginn des Einbrechens reicht regelmäßig aus, um einen Versuchsbeginn annehmen zu können.
2. Nicht erforderlich für das unmittelbare Ansetzen zur geplanten Wegnahme ist, dass der angegriffene Schutzmechanismus auch erfolgreich überwunden wird.
3. Verhüllt der Täter einen Zigarettenautomaten mit einem Handtuch und einer Plane, um die Geräusche seines Tuns zu dämpfen, ist der Beginn des Einbrechens im o.g. Sinne auch dann zu bejahen, wenn das ursprünglich zur Tatbegehung vorgesehene Werkzeug nicht eingesetzt werden kann und weiteres Aufbruchswerkzeug lediglich zum Einsatz bereitgelegt wird.
(Leitsätze des Verf.)

StGB §§ 242, 243, 22

BGH, Urt. v. 28.4.2020 – 5 StR 15/20¹

I. Sachverhalt²

Nach den Feststellungen des Landgerichts wollte der Angeklagte einen Zigarettenautomaten aufbrechen, um Zigaretten und Bargeld zu entwenden. Er legte am Automaten verschiedenes Einbruchswerkzeug ab (Kuhfuß³, Trennschleifer mit Trennscheiben, Hammer, Schraubenzieher, Kabeltrommel). Mit einem Handtuch und einer Plane verhüllte er den Automaten, um die Geräusche seines Tuns zu dämpfen. Er ging davon aus, in unmittelbarer 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.

II. Vorbemerkungen

Der Beschluss des 5. Strafsenats des BGH gibt zunächst Anlass zu einigen grundlegenden Vorbemerkungen, die zum einen die Methodik der Entscheidungsfindung durch das Gericht (ausführlich unter 1.), zum anderen die bisherige Be-

handlung des Beschlusses in der didaktischen Ausbildungsliteratur (ganz knapp unter 2.) betreffen. Beides ist in höchstem Maße besorgniserregend und stellt durchaus ein Symptom für den schwierigen Zustand des Strafrechts⁴ dar. Erst anschließend (unter III., IV.) soll auf den Beschluss und seine an sich offensichtliche, bislang freilich von niemandem monierte dogmatische Unrichtigkeit inhaltlich eingegangen werden. Vor der heute in Mode gekommenen oberflächlichen Lektüre dieser Besprechung oder gar nur der oben formulierten Leitsätze kann dabei nicht deutlich genug gewarnt werden. Nicht nur macht der Senat es dem Leser seines Beschlusses alles andere als leicht, die entscheidenden – und den Sachverhalt treffenden – Aussagen herauszufiltern. Die vom BGH getroffenen und oben als Leitsätze zusammengefassten Kernaussagen sind nämlich nach hier vertretener Meinung jedenfalls im Hinblick auf den ersten und dritten Leitsatz evident unzutreffend.

1. Die Entscheidungsfindung durch den BGH

Mit seinem Beschluss vom 28.4.2020 bestätigt der BGH das tatgerichtliche Urteil des LG Flensburg vom 13.9.2019⁵ und verwirft die mit der nicht näher ausgeführten Sachrüge begründete Revision des Angeklagten.⁶ Das geschieht freilich schon methodisch auf eine Art und Weise, die nicht unkommentiert bleiben kann, zumal wenn sie in der Ausbildungsliteratur kritiklos als „gleichsam schulmäßig“ bezeichnet wird; behauptet wird, „die prägnanten wie klar formulierten Aussagen [könnten] in der Prüfungssituation wortgleich übernommen werden [...]“ und schließlich lapidar zusammengefasst wird: „Der [...] für Ausbildungszwecke perfekt formulierten Entscheidung ist zuzustimmen.“⁷

Die Wahrheit sieht leider ganz anders aus. Sehen wir uns zunächst die Vorgehensweise des BGH an, die angeblich so vorbildlich ist. Zu Beginn gibt der Senat den Sachverhalt wieder, wie er sich ihm nach den Urteilsfeststellungen der Erstinstanz⁸ darstellt.⁹ Auch wenn es an sich eine Selbstverständlichkeit darstellt, kann nicht genug betont werden: Der Sachverhalt ist – in der richterlichen Entscheidung wie in der

⁴ Vgl. noch unten II. 2. Siehe hierzu auch den kontrovers aufgenommenen Beitrag von Kühlen, ZIS 2020, 327, sowie in der Folge die Beiträge in der Oktoberausgabe der ZIS von Ambos, Greco, Hörnle, Rotsch und Schünemann.

⁵ LG Flensburg, Urt. v. 13.9.2019 – 115 Js 4881/19 II KLs.

⁶ BGH, Beschl. v. 28.4.2020 – 5 StR 15/20, Rn. 1.

⁷ Sämtliche Aussagen finden sich bei v. Heintschel-Heinegg, JA 2020, 550 f. Ähnlich freilich die ebenfalls affirmative Anmerkung von Eisele, JuS 2020, 798 (799: „ganz schulmäßig“).

⁸ Das Revisionsgericht übernimmt die Beweiswürdigung des Tatgerichts. Gem. § 337 Abs. 1 StPO kann die Revision „nur darauf gestützt werden, daß das Urteil auf einer Verletzung des Gesetzes beruhe“. Nach Abs. 2 ist das Gesetz nur dann verletzt, wenn eine „Rechtsnorm nicht oder nicht richtig angewendet worden ist“ (näher hierzu Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, 29. Aufl. 2017, § 55 Rn. 10, 17 ff.).

⁹ Vgl. oben I.

* Ich danke meinem Wiss. Mitarbeiter, Herrn Dennis Klein, für wertvolle Hinweise, Anregungen und Kritik.

¹ BGH NJW 2020, 2570 = HRRS 2020 Nr. 597 = BeckRS 2020, 9020. Die Entscheidung ist außerdem für die Veröffentlichung in der amtlichen Sammlung BGHSt vorgesehen.

² Wörtlich nach BGH, Beschl. v. 28.4.2020 – 5 StR 15/20, Rn. 2.

³ = Brechstange/Nageleisen/Brecheisen.

Klausur – die Grundlage der Subsumtion.¹⁰ Ohne die Klärung bzw. das Verständnis der tatsächlichen Geschehnisse muss eine Subsumtion – die ja im Grundsatz nichts anderes darstellt als den nach bestimmten Regeln erfolgenden Abgleich des tatsächlichen Geschehens mit den Voraussetzungen der in Betracht kommenden Rechtsnorm¹¹ – zwingend scheitern.¹² Die Lösung des unbekanntes Falles mit Hilfe des abstrakten Gesetzes und auf der Grundlage der erlernten Dogmatik ist die hohe Kunst der Juristerei; sie misslingt freilich auch in der Examensklausur den meisten Studenten und – wie der Beschluss zeigt – auch den gestandenen Richterinnen und Richtern des 5. Strafsenats in der vorliegenden Entscheidung. Der vom BGH mitgeteilte Sachverhalt stellt nun durchaus an sich eine taugliche Grundlage für die erfolgreiche Arbeit am und mit dem Strafgesetz dar. Mit einer „schulmäßigen“ Subsumtion hat die folgende „Begründung“ des BGH aber leider gar nichts gemein:

Nach der Behauptung, die auf rechtsfehlerfreier Beweiswürdigung beruhenden Feststellungen (des Landgerichts) trügen die Annahme, der Angeklagte habe einen strafbaren Diebstahlversuch begangen,¹³ und dem – grundsätzlich zutreffenden¹⁴ – Rekurs auf § 22 StGB¹⁵ folgt ein der ständigen Rechtsprechung entnommener Textbaustein zur Definition des unmittelbaren Ansetzens im Sinne ebendieses § 22 StGB.¹⁶

„Nach der Formel der höchstrichterlichen Rechtsprechung muss der Täter dafür aus seiner Sicht die Schwelle zum ‚jetzt geht’s los‘ überschreiten. Das ist der Fall, wenn er eine Handlung vornimmt, die nach dem Tatplan in ungestörtem Fortgang ohne Zwischenschritte unmittelbar in die Tatbestandsverwirklichung einmünden oder in einem unmittelbaren räumlichen und zeitlichen Zusammenhang mit ihr stehen soll;¹⁷ dies kann schon gegeben sein, bevor

der Täter eine der Beschreibung des gesetzlichen Tatbestandes entsprechende Handlung vornimmt [...“¹⁸].

