

## **F A M O S**

(Der **F**all des **M**onats im **S**trafrecht)

**November 2001**

### **Tankautomaten - Fall**

*Diebstahl im besonders schweren Fall / Verhältnis zur Sachbeschädigung / Gesetzeseinheit (Konsumtion) / Tateinheit*

§§ 52, 242, 243, 303 StGB

#### **Leitsätze des Gerichts:**

- 1. Gesetzeseinheit zwischen Diebstahl – im besonders schweren Fall nach § 243 Abs. 1 Satz 2 Nrn. 1, 2 StGB – und Sachbeschädigung scheidet jedenfalls dann aus, wenn die Sachbeschädigung bei konkreter Betrachtung von dem regelmäßigen Verlauf eines Diebstahls im besonders schweren Fall (§ 243 Abs. 1 Satz 2 Nrn. 1, 2 StGB) abweicht, von einem eigenständigen, nicht aufgezehrten Unrechtsgehalt geprägt ist und sich deshalb nicht als sog. typische Begleitatt erweist.**
- 2. Der Senat neigt überdies aus grundsätzlichen Erwägungen der Auffassung zu, dass das Vorliegen des Regelbeispiels eines besonders schweren Falles des Diebstahls (hier nach § 243 Abs. 1 Satz 2 Nrn. 1, 2 StGB) beim rechtlichen Zusammentreffen des Diebstahls mit einer Sachbeschädigung schon von vornherein nicht zur Konsumtion des Unrechts der Sachbeschädigung und damit zur Annahme von Gesetzeseinheit führen kann. Vielmehr besteht Tateinheit.**

BGH, Urteil vom 7. 8. 2001 (1 StR 470/00), abgedruckt in NStZ 2001, 642.

### **1. Sachverhalt**

A stemmt einen Tankautomaten auf und erbeutet 8.000 DM. Der Sachschaden am Tankautomaten beträgt 22.000 DM.<sup>1</sup>

### **2. Problem(e) und bisheriger Meinungsstand**

Auch Zweizeiler können schwierige Probleme in sich bergen, und zwar selbst dann, wenn auf den ersten Blick alles klar zu sein scheint. An einer Strafbarkeit wegen Diebstahls im besonders schweren Fall nach §§ 242 Abs. 1, 243 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 StGB sowie wegen Sachbeschädigung nach § 303 Abs. 1 StGB dürfte niemand zweifeln.<sup>2</sup> Doch Vorsicht! Der Teufel steckt bekanntlich im Detail und hier in einem

<sup>1</sup> Der sehr viel umfangreichere Sachverhalt des Urteils wurde auf das hier Wesentliche reduziert.

<sup>2</sup> Mangels entsprechender Sachverhaltsangaben muss dagegen offen bleiben, ob darüber hinaus die Qualifikation des § 244 Abs. 1 Nr. 1 a StGB vorliegt.

bei Studierenden recht unbeliebten, den Konkurrenzen. Er zeigt seinen Pferdefuß, wenn in üblicher Prüfungsroutine als Gesamtergebnis festgehalten wird, dass der Diebstahl durch Aufbrechen eines Behältnisses – gleichermaßen wie der Einbruchsdiebstahl – die mitverwirklichte Sachbeschädigung im Wege der Konsumtion<sup>3</sup> verdrängt, weil sie eine typische Begleitart sei. Das ist so oder ähnlich auch vielerorts zu lesen.<sup>4</sup> Und doch ist eine begründungslose Feststellung dieser Art nicht mehr zu halten. Die Annahme von Gesetzeseinheit<sup>5</sup> begegnet so gewichtigen Bedenken, dass eine Auseinandersetzung damit in einer Fallprüfung unumgänglich ist. Das ist die Quintessenz der hier vorzustellenden Entscheidung.

Als Alternative zur Gesetzeseinheit kommt die Annahme in Betracht, dass zwischen dem Diebstahl im besonders schweren Fall nach §§ 242 Abs. 1, 243 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 StGB – aus Gründen der Vereinfachung im Folgenden „Aufbruchsdiebstahl“ genannt – und der Sachbeschädigung gem. § 303 Abs. 1 StGB Tateinheit gem. § 52 StGB besteht. Was ist der praktische Unterschied?

