

# Bundesgerichtshof

## BESCHLUSS

§§ 22, 243 StGB

- 1. Die Annahme des Regelbeispiels "Einbrechen" in § 243 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 StGB setzt beim versuchten Diebstahl nicht voraus, dass der begonnene Einbruch gelungen ist.**
- 2. Die Regelbeispiele des § 243 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 StGB begründen auch dann die gesetzliche Indizwirkung für das Vorliegen eines besonders schweren Falles, wenn sie abweichend vom Tatplan nicht verwirklicht werden konnten.**

BGH, Beschluss vom 18.11.1985, Az.: 3 StR 291/85

### Tenor:

Die Annahme des Regelbeispiels "Einbrechen" in § 243 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 StGB setzt beim versuchten Diebstahl nicht voraus, daß der begonnene Einbruch gelungen ist.

### Gründe:

I. Der Angeklagte und ein Mittäter wollten in der Tatnacht in eine Gaststätte einbrechen, um mitnehmenswerte Gegenstände zu entwenden. Während der Angeklagte "Schmiere" stand, versuchte der Mittäter, an einem aus mehreren kleineren Butzenfenstern bestehenden Seitenfenster der Gaststätte mit Hilfe eines Teppichmessers und eines Schraubenziehers die Bleieinfassung aufzustemmen. Der Tatplan war darauf gerichtet, mehrere Butzenscheiben aus ihrer Umfassung herauszunehmen und durch die so geschaffene Öffnung in die Gaststätte einzudringen. Der Mittäter hatte die Bleiumbördelung erst von einer noch im Fenster sitzenden Scheibe gelöst, als die Polizei erschien und dadurch die Fortführung der Tat unterband.

Das Amtsgericht Oberhausen hat die Tat als Regelbeispiel im Sinne des § 243 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 StGB gewertet und den Angeklagten wegen versuchten gemeinschaftlichen Diebstahls im besonders schweren Fall zu einer Geldstrafe von 30 Tagessätzen zu je 50 DM verurteilt. Auf seine Berufung hat das Landgericht Duisburg die Annahme eines besonders schweren Falles innerhalb und außerhalb der Regelbeispiele des § 243 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 StGB abgelehnt und die Geldstrafe auf 20 Tagessätze ermäßigt. Es hat die Auffassung vertreten, zum Regelbeispiel des Einbrechens gehöre, daß der Täter den Einbruch vollendet habe, also in ein Gebäude auch tatsächlich eingedrungen sei. Dagegen wendet sich die Staatsanwaltschaft mit ihrer auf den Strafausspruch beschränkten Revision, mit der sie die Verletzung sachlichen Rechts rügt.

Der 2. Strafsenat des Oberlandesgerichts Düsseldorf möchte die Revision als unbegründet verwerfen. Er hält die Annahme eines besonders schweren Falles zwar auch beim versuchten Diebstahl für möglich (ebenso BGH, Urteil vom 13. Oktober 1981 - 1 StR 471/81, insoweit in BGHSt 30, 225 nicht abgedruckt). Er ist aber im Anschluß an frühere eigene Entscheidungen (NJW 1983, 2712; Vorlegungsbeschuß

