

## 40 Probleme aus dem Strafrecht

Besonderer Teil

von

Prof. Dr. Dr. h.c. Thomas Hillenkamp

12., neu bearbeitete Auflage

### 40 Probleme aus dem Strafrecht – Hillenkamp

schnell und portofrei erhältlich bei [beck-shop.de](http://beck-shop.de) DIE FACHBUCHHANDLUNG

Thematische Gliederung:

#### Strafgesetzbuch

Verlag Franz Vahlen München 2013

Verlag Franz Vahlen im Internet:

[www.vahlen.de](http://www.vahlen.de)

ISBN 978 3 8006 4539 8

## 2. Argument

Für den Verzicht auf eine Verwendungsabsicht bei der Waffe ist der eine Gefahr für Leib und Leben begründende Verdacht maßgeblich, der Täter wolle und werde die Waffe notfalls einsetzen. Die Ausweitung des Beisichführens auf andere gefährliche Werkzeuge muss deshalb auf Fälle beschränkt bleiben, in denen sich aus dem Beisichführen und der Beschaffenheit des Werkzeugs ein Verdacht eventueller Einsatzbereitschaft ergibt, der in etwa der Verdachtsintensität entspricht, die bei mitgeführten (Schuss-)Waffen die Einsatzbereitschaftsvermutung begründet.

## 3. Argument

Gegenstände, die der Mensch sozialüblich (Gürtel, Pkw, Hund, berufliche Utensilien wie Handwerkszeug) mit sich führt oder die (wie Einbruchswerkzeug) deliktstypisch bei der Ausführung von Diebstahl oder Raub mitgeführt werden, nehmen an der Gefährlichkeitsvermutung nicht teil. Schließt man sie aus, entstehen keine unannehbaren Strafbarkeitslücken. Wo die Absicht besteht, sie gegebenenfalls zu verwenden, greifen §§ 244 I Nr. 1b, 250 I Nr. 1b StGB, wo sie verwendet werden, §§ 249, 250 II Nr. 1 StGB ein.

## 4. Argument

Wer bei einem Diebstahl oder Raub einen Holzknüppel als angebliche »Pannenhilfe« (BGHSt 26, 95) mitführt, ist wegen des sich aufdrängenden Verdachts eventueller Einsatzbereitschaft des Beisichführens eines gefährlichen Werkzeugs schuldig, wer dagegen nur Gürtel und Stiefel trägt, mangels eines solchen Verdachts nicht.

## 5. Argument

Die Verdachtslehre unterstellt dem Täter keine Verletzungsabsicht. Vielmehr will sie das Opfer vor einer Situation schützen, in der die Ausstattung des Täters mit einem waffenähnlichen Gegenstand nicht nur die Sicherheit des Eigentums, sondern auch die der körperlichen Unversehrtheit des Opfers beeinträchtigt und damit das von § 244 I Nr. 1a StGB bekämpfte abstrakte Raubrisiko hervorruft.

## II. (hier sog.) Theorie vom Verwendungsvorbehalt

Die Gefährlichkeit eines mitgeführten Werkzeugs bemisst sich nach der Art und Weise, wie es entsprechend einem inneren Verwendungsvorbehalt vom Täter notfalls eingesetzt werden soll. Gefährlich ist ein Werkzeug danach dann, wenn entweder zu seiner allgemeinen Eignung, erhebliche Körperverletzungen zu bewirken, hinzutritt, dass diese Wirkung bei Umsetzung des Verwendungsvorbehals auch eintreten würde, oder wenn die generelle Verletzungseignung zwar fehlt, das Werkzeug aber in einer konkret verletzungsgünstigen Weise verwendet werden soll. Soll das Werkzeug gegebenenfalls nicht als Verletzungs-, sondern als Drohmittel verwendet werden, setzt Gefährlichkeit voraus, dass die Verwirklichung der Übelsankündigung mit dem Werkzeug den Betroffenen in erhebliche Verletzungsgefahr bringen würde.

