

## 1. Sachverhalt<sup>1</sup>

A betritt kurz vor Ladenschluss um 20 Uhr die Verkaufsräume eines Baumarktes. Dort verpackt er wertvolles Werkzeug in einer Kiste und bringt sie in den Außenbereich, in dem Gartenartikel ausgestellt sind. Hier versteckt er die Kiste in einer Regentonne. Er beabsichtigt, in der folgenden Nacht in den Außenbereich einzudringen und die Kiste herauszuholen. Der Bereich ist von einem drei Meter hohen Gitterzaun umgeben, über den drei Stacheldrähte gespannt sind. Als A anschließend im Gebäude des Baumarktes die Kassenzone durchquert, wird er vom Ladendetektiv angehalten, der ihn bei seiner Aktion beobachtet hat.

## 2. Probleme und bisheriger Meinungsstand

An der Fallproblematik sind der Besondere Teil des Strafrechts mit dem Diebstahlsmerkmal der Wegnahme und der Allgemeine Teil mit der Lehre von den Verwirklichungsstufen einer Straftat beteiligt. Aus der Verbindung ergeben sich drei Lösungsmöglichkeiten: Straflosigkeit, weil ein Diebstahl lediglich vorbereitet wurde, Strafbarkeit wegen eines Diebstahlsversuchs und Strafbarkeit wegen vollendeten Diebstahls.

## November 2007 Baumarkt-Fall

*Versuchter Diebstahl / Abgrenzung zur straflosen Vorbereitung / unmittelbares Ansetzen / Verstecken von Sachen in der Sphäre des Gewahrsamsinhabers*

§§ 242, 22, 23 StGB

**Leitsatz der Verf.:** Das Verstecken von Waren im Außenbereich eines Geschäftes mit dem Ziel, sie in der folgenden Nacht abzutransportieren, ist selbst dann als Diebstahlsversuch strafbar, wenn beim Eindringen in den Außenbereich ein drei Meter hoher, mit Stacheldraht überspannter Gitterzaun überwunden werden muss.

LG Potsdam, Urteil vom 6. Oktober 2005 – 26 (10) Ns 142/05; veröffentlicht in: NStZ 2007, 336

Für den maßgeblichen Bezugspunkt der Tathandlung der Wegnahme sind zwei Grunddefinitionen allgemein anerkannt. **Wegnahme** bedeutet Bruch fremden und Begründung neuen Gewahrsams.<sup>2</sup> Unter **Gewahrsam** wird die tatsächliche, von einem Herrschaftswillen getragene und nach der Verkehrsanschauung zu beurteilende Sachherrschaft verstanden.<sup>3</sup>

Die Definitionen legen es nahe, die Annahme eines vollendeten Diebstahls als Lösung auszuschließen. Die konkreten Fallumstände sprechen dagegen, dass A zum Zeitpunkt seiner Festnahme nach der Verkehrsanschauung bereits die alleinige Sachherrschaft über die Kiste und deren Inhalt innehatte. Die Sachen befanden sich noch innerhalb des Herrschaftsbereichs des Baumarktinhabers und seines Personals, das für ihn die Sachherrschaft ausübte. Dieser Bereich war durch einen Zaun klar ab-

<sup>1</sup> Der Sachverhalt der Entscheidung wird hier gekürzt und leicht verändert wiedergegeben, damit die Probleme möglichst deutlich hervortreten.

<sup>2</sup> Vgl. Küper, Strafrecht BT, 6. Aufl. 2005, S. 432.

<sup>3</sup> Vgl. Küper (Fn. 1), S. 432.

gegrenzt und gesichert. Zwar hatte das Verstecken den Angestellten des Baumarktes die Ausübung der Sachherrschaft erschwert. A hatte dadurch aber noch keineswegs einen hindernisfreien Zugang zur Sache erhalten. Um vollständige Sachherrschaft zu erlangen, musste er noch zu einem späteren Zeitpunkt den Zaun überwinden und die Kiste abtransportieren. Damit war ein gegen fremde Sachherrschaft gerichtetes, sozial auffälliges Verhalten verbunden, das gerade das Fehlen unumschränkter eigener Sachherrschaft indiziert.

