

Übungsfall: Der mutige Mitarbeiter

Von Prof. Dr. Georg Steinberg, Wiss. Hilfskraft Mark Müller, Köln

Die Aufgabe wurde als Abschlussprüfung der Vorlesung „Strafrecht III: Vermögensdelikte“ (plangemäß drittes Fachsemester) im Sommersemester 2012 an der Universität zu Köln gestellt. Die Teilnehmerinnen und Teilnehmer an der Klausur erzielten einen Durchschnitt von 5,47 Punkten. Die Bearbeitungszeit betrug 180 Minuten.

Sachverhalt

A ist in der Vergangenheit schon mehrfach nachts durch ein Fenster in das ebenerdig gelegene Institut für Strafrecht und Strafprozessrecht der Universität zu K. eingestiegen und hat stets erfolgreich hochwertige Elektrogeräte (Rechner, Monitore u.a.) mitgenommen und anschließend via Internet verkauft. Er plant, auch weiterhin, wie er zu sich selbst sagt, diese „ergiebige Quelle anzuzapfen“.

Für die Nacht auf den 10.7.2012 hat er wieder eine solche Aktion geplant. Abends jedoch fesseln ihn starke Kopfschmerzen an sein Bett. Missmutig berichtet er seinem WG-Mitbewohner B von seinen Plänen. B äußert Interesse, die Aktion selbst durchzuführen. Daraufhin erläutert A seine Erfahrungen und Taktik und demonstriert ihm, wie gekippte Fenster mittels eines kleinen Schraubenschlüssels von außen ganz zu öffnen sind (wobei eine leichte Beschädigung unvermeidbar ist). Im Übrigen erklärt A dem B, dass die Sache völlig risikolos sei, weil sich nachts niemand in dem Gebäudeteil aufhalte. Das trifft aber nicht zu, denn der besonders fleißige und dabei mutige Mitarbeiter M arbeitet hier auch nachts und hätte den A in der Vergangenheit einmal fast gestellt und überwältigt; A konnte sich damals aber erfolgreich mit Hilfe des Schraubenschlüssels wehren.

B macht sich gegen Mitternacht unter Mitnahme des 8 cm langen Schraubenschlüssels auf den Weg, nachdem er noch mit A vereinbart hat, dass A die Hälfte des erhofften Beuteerlöses bekommen soll. B schleicht sich an das Gebäude heran und erspäht von draußen in einem der Büros einen nagelneuen Rechner. Um hineinzugelangen, beschädigt er mit dem Schraubenschlüssel eines der Fenster in der ihm von A gezeigten Weise. Genau in diesem Moment hört ihn aber der auch in dieser Nacht im Institut arbeitende M, betritt das betreffende Büro und schaltet das Licht ein. Aus Angst, erkannt zu werden, läuft B schnell davon.

Bearbeitervermerk

Prüfen Sie gutachterlich, wie sich A und B aufgrund der Ereignisse am 9./10. Juli strafbar gemacht haben. Gegebenenfalls erforderliche Strafanträge sind gestellt.

Lösung

A. Strafbarkeit des B

I. Strafbarkeit nach §§ 242 Abs. 1, 244 Abs. 1 Nr. 1 lit. a Alt. 2, lit. b, Nr. 2, Nr. 3, 22 StGB

Hinweis: § 244 ist zwingend vor § 243 StGB zu prüfen, da letztere Norm eine Strafraumenverschiebung bewirkt,

die nur Relevanz entfaltet, wenn der betroffene Strafraumen (nämlich der des Grunddelikts) überhaupt als Rechtsfolge eintritt. Dies ist nicht der Fall, wenn der Strafraumen der Qualifikation § 244 StGB als Rechtsfolge eintritt.

B könnte sich nach den genannten Normen strafbar gemacht haben, indem er das Fenster des Institutes beschädigte.

1. Vorprüfung

Mangels Wegnahme blieb die Tat unvollendet. Die Versuchsstrafbarkeit ergibt sich aus § 242 Abs. 2 bzw. § 244 Abs. 2 StGB.

