

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

A verschafft sich in mehreren Fällen Zugang zu verschiedenen Wohnungen, um dort Bargeld oder sonstige Wertgegenstände an sich zu nehmen. Unter anderem erbeutet er dabei Schmuck im Wert von 2.000 €, nachdem er zum Betreten des Hauses ein Fenster aufgehebelt hat, wodurch ein Schaden in Höhe von 7.400 € entstanden ist (Fall 1). In einem anderen Fall schlägt A zu demselben Zweck ein Fenster ein, was einen nur geringen Schaden verursacht. Anschließend entwendet er Uhren und Elektrogeräte im Wert von 5.500 € (Fall 2).

A wird vom LG Köln unter anderem wegen Wohnungseinbruchsdiebstahls in mehreren Fällen jeweils in Tateinheit mit Sachbeschädigung gemäß §§ 244 Abs. 1 Nr. 3, 303 Abs. 1, 52 StGB<sup>2</sup> verurteilt, wogegen er Revision zum BGH einlegt.

## 2. Probleme und bisheriger Meinungsstand

Die Verwirklichung der einschlägigen Delikte erweist sich ersichtlich nicht als Hauptproblem des hier vorliegenden Falles. A erfüllt rechtswidrig und schuldhaft die Tatbestände des § 244 Abs. 1 Nr. 3 sowie des § 303 Abs. 1. Hauptaugenmerk sollte man vielmehr auf die letzte Vorschrift in der oben zitierten Normenkette legen: § 52. Dieser gibt an, dass die beiden in Fall 1 und 2 jeweils verwirklichten Delikte zueinander in Tateinheit (auch: Idealkonkurrenz) stehen sollen. Dies hat zur Folge, dass

März 2019

### „Konsumier mich!“ – Fall

*Wohnungseinbruchsdiebstahl / Sachbeschädigung / Tateinheit / Gesetzeseinheit / Konsumtion*

§§ 244 Abs. 1 Nr. 3, 303 Abs. 1, 52 StGB

#### **famos-Leitsatz:**

Bei einem vollendeten Wohnungseinbruchsdiebstahl (§ 244 Abs. 1 Nr. 3) wird eine zugleich verwirklichte Sachbeschädigung (§ 303 Abs. 1) nicht im Wege der Konsumtion verdrängt, sondern steht zu diesem im Verhältnis der Tateinheit (§ 52 Abs. 1).

BGH, Beschluss vom 27.11.2018 – 2 StR 481/17 (LG Köln); veröffentlicht in NJW 2019, 1086.

beide Normen in der Urteilsformel explizit aufgeführt werden, wobei gemäß § 52 Abs. 2 S. 1 nur aus dem schwereren Delikt bestraft wird. Anders verhielte es sich jedoch dann, wenn zwischen den hier verwirklichten Delikten Gesetzeseinheit bestünde, bei der nur das schwerwiegendere Delikt im Tenor Erwähnung fände. Der Schwerpunkt des Falles liegt daher auf der Ebene der Konkurrenzen.

Unter **Gesetzeseinheit** (auch: Gesetzeskonkurrenz) versteht man die Konstellation, in der eine Strafnorm ihrem Wortlaut nach ein Verhalten zwar erfasst, das Unrecht dieses Verhaltens jedoch durch einen anderen erfüllten Tatbestand bereits erschöpfend zum Ausdruck gebracht wird und die weniger umfassende Norm daher zurücktritt.<sup>3</sup> Eine demnach zurücktretende Norm kann dann nicht

<sup>1</sup> Der Sachverhalt wurde verändert, um die Hauptprobleme des Falles deutlicher hervortreten zu lassen.

<sup>2</sup> Normen ohne Gesetzesbezeichnungen sind solche des StGB.

<sup>3</sup> BGHSt 46, 24, 25; *Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht AT, 48. Aufl. 2018, Rn. 1278.

mehr in Tateinheit gem. § 52 mit der sie verdrängenden stehen. Insofern schließen sich Tat- und Gesetzeseinheit aus. Nach herrschender Ansicht lassen sich drei Fallgruppen der Gesetzeseinheit unterscheiden.<sup>4</sup>

Von **Spezialität** ist jedenfalls dann die Rede, wenn ein Delikt ein anderes notwendigerweise enthält,<sup>5</sup> wie es beispielsweise bei zusammengesetzten Straftatbeständen der Fall ist. So beinhaltet etwa der Raub neben einer Nötigung gemäß § 240 Abs. 1 logischerweise auch die Wegnahme einer fremden beweglichen Sache und setzt insofern die Verwirklichung des § 242 Abs. 1 voraus.