Diese fallnahe Betrachtung wird durch allgemeine Aussagen in Rechtsprechung und Literatur bestätigt. Danach begründet der Täter, der eine Sache im Herrschaftsbereich des ursprünglichen Gewahrsamsinhabers mit dem Ziel eines späteren Abtransports versteckt, nur dann Gewahrsam an der Sache, wenn er ohne weiteres Zugang zu dem Versteck hat.<sup>4</sup> Auch wird bei sperrigen oder sonst schwer beweglichen Gegenständen, deren Abtransport auffällt, neuer Gewahrsam erst dann angenommen, wenn der Täter die Sache aus dem fremden Machtbereich herausgeschafft hat.<sup>5</sup>

Das bedeutet: Die für die Lösung des Falles maßgebliche **Grenze** ist die **zwischen strafloser Diebstahlsvorbereitung und strafbarem Diebstahlsversuch**. Das Gesetz zieht sie mit der allgemeinen Formulierung, dass der Versuchstäter nach seiner Vorstellung von der Tat **unmittelbar zur Verwirklichung des Tatbestandes angesetzt** haben muss (§ 22 StGB).

Das Merkmal des unmittelbaren Ansatzens ist schwierig anzuwenden. Eine gewisse Erleichterung bietet ein emp-

fehlenswertes **zweistufiges Prüfungsverfahren**.<sup>6</sup>

Auf der ersten Prüfungsstufe wird untersucht, ob die tatbestandliche Handlung nicht bereits ganz oder teilweise verwirklicht worden ist. Trifft das zu, dann genügt in aller Regel diese Feststellung, um ein unmittelbares Ansetzen zu bejahen.<sup>7</sup>

Das Merkmal des unmittelbaren Ansatzens erfasst aber auch Handlungen, die den Tatbestand noch nicht verwirklichen, jedoch der Verwirklichung unmittelbar vorgelagert sind.<sup>8</sup> Mit Handlungen dieser Art befasst sich die zweite Prüfungsstufe. Sie bereitet zu meist größere Probleme.

Es spricht einiges dafür, dass der Fall bereits auf der **ersten Prüfungsstufe** lösbar ist, und zwar mit dem Ergebnis, dass ein Diebstahlsversuch vorliegt. A hat durch das Verstecken in den Gewahrsam des Baumarktinhabers eingegriffen. Sein Personal konnte nicht mehr ohne Weiteres Zugriff auf die Sachen nehmen. Diese befanden sich an einem Ort, wo man sie nicht vermutet hätte, und waren dem Blick entzogen. Zwar wird man wohl nicht annehmen können, dass damit bereits der Gewahrsam gebrochen war; denn nach wie vor befanden sich die Sachen in der Gewahrsamssphäre des Baumarktinhabers. Immerhin hatte A dadurch aber eine Gewahrsamslockerung herbeigeführt. Darin könnte der erste Teilakt des geplanten Gewahrsamsbruchs und somit bereits eine Teilverwirklichung der Wegnahmehandlung gesehen werden.

Genauer müsste man wohl sagen: eine Teilverwirklichung eines Teilstücks der Wegnahmehandlung, nämlich des Gewahrsamsbruchs. Daraus ergibt sich

<sup>4</sup> Z. B. RGSt 12, 355; Eser in Schönke/Schröder, StGB, 27. Aufl. 2006, § 242 Rn. 26, 39.

<sup>5</sup> Z. B. BGH NSTZ 1981, 435; Lackner/Kühl, StGB, 26. Aufl. 2007, § 242 Rn. 16.

<sup>6</sup> Vgl. Kühl, Strafrecht AT, 5. Aufl. 2005, § 15 Rn. 46.

<sup>7</sup> Vgl. dazu und auch zu Ausnahmen Krey, Strafrecht AT Bd. 2, 2. Aufl. 2005, Rn. 417; Kühl (Fn. 6), § 15 Rn. 48 ff., 55; Wessels/Beulke, Strafrecht AT, 37. Aufl. 2007, Rn. 599.