2. Tatentschluss

a) Bezogen auf den Grundtatbestand

B müsste zum Diebstahl entschlossen gewesen sein. Dazu müsste seine Vorstellung auf die Verwirklichung aller den Tatbestand ausfüllenden Umstände gerichtet gewesen sein und er alle besonderen subjektiven Merkmale aufgewiesen haben. Bei dem im Eigentum des Instituts stehenden Computer handelte es sich um eine für B erkennbar fremde bewegliche Sache, also um ein geeignetes Tatobjekt. Dieses müsste B haben wegnehmen wollen, also hinsichtlich desselben fremden Gewahrsam haben brechen und neuen begründen wollen, wobei Gewahrsam das von einem Herrschaftswillen getragene tatsächliche Herrschaftsverhältnis einer Person über eine Sache unter Berücksichtigung der Verkehrsauffassung ist.¹ Der Computer befand sich jedenfalls im Gewahrsam des rechtlich zuständigen und sachlich raumbherrschenden Institutsleiters. Diesen Gewahrsam wollte B durch Mitnahme des Rechners brechen, um eigenen zu begründen. Mithin hatte er Vorsatz hinsichtlich einer Wegnahme. Auch handelte B in der Absicht rechtswidriger Zueignung, war also zur Begehung eines Diebstahles entschlossen.

b) Bezogen auf § 244 Abs. 1 Nr. 1 lit. a Alt. 2 StGB

Fraglich ist, ob der – absichtlich – mitgeführte Schraubenschlüssel ein gefährliches Werkzeug ist. Zur Auslegung des Begriffs könne, so der Gesetzgeber, auf die zu § 224 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2 StGB entwickelten Grundsätze zurückgegriffen werden;² ein gefährliches Werkzeug wäre demnach also ein Gegenstand, der nach seiner Beschaffenheit und in der konkreten Art seiner Benutzung im Einzelfall geeignet ist, erhebliche Verletzungen herbeizuführen.³ Allerdings wird bei § 244 StGB der Gebrauch gerade nicht vorausgesetzt, es genügt das bloße Beisichführen. Damit scheidet der Gebrauch als Subsumtionsbasis für die Gefährlichkeit aus.

Nach den objektiven Theorien kommt es für das Kriterium der Gefährlichkeit allein auf die objektive Zweckbestim-

¹ Vgl. BGHSt 16, 271.

² BT-Drs. 13/9064, S. 18.

³ Vgl. nur Fischer, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 59. Aufl. 2012, § 224 Rn. 8 f.

mung und Beschaffenheit des Gegenstandes an. Um nicht jeden irgendwie gearteten gefährlichen Gegenstand zu erfassen, werden verschiedene Einschränkungen formuliert. So wird vertreten, dass der Gegenstand zu potenziellen Verletzungszwecken einsetzbar sein⁴ oder eine zumindest annähernd abstrakte Gefährlichkeit wie Waffen besitzen⁵ oder als Waffenersatz fungieren muss.⁶ Andere bejahen die Gefährlichkeit dann, wenn der Gegenstand nach den Tatumständen keine andere Funktion erfüllt, als zu Verletzungszwecken eingesetzt zu werden,⁷ oder wenn die Verwendung gegen Menschen zumindest naheliegt.⁸ Dem objektiven Ansatz folgend hat auch der 3. Strafsenat des BGH für Gebrauchsmesser mit „längerer Klinge“ die Eigenschaft als gefährliches Werkzeug bejaht.⁹ Der Schraubenschlüssel, den B mitführte, ist, auch wenn er bei früherer Gelegenheit dem A diente, sich zu wehren, mangels hinreichender Größe nicht spezifisch und „waffenähnlich“ zu Verletzungszwecken einsetzbar und hatte auch objektiv eine andere Funktion im Geschehensablauf (Fensteröffnung). Er ist also nach all diesen Kriterien kein gefährliches Werkzeug.

Hinweis: Hier kann man den Sachverhalt auch anders interpretieren. Dann gelangt man zu unterschiedlichen Ergebnissen bei Anwendung der Theorien, muss also den Meinungsstreit entscheiden.