Unter **Subsidiarität** wird hingegen der Fall gefasst, dass eine Norm nur unter dem Vorbehalt, dass nicht schon eine andere eingreift, also hilfsweise anwendbar ist.<sup>6</sup> Dabei unterteilt man in formell und materiell subsidiäre Vorschriften. Während sich wie z.B. in § 246 Abs. 1 der Aushilfscharakter bei ersteren ausdrücklich aus dem Gesetz ergibt, ist er bei letzteren durch Auslegung zu ermitteln. So scheidet etwa die Verurteilung eines Anstifters wegen zusätzlicher Beihilfe (§ 27) zu derselben Tat an der schwerwiegenderen und daher vorrangigen Anstiftung (§ 26).<sup>7</sup>

Da § 244 Abs. 1 Nr. 3 weder denkbare Begehung einer Sachbeschädigung voraussetzt, noch eine Auslegung ein etwaiges Subsidiaritätsverhältnis zu § 303 Abs. 1 ergibt, scheiden diese Modalitäten der Gesetzeseinheit aus. Es verbleibt die als dritte Kategorie der Gesetzeseinheit herangezogene **Konsumtion**. Im Gegensatz zur Spezialität fordert

diese keinen logischen, sondern einen wertenden Einschluss des eventuell zurücktretenden durch das verdrängende Delikt.<sup>8</sup> In Abgrenzung zu den bisher erörterten Formen werden dabei überwiegend auch Normen in die Betrachtung einbezogen, die unterschiedliche Rechtsgüter schützen.<sup>9</sup> Im Rahmen der Konsumtion ist schließlich darauf abzustellen, ob der Unrechts- und Schuldgehalt einer tatbestandsmäßigen Handlung schon von einer weitergehenden, ebenfalls einschlägigen Norm eingeschlossen ist, ob also die eine Strafnorm bei Einschlägigkeit der anderen **regelmäßig** oder **typischerweise** – und gerade nicht notwendigerweise – miterfüllt ist.<sup>10</sup> Dann nämlich kann davon ausgegangen werden, dass der Gesetzgeber das Unrecht der repressiven Strafnorm bei der Aufstellung des Strafrahmens der dominanten mitberücksichtigt hat.<sup>11</sup> Klassisches Beispiel hierfür ist die neben einer Tötung in der Regel mitwirkliche Sachbeschädigung an der Kleidung des Opfers.<sup>12</sup> Nach Feststellung einer solchen abstrakten Typizität ist bei der Prüfung der Konsumtion sodann noch ein konkret typischer Begleitcharakter im Einzelfall zu ermitteln.<sup>13</sup> Dies gilt es auf den hier vorliegenden Fall anzuwenden, wobei angesichts bisher überwiegend stiefmütterlicher Behandlung der Problematik zu § 244 zunächst auf den ähnlich gelagerten § 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 einzugehen ist.

Ursprünglich vertraten hinsichtlich des Verhältnisses von **§ 243** und **§ 303 Abs. 1**

<sup>4</sup> Statt Vieler *Fischer*, StGB, 66. Aufl. 2019, Vor § 52 Rn. 39 ff.

<sup>5</sup> *Rengier*, Strafrecht AT, 10. Aufl. 2018, § 56 Rn. 29.

<sup>6</sup> *Wessels/Beulke/Satzger* (Fn. 3), Rn. 1283.

<sup>7</sup> *Kindhäuser*, LPK, StGB, 7. Aufl. 2017, Vor §§ 52-55 Rn. 31 ff.

<sup>8</sup> V. *Heintschel-Heinegg*, in *MüKo*, StGB, 3. Aufl. 2016 ff., Vor § 52 Rn. 49.

<sup>9</sup> *Seher*, JuS 2004, 482, 483.