### Vertreten von:

Bachmann/Goeck Jura 2010, 925; Beulke III, Rn. 117; Erb JR 2001, 207; Geppert Jura 1999, 602; Graul Jura 2000, 206; Hecker JuS 2011, 567; Hilgendorf ZStW 112 (2000), 832; Jesse NStZ 2009, 367 f.; Küper S. 453; ders. FS Hanack, 1999, S. 586 ff.; ders. JZ 1999, 187 ff.; ders. GS Schlüchter, 2002, S. 341 ff.; Morgenstern Jura 2011, 148; Ren-

### 3. Teil. Straftaten gegen Vermögenswerte

gier I, § 4 Rn. 38 ff. (unter Ausschluss der Drohungsalternative); *Rönnau* JuS 2012, 119 f.; *Schramm* JuS 2008, 778; *Weißen* JuS 2005, 621; *Wessels/Hillenkamp* Rn. 273 ff.; *Zopfs* JZ 1999, 1063; *ders.* Jura 2007, 519 f.; s. auch *Berkel* JA 2006, 280 f.; *Fischer* NStZ 2003, 575 f. *Krüger* Jura 2002, 771. *Schmidt/Priebe* II, Rn. 201 ff. genügen nur objektiv allgemein verletzungsggeeignete Gegenstände, die mit Verwendungsvorbehalt mitgeführt werden. *Becker*, Waffe und Werkzeug als Tatmittel, 2003, S. 252 ff. schwächt die Verwendungsabsicht zu einer Kenntnis der Möglichkeit ab, das Werkzeug in einer § 224 I Nr. 2 StGB entsprechenden Weise einzusetzen. Obwohl das OLG Schleswig NStZ 2004, 212 die Forderung nach einem Verwendungsvorbehalt (oder einer vorherigen Widmung, s.u. III) ablehnt und sich im Ausgangspunkt der objektiven Gefährlichkeitstheorie anschließt, **nähert** sich seine Auffassung der Theorie vom Verwendungsvorbehalt. Das Gericht verlangt nämlich, dass dem Täter aktuell bewusst ist, dass er ein gefährliches Werkzeug gebrauchsreich bei sich hat, »das geeignet ist, erhebliche Verletzungen zu verursachen«, wenn es zu einem Einsatz gegen Menschen kommt. Das ist ein Befund, der sich von einem (bloßen) Verwendungsvorbehalt kaum unterscheidet (s. *Wessels/Hillenkamp* Rn. 283). Dem OLG Schleswig zust. *Geppert* JK 9/04, StGB § 244 I Nr. 1a/3; *Kraatz* JR 2010, 147; *Otto* § 41 Rn. 53; krit. *Hardtung* StV 2004, 399. Besonders bei **Taschenmessern** folgen den Vorgaben des OLG Schleswig BGH StV 2005, 606; OLG Celle StV 2005, 336; OLG München NStZ-RR 2006, 342; OLG Köln BeckRS 2007, 19647; KG StraFo 2008, 37; 2008, 340; abl. gegenüber einer subjektiven Komponente, aber ohne Stellungnahme im Übrigen *AnwK/Kretschmer* § 244 Rn. 13; *Fahl* Jura 2012, 595; *Marzen* S. 287; *Tetzlaff* JuS 2013, 157.

#### 1. Argument

Ein objektiv-generell gefährliches Werkzeug gibt es ebensowenig, wie ein objektiv-generell ungefährliches. So ist ein Brecheisen für Menschen nur gefährlich, wenn es nicht nur als Einbruchswerkzeug, sondern notfalls auch als Verletzungsmittel verwendet werden soll, ein metallener Pfeifenreiniger zwar als Dietrich ungefährlich, als gegen das Auge geführtes Stichinstrument aber gefährlich. Über die Gefährlichkeit nicht technischer »Waffen« kann daher nur nach dem Willen des Trägers im Einzelfall entschieden werden.

#### 2. Argument

Wer für Gefährlichkeit auf eine objektiv-generelle Eignung und Zweckbestimmung zur Verletzung von Menschen oder sogar auf ein gesetzliches Verbot des Mitsichführens abstellt, verkürzt den Anwendungsbereich der §§ 244 I Nr. 1a, 250 I Nr. 1a StGB im Grunde auf Waffen im technischen Sinne. Es geht aber gerade darum, auch solche Werkzeuge einzubeziehen, die durch eine im Verwendungsvorbehalt enthaltene Umwidmung oder Zweckentfremdung potenziell gefährlich sind.