<sup>8</sup> Vgl. Kühl (Fn. 6), Rn. 55 f.

ein erstes Bedenken gegen diese Lösung: Wird nicht der Beginn der Versuchsstrafbarkeit unangemessen vorverlagert, wenn die tatbestandsmäßige Handlung in kleinste Abschnitte zerlegt wird und schon die Verwirklichung erster kleiner Teilabschnitte ausreichen soll? Zu einem weiteren Einwand führt der Blick auf den Gesamtplan. Da der Täter die Sachen erst in der Nacht herausholen wollte und dafür den Zaun überwinden musste, standen wesentliche Teile der Wegnahmehandlung noch aus. Bis zur Realisierung des Gewahrsamsverlustes und der Begründung neuen Gewahrsams sollte noch einige Zeit verstreichen. Auch musste der Täter dafür erneut in die Gewahrsamsphäre des Opfers eindringen. Soll trotz dieser zeitlichen und räumlichen Distanz schon ein unmittelbares Ansetzen angenommen werden können?

Wenden wir uns der **zweiten Prüfungsstufe** zu, die sich daraus ergibt, dass nach allgemeiner Ansicht für eine Versuchsstrafbarkeit auch Handlungen im Vorfeld der tatbestandlichen Handlung ausreichen. Die hier entscheidende Frage lautet: Nach welchen Kriterien soll festgelegt werden, welche Vorfeldhandlungen dem Erfordernis der Unmittelbarkeit in § 22 StGB genügen?

Die Literatur präsentiert dazu einen Meinungsstreit, dem auch wir einige Zeilen widmen wollen.<sup>9</sup>

Die Teilaktstheorie bejaht ein unmittelbares Ansetzen, wenn nach dem Täterplan zwischen den ausgeführten Handlungen und der tatbestandlichen Handlung keine weiteren Teilakte mehr liegen. Ein anderer Ansatz orientiert sich am Gefährdungsgedanken: Das Stadium des Versuchs soll erreicht sein, wenn das tatbestandlich geschützte Rechtsgut aus der Sicht des Täters bereits unmittelbar gefährdet erscheint.

Ein dritter Standpunkt stellt auf die Situation des Opfers ab. Danach hat der Täter die Schwelle zum Versuch überschritten, wenn er in die Schutzsphäre des Opfers eingedrungen ist und sein Plan auf ein alsbaldiges Ausnutzen dieser räumlichen Nähe zielt.

Die praktische Bedeutung dieses Meinungsstreits ist gering, weil sich weitgehend die Ansicht durchgesetzt hat, dass nur eine **Kombination** dieser Kriterien der Vielgestaltigkeit der Fälle gerecht wird.<sup>10</sup> Daher wird bei der Fallbehandlung zumeist ohne Rückgriff auf den Meinungsstreit eine komplexe Formel zum Ausgangspunkt genommen: Ein unmittelbares Ansetzen ist gegeben, wenn der Täter subjektiv die Schwelle zum „Jetzt-geht-es-los“ überschritten und objektiv zur tatbestandsmäßigen Angriffshandlung so angesetzt hat, dass sein Tun ohne Zwischenakte in die Erfüllung des Tatbestandes übergehen soll.<sup>11</sup>

Zumeist wird in der Literatur noch hinzugefügt, dass bei der Anwendung auf die Besonderheiten des jeweiligen Tatbestandes Bedacht zu nehmen sei.<sup>12</sup> Das bestärkt den Eindruck, dass die Formel schwierig zu handhaben ist und mit ihr vielfach keine eindeutigen Ergebnisse zu erzielen sind. Der Versuch einer Anwendung im vorliegenden Fall bestätigt diesen Eindruck:

In subjektiver Hinsicht zeigt das Verstecken der Sachen, dass A sich entschlossen hatte, zur Tat zu schreiten. Ob darin freilich auch schon ein „Jetzt-geht-es-los“ im Sinne der Formel gesehen werden kann, erscheint fraglich, weil A nachts nochmals einen Willensentschluss fassen musste. In objektiver Hinsicht hatte A zwar durch das Verstecken bereits eine gegen den Gewahrsam des Baumarktinhabers gerichtete Angriffshandlung vorgenom-

<sup>9</sup> Vgl. zum Folgenden die Darstellungen des Meinungsstreits (mit unterschiedlichen Benennungen der Standpunkte) bei *Wessels/Beulke* (Fn. 7), Rn. 600; *Kindhäuser*, Strafrecht AT, 2. Aufl. 2006, § 31 Rn. 13 ff.

