

Strafrecht Besonderer Teil II

Hilgendorf / Valerius

3. Auflage 2024
ISBN 978-3-406-82078-6
C.H.BECK

schnell und portofrei erhältlich bei
beck-shop.de

Die Online-Fachbuchhandlung beck-shop.de steht für Kompetenz aus Tradition. Sie gründet auf über 250 Jahre juristische Fachbuch-Erfahrung durch die Verlage C.H.BECK und Franz Vahlen. beck-shop.de hält Fachinformationen in allen gängigen Medienformaten bereit: über 12 Millionen Bücher, eBooks, Loseblattwerke, Zeitschriften, DVDs, Online-Datenbanken und Seminare. Besonders geschätzt wird beck-shop.de für sein umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

in den umschlossenen Raum gelangt. Das Regelbeispiel verwirklicht indes nicht, wer eine gekippte Terrassentür durch Hineingreifen öffnet und anschließend durchschreitet, da die Terrassentür allgemein zum Betreten des Gebäudes bestimmt ist. Dies gilt selbst dann, wenn das Eindringen auf diesem Weg nur nach manipulativer Überwindung einer mechanischen Sperre (zB Aushaken einer Verriegelungsschiene durch das gekippte Fenster) geschieht (so BGHSt 61, 166 (169 ff.) entgegen dem Vorlagebeschluss OLG Oldenburg NStZ 2016, 98 (99)).

Der Täter muss sich einen **Stützpunkt** in der geschützten Räumlichkeit verschaffen, der den Diebstahl ermöglicht. Hierfür genügt es, einen Fuß in den Raum zu stellen. Nicht ausreichend ist, lediglich mit einem Arm in den Raum hineinzugreifen oder sich hineinzubeugen. **19**

Das **Eindringen** setzt das Betreten des umschlossenen Raums gegen 20 oder ohne den Willen des Hausrechtsinhabers voraus. Es reicht aus, einen Teil des Körpers in die geschützte Räumlichkeit zu bringen.

Die Handlungsmodalität des Eindringens muss **mit einem nicht zur ordnungsmäßigen Öffnung bestimmten Werkzeug**, zB mit Dietrichen, Drähten und Haken, Magneten und Schraubenziehern verwirklicht werden. Hierbei muss der Täter ähnlich wie mit einem Schlüssel ordnungswidrig auf den Verschlussmechanismus einwirken, indem er zB ein Schloss mit einem Dietrich öffnet. Bei einer gewaltsamen Beseitigung des Mechanismus insgesamt, zB bei dem Zerstören eines Vorhängeschlosses mit einem Bolzenschneider, liegt hingegen ein Einbrechen vor. **21**

Eine moderne Variante des Eindringens besteht darin, durch einen Verstärker das Funksignal eines Fahrzeugschlüssels in einem sog. Keyless-Go-System zu verlängern, um das dazugehörige Fahrzeug zu öffnen und dessen Motor zu starten (BGH StV 2022, 441). Nicht von § 243 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 StGB erfasst ist hingegen der Einsatz eines Störers, um bereits die **Verriegelung** eines Kraftfahrzeugs **zu verhindern** und daraus Gegenstände zu entwenden. Allerdings ist dieser Fall seinem Unrechtsgehalt nach mit dem ordnungswidrigen Öffnen eines verschlossenen Fahrzeugs vergleichbar, so dass ein unbenannter besonders schwerer Fall im Sinne von § 243 Abs. 1 Satz 1 StGB nahe liegt (BGH NStZ 2018, 212). **22**

Ein Unterfall des („anderen“) nicht zur ordnungsmäßigen Öffnung bestimmten Werkzeugs ist der falsche Schlüssel. Unter **Schlüssel** sind nach hM nicht nur klassische Schlüssel, sondern ebenso moderne Chipkarten zu verstehen. **Falsch** ist der Schlüssel, wenn er zum Zeitpunkt der Tat vom Berechtigten (noch) nicht oder nicht mehr zur Öffnung des betreffenden Verschlusses bestimmt ist. Entscheidend ist somit allein die entsprechende – ausdrückliche oder konkludente – (Ent-)Widmung des Schlüssels durch den Berechtigten. Der bloß abredewidrige oder sonst unbefugte Gebrauch genügt nicht. **23**

24 Beispiele:

- Falsch ist ein ohne Kenntnis des Berechtigten angefertigter Nachschlüssel, den der Berechtigte daher nicht der Öffnung des dazugehörigen Schlosses widmen konnte.
- Falsch ist auch der entwendete Schlüssel, wenn der Berechtigte dessen Verlust bemerkt und ihn dann – wie in der Regel – entwidmet.
- In einem Mietverhältnis ist der Mieter der Berechtigte, nicht der Vermieter. Behält der Vermieter ohne Wissen des Mieters einen Schlüssel zurück, wird dieser durch die Vermietung der Wohnung konkludent entwidmet und ist somit „falsch“ (BGH NStZ 2022, 408f.).