<sup>10</sup> *Kühl*, in *Lackner/Kühl*, 29. Aufl. 2018, Vor § 52 Rn. 27; *Rissing-van Saan*, in *LK*, StGB, 12. Aufl. 2006 ff., Vor § 52 Rn. 144 f.; *Wessels/Beulke/Satzger* (Fn. 3), Rn. 1285.

<sup>11</sup> *Jäger*, in *SK*, StGB, 9. Aufl. 2016 ff., Vor § 52 Rn. 102; *Rissing-van Saan*, in *LK* (Fn. 10), Vor § 52 Rn. 145.

<sup>12</sup> *Joecks/Jäger*, StGB, 12. Aufl. 2018, Vor § 52 Rn. 26.

<sup>13</sup> *Fahl*, GA 1996, 476, 483 f.; *Jäger*, in *SK* (Fn. 11), Vor § 52 Rn. 102.

Rechtsprechung<sup>14</sup> und Literatur<sup>15</sup> nahezu einhellig – und mehrheitlich ohne weitere Begründung – die Ansicht, dass § 303 Abs. 1 regelmäßig als typische Begleittat konsumiert werde. Erst durch ein obiter dictum des **BGH**<sup>16</sup> aus dem Jahre 2001 wurde der fachliche Diskurs über die Konkurrenzen zwischen diesen Normen intensiviert: In diesem begründete der 1. Strafsenat ausführlich, warum in dieser Situation **keine Konsumtion** möglich, mithin immer Tateinheit anzunehmen sei. Den Ausführungen des Gerichts schlossen sich Teile der Literatur wohlwollend an.<sup>17</sup>

Der BGH führte aus, dass ein Nebeneinanderstehen der §§ 243, 303 angebracht sei, da die Möglichkeit bestehe, dass jeweils unterschiedliche **Rechtsgutsträger** betroffen sind.<sup>18</sup> So liegt es etwa dann, wenn in Fall 1 der Eigentümer des Schmucks die Wohnung gemietet hätte, wodurch der Vermieter das Opfer der Sachbeschädigung wäre.<sup>19</sup> Hinsichtlich der **Begeittypik** gibt der BGH zu bedenken, dass für die anderen in § 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 genannten Tatmodalitäten („einsteigt“, „mit einem falschen Schlüssel [...] eindringt“) eine Begehung keineswegs regelmäßig mit einer Sachbeschädigung einhergeht. Ferner sei selbst innerhalb der Modalität des „Einbrechens“ eine Begehung ohne die gleichzeitige Verwirklichung des § 303 Abs. 1 nicht ausgeschlossen, etwa wenn der Täter eine lediglich ins Schloss gezogene Tür mit einfachen Mitteln, z.B. mittels Kreditkarte, zu öffnen in der Lage ist.<sup>20</sup> Schließlich sei auf praktische **Abgrenzungs-**

**probleme** und eine uneinheitliche Rechtsanwendung hinzuweisen, die bei konkret wertender Beurteilung der Typizität im Einzelfall entständen.<sup>21</sup> So könnte in Fall 1 angenommen werden, dass aufgrund des im Vergleich zum Wert des Diebesgutes erheblich höheren Sachschadens am Fenster die Sachbeschädigung nicht mehr als typische Begleittat erscheint; es ist jedoch unklar, ab welcher genauen Wertdifferenz dies der Fall sein soll.

Diese Argumente gegen eine Konsumtion des § 303 Abs. 1 lassen sich aufgrund nahezu identischer Tathandlungen ohne weiteres **auf § 244 Abs. 1 Nr. 3 übertragen**.<sup>22</sup> Insbesondere gilt dies in Bezug auf das Argument verschiedener Begehungsmöglichkeiten, wobei *Rengier* andeutet, insofern ein „Splitting“ der Norm vornehmen zu können und bei der Modalität des „Einbrechens“ in der Regel Konsumtion, bei den anderen Tateinheit anzunehmen.<sup>23</sup> Diese Option beiseitegelassen würde die zuvor dargelegte Ansicht in Fall 1 und 2 gleichermaßen, ungeachtet der unterschiedlichen Wertdifferenzen, Tateinheit annehmen.