<sup>10</sup> Vgl. *Wessels/Beulke* (Fn. 7), Rn. 601.

<sup>11</sup> Vgl. z. B. *Krey* (Fn. 7), Rn. 414 ff.; *Marxen*, Kompaktkurs Strafrecht AT, 2003, S. 185.

<sup>12</sup> So etwa *Kühl* (Fn. 6), § 15 Rn. 67; *Wessels/Beulke* (Fn. 7), Rn. 601.

men und dadurch auch schon eine spezifische Gewahrsamsbeziehung hergestellt. Über eine uneingeschränkte, jederzeit realisierbare Möglichkeit des Zugriffs auf die Sachen verfügte er zum Zeitpunkt seiner Festnahme jedoch noch nicht. Für eine erfolgreiche Ausführung seines Vorhabens bedurfte es noch einer Überwindung des Zauns. Darin könnte ein Zwischenakt zu sehen sein, welcher der Annahme eines unmittelbaren Ansatzens entgegensteht.

### 3. Kernaussagen der Entscheidung

Das Landgericht gelangt zur Annahme eines Diebstahlsversuchs. Die Begründung lässt aber nicht klar erkennen, ob schon die erste Prüfungsstufe oder erst die zweite zu diesem Ergebnis führt.

Für eine Lösung schon auf der ersten Prüfungsstufe spricht es, wenn es im Urteil heißt: „Zwar befanden sich die Warenartikel ... noch im Gewahrsamsbereich des Berechtigten, allerdings waren sie für die gewahrsamsdienenden Mitarbeiter des Baumarkts nicht mehr erkennbar, womit ihr Zugriff weitgehend vereitelt war.“<sup>13</sup> Das lässt sich so verstehen, dass A den Gewahrsam bereits gebrochen oder jedenfalls weitgehend aufgehoben und damit einen Teil der Wegnahmehandlung verwirklicht hatte. Damit wäre eigentlich schon ein Ergebnis erzielt.

Das Gericht setzt jedoch die Begründung fort und befasst sich auf der Grundlage des oben erläuterten Kombinationsansatzes mit der Frage, ob es für „die endgültige Erlangung tätereigenen gesicherten Gewahrsams“ noch „weiterer wesentlicher Schritte“ bedurfte.<sup>14</sup> Das erstaunt, weil die Theorie und dieses Kriterium üblicherweise herangezogen werden, wenn die Untersuchung solcher Handlungen ansteht, die der Tatbestandsverwirklichung vorgelagert sind.

Möglicherweise wollte das Gericht die Lösung, wonach bereits tatbestand-

liche Handlungsteile verwirklicht wurden, zusätzlich absichern. Das führt allerdings zu einer eigenartigen Verbindung der Prüfungsstufen. Es wird mit der Einbeziehung des Kombinationsansatzes geprüft, ob nach dem ersten Teilakt der Tatbestandsverwirklichung noch weitere wesentliche Zwischenschritte bis zur Ausführung des zweiten Teilaktes auszuführen waren. Würde das bejaht, so müsste trotz des schon verwirklichten tatbestandlichen Teilaktes ein unmittelbares Ansetzen verneint werden.

Zu einem solchen Ergebnis kommt es nicht, weil das Landgericht das noch erforderliche und für die Nacht geplante Einsteigen nicht als einen wesentlichen Zwischenschritt zur Sicherung des tätereigenen Gewahrsams einstuft. Das Außengelände sei nicht einbruchssicher gewesen. „Der 3 m hohe Gitterzaun stellte kein wesentliches Hindernis mehr dar, zumal da die Gitterstäbe des Zauns durch einen Bolzenschneider oder ein ähnliches Schneidegerät unschwer aufgeschnitten werden oder zumindest verbogen werden konnten. Gleiches gilt für die Möglichkeit, den Zaun mittels einer Leiter und einer Decke zu übersteigen, was für geübte Kletterer unschwer möglich ist.“<sup>15</sup> Auch sei ein enger zeitlicher Zusammenhang gegeben, weil das Verstecken der Sachen kurz vor Ladenschluss erfolgt sei und der Abtransport in der folgenden Nacht habe vorgenommen werden sollen.