Die **Tateinheits-Lösung** bedeutet, dass der Schuldspruch beides ausweist: den Aufbruchsdiebstahl und die Sachbeschädigung.<sup>6</sup> Nach § 52 Abs. 2 Satz 1 StGB wird der Strafzumessung der Strafrahmen des Diebstahls im besonders schweren Fall zugrunde gelegt. Der Umstand, dass ein weiterer Tatbestand verwirklicht wurde, führt regelmäßig zu einer Straferhöhung.<sup>7</sup>

Bei der **Konsumtions-Lösung** kommt der Täter günstiger weg. Die Verurteilung erfolgt allein wegen Diebstahls im besonders schweren Fall. Die Sachbeschädigung taucht im Schuldspruch nicht auf. Auch kann eine Strafschärfung nicht damit begründet werden, dass ein weiterer Tatbestand verwirklicht worden sei. Allerdings können „Merkmale und Tatmodalitäten des verdrängten Gesetzes“ in die Strafzumessung einfließen.<sup>8</sup>

<sup>3</sup> Zur Erinnerung: Von Konsumtion spricht man, wenn ein Straftatbestand zwar nicht notwendig in einem anderen enthalten ist, die eine Tat aber regelmäßig und typischerweise mit der Begehung einer anderen zusammentrifft, so dass ihr Unrechts- und Schuldgehalt durch die schwerere Deliktsform mit erfasst und aufgezehrt wird, vgl. z. B. *Wessels/Beulke*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 31. Aufl. 2001, Rn. 791.

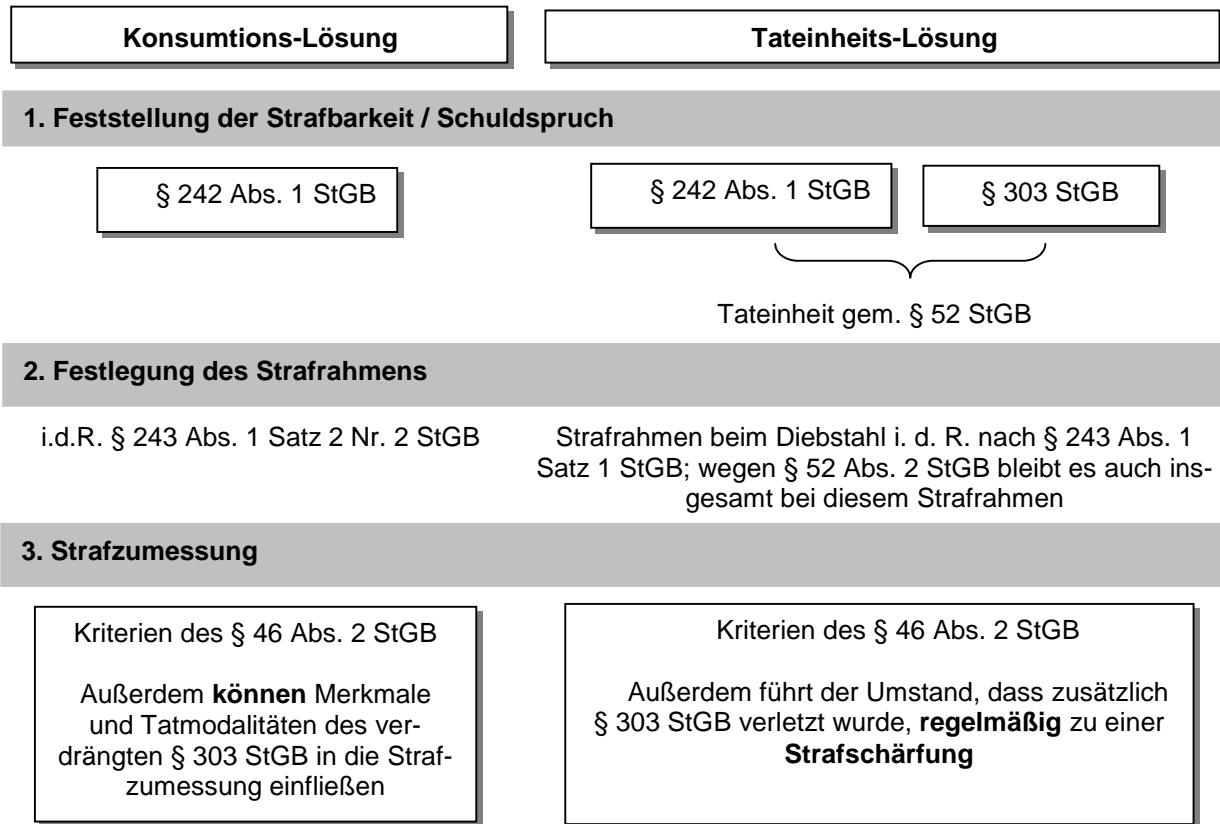
<sup>4</sup> Z. B. *Joecks*, StGB, 2. Aufl. 2000, § 243 Rn. 49; *Lackner/Kühl*, StGB, 24. Aufl. 2001, § 243 Rn. 24; *Krey*, Strafrecht BT 2, 12. Aufl. 1999, Rn. 106; *Schönke/Schröder-Eser*, StGB, 26. Aufl. 2001, § 243 Rn. 59; *Schönke/Schröder-Stree*, aaO., § 303 Rn. 16; *Wessels/Beulke*, aaO., Rn. 791; *Wessels/Hillenkamp*, Strafrecht BT 2, 24. Aufl. 2001, Rn. 236

