

## **§ 25: Diebstahl mit Waffen; Bandendiebstahl; Wohnungseinbruchsdiebstahl (§ 244 StGB) und schwerer Bandendiebstahl (§ 244a StGB)**

§§ 244 f. StGB enthalten Qualifikationstatbestände des Diebstahls.

### **I. Diebstahl mit Waffen (§ 244 I Nr. 1 StGB)**

Gem. § 244 I Nr. 1 StGB wird bestraft, wer einen Diebstahl begeht, bei dem er oder ein anderer Beteiligter eine Waffe oder ein anderes gefährliches Werkzeug bei sich führt (Buchstabe a) oder sonst ein Werkzeug oder Mittel bei sich führt, um den Widerstand einer anderen Person durch Gewalt oder Drohung mit Gewalt zu verhindern oder zu überwinden (Buchstabe b).

#### **1. Beisichführen einer Waffe oder eines gefährlichen Werkzeugs (§ 244 I Nr. 1 a) StGB)**

##### **a) Waffe**

Der (strafrechtliche) Waffenbegriff wird in Anlehnung – nicht jedoch in strenger Abhängigkeit (BGH NStZ 1989, 476) – an § 1 II WaffG gebildet. Waffe ist jeder Gegenstand, der dazu bestimmt ist, im Rahmen seines üblichen Gebrauchs Menschen durch mechanische oder chemische Wirkung erheblich zu verletzen (BGHSt 4, 125, 127; *Wessels/Hillenkamp* Rn. 265).

Da sich der an der Verkehrsauffassung ausrichtende bestimmungsgemäße Einsatz nicht unbedingt gegen Menschen zu richten braucht, sind z.B. auch Jagdwaffen erfasst (*Sch/Sch/Eser/Bosch* § 244 Rn. 3 m.w.N.).

Anknüpfungspunkt der erhöhten Strafandrohung ist die von einer einsatzbereiten Waffe ausgehende abstrakte Gefährlichkeit (*Wessels/Hillenkamp* Rn. 269). Daraus ergibt sich, dass nur das Beisichführen gebrauchts- und einsatzbereiter Waffen tatbestandlich ist (BGHSt 45, 92, 93; *Rengier* BT I § 4 Rn. 4; MK/*Schmitz* § 244 Rn. 8). Dafür ist nicht erforderlich, dass die Waffe geladen ist; vielmehr genügt es für das Beisichführen, wenn der Täter die erforderliche Munition griffbereit mit sich führt (BGH NStZ-RR 2006, 205; *Wessels/Hillenkamp* Rn. 271).

Problematisch ist die Erfassung von Gaspistolen und insb. Schreckschussrevolvern.

#### aa) Gaspistole

Vor dem 6. StrRG war umstritten, ob Gaspistolen Schusswaffen i.S.d. § 244 I Nr. 1 a) StGB a.F. darstellten. Der BGH (NStZ 1999, 135, 135 f.) bejahte dies, soweit sie so konstruiert sind, dass mit ihnen Gaspatronen verschossen werden und das durch Zündung freigesetztes Gas den Lauf in Richtung nach vorne (also nicht lediglich seitwärts) verlässt. Im Hinblick auf den in der a.F. verwendeten Begriff „Schusswaffe“ konnte die Erfassung durch den Tatbestand dagegen mit der Erwägung verneint werden, Schusswaffen könne nur solche Waffen meinen, die mechanisch wirkende Geschosse aus einem Lauf abfeuern können, die mithin geeignet sind, Projektilverletzungen herbeizuführen. Dieser Streit hat aber durch die Reform an Relevanz verloren, da Gaspistolen im Ergebnis einheitlich zur Alt. 1 (Waffen) gezählt werden (vgl. *Rengier* BT I § 4 Rn. 9, 16; *Sch/Sch/Eser/Bosch* § 244 Rn. 3a).

→ Einen erweiterten Überblick des Meinungsstandes bietet auch das Problemfeld *Gaspistolen als Schusswaffen*: <https://strafrecht-online.org/problemfelder/bt/244/obj-tb/gaspistole/>

## bb) Schreckschusswaffe

Ob auch Schreckschusswaffen dem Waffenbegriff des StGB unterfallen, ist umstritten.

- Der BGH (BGH StV 1998, 486, 486 f.; 2001, 274, 274 f.) ging zunächst davon aus, dass Schreckschusswaffen keine Waffen i.S.d. Strafrechts sind.
  - ⊕ Der Einsatz aus der Ferne ist objektiv völlig ungefährlich.
  - ⊖ Der Einsatz der Schreckschusswaffe aus nächster Nähe kann erhebliche Verletzungen des Opfers verursachen.
- Der Große Senat des BGH (BGHSt 48, 197, 197 ff.) entschied 2003, dass Schreckschusswaffen stets Waffen i.S.d. Strafrechts seien.
  - ⊕ Parallele zur Gaspistole, die aus der Ferne benutzt, ebenfalls nicht gefährlich ist.
  - ⊕ Schreckschusswaffen werden im neu gefassten Waffengesetz als Waffen im technischen Sinne behandelt (vgl. § 1 II Nr. 1 WaffG i.V.m. Anlage 1, Abschnitt 1 Unterabschnitt 1 Nr. 1 sowie Nr. 2 und Nr. 2.7).
  - ⊖ Der Waffenbegriff ist nicht zwangsläufig akzessorisch zum WaffG zu bestimmen, sondern kann auch strafrechtsautonom ausgelegt werden.
  - ⊕ Dass die Waffe im Einzelfall nicht gefährlich verwendet wurde, steht der Waffeneigenschaft auch sonst nicht entgegen.