25 Gegenbeispiele:

- Ein vom Berechtigten oder mit dessen Willen nachgemachter Schlüssel ist ebenso wenig falsch wie
- ein verlorener oder gestohlener Schlüssel, den der Berechtigte noch nicht vermisst und somit auch nicht (konkludent) entwidmet.
- Gleiches gilt für einen vergessenen Schlüssel, bildet in diesem Fall der Berechtigte doch gerade keinen Willen bzgl. der Gebrauchsbestimmung des Schlüssels, solange dieser nicht wieder in das Bewusstsein des Berechtigten rückt (BGHSt 65, 194 (197); aA MüKoStGB/Schmitz § 243 Rn. 28).

26 In Prüfungen lädt die Formulierung „mit einem falschen Schlüssel oder einem anderen nicht zur ordnungsmäßigen Öffnung bestimmten Werkzeug“ häufig zu **Missverständnissen** ein. Zum einen bedarf es dieses Hilfsmittels – wie sich aus dem Wortlaut des § 243 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 StGB ergibt – aber nur bei der Variante des Eindringens, nicht dagegen beim Einbrechen oder Einsteigen. Zum anderen ist „falsch“ im Sinne von „nicht gewidmet“ bzw. „entwidmet“ und nicht etwa im Sinne von „nachgemacht“ zu verstehen.

27 Schließlich erfasst das Regelbeispiel des § 243 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 StGB das **Sichverborgenhalt** in einem umschlossenen Raum. Hierfür muss sich der Täter in einer Weise in der geschützten Räumlichkeit verstecken, die ihn den Blicken arglos Eintretender entzieht. Nicht von Bedeutung ist, wie der Täter zuvor in den umschlossenen Raum gelangt und ob dies berechtigt oder unbefugt geschehen ist. Verwirklicht ist diese Variante beispielsweise, wenn der Täter ein Ladengeschäft während der Öffnungszeiten betritt und sich nach Ladenschluss dort versteckt und einschließen lässt.

c) Zur Ausführung der Tat

28 Bei Prüfungen wird häufig das einleitende und nicht unbedeutende Merkmal „zur Ausführung der Tat“ übersehen. Der Täter muss demzufolge bereits zum Zeitpunkt des Einbrechens, Einsteigens, Eindringens oder Sichverborgenhaltens seinen Vorsatz auf einen Diebstahl richten, der mittels der genannten Handlungsmodalitäten begangen werden soll. Wer hingegen aus anderen Zwecken in einen umschlossenen Raum einbricht etc. und erst bei seinem dortigen Aufenthalt den Entschluss fasst, einen

Diebstahl zu begehen, verwirklicht das Regelbeispiel nicht (ergänzend zum Vorsatzwechsel → § 2 Rn. 58f.).

Fall:

A wird bei einem Spaziergang im Wald von einem Unwetter überrascht. Um nicht völlig durchnässt zu werden, schlägt er mit seinem Spazierstock das Fenster einer Jagdhütte ein, um hineinzuklettern und sich dort unterzustellen. In der Hütte bemerkt A ein teures Jagdmesser, das er einsteckt, um es für sich zu behalten.

A begeht einen Diebstahl (§ 242 Abs. 1 StGB) an dem Jagdmesser. Ein besonders schwerer Fall nach § 243 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 StGB scheidet indessen aus, weil A in dem Zeitpunkt, in dem er das Fenster der Jagdhütte einschlägt, noch keinen Diebstahl plante und daher *nicht zur Ausführung der Tat* in ein Gebäude einbricht. In Betracht kommt jedoch die Diebstahlsqualifikation des § 244 Abs. 1 Nr. 1 lit. a Var. 2 StGB; für das Beisichführen eines gefährlichen Werkzeugs reicht es aus, dass das Werkzeug Teil der Tatbeute ist (→ § 4 Rn. 27).