Nach den subjektiven Theorien erfordert der Begriff des gefährlichen Werkzeugs, dass der Täter sich eine entsprechende Verwendung zumindest vorbehält. Nur mittels dieser im Wortlaut allerdings nicht angelegten Reduktion sei die Norm zweckmäßig auszulegen. Das Werkzeug sei demnach dann gefährlich, wenn es geeignet sei, in einer bestimmten Verwendung erhebliche Verletzungen herbeizuführen, und wenn der Täter es auch „notfalls“ dazu oder zumindest zur Drohung mit solchen Verletzungen einsetzen wolle.¹⁰ Da B den Schraubenschlüssel lediglich zum Öffnen des Fensters nutzen wollte, liegt auch nach den subjektiven Ansichten kein gefährliches Werkzeug vor. Mithin scheidet eine Strafbarkeit nach § 244 Abs. 1 Nr. 1 lit. a Alt. 2 StGB aus.

c) Bezogen auf § 244 Abs. 1 Nr. 1 lit. b StGB

Ein Diebstahl mit sonstigen Werkzeugen oder Mitteln nach § 244 Abs. 1 Nr. 1 lit. b StGB ist mangels Verwendungsvorsatz zu verneinen.

⁴ Hörnle, Jura 1998, 169 (172).

⁵ Dencker, JR 1999, 33 (36).

⁶ Streng, GA 2001, 359 (365).

⁷ Schlothauer/Sättele, StV 1998, 505.

⁸ Kindhäuser, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 2, 3. Aufl. 2010, § 244 Rn. 15.

⁹ BGHSt 52, 257.

¹⁰ Vgl. Geppert, Jura 1999, 599 (602); Küper, JZ 1999, 187 (193); Rengier, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 13. Aufl. 2012, § 4 Rn. 32; Wessels/Hillenkamp, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 34. Aufl. 2011, Rn. 275.

Hinweis: Dieser Qualifikationstatbestand musste, da offensichtlich unerfüllt, nicht zwingend erwähnt werden.

d) Bezogen auf § 244 Abs. 1 Nr. 2 StGB

Ein Bandendiebstahl nach § 244 Abs. 1 Nr. 2 StGB scheidet aus, da sich hier nur zwei und nicht – wie erforderlich – mindestens drei Personen zusammengeschlossen haben.¹¹

e) Bezogen auf § 244 Abs. 1 Nr. 3 StGB

Vorsatz bezogen auf einen Wohnungseinbruchsdiebstahl nach § 244 Abs. 1 Nr. 3 StGB ist nicht gegeben, da Wohnung i.d.S. nur solche Räumlichkeiten sind, die als Mittelpunkt des privaten Lebens Selbstentfaltung, -entlastung und vertrauliche Kommunikation gewährleisten,¹² was auf die Institutsräume nicht zutrifft.

Hinweis: Dieser Qualifikationstatbestand musste, da offensichtlich unerfüllt, nicht zwingend erwähnt werden.

f) Ergebnis

Somit war der Entschluss des B nur auf Verwirklichung des Grundtatbestandes gerichtet.

3. Unmittelbares Ansetzen

B müsste unmittelbar zur Tat angesetzt haben, § 22 StGB. Dies ist der Fall, wenn der Täter subjektiv die Schwelle zum „Jetzt-geht’s-los“ überschreitet und objektiv zur tatbestandsmäßigen Angriffshandlung ansetzt, so dass sein Tun nach seiner Vorstellung ohne wesentliche Zwischenakte in die Erfüllung des Tatbestandes übergeht.¹³ Vorliegend hatte B das Fenster bereits beschädigt. Er hätte es nur noch öffnen, durch das Fenster den Raum betreten und den bereits visuell ausgewählten Computer an sich nehmen müssen, um den Tatbestand zu vollenden. Mithin setzte er unmittelbar an.

Hinweis: Würde man hier – nach dem gegebenen Sachverhalt kaum überzeugend – das unmittelbare Ansetzen verneinen, gelangte man zu der Streitfrage, ob das „unmittelbare Ansetzen zum Regelbeispiel“ i.S.d. § 22 StGB ausreicht. Diese Problematik wurde demnach hier nicht abgeprüft.

4. Rechtswidrigkeit; Schuld

B handelte rechtswidrig und schuldhaft.