vom 18. April 1984 - 2 Ss 39/84 - 45/84 II; vgl. auch OLG Düsseldorf - 5. Strafsenat - MDR 1985, 160) mit dem Bayerischen Obersten Landesgericht (NJW 1980, 2207 = JR 1981, 118 mit ablehnender Anmerkung Zipf) und dem Oberlandesgericht Stuttgart (NStZ 1981, 222; OLGSt § 243 StGB S. 21) der auch im Schrifttum vertretenen Meinung, daß das Regelbeispiel "Einbrechen" (§ 243 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 StGB) auch beim versuchten Diebstahl nur eingreife, wenn das qualifizierende Merkmal im Sinne einer Vollendung des Einbruchs erfüllt sei (vgl. z.B. Lackner StGB 16. Aufl. § 46 Anm. 2 b dd; Eser in Schönke/Schröder StGB 21. Aufl. § 243 Rdn 44; Lieben NStZ 1984, 538). So zu entscheiden, sieht er sich durch die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs gehindert. Er hat hierzu unter Hinweis auf BGH NStZ 1984, 262 unter anderem ausgeführt: Der Bundesgerichtshof sei in ständiger (unveröffentlichter) Rechtsprechung, insbesondere in Verwerfungsbeschlüssen nach § 349 Abs. 2 StPO davon ausgegangen, daß das Regelbeispiel des § 243 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 StGB beim versuchten Diebstahl bereits durch den Beginn der Ausführung des Erschwerungsgrundes verwirklicht werde. Er hat deshalb die Sache dem Bundesgerichtshof gemäß § 121 Abs. 2 GVG zur Entscheidung der Rechtsfrage vorgelegt:

"Setzt das Regelbeispiel des Einbrechens in § 243 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 StGB Erfüllung des qualifizierenden Merkmals voraus?"

II. Die Voraussetzungen für die Vorlegung sind erfüllt. Das Oberlandesgericht Düsseldorf würde mit der von ihm beabsichtigten Entscheidung von der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs abweichen. Dessen 2. Strafsenat hat sie in einem Urteil vom 7. Mai 1985 - 2 StR 48/85 - ohne weitere rechtliche Begründung erneut bestätigt, nachdem der beschließende Senat die Rechtsfrage in seinem Urteil vom 8. Februar 1984 (NStZ 1984, 262) ausdrücklich offengelassen hatte und über sie in dem auf Vorlage des Oberlandesgerichts Düsseldorf ergangenen Beschluß vom 22. August 1984 (NStZ 1985, 217 = Strafverteidiger 1985, 103 mit Anm. Arzt S. 104) nicht hatte zu befinden brauchen.

Die Vorlegungsfrage ist allerdings einzuschränken. Sie ist nach dem festgestellten Sachverhalt für die vom Oberlandesgericht beabsichtigte Entscheidung über die Revision der Staatsanwaltschaft nur insoweit erheblich, als die Tat, um deren Qualifizierung es geht, ein versuchter Diebstahl ist.

III. In der Sache hält auch der beschließende Senat unter Aufgabe seiner früher geäußerten Bedenken (NStZ 1984, 262) an der bisherigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs fest.

1. Die Vorlegungsfrage stellte sich bis zur Neufassung des § 243 StGB durch Artikel 1 Nr. 66 des 1. StrRG (BGBl I 1969, 645) und Artikel 19 Nr. 118 EGStGB (BGBl I 1974, 469) nicht. Der schwere Diebstahl war ein selbständiger Tatbestand, die besondere Begehungsweise "aus einem Gebäude mittels Einbruchs" (§ 243 Abs. 1 Nr. 2 StGB aF) Tatbestandsmerkmal. Setzte der Täter zu dessen Verwirklichung an, ohne es zu erfüllen, so war der als Verbrechen eingestufte schwere Diebstahl versucht. Der Versuch führte zwingend zur Anwendung des verschärften Strafrahmens des Sondertatbestands. Eine Strafrahmengmilderung nach Versuchsgrundsätzen kam in Betracht unabhängig davon, ob bei Scheitern der Wegnahme das Einbrechen als solches versucht oder vollendet war.

2. Welche Bedeutung die Umwandlung des § 243 StGB von einem selbständigen Tatbestand in eine bloße Strafzumessungsvorschrift mit Regelbeispielen (BGHSt 23, 254, 256 f; 26, 104, 105) für die Beantwortung der Vorlegungsfrage hat, läßt sich dem Gesetz nicht unmittelbar entnehmen; eine ausdrückliche Regelung fehlt. Es ist deshalb geboten, bei der Lösung des Problems allgemeine Grundsätze des Strafrechts

zu berücksichtigen und das Ergebnis auf dessen Vereinbarkeit mit ihnen zu überprüfen.