- ⊖ Diese Auslegung konterkariert das Bestreben, den Waffenbegriff einheitlich zu bestimmen, indem auf die Gefährlichkeit im Einzelfall abgestellt wird. Demgegenüber muss der fragliche Gegenstand generell zur Herbeiführung erheblicher Verletzungen bestimmt sein.
  - Die Lit. steht der Auslegung des Großen Senats weitgehend kritisch gegenüber (*Rengier* BT I § 4 Rn. 18 m.w.N. meint, man könne das Verständnis als Waffe im technischen Sinn „allenfalls als singuläre Ergänzung akzeptieren“; ablehnend *Wessels/Hillenkamp* Rn. 266). Vorzugswürdig scheint eine Einstufung als gefährliches Werkzeug im Einzelfall.
  - ⊕ Der bestimmungsgemäße Gebrauch von Schreckschusswaffen liegt gerade nicht darin, Verletzungen hervorzurufen, sondern darin, zu erschrecken.
  - ⊕ Strafrechtlicher Waffenbegriff wird aufgeweicht und waffenähnliche Gegenstände werden mit einbezogen.
- Einen erweiterten Überblick des Meinungsstandes bietet auch das Problemfeld *Schreckschusswaffen als Waffen im technischen Sinn*:  
<https://strafrecht-online.org/problemfelder/bt/244/obj-tb/schreckschuss/>

## b) Gefährliches Werkzeug

Nach § 244 I Nr. 1 a) StGB macht sich ebenfalls strafbar, wer ein anderes gefährliches Werkzeug bei sich führt. Gemäß dem gesetzgeberischen Willen (BT-Drs. 13/9064, 18) und der für die gleichförmige Auslegung gleicher Gesetzesbegriffe streitenden Vermutung könnte der Begriff des gefährlichen Werkzeugs hier ebenso

auszulegen sein wie in § 224 I Nr. 2 Alt. 2 StGB. Diese Definition führt für die Auslegung in § 244 I Nr. 1 a) StGB indes nicht weiter, da die Gefährlichkeit des Werkzeugs dort unter Bezugnahme auf die konkrete Art der Verwendung bestimmt wird (dazu KK 102 ff. auch mit Hinweis auf eine abweichende Konzeption), wohingegen der Täter das Werkzeug im Fall des § 244 I Nr. 1 a) StGB lediglich bei sich führt.

Es besteht daher Einigkeit, dass die Definition des § 224 I Nr. 2 Alt. 2 StGB nicht übertragen werden kann (BGH NStZ 2008, 512, 512 m.w.N.; *Krüger* JA 2009, 190, 190). Wie der Begriff des gefährlichen Werkzeugs hier zu bestimmen sein soll, ist noch nicht vollständig geklärt.

#### **aa) Objektivierende Betrachtungsweisen**

Ein Teil des Schrifttums bestimmt den Begriff anhand objektiver Kriterien. Das Werkzeug muss dabei mindestens objektiv gefährlich sein, d.h. aufgrund seiner Beschaffenheit geeignet sein, bei entsprechender Verwendung erhebliche Verletzungen herbeizuführen. Der Strauß an darüber hinaus gemachten Einschränkungen ist jedoch bunt:

- Nur Gegenstände, die keine andere Funktion erfüllen können, als den Einsatz zu Verletzungszwecken (*Sch/Sch/Eser/Bosch* § 244 Rn. 5; *Joecks/Jäger* § 244 Rn. 19).
- Gegenstände, deren Zweckentfremdung in der Bedrängnissituation naheliegend erscheint (*SK/Hoyer* § 244 Rn. 11).
- Nur Gegenstände, deren Mitsichführen gesetzlich verboten ist (*Lesch* JA 1999, 34, 36).

- Nur solche Gegenstände, die nicht deliktsspezifisch mit sich geführt werden (*Kindhäuser* BT II § 4 Rn. 10).
- Teilweise wird auf weiter einschränkende Kriterien auch verzichtet (*Hörnle* Jura 1998, 169, 172).

Gegen eine objektive Bestimmung lässt sich anführen, dass sie den Begriff des gefährlichen Werkzeugs entweder zu eng, beschränkt auf waffenähnliche Gegenstände oder uferlos weit bestimmt. Jedenfalls die Kritik an einem objektiven Verständnis als zu eng überzeugt nicht. Nach § 244 I Nr. 1 b) StGB werden auch sonstige Werkzeuge oder Mittel erfasst, sofern sie mitgeführt werden, um den Widerstand von Personen zu brechen (die Einschränkung durch die Verwendungsabsicht erscheint angesichts der nicht verlangten Gefährlichkeit gerechtfertigt). Diese Gegenstände müssen ihrerseits nicht objektiv gefährlich sein, so dass jedenfalls keine „Lücke“ entsteht. Ein weiteres Verständnis ist daher auch zum Erreichen sachgerechter Ergebnisse nicht geboten.

Nunmehr hat sich BGH NStZ 2008, 512, 514 für eine rein objektive Bestimmung des Begriffs ausgesprochen (vgl. auch BGH NStZ 2011, 158, 159). Er beruft sich auf die gesetzgeberische Absicht, „das Beisichführen von Werkzeugen, die im Falle ihres Einsatzes gegen Personen auf Grund ihrer Beschaffenheit objektiv die Eignung besitzen, schwere Verletzungen herbeizuführen, wegen der latenten Gefahr des Gebrauchs durch den Täter selbst ohne dessen Verwendungsabsicht oder -vorbehalt mit erhöhter Strafe zu bedrohen.“ Eine subjektive Deutung verbiete sich daher. Dass damit der Weg in eine rechtsunsichere Einzelfallkasuistik geebnet ist, erkennt der BGH selbst an und nimmt dieses hin.