<sup>5</sup> Wie z. B. *Ebert*, Strafrecht AT, 3. Aufl. 2001, S. 220, 224, ziehen wir diesen Begriff dem der Gesetzeskonkurrenz vor, weil eine wirkliche Konkurrenz von Strafgesetzen jedenfalls im Ergebnis gerade nicht besteht.

<sup>6</sup> Fraglich ist, wie die Diebstahlsstrafbarkeit im Schuldspruch auszuweisen ist. Soll nur wegen Diebstahls oder wegen Diebstahls im besonders schweren Fall schuldig gesprochen werden? Die Praxis verfährt hier uneinheitlich. Da die Regelbeispiele als Strafzumessungsvorschriften gelten, wäre es konsequent, deren Verwirklichung im Schuldspruch nicht zu erwähnen; vgl. *Kroschel/Meyer-Goßner*, Die Urteile in Strafsachen, 26. Aufl. 1994, S. 18.

<sup>7</sup> Vgl. *Schäfer*, Praxis der Strafzumessung, 3. Aufl. 2001, Rn. 498.

<sup>8</sup> Vgl. *Schäfer*, aaO., Rn. 504 a.



Die Alternativen unterscheiden sich somit in der Fassung des Schuldspruchs und in den Rahmenbedingungen der Strafzumessung, eventuell auch in deren Ergebnis. Was gibt nun **Anlass zu Zweifeln am gewohnten Lösungsmodell der Konsumtion?**

Zunächst einmal ist es die schlichte Frage danach, was in den Konkurrenzen denn konkurriert. Legt man die gesetzlich ausformulierten Konkurrenzregeln in §§ 52 ff. StGB zugrunde, so lautet die Antwort: die Verletzung von Strafgesetzen. Strafzumessungsvorschriften wird man darunter nicht fassen können. Denn wie sollte ein Straftäter eine Vorschrift verletzen, die den Richter bei der Strafzumessung anleitet? Nun gelten Regelbeispiele wie die in § 243 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 und 2 StGB aber als Strafzumessungsvorschriften, weil sie nicht, wie Tatbestände, zwingend und abschließend formuliert sind.<sup>9</sup> Also kann ein Regelbeispiel auch nicht im Wege der Gesetzesinheit eine tatbestandliche Gesetzesverletzung verdrängen.<sup>10</sup>

Ein zweiter Einwand ist inhaltlicher Art, der sich gut am Sachverhalt der vorliegenden Entscheidung demonstrieren lässt. Würde der Aufbruchdiebstahl die Sachbeschädigung verdrängen, so müsste der größere Schaden hinter dem geringeren zurücktreten. Ein paradoxes Ergebnis, das sich aber kaum vermeiden lässt, wenn die Konkurrenzregel der Konsumtion zum Zuge kommt. Denn für sie, wie für die anderen Formen der Gesetzesinheit (Spezialität und Subsidiarität), gilt an sich: Sie erfasst generell – also ohne Ansehen des Falles – das Verhältnis von Strafgesetzen zuein-

<sup>9</sup> So die ganz überwiegende Ansicht; vgl. nur *Wessels/Beulke*, aaO., Rn. 112.