5. Rücktritt

B könnte nach § 24 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 StGB strafbefreiend zurückgetreten sein, indem er davon Abstand nahm, den Rechner mitnehmen zu wollen. Dazu müsste B die weitere Ausführung der Tat freiwillig aufgegeben haben. Auch wenn man einen Fehlschlag des Versuchs verneint, also davon ausgeht,

¹¹ Vgl. BGHSt 46, 321.

¹² Vgl. Wessels/Hillenkamp (Fn. 10), Rn. 290; Lackner/Kühl, Strafrecht, Kommentar, 27. Aufl. 2011, § 244 Rn. 11.

¹³ Vgl. BGHSt 28, 162 (163).

dass B die Tatvollendung trotz des Erscheinens des M noch hier und jetzt für möglich hielt, so scheidet ein wirksamer Rücktritt jedenfalls mangels Freiwilligkeit, das heißt mangels autonomer Motive.¹⁴ Er ergriff nämlich die Flucht aus Angst, erkannt zu werden. B trat somit nicht nach § 24 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 StGB strafbefreiend zurück.

6. Ergebnis

B hat sich nach §§ 242 Abs. 1, 22 StGB strafbar gemacht.

II. Strafbarkeit nach §§ 242 Abs. 1, 22, 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 1, Nr. 3 StGB

B könnte sich durch dieselbe Handlung wegen versuchten Diebstahls in einem besonders schweren Fall strafbar gemacht haben.

1. Verwirklichung des Grunddelikts (Versuch)

B hat §§ 242 Abs. 1, 22 StGB tatbestandlich, rechtswidrig, schuldhaft und strafbar realisiert (s.o.).

2. Besonders schwerer Fall

a) Bezogen auf § 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 StGB

B könnte in einen umschlossenen Raum, nämlich einen Dienstraum, eingebrochen sein. Einbrechen ist die Aufhebung einer Umschließung durch gewaltsame Beseitigung eines dem Diebstahl entgegenstehenden Hindernisses.¹⁵ Zwar braucht der Täter die Räumlichkeiten dabei nicht zu betreten. Erforderlich ist aber, dass er mit der Hand oder mit Werkzeugen hineinlangt.¹⁶ Dem Sachverhalt ist lediglich zu entnehmen, dass B von draußen das Fenster mit dem Schraubenschlüssel beschädigte, um hineinzugelangen. Er drang also weder mit einem Körperteil noch mit dem Werkzeug ein, brach also nicht ein. Auch ein Einsteigen, das das Eindringen in den umschlossenen Raum auf einem nicht ordnungsgemäßen Wege voraussetzt, scheidet aus.

b) „Versuch“ des Regelbeispiels

Indem B das Fenster beschädigte, um dann durch dieses ins Gebäude zu gelangen, hat er zur Verwirklichung des § 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 StGB (Handlungsvarianten „Einbrechen“, „Einsteigen“) „unmittelbar angesetzt“. Fraglich ist daher, ob auch der „Versuch“ des Regelbeispiels ausreicht, um die Indizwirkung für einen besonders schweren Fall auszulösen. Der 3. Strafsenat des BGH hat dies in einer Grundsatzentscheidung für den Fall bejaht, dass auch das Grunddelikt nur versucht ist; Regelbeispiele beschrieben ebenso wie Qualifikationstatbestände unrechtershöhende Umstände der Tat und seien somit tatbestandsähnlich, was die Anwendung der §§ 22-24 StGB auch auf Regelbeispiele rechtfertigt.¹⁷

Die Literatur hält dem überzeugend entgegen, dass (Qualifikations-)Tatbestand und Regelbeispiel strukturell verschieden sind. Nur Straftaten, nicht aber Strafzumessungsgründe können versucht werden, und die Anwendung der §§ 22-24 StGB auf letztere bildet eine täterbelastende Analogie, mithin einen Verstoß gegen Art. 103 Abs. 2 GG. Auch bringt die – dann allein konsequente – Annahme der Indizwirkung des „versuchten“ Regelbeispiels auch beim vollendeten Grunddelikt die Schwierigkeit mit sich, dass hier die Milderungsmöglichkeit des § 23 Abs. 2 StGB entfällt.¹⁸ Schließlich führt die generelle Ablehnung der Indizwirkung des „versuchten Regelbeispiels“ auch nicht zu Ungerechtigkeit im Einzelfall, weil gegebenenfalls gesamtwürdigend ein unbenannter schwerer Fall angenommen werden kann.¹⁹ Die Indizwirkung für einen besonders schweren Fall ist somit nicht ausgelöst.