## bb) Subjektivierende Betrachtungsweisen

Subjektivierende Betrachtungsweisen beziehen die Vorstellungen des Täters in die Begriffsbestimmung mit ein.

- Teilweise (*Rengier* BT I § 4 Rn. 38 f.; *Wessels/Hillenkamp* Rn. 276 f.; *Küper/Zopfs* BT Rn. 777; *Graul* Jura 2000, 204, 205 f.) wird sogar eine konkrete Verwendungsabsicht des Täters gefordert. Danach liegt ein gefährliches Werkzeug vor, wenn es nach seiner objektiven Beschaffenheit und der vom Täter konkret beabsichtigten Art der Verwendung geeignet ist, erhebliche Verletzungen hervorzurufen.
  - ⊕ Dem Willen des Gesetzgebers nach Übertragung der Auslegung zu § 224 I Nr. 2 Alt. 2 StGB wird so weit wie möglich Rechnung getragen.
  - ⊖ Der Wortlaut des § 244 I Nr. 1 a) StGB verlangt lediglich das Beisichführen eines gefährlichen Werkzeugs, aber keine Verwendungsabsicht.
  - ⊖ Nur § 244 I Nr. 1 b) StGB verlangt eine Verwendungsabsicht; in systematischer Hinsicht erscheint die Forderung eines Verwendungsvorbehalts für § 244 I Nr. 1 a) StGB daher zweifelhaft.
- Ein anderer Standpunkt, dem die Rspr. (BGH NSTz 1999, 301, 302; BGH NJW 2002, 2889, 2890; OLG Braunschweig NJW 2002, 1735, 1736; vgl. auch OLG Schleswig NSTz 2004, 212, 213 f.) zunächst zuzuneigen schien, verlangt dagegen nur, dass der Täter den fraglichen Gegenstand generell, losgelöst von der konkreten Tat, zur gefährlichen Verwendung gewidmet haben muss.

→ Einen erweiterten Überblick des Meinungsstandes bietet auch das Problemfeld *Anforderungen an ein gefährliches Werkzeug i.S.d. § 244 I Nr. 1a StGB*:

<https://strafrecht-online.org/problemfelder/bt/244/obj-tb/gef-werkzeug/>



### c) **Beisichführen**

Das Merkmal des Beisichführens enthält eine räumliche und eine zeitliche Komponente.

#### aa) **Räumliche Dimension**

In räumlicher Hinsicht führt der Täter eine Waffe oder ein anderes gefährliches Werkzeug bei sich, wenn der fragliche Gegenstand ihm zur Verfügung steht, d.h. so in seiner räumlichen Nähe ist, dass er sich dessen jederzeit, also ohne nennenswerten Zeitaufwand und ohne besondere Schwierigkeiten bedienen kann (*Wessels/Hillenkamp* Rn. 267). Für das Beisichführen genügt es, wenn der Täter die erforderliche Munition griffbereit mit sich führt.

„Findet der Beteiligte den Gegenstand lediglich am Tatort vor und lässt ihn unangetastet, liegt kein Beisichführen vor. Anderenfalls würde die tatbestandsmäßige Handlung zu einer bloßen Wahrnehmung, einem Internum ohne hierauf bezogenes äußeres Verhalten [...]. Wenn sich das gefährliche Werkzeug nur in räumlicher Nähe des Beteiligten befindet, ist für eine Strafbarkeit nach § 250 I Nr. 1 Buchst. a StGB [gleichlautend wie § 244 I Nr. 1 a) StGB] daher – neben dem Bewusstsein, das Werkzeug funktionsbereit zur Verfügung zu haben – zusätzlich erforderlich, dass der Beteiligte es zum Tatort mitgebracht hat oder es zu irgendeinem Zeitpunkt bis zur Tatbeendigung noch ergreift.“ (BGH JuS 2017, 369). Es genügt also nicht, wenn die Tat lediglich an einem Ort ausgeführt wird, an dem sich gefährliche Werkzeuge befinden (etwa Messer in einer Küche).

## bb) Zeitliche Dimension

In zeitlicher Hinsicht stellt sich die Frage, in welcher Tatphase der Täter die Waffe oder das gefährliche Werkzeug zur Verfügung stehen muss. Unstreitig ist insoweit, dass das Beisichführen im Vorbereitungsstadium vor dem unmittelbaren Ansetzen zum Diebstahl irrelevant ist (BGHSt 31, 105, 106 f.; *Rengier* BT I § 4 Rn. 47).

Umstritten ist vielmehr, bis zu welchem Zeitpunkt vom Eintritt in das Versuchsstadium an dem Täter die Waffe bzw. das gefährliche Werkzeug zur Verfügung gestanden haben muss, um die Tat nach § 244 I Nr. 1 a) StGB zu qualifizieren.