Würde man vor allem anderen betonen, daß § 243 Abs. 1 Satz 2 StGB die Rechtsfolgen der Tat betreffe und daß es für die Strafzumessung wesentlich auf eine Gesamtbewertung von Tat und Täter, mithin auch auf den Umfang des tatsächlich begangenen Unrechts ankomme, so wäre es vorstellbar, die Qualifizierung durch das Regelbeispiel - wie vom Oberlandesgericht beabsichtigt - in strenger Anlehnung an den Gesetzeswortlaut auch beim versuchten Diebstahl davon abhängig zu machen, ob der Täter in den umschlossenen Raum eingebrochen ist. Stellt man dagegen - wie der Generalbundesanwalt in seiner Stellungnahme - in den Vordergrund der Betrachtung, daß die Vorlegungsfrage in den Bereich des strafbaren Deliktsversuchs übergreift, so kann es angezeigt sein, den Tatentschluß und den Beginn seiner Ausführung für die Beantwortung der Vorlegungsfrage ausschlaggebend sein zu lassen. Im Ergebnis gibt der Senat der Meinung des Generalbundesanwalts den Vorzug.

a) Sie läßt sich allerdings nicht mit einem bloßen Hinweis auf § 23 Abs. 2 StGB begründen. Denn die Vorschrift bezieht sich - ebenso wie § 22 und § 23 Abs. 1 StGB - ersichtlich nur auf Handlungen, die darauf gerichtet sind, Tatbestandsmerkmale, also den Tatbestand eines Verbrechens oder Vergehens zu erfüllen. Immerhin aber läßt sich § 23 Abs. 2 StGB als Wille des Gesetzes entnehmen, die versuchte Tat, sofern sie strafbar ist, grundsätzlich derselben Strafdrohung zu unterwerfen wie die vollendete. Der Strafraum bestimmt sich insoweit nach dem Tatentschluß, wobei die fakultative Strafraummilderung hier zunächst außer Betracht bleiben kann.

b) Es liegt nahe, die Regelbeispiele der besonders schweren Diebstahlsfälle, insbesondere das Einbrechen nach § 243 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 StGB, bei der Bestimmung des für den strafbaren Deliktsversuch geltenden Strafraums im Ergebnis wie ein Tatbestandsmerkmal zu behandeln (vgl. zu § 46 Abs. 3 StGB BGH, Beschluß vom 18. Oktober 1982 - 3 StR 353/82 = Strafverteidiger 1983, 14). Denn sie sind jedenfalls tatbestandsähnlich, weil sie einen gegenüber dem Tatbestand erhöhten Unrechts- und Schuldgehalt typisieren. Der Bundesgerichtshof hat demgemäß schon wiederholt - wenn auch in anderem Zusammenhang (vgl. Otto JZ 1985, 21, 24) - hervorgehoben, daß die Regelbeispiele für besonders schwere Fälle sich im Wesen nicht tiefgreifend von selbständigen Qualifikationstatbeständen unterscheiden und die Wahl des Gesetzgebers für die eine oder andere Ausgestaltung einer Vorschrift mehr eine Frage der formalen Gesetzestechnik sei (BGHSt 26, 167, 173; 29, 359, 368).

c) Ob die Bemerkung über die mehr formale Bedeutung der Gesetzestechnik allgemein zutrifft, kann auf sich beruhen. Denn dadurch, daß man für die Annahme des Regelbeispiels bei einer lediglich versuchten qualifizierenden Handlung (hier: dem Einbrechen) den Tatentschluß maßgebend sein läßt, setzt man sich nicht in Widerspruch zu den Grundsätzen des Strafzumessungsrechts und zum Sinn und Zweck der Gesetzesänderung.