<sup>10</sup> Vgl. etwa *Maurach/Schroeder/Maiwald*, Strafrecht BT 1, 8. Aufl. 1995, § 33 Rn. 109.

ander. Man müsste also, um das paradoxe Ergebnis zu vermeiden, eine Ausnahme machen, die systemwidrig wäre.

Tatsächlich wird von einigen das Lösungsmodell der Konsumtion mit einem entsprechenden Vorbehalt versehen.<sup>11</sup> Ausgenommen werden Fälle, in denen die Sachbeschädigung bei konkreter Betrachtung (!) von dem regelmäßigen Verlauf eines Diebstahls im besonders schweren Fall nach § 243 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 und 2 StGB abweicht und von einem eigenständigen, nicht aufgezehrten Unrechtsgehalt geprägt ist.

Die genannten Einwände haben zweifellos Gewicht, so dass man sich fragt, ob es denn überhaupt noch **Gründe für ein Festhalten am Lösungsmodell der Konsumtion** gibt.

Einmal ist an den Grundgedanken der Konsumtion zu erinnern.<sup>12</sup> Umgesetzt auf das Verhältnis von Aufbruchsdiebstahl und Sachbeschädigung besagt er: Wenn der Gesetzgeber die Diebstahlsstrafe für den Fall des Aufbruchsdiebstahls erhöht hat, so veranlasste ihn dazu gerade der Umstand, dass fast stets beim Aufbrechen zugleich eine Sachbeschädigung begangen wird. Dieser Umstand ist daher im Falle der Verurteilung zu einem Diebstahl im besonders schweren Fall nach § 243 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 StGB verbraucht. Es besteht kein Anlass mehr, die Sachbeschädigung im Schuldspruch auszuweisen und bei der Strafzumessung gesondert zu berücksichtigen.

Zum anderen kann der Rechtsprechung vorgehalten werden: Wer A sagt, muss auch B sagen. Also: Wer Regelbeispielen Tatbestandsähnlichkeit attestiert, um wegen Versuchs bestrafen zu können,<sup>13</sup> muss ihnen auch die Fähigkeit zuerkennen, als Strafgesetze andere Strafgesetze zu verdrängen.

### 3. Kernaussagen der Entscheidung

Erstmals äußert sich der BGH in der vorliegenden Entscheidung ausführlich zum Problem der Konkurrenz von Regelbeispiel und Straftatbestand. Dabei geht er sogar über das für die Entscheidung des Falles Notwendige hinaus. Der zweite Leitsatz belegt, dass das Gericht eine grundlegende Änderung der bisherigen Rechtspraxis herbeiführen möchte. Wir haben es also mit einer **Grundsatz-Entscheidung** zu tun.

Hätte sich der BGH auf das für die Entscheidung Notwendige beschränken wollen, so hätte er es dabei belassen können, atypische Konstellationen, in denen der Sachbeschädigung ein unverbrauchtes Eigengewicht zukommt, von der Konsumtions-Lösung auszunehmen. Denn im vorliegenden Fall überwog der Aufbruchsschaden klar den Diebstahlsschaden. Doch ist das nur der erste, für den BGH offensichtlich weniger wichtige Schritt in der Begründung der Entscheidung. In ihrem Zentrum steht eine **Fundamentalkritik**, die darauf abzielt, die Konsumtions-Lösung für Fälle des Einbruchs- und Aufbruchsdiebstahls vollständig zu verwerfen.

Den hier unter 2. bereits angeführten Einwänden fügt der BGH mehrere hinzu. Die „kleine“ Lösung einer Beschränkung der Konsumtion auf den Regelfall erscheint ihm problematisch, weil es keine klaren Kriterien für die Abgrenzung zwischen typischen und atypischen Fällen gebe. Auch weist er auf einen Wertungswiderspruch hin. Es sei nicht einzusehen, dass bei Anwendung des Regelbeispiels die Sachbeschädi-

<sup>11</sup> Vgl. *Jescheck/Weigend*, Strafrecht AT, 5. Aufl. 1996, S. 737; *Fahl* GA 1996, 476, 483.