- Nach h.M. (BGHSt 20, 194, 198; *Sch/Sch/Eser/Bosch* § 244 Rn. 7) ist auch ein Beisichführen erst im Beendigungsstadium tatbestandsmäßig.
  - ⊕ In der Beendigungsphase bei sich geführte Waffen bzw. gefährliche Werkzeuge sind ebenso gefährlich.
  - ⊕ Der Vollendungszeitpunkt ist kaum sicher feststellbar; ein Abstellen darauf führt zur Rechtsunsicherheit.
  - ⊖ Die Feststellbarkeit tatrelevanter Zeitpunkte ist ein allgemeines prozessuales Problem und lässt sich auch gegen die Beendigung anführen (zumal ja nicht etwa „zur Stärkung der Rechtssicherheit“ bei der Vollendung des Diebstahls auf die Beutesicherung, also die Beendigung, abgestellt wird).

weil dies der Rechtsunsicherheit entgegenwirke). Wird die „Rechtssicherheit“ ausschließlich mit Strafbarkeitsausweitung erkaufte, ist dies insgesamt keine Förderung der Rechtsstaatlichkeit.

- Nach a.A. (*Rengier* BT I § 4 Rn. 48 f.; *Wessels/Hillenkamp* Rn. 268 m.w.N.) muss die Waffe bzw. das gefährliche Werkzeug vor Vollendung des Diebstahls zur Verfügung stehen, um die Qualifikation zu erfüllen.
  - ⊕ Wortlaut: „Diebstahl begeht“ und nicht „begangen hat“.
  - ⊕ Abstellen auf die Beendigungsphase führt zu einer im Hinblick auf das Bestimmtheitsgebot des Art. 103 II GG bedenklichen Ausdehnung der Strafbarkeit, da für den Beendigungszeitpunkt keine allgemein-gültigen Regelungen existieren.
  - ⊕ Die speziellen Anforderungen des § 252 StGB werden unterlaufen, wenn die Tat auch nach Vollendung der Wegnahme nach § 244 StGB qualifizierbar wäre.

Nicht erforderlich ist, dass der Täter den gefährlichen Gegenstand während der gesamten Tatbegehung zur Verfügung hat. Ausreichend ist, dass er ihm zumindest vorübergehend in der qualifikationstauglichen Tatphase zur Verfügung steht (BGHSt 31, 105, 106; MK/*Schmitz* § 244 Rn. 26).

Das Beisichführen durch einen anderen Beteiligten genügt, sofern dieser am Tatort anwesend ist und der Vorsatz des Täters sich hierauf bezieht („bei dem er oder ein anderer Beteiligter“) (*Rengier* BT I § 4 Rn. 53).

### cc) Teleologische Reduktion bei Berufswaffenträgern?

Streitig ist, ob der Tatbestand für zum Tragen von Waffen verpflichtete (z.B. Polizisten, Soldaten oder Wachleute) Täter teleologisch zu reduzieren ist (dafür Sch/Sch/*Eser/Bosch* § 244 Rn. 6; *Schünemann* JA 1980, 349, 355; anders die h.M., vgl. BGHSt 30, 44, 45 f.; OLG Hamm NStZ 2007, 473, 474; *Wessels/Hillenkamp* Rn. 270 f.; *Rengier* BT I § 4 Rn. 57; *Lackner/Kühl/Kühl* § 244 Rn. 3a).

- ⊕ Das Waffentragen gehört zur Dienstaussübung des Berufswaffenträgers und kann daher nicht Anknüpfungspunkt einer höheren Strafandrohung sein.
- ⊖ Die unechten Amtsdelikte knüpfen ebenfalls an eine Dienstaussübung eine höhere Strafandrohung an. Zu stehlen ist außerdem nicht Teil der Dienstaussübung.
- ⊕ Die hinter § 244 I Nr. 1 a) StGB stehende Gefährlichkeitsvermutung besteht nicht bei Personen, die Waffen nicht delikts- sondern berufsbedingt bei sich führen.
- ⊖ Die Gefährlichkeit ist bei Berufswaffenträgern nicht geringer. Vielmehr steht für sie besonders viel „auf dem Spiel“ und sie sind im Umgang mit Waffen besonders ausgebildet, was die Treffsicherheit erhöht.
- ⊖ Das Gesetz kennt aus bewusst erwogenen Gründen keine Ausnahmeregelung wie sie etwa in § 243 II StGB enthalten ist.

Da der Täter die Waffe in solchen Fällen jedoch bei sich führt, ohne dies regelmäßig bewusst zu bedenken, kann eine Bestrafung am fehlenden Vorsatz des Berufswaffenträgers scheitern (vgl. OLG Hamm NStZ 2007,

473, 474). Zu beachten ist dabei, dass ein sachgedankliches Mitbewusstsein des Beisichführens der Waffe für einen diesbezüglichen Vorsatz ausreicht (vgl. dazu KK AT 167). Ein solches sachgedankliches Mitbewusstsein liegt bei Schusswaffen nahe, insbesondere bei berufsmäßigen Waffenträgern, die sich in einer besonderen Pflichtenlage befinden und dieser genügen müssen (OLG Naumburg BeckRS 2011, 21702).

## **2. Beisichführen eines sonstigen Werkzeugs oder Mittels, um Widerstand zu verhindern oder zu überwinden (§ 244 I Nr. 1 b) StGB)**

Die Begriffe Werkzeug und Mittel sind derart weit gefasst, dass hierunter alle körperlichen Gegenstände fallen (*Rengier* BT I § 4 Rn. 58). Eigenständige Bedeutung hat der Tatbestand jedoch nur für Gegenstände, die nicht bereits von Nr. 1 a) erfasst werden. Klassischerweise fallen etwa Kabel und Klebeband unter Nr. 1 b).

Nach Wortlaut und Systematik (gefährliche Gegenstände werden regelmäßig bereits von Nr. 1 a) erfasst) unterfallen auch sog. Scheinwaffen dem Tatbestand. Das sind solche Gegenstände, die zwar einen Anschein der Gefährlichkeit vermitteln, objektiv aber für Leib und Leben ungefährlich sind.

