

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

A plant, einen Zigarettenautomaten aufzubrechen, um an Zigaretten und Bargeld zu gelangen. Für die Umsetzung hat er verschiedene Einbruchswerkzeuge mitgebracht, darunter einen Trennschleifer, für dessen Verwendung er allerdings Strom benötigt. Weitere Hilfsmittel legt er vor dem Zigarettenautomaten ab. In der Absicht, die Geräusche seines Tuns zu dämpfen, verhüllt er den Automaten mit einer Plane und einem Handtuch. Für die Nutzung des Trennschleifers hofft A, in unmittelbarer Nähe zum Tatort, einen Stromanschluss zu finden. Da ein solcher nicht vorhanden ist, kann er den Trennschleifer jedoch nicht nutzen. Den Gebrauch eines anderen Werkzeugs zieht er in Erwägung, aufgrund der zutreffenden Annahme, entdeckt worden zu sein, sieht er hiervon aber ab und verlässt fluchtartig den Tatort.

Das LG verurteilt A im Hinblick auf diese Tat wegen versuchten Diebstahls gem. den §§ 242, 22, 23 StGB<sup>2</sup>. Gegen das Urteil legt A Revision zum BGH ein.

## 2. Probleme und bisheriger Meinungsstand

Im Zentrum des Falls steht die Frage, ob A bereits zum versuchten Diebstahl unmittelbar

### September 2020 Zigarettenautomat-Fall

*Versuchsbeginn / unmittelbares Ansetzen / Regelbeispiel*

§§ 242, 22, 23, 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 1, 2 StGB

#### **famos-Leitsätze:**

1. Ist der Gewahrsam durch Schutzmechanismen gesichert, so reicht der erste Angriff auf einen solchen Schutzmechanismus regelmäßig aus, wenn sich der Täter nach dessen Überwindung ohne Zwischenschritte, zeitliche Zäsur oder weitere eigenständige Willensbildung einen ungehinderten Zugriff auf die erwartete Beute vorstellt.
2. Sollen mehrere gewahrsamssichernde Schutzmechanismen hintereinander überwunden werden, ist schon bei Angriff auf den ersten davon in der Regel von einem unmittelbaren Ansetzen zur Wegnahme auszugehen.

BGH, Beschluss vom 28. April 2020 – 5 StR 15/20; veröffentlicht in NJW 2020, 2570.

i.S.d. § 22 angesetzt hat, indem er den Zigarettenautomaten lediglich verhüllte.

Der Gesetzgeber wollte mit § 22 festlegen, dass eine Strafbarkeit auch schon im Vorfeld der Tatvollendung angenommen werden kann.<sup>3</sup> Eine zu weite Vorverlagerung in die Vorbereitungsphase war jedoch nicht das Ziel.<sup>4</sup> Die Grenze zur straflosen Vorbereitung bestimmt sich nach dem unmittelbaren Ansetzen zur Tatbestandsverwirklichung gem. § 22.<sup>5</sup> Die h.M. verbindet verschiedene

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

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

<sup>3</sup> BT-Drs. V/4095, S. 11.

<sup>4</sup> BT-Drs. V/4095, S. 11.

<sup>5</sup> Kudlich, JA 2015, 152, 153; Kühl, in Lackner/Kühl, StGB, 29. Aufl. 2018, § 22 Rn. 4.

subjektive und objektive Elemente (sogeannter „Kombinationsansatz“).<sup>6</sup> Nach dieser Theorie liegt ein unmittelbares Ansetzen vor, „wenn der Täter subjektiv [nach seiner Vorstellung] die Schwelle zum „jetzt geht es los“ überschreitet und objektiv zur tatbestandsmäßigen Angriffshandlung ansetzt, sodass sein Tun ohne Zwischenakte in die Tatbestandserfüllung übergeht“<sup>7</sup> und aus Tätersicht eine konkrete Gefährdung des geschützten Rechtsguts erreicht wird.<sup>8</sup> Bei einer Teilverwirklichung des gesetzlichen Tatbestandes kann das Ansetzen nach § 22 grundsätzlich bejaht werden, ein solches ist für den Versuchsbeginn jedoch nicht erforderlich.<sup>9</sup> Der Versuch kann bereits bei einem eigenständig betrachteten, noch nicht tatbestandsmäßigen Handeln vorliegen, wenn dieses nach dem Tatplan ohne wesentliche Zwischenakte in die Tatbestandsverwirklichung einmünden soll.<sup>10</sup> Wesentliche Zwischenakte sind Handlungen, die wegen fehlender Zusammengehörigkeit mit der Tathandlung keinen Bestandteil des Tatplans darstellen.<sup>11</sup>