Abgesehen davon, dass der *Senat* hier keine einzige Literaturstimme der entsprechenden herrschenden Lehre¹⁹ in Bezug nimmt, steht am Beginn der Ausführungen zu Recht die Definition desjenigen Tatbestandsmerkmals, dem der konkrete Sachverhaltsausschnitt subsumiert werden soll.²⁰ Die Definition selbst vermag freilich nicht zu überzeugen. Denn zum einen wird bei der Erläuterung des *unmittelbaren* Ansetzens zwei Mal das Adjektiv „unmittelbar“ wiederholt; ein zu definierender Begriff darf aber in der Definition nicht erneut auftauchen, weil der Begriff andernfalls nur wiederholt, aber eben gerade nicht definiert (erläutert) wird.²¹ In Wahrheit kommt es denn auch bei dem ersten Satzteil auf das Wort „unmittelbar“ gar nicht mehr an, da die Definition des „Unmittelbarkeitsbegriffs“ bereits mit der Wendung „in ungestörtem Fortgang ohne Zwischenschritte“ erfolgt ist. Auch der zweite Satzteil trägt tautologische Züge, da auf einen „unmittelbaren räumlichen und zeitlichen Zusammenhang“ abgestellt wird; gemeint ist wohl tatsächlich ein „enger“ räumlicher und zeitlicher Zusammenhang. Zum anderen ist die Aussage, das unmittelbare Ansetzen *könne schon* gegeben sein, bevor der Täter eine der Beschreibung des gesetzlichen Tatbestandes entsprechende Handlung vornimmt, missverständlich, weil sie impliziert, dass ein Versuchsbeginn bei sämtlichen Deliktsarten auch dann vorliegen könne, wenn der Täter die im Tatbestand normierte Handlung ausführt. Das ist aber jedenfalls für die Tätigkeitsdelikte²² nicht richtig. Hat der Täter in diesem Fall die tatbestandsmäßige Handlung vollständig ausgeführt, liegt kein Versuch (mehr), sondern bereits Vollendung vor. Das Gesetz verlangt für die Bejahung des Versuchs eben ein „unmittelbares Ansetzen“ zur Tatbestandsverwirklichung; besteht diese aber allein in der Vornahme einer Handlung, setzt das unmittelbare Ansetzen zwingend voraus, dass es *vor* der Vornahme der Tathandlung erfolgt. Die Aussage ist damit zwar nicht falsch, sie hilft aber auch nicht weiter, weil sie für die Beantwortung der Frage nach dem *Versuchsbeginn* nichts hergibt.

¹⁰ Hierzu und zum Folgenden *Rotsch*, Strafrechtliche Klausurenlehre, 3. Aufl. 2020 (erscheint demnächst), 1. Teil, 1. Kap., Rn. 118 ff. (lesen!).

¹¹ Vgl. zum Syllogismus *Rotsch* (Fn. 10), 1. Teil, 1. Kap., Rn. 119 ff.

¹² *Rotsch* (Fn. 10), 1. Teil, 1. Kap., Rn. 11 ff. Daran ändert die grundsätzlich unterschiedliche Darstellungsweise in der richterlichen Entscheidung einerseits („Urteilsstil“) und der studentischen Falllösung andererseits („Gutachtenstil“) nicht das Mindeste.

¹³ BGH, Beschl. v. 28.4.2020 – 5 StR 15/50, Rn. 3.

¹⁴ Vgl. aber noch Fn. 28.

¹⁵ BGH, Beschl. v. 28.4.2020 – 5 StR 15/50, Rn. 4.

¹⁶ Schon dabei bleibt der genaue Anknüpfungspunkt für die Prüfung des Versuchsbeginns unklar, siehe dazu noch unten III. 2. (im Text bei Fn. 83).

¹⁷ BGH, Beschl. v. 28.4.2020 – 5 StR 15/50, Rn. 4. Ebenso z.B. *Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 9. Aufl. 2019, Rn. 948; *Murmann*, Grundkurs Strafrecht, 5. Aufl. 2019, § 28 Rn. 66. Abweichend etwa *Maier*, Die Objektivierung des Versuchsunrechts, 2005, S. 209 ff.

¹⁸ Hier folgen in einem Klammerzusatz die Nachweise zur „ständigen Rechtsprechung“: BGH, Urt. v. 26.10.1978 – 4 StR 429/78 = BGHSt 28, 162 (163); BGH, Urt. v. 9.3.2006 – 3 StR 28/06 = BGHR StGB § 22 Ansetzen 34; BGH, Beschl. v. 14.3.2001 – 3 StR 48/01 = BGHR StGB § 22 Ansetzen 29; BGH, Beschl. v. 7.8.2014 – 3 StR 105/14 = NSTZ 2015, 207; BGH, Beschl. v. 20.9.2016 – 2 StR 43/16 = NSTZ 2017, 86.

¹⁹ Vgl. die Angaben in Fn. 17.

²⁰ Vgl. *Rotsch* (Fn. 10), 1. Teil, 1. Kap., Rn. 119 ff. (143).

²¹ *Rotsch* (Fn. 10), 1. Teil, 1. Kap., Rn. 167 mit Fn. 86.

²² So man – wie die ganz h.M. – die Deliktskategorie der Tätigkeitsdelikte denn anerkennt; a.A. *Rotsch*, „Einheitstäterschaft“ statt Tatherrschaft, 2009, S. 437 ff.; *Walter*, in: *Fahl/Müller/Satzger/Swoboda* (Hrsg.), Festschrift für Werner Beulke zum 70. Geburtstag, 2015, S. 327 ff.; *ders.*, Der Kern des Strafrechts, 2006, S. 16 ff.; *Freund*, in: *Erb/Schäfer* (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 4. Aufl. 2020, Vor § 13 Rn. 227 ff.

Der *Senat* fährt dann – erneut allein unter Verweis auf die Rechtsprechung des BGH²³ – fort:

„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 eine natürliche Einheit bilden.“²⁴

Abgesehen davon, dass der Leser sich auch hier zunächst selbst die Frage stellen muss, um welche der möglichen Zwischenakte es dem *Senat* denn geht,²⁵ weil er diese bislang nicht genannt hat, ist mit einer Definition, die verlangt, dass Zwischenakte an die Tathandlung „zeitlich und räumlich angrenzen und mit ihr im Falle der Ausführung eine natürliche Einheit bilden“ müssen, natürlich wenig gewonnen. Sie bleibt hochgradig unbestimmt, verzichtet in Wahrheit auf das Erfordernis der Unmittelbarkeit und setzt sich letztlich in Widerspruch zu der gerade zuvor in Bezug genommenen „Formel der höchstrichterlichen Rechtsprechung“.²⁶

Nun folgt eine floskelhafte Selbstverständlichkeit:

„Das vom Täter zur Verwirklichung seines Vorhabens Unternommene muss stets zu dem in Betracht kommenden Straftatbestand in Beziehung gesetzt werden.“²⁷

Steht – wie hier – ein Diebstahlsversuch in Rede, muss der Täter selbstverständlich zur Verwirklichung des Tatbestandes des Diebstahls – wozu sonst? – unmittelbar angesetzt haben. Das hatte der *Senat* zu Beginn seiner Ausführungen in grundsätzlich zutreffender Anknüpfung an § 22 StGB ja auch bereits gesagt: „Versucht ist eine Tat [gemeint ist die materiellrechtliche Straftat, vgl. den Wortlaut des § 22 StGB], wenn der Täter nach seiner Vorstellung [hier fehlt: von der Tat] unmittelbar zur Tat ansetzt (§ 22 StGB).“²⁸ Wenn das unmittelbare Ansetzen i.S.d. § 22 StGB nur das „vom Täter zur

Verwirklichung seines Vorhabens Unternommene“ sein kann, dann ist die besondere Erwähnung von dessen Verknüpfung mit dem „in Betracht kommenden Straftatbestand“ schlicht überflüssig. In einer studentischen Falllösung haben solche floskelhaften Allgemeinplätze denn auch nichts verloren und wenn der BGH schon nicht auf sie verzichten mag, sollte wenigstens die didaktische Ausbildungsliteratur bei den studentischen Lesern nicht den Eindruck erwecken, hierbei handle es sich um eine schulmäßige Subsumtion.