Bsp.: Spielzeugpistole, Bombenattrappe; Labello-Pflegestift im Rücken des Opfers.

Um eine uferlose Ausdehnung des Tatbestands zu vermeiden, werden Scheinwaffen im Anschluss an BGHSt 38, 116, 118 (dem folgend BGH NStZ 2007, 332, 333; Sch/Sch/*Eser/Bosch* § 244 Rn. 15; MK/*Schmitz* § 244 Rn. 33) aus dem Tatbestand ausgegrenzt, soweit sie aus Sicht eines objektiven Betrachters nach seinem äußeren Erscheinungsbild offensichtlich ungefährlich sind.

- ⊕ Werkzeuge und Mittel kommen in unbegrenzter, Tatbestandskonturen sprengender Vielzahl in Betracht; die Garantiefunktion des Tatbestands (Art. 103 II GG) muss gewahrt werden.
- ⊕ „Mittel“ zur Überwindung des Widerstands ist bei objektiv ungefährlichen Gegenständen nicht der Gegenstand selbst, sondern vielmehr die täuschende Erklärung des Täters.
- ⊖ Im Gegensatz zu Nr. 1 a) ist für Nr. 1 b) tatsächliche Gefährlichkeit gerade nicht erforderlich. Die Wirksamkeit des Werkzeugs oder Mittels muss sich also aus der psychischen Wirkung auf das Opfer – ggf. durch Täuschung – ergeben. Dafür ist der in den Rücken gedrückte Labello, den das Opfer eben nicht sieht, ebenso geeignet wie eine „objektiv gefährlich wirkende“ Schusswaffenattrappe.

Nach dem klaren Wortlaut des § 244 I Nr. 1 b) StGB muss das Beisichführen in Gebrauchsabsicht erfolgen. Es handelt sich also um eine Tatvariante mit überschießender Innentendenz. Somit wäre es aus systematischen Gesichtspunkten besser, eine Restriktion in der Verwendungsabsicht zu suchen. Der Strafschärfungsgrund allein aufgrund der objektiven Gefährlichkeit ergibt sich aus § 244 I Nr. 1 a) StGB. Folglich sollte die objektive Gefährlichkeit für die Strafschärfung in b) nicht entscheidend sein.

### **3. Möglichkeit eines Teiltrücktritts von § 244 I Nr. 1 StGB**

Ob ein Rücktritt allein vom Qualifikationstatbestand (sog. Teiltrücktritt) möglich ist, ist umstritten. Die Frage tritt im Zusammenhang mit § 244 I Nr. 1 StGB auf, wenn sich der Täter des tatbestandlichen Gegenstands nach Beginn des Diebstahlsversuchs entledigt oder er die Gebrauchsabsicht aufgibt, den Diebstahl aber gleichwohl vollendet.

- Die Rspr. (BGH NStZ 1984, 216, 247; ihr folgend *Otto* BT § 46 Rn. 23) erkennt einen Teilrücktritt nicht an. Wenn der Täter die Tat nicht im Ganzen aufgibt, wird er wegen §§ 242, 244 I Nr. 1 StGB bestraft.
  - ⊕ Nach ganz h.M. genügt das Beisichführen bereits in einem Moment; ein Beisichführen während der gesamten Tatausführung wird nicht verlangt. Das Handlungsunrecht des § 244 I Nr. 1 StGB ist daher bereits voll verwirklicht.
- Der überwiegende Teil der Literatur (*Zaczyk* NStZ 1984, 217; *Rengier* BT I § 4 Rn. 79; *Mitsch* BT II S.121; *Sch/Sch/Eser/Bosch* § 24 Rn. 113) geht in diesen Fällen von einem Teilrücktritt hinsichtlich des Qualifikationstatbestands aus. Der Täter wird nur aus § 242 StGB bestraft.
  - ⊕ Da es bei der bloß abstrakten Gefährdung geblieben ist, ist nach dem Gedanken der tätigen Reue eine Straffreiheit bei freiwilligem Täterverhalten trotz Vollendung des Tatbestands möglich.

## II. Bandendiebstahl (§ 244 I Nr. 2 StGB)

Gem. § 244 I Nr. 2 StGB wird bestraft, wer als Mitglied einer Bande, die sich zur fortgesetzten Begehung von Raub oder Diebstahl verbunden hat, unter Mitwirkung eines anderen Bandenmitglieds stiehlt. Vorausgesetzt wird also die Mitgliedschaft in einer Bande, sowie die bandenmäßige Begehung des Diebstahls.

### 1. Bandenbegriff

Eine Bande ist ein Zusammenschluss von mindestens drei Personen, die sich zur fortgesetzten Begehung mehrerer selbstständiger, im Einzelnen noch ungewisser Taten nach §§ 242, 249 StGB verbunden haben (BGHSt 46, 321, 325 ff.; *Fischer* § 244 Rn. 34; *MK/Schmitz* § 244 Rn. 39; *SK/Hoyer* § 244 Rn. 31). Die Anforde-

zung von zumindest drei Personen entspricht nach dem Beschluss des Großen Senats (BGHSt 46, 321), in der er die seit BGHSt 23, 239 verfolgte Rspr. (Ausreichen von zwei Personen) aufgab, nunmehr allgemeiner Ansicht. Dafür spricht neben dem Wortlaut insb. der Umstand, dass eine vom Hinzutreten oder Ausscheiden des einzelnen Mitglieds losgelöste, besondere Gruppendynamik erst ab drei Personen eintritt (Stichwort: krimineller Korpsgeist).

