

Übung im Strafrecht für Vorgerückte

1. Übungsfall – Lösungsskizze

A. Das Geschehen in der Villa

I. Strafbarkeit von A und B gemäß §§ 242 I, 244 I Nr. 1a und Nr. 3, 25 II StGB

(Einpacken der Wertsachen in den Sack)

1. Tatbestand
 - a) Objektiver Tatbestand
 - (1) Fremde bewegliche Sachen: Wertsachen des O (+)
 - (2) Gemeinschaftliche Wegnahme durch A und B (+)
 - (a) *Ursprünglicher Gewahrsam* lag bei O (generelle Herrschaftssphäre des eigenen Hauses).
 - (b) *Gewahrsamsbruch* = Aufheben des bisherigen Gewahrsams ohne oder gegen den Willen des Berechtigten (+) durch Einstecken der Wertsachen in den Sack.
 - (c) **P:** Wann haben A und B *neuen Gewahrsam* begründet und damit die Wegnahme vollendet? Erforderlich ist, dass sie die tatsächliche Sachherrschaft derart erlangt haben, dass ihrer Ausübung keine wesentlichen Hindernisse entgegenstehen (BGH NSTz 1988, 271). Dafür ist entscheidend, dass die freie Verfügbarkeit für den bisherigen Gewahrsamsinhaber ausgeschlossen ist und ihre Wiedererlangung diesen zu sozial auffälligem Verhalten zwingt (*Wessels/Hillenkamp*, Rn. 109). O hätte A den Sack im Wege der Notwehr entreißen müssen, um die Verfügungsgewalt über sie wieder herzustellen. Damit war mit Einpacken der Sachen in den Sack neuer Gewahrsam des A begründet.

- (3) § 244 I Nr. 1a: Bei sich Führen eines gefährlichen Werkzeugs (**Messer** des A)?
- Die Voraussetzungen der Gefährlichkeit sind **str.:**
 - (a) **Theorie der objektiven Gefährlichkeit:** Ein Werkzeug ist gefährlich, wenn seine objektive Eignung, erhebliche Verletzungen zuzufügen, ohne weiteres ersichtlich (offenkundig) ist („Waffenersatzfunktion“) (BGH HRRS 2008 Nr. 648). Diese Offenkundigkeit soll fehlen, wenn eine gefährliche Verwendung nur bei offensichtlicher Zweckentfremdung des Werkzeugs möglich wäre (z.B. *Arzt/Weber*, § 14 Rn. 57; *Hörnle*, Jura 1998, 172; noch enger *Sch/Sch-Eser*, § 244 Rn. 5; *Lesch*, GA 1999, 376 f, will sogar verlangen, dass das Mitführen des Gegenstandes von einem gesetzlichen Verbot erfasst sei).
 - (b) **Theorie vom Verwendungsvorbehalt:** Die Gefährlichkeit eines Werkzeugs ist danach zu beurteilen, wie es der Täter ggf. einsetzen will. Zu fordern sei keine konkrete Verwendungsabsicht (arg. ex § 244 I Nr. 1b), sondern lediglich ein *Verwendungsvorbehalt*. (*Erb*, JR 2001, 207; *Hilgendorf*, ZStW 112 (2000), 832; *Wessels/Hillenkamp*, Rn. 262 ff).
 - (c) **Widmungstheorie:** Erforderlich sei eine generelle Eignung zur Herbeiführung erheblicher Verletzungen sowie eine generelle (d.h. tatsituationsunabhängige) Widmung des Täters, den Gegenstand zur Verletzung von Personen einzusetzen (z.B. BGH NSTz 1999, 301 f. (*inzwischen überholt*); einige OLGes).
 - (d) *Streitentscheidung erforderlich; Ergebnis offen.*
Anmerkung: *Nach herrschender (und zu befürwortender) Ansicht scheidet das **Tablett** als Werkzeug i.S.d. § 244 I Nr. 1a StGB aus, denn es wurde erst nach Vollendung der Wegnahme eingesetzt (vgl. NK-Kindhäuser, § 244 Rn 21 m. w. N.).*
- (4) § 244 I Nr. 3 (Wohnungseinbruchdiebstahl) (+): A und B sind in die Villa des O eingestiegen.
- (5) § 25 II StGB: Gemeinsamer Tatplan und funktionale Tatherrschaft (+)
- b) Subjektiver Tatbestand
- (1) Vorsatz (+)
 - (2) Absicht rechtswidriger Zueignung (+)

2. Rechtswidrigkeit (+)
3. Schuld (+)

Ergebnis: A und B haben sich wegen mittäterschaftlichen Wohnungseinbruchdiebstahls strafbar gemacht.