In dem hier zu besprechenden Fall wollte A durch Aufbruch eines Zigarettenautomaten an Zigaretten und Bargeld gelangen. Da dieses Vorhaben scheiterte, könnte ein Versuch des Diebstahls vorliegen, der gem. § 242 Abs. 2 strafbar ist. Entscheidend ist hier das **unmittelbare Ansetzen zum Gewahrsamsbruch**, genauer das Vorhandensein einer konkreten Gefahr des ungehinderten Zugriffs auf das potenzielle Diebesgut.<sup>12</sup> Überdies könnte der Zigarettenautomat als **Schutzvorrichtung** gem.

§ 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 angesehen werden. Folglich käme ein versuchter Diebstahl in einem besonders schweren Fall nach §§ 242, 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 in Betracht.

Zu klären ist dabei, ob ein unmittelbares Ansetzen zum Regelbeispiel ausreichend ist, um zu einer versuchten Wegnahme anzusetzen oder ob zwingend ein unmittelbares Ansetzen zum Grunddelikt (zur Wegnahme) vorausgesetzt wird.<sup>13</sup>

Nach der dogmatischen Logik wird in diesen Fällen der Versuchsbeginn angenommen, wenn zumindest auch zum Grunddelikt unmittelbar angesetzt wurde,<sup>14</sup> wenn also im unmittelbaren Ansetzen zum Regelbeispiel auch ein unmittelbares Ansetzen zum Grunddelikt liegt.<sup>15</sup> Das Regelbeispiel erfasse Umstände, die eine Erhöhung des Strafrahmens ermöglichen, sie bauen auf dem Grundtatbestand auf.<sup>16</sup> Das Unrecht eines versuchten Regelbeispiels könne damit **nicht** gegeben sein, solange zumindest nicht ebenfalls das Unrecht eines versuchten Grunddelikts vorliege.<sup>17</sup>

In Bezug auf den vorliegenden Fall, ist zusätzlich problematisch, dass sowohl Regelbeispiel als auch Grunddelikt im Versuch stecken bleiben. Sind sowohl das Grunddelikt, als auch das Regelbeispiel nur versucht, werden zwei unterschiedliche Lösungsansätze vertreten.<sup>18</sup> Der BGH bejaht einen versuchten Diebstahl in einem besonders schweren Fall.<sup>19</sup> Begründet wird dies zum einen damit, dass es nicht der Wille des historischen Gesetzgebers gewesen sei, bei Änderung des § 243 von einer Qualifi-

<sup>6</sup> *Cornelius*, in BeckOK, StGB, 47. Ed., Stand: 01.08.2020, § 22 Rn. 35; *Engländer*, NStZ 2017, 86, 88.

<sup>7</sup> BGH NStZ 2013, 156, 157.

<sup>8</sup> BGH NStZ 2006, 331, 331 f.

<sup>9</sup> *Hoffmann-Holland*, in MüKo, StGB, Bd. 1, 4. Aufl. 2020, § 22 Rn. 106.

<sup>10</sup> BGH BeckRS 1984, 31113653; *Eser/Bosch*, in Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. 2019, § 22 Rn. 37.

<sup>11</sup> BGH BeckRS 2015, 14775 Rn. 14.

<sup>12</sup> *Kindhäuser*, in NK, StGB, 5. Aufl. 2017, § 242 Rn. 129; *Wittig*, in BeckOK, StGB, 46. Ed., Stand: 01.05.2020, § 242 Rn. 44.

<sup>13</sup> *Engländer*, NStZ 2017, 86, 87.

<sup>14</sup> *Kühl*, in Lackner/Kühl (Fn. 5), § 22 Rn. 10.

<sup>15</sup> *Kudlich*, JA 2015, 152, 153.

<sup>16</sup> *Eisele*, JA 2006, 309, 310.

<sup>17</sup> *Engländer*, NStZ 2017, 86, 87.

<sup>18</sup> *Rengier*, Strafrecht BT I, 22. Aufl. 2020, § 3 Rn. 52.