c) Bezogen auf § 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 StGB

B könnte gewerbsmäßig gestohlen haben, also in der Absicht gehandelt haben, sich aus der wiederholten Begehung von Diebstählen eine Einnahmequelle von einer gewissen Dauer und Erheblichkeit zu schaffen.²⁰ Zwar kann das Regelbeispiel auch schon bei der ersten Tat mit Wiederholungsabsicht erfüllt sein.²¹ Da bei B eine solche Absicht aber nicht feststellbar ist, hat er auch das Regelbeispiel Nr. 3 nicht verwirklicht.

3. Ergebnis

B hat sich nicht nach §§ 242 Abs. 1, 22, 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 1, Nr. 3 StGB strafbar gemacht.

III. Strafbarkeit nach § 303 Abs. 1 Alt. 1 StGB

B hat sich durch dieselbe Handlung wegen Sachbeschädigung nach § 303 Abs. 1 Alt. 1 StGB strafbar gemacht. Ein Strafantrag (vgl. § 303c StGB) wurde gestellt.

IV. Strafbarkeit nach § 123 Abs. 1 StGB

Da B den Raum nicht betreten hat, scheidet ein Eindringen i.S.d. § 123 Abs. 1 StGB aus. Eine Versuchsstrafbarkeit ist nicht vorgesehen. Eine Strafbarkeit wegen Hausfriedensbruchs entfällt mithin.

V. Ergebnisse und Konkurrenzen²²

B hat sich wegen versuchten Diebstahls nach §§ 242 Abs. 1, 22 StGB in Tateinheit (§ 52 StGB) mit Sachbeschädigung nach § 303 Abs. 1 Alt. 1 StGB strafbar gemacht, da die Taten durch dieselbe Handlung begangen wurden und die Erwähnung beider Delikte zur Klarstellung des insgesamt verwirklichten Unrechtsgehalts erforderlich ist.

¹⁴ Vgl. dazu etwa BGH NSTz 2007, 399 (400).

¹⁵ Vgl. Fischer (Fn. 3), § 243 Rn. 5.

¹⁶ Vgl. Fischer (Fn. 3), § 243 Rn. 5.

¹⁷ S. BGHSt 33, 370; s.a. BayObLG NSTz 1997, 422; für die Steuerhinterziehung im besonders schweren Fall gem. § 370 Abs. 3 S. 2 AO ebenfalls BGH wistra 2010, 449 (450).

¹⁸ Näher etwa Steinberg/Burghaus, ZIS 2011, 579 (582).

¹⁹ Graul, JuS 1999, 852 (853); Wessels/Hillenkamp (Fn. 10) Rn. 218.

²⁰ Vgl. BGH NSTz 2008, 282; BGH StV 2008, 357.

²¹ BGH NSTz 2004, 265.

²² Näheres zum Umgang mit den Konkurrenzen bei Steinberg/Bergmann, Jura 2009, 905.

B. Strafbarkeit des A**I. Strafbarkeit nach §§ 242 Abs. 1, 22, 25 Abs. 2, 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 StGB**

A könnte sich nach den genannten Normen wegen versuchten mittäterschaftlichen Diebstahls in einem besonders schweren Fall strafbar gemacht haben, indem er B schilderte, wie man ins Institut gelangen könnte und sich die Hälfte des Beuteerlöses versprechen ließ.

1. Vorprüfung

Die Tat blieb – auch seitens des B (s.o.) – unvollendet.