29

2. Diebstahl besonders gegen Wegnahme gesicherter Sachen (§ 243 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 StGB)

Die Regelstrafrahmenerhöhung des § 243 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 StGB will die Rücksichtslosigkeit des Täters ahnden, der eine Sache trotz besonderer Sicherung und somit trotz erkennbarer Bedeutung für den Eigentümer stiehlt. Unerheblich ist nach dem Wortlaut, ob bzw. auf welche Weise der Täter die Sicherung überwindet. Es genügt daher nach hM sogar, ein verschlossenes Behältnis (zB einen Tresor oder einen Geldautomaten) insgesamt wegzunehmen, dh mitsamt der besonderen Sicherung und ohne das Behältnis am Tatort zu öffnen (BGHSt 24, 248f.; Eisele StrafR BT II Rn. 128; Rengier StrafR BT I § 3 Rn. 29; aA bei mühelos transportablen Behältnissen Schönke/Schröder/Bosch StGB § 243 Rn. 25; MüKoStGB/Schmitz § 243 Rn. 37); zur Zueignungsabsicht bei Behältnissen → § 2 Rn. 72. 30

Die Wegnahmesicherung muss entweder durch ein verschlossenes Behältnis oder eine andere Schutzvorrichtung gewährleistet werden. Unter **Schutzvorrichtung** sind sämtliche künstlichen Einrichtungen zu verstehen, die nach ihrer Art geeignet und (zumindest auch) dazu bestimmt sind, die Wegnahme einer Sache erheblich zu erschweren. Als Schutzvorrichtungen zählen zB Lenkrad- und Zündschlösser, Fahrradschlösser sowie Einbruchsmelder an Gebäuden und Autoalarmanlagen. Nicht erfasst sind Sicherungsetiketten an Waren in Kaufhäusern etc., da sie den Alarm gewöhnlich erst nach dem Kassbereich und somit nach Vollendung der Wegnahme (→ § 2 Rn. 50) auslösen. Sie sollen folglich – anders als etwa Sicherungskabel bei elektronischen Geräten in Kaufhäusern – nicht gegen 31

Wegnahme sichern, sondern die Wiedererlangung des verlorenen Gewahrsams ermöglichen bzw. erleichtern (siehe etwa BGH NStZ 2019, 212 zu sog. Sicherungsspinnen); zur Annahme eines unbenannten besonders schweren Falles → R.n. 5. Ebenso wenig verwirklicht das Regelbeispiel, wer den normalen Ausgabemechanismus eines Automaten etwa durch List auslöst (zB durch das Einwerfen von Falschgeld) und nicht die automaten-typischen Sicherungsvorrichtungen (zB durch Aufbrechen des Automaten) überwindet.

- 32 Einen Unter- und zugleich Hauptanwendungsfall des Regelbeispiels bildet das verschlossene Behältnis. **Behältnis** ist jede Umschließung, die der Aufnahme von Sachen dient und – anders als der umschlossene Raum nach § 243 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 StGB – nicht zum Betreten durch Menschen bestimmt ist. Beispiele sind der Kofferraum eines Pkw (→ R.n. 11), Tresore, Schließfächer, Schränke, Koffer, Waren- und Geldautomaten.
- 33 Das Behältnis muss – wiederum anders als der geschützte Raum in § 243 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 StGB – nicht um-, sondern **verschlossen** sein. Dies ist gegeben, wenn das Behältnis gegen einen ordnungswidrigen Zugriff von außen (zB durch ein Schloss oder durch Anketten) gesichert ist. Der dazugehörige Schlüssel muss hingegen nicht gesichert sein. Das Regelbeispiel ist daher grundsätzlich auch dann verwirklicht, wenn ein Unbefugter den Schlüssel für das Behältnis an sich nimmt und dieses damit öffnet. Sollte der Schlüssel dem Täter jedoch ohne Weiteres zugänglich sein, fehlt es an der *besonderen* Sicherung (→ R.n. 34) durch das verschlossene Behältnis. Dies ist etwa dann der Fall, wenn der Täter zur Verwendung des Schlüssels befugt ist oder der Schlüssel im Schloss steckt.
- 34 Eine **besondere Sicherung gegen Wegnahme** liegt vor, wenn der spezifische Zweck der Schutzvorrichtung gerade darin besteht, die Wegnahme nicht unerheblich zu erschweren. Abzulehnen ist dies bei Befestigungen und Verpackungen, die lediglich vor Beschädigungen oder Verlusten beim Transport, nicht aber vor der Wegnahme schützen sollen. Wer zB ein Autoradio aus seiner Halterung löst und wegnimmt, verwirklicht nicht das Regelbeispiel des § 243 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 StGB.