<sup>19</sup> BGH NJW 1986, 940, 941; *Schmitz*, in MüKo, StGB, Bd. 4, 3. Aufl. 2017, § 243 Rn. 89.

kation in eine Strafzumessungsregel die Reichweite des § 243 einzuschränken.<sup>20</sup> Zum anderen argumentiert die Rspr., dass § 243 aufgrund der Tatbestandsähnlichkeit bereits beim Versuch der Verwirklichung des Regelbeispiels Indizwirkung entfalte.<sup>21</sup> Die Indizwirkung besagt, dass bei Bejahen des Regelbeispiels widerlegbar vermutet werden kann, dass die Tat insgesamt als besonders schwer einzustufen ist.<sup>22</sup> Die Literatur hingegen geht lediglich von einem versuchten Diebstahl aus.<sup>23</sup> Es wird argumentiert, ein unmittelbares Ansetzen i.S.v. § 22 sei nur bei Tatbeständen möglich, bei § 243 handele es sich allerdings um Regelbeispiele.<sup>24</sup> Des Weiteren könne man aufgrund des Verbotes einer Analogie gem. Art. 103 Abs. 2 GG zu Lasten des Täters bei einem Versuch der Verwirklichung des Regelbeispiels nicht von einer Indizwirkung ausgehen.<sup>25</sup>

Besonderes Augenmerk ist darauf zu richten, ob das in Aussicht genommene Diebesgut durch einen oder mehrere Schutzmechanismen gesichert ist. Bisher wurde seitens der Rspr. in vergleichbaren Fällen ein unmittelbares Ansetzen zum Regelbeispiel und gleichzeitig zur Wegnahme bejaht, wenn der Täter erfolgreich **alle** Schutzmechanismen i.S.d. Norm überwunden hat<sup>26</sup> und somit anschließend in unmittelbarer zeitlicher und örtlicher Nähe ohne erwartbare Hindernisse mit der Wegnahme beginnen kann.<sup>27</sup> Sind diese Voraussetzungen gegeben, sei in dem unmittelbaren Ansetzen zum Regelbeispiel gleichzeitig auch ein unmittelbares Ansetzen zum Grunddelikt zu sehen.<sup>28</sup>

Es kommt jedoch immer auf die Betrachtung des Einzelfalls an. Zum Beispiel lehnte

der BGH im Jahr 2016 einen versuchten Wohnungseinbruchsdiebstahl gem. §§ 242, 244 Abs. 1 Nr. 3, 22 aufgrund fehlenden unmittelbaren Ansetzens ab.<sup>29</sup> Hier wollten die Täter in ein Wohnhaus einbrechen, um dort nach Wertgegenständen zu suchen.<sup>30</sup> Sie waren bereits über das Gartentor in den Garten des Hauses eingedrungen, machten sich an der Terrassentür zu schaffen und leuchteten die Rollos an.<sup>31</sup> Der Inhaber des Gebäudes wurde durch die verursachten Geräusche auf die Täter aufmerksam, weshalb diese ihr Vorhaben abbrachen.<sup>32</sup> Das Eindringen in den Garten reichte dem BGH für ein unmittelbares Ansetzen nicht aus, da nicht im Garten sondern in dem durch weitere Sicherung geschützten Haus nach Diebesgut gesucht werden sollte.<sup>33</sup> Auch für das „Zuschaffenmachen“ an der Terrassentür und das Anleuchten der Rollos wurde der Versuchsbeginn abgelehnt. Es sei nicht ersichtlich, dass die Wegnahme im unmittelbaren zeitlichen und räumlichen Zusammenhang ohne weitere Zwischenakte, wie die Suche nach der Beute, erfolgen könne.

Im Jahr 2019 verneinte der BGH in einem Fall, in dem die Täter schon einen Schritt weiter waren, erneut das unmittelbare Ansetzen zum Wohnungseinbruchsdiebstahl.<sup>34</sup> In diesem Sachverhalt hatte der Täter bereits den Holzrahmen einer Terrassentür durchbohrt, um von innen den Türhebel zu betätigen, mit dem Ziel, aus der Wohnung Gegenstände zu entwenden.<sup>35</sup> Zur Umsetzung des Tatplans kam es allerdings nicht, da im Wohnhaus das Licht angeschaltet wurde.<sup>36</sup> Das unmittelbare Ansetzen scheiterte ebenfalls aufgrund des

<sup>20</sup> Rengier (Fn. 18), § 3 Rn. 52.

<sup>21</sup> Bosch, in Schönke/Schröder (Fn. 10), § 243 Rn. 44.

<sup>22</sup> Eisele, JA 2006, 309.

<sup>23</sup> Schmitz, in MüKo (Fn. 19), § 243 Rn. 89.