Gegen die Argumentation des BGH wendet eine beachtliche Anzahl an Stimmen in der **Literatur** ein, dass Konsumtion gerade **keine „zwingende“ Mitverwirklichung** eines anderen Delikts voraussetzt, sondern nur eine tattypische.<sup>24</sup> Das typische Erscheinungsbild eines Einbruchsdiebstahls gehe weiterhin mit einer Sachbeschädigung einher, weshalb das Unrecht des § 303 Abs. 1 vollständig vom Strafraum des § 243 abgedeckt sei.<sup>25</sup> Favorisiert wird eine Lösung, nach der § 303 Abs. 1

<sup>14</sup> KG JR 1979, 249, 250; BayObLG NJW 1991, 3292, 3293.

<sup>15</sup> *Dölling*, JuS 1986, 688, 693; *Geppert*, Jura 2000, 651, 655.

<sup>16</sup> BGH NStZ 2001, 642.

<sup>17</sup> *Marxen/Pridik*, famos 11/2001, S. 6; *Rengier*, Strafrecht BT 2, 20. Aufl. 2018, § 3 Rn. 61; *Schmitz*, in MüKo (Fn. 8), § 243 Rn. 93; *Sternberg-Lieben*, JZ 2002, 514, 516.

<sup>18</sup> BGH NStZ 2001, 642, 643.

<sup>19</sup> Beispiel nach *Eisele*, Strafrecht BT 2, 4. Aufl. 2017, Rn. 167.

<sup>20</sup> BGH NStZ 2001, 642, 643 f.

<sup>21</sup> BGH NStZ 2001, 642, 644.

<sup>22</sup> *Rengier*, JuS 2002, 850, 855; *Schmitz*, in MüKo (Fn. 8), § 244 Rn. 79.

<sup>23</sup> *Rengier*, JuS 2002, 850, 855.

<sup>24</sup> *Fahl*, JA 2002, 541, 543; *Wessels/Beulke/Satzger* (Fn. 3), Rn. 1286.

<sup>25</sup> *Wessels/Hillenkamp/Schuhr*, Strafrecht BT 2, 41. Aufl. 2018, Rn. 245.

grundsätzlich im Wege der **Konsumtion** hinter § 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 zurücktritt.<sup>26</sup> Etwas anderes gelte lediglich dann, wenn bei **konkreter Betrachtung** im jeweiligen Einzelfall die Sachbeschädigung nicht (vollständig) im Unrechtsgehalt des Einbruchsdiebstahls aufgeht bzw. nicht als typische Begleittat erscheint.<sup>27</sup> Dies soll etwa dann der Fall sein, wenn der Diebstahl lediglich versucht, die Sachbeschädigung jedoch vollendet ist,<sup>28</sup> sich die betroffenen Rechtsgüter der jeweiligen Delikte verschiedenen Personen zuordnen lassen<sup>29</sup> oder der Wert des durch die Sachbeschädigung entstandenen Schadens erheblich höher ist als derjenige des Diebstahls<sup>30</sup>.

Vertreter dieser Ansicht stehen konsequenterweise auch für eine Konsumtion des § 303 Abs. 1 durch § 244 Abs. 1 Nr. 3 ein.<sup>31</sup> Unter Zugrundelegung einer daher geforderten Einzelfallbetrachtung wäre also in Fall 2 mangels weiterer Hinweise eine Konsumtion des § 303 Abs. 1 anzunehmen. Da jedoch in Fall 1 aufgrund des erheblichen Wertgefälles vom Schaden an der Tür zum erbeuteten Schmuck das Unrecht der Tat im Ergebnis wohl nicht erschöpfend von § 244 Abs. 1 Nr. 3 erfasst wird, wäre hier eine Konsumtion des § 303 nicht möglich und mithin Tateinheit anzunehmen.

### 3. Kernaussagen der Entscheidung

Der BGH führt die in seinem obiter dictum bezüglich § 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 aus dem Jahr 2001<sup>32</sup> genannten Argumente für § 244 Abs. 1 Nr. 3 weiter aus. Dieser soll fortan **immer in**

**Tateinheit** mit § 303 Abs. 1 stehen. Die anderen Strafsenate schlossen sich dieser Rechtsauffassung auf Anfrage an.<sup>33</sup>

Der BGH wiederholt zunächst, dass die Verwirklichung des § 244 Abs. 1 Nr. 3 nicht typischerweise mit einer Sachbeschädigung einhergehe, was sich insbesondere an den Tatmodalitäten „einsteigen“ und „sich verborgen halten“ zeige. Die Annahme einer grundsätzlichen Begleittypik lediglich für die Variante des „Einbrechens“ führe zu einem **systematischen Bruch**. Dies beruhe darauf, dass dann die unterschiedlichen Begehungsmöglichkeiten trotz gesetzgeberischer Gleichstellung, die sich in der Normierung innerhalb einer Nummer des Regelbeispiels und in ihrem einheitlichen Strafraumen manifestiere, konkurrenzrechtlich unterschiedlich behandelt würden.