#### 3. Argument

Das argumentum e contrario, das aus der Aufnahme einer Verwendungsabsicht in §§ 244 I Nr. 1b, 250 I Nr. 1b StGB und deren Fehlen in §§ 244 I Nr. 1a, 250 I Nr. 1a StGB hergeleitet wird, verfängt nicht, weil der Gesetzgeber in der jeweiligen Nr. 1b nur eine Verwendungsabsicht mit ganz spezifischem Inhalt ausreichen lassen, damit aber nicht zugleich den Verzicht auf einen Verwendungsvorbehalt in der jeweiligen Nr. 1a erklären will. Im Gegenteil verhilft nur der Verwendungsvorbehalt in der jeweiligen Nr. 1a dem gesetzgeberischen System einer abgestuften Gefährlichkeit auf

## 26. Problem (§§ 244 I Nr. 1a, 250 I Nr. 1a StGB)

präsumtiver Basis zum Durchbruch, weil die Verwendungsabsicht das verlässlichste Indiz für die in § 250 II Nr. 1 StGB real werdende, in Nr. 1a aber schon vermutete Verwendungsgefährlichkeit ist.

### 4. Argument

Der Vorschlag, als gefährliche Werkzeuge nur solche Gegenstände anzusehen, die im Kontext der Tat keinen anderen als den Zweck eines Verletzungs- oder gefährlichen Drohmittels haben können, läuft auf eine verdeckte Indizkonstruktion zum Beweis einer dann eben doch unterstellten Verwendungsabsicht hinaus.

### 5. Argument

Wer aus Beschaffenheit und Tatkontext eine Einsatzbereitschaftsvermutung auch dort herleitet, wo sich der Richter von einem Verwendungsvorbehalt keine positive Überzeugung zu bilden vermag, begünstigt Verdachtsstrafen. Auch lässt sich kein Maßstab dafür finden, welche Gegenstände typischerweise in Bedrängnissituationen zweckentfremdet werden, welche nicht. Vermutungen hierzu führen in Verdachtstatbestände, hinter denen letztlich nur die diffuse Spekulation über den mutmaßlichen Einsatzwillen steht.

### 6. Argument

Wer (wie auch die Widmungstheorie) für die Gefährlichkeit des Werkzeugs in §§ 244 I Nr. 1a, 250 I Nr. 1a StGB eine objektiv-generelle Gefährlichkeit verlangt, in § 250 II Nr. 1 StGB dann aber entsprechend § 224 I Nr. 2 StGB auf die konkret gefährliche Verwendungsart abstellt, verwendet in ein und demselben Normzusammenhang einen gespaltenen Gefährlichkeitsbegriff. Das widerspricht den an Wortlaut und Systematik orientierten Auslegungsregeln und dürfte auch den gesetzgeberischen Willen verfehlen.

### 7. Argument

Lässt man schweres Einbruchswerkzeug wie Hammer oder Brecheisen, als Angriffsmittel missbrauchbare Bekleidungsgegenstände wie Ledergürtel oder Springerstiefel oder sozialtypisch mitgeführte Gegenstände wie einen (Kampf-)Hund, einen Baseballschläger oder Arbeitsutensilien wegen objektiver Gefährlichkeit ganz unabhängig von einem subjektiven Tatbezug als gefährliche Werkzeuge zu, wird aus einem einfachen so gut wie immer ein qualifizierter Diebstahl oder Raub. Selbst der gänzlich unbekleidete und unbewaffnete Dieb wäre nach § 244 I Nr. 1a StGB zu bestrafen, wenn er Springerstiefel stiehlt. Klammt man dagegen sozial- oder berufsbüchlich sowie deliktstypisch mitgeführte Gegenstände generell aus, geht man an deren möglicher Gefährlichkeit bei einem entsprechenden Verwendungsvorbehalt vorbei.

## III. (hier sog.) Widmungstheorie

Von der Gefährlichkeit eines Werkzeugs i.S.d. §§ 244 I Nr. 1a, 250 I Nr. 1a StGB ist dann zu sprechen, wenn der mitgeführte Gegenstand nach seiner objektiven Beschaffenheit zu einem gefährlichen Einsatz geeignet und einem solchen Einsatz subjektiv vom Täter generell – d.h. losgelöst von der konkret beabsichtigten Tat – gewidmet ist.