Im Schlussteil der Entscheidung wird noch auf das subjektive Element des Kombinationsansatzes eingegangen. Durch das Verstecken der Sachen in der Regentonne habe A auch die Schwelle zum „Jetzt-geht-es-los“ überschritten.

### 4. Konsequenzen für Ausbildung und Praxis

Der Fall hat, auch wenn über ihn nicht höchstrichterlich entschieden wurde, das Zeug zum Prüfungsstoff, weil er

<sup>13</sup> LG Potsdam NStZ 2007, 336, 337.

<sup>14</sup> LG Potsdam NStZ 2007, 336, 337.

<sup>15</sup> LG Potsdam NStZ 2007, 336, 337.

geradezu klassische Probleme der Diebstahls- und der Versuchsstrafbarkeit zum Gegenstand hat. Auch wird die Entscheidung in der Praxis auf erhebliches Interesse stoßen. Denn die Verkaufsform, die hier die Sachverhaltsgrundlage für die Rechtsprobleme bildet, breitet sich aus. Immer häufiger trifft man auf eine Erweiterung von Verkaufsflächen durch weniger gesicherte Außenbereiche.

Für die **gutachtliche Fallbearbeitung** ist zu klären, ob mit der Prüfung eines vollendeten Diebstahls oder eines Diebstahlsversuchs begonnen werden soll. Es empfiehlt sich, zunächst die Strafbarkeit wegen eines vollendeten Delikts anzusprechen, sofern nicht eine Vollendung offensichtlich ausscheidet.<sup>16</sup> Hauptgrund: Der Versuch tritt hinter der Vollendung unter dem Gesichtspunkt der Subsidiarität zurück.<sup>17</sup> Weiterer Grund: Es käme zu einer ungünstigen Gewichtsverteilung, wenn in der Vorprüfung zum Versuch die Nichtvollendung umfangreich erörtert werden würde. Daraus folgt: Ist die Vollendung unaufwändig und eindeutig zu verneinen, dann kann unmittelbar mit der Prüfung eines versuchten Diebstahls begonnen werden; es genügt, in der Vorprüfung knapp darzulegen, dass die Tat nicht vollendet wurde.

Diese Eindeutigkeit ist im vorliegenden Fall nicht gegeben, so dass zuerst die Strafbarkeit wegen vollendeten Diebstahls untersucht werden sollte. Wie unter 2. gezeigt, liegt ein negatives Ergebnis nahe. Nach straffer Prüfung sollte daher recht bald zur Erörterung des Diebstahlsversuchs übergegangen und dort beim objektiven Merkmal des unmittelbaren Ansatzens der **Schwerpunkt der Bearbeitung** gesetzt werden.

Wir raten dazu, anders als das LG Potsdam die Prüfungsstufen klar zu trennen. Wird bereits eine tatbestandliche Teilverwirklichung angenommen, so

bedarf es in aller Regel<sup>18</sup> keiner zusätzlichen Prüfung etwaiger Zwischenakte; vielmehr kann das unmittelbare Ansetzen zumeist bejaht werden. Die Frage nach Zwischenakten stellt sich daher nur, wenn im Verhalten des A noch keine teilweise Verwirklichung der Wegnahme gesehen wird. Nunmehr muss geprüft werden, ob sein Handeln unmittelbar in die Wegnahmehandlung übergehen sollte.

Wer bei der Fallbearbeitung das Wissen und die Zeit hat, kann sich vorab mit dem oben<sup>19</sup> erwähnten allgemeinen Theorienstreit zur Bestimmung der Kriterien für die Prüfung der Unmittelbarkeit auseinandersetzen. In einer Hausarbeit sollte das wohl auch geschehen. Oftmals bedarf es allerdings keiner Streitentscheidung, weil die Theorien zu übereinstimmenden Ergebnissen gelangen.<sup>20</sup>

Was Klausuren betrifft, so zeigt die Examenspraxis, dass es zumeist akzeptiert wird, wenn man auf eine Erörterung dieses Meinungsstreits verzichtet und den Kombinationsansatz zum Ausgangspunkt der Prüfung nimmt. Allerdings sollte dann intensiv unter vollständiger Auswertung des Sachverhalts und Berücksichtigung der Besonderheiten des Delikts argumentiert werden.