3. Gewerbsmäßiges Stehlen (§ 243 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 StGB)

- 35 **Gewerbsmäßig** im Sinne des § 243 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 StGB handelt, wer sich durch die wiederholte Begehung von Diebstählen eine nicht nur vorübergehende Einnahmequelle von einigem Umfang verschaffen will. Wegen der subjektiven Ausrichtung des Merkmals genügt es, eine einzige Tat mit dieser Intention zu begehen. Diese Tat muss zudem nicht erfolg-

reich sein. Für die Gewerbsmäßigkeit reicht es aber nicht, einen Diebstahl zu begehen, um eine bereits aus einem vorangegangenen Diebstahl erzielte Tatbeute besser zu verwerten, erschließt sich der Täter dadurch doch keine (weitere) Einnahmequelle.

Das Merkmal „gewerbsmäßig“ ist ein **besonderes persönliches Merkmal** im Sinne des § 28 Abs. 2 StGB. Jeder Beteiligte muss demnach in eigener Person die Voraussetzungen gewerbsmäßigen Stehlens erfüllen, um wegen der Beteiligung an einem Diebstahl in einem besonders schweren Fall gemäß § 243 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 StGB belangt zu werden. 36

4. Ausnutzen von Notlagen (§ 243 Abs. 1 Satz 2 Nr. 6 StGB)

§ 243 Abs. 1 Satz 2 Nr. 6 StGB knüpft an das verwerfliche Ausnutzen verschiedener Schwächesituationen an, in denen das Opfer besonders schutzbedürftig ist und sich daher gegen einen Diebstahl nur eingeschränkt wehren kann. Der wichtigste Unterfall ist die Hilflosigkeit einer anderen Person. **Hilflos** ist, wer aus eigener Kraft einem Gewahrsamsbruch nicht wirksam begegnen kann. Dies gilt zB bei Trunkenheit, Ohnmacht, Krankheit oder Lähmung, nicht hingegen allein bei hohem Alter oder Schlaf. 37

Unglücksfall und gemeine Gefahr werden wie bei § 323c Abs. 1 StGB definiert (→ BT I § 2 Rn. 187, 190). Bei einem **Unglücksfall** handelt es sich demzufolge um ein plötzliches Ereignis, das erhebliche Gefahren für Leben, Leib und bedeutende Sachwerte nach sich zieht (zB Brand, Verkehrsunfall). **Gemeine Gefahr** beschreibt einen Zustand, in dem ein erheblicher Schaden an Leib, Leben oder an bedeutenden Sachwerten für unbestimmt viele Personen droht (zB Erdbeben, Überschwemmung). 38

Die vorstehenden Situationen werden **ausgenutzt**, wenn der Täter die Notlage zielgerichtet nutzt, um die Tat zu ermöglichen oder zumindest erheblich zu erleichtern. Dies ist auch dann der Fall, wenn der Täter nicht etwa das hilflose Opfer eines Unglücksfalls bestiehlt, sondern den herbeigeeilten Retter, der sich um das Opfer kümmert. 39

5. Sonstige Regelbeispiele (§ 243 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4, Nr. 5 und Nr. 7 StGB)

Die sonstigen Regelbeispiele in § 243 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4, Nr. 5 und Nr. 7 StGB sind in der Praxis und in Prüfungen allenfalls von untergeordneter Relevanz. Sie nehmen unter anderem die Bedeutung des Tatobjekts für Religion (Nr. 4), Wissenschaft, Kunst oder Geschichte (Nr. 5) oder die Ge- 40

fährlichkeit der weggenommenen Sache (Nr. 7) zum Anlass, um für den Regelfall den Strafraumen zu erhöhen.

III. Vorsatz analog § 15 StGB

- 41 Die Regelwirkung erfordert nach allgemein anerkannter Ansicht nicht nur die objektive Erfüllung der Voraussetzungen des Regelbeispiels. Vielmehr muss der Täter insoweit analog § 15 StGB mit Vorsatz handeln, kann ihm gegenüber doch ohne die **wissentliche und willentliche Verwirklichung der unrechtershöhenden Merkmale des Regelbeispiels** kein schwererer Schuldvorwurf erhoben werden. Gegen Art. 103 Abs. 2 GG verstößt dies nicht, da der höhere Strafraumen nur unter einer zusätzlichen Voraussetzung in der Regel angewendet werden soll und somit keine (unzulässige) strafbarkeitsverschärfende oder -begründende Analogie vorliegt.
- 42 Außer § 15 StGB werden noch **weitere Vorschriften aus dem Allgemeinen Teil** auf Regelbeispiele analog angewendet, namentlich § 16 Abs. 1 Satz 1, §§ 25 ff. und § 28 Abs. 2 StGB. Zum besonderen persönlichen Merkmal der Gewerbsmäßigkeit → Rn. 36; zum Meinungsstreit, ob bereits der Beginn der Verwirklichung eines Regelbeispiels dessen Regelwirkung auslöst → Rn. 47 ff.