Die Schuld des Täters soll Grundlage für die Zumessung der Strafe sein (§ 46 Abs. 1 Satz 1 StGB). Sie spiegelt sich im wenigstens teilweise ausgeführten Tatentschluß wieder, so daß er einen geeigneten Anknüpfungspunkt für die Typisierung im Zusammenhang mit der Strafraumbestimmung bietet, um die allein es hier als ersten Schritt der Strafzumessung geht.

Die Auffassung des Senats verträgt sich auch mit dem Ziel, das der Gesetzgeber mit der Umwandlung des § 243 StGB von einem selbständigen Qualifikationstatbestand in eine Strafzumessungsvorschrift verfolgte. Soweit er die Tatbestände der alten Vorschrift in gleicher Form in die Regelbeispiele der neuen übernommen hat, ging es

ihm nicht darum, deren Reichweite einzuschränken, also zum Beispiel den versuchten Einbruch von der Qualifizierung grundsätzlich auszunehmen. Es fehlt auch an jeglichen Hinweisen darauf, daß er etwa den Inhalt des Einbruchbegriffs hat verändern wollen, sei es im Sinne einer Einengung oder Ausdehnung. Ziel der Gesetzesänderung war in dem hier erörterten Bereich vielmehr nur, den Tatrichter für den Fall, daß die Qualifikation (im gleichen Umfang wie zuvor) eingreift, von der nach früherem Recht vorgeschriebenen strengen Bindung an den schärferen Strafraum zu lösen und ihm in geeigneten Fällen die Anwendung des Normalstrafrahmens zu gestatten (vgl. Begründung zum Entwurf eines Strafgesetzbuches E 1962, BT-Drucks. IV/650 S. 400; Corves in der 122. Sitzung des Sonderausschusses für die Strafrechtsreform vom 18. November 1968, Prot. S. 2459; JZ 1970, 156, 157). Bei dieser Lockerung der Bindung des Richters an die schärfere Strafdrohung bleibt es auch auf der Grundlage der Entscheidung des Senats. In den Fällen, in denen schon der Einbruch scheitert, wird der Tatrichter im Interesse der Einzelfallgerechtigkeit je nach Lage des Falles prüfen müssen, ob er nicht trotz Eingreifens des Regelbeispiels Grund hat, von der Annahme eines besonders schweren Falles des versuchten Diebstahls abzusehen. Tut er das nicht, so ist dafür eine Begründung im Urteil in der Regel allerdings nicht geboten (vgl. § 267 Abs. 3 Satz 3 StPO).

d) Die Rechtsauffassung des Senats ermöglicht es, § 243 StGB in Fällen des versuchten Diebstahls einfach und einheitlich anzuwenden. Sie beugt einer Handhabung des Gesetzes vor, die bei der Annahme oder Ablehnung eines Regelbeispiels zu unterschiedlichen Ergebnissen kommen könnte je nachdem, ob die Qualifizierung des Diebstahls z.B. an eine außertatbestandliche Handlung des Täters (§ 243 Abs. 1 Satz 2 Nrn 1 und 6 StGB) oder an eine außertatbestandliche Eigenschaft des Diebstahlsobjektes (§ 243 Abs. 1 Satz 2 Nrn 2 und 5 StGB) gebunden ist, wobei zweifelhaft wäre, ob die unterschiedliche Gesetzesfassung eine unterschiedliche Sachbehandlung rechtfertigen könnte oder welcher Gruppe ein Sachverhalt im Einzelfall zuzuordnen wäre. Auch steht die Rechtsansicht des Senats im Einklang mit der Rechtsprechung, nach der es für die Frage, ob die Annahme eines besonders schweren Falles nach § 243 Abs. 2 StGB ausgeschlossen ist, entscheidend auf die innere Tatseite ankommt (BGHSt 26, 104).