Weiterhin würde im geschilderten Falle eines Auseinanderfallens der Träger der geschädigten Rechtsgüter eine Verurteilung nur unter dem Gesichtspunkt des Diebstahls das Unrecht des Geschehens nicht vollständig erfassen. Für diese Situation im Einzelfall eine Ausnahme vom Grundsatz der Konsumtion des § 303 zu machen sei nicht sachgerecht, da dies je nach Anzahl der geschädigten Rechtsgutsträger zu **zufälligen Ergebnissen** führe.

Auch die schon angeführte zweistufige Prüfung der Typizität – zunächst abstrakte, dann konkrete Begleittypik – sei aufgrund großer Abgrenzungsschwierigkeiten vor dem Hintergrund von Rechtssicherheit und -klarheit bedenklich. So sei bereits die im ersten Schritt erforderliche Beurteilung der Regelmäßigkeit einer Begleittat mit für den Normadressaten schwer abzuschätzenden Wertungsvorgängen

<sup>26</sup> *Kindhäuser*, in NK, StGB, 5. Aufl. 2017, § 243 Rn. 62; *Kühl*, in Lackner/Kühl (Fn. 10), § 243 Rn. 24; *Niehaus*, AL 2014, 151, 157.

<sup>27</sup> *Kindhäuser*, LPK (Fn. 7), § 243 Rn. 58; *Niehaus*, AL 2014, 151, 157.

<sup>28</sup> *Heinrich*, in Arzt/Weber/Heinrich/Hilgen-dorf, Strafrecht BT, 3. Aufl. 2015, § 14 Rn. 52.

<sup>29</sup> *Wessels/Beulke/Satzger* (Fn. 3), Rn. 1286.

<sup>30</sup> *Bosch*, in Schönke/Schröder, 30. Aufl. 2019, § 243 Rn. 59; so auch im entscheidungserheblichen Teil des Urteils BGH NSTZ 2001, 642, 644.

<sup>31</sup> *Kudlich*, in Satzger/Schluckebier/Widmaier, 4. Aufl. 2018, § 244 Rn. 53.

<sup>32</sup> BGH NSTZ 2001, 643.

<sup>33</sup> Vgl. BGH NJW 2019, 1086, 1090.

verbunden. Diese Unsicherheiten würden angesichts fehlender eindeutiger, ebenfalls Wertungen unterworfenen Kriterien für die im zweiten Schritt erfolgende Ermittlung einer eventuellen Atypizität im Einzelfall verschärft. Insbesondere könne ein wirtschaftlicher Vergleich der realisierten Diebesbeute mit dem eingetretenen Sachschaden nicht herangezogen werden, da weder der Diebstahl, noch die Sachbeschädigung einen wirtschaftlichen Vermögensverlust voraussetzen. Ein solcher Vergleich berge außerdem die Gefahr von **Wertungswidersprüchen**. So würde etwa der Täter, der neben einem hohen Sach- auch noch einen erheblichen Diebstahlschaden verursacht, gegenüber demjenigen Täter, der bei gleichem Sachschaden nur geringwertiges Diebesgut erlangt, im Schuldspruch privilegiert, indem bei Ersterem Konsumtion stattfindet, obgleich dieser das größere Erfolgsunrecht verwirklicht hat.

Schließlich führt der BGH **prozessuale Anwendungsprobleme** an, die sich durch eine Abgrenzung im Einzelfall im Strafverfahren ergäben. So sei etwa die genaue Ermittlung des durch den Diebstahl und die Sachbeschädigung jeweils entstandenen Schadens nicht immer einfach zu realisieren, was zu mangelnder Entscheidungsreife und daher vermeidbaren Verfahrensverzögerungen führen könnte.