### 3. Teil. Straftaten gegen Vermögenswerte

#### **Vertreten von:**

AnwK/Habetsa § 250 Rn. 11; Arzt/Weber/Heinrich § 14 Rn. 57; Hegemanns Rn. 1112, 1493; MR/Schmidt § 244 Rn. 6; BGH NJW 1999, 301 f. (in Anlehnung an BGHSt 43, 266; aufgegeben in BGH NJW 2008, 2864); OLG Braunschweig NJW 2002, 1735; OLG Frankfurt StV 2002, 146; erwogen ist diese Lösung auch bei LK/Laufhütte/Kuschel Nachtrag, 2000, § 250 Rn. 6, Müller JA 2002, 931 und Zieschang JuS 1999, 52; zum alten Recht s. auch schon Scholderer StV 1988, 432. Neben die an- tizierte Widmung setzen – im Gegensatz zum BGH – als gleichwertige Möglichkeit den in der Tatsituation aktuell bestehenden Verwendungsvorbehalt – insoweit also wie die Theorie II – Geppert JK 01, § 244 I Nr. 1a/1; ders. JK 5/03 § 244 I Nr. 1a/2; Leißner Der Begriff des gefährlichen Werkzeugs im StGB, 2001, S. 87 ff., 93; Maatsch GA 2001, 82 f. und Schroth S. 182.

#### **1. Argument**

Die vom Gesetzgeber angeregte Orientierung an § 223a StGB a.F. (= § 224 I Nr. 2 StGB) erweist sich zwar nicht für § 250 II Nr. 1 StGB, wohl aber für §§ 244 I Nr. 1a, 250 I Nr. 1a StGB als untauglich, weil das »gefährliche Werkzeug« hier nur mitgeführt werden muss und es zu einer konkreten Anwendung, an der die Gefährlichkeit zu messen wäre, nicht kommt und der Täter an sie nicht einmal gedacht haben muss. Der Begriff des gefährlichen Werkzeugs ist daher für §§ 244 I Nr. 1a, 250 I Nr. 1a StGB anders als in § 250 II Nr. 1 StGB und § 224 I Nr. 2 StGB zu bestimmen.

#### **2. Argument**

Da eine konkrete Verwendungsabsicht nur in §§ 244 I Nr. 1b, 250 I Nr. 1b StGB, nicht aber in der jeweils entsprechenden Nr. 1a dieser Vorschriften vorgesehen, andererseits aber eine rein objektive Betrachtungsweise zu eng ist, ist zu verlangen, dass sich die Gefährlichkeit des zu Verletzungen objektiv geeigneten Werkzeugs aus seiner vorsorglichen, von der konkreten Tat losgelösten und auf sie noch nicht bezogenen generellen Widmung zur gegebenenfalls gefährlichen Verwendung ergibt.

#### **3. Argument**

Führt der Täter eines Diebstahls oder Raubs einen Gegenstand (z.B. einen Baseballschläger) mit sich, den er entgegen seinem objektiven Zweck generell zu gefährlicher Verwendung bestimmt hat, liegt es nahe, dass er ihn in Bedrängnissituationen dieser Widmung entsprechend auch dann verwendet, wenn er sich das für die konkret zu beurteilende Tat nicht vorbehalten hat. Hieraus ergibt sich eine für das Gefährlichkeitsurteil hinreichende Gefahr für das potenzielle Opfer.

#### **4. Argument**

Wer nur die objektiv-generelle Gefährlichkeit (namentlich unter Ausschluss der Zweckentfremdungsfälle) für maßgeblich hält, billigt das Ausscheiden von Baseballschlägern, großen Küchenmessern, oder Starkstromkabeln aus dem Bereich der §§ 244 I Nr. 1a, 250 I Nr. 1a StGB. Damit wird aber dem gesetzgeberischen Anliegen, besonders gefährliche Täter, die sich hiermit regelmäßig bewaffnen, zu erfassen, nicht Rechnung getragen.