Wenn der *Senat* in seinen Darlegungen auch noch im Folgenden eine abstrakte Aussage an die andere reiht und diese gerade auch nicht im Ansatz im Hinblick auf den hier in Rede stehenden Diebstahl gem. § 242 StGB konkretisiert,²⁹ so ist das – nicht in concreto, aber grundsätzlich – fehlerträchtig. Das zeigt die folgende Aussage:

„Ob er [der Täter] zu der in diesem Sinne ‚entscheidenden‘ Rechtsverletzung angesetzt hat oder sich noch im Stadium der Vorbereitung befindet, hängt von seiner Vorstellung über das ‚unmittelbare Einmünden‘ seiner Handlungen in die Erfolgsverwirklichung ab.“³⁰

So sagt der BGH schon nicht, was denn bei § 242 StGB die „entscheidende Rechtsverletzung“ sein soll (das ist bekanntlich umstritten³¹). Auch entspricht es – wie bereits gezeigt³² – nicht dem Gesetz, wenn der BGH behauptet, es komme für die Unmittelbarkeit des Ansetzens auf die Vorstellung des Täters an. Richtig ist vielmehr, dass auf der Grundlage der (subjektiven) Vorstellung des Täters von der Tat dieser (objektiv) unmittelbar angesetzt haben muss.³³ Und schließlich ist die Aussage, es komme auf das „unmittelbare Einmünden“

²³ Zitiert am Ende des sogleich oben im Text wiedergegebenen Absatzes: BGH, Urt. v. 30.4.1980 – 3 StR 108/80 = NJW 1980, 1759; BGH, Urt. v. 12.12.2001 – 3 StR 303/01 = NJW 2002, 1057 (1058); BGH, Urt. v. 9.3.2006 – 3 StR 28/06 = NStZ 2006, 331; BGH, Urt. v. 20.3.2014 – 3 StR 424/13 = BGHR StGB § 22 Ansetzen 38; BGH, Beschl. v. 24.5.1991 – 5 StR 4/91 = BGHR StGB Ansetzen 14; BGH, Beschl. v. 16.7.2015 – 4 StR 219/15.

²⁴ BGH, Beschl. v. 28.4.2020 – 5 StR 15/20, Rn. 4.

²⁵ Vgl. dazu unten den Text bei Fn. 82.

²⁶ Siehe den Text vor Fn. 18.

²⁷ BGH, Beschl. v. 28.4.2020 – 5 StR 15/20, Rn. 5.

²⁸ Siehe bereits oben Fn. 15. Auch diese Bezugnahme ist freilich nicht fehlerfrei. Denn es kommt nicht darauf an, dass der Täter „nach seiner Vorstellung [also subjektiv] unmittelbar zur Tat ansetzt“ (so der BGH), sondern dass der Täter „nach seiner [subjektiven] Vorstellung von der Tat zur Verwirklichung des Tatbestandes [objektiv] unmittelbar ansetzt“ (so das Gesetz). Das ist nicht dasselbe.

²⁹ Für ein solches Vorgehen spricht freilich das System des deutschen StGB, das bekanntlich grundsätzlich für sämtliche Deliktstatbestände des Besonderen Teils generell geltende Regeln im Allgemeinen Teil „vor die Klammer gezogen“ hat; zur Kritik knapp *Rotsch*, in: Momsen/Grützner (Hrsg.), Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, 2. Aufl. 2020, 1. Kap. B. Rn. 35.

³⁰ BGH, Beschl. v. 28.4.2020 – 5 StR 15/20, Rn. 5.

³¹ So wird kontrovers diskutiert, ob Eigentum, Gewahrsam oder gar beides geschützte Rechtsgüter des § 242 StGB sind. Zum Streitstand siehe nur *Schmitz*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 4, 3. Aufl. 2017, § 242 Rn. 4 ff.; *Mitsch*, Strafrecht, Besonderer Teil 2, 3. Aufl. 2015, S. 4 jeweils m.w.N. Zur Auffassung der Rechtsprechung vgl. z.B. BGHSt 10, 400 (401: „Es ist richtig, dass § 242 StGB nicht nur das Eigentum, sondern auch den Gewahrsam schützt.“); BGH NStZ 2001, 316 („Auch der bloße Gewahrsamsinhaber ist aber Verletzter i.S. des Diebstahls tatbestandes.“).

³² Siehe Fn. 28.

³³ Vgl. *Kühl*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 2019, § 15 Rn. 77 f. Deutlich und richtig auch *Bosch*, Jura 2011, 909. Zur Entwicklungsgeschichte der unterschiedlichen Versuchstheorien siehe *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 2, 2003, § 29 Rn. 25 ff.; *Zaczyk*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 1, § 22 Rn. 8 ff. m.w.N.

der Handlungen des Täters in die Erfolgsverwirklichung an – nach heute h.A.³⁴ – zwar für § 242 StGB, nicht aber ohne Weiteres in ihrer vom BGH zum Ausdruck gebrachten Allgemeinheit richtig. Denn auch wenn der Versuch des Tätigkeitsdelikts³⁵ regelmäßig nicht mit Strafe bedroht ist, so stellt sich eben auch bei manchen „Tätigkeitsdelikten“ die Frage nach dem unmittelbaren Ansetzen i.S.d. § 22 StGB. So ist etwa der Versuch des Meineids gem. § 154 Abs. 1 StGB strafbar; auf ein unmittelbares Einmünden der Handlungen des Täters in die Erfolgsverwirklichung kann es dabei aber nach ganz h.M. deshalb nicht ankommen, weil es eine solche Erfolgsverwirklichung bei diesem Delikt nach ganz überwiegender Meinung gar nicht gibt.³⁶

Auch der nächste Satz bleibt allgemein und hängt daher in der Luft:

„Gegen ein Überschreiten der Schwelle zum Versuch spricht es deshalb im Allgemeinen, wenn es zur Herbeiführung des vom Gesetz vorausgesetzten Erfolgs noch eines weiteren – neuen – Willensimpulses bedarf [...].“³⁷,³⁸

Auch hier erfolgt eine Inbezugnahme des konkreten Sachverhalts nicht. Maßstäbe dafür, wann von diesem Grundsatz eine Ausnahme zu machen sein soll, werden nicht genannt. Erneut erfolgt – trotz der Allgemeinheit der Behauptung – eine Verengung auf Erfolgsdelikte, siehe oben. Und schlimmer noch: Der *Senat* nimmt offensichtlich seine eigenen Ausführungen nicht ernst, sonst hätte er an dieser Stelle innegehalten und sich Klarheit über die verschiedenen „Willensimpulse“ verschafft, die in concreto der Bejahung des unmittelbaren Ansetzens selbst nach dieser Ansicht in Wahrheit entgegenstehen.³⁹

Der nächste Satz lässt sodann nicht nur dogmatische Sensibilität vermissen; die mit ihm getroffene Aussage ist so auch nicht richtig:

„Wesentliches Kriterium für die Abgrenzung zwischen Vorbereitungs- und Versuchsstadium ist das aus der Sicht des Täters erreichte Maß konkreter Gefährdung des geschützten Rechtsguts.“

³⁴ Man ist sich heute in der Sache zu Recht einig darin, dass § 242 StGB ein Erfolgsdelikt ist, da es sich bei der Wegnahme trotz der vermeintlichen Formulierung als bloße Tathandlung um einen Gewahrsamsverschiebungsvorgang handelt, an dessen Ende der tatbestandsmäßige Erfolg des (beim Täter oder einem Dritten) neu begründeten Gewahrsams steht, vgl. *Rotsch* (Fn. 10), 1. Teil, 2. Kap., Rn. 24; *Schmitz* (Fn. 31), § 242 Rn. 20.