#### 4. Konsequenzen für Ausbildung und Praxis

Wie bereits einleitend angeklungen, führt die zukünftig ausnahmslose Annahme von Tateinheit gemäß § 52 zwischen § 244 Abs. 1 Nr. 3 und § 303 Abs. 1 als wesentliche Folge für die Praxis zu einer **Veränderung des Urteilstensors**.

Die Grundlage für diesen bilden die in Tateinheit stehenden und den Unwert der Tat

nur gemeinsam erfassenden Delikte (§ 260 Abs. 1 S. 1, 2 StPO). Dadurch soll im Sinne einer Klarstellungsfunktion des Schuldspruchs gewährleistet werden, dass dem Volk, in dessen Namen das Urteil schließlich gesprochen wird, das vom Täter verwirklichte Unrecht „klar“ ersichtlich wird.<sup>34</sup> Darüber hinaus erweisen sich die praktischen Konsequenzen jedoch als gering, denn in Bezug auf die **Strafzumessung** ist zunächst nur die die schwerste Strafe androhende Norm maßgeblich, § 52 Abs. 2 S. 1. Zwar können die danebenstehenden Delikte strafscharfend in die Beurteilung miteinbezogen werden;<sup>35</sup> da dies jedoch nach ständiger Rechtsprechung<sup>36</sup> auch für die zurückgetretenen Delikte gelten soll<sup>37</sup>, ergeben sich durch die nunmehr andere Beurteilung des Konkurrenzverhältnisses insoweit keine Nachteile für den Täter.

Ungleich größere Bedeutung hat die Bildung der Konkurrenzen in der **universitären Klausur**. Bereits deren korrekte Strukturierung ist abhängig von der Kenntnis des Verhältnisses der in Betracht kommenden Strafnormen zueinander.<sup>38</sup> Da dieser hohe Stellenwert im krassen Gegensatz zur häufig mangelnden Behandlung durch die Studierenden steht, ist an dieser Stelle in Grundzügen die zumindest gedanklich zu vollziehende Prüfung der Konkurrenzen darzustellen. Diese ist in zwei Schritte unterteilt.<sup>39</sup>

Verwirklicht der Täter mehrere Straftatbestände, ist in einem ersten Schritt zu prüfen, **wie viele Handlungen** des Täters vorliegen. Eine „Handlung“ im Sinne der §§ 52 f. kann sowohl eine Handlung im natürlichen Sinne, also eine einzige auf einem Willensentschluss beruhende Körperbewegung<sup>40</sup>, als auch eine Handlung im juristischen Sinne, bei der mehrere natürliche Handlungen im Wege

<sup>34</sup> Rengier (Fn. 5), § 56 Rn. 3.

<sup>35</sup> Kindhäuser, LPK (Fn. 7), § 52 Rn. 2.

<sup>36</sup> BGHSt 1, 152, 155; 19, 188, 189.

<sup>37</sup> Kritisch hierzu bei Spezialität v. Heintschel-Heinegg, in MüKo (Fn. 8), Vor § 52 Rn. 64.

<sup>38</sup> Rückert, JA 2014, 826; so sind etwa lange Ausführungen zu § 223 nach Bejahung des § 212 fehlerhaft.

<sup>39</sup> Übersichten bei Seher, JuS 2004, 482, 484; Wessels/Beulke/Satzger (Fn. 3), Rn. 1296.

<sup>40</sup> Mitsch, JuS 1993, 385, 388.

wertender Betrachtung zu einer einzigen „Handlung“ zusammengefasst werden, sein<sup>41</sup>. Liegt danach eine einzige „Handlung“ vor, spricht man von Handlungseinheit, während das Vorliegen mehrerer Handlungen als Handlungsmehrheit bezeichnet wird.<sup>42</sup> In einem zweiten Schritt sind sodann diejenigen Delikte zu ermitteln, die im Wege der **Gesetzeseinheit** zurücktreten.<sup>43</sup> Erst jetzt kann endgültig festgestellt werden, welche zuvor in Handlungseinheit stehenden Delikte nach Aussonderung der zurücktretenden Normen in Tateinheit (§ 52) und entsprechend, welche zuvor in Handlungsmehrheit stehenden Delikte in Tatmehrheit (§ 53) zueinander stehen.<sup>44</sup>

## 5. Kritik

In der ersten höchstrichterlichen Entscheidung zu dieser Problematik bemüht sich der BGH um lehrbuchmäßige Ausführungen, in denen er in so selten gesehener Form alle kritischen Einwände der Literatur zu widerlegen sucht. Dabei tun sich jedoch argumentative Lücken auf, die Anlass zu erheblichen Zweifeln an der Richtigkeit des Ergebnisses geben.