#### **5. Argument**

Da Waffen »monofunktional« als Angriffs- oder Verteidigungsmittel (mit)geführt werden, sollte man die ihnen gleichgestellten Werkzeuge nur dann »als gefährlich«

## 26. Problem (§§ 244 I Nr. 1a, 250 I Nr. 1a StGB)

anerkennen, wenn sie vom Täter eine vergleichbar »monofunktionale« Widmung erhalten haben. Das ist dann der Fall, wenn er das Werkzeug als Waffenersatz, und nur deshalb, mitnimmt, wobei es gleichgültig ist, ob diese Widmung zur »Waffe« generell oder nur anlassbezogen erfolgt.

### Beispiele:

1. Im Ausgangsfall haben sich T und M durch das Mitgehenlassen der Bierkrüge eines (einfachen) Diebstahls schuldig gemacht (§§ 242, 25 II, 248a StGB). Für die Frage, ob diese Tat nach § 244 I Nr. 1a StGB qualifiziert ist, ist zwischen Baseballschlägern und Bierkrügen zu unterscheiden. Nach der objektiven Gefährlichkeitstheorie wird man die Gefährlichkeit der Baseballschläger zunächst bejahen können, da sie zur Zufügung erheblicher Verletzungen geeignet sind und ihre Verwendung hierzu außerhalb des Baseballfeldes auch naheliegt. Allerdings muss man die Baseballschläger schon zweckentfremden (was *Krey/Hellmann/Heinrich* II, Rn. 185 bestreiten), wenn man mit ihnen Leib und Leben in Gefahr bringen will. Dann scheidet nach einigen Stimmen die Gefährlichkeit aus. Da freilich diese Zweckentfremdung in Bedrängnissituationen für Skinheads typisch sein mag, kann man nach wiederum anderen Anhängern der Gefährlichkeitstheorie die Gefährlichkeit doch bejahen. Von einem gesetzlichen Verbot ist das Mitsichführen von Baseballschlägern nicht betroffen. Hiernach scheidet Gefährlichkeit aus. Dass es eine andere als Leibes- oder Lebensgefahr begründende Verwendungsart der Schläger während der Ausführung der Tat gibt, kann man dagegen bestreiten und Gefährlichkeit deshalb bejahen, muss dann allerdings wohl ausschließen, dass die ja auch denkbare Nichtverwendung als »Verwendungsart« in Betracht zu ziehen ist. Ergibt sich so für die Varianten der objektiven Gefährlichkeitslehre kein geschlossenes Bild, ist nach der Verdachtstheorie die Gefährlichkeit zu bejahen, da sich die Vermutung der Einsatzbereitschaft nach der Beschaffenheit der Schläger und dem Kontext der Tat auch schon beim Diebstahl für einen objektiven Beobachter aufdrängt. Auch wird man das Mitsichführen von Baseballschlägern in Kneipen kaum als sozialtypisch bezeichnen können. Die Theorie vom Verwendungsverbehalt verneint dagegen § 244 I Nr. 1a StGB, da für sie die Möglichkeit einer gefahrauslösenden Zweckentfremdung hierfür nicht ausreicht, wenn sie nicht in einem inneren Vorbehalt als notfalls einzusetzende Strategie der Täter verankert ist, woran es im Hinblick auf den begangenen Diebstahl hier fehlt. Die Widmungstheorie bejaht dagegen wieder die Gefährlichkeit, weil die mitgeführten Schläger losgelöst von der Diebstahlstat und auf sie nicht bezogen für denkbare Auseinandersetzungen von T und M zu Drohungs- und Verletzungsmitteln mit erheblichem Gefahrenpotenzial vorsorglich bestimmt worden sind. – Sieht man in den Baseballschlägern ein gefährliches Werkzeug, dürfte dem Beisichführen (entgegen BayObLG StV 1999, 383) nicht entgegenstehen, dass die Täter die Schläger im Rucksack verstaut und unter der Theke abgelegt haben. Auch dann können sie sich ihrer jederzeit »bedienen« (s. *Wessels/Hillenkamp* Rn. 267). – Hält man es für belanglos, ob der Täter das gefährliche Werkzeug schon zum Tatort mitbringt oder erst hier – und sei es als (Teil der) Beute (s. *Rengier* I, § 4 Rn. 51 f.; *Wessels/Hillenkamp* Rn. 267 m.w.N.) – ergreift, muss man auch die Bierkrüge als potenzielles Droh- oder Verletzungsmittel nach dem hier dargestellten Meinungsstand durchmustern. Dabei dürfte sich kaum ein Unterschied zu den Baseballschlägern ergeben, was sich erschließt, wenn man sich die Krüge statt der Schläger als vorsorglich eingesteckte Schlaginstrumente denkt. Allenfalls ist die Einsatzbereitschaftsvermutung geringer, da man von einem zerbrochenen Krug als