3. Demgegenüber dringen die Erwägungen, mit denen das Oberlandesgericht die Regelwirkung des qualifizierenden Merkmals von dessen objektiver Verwirklichung abhängig machen möchte, im Ergebnis nicht durch.

a) Aus dem Wortlaut des § 243 Abs. 1 StGB läßt sich Wesentliches schon deshalb nicht ableiten, weil es um Sachverhalte geht, bei denen die Tat und die sie qualifizierende Handlung - das Einbrechen - im Versuchsstadium steckengeblieben sind. Die Strafdrohungen des Besonderen Teils des Strafgesetzbuchs sind nach ihrem Wortlaut durchweg auf vollendete Taten zugeschnitten. Das berührt die gesetzlich angeordnete Strafbarkeit des Versuchs nicht. Daß § 243 StGB keine besondere Bestimmung über den Versuch enthält, ist unerheblich, weil dessen Strafbarkeit in § 242 Abs. 2 StGB vorgesehen ist (vgl. Corves Prot. aaO S. 2460 und JZ 1970, 157). Auch der Strafgesetzentwurf E 1962 geht nach der amtlichen Begründung (BT-Drucks. IV 650 S. 143, 144, 403) davon aus, daß ein Einbrecher, der zum Einbruch angesetzt hat, trotz der Umwandlung des § 243 StGB von der schärferen Strafvorschrift erfaßt werden soll.

b) Der Fall, daß ein Einbruchversuch mit einem vollendeten Diebstahl zusammenhängt, ist hier nicht zu entscheiden. Seine Lösung ist auch nicht in dem Sinne logisch vorgezeichnet, daß eine Wertung der Tat als besonders schwerer Fall von vornherein ausschiede (vgl. BGHSt 26, 104, 105; Zipf JR 1981, 119, 121). Die Erwägungen des Oberlandesgerichts, die sich auf einen solchen Sachverhalt beziehen, verlieren überdies dadurch an Gewicht, daß der Tatrichter wenigstens

nicht gehindert ist, die Gesamttat als besonders schweren Fall außerhalb der Regelbeispiele anzusehen.

c) Es trifft zwar zu, daß die Rechtsansicht des Bundesgerichtshofs, der sich der Senat nunmehr ausdrücklich anschließt, Rückwirkungen auf den Anwendungsbereich anderer Strafbestimmungen haben kann, bei denen der Versuch der Tat mit Strafe bedroht ist und die Strafdrohung nach dem Prinzip der besonders schweren Fälle mit Regelbeispielen verschärft wird (vgl. z.B. § 176 Abs. 1, Abs. 3 Nr. 1, Abs. 6; § 29 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2, Abs. 3 Nr. 4 BtMG; § 370 Abs. 1, 2, 3 Nrn 1 bis 4 AO). Daraus folgt jedoch nicht, daß sie unzutreffend wäre. Sie verstößt insbesondere nicht gegen das Analogieverbot (so aber Arzt Strafverteidiger 1985, 104, 106). Vielmehr handelt es sich um eine dem Willen des Gesetzgebers entsprechende Gesetzesauslegung, die mit den allgemeinen Vorschriften über die Bestrafung des Versuchs, dem Gedanken des Schuldstrafrechts und den Grundsätzen der Strafzumessung im Einklang steht. Dem geringeren Maß an Unrecht und Schuld, das der versuchte Diebstahl gegenüber dem vollendeten in einem besonders schweren Fall aufweist, wird durch die fakultative Milderung (§ 23 Abs. 2 StGB) des verschärften Strafrahmens des § 243 Abs. 1 StGB ausreichend Rechnung getragen.

IV. Nach allem ist die Vorlegungsfrage wie aus der Beschlußformel ersichtlich dahin zu beantworten:

Die Annahme des Regelbeispiels "Einbrechen" in § 243 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 StGB setzt beim versuchten Diebstahl nicht voraus, daß der begonnene Einbruch gelungen ist.

Der Generalbundesanwalt hat beantragt zu beschließen:

"Die Regelbeispiele des § 243 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 StGB begründen auch dann die gesetzliche Indizwirkung für das Vorliegen eines besonders schweren Falles, wenn sie abweichend vom Tatplan nicht verwirklicht werden konnten."