³⁵ Beachte Fn. 22.

³⁶ Zum Versuch des Tätigkeitsdelikts vgl. *Hölzel*, Gibt es „Tätigkeitsdelikte“?, 2016, S. 169 ff.

³⁷ Es folgt der Verweis auf BGHSt 31, 178 (182) = NJW 1983, 1130; BGH NStZ-RR 2011, 367; BGH NStZ 2015, 207.

³⁸ BGH, Beschl. v. 28.4.2020 – 5 StR 15/20, Rn. 5.

³⁹ Dazu unten der Text bei Fn. 83.

Auch dieser Satz ist mehr als missverständlich. Dass es für den Versuchsbeginn auf die konkrete Gefährdung des Rechtsguts ankommen soll, ist zwar vertretbar, aber in hohem Maße erläuterungsbedürftig.⁴⁰ Und die Behauptung, die konkrete Gefährdung des Rechtsguts bestimme sich beim Versuch nach der Vorstellung des Täters, ist so, wie der BGH sie macht, ebenso unzutreffend, wie die weiter oben getroffene Aussage, das unmittelbare Ansetzen beurteile sich (subjektiv) nach der Vorstellung des Täters.⁴¹

Auch der nächste Satz lässt den Leser einigermaßen ratlos zurück:

„In der Regel kommt es bei Qualifikationen und Regelbeispielen auf den Versuchsbeginn hinsichtlich des Grunddelikts an [...]“.⁴²,⁴³

Tatsächlich kommt es hierauf nicht in der Regel, sondern stets und ausschließlich an; daran ändert es auch nichts, dass im Einzelfall mit dem unmittelbaren Ansetzen etwa zum Regelbeispiel des § 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 StGB auch das unmittelbare Ansetzen zur Wegnahme i.S.d. Grundtatbestands des § 242 StGB gegeben sein kann. Denn ausschlaggebend für die Bejahung des Versuchsbeginns ist stets nur das unmittelbare Ansetzen zur Tatbestandsverwirklichung;⁴⁴ Tatbestand in diesem Sinne ist aber weder § 243 noch § 244 StGB, sondern allein § 242 StGB.

Der *Senat* wiederholt in der folgenden Randnummer zunächst konsequent den i.R.d. allgemeinen Ausführungen⁴⁵ gemachten Fehler:

„Bei Diebstahlsdelikten ist demgemäß darauf abzustellen, ob aus Tätersicht die konkrete Gefahr eines ungehinderten Zugriffs auf das in Aussicht genommene Stehlgut besteht.“⁴⁶

Auch die folgenden Ausführungen machen nachdenklich:

„Ist [der 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

⁴⁰ Vgl. *Kühl* (Fn. 33), § 15 Rn. 81 ff.

⁴¹ Siehe Fn. 28.

⁴² Hier wird dann erstmals tatsächlich nicht nur die eigene und obergerichtliche Rechtsprechung (BGH NJW 2017, 1189 = NStZ 2017, 86; BGH NStZ 2015, 207; OLG Hamburg NStZ-RR 2017, 72) zitiert, sondern auch (Anmerkungs-) Literatur in Bezug genommen (nämlich *Engländer*, NStZ 2017, 87; *Kudlich*, JA 2015, 152; *Eser/Bosch*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 22 Rn. 58 m.w.N.). Dort findet sich freilich die sogleich im Text monierte Aussage gerade nicht.

⁴³ BGH, Beschl. v. 28.4.2020 – 5 StR 15/20, Rn. 5.

⁴⁴ *Eisele*, JuS 2020, 798.

⁴⁵ Siehe Fn. 41.

⁴⁶ BGH, Beschl. v. 28.4.2020 – 5 StR 15/20, Rn. 6.

oder weitere eigenständige Willensbildung einen ungehinderten Zugriff auf die erwartete Beute vorstellt.⁴⁷

Was unter einem Angriff auf den Schutzmechanismus zu verstehen sein soll, erklärt der *Senat* in der gesamten Entscheidung nicht. Hätte er dies getan, wäre ihm sicher klargeworden, dass es an einem solchen bei der Verhüllung eines Zigarettenautomaten mit einem Handtuch und einer Plane durch den Täter zur Dämpfung der Geräusche seines Tuns fehlt.⁴⁸ Inhaltlich sagt der BGH damit im Übrigen – unter Inbezugnahme der Rechtsprechung des Reichsgerichts⁴⁹ –, dass jeder nach der Vorstellung des Täters erforderliche tatbestandsfremde Zwischenschritt, jede zeitliche Zäsur oder jede weitere eigenständige Willensbildung vor dem ungehinderten Zugriff auf die Beute die Annahme unmittelbaren Ansetzens hindert. Wir kommen darauf zurück.⁵⁰

Es folgen zwei Sätze, die mit dem konkreten Sachverhalt in keinerlei Zusammenhang stehen:

„Sollen mehrere 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 (vgl. auch BGH, Beschluss vom 8. Februar 2018 – 1 StR 228/17, NStZ-RR 2018, 203: Einbruch in ein Bürogebäude, um anschließend in einzelne Büros einzubrechen). 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 Gewahrsamlockerung eingewirkt wird und die Wegnahme in unmittelbarem zeitlichen und räumlichen Zusammenhang damit erfolgen soll (vgl. BGH, Urteile vom 16. September 2015 – 2 StR 71/15, BGHR StGB § 22 Ansetzen 39, und vom 10. August 2016, 2 StR 493/15, StV 2017, 441, jeweils mwN: Begehren um Einlass beim Trickdiebstahl aus der Wohnung).“⁵¹

Beide Fälle liegen erkennbar nicht vor.

Zumindest inhaltlich richtig ist die nun folgende Aussage:

„Nicht erforderlich für das unmittelbare Ansetzen zur geplanten Wegnahme ist, dass der angegriffene Schutzmechanismus auch erfolgreich überwunden wird (...).“⁵²

⁴⁷ BGH, Beschl. v. 28.4.2020 – 5 StR 15/20, Rn. 6.

⁴⁸ Dazu unten IV. (im Text bei Fn. 90).

⁴⁹ Der BGH (Beschl. v. 28.4.2020 – 5 StR 15/20, Rn. 6) zieht einen Vergleich zu RGSt 53, 217 (218); RGSt 54, 35.

⁵⁰ Und zwar unten im Text bei Fn. 83.

⁵¹ BGH, Beschl. v. 28.4.2020 – 5 StR 15/20, Rn. 6.

⁵² Es folgen Verweise auf: BGH, Urt. v. 7.2.1952 – 5 StR 12/52 = BGHSt 2, 380; BGH, Beschl. v. 18.11.1985 – 3 StR 291/85 = BGHSt 33, 370; BGH, Beschl. v. 27.11.2018 – 2 StR 481/17 = BGHSt 63, 253 (254); OLG Hamm MDR 1976, 155.