<sup>24</sup> Zaczyk, in NK (Fn. 12), § 22 Rn. 55.

<sup>25</sup> Eisele, JA 2006, 309, 314.

<sup>26</sup> BGH NSTZ 2019, 716.

<sup>27</sup> Vgl. Kudlich, JA 2015, 152, 154.

<sup>28</sup> Cornelius, in BeckOK (Fn. 6), § 22 Rn. 46a.

<sup>29</sup> BGH NJW 2017, 1189.

<sup>30</sup> BGH NJW 2017, 1189.

<sup>31</sup> BGH NJW 2017, 1189.

<sup>32</sup> BGH NJW 2017, 1189.

<sup>33</sup> Eisele, JuS 2017, 175, 176.

<sup>34</sup> BGH, BeckRS 2019, 22265.

<sup>35</sup> BGH, BeckRS 2019, 22265.

<sup>36</sup> BGH, BeckRS 2019, 22265.

Fehlens des räumlichen und zeitlichen Zusammenhangs zwischen Ansetzen zur Qualifikation und der Wegnahme.<sup>37</sup>

### 3. Kernaussagen der Entscheidung

Der BGH verwirft die Revision des A gegen das Urteil des LG. Es sei nicht zu beanstanden, dass A zur Verwirklichung des Diebstahls bereits unmittelbar angesetzt hat.

Bei Diebstahlsdelikten müsse berücksichtigt werden, ob aus Tätersicht mit dem unmittelbaren Ansetzen zum Regelbeispiel und damit auch zum Grunddelikt bereits ein ungehinderter Zugriff auf das angestrebte Diebesgut bestehe. Der BGH stellt dabei darauf ab, ob der Gewahrsam durch Schutzmechanismen gesichert ist. Hierbei reiche der **erste Angriff** auf einen solchen Schutzmechanismus aus, um den Versuchsbeginn zu bejahen. Es sei allerdings zu beachten, dass dies nur gelte, wenn nach der geplanten Tatumsetzung **ohne** tatbestandsfremde Zwischenschritte, zeitliche Zäsur oder Abweichungen vom ursprünglichen Tatplan, nach den Vorstellungen des Täters ein ungehinderter Zugriff auf die erwartete Beute bestehe. Bei Vorliegen mehrerer Schutzmechanismen sei ein unmittelbares Ansetzen bereits gegeben, wenn mit den zur Verfügung stehenden Mitteln im unmittelbaren zeitlichen und räumlichen Zusammenhang ein Angriff auf den **ersten Schutzmechanismus** erfolge. Ein erfolgreiches Überwinden des angegriffenen Schutzmechanismus sei für das unmittelbare Ansetzen allerdings nicht erforderlich. Deshalb reiche der Beginn des Einbrechens, Einsteigens oder Eindringens i.S.v. § 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 1, § 244 Abs. 1 Nr. 3 StGB regelmäßig aus, um einen Versuchsbeginn anzunehmen. Der 5. Strafsenat hält insofern an seiner bisherigen Rspr., soweit sie dieser Entscheidung entgegensteht, nicht mehr fest. Das bloße Untersuchen eines Schutzmechanismus sei für die die Annahme des unmittelbaren Ansetzens jedoch nicht

ausreichend. Vorliegend habe A geplant, einen Zigarettenautomaten aufzubrechen, um Zigaretten und Bargeld zu entwenden. Der Automat stelle einen solchen Schutzmechanismus dar. Durch die Verhüllung des Automaten und dem damit verbundenen Ziel, die Geräusche der Tat zu dämpfen, sei dieser Schutzmechanismus dem Zugriff des A ausgesetzt gewesen. Diesen habe A durch den Einsatz des Trennschleifers oder mit einem anderen bereitgelegten Werkzeug überwinden wollen, um die darin befindlichen fremden Sachen wegzunehmen. In der vergeblichen Suche nach einem Stromanschluss für die Verwendung des Trennschleifers sei nicht ein tatbestandsfremder wesentlicher Zwischenschritt, eine zeitliche Zäsur oder ein Abweichen vom Tatplan zu sehen. Damit seien die von A begehrten Zigaretten und das Bargeld bereits konkret gefährdet gewesen. Ein unmittelbares Ansetzen und somit ein Versuchsbeginn seien zu bejahen.

### 4. Konsequenzen für Ausbildung und Praxis

Das unmittelbare Ansetzen ist seit jeher mit Problemen verbunden und bereitet in Prüfungen und der Praxis oftmals große Schwierigkeiten.