→ Einen erweiterten Überblick des Meinungsstandes bietet auch das Problemfeld *Erforderliche Anzahl der Bandenmitglieder*:

<https://strafrecht-online.org/problemfelder/bt/244/obj-tb/anzahl-bandenmitglieder/>

Umstritten ist dagegen, ob bei der Berechnung der Mitgliederzahl auch solche Personen mitzuzählen sind, die sich auf die Erbringung von Gehilfenbeiträgen (z.B. Auskundschaften des Diebstahlsobjekts oder -opfers, Fahren des Fluchtfahrzeugs, Schmierestehen, etc.) dauerhaft beschränkt haben.

- Nach h.M. (BGHSt 47, 214; BGH NSTz 2007, 33, 34; 2008, 570, 571; *Rengier* BT I § 4 Rn. 92 f.) sind auch solche Beteiligten als Bandenmitglieder anzusehen, die sich dauerhaft auf die Erbringung von Gehilfenhandlungen beschränkt haben.

⊕ Die Bande ist keine intensivere Form der Mittäterschaft, sondern ein aliud.

⊕ Eine Bande zeichnet sich typischerweise durch ihre hierarchische Struktur aus, bei der einigen stets nur unterstützende Bedeutung zukommen kann.



- ⊕ Die spezifische Bandengefährlichkeit und Effektivität der Bande ist nicht davon abhängig, dass sich einzelne nur auf Gehilfenhandlungen beschränken.
- Nach a.A. (MK/*Schmitz* § 244 Rn. 44; krit. auch *Wessels/Hillenkamp* Rn. 300) sollen nur solche Beteiligte als Bandenmitglieder zählen, die sich nicht lediglich auf Gehilfenbeiträge festgelegt haben. Das schließt aber nicht aus, dass ein Bandenmitglied im Einzelfall nur eine Gehilfentätigkeit übernimmt.
- ⊕ Parallele zu § 30 II StGB: Die Norm erfasst nur die Verabredung zur täterschaftlichen Verbrechenbegehung. Dementsprechend kann auch die Bandenabrede nur eine Abrede zu täterschaftlichen Tatbeiträgen erfassen.
- ⊕ Die Tatbestände des BT bezeichnen grundsätzlich nur eine täterschaftliche Begehung (restriktiver Täterbegriff). Daher ist Abs. 1 Nr. 2 als „zur fortgesetzten *täterschaftlichen* Begehung von Raub oder Diebstahl verbunden“ zu lesen.

## 2. Bandenmäßige Begehung

### a) Handeln als Mitglied der Bande („als Mitglied einer Bande“)

Der Täter muss als Mitglied einer Bande handeln, d.h. im Rahmen der Bandenabrede tätig werden. Daran fehlt es etwa, wenn zwei Mitglieder einer Autoschieberbande mittäterschaftlich irgendeinen Ladendiebstahl begehen. Hält sich die Tat im Rahmen der Bandenabrede, ist Kenntnis der übrigen Bandenmitglieder bzgl. der Tat oder gar ein entsprechender Bandenauftrag nicht erforderlich (BGH NSTz 2006, 342, 343).

## b) Mitwirkung („unter Mitwirkung eines anderen Bandenmitglieds“)

§ 244 I Nr. 3 StGB verlangt ferner, dass der Diebstahl unter Mitwirkung eines anderen Bandenmitglieds erfolgen muss. Fraglich ist, welche Anforderungen an das Zusammenwirken mit anderen Bandenmitgliedern zu stellen sind.

- Bis ins Jahr 2000 ging die h.M. (BGHSt 8, 205, 207; BGH NStZ 1999, 571, 571; heute noch ebenso *Wessels/Hillenkamp* Rn. 302; *MK/Schmitz* § 244 Rn. 52; *Lackner/Kühl/Kühl* § 244 Rn. 8) davon aus, dass „unter Mitwirkung eines anderen Bandenmitglieds“ nur dann gestohlen wird, wenn der Diebstahl bei räumlicher Anwesenheit von mindestens zwei Bandenmitgliedern unmittelbar am Tatort begangen wurde.
- ⊖ Der aus dem Hintergrund agierende Bandenchef kann nicht als Täter eines Bandendiebstahls erfasst werden; es kommt insoweit zu einer „gespaltenen Täterschaft“ zwischen Grundtatbestand und Qualifikation.
- ⊕ Nach dem restriktiven Täterbegriff (vgl. oben KK 312) ist nur Täter, wer selbst die Tat verwirklicht. Für Bandenchefs hält das Gesetz § 26 StGB, der ja gerade die Bestrafung „gleich einem Täter“ ermöglicht, und § 129 StGB bereit. Hier von „gespaltener Täterschaft“ zu sprechen, mag intuitiv sein und dem natürlichen Rechtsempfinden entsprechen. Es widerspricht aber dem Haftungssystem des StGB, das zur Bestimmung des Täters auf die Verwirklichung von Tatbeständen (Tatstrafrecht) und nicht bloß auf eine Eigenschaft des „Täters“ als Bandenchef (Täterstrafrecht) abstellt.