IV. Geringwertigkeitsklausel (§ 243 Abs. 2 StGB)

- 43 Nach § 243 Abs. 2 StGB ist ein besonders schwerer Fall bei den Regelbeispielen des § 243 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 bis Nr. 6 StGB ausgeschlossen, wenn sich die Tat auf eine geringwertige Sache bezieht. Über ihren Wortlaut hinaus soll diese **Geringwertigkeitsklausel** ebenso für die unbenannten besonders schweren Fälle nach § 243 Abs. 1 Satz 1 StGB gelten (Eisele StrafR BT II Rn. 156; Rengier StrafR BT I § 3 Rn. 39a; aA MüKoStGB/Schmitz § 243 Rn. 65).
- 44 **Geringwertig** ist eine Sache mit einem Verkehrswert von bis zu 50 EUR (hM). Weist die Sache keinen objektiv messbaren Verkehrswert auf (zB Ausweise, Girocards, Strafakten), ist sie nicht als geringwertig anzusehen.
- 45 Die Tat „**bezieht**“ sich nach hM nur dann auf eine geringwertige Sache, wenn sie – anders als bei § 248a StGB (→ § 2 Rn. 103) – sowohl objektiv als auch subjektiv, dh nach der Vorstellung des Täters, von lediglich unerheblichem Wert ist. Nur in diesem Fall seien sowohl das Erfolgs- als auch das Handlungsunrecht gemindert und sei es demzufolge gerechtfertigt.

tigt, einen besonders schweren Fall zwingend auszuschließen. Sollte der Täter irrigerweise von einem teureren oder auch fälschlicherweise von einem wertlosen Tatobjekt ausgehen, scheidet § 243 Abs. 2 StGB demnach jeweils aus (BGH NStZ 2012, 571; Otto StrafR BT § 41 Rn. 44 f.; Wessels/Hillenkamp/Schuhr StrafR BT II Rn. 259 f.); zu insoweit denkbaren „Vorsatzwechseln“ vgl. → § 2 Rn. 58 f. Nach aA ist die Geringwertigkeitsklausel indessen schon dann anwendbar, wenn der Täter irrtümlich von einer geringwertigen Sache ausgeht (Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf StrafR BT § 14 Rn. 31; Kindhäuser/Böse StrafR BT II § 3 Rn. 48).

V. Versuch

Beim **Diebstahl** bestimmt sich der Versuchsbeginn nach allgemeinen 46 Grundsätzen. Entscheidend ist somit, wann zur Wegnahme unmittelbar angesetzt wird (§ 22 StGB). Dies gilt unabhängig davon, ob ein besonders schwerer Fall nach § 243 StGB vorliegt. Denn für das unmittelbare Ansetzen ist nur der gesetzliche Tatbestand maßgeblich und daher unerheblich, wann das Regelbeispiel als Strafzumessungsregel (zB das Einbrechen im Sinne des § 243 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 StGB) verwirklicht bzw. begonnen wird. Häufig dürfte sich der Diebstahl allerdings nach der Vorstellung des Täters unmittelbar an die Verwirklichung des Regelbeispiels anschließen (ergänzend zum Versuchsbeginn bei den Diebstahlsqualifikationen → § 4 Rn. 80 f.).

Für den (strafbaren) Versuch einer Straftat gilt grundsätzlich derselbe 47 Strafraumen wie für die vollendete Tat; die Strafraumenmilderung nach § 23 Abs. 2 iVm § 49 Abs. 1 StGB ist nur fakultativ. Daher könnte auch bei einem **Regelbeispiel** dessen „Versuch“ bereits genügen, um auf den Strafraumen des besonders schweren Falles zurückzugreifen. Indessen gibt es den „Versuch“ eines Regelbeispiels begrifflich überhaupt nicht, da sich der Versuch im Sinne der §§ 22 ff. StGB nur auf die „Tat“ bezieht. Bei Regelbeispielen handelt es sich aber nicht um Tatbestände im engeren Sinne, sondern um Strafzumessungsregeln auf der Rechtsfolgenseite. Die nachfolgenden Ausführungen betreffen daher vielmehr die Frage, ob ein Regelbeispiel vollständig verwirklicht sein muss, um seine Regelwirkung auszulösen und den erhöhten Strafraumen zu indizieren, oder ob hierfür bereits der Beginn der Verwirklichung genügt.