### 3. Teil. Straftaten gegen Vermögenswerte

Diebesgut nichts mehr hat. Wer im Ergebnis § 244 I Nr. 1a StGB bejaht, kann hierauf § 248a StGB nicht anwenden (s. zum Fall eines zusammengeklappten Taschenmessers Kühl HRR, S. 116; BGHSt 52, 257, 269).

2. T ist, um zu stehlen, in Abwesenheit der Wohnungsinhaberin O in deren Wohnung eingedrungen, hat dort Schmuckstücke in seiner Aktentasche verstaut und will so eben die Wohnung mit der Beute verlassen, als O zurückkehrt. T versteckt sich hinter einer Tür und schlägt O mit einem 30 cm langen Holzknüppel, den er nach seiner unwiderlegten Einlassung stets als »Pannenhilfe« in seiner Aktentasche bei sich zu führen pflegt, mehrfach auf den Kopf, bis sie zu Boden geht. Anschließend verlässt T fluchtartig die Wohnung. O hatte T überhaupt nicht wahrgenommen (BGHSt 26, 95). – Zur Lösung dieses Falles (ohne Holzknüppel) s. zunächst das Beispiel 1 des 27. Problems. Bejaht man mit BGHSt 26, 95 § 252 StGB, führt das zur Anwendung des § 250 II Nr. 1 StGB, da T mit dem Knüppel in einer konkret Leibes- und wohl auch Lebensgefahr (daher ist auch an § 250 II Nr. 3b StGB zu denken) auslösenden Weise zuschlägt und damit unbestreitbar ein gefährliches Werkzeug verwendet (s. BGH StV 1999, 91). Mit derselben Begründung ist auch § 224 I Nr. 2 StGB zu bejahen. Kommt es wie hier zur Verwendung, tritt § 250 I Nr. 1a StGB – falls man ihn für gegeben hält – hinter der schwereren Qualifikation des § 250 II Nr. 1 StGB zurück. – Verneint man § 252 StGB, kann auf §§ 249, 250 StGB nicht zurückgegriffen werden, da die eingesetzte Gewalt nicht der Erlangung, sondern der Verteidigung der Beute dient. Auch scheiden §§ 255, 250 StGB aus (s. Wessels/Hillenkamp Rn. 412 f.). Übrig bleibt dann § 244 I Nr. 3 StGB. Da die Phase zwischen Vollendung und Beendigung nach heute schon überwiegender Auffassung für eine Qualifikation nicht mehr taugt (s. Wessels/Hillenkamp Rn. 267), ist fraglich, ob § 244 I Nr. 1a StGB hinzutritt. Das wäre nur dann der Fall, wenn T bis zur Vollendung des Diebstahls ein gefährliches Werkzeug bei sich führte. Ein 30 cm langer Holzknüppel lässt sich als objektiv gefährlich bezeichnen und muss angesichts einer objektiv nicht ablesbaren Zweckbestimmung auch nicht zweckentfremdet werden, wenn er als Schlaginstrument benutzt wird. Zudem drängt sich im Hinblick auf die offenkundige, wenn auch nicht widerlegte Schutzbehauptung, der Knüppel diene nur der »Pannenhilfe«, der sich später dann auch bestätigende Verdacht einer Einsatzbereitschaft massiv auf. Die Theorie vom Verwendungsvorbehalt begnügt sich mit einem solchen Verdacht – anders als die Verdachtstheorie – aber nicht. Lässt sich die für den »Notfall« bestehende Einsatzbereitschaft nicht erweisen, ist die »Pannenhilfe« kein gefährliches Werkzeug. Mit der Widmungstheorie kommt man nur dann zur gegenteiligen, mit den objektiven Theorien übereinstimmenden Auffassung, wenn man mit dem Wort »Pannenhilfe« die generelle Widmung verbindet, den Knüppel irgendwann einmal auch bei einer »Panne«, wie sie T nun erlebt, zu benutzen, ohne dass dies für die konkrete Tat geplant war. – Dass der Knüppel schon eine »Waffe« ist und es deshalb auf den Streit nicht ankommt, wird man deshalb nicht sagen können, weil er – anders als ein professioneller Schlagstock – die Voraussetzungen einer technischen Waffe nicht erfüllt.