- ⊕ Das Mitwirkungserfordernis am Tatort und der Strafschärfungsgrund der Ausführungsgefahr des Bandendiebstahls spricht dafür, dass nur am Tatort anwesende Bandenmitglieder Täter sein können. Wird – wie allgemein anerkannt – die Mitwirkung von mindestens zwei Bandenmitgliedern am Tatort verlangt und ergibt sich bereits hieraus die spezifische Gefährlichkeit des Bandendiebstahls, so spielt der abwesende Bandenchef in dieser Hinsicht keine Rolle für die objektive Gefährlichkeit der Tat. Daher kann er lediglich Teilnehmer, nie aber Täter von § 244 I Nr. 2 StGB sein. Eine Täterschaft nach § 242 StGB kommt indes in Betracht (SK/Hoyer § 244 Rn. 36).

In BGHSt 46, 321 gab der Große Senat diese Rspr. auf (zustimmend *Rengier* BT I § 4 Rn. 99; *Sch/Sch/Eser/Bosch* § 244 Rn. 26 f.; *NK/Kindhäuser* § 244 Rn. 45; *Joerden* JuS 2002, 329, 331 f.). Ausreichend soll nunmehr sein, dass ein Bandenmitglied mit einem anderen in irgendeiner Weise – nicht notwendig am Tatort und nicht notwendig als Mittäter – an der Tat beteiligt war. Genügen soll insb. auch, dass ein Dritter, der selbst nicht Bandenmitglied ist, die Wegnahmehandlung vornimmt (BGHSt 46, 321, 338).

- ⊕ Der Wortlaut ist kein Hinweis auf die Anwesenheit mehrerer Bandenmitglieder am Tatort zu entnehmen.
- ⊕ Das arbeitsteilige Vorgehen „moderner“ organisierter und spezialisierter Diebesbanden ist oftmals so perfekt ausgestaltet, dass es die Anwesenheit weiterer Bandenmitglieder am Tatort nicht erforderlich macht.

- ⊕ Der Diebstahl ist ein reines Eigentumsdelikt, so dass es nicht auf die gesteigerte Durchsetzungsmacht gegenüber dem Opfer ankommen kann. Dem Diebstahl ist die persönliche Konfrontation zwischen Täter(n) und Opfer gerade nicht eigen (Sch/Sch/Eser/Bosch § 244 Rn. 26).
  - ⊖ Dem Merkmal der Begehung unter Mitwirkung eines anderen Bandenmitglieds kommt kaum noch eine eigenständige Bedeutung zu. Der Unterschied zu Tatbeständen, die dieses Merkmal nicht fordern (z.B. § 263 III Nr. 1 StGB) wird eingebnet.
  - ⊖ Das Merkmal knüpft erkennbar an eine spezifische Ausführungsgefahr an, an der es fehlt, wenn ein Bandenmitglied lediglich im Vorfeld der eigentlichen Tatausführung tätig wird; vielmehr liegt darin nur die einer Bande immanente Organisationsgefahr.
  - ⊖ In systematischer Hinsicht zeigt sich, dass die Gleichstellung mit dem Diebstahl mit Waffen nicht erklärlich ist, solange die Tat nicht für das Opfer abstrakt gefährlicher wird. Dies kann nur durch die Anwesenheit mehrerer am Tatort begründet werden (MK/Schmitz § 244 Rn. 53).
- Einen erweiterten Überblick des Meinungsstandes bietet auch das Problemfeld *Tatbestandsmerkmal unter „Mitwirkung“ eines Bandenmitglieds*:  
<https://strafrecht-online.org/problemfelder/bt/244/obj-tb/mitwirkung-bande/>

### 3. Täter des Qualifikationstatbestands – Bandenmitglieder

Täter eines Bandendiebstahls können nur Bandenmitglieder sein (Rengier BT I § 4 Rn. 106). Für Nichtbandenmitglieder kommt hinsichtlich der Qualifikation also nur Teilnahme in Betracht.

Umstritten ist, ob die Bandenmitgliedschaft täterbezogenes, strafschärfendes besonderes persönliches Merkmal ist. Die h.M. (BGHSt 46, 120, 128; *Fischer* § 244 Rn. 39; *LK/Schünemann* § 28 Rn. 68; *Rengier* BT I § 4 Rn. 106; a.A. *Sch/Sch/Eser/Bosch* § 244 Rn. 28/29) bejaht dies, so dass § 28 II StGB anwendbar ist.

- ⊕ Es geht um die persönliche Stellung als Mitglied der Bande.
- ⊖ Es geht um die objektive Gefährlichkeit der Verbindung zu einer Bande.
- ⊕ Wenn es nur um die objektive Gefährlichkeit ginge, genügte die gemeinschaftliche Ausführung eines Diebstahls (vgl. § 224 I Nr. 4 StGB). Stattdessen stellt das Gesetz gerade auf das über die einzelne Situation hinausgehende Bestehen der Bande ab.

### III. Wohnungseinbruchsdiebstahl (§ 244 I Nr. 3 StGB)

Nach § 244 I Nr. 3 StGB wird bestraft, wer einen Diebstahl begeht, bei dem er zur Ausführung der Tat in eine Wohnung einbricht, einsteigt, mit einem falschen Schlüssel oder einem anderen nicht zur ordnungsmäßigen Öffnung bestimmten Werkzeug eindringt oder sich in der Wohnung verborgen hält.

#### 1. Wohnung

Wohnung ist ein umschlossener und überdachter Raum, der einen Mensch vorübergehend, aber von gewisser Dauer als Unterkunft dient (*Sch/Sch/Eser/Bosch* § 244 Rn. 30). Die Räumlichkeiten müssen den Mittelpunkt des privaten Lebens bilden.