⁵³ BGH, Beschl. v. 28.4.2020 – 5 StR 15/20, Rn. 7.

Unzutreffend ist dann freilich wieder die folgende Verknüpfung:

„Deshalb reicht der Beginn des Einbrechens, Einsteigens oder Eindringens im Sinne von § 243 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1, 244 Abs. 1 Nr. 3 StGB regelmäßig aus, um einen Versuchsbeginn anzunehmen (...).“⁵⁴

Der „Beginn des Einbrechens, Einsteigens oder Eindringens“ reicht für die Annahme des Versuchsbeginns nicht deshalb aus, weil es nicht darauf ankommt, dass der betreffende Schutzmechanismus erfolgreich überwunden wurde, sondern sofern mit der Überwindung des Schutzmechanismus zugleich zur Wegnahme unmittelbar angesetzt ist.⁵⁶ Das ist Tatfrage und kann nur für jeden Einzelfall konkret beantwortet werden.

In der nächsten – zweitlängsten – Randnummer des Beschlusses legt der *Senat* nun dar, wann ein Diebstahlversuch *noch nicht* gegeben ist. Sie führt den Leser nun vollends in die Irre, glaubt dieser sich nun doch bestätigt in seiner Überzeugung, (auch) im vorliegenden Fall könne ein unmittelbares Ansetzen nicht bejaht werden:

„Demnach liegt ein versuchter Diebstahl noch nicht vor, wenn der Täter lediglich einen gewahrsamssichernden Schutzmechanismus anleuchtet, um ihn zu untersuchen (vgl. BGH, Beschluss vom 20. September 2016 – 2 StR 43/16, aaO; Rollo; HansOLG, 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 (vgl. BGH, Beschluss vom 26. Juli 1989 – 2 StR 342/89, NStZ 1989, 473), er sich lediglich mit Mittätern zur Rückseite des Gebäudes begibt, in das eingebrochen werden soll (vgl. BGH, Beschluss vom 2. April 2019 – 5 StR 121/19), wenn mit zeitlicher Verzögerung erst noch umfangreiches Werkzeug herbeigeschafft werden muss, um einen Bankautomaten aufbrechen zu können (vgl. BGH, Beschluss vom 7. August 2014 – 3 StR 105/14, aaO), oder wenn lediglich das Treppenhaus betreten und noch nicht auf den Wohnungsinhaber mit dem Ziel eingewirkt wird, den von ihm geschützten Gewahrsam anzugreifen (BGH, Urteil vom 10. August 2016 – 2 StR 493/15, StV 2017, 441). Beim Übersteigen eines Gartenzauns oder -tors mit der Absicht, in ein dahinter liegendes Haus einzubrechen, kommt es darauf an, ob Zaun oder Tor schon eine gewahrsamssichernde Funktion zukommt (vgl. BGH, Beschluss vom 20. September 2016 – 2 StR 43/16, aaO, einerseits und BGH, Beschluss vom 14. Juni 2017 – 2 StR 14/17, NStZ-RR 2017, 340 andererseits; OLG Frankfurt am Main, Beschluss vom 17. November 1988 – 1 Ws 202/88).“⁵⁷

⁵⁴ Der BGH weist hin auf BGH, Urt. v. 8.2.1984 – 3 StR 414/83 = NStZ 1984, 262 m.w.N.

⁵⁵ BGH, Beschl. v. 28.4.2020 – 5 StR 15/20, Rn. 7.

⁵⁶ Vgl. oben vor Fn. 44.

⁵⁷ BGH, Beschl. v. 28.4.2020 – 5 StR 15/20, Rn. 8.

Der Eindruck des Lesers wird durch den abschließenden Satz der Randnummer noch verfestigt (weil es in casu an dem dort Vorausgesetzten gerade fehlt):

„Ein unmittelbares Ansetzen zum Diebstahl ist hingegen zu bejahen, wenn der Täter das Einbruchswerkzeug bereits angesetzt hat, um damit einen Schutzmechanismus zu überwinden und anschließend in ein Gebäude zum Stehlen einzudringen (BGH, Urteil vom 7. Februar 1952 – 5 StR 12/52, BGHSt 2, 380).“⁵⁸

In einer studentischen Falllösung würden der Rn. 8 des Beschlusses entsprechende Ausführungen entweder gnadenlos durch- bzw. angestrichen oder zumindest mit der berichtigten Anmerkung „Fallrelevanz?“ (an der es nämlich fehlt) versehen. Solche lehrbuchartigen Ausführungen bringen aber nicht nur die gutachterliche Falllösung nicht voran.⁵⁹ Sie sind auch in einer höchstrichterlichen Entscheidung gefährlich, weil das Gericht sich nurmehr auf einen präjudiziellen Abgleich beschränkt und sich so von jeglicher gesetzmäßigen Subsumtionsarbeit enthoben sieht.⁶⁰ Wozu das im Ergebnis führen kann, zeigt der Beschluss des 5. Strafsenats eindringlich. Mit „schulmäßiger“ Subsumtion hat all dies jedenfalls nichts zu tun.

Schließlich meint der Senat, „nach diesen Maßstäben“ sei die Wertung des Landgerichts, der Angeklagte habe zur Verwirklichung des Diebstahls bereits unmittelbar angesetzt, revisionsgerichtlich nicht zu beanstanden.⁶¹ Wer nun auf eine Begründung oder zumindest eine Auseinandersetzung mit seinen Bedenken hofft, wird enttäuscht:

„Die Verhüllung bedeutete den ersten Schritt hin zum Aufbruch des Automaten. Dieser war damit dem Blick anderer entzogen und dem Zugriff des Angekl. in besonderem Maße ausgesetzt. Nach dessen Vorstellung sollte der Einsatz des Trennschleifers oder anderer Aufbruchsmittel unmittelbar folgen. Für den Fall, dass der Trennschleifer nicht zum Einsatz kommen konnte, hatte sich der Angekl. weitere Werkzeuge bereit gelegt.⁶² Die fremden Sachen, die durch den Zigarettenautomaten vor Wegnahme besonders geschützt waren, waren damit bereits konkret gefährdet.“⁶³

Bei der mit dem ersten Satz getroffenen Aussage handelt es sich um eine bloße Behauptung, eine Begründung hierfür erfolgt auch nicht im Ansatz. Warum es darauf ankommen soll, dass der Automat dem Blick anderer entzogen wurde (worauf

es dem Täter nach dem Sachverhalt nicht ankam) und dem Zugriff des Täters in besonderem Maße (?) ausgesetzt war, wird nicht erläutert.⁶⁴ Der dritte Satz widerspricht der Feststellung des Sachverhalts durch den Senat, man lese nochmals oben I. Das bloße Bereitlegen weiterer Werkzeuge, das im Übrigen einen anderen Anknüpfungspunkt darstellt als das Verhüllen des Automaten, liegt gerade zwischen dem vom BGH beispielhaft angeführten Herbeischaffen – kein unmittelbares Ansetzen⁶⁵ – und dem Ansetzen zur Benutzung – Bejahung des unmittelbaren Ansetzens⁶⁶ – und ist daher sehr wohl begründungsbedürftig. Die knappen Ausführungen schließen dann im letzten Satz erneut mit einer bloßen Behauptung.