– **Wandelt** man den Fall so **ab**, dass T schon beim Einpacken der Beute von O überrascht wird und sie überwältigt, ohne den mitgeführten (dass das Beisichführen in der Aktentasche reicht, gilt hier mit der gleichen Begründung wie zum Rucksack im Beispiel 1) Holzknüppel zu benutzen, dient die Gewalt noch der Gewahrsamsbegründung. Dann ist die hier erörterte Frage ohne inhaltliche Differenz für die §§ 249, 250 I Nr. 1a StGB zu erörtern.

## 27. Problem (§ 252 StGB)

### Ist auf frischer Tat »betroffen«, wer durch die Gewaltanwendung dem Bemerktwerten zuvorkommt?

#### Beispiel:

T ist, um zu stehlen, in Abwesenheit der Wohnungsinhaberin O in deren Wohnung eingedrungen, hat dort Schmucksachen in seiner Aktentasche verstaut und will soeben die Wohnung mit der Beute verlassen, als O zurückkehrt. T versteckt sich hinter einer Tür und schlägt O hinterrücks zu Boden. Anschließend verlässt T fluchtartig die Wohnung. O hatte T überhaupt nicht wahrgenommen (BGHSt 26, 95). Ist T nach § 252 StGB strafbar?

#### Ausgangspunkt:

Dem Räuber wird in § 252 StGB der Dieb gleichgestellt, der Raubmittel einsetzt, um sich im Besitz des von ihm gestohlenen Gutes zu erhalten. Einengend ist verlangt, dass der Täter bei seinem Diebstahl auf frischer Tat »betroffen« wird. Darunter fällt eindeutig der Fall, dass der Täter beim Stehlen mit den Sinnen wahrgenommen, also gesehen, gehört oder im Dunkeln ertastet wird. Kommt er solcher Wahrnehmung durch Gewaltanwendung zuvor, ist das im Unrechtsgehalt zwar annähernd gleich, vom Wortlaut aber nicht mehr eindeutig gedeckt. Subsumiert man das bloße raumzeitliche Zusammentreffen vor jeder Wahrnehmung schon unter das Wort »betroffen«, muss man sich deshalb fragen, ob man damit noch erlaubte extensive Auslegung oder ob man nicht schon verbotene Analogie betreibt.

#### I. (hier sog.) Wahrnehmungstheorie

Auf frischer Tat betroffen ist nur, wer bei einem Diebstahl (als Dieb) wahrgenommen bzw. bemerkt wird.

#### Vertreten von:

*Bockelmann* I, § 8 VII 2; *Dreher* MDR 1976, 529; *Geppert* Jura 1990, 556 f.; *Hohmann/Sander* I, § 7 Rn. 9; *Joecks* § 252 Rn. 5 f.; *Krey* ZStW 101 (1989), 849; *Marxen* S. 316; *Schmidhäuser* 8/58; *Schnarr* JR 1979, 314; *Schroth* S. 205; *Seelmann* JuS 1986, 206; *Seier* JuS 1979, 338. **Abschwächend** – subjektive Verdachtsbildung des Betreffenden ist nicht erforderlich –: *AnwK/Habetha* § 252 Rn. 8 ff.; *Hegmanns* Rn. 1130; v. *Heintschel-Heinegg/Wittig* § 252 Rn. 8; *LK/Vogel* § 252 Rn. 29; *Mitsch* II/1, § 4 Rn. 32; *ders.* JA 1997, 659; *Maurach/Schroeder/Maiwald* I, § 35 Rn. 41; *MüKo/Sander* § 252 Rn. 9, 11; *Schwarzer* ZJS 2008, 267 ff.; *Wessels/Hillenkamp* Rn. 397; *Zöller* JuS 1997, L 91 f.; bei gleichem Ausgangspunkt will *Küper* S. 100 kein dem Einsatz des Nötigungsmittels notwendig zeitlich vorausgehendes Betreffen verlangen, sondern ein Wahrnehmen im Augenblick der Gewaltanwendung oder Drohung ausreichen lassen (aus der Gegenposition dem zust. *SK/Sinn* § 252 Rn. 13). Vor Entstehung des Streites und deshalb noch ohne Stellungnahme zur Gegenmeinung haben unter »betroffen« wahrnehmen (i.S.v. sehen, hören, beobachten, entdecken etc.) verstanden: *LK/Baldus* 9. Aufl. 1970, § 252 Rn. 7; *Maurach* § 29 II 1; *Welzel* § 49 III; RGSt 73, 346; BGHSt 9, 257; 16, 277; BGH JZ 1951, 376; BGH GA 1968, 304.