Umstritten ist, ob auch Wohnmobile und Wohnwagen Wohnungen i.S.d. § 244 I Nr. 3 StGB darstellen:

- In der Literatur wird vertreten, dass Wohnmobile und Wohnwagen dann nicht vom Schutzbereich erfasst seien, wenn sie nur während einer Urlaubsreise in Anspruch genommen werden (*Wessels/Hillenkamp* Rn. 290; *BeckOK/Wittig* § 244 Rn. 19.1).
  - ⊕ Das Sicherheitsgefühl bei einem Einbruch in ein Wohnmobil/Wohnwagen während einer Reise erschüttert das Sicherheitsgefühl weniger stark (*Mitsch* NJW 2017, 1188).
  - ⊕ ausreichender Schutz über § 243 I 2 Nr. 1 StGB (*Wessels/Hillenkamp* Rn. 290)
- Der BGH (NJW 2017, 1186, 1187) hingegen versteht § 244 I Nr. 3 StGB extensiv. Demnach sind auch Wohnmobile und Wohnwagen, die nur vorübergehend der Unterkunft von Menschen dienen, Wohnungen, wenn sie als solche genutzt werden.
  - ⊕ Schutz der Privatsphäre des Opfers
  - ⊖ Hohe Strafandrohung spricht gegen extensive Auslegung
  - ⊕ der neu eingeführte Abs. 4 stellt explizit auf dauerhaft genutzte Privatwohnungen ab, was Abs. 1 Nr. 3 gerade nicht tut; man wird Abs. 1 Nr. 3 also weiter verstehen müssen als Abs. 4 (*MK/Schmitz* § 244 Rn. 61)

Nebenräume wie Kellerräume, Flure, Speicher etc. sind nur dann als geschützt anzusehen, wenn diese Räume durch eine unmittelbare Verbindung zum Wohnbereich typischerweise dem Begriff des Wohnens zuzuordnen sind (BGH NStZ-RR 2016, 281).

Umstritten ist zudem der Umgang mit gemischt genutzten Gebäuden, d.h. solche Gebäude, die sowohl Wohnzwecken als auch gewerblichen Zwecken dienen. Dabei sind folgende zwei Konstellationen zu unterscheiden:

- In der ersten Konstellation wird in eine Wohnung eingebrochen, die Wegnahme erfolgt dann aber aus einem abgetrennten Geschäftsraum. Die h.M. sieht – mit Blick auf die Beeinträchtigung des Sicherheitsgefühls des Opfers – diesen Fall als von § 244 I Nr. 3 StGB erfasst an (vgl. BGH NJW 2001, 3203; *Rengier* BT I § 4 Rn. 85). Andere hingegen fordern, dass auch die Wegnahme an sich aus dem Wohnbereich heraus folgen muss, um die Qualifikation zu verwirklichen (*Wessels/Hillenkamp* Rn. 292; *Eisele* BT II Rn. 237).
- In der zweiten Konstellation wird in einen Geschäftsraum eingebrochen, die Wegnahme erfolgt aber aus der Wohnung. Der Wortlaut des § 244 I Nr. 3 StGB erfordert ausdrücklich ein Einbrechen „in“ die Wohnung. § 244 I Nr. 3 StGB ist daher nicht verwirklicht.

## 2. Tathandlungen

Zu den einzelnen Tathandlungen vgl. KK zu § 243 StGB.

## IV. Wohnungseinbruchsdiebstahl in eine dauerhaft genutzte Privatwohnung (§ 244 IV StGB)

Abs. 4 wurde mit Gesetz vom 17.7.2017 (BGBl. I S. 2442) mit Wirkung vom 22.7.2017 als Verbrechen (§ 12 I StGB) eingeführt. Eine Anwendung des minderschweren Falls (Abs. 3) ist durch den klaren Wortlaut und die systematische Stellung ausgeschlossen.

---

Der Gesetzgeber sieht private Wohnungen oder Einfamilienhäuser und die dazu gehörenden, von ihnen nicht getrennten weiteren Wohnbereiche wie Nebenräume, Keller, Treppen, Wasch- und Trockenräume sowie Zweitwohnungen von Berufspendlern als erfasst an (BT-Drs. 18/12359, 10). Entsprechend der erhöhten Strafdrohung ist die dauerhaft genutzte Privatwohnung enger auszulegen als der Wohnungsbegriff in Abs. 1 Nr. 3 (vgl. BT-Drs. 18/12359, 7 f.). Fraglich ist, wann eine Wohnung als „dauerhaft genutzt“ angesehen werden kann. Davon ist auszugehen, wenn der Nutzer die Wohnung regelmäßig über einen längeren Zeitraum aufsucht und als Wohnung nutzt oder nutzen will (MK/Schmitz § 244 Rn. 67). Damit ist auch für Wohnmobile oder Hotelzimmer der Einzelfall entscheidend (man denke etwa an Udo Lindbergs Dauerwohnsitz im Hotel Atlantic in Hamburg).



## **V. Konkurrenzen**

§ 123 StGB wird von § 244 StGB konsumiert. Auch tritt §§ 242, 243 I 2 Nr. 1 StGB gleichfalls im Wege der Gesetzeskonkurrenz hinter § 244 I Nr. 3 StGB zurück. § 244 IV StGB ist gegenüber § 244 I Nr. 3 StGB spezieller.

## **VI. Schwerer Bandendiebstahl (§ 244a StGB)**

Bei § 244a StGB handelt es sich um einen Verbrechenstatbestand, der § 244 I StGB weiter qualifiziert. Er ist lex specialis zu §§ 242, 243 und § 244 I Nr. 2 StGB.