2. Tatentschluss

A müsste zum mittäterschaftlichen Diebstahl entschlossen gewesen sein. Er wollte, dass B Elektrogeräte aus dem Institut entwendete, also fremde bewegliche Sachen wegnähme. Fraglich ist, ob A Vorsatz zur gemeinschaftlichen Begehung der Tat hatte, wodurch ihm das Handeln des B nach § 25 Abs. 2 StGB zurechenbar wäre.

Dazu müsste sein Vorsatz zunächst auf die Erbringung eines hinreichenden eigenen Mitverursachungsbeitrags zur Tatausführung im Rahmen eines gemeinsamen Tatplanes gerichtet gewesen sein.²³ A erläuterte dem B zur Durchführung des Diebstahls seine Erfahrungen und Taktik und demonstrierte ihm, wie gekippte Fenster mittels eines kleinen Schraubenschlüssels von außen ganz zu öffnen sind. Fraglich ist, ob dies ausreicht. Nach der Tatherrschaftslehre müssen die Mitwirkungshandlungen in so enger Beziehung zur Tatausführung stehen, dass sie dem Beteiligten zur Tatherrschaft verhelfen, wobei Tatherrschaft das vom Vorsatz umfasste Inden-Händen-Halten des tatbestandsmäßigen Geschehensablaufs ist. Täter ist danach, wer objektiv (und willentlich) das „Ob“ und „Wie“ der Tatbestandsverwirklichung beherrscht, Teilnehmer hingegen ist, wer dieses vom Willen anderer abhängig macht.²⁴ Bei der Mittäterschaft, für die Wesensmerkmal die arbeitsteilige Zusammenarbeit ist, kommt es auf die funktionale Tatherrschaft an.

Problematisch ist vorliegend, dass sich die Mitwirkung des A auf das Vorbereitungsstadium beschränkte. Sofern man eine Mitverwirklichung bei der Tatbestandshandlung²⁵ oder zumindest im Versuchsstadium fordert,²⁶ entfällt demnach vorliegend die Mittäterschaft. Nach überwiegender Meinung innerhalb der Tatherrschaftslehren können aber auch Handlungen im Vorbereitungsstadium Mittäterschaft begründen, wenn das „Beteiligungsminus“ bei der eigentlichen Tatausführung durch das Gewicht des Beitrages für die Tatverwirk-

lichung und durch die Stellung des Beteiligten in der Organisation ausgeglichen wird.²⁷ Innerhalb der Tatherrschaftslehren ist dieser Auffassung zu folgen, weil hierdurch insbesondere Hintermänner oder Bandenchefs erfasst sind, die bei entsprechender Organisation das Geschehen (auch sozial) beherrschen können, auch wenn sie die Tat nur vorbereiten. A hatte durch die oben geschilderte Verhaltensweise eine dominierende organisatorische Rolle inne, zeichnete nämlich das Handeln des B sowohl hinsichtlich des Zeitpunkts als auch der Tatausführung in allen Einzelheiten vor. Er besaß somit (funktionale) Mit-Tatherrschaft.

Die subjektive Theorie geht davon aus, dass als objektive Voraussetzung jede Art von Mitwirkung genügt, durch die der tatausführende Beteiligte in dessen Tatentschluss bestärkt wird.²⁸ Die Abgrenzung zwischen Täterschaft und Teilnahme erfolgt hierbei nach der Willensrichtung des Handelnden, wobei es darauf ankommt, ob der Täter die Tat als eigene will (animus auctoris) oder lediglich eine fremde Tat fördern will (animus socii). Kriterium ist dabei unter anderem der Grad des eigenen Interesses am Taterfolg.²⁹ Auch nach dieser Ansicht ist A, der sich insbesondere die Hälfte des Beuteerlöses versprechen ließ, Mittäter. Folglich hatte A Vorsatz hinsichtlich eines ausreichenden eigenen Mitverursachungsbeitrags für die Tatausführung im Rahmen eines gemeinsamen Tatplanes, so dass er, als Zwischenergebnis, Vorsatz hinsichtlich des gemeinschaftlichen Handelns i.S.d. § 25 Abs. 2 StGB hatte.