<sup>12</sup> Vgl. z. B. *Ebert*, aaO., S. 225 f.; *Wessels/Beulke*, aaO. Rn. 791 ff.

<sup>13</sup> BGHSt 33, 370.

gung verdrängt werde, während sie erhalten bleibe, falls der Richter auf Grund besonderer unrechtsmindernder Umstände von der Anwendung des erhöhten Strafrahmens absehe und nur wegen einfachen Diebstahls verurteile. Ferner spricht aus der Sicht des BGH gegen die Konsumtions-Lösung, dass sie mit der Möglichkeit einer unterschiedlichen Rechtsgutsträgerschaft nicht vereinbar sei; der Inhaber des Gewahrsams an der weggenommenen Sache müsse nicht zugleich der Eigentümer der beschädigten Sache sein. Schließlich äußert der BGH in tatsächlicher Hinsicht Zweifel an der die Konsumtions-Lösung tragenden Annahme, dass Einbruchs- und Aufbruchsdiebstähle typischerweise von Sachbeschädigungen begleitet seien. Mit den Fortschritten in der Sicherungstechnik gingen Veränderungen im Tatbild einher. Oft werde Eigentum heutzutage durch elektronische Sicherungen geschützt, die durch technisches Geschick ohne Substanzverletzungen überwunden würden.

Den Einwand, dass Regelbeispiele bei der Versuchsbestrafung wie Tatbestände behandelt würden und folglich im Rahmen der Konkurrenzen auch so behandelt werden müssten, wischt der BGH mit knapper Bemerkung beiseite. Das sind, so wird man ihn verstehen müssen, zwei Paar Schuhe. Beim Versuch richte sich der Strafrahmen nach dem Tatentschluss. (Das soll wohl heißen: Demnach muss auch höher bestraft werden, wer ein Regelbeispiel verwirklichen will.)

#### 4. Konsequenzen für Prüfung und Praxis

Wer sich künftig in Prüfungen mit Aufbruchs- und Einbruchsdiebstählen konfrontiert sieht, wird gut daran tun, die mitverwirklichte Sachbeschädigung nicht mehr nur in einer kurzen Bemerkung zur Konsumtion zu verstecken. Nach dieser BGH-Entscheidung ist Problembewusstsein gefragt.

Genau genommen sind es **drei Lösungsmöglichkeiten**, die zu bedenken sind:

- ausnahmslos Konsumtion,
- ausnahmsweise keine Konsumtion,
- nie Konsumtion.

Dabei hängt nur die mittlere von den konkreten Fallumständen ab, nämlich davon, ob der Sachbeschädigung auf Grund untypischer Umstände eine eigenständige Bedeutung zukommt.

Allgemein gilt: Eine solchermaßen vertiefte Beschäftigung mit den Konkurrenzen wird bei Prüfungsarbeiten Pluspunkte einbringen, weil dieser Bereich in der Regel – meistens aus Zeitgründen, wie wir einmal zugunsten der Studierenden unterstellen wollen – unzulänglich behandelt wird. Besondere Anerkennung ist von Prüfern zu erwarten, die in der Strafrechtspraxis tätig sind. Denn die Konkurrenzen gehören schon zur Strafzumessung, die in der Praxis eminent bedeutsam ist (und an der Universität leider vernachlässigt wird).

Allerdings muss auch davon abgeraten werden, es dem BGH gleich zu tun und das Problem in Klausuren lang und breit zu erörtern. Das ginge zu Lasten der Behandlung anderer Probleme, denen im Rahmen der gesamten Aufgabenstellung regelmäßig größeres Gewicht zukommt. Angebracht ist eine **eher knappe Problemerkörterung**, die aber doch noch die wesentlichen Argumente zur Geltung bringt. Schon gar nicht sollte der BGH zum Vorbild darin genommen werden, dass Alternativen ohne Entscheidungsrelevanz erörtert werden. (Nach der Entscheidung für die mittlere Lösung stand das Ergebnis im vorliegenden Fall eigentlich fest; gleichwohl befasste der BGH sich noch mit der Frage, ob die Konsumtions-Lösung nicht grundsätzlich abzulehnen sei.)