Fall: Regelwirkung beim „versuchten“ Einbruchdiebstahl (BGHSt 33, 370)

48

A will in eine Gaststätte einbrechen, um mitnehmerswerte Gegenstände zu entwenden. Zu diesem Zweck versucht er, die Bleieinfassung eines Seitenfensters aufzustemmen, um sodann durch die Öffnung in die Gaststätte einzudringen. Als A

die Bleieinfassung gerade von der Fensterscheibe gelöst hat, erscheint die Polizei und nimmt ihn fest.

- 49 Nicht zuletzt der BGH bejaht in Fällen wie der vorstehenden **Kombination aus versuchtem Diebstahl und „versuchtem“ Regelbeispiel** einen versuchten Diebstahl in einem besonders schweren Fall. Zwar seien auf Regelbeispiele als Strafzumessungsregeln die Versuchsvorschriften der §§ 22 ff. StGB nicht anwendbar. Wegen ihrer Tatbestandsähnlichkeit seien Regelbeispiele aber im Ergebnis wie Tatbestandsmerkmale zu behandeln. Auch der Gesetzgeber erklärte anlässlich der Umgestaltung des § 243 StGB im Jahre 1970 von einer Qualifikation in eine Strafzumessungsregel, dadurch lediglich den Tatrichter von der strengen Bindung an den schärferen Strafraumen zu lösen. Dem infolge des nur „versuchten“ Regelbeispiels geringeren verwirklichten Maß an Unrecht und Schuld könne durch die fakultative Strafraumenmilderung des § 23 Abs. 2 StGB ausreichend Rechnung getragen werden (BGHSt 33, 370 (372 ff.); BayObLG NStZ 1997, 442; Eisele StrafR BT II R.n. 151; Jäger StrafR BT R.n. 367; Kindhäuser/Böse StrafR BT II § 3 R.n. 58).
- 50 Die wohl hL kritisiert diese Ansicht zu Recht. Schließlich sei der Wille des Gesetzgebers im Gesetz nicht zum Ausdruck gekommen. Es fehle somit an einer ausdrücklichen Normierung, dass bereits der „Versuch“ eines Regelbeispiels die Regelwirkung auslöse. Die vorstehende Gegenauffassung verstoße daher gegen das **Analogieverbot** aus Art. 103 Abs. 2 GG (Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf StrafR BT § 14 R.n. 38 f.; Schönke/Schröder/Bosch StGB § 243 R.n. 44; Krey/Hellmann/Heinrich StrafR BT II R.n. 163). Nur das verwirklichte Regelbeispiel könne den erhöhten Strafraumen des besonders schweren Falles nach sich ziehen. Sofern nicht ein unbenannter besonders schwerer Fall in Betracht komme, liege lediglich ein versuchter Diebstahl vor (BayObLG NJW 1980, 2207; OLG Düsseldorf NJW 1983, 2712 (2713); Otto StrafR BT § 41 R.n. 35; Rengier StrafR BT I § 3 R.n. 52; Valerius/Ruppert EK StrafR § 16 R.n. 130; siehe auch BGH wistra 2007, 111 zu § 263 Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 StGB).
- 51 Unklar ist, ob bei der **Kombination aus vollendetem Diebstahl und „versuchtem“ Regelbeispiel** auch der BGH selbst lediglich wegen vollendeten Diebstahls verurteilen würde. Jedenfalls hat er eine Regelwirkung in einem strukturell vergleichbaren Fall zu § 177 Abs. 2 StGB aF (inzwischen § 177 Abs. 6 StGB) ausdrücklich verneint (BGH NStZ 2003, 602). Stimmen im Schrifttum, die bei der Kombination von versuchtem Diebstahl und „versuchtem“ Regelbeispiel die Indizwirkung bejahen, gehen hingegen konsequent davon aus, dass der Beginn der Verwirklichung des Regelbeispiels auch bei dem vollendeten Delikt genügt, um die Regelwirkung auszulösen (Eisele StrafR BT II R.n. 153; Kindhäuser/Böse StrafR BT II § 3 R.n. 56). Auch dem tritt die hL aus den dargelegten