Hinweis: Wer einer Theorie folgt, die im vorliegenden Fall zu einem negativen Ergebnis hinsichtlich der Mittäterschaft führt, muss sodann eine Strafbarkeit wegen Anstiftung zum versuchten Diebstahl (§§ 242 Abs. 1, 22, 26 StGB) prüfen, die mangels vorsätzlichen Bestimmens zu verneinen ist. Es ist demnach dann mit positivem Ergebnis eine Strafbarkeit wegen Beihilfe (§§ 242 Abs. 1, 22, 27 StGB) zu prüfen.

Auch handelte A in der Absicht rechtswidriger (Dritt-)Zu-eignung.

3. Unmittelbares Ansetzen; Rechtswidrigkeit; Schuld

Das unmittelbare Ansetzen des B wird dem A nach § 25 Abs. 2 StGB zugerechnet. Rechtswidrigkeit und Schuld sind gegeben.

4. Besonders schwerer Fall

A könnte das Regelbeispiel § 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 StGB verwirklicht haben. Da er plante, auch weiterhin, wie er zu sich selbst sagte, diese „ergiebigste Quelle anzuzapfen“, han-

²³ Zur Prüfungsreihenfolge der Mittäterschaftsvoraussetzungen vgl. Rotsch, ZJS 2012, 680 (682 ff., 689).

²⁴ Schünemann, in: Lauffhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 1, 12. Aufl. 2007, § 25 Rn. 8; Gropp, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 3. Aufl. 2005, § 10 Rn. 35.

²⁵ Rudolphi, in: Kaufmann (Hrsg.), Festschrift für Paul Bockelmann zum 70. Geburtstag am 7. Dez. 1978, 1979, S. 369 (S. 374).

²⁶ Herzberg, Täterschaft und Teilnahme, 1977, S. 65 ff., 67.

²⁷ Gropp (Fn. 24), § 10 Rn. 84; Lackner/Kühl (Fn. 12), § 25 Rn. 11; Seelmann, JuS 1980, 571 (573); Wessels/Beulke, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 42. Aufl. 2012, Rn. 528 f.

²⁸ Ständige Rspr., vgl. BGH NStZ 1995, 285.

²⁹ Ständige Rspr., vgl. BGH NStZ 2003, 253; aus der Literatur nur Weber, in: Baumann/Weber/Mitsch, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 11. Aufl. 2003, § 29 Rn. 59.

delte er in der Absicht, sich aus der wiederholten Begehung von Diebstählen eine Einnahmequelle von einer gewissen Dauer und Erheblichkeit zu schaffen, wies also das persönliche strafschärfende Merkmal der Gewerbsmäßigkeit auf. Da sich § 28 Abs. 2 StGB nach seinem Wortlaut nicht auf die Tatbestandsmäßigkeit beschränkt, ist seine Anwendung auf ein Regelbeispiel auch keine verbotene Analogie zu Lasten des Täters. Das Regelbeispiel § 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 StGB ist mithin verwirklicht. Da auch keine besonderen strafmildernden Umstände ersichtlich sind, die die Indizwirkung der Verwirklichung des Regelbeispiels entkräften könnten, liegt ein besonders schwerer Fall vor.

5. Ergebnis

A hat sich nach §§ 242 Abs. 1, 22, 25 Abs. 2, 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 StGB strafbar gemacht.

II. Strafbarkeit nach §§ 303 Abs. 1 Alt. 1, 25 Abs. 2 StGB

A hat sich durch dieselbe Handlung wegen mittäterschaftlicher Sachbeschädigung auch nach §§ 303 Abs. 1 Alt. 1, 25 Abs. 2 StGB strafbar gemacht.

III. Ergebnisse und Konkurrenzen

Eine Konsumtion des § 303 StGB durch ein Regelbeispiel ist (trotz der Eigenschaft des letzteren als Strafzumessungsregel) dann diskutabel, wenn die Sachbeschädigung zum regelmäßigen Tatbild des betreffenden Regelbeispiels dazugehört. Für dasjenige der Gewerbsmäßigkeit entfällt das von vornherein. A hat sich somit nach §§ 242 Abs. 1, 22, 25 Abs. 2, 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 StGB in Tateinheit (§ 52 StGB) mit §§ 303 Abs. 1 Alt. 1, 25 Abs. 2 StGB strafbar gemacht.