### 3. Teil. Straftaten gegen Vermögenswerte

#### 1. Argument

Auf frischer Tat »betroffen« ist nach dem Sinn dieses Wortes nur, wer wahrgenommen bzw. bemerkt wird. Wer sich über diese Wortsinnschranke durch Einbeziehung eines (noch) nicht wahrgenommenen Täters in den Kreis der Betroffenen hinwegsetzt, verstößt durch Analogie zuungunsten des Täters gegen § 1 StGB und Art. 103 II GG; das Analogieverbot steht nämlich nicht nur einer den Wortlaut überschreitenden nur entsprechenden Tatbestandsanwendung, sondern auch einer Auslegung entgegen, durch die die eingrenzende Wirkung des Tatbestandsmerkmals aufgehoben und deshalb zu einem funktionslosen Tatumstand gemacht wird.

#### 2. Argument

Wer der Wahrnehmung durch einen Dritten durch Gewaltanwendung zuvorkommt, wird nicht betroffen, sondern verhindert gerade das Betroffenwerden.

#### 3. Argument

Ein raumzeitliches Zusammentreffen ist im Augenblick des Einsatzes des Nötigungsmittels der Regelfall. Ließe man es ausreichen, läge so gut wie in jedem Fall ein Betreffen vor. Diese Voraussetzung muss daher nach der Tatbestandsstruktur eine eigenständige Bedeutung haben, die dann aber nur in einem Bemerken bzw. Wahrnehmen vor dem Einsatz der Nötigungsmittel liegen kann.

#### 4. Argument

Wer unter Verbiegung des Wortlauts jeden einem Räuber gleichgefährlichen Täter lückenlos mit dem Raubstrafrahmen erfassen will, verkennt den notwendig und sinnvollerweise fragmentarischen Charakter des Strafrechts.

#### 5. Argument

Die Gegenansicht läuft darauf hinaus, das einengende Merkmal »betroffen« aus dem Tatbestand des § 252 StGB zu eliminieren und § 252 StGB so dem § 249 StGB mit seinem weiten Gewaltbegriff anzugeleichen. Sie müsste folgerichtig aus § 252 StGB bestrafen, wenn der Dieb zur Sicherung der Flucht lediglich die Schlafzimmertür seines schlafenden Diebstahlsopfers verriegelt: Ein Ergebnis, das – weil der Dieb vom Schlafenden weder betroffen ist noch betroffen zu werden aktuell befürchten muss – mit § 252 StGB nicht in Einklang zu bringen ist.

#### 6. Argument

Die in der Sache zum Teil nicht unberechtigten Einwände der Gegenmeinung scheitern zwar am Gesetzeswortlaut. Man sollte ihnen aber insoweit nachgeben, als mehr als ein Wahrnehmen nicht zu verlangen ist. Verdachtsbildung ist Voraussetzung eines prozessualen Handelns pro magistratu (§ 127 StPO), nicht aber Bedingung dafür, dass sich der Täter als einem Räuber gleich gefährlich erweist.

## II. (hier sog.) Objektive Theorie

Auf frischer Tat betroffen wird auch, wer dem Bemerktwerden durch Gewaltanwendung zuvorkommt.

#### Vertreten von:

Arzt/Weber/Heinrich § 17 Rn. 21; Beulke III, Rn. 430; Blei § 58 III 1; ders. JA 1975, 522 (vgl. auch JA 1975, 806; 1976, 525); Dittrich/Pintaske ZJS 2011, 160; Eisele II,