Sofern der BGH zum Begleitcharakter der Sachbeschädigung in Bezug auf das „Einbrechen“ ausführt, von diesem könne „nicht ausnahmslos ausgegangen werden“, da die Verwirklichung der Sachbeschädigung „bei einem Einbruchsdiebstahl nicht vorgezeichnet“ sei, **verkennt** er die **anerkannten Beurteilungsmaßstäbe der Konsumtion**, denn diese fordern ja gerade keine notwendige („ausnahmslose“), sondern eben nur eine regelmäßige Mitbegehung des zurücktretenden Delikts. Unter Zugrundelegung des Verständnisses des BGH von der Rechtsfigur Konsumtion verkommt diese zu einer nahezu überflüssigen Kategorie der Gesetzeseinheit, da sich die dann verbleibenden Fälle auch der Spezialität zuordnen ließen.<sup>45</sup> Dies schlägt sich auch in

den vom BGH gewählten Beispielen nieder: Diese belegen zwar, dass eine Verwirklichung des § 244 Abs. 1 Nr. 3 ohne Sachbeschädigung grds. denkbar ist. Es drängt sich jedoch die Frage auf, in wie vielen der knapp 100.000 Fälle eines Wohnungseinbruchsdiebstahls im Jahre 2018<sup>46</sup> der Täter durch einfaches Aufdrücken eines nicht sehr resistenten Fensters einer Boots Kajüte ohne dessen Beschädigung in die Räumlichkeit gelangt ist. Diese Konstellation implizit dem Regeltatbild des § 244 Abs. 1 Nr. 3 zuzuordnen, ist fragwürdig.

Auf Bedenken stößt weiterhin der systematische Einwand des BGH, eine Einzelfallbetrachtung führe trotz ersichtlich entgegenstehenden Gesetzgeberwillens zu einer konkurrenzrechtlichen Ungleichbehandlung der verschiedenen Tatmodalitäten des § 244 Abs. 1 Nr. 3. Denn dies setzt voraus, dass sich der Gesetzgeber bei der Normierung innerhalb einer Nummer des § 244 über die konkurrenzrechtlichen Folgen dieses Vorgehens Gedanken gemacht hat. Primäre Intention ist jedoch gewesen, diese Art des Diebstahls, die oftmals mit erheblichen psychischen Belastungen der Opfer einhergeht, in all ihren denkbaren Begehungsmodalitäten zu erfassen.<sup>47</sup> Ob dabei auch **konkurrenzrechtliche Konsequenzen in die Erwägungen miteinbezogen** wurden, erscheint angesichts fehlender Erwähnung in den Gesetzgebungsmaterialien sowie einer gegenüber der Thematik oftmals ohnehin indifferenten Haltung<sup>48</sup> zweifelhaft. Es steht daher nach Ansicht der Verfasser einem „Splitting“ der konkurrenzrechtlichen Behandlung der Norm nichts entgegen. Vorbehaltlich einer Korrektur im Einzelfall ist daher bzgl. des „Einbrechens“ Konsumtion, für die anderen Modalitäten Tateinheit anzunehmen.

(Henrik Letzer/Niklas Oehrlein)

<sup>41</sup> Niehaus, AL 2014, 151, 154.

<sup>42</sup> Geppert, Jura 2000, 598, 600.

<sup>43</sup> Wessels/Beulke/Satzger (Fn. 3), Rn. 1296.

<sup>44</sup> Walter, JA 2004, 133, 137.

<sup>45</sup> Ähnlich bereits Fahl, JA 2002, 541, 543.

<sup>46</sup> PKS BKA, 2018, V 1.0, IMK-Bericht, S. 16.

<sup>47</sup> Vgl. dazu BT-Drs. 13/8587, S. 43.

<sup>48</sup> Puppe, JuS 2016, 961, 961 ff.