Dabei sollte auf Folgendes geachtet werden. Die Beobachtung durch Ladenpersonal ist kein Umstand, der für die Versuchsprüfung relevant ist. Denn die Grundlage für die Untersuchung des unmittelbaren Ansatzens bildet ausschließlich die Sicht des Täters. Ihm bleibt die Beobachtung aber in der Regel verborgen. Erörterungsbedürftig ist dieser Umstand nur im Zusammenhang mit der Frage, ob trotz Beobachtung eine Diebstahlsvollendung angenommen werden kann.<sup>21</sup>

<sup>16</sup> Vgl. *Kühl* (Fn. 6), § 15 Rn. 8 f.

<sup>17</sup> Vgl. *Wessels/Beulke* (Fn. 7), Rn. 790.

<sup>18</sup> Vgl. zu den Ausnahmen *Kühl* (Fn. 6), § 15 Rn. 48 ff.

<sup>19</sup> S. o. 2.

<sup>20</sup> Vgl. *Kindhäuser* (Fn. 9), § 31 Rn. 13.

<sup>21</sup> In aller Regel hindert die Beobachtung nicht an der Annahme eines vollendeten

Schließlich ist noch darauf hinzuweisen, dass bei der Auswertung von Kommentaren, etwa für Hausarbeiten oder in der Praxis für die Begründung einer Sachrüge im Revisionsverfahren, zwei Stellen konsultiert werden müssen: § 22 StGB und die jeweilige Strafvorschrift. So behandeln jedenfalls die größeren Kommentare die Abgrenzung zwischen Vorbereitung und Versuch beim Diebstahl sowohl im Allgemeinen Teil als auch bei § 242 StGB.<sup>22</sup>

## 5. Kritik

Methodische Kritik haben wir bereits geübt: Die Verbindung der beiden Prüfungsstufen leuchtet nicht ein.

Auch in der Sache vermag die Entscheidung nicht zu überzeugen, sofern sie so zu verstehen ist, dass noch keine tatbestandliche Teilverwirklichung gegeben war und es daher u. a. auf die Wesentlichkeit der noch ausstehenden Zwischenakte ankommt. Um das gewünschte Ergebnis zu erzielen, macht das Gericht aus der Überwindung eines drei Meter hohen, oben mit Stacheldraht abgesicherten Zaunes einen Katzensprung, was im Übrigen die vorangegangene Ablehnung einer Diebstahlsvollendung wieder in Frage stellt. Hinzu kommt, dass A, selbst wenn er in der Lage gewesen wäre, den Zaun rasch zu durchschneiden oder zu übersteigen, zu einer Absicherung dieses auffälligen Verhaltens genötigt gewesen wäre. Allein dieses, nämlich das Überprüfen der konkreten Situation am Tatort daraufhin, ob das Risiko auffälligen Verhaltens gewagt werden kann, gilt ansonsten als Zwischenschritt, der an der Annahme eines Diebstahlsversuchs hindert.<sup>23</sup>

Was folgt daraus? Die Begründung der Entscheidung wäre überzeugender ausgefallen, wenn das Landgericht das unmittelbare Ansetzen allein auf die

Annahme einer Teilverwirklichung der Wegnahmehandlung gestützt hätte. „Doppelt genäht hält besser“ gilt also nicht unbedingt für juristische Begründungen.

*(Dem Text liegt ein Entwurf von Johanna Weiß zugrunde.)*

---

Diebstahls; vgl. *Rengier*, Strafrecht BT I, 9. Aufl. 2007, § 2 Rn. 25.

<sup>22</sup> Z. B. *Eser* (Fn. 4) § 22 Rn. 25 ff., § 242 Rn. 68.

<sup>23</sup> BGH NSTZ 1989, 473 f.