2. Die Besprechung der Entscheidung in der Ausbildungsliteratur

Wenn einer schon in der Form so angreifbaren Entscheidung des höchsten deutschen Straferichtsbislang nicht nur kritiklos zugestimmt, sondern sie auch noch zum leuchtenden Vorbild für das Erlernen des juristischen Handwerkzeugs durch den juristischen Nachwuchs erklärt wird,⁶⁷ so hat das viele Gründe, die an dieser Stelle nicht verschwiegen werden sollen, hier aber nur angedeutet werden können. Sie haben vor allem zu tun mit einer besorgniserregenden Entwicklung des juristischen Studiums, das längst kaum mehr in der Lage ist, einen immer komplexer und komplizierter werdenden Rechtsstoff auch nur noch einigermaßen angemessen differenziert zu vermitteln. Wenn (nicht nur) juristische Ausbildungszeitschriften auf den modernen Zeitgeist reagieren, indem sie immer kürzere Texthäppchen durch immer mehr (Zwischen-) Überschriften trennen und sie überdies mit dem Text vorangestellten Randnummern versehen, weil sie ihren Lesern auch die Lektüre des schon zurechtgekürzten Textes nicht mehr in Gänze meinen zumuten zu können, dann spiegelt dies nicht nur ein problematisches Selbst- und Fremdverständnis wider; es hat auch unmittelbare Auswirkungen auf die Qualität der juristischen Ausbildung. Wenn nicht wenige „Entscheidungsanmerkungen“ sich darin erschöpfen, den Entscheidungstext lediglich zu übernehmen und ihn allenfalls mit wenigen einleitenden und zusammenfassenden Sätzen zu garnieren, dann führt das nicht nur das ohnehin jedermann kostenlos zugängliche Online-Angebot des BGH⁶⁸ ad absurdum, sondern ist auch unter didaktischen Gesichtspunkten mehr als fragwürdig. Nicht nur bietet es kaum Mehrertrag, es hält auch nicht selten von der so wichtigen Lektüre der Originalfundstelle ab. Es ist daher an uns, den Lehrenden, wie auch den Lernenden, einer solchen Entwicklung kritisch gegenüberzustehen und ihr, wenn notwendig, auch einmal

⁵⁸ BGH, Beschl. v. 28.4.2020 – 5 StR 15/20, Rn. 8.

⁵⁹ Zu diesem typischen Fehler in der Klausur siehe Rotsch (Fn. 10), 1. Teil, 1. Kap., Rn. 168.

⁶⁰ Zum Unterschied zwischen dem Präzedenzsystem des Common Law und der kontinentaleuropäischen Rechtstradition vgl. Röhl/Röhl, Allgemeine Rechtslehre, 3. Aufl. 2008, § 71 I. V. (S. 562 ff., 567 ff.).

⁶¹ BGH, Beschl. v. 28.4.2020 – 5 StR 15/20, Rn. 9.

⁶² Rechtschreibfehler im Original.

⁶³ BGH, Beschl. v. 28.4.2020 – 5 StR 15/20, Rn. 10.

⁶⁴ Auch wenn einem dazu durchaus einiges einfallen kann, vgl. unten III. 2.

⁶⁵ Siehe den Text vor Fn. 57.

⁶⁶ Siehe den Text vor Fn. 57.

⁶⁷ So in der Sache v. Heintschel-Heinegg, JA 2020, 550.

⁶⁸ Abrufbar unter: https://www.bundesgerichtshof.de/DE/Entscheidungen/entscheidungen_node.html.

deutlich entgegenzutreten.⁶⁹ Der Beschluss des 5. Strafsenats vom 28.4.2020 bietet dazu nur den (überfälligen) Anlass.

Schauen wir uns vor diesem Hintergrund den Beschluss des BGH nun auch inhaltlich noch etwas genauer an.

III. Zum Inhalt der Entscheidung

Der BGH sieht im Verhalten des Angeklagten ein strafbares unmittelbares Ansetzen zum Diebstahl gem. §§ 242 Abs. 1, Abs. 2, 22 StGB und bestätigt damit die Entscheidung der Vorinstanz. Der Beschluss kann freilich auch inhaltlich weder in der Begründung noch im Ergebnis überzeugen.⁷⁰

1. Versuchsbeginn bei besonders schwerem (§ 243 StGB) oder qualifiziertem Diebstahl (§ 244 StGB)

Die Entscheidungsgründe beginnen mit einer umfangreichen Darlegung der höchstrichterlichen Interpretation des Versuchs, insbesondere betreffend den Diebstahlstatbestand.⁷¹ Unter anderem wirft der 5. Strafsenat in diesem Rahmen die Ketten ab, mit denen er sich zuvor selbst gefesselt hatte: Im August 2019 hieß es noch, dass derjenige, der mit Tatentschluss zur Begehung eines Diebstahls den Holzrahmen einer Terrassentür durchbohrt, noch nicht unmittelbar zum Wohnungseinbruchdiebstahl gem. §§ 244 Abs. 4, 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 StGB ansetzt, sofern noch ein „Türöffnungshebel“ bedient werden muss, um in das Gebäude zu gelangen.⁷² Stattdessen soll nunmehr richtig sein, dass auch der Beginn des Einbrechens, Einsteigens oder Eindringens i.S.v. §§ 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 1, 244 Abs. 1 Nr. 3 StGB „regelmäßig“ (!) für einen Versuchsbeginn des Diebstahls ausreicht.⁷³ Besondere Erwähnung verdient das deshalb, weil die unrechtsbegründende Tathandlung des besonders schweren (§ 243 StGB) wie auch des qualifizierten Diebstahls (§ 244 StGB) in der Wegnahme (einer fremden beweglichen Sache) und damit in der Vornahme der Tathandlung des Grundtatbestandes⁷⁴ liegt. Das setzt nach h.M. den Bruch fremden und die Begründung neuen Gewahrsams voraus⁷⁵ – und eben nicht nur ein zu diesem Zwecke durchgeführtes Einbrechen, Einsteigen usw. (diese Verhaltensweisen werden ggf. von den §§ 303, 123

StGB erfasst). Das unmittelbare Ansetzen i.S.d. § 22 StGB setzt daher stets das unmittelbare Ansetzen zur Wegnahme gem. § 242 StGB voraus; dass es im Einzelfall mit dem Beginn des Einbrechens etc. gegeben sein kann, ändert daran nichts.⁷⁶

Es darf bezweifelt werden, dass der BGH hiermit eine bewusste Vorverlagerung der Versuchsstrafbarkeit bezweckt. Er gibt mit einer solchen Argumentation aber den Tatgerichten – und hierin liegt eine Gefahr des Beschlusses – die Möglichkeit hierzu. Vor solchen Tendenzen kann nicht eindringlich genug gewarnt werden.

2. Die Lösung des BGH

Während die Grundsätze über den Versuchsbeginn (nicht nur) beim Diebstahl in den Entscheidungsgründen umfassend, wenn auch leider alles andere als „schulmäßig“ ausbreitet werden, fällt die Textpassage, die eigentlich die Subsumtion des Sachverhalts unter das Gesetz durch den BGH darstellen soll⁷⁷, erschreckend kurz und inhaltlich dürr aus. Den Anfang macht eine außerordentlich fragwürdige Deutung des Tatverhaltens des Angeklagten:

„Die Verhüllung bedeutete den ersten Schritt hin zum Aufbruch des Automaten. Dieser war damit dem Blick anderer entzogen und dem Zugriff des Angeklagten in besonderem Maße ausgesetzt.“⁷⁸

Nachvollziehbar ist das nicht. Wenn der BGH meint, dass die Verhüllung des Zigarettenautomaten dafür sorgte, dass er „dem Blick anderer entzogen“ worden und deshalb „dem Zugriff des Angeklagten in besonderem Maße ausgesetzt“ sei, so fragt sich, weshalb dies einen „Angriff auf den Schutzmechanismus“⁷⁹ darstellen soll. Es ist ja keineswegs so, dass der Angeklagte den Zigarettenautomaten unter dem Handtuch und der Plane wie David Copperfield hat kurzzeitig „verschwinden“ lassen. Die Verhüllung dürfte – auch nach der Vorstellung des Angeklagten – sogar für ein deutlich auffälligeres Erscheinungsbild gesorgt haben. Das wird vermutlich auch einer der Gründe für die Entdeckung und Alarmierung der Polizei gewesen sein. Der Zigarettenautomat wurde damit gerade nicht dem Blick anderer „entzogen“; vielmehr wurde er so präpariert, dass er den Blick anderer „anzog“.