Im Hinblick auf den Beschluss ist festzuhalten, dass nach der Ansicht des BGH bereits der erste Angriff auf einen Schutzmechanismus regelmäßig ausreichend ist, um ein unmittelbares Ansetzen anzunehmen. Gem. der hier zu besprechenden Entscheidung umfasst der Schutzmechanismus auch Fälle in denen der Schutz des Gewahrsams durch eine dafür zuständige Person gewährleistet wird. Bei mehreren Schutzmechanismen reiche der Angriff auf den ersten Schutzmechanismus aus. Dies hat zur Folge, dass es zu einer **Vorverlagerung** des Versuchsbeginns kommt, eine Versuchsstrafbarkeit somit schneller angenommen wird. Wie erwähnt, hält der BGH an der entgegenstehenden Rspr., (wie der oben

<sup>37</sup> BGH, BeckRS 2019, 22265; BGH NJW 2017, 1189.

geschilderten aus dem Jahre 2019), nicht fest. Mit Blick auf die aktuelle Rspr. ist anzunehmen, dass in diesen Fällen ein versuchter Wohnungseinbruchsdiebstahl hätte bejaht werden müssen, da mit dem Eindringen zum Tatbestand der Qualifikation unzweifelhaft angesetzt wurde.

Aufgrund der angesprochenen Konsequenzen des Beschlusses könnte der Versuch des Regelbeispiels noch mehr an Prüfungsrelevanz gewinnen. Im Folgenden wird deshalb auf einige Punkte eingegangen, die bei der Bearbeitung dieser Konstellation wichtig werden könnten.

Wenn Anhaltspunkte im Sachverhalt angelegt sind, die auf einen strafbefreienden Rücktritt des Täters schließen lassen, ist zu überlegen, ob dieser erst nach der Prüfung der Strafzumessung, oder bereits davor anzusprechen ist. Klausurtaktisch ist es sinnvoll, sich bereits in der Lösungsskizze darüber Gedanken zu machen, ob der Täter erfolgreich zurückgetreten sein könnte und ob ggf. besondere Probleme in der Strafzumessung angelegt sind. Um sicher zu gehen, dass man sich keine Probleme abschneidet (wie z.B. die Feststellung des Vorliegens einer Strafzumessungsvorschrift, die man in der Normenkette zitiert hat oder etwaige Sonderprobleme der Strafzumessung), sollte der Rücktritt wohl in jedem Fall erst nach Prüfung der Strafzumessung geprüft werden.

Im Prüfungspunkt der Strafzumessung können **drei** unterschiedliche Fallgestaltungen in Bezug auf § 243 relevant werden. Die Vollendung des Regelbeispiels bei versuchter Tat, der Versuch des Regelbeispiels und Tatvollendung und der Versuch von Tat und Regelbeispiel.<sup>38</sup> Sind sowohl das Grunddelikt als auch das Regelbeispiel nur versucht, werden zwei unterschiedliche Lösungsansätze vertreten, die bereits erörtert wurden.<sup>39</sup>

Die Fallgestaltung Versuch des Regelbeispiels bei Vollendung des Grunddelikts ist strittig. Ein Teil der Lehre geht hier von einem Diebstahl in einem versuchten besonders schweren Fall aus.<sup>40</sup> Der Versuch des Regelbeispiels müsste bei vollendetem Grunddelikt erst recht die Indizwirkung auslösen, wenn dies schon beim Versuch des Grunddelikts angenommen würde.<sup>41</sup> Aufgrund der Verwirklichung größeren Unrechts müsse somit erst recht der höhere Strafraum angewendet werden.<sup>42</sup> Die h.M. geht hingegen vom einfachen Diebstahl aus, verneint damit die Indizwirkung des Regelbeispiels, da § 22 lediglich auf Straftaten anzuwenden ist, nicht jedoch auf Strafzumessungsregeln. Der Versuch des Regelbeispiels ist demnach zu verneinen.<sup>43</sup>

Unproblematisch ist die Vollendung des Regelbeispiels bei versuchtem Grunddelikt.<sup>44</sup> In diesem Fall ist die Indizwirkung des Regelbeispiels erfüllt und der Täter hat sich somit wegen eines Versuchs des Grunddelikts in einem besonders schweren Fall strafbar gemacht.<sup>45</sup>