Auch die Praxis ist nach dieser Entscheidung gezwungen, die Konkurrenzfrage bei Aufbruchs- und Einbruchsdiebstählen genauer zu prüfen. Der Wink des BGH wird vermutlich seine Wirkung tun. Es ist zu erwarten, dass sich in der Praxis die Tateinheit-Lösung durchsetzt. Dafür sorgt schon der Wunsch der Tatrichter, die Urteilsbegründung revisionssicher zu machen.

Man wird abwarten müssen, ob auch der Wohnungseinbruchsdiebstahl nach § 244 Abs. 1 Nr. 3 StGB von der Rechtsprechungsänderung betroffen sein wird. Nicht übertragbar ist die Argumentation der vorliegenden Entscheidung, soweit sie darauf abstellt, dass Regelbeispiele keine konsumierende Wirkung haben können. Denn der Wohnungseinbruchsdiebstahl ist 1998 durch das 6. Strafrechtsreformgesetz gerade von einem Regelbeispiel zu einem Qualifikationstatbestand aufgewertet worden. Die übrigen Argumente gegen eine Konsumtion (z. B. Notwendigkeit der Berücksichtigung atypischer Umstände, Möglichkeit unterschiedlicher Rechtsgutsträgerschaft) sind dagegen auch hier verwendbar. Hinzu kommt als Argument gegen eine Konsumtion, dass der Gesetzgeber als maßgeblichen Grund für die Strafverschärfung beim Wohnungseinbruchsdiebstahl das Eindringen in die Intimsphäre des Opfers genannt hat.<sup>14</sup> Der höhere Strafrahmen erklärt sich also nicht oder jedenfalls nicht in erster Linie aus dem Umstand, dass zumeist auch eine Sachbeschädigung vorliegt.

Im Übrigen ist damit zu rechnen, dass die Entscheidung die Diskussion über den Rechtscharakter von Regelbeispielen wieder in Gang bringen wird; nicht zuletzt deshalb, weil sie zahlreiche Autoren dazu zwingt, sich in dieser Frage ausführlicher als bisher zu äußern. Auch der Gesetzgeber hätte Anlass, erneut zu überlegen, ob die fortschreitende Ersetzung von Qualifikationstatbeständen durch Regelbeispiele sinnvoll ist. Wie sich nunmehr auch im Bereich der Konkurrenzen gezeigt hat, führt die Regelbeispielstechnik zu massiven dogmatischen Irritationen.

## 5. Kritik

Lob verdient der BGH dafür, dass er einem Problem die gebührende Aufmerksamkeit verschafft, das bislang zumeist übersehen wurde. Auch ist es zu begrüßen, dass die Entscheidung den Unterschied zwischen Regelbeispielen und Tatbeständen sowie die daraus zu ziehenden Konsequenzen klarstellt. Diese Stellungnahme verträgt sich allerdings schlecht mit der Handhabung der Regelbeispiele beim Versuch in der Rechtsprechung. Die knappe Äußerung des BGH dazu kann nicht überzeugen.

Was die Entscheidung ins Zwielficht rückt, wurde oben bereits angesprochen: Der BGH überschreitet das Maß des Notwendigen. Im konkreten Fall war es nicht notwendig, die Grundsatzfrage zu entscheiden. Das ist keine Kleinigkeit. Denn die Aufgabe der Rechtsprechung ist es, über vorliegende Fälle zu entscheiden, nicht aber, Rechtsmeinungen über künftige Fälle zu äußern. Nur das entspricht der ihr zugeteilten Aufgabe im Gewaltenteilungssystem. Das daraus abzuleitende Gebot richterlicher Zurückhaltung hat der BGH verletzt. Offensichtlich war der Wille, künftige Rechtsentwicklungen zu steuern, stärker als die Bereitschaft, sich mit den Schranken richterlicher Macht abzufinden.

*(Dem Text liegt ein Entwurf von Nicola Pridik zugrunde.)*

<sup>14</sup> Vgl. BT-Drs. 13/164, S. 43.