Davon abgesehen ergibt eine adäquate Interpretation des Täterverhaltens, dass es dem Angeklagten überhaupt nicht darum ging, den Blick auf die Oberfläche des Automaten zu verdecken. Welchen Sinn sollte das auch haben? Der BGH verwechselt die hier relevante Fallkonstellation wohl mit solchen Diebstahlstaten, bei denen bspw. die Schaufenster eines Ladens von innen oder außen abgedeckt werden, um den Blick in den Innenraum zu verdecken. In diesem Fall können selbst Passanten nicht erkennen, dass im Innenraum gerade ein Diebstahl stattfindet. Für den Angeklagten dienten Handtuch und Plane jedoch lediglich dazu, den mit dem geplanten

⁶⁹ Im Strafrecht hat über dessen schwierigen Zustand bereits durchaus eine breitere streitige Diskussion eingesetzt, vgl. z.B. Rotsch, ZIS 2008, 1 („Hypertrophie“); Replik von Puppe, ZIS 2008, 67 („strafrechtswissenschaftliche Bußpredigt“); Ambos, GA 2016, 177; Schönemann, ZIS 2016, 654; Vogel, JZ 2012, 25; Weigend, GA 2020, 139. Jüngst Kuhlen, ZIS 2020, 327; und in der Folge die Oktoberausgabe der ZIS (siehe bereits Fn. 4).

⁷⁰ Anders aber Eisele, JuS 2020, 798 (799); v. Heintschel-Heinegg, JA 2020, 550 (551).

⁷¹ BGH, Beschl. v. 28.4.2020 – 5 StR 15/20, Rn. 4–8.

⁷² BGH, Beschl. v. 1.8.2019 – 5 StR 185/19 = NStZ 2019, 716 = BeckRS 2019, 21906 mit Anm. Kudlich, NStZ 2020, 34.

⁷³ BGH, Beschl. v. 28.4.2020 – 5 StR 15/20, Rn. 7.

⁷⁴ Siehe bereits oben im Text bei Fn. 44.

⁷⁵ Siehe statt vieler Bosch, in: Schönke/Schröder (Fn. 42), § 242 Rn. 22; kritisch zum vorherrschenden Verständnis aber grdl. Rotsch, GA 2008, 65.

⁷⁶ Siehe bereits oben im Text bei Fn. 44.

⁷⁷ Siehe oben nach Fn. 61 vor 2.

⁷⁸ BGH, Beschl. v. 28.4.2020 – 5 StR 15/20, Rn. 10.

⁷⁹ Vgl. oben im Text vor Fn. 47.

Aufbrechen des Automaten notwendigerweise verbundenen Lärm zu dämpfen – so deutet der BGH das Verhalten des Angeklagten in seiner Sachverhaltsschilderung sogar selbst.⁸⁰ Weshalb das Gericht bei seiner „Subsumtion“ nun plötzlich eine andere Handlungsdeutung zugrunde legt, erschließt sich schlichtweg nicht.

Die in den Entscheidungsgründen darauffolgenden Sätze sind sogar noch weitaus inhaltsärmer:

„Nach dessen Vorstellung sollte der Einsatz des Trennschleifers oder anderer Aufbruchsmittel unmittelbar folgen. Für den Fall, dass der Trennschleifer nicht zum Einsatz kommen konnte, hatte sich der Angeklagte weitere Werkzeuge bereitgelegt. Die fremden Sachen, die durch den Zigarettenautomaten vor Wegnahme besonders geschützt waren, waren damit bereits konkret gefährdet.“⁸¹

Diese Ausführungen leiden zunächst unter einem doppelten Mangel. Zum einen erschöpfen sie sich in der bloßen Darstellung des (subjektiven) Tatplans. § 22 StGB verlangt aber auf dem Boden der mit ihm Gesetz gewordenen gemischt subjektiv-objektiven Versuchstheorie die Begründung des Versuchsbeginns; mit der bloßen Darlegung der Tätervorstellung ist es nicht getan.⁸² Zum anderen ist die Deutung der Tätervorstellung auch erkennbar falsch. Nach der Vorstellung des Angeklagten sollte der Einsatz des Trennschleifers nämlich gerade nicht ohne „tatbestandsfremden Zwischenschritt“, „zeitliche Zäsur“ oder „eigenständige Willensbildung“⁸³ stattfinden; tatsächlich war es dem Angeklagten noch nicht einmal gelungen, den Trennschleifer mit Strom zu versorgen. Hierzu hatte er mit einer Kabeltrommel über die Straße zu einem Schuppen eine Stromleitung gelegt und sich also von dem Zigarettenautomaten entfernt. Wie der Senat auf der Grundlage dieses Sachverhalts davon sprechen kann, der Einsatz des Trennschleifers sollte unmittelbar folgen, bleibt schlicht unerfindlich. Durch eine „schulmäßige“ Subsumtion wäre ein solcher Fehler vermieden worden.

Verschlimmert wird das Ganze darüber hinaus nun noch dadurch, dass der BGH nun plötzlich auch das Bereitlegen weiterer Werkzeuge in die Betrachtung miteinbezieht – ohne erkennbaren Anlass, in Widerspruch zu seiner vorherigen Aussage und überdies, ohne dass dies an der Beurteilung des Falles etwas änderte. Denn das bloße Zurechtlegen der Tatwerkzeuge genügt für die Annahme des Versuchsbeginns dann nicht, wenn sie nicht unmittelbar danach zum Einsatz kommen sollen.⁸⁴ So liegt es aber hier: Der Angeklagte suchte zunächst noch vergeblich nach einer Steckdose für den Trennschleifer, was auch insoweit eine tatplangemäße Zäsur darstellt. Auch die Suche als solche ist noch keine Einwirkung auf den Schutzmechanismus „Zigarettenautomat“, sondern eine Vorbereitungshandlung im wahrsten Sinne des

Wortes. Es stellt daher keinen Selbstzweck dar, wenn immer wieder darauf hingewiesen wird, wie wichtig es ist, den tatsächlichen Anknüpfungspunkt (= Sachverhaltsausschnitt) der Subsumtion klarzustellen⁸⁵ – als unabdingbare Grundlage einer gelungenen Subsumtion, aber auch zur Versicherung des eigenen Vorgehens in der stressigen Examensklausursituation und – wie der Beschluss zeigt – eben auch der höchstrichterlichen Entscheidung.

Nach alledem ist auch der Schluss auf die konkrete Gefährdung der im Zigarettenautomaten befindlichen fremden Sachen verfehlt. Dass diese zudem auf dem Boden der (subjektiven) Vorstellung des Täters von der Tat *objektiv* gegeben sein müsste, wurde bereits mehrfach gesagt.⁸⁶

IV. Der inhaltliche Fehler und seine Quelle

Zu der richtigen Entscheidung – mit gegenteiligem Ergebnis – wäre der BGH gelangt, wenn er bei seiner anfänglichen – und einzig sinnvollen – Handlungsdeutung geblieben wäre: Das Verhüllen des Zigarettenautomaten dient der Dämpfung der Geräusche, die mit dessen Aufbruch verbunden sind. Auf dieser Grundlage lässt sich *für diese potentielle Tathandlung* nun prüfen, ob durch deren Vornahme auf der Grundlage des Tatplans *objektiv*⁸⁷ „bereits eine konkrete Gefahr eines ungehinderten Zugriffs auf das in Aussicht genommene Stehlgut besteht“.⁸⁸