## 5. Kritik

Dem Beschluss des 5. Strafsenats ist nicht zuzustimmen, die ältere Rspr. ist überzeugender. Es ist nicht nachvollziehbar, warum der BGH hier ein unmittelbares Ansetzen annimmt. Wichtig sei die Überwindung des Schutzmechanismus, da der erste Angriff auf einen solchen ausreicht, wenn sich der Täter nach dem Tatplan ohne tatbestandsfremde Zwischenschritte einen ungehinderten Zugriff auf die erwartete Beute vorstelle. Diese Ansicht ist noch nachvollziehbar. Der BGH hat allerdings im vorliegend zu besprechendem Fall ein unmittelbares Ansetzen angenommen, obwohl es noch nicht zu einer Beschädigung des Schutzmechanismus kam. Der Täter hatte

<sup>38</sup> Schmitz, in MüKo (Fn. 19), § 243 Rn. 85.

<sup>39</sup> Rengier (Fn. 18), § 3 Rn. 52.

<sup>40</sup> Kindhäuser, in NK (Fn. 12), § 243 Rn. 46 f; Schmitz, in MüKo (Fn. 19), § 243 Rn. 88.

<sup>41</sup> Eisele, JA 2006, 309, 315.

<sup>42</sup> Eisele, JA 2006, 309, 315.

<sup>43</sup> Schmitz, in MüKo (Fn. 19), § 243 Rn. 88.

<sup>44</sup> Wittig, in BeckOK (Fn. 12), § 243 Rn. 30.

<sup>45</sup> Heinrich, Strafrecht AT, 5. Aufl. 2016, Rn. 733a.

das Aufbruchswerkzeug noch nicht einmal verwendet. Damit kommt es zu einer zu weiten Vorverlagerung des Versuchsbeginns.

Die Wendung „regelmäßig“ deutet wiederum darauf hin, dass der BGH es sich vorbehalten will, in Einzelfällen von dieser Entscheidung abzuweichen. Des Weiteren wird aus dem Beschluss nicht ersichtlich, warum der BGH § 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 nicht erwähnt. Denn der Zigarettenautomat kann unproblematisch unter die Definition des „verschlossenen Behältnisses“ i.S.d. § 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 Alt. 1 subsumiert werden.<sup>46</sup>

Im Übrigen ist zu kritisieren, dass der BGH hier nur in wenigen Sätzen auf den genauen Sachverhalt eingeht. Er führt zwar lehrbuchartig aus, welche Kriterien für das unmittelbare Ansetzen relevant sind, und nennt auch einige Beispielfälle. Diese beziehen sich allerdings eher auf die Diebstahlsqualifikation des § 244 bzw. auf das Regelbeispiel des § 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 StGB.

Auf einen möglichen strafbefreienden Rücktritt gem. § 24 wird schließlich gar nicht eingegangen. Der BGH hätte sich zumindest darüber Gedanken machen müssen, ob ein Rücktritt vorläge oder ob dieser aufgrund eines Fehlschlags des Versuchs nicht mehr möglich war. Ein fehlgeschlagener Versuch könnte darin liegen, dass A keinen Stromanschluss fand und somit nach seiner Vorstellung den Erfolgseintritt in unmittelbarem räumlichem oder zeitlichem Zusammenhang mit den ihm zur Verfügung stehenden Tatmitteln nicht mehr erreichen konnte.<sup>47</sup> Dazu fehlen allerdings die notwendigen Informationen. Des Weiteren könnte der Rücktritt an der fehlenden Freiwilligkeit scheitern. Durch die Entdeckung hatte sich das Tatrisiko für A erhöht, weshalb er von der Tat abgesehen haben könnte. Die Entdeckung der Tat führt nicht unbedingt zur Unfreiwilligkeit, sondern nur,

wenn das Weiterhandeln die sichere Strafverfolgung zur Konsequenz hat.<sup>48</sup> Dies ist einzel-fallabhängig.

Im Ergebnis bleibt abzuwarten, ob der BGH in folgenden Entscheidungen dieser Linie treu bleibt oder seine Rspr. wieder ändert.

*(Magdalena Penßel/Luisa Strobl)*

---

<sup>46</sup> *Kindhäuser/Böse*, Strafrecht BT II, 10. Aufl. 2019, § 3 Rn. 22.

<sup>47</sup> BGH NJW 1988, 1602, 1603; *Hoffmann-Holland*, in MüKo (Fn. 9), § 24 Rn. 53 ff.

<sup>48</sup> *Zaczyk*, in NK (Fn. 12), § 24 Rn. 69 f.