In Fallkonstellationen, in denen die fremde bewegliche Sache i.S.d. § 242 Abs. 1 StGB durch einen Schutzmechanismus gesichert ist, ist nach Auffassung des BGH ein unmittelbares Ansetzen bereits dann gegeben, wenn der Täter eine erste Handlung vornimmt, die der Überwindung dieses Mechanismus dient. Dabei ist es gleichgültig, wenn dieser Handlung kein Erfolg beschieden ist.⁸⁹

Das ist richtig, hilft aber nicht weiter. Denn ab wann trotz Erfolglosigkeit des Angriffs auf den Schutzmechanismus das unmittelbare Ansetzen zu bejahen ist, ist damit nicht gesagt. Diese Frage ist vielmehr konkret sachverhaltsbezogen zu beantworten: Ist das Abdecken des Zigarettenautomaten mit einem Handtuch und einer Plane also bereits eine Handlung, die der Überwindung eines gewahrsamssichernden Schutzmechanismus dient? Unter Berücksichtigung der korrekten Handlungsdeutung ist diese Frage zu verneinen. Wenn die Verhüllung des Zigarettenautomaten sinnvollerweise nur als Mittel zur Lärmreduktion zu verstehen ist, dann liegt der Zweck allein darin, das Aufschrecken potentieller Tatzeugen

⁸⁵ Rotsch (Fn. 10), 1. Teil, 1. Kap., Rn. 152; 2. Teil, insbes. Fall 9, Fall 24

⁸⁶ Siehe oben bei Fn. 28, 41.

⁸⁷ Siehe oben bei Fn. 28, 41, 86.

⁸⁸ Insoweit BGH, Beschl. v. 28.4.2020 – 5 StR 15/20, Rn. 10. Hiervon ist das Bereitlegen weiterer Aufbruchwerkzeuge zu trennen (das gilt auch und erst recht in einer studentischen Falllösung). Dass diese Handlung nicht ausreicht, um ein unmittelbares Ansetzen zu bejahen, wurde bereits gesagt, siehe oben im Text vor Fn. 84.

⁸⁹ BGH, Beschl. v. 28.4.2020 – 5 StR 15/20, Rn. 7.

⁸⁰ BGH, Beschl. v. 28.4.2020 – 5 StR 15/20, Rn. 2, s.o. I.

⁸¹ BGH, Beschl. v. 28.4.2020 – 5 StR 15/20, Rn. 10.

⁸² Vgl. bereits oben bei Fn. 33.

⁸³ Vgl. Fn. 50.

⁸⁴ BGH NStZ 1989, 473 (474); siehe auch Eisele, JuS 2020, 798 (799).

zu vermeiden, die gegebenenfalls die Polizei alarmieren.⁹⁰ Damit ist ersichtlich, dass die Verhüllung mit Handtuch und Plane nicht den gewahrsamssichernden Schutzmechanismus in der Form des stählernen Zigarettenautomaten überwinden sollte und diesen auch objektiv nicht angreift. Denn eine konkrete Bedrohung des Gewahrsams des Berechtigten war damit gerade nicht verbunden.⁹¹ Allenfalls sollte die mit der geplanten Tat verbundene Entdeckungsgefahr ausgeschaltet werden, die durch diejenigen Personen bedingt ist, die sich räumlich im Umkreis des Zigarettenautomaten befinden, in dem der mit dessen Aufbruch verbundene Lärm hörbar wäre. Die Notwendigkeit der konkreten Rechtsgutsbezogenheit der Tathandlung – an der es fehlt – unberücksichtigt gelassen zu haben, ist der wesentliche inhaltliche Fehler der Entscheidung.

Der BGH hätte also darlegen müssen, weshalb bereits eine Handlung zur Eindämmung der Entdeckungsgefahr einen Gewahrsams- und/oder Eigentumsangriff⁹² darstellt und deshalb für ein unmittelbares Ansetzen zum Diebstahl ausreicht. Gelungen wäre ihm das nicht. Zwar kommen als „gewahrsamssichernde Schutzmechanismen“ auch Menschen in Frage. Allerdings verlangt das Gericht selbst, dass „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“.⁹³ Daran fehlt es hier aber. Ein unmittelbares Ansetzen zum Diebstahl hätte der BGH also nicht bejahen dürfen.

V. Fazit

Aus dieser Entscheidung lässt sich viel lernen. Schulmäßiges Subsumieren gehört nicht dazu. Der Beschluss zeigt aber, dass auch gestandene Juristinnen und Juristen Fehler machen und diese Fehler bei sorgfältigem Arbeiten vermeidbar sind.

Dabei lassen sich für die Vorgehensweise des BGH, namentlich seine abstrahierenden, vom konkreten Fall gelösten Ausführungen, die Verwendung von Pleonasmen, Paraphrasen, etc., durchaus nachvollziehbare Gründe anführen. Die höchstrichterliche Entscheidung ist keine studentische „Falllösung“, wie sie in der Klausur verlangt wird, sondern verfolgt die unterschiedlichsten Zwecke.⁹⁴ Der hier besprochene

Beschluss stellt aber einen eindringlichen Beleg dafür dar, wie problematisch es ist, wenn die Praxis sich von den Grundsätzen „schulmäßiger Subsumtion“ gar zu weit entfernt.

Als Blaupause für eine studentische Falllösung taugen solche Entscheidungen jedenfalls nicht. Daher kann den bisherigen Einschätzungen des Beschlusses durch die didaktische Ausbildungsliteratur nicht vehement genug widersprochen werden.

Umso wichtiger erscheint es, bei der Auswahl der Studienliteratur, bei der Lektüre von Rechtsprechung und Literatur (das gilt auch für diese Entscheidungsbesprechung!), aber auch bei dem Austausch mit Kommilitonen, Dozenten und Praktikern kritisch zu bleiben und an der Ausbildung einer mit gesundem Selbstbewusstsein vorgetragenen eigenen Meinung zu arbeiten. Das gilt dann nicht nur für die Falllösung in der Examensklausur, sondern insbesondere auch für die mündliche Prüfung. Denn eines ist absehbar: Trotz oder gerade wegen der missglückten Behandlung eines nicht alltäglichen und durchaus originellen Sachverhalts durch den BGH wird die Entscheidung schnell zum beliebten Prüfungsgegenstand avancieren. Darauf sollten Sie sich – sorgfältig – vorbereiten.

Prof. Dr. Thomas Rotsch, Gießen

⁹⁰ Statt „Verhüllung“ (vgl. den Text bei Fn. 78) müsste es deshalb eher „Dämpfung“ (so der BGH selbst in seiner Sachverhaltsschilderung, a.a.O., Rn. 2) heißen, denn es geht um die Dämpfung des Schalls und gerade nicht um eine Verhüllung des Automaten vor den Augen möglicher Zeugen.

⁹¹ So ließe sich etwa der Angriff auf den Schutzmechanismus präzisieren, vgl. bereits oben bei Fn. 48.

⁹² Beachte Fn. 31.

⁹³ BGH, Beschl. v. 28.4.2020 – 5 StR 15/20, Rn. 6; siehe außerdem *Bosch*, Jura 2011, 909 (911).

⁹⁴ Zur Funktion der höchstrichterlichen Rspr. *Knauer*, NStZ 2016, 1 (6 ff.); *ders./Kudlich*, in: *Knauer/Kudlich/Schneider* (Hrsg.), *Münchener Kommentar zur Strafprozessordnung*, Bd. 3/1, Vor § 333 Rn. 66 ff. Zum (Begründungs-) Stil höchstrichterlicher Entscheidungen *Lübbe-Wolff*, in: *Schürmann/v. Plato* (Hrsg.), *Rechtsästhetik in rechtsphilosophischer Ab-*

sicht, 2020, S. 17; *Kötz*, *RabelsZ* 1973, 245 (insbes. 257 ff.); krit. auch *J. Esser*, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, 1972, S. 184 ff.