II. Strafbarkeit von A und B gemäß §§ 252, 250 II Nr. 1, Nr. 3b, 25 II StGB

(Schlag mit dem Tablett gegen O)

1. Tatbestand

a) Objektiver Tatbestand

(1) Vortat: §§ 242 I, 244 I Nr. 3 StGB (+), s. o.

(2) Betroffenwerden auf frischer Tat

(a) Tatfrische

→ Räumlich: Am Tatort oder in dessen unmittelbarer Nähe: Hier (+)

→ Zeitlich: Vollendung bis Beendigung der Wegnahme: (+), Mit dem Einpacken der Wertsachen in den Sack war der Diebstahl vollendet, aber A und B befinden sich noch am Tatort, d. h. im Herrschaftsbereich des O, und haben damit ihre Beute noch nicht endgültig gesichert.

(b) Betroffenwerden

P: T schlägt O das Tablett gegen den Kopf, *bevor* dieser ihn bemerken konnte. – Die Frage, ob das Opfer den Täter wahrgenommen haben muss oder ob ein raum-zeitliches Zusammentreffen genügt, ist **str.** (*BGHSt 26, 95, 97; Wessels/Hillenkamp BT II Rn 368*):

(i) Rspr. und Teile der Lit. halten ein raum-zeitliches Zusammentreffen von Täter und Opfer aus der Täterperspektive für ausreichend (*BGHSt 26, 95, 97; Sch/Sch-Eser § 252 Rn 4; SK-Günther § 252 Rn 13*). Zur Wahrung der objektiven Unrechtsverwandtschaft mit §§ 249, 255 sei jedoch erforderlich, dass der betreffende Dritte ohne Eingreifen des Täters den Diebstahl hätte erkennen und den Täter mit dieser Tat in Zusammenhang bringen können (*Kindhäuser NK § 252 Rn 10*). Dann ist auch derjenige Dieb mit einbezogen, der, wie hier B, durch Zwangsmaßnahmen einem Bemerktworden des Diebstahls wie seiner

Person zuvorkommt. Hätte B den O nicht mit dem Tablett zu Boden geschlagen, hätte O den Diebstahl sowie die Täter erkannt.

- (ii) Die Gegenposition meint, das Merkmal „betroffen“ kennzeichne die Sicht des Dritten, setze also dessen Wahrnehmung voraus (*vgl. Geppert Jura 1990, 554, 557*). Dabei wird tw. sogar verlangt, dass der Dritte den Dieb als mutmaßlichen Täter einer Straftat oder, noch strenger sogar, als den der konkreten Diebestat Verdächtigen wahrnimmt (*Schnarr JR 1979, 314; Fezer JZ 1975, 609, 610*). Andere lassen es ausreichen, dass der Täter zumindest als Person gehört oder gesehen wird (*RGSt 73, 343, 346 [„wahrnehmen oder bemerken“]; Seelmann JuS 1986, 201, 206*). Infolge des Schlags mit dem Tablett hat O den B hier gar nicht, d.h. nicht einmal als Person wahrgenommen, so dass § 252 StGB mangels Betroffenseins ausscheiden müsste.
- (iii) Streitentscheidung: Die Rspr. verweist darauf, dass es für die Strafbarkeit des Täterverhaltens keinen Unterschied mache, ob dieser das überraschte Opfer vor oder nach dessen Wahrnehmung niederschlägt, um im Besitz des Diebesgutes zu bleiben. Auch der Wortsinn spreche nicht gegen eine solche Auslegung, denn der Begriff „betroffen“ könne auch als Betroffensein aus Sicht des Täters verstanden werden; auch nehme das Opfer, das hinterrücks niedergeschlagen wird, den Täter in diesem Moment durchaus sinnlich wahr (*vgl. SK-Günther § 252 Rn 13*).

Die zweitgenannte Ansicht sieht in der weiten Auslegung des Merkmals „betroffen“ eine Analogie zu Lasten des Täters, da der noch mögliche Wortsinn überschritten sei (*vgl. Geppert, Jura 1990, 557*). Dem ist jedoch nicht zuzustimmen, denn „betreffen“ kann durchaus im Sinne von „begegnen“ gemeint sein und schließt dann eine gegenseitige Wahrnehmung nicht zwingend ein. Im Ergebnis ist das Merkmal des Betroffenseins hier somit zu bejahen.

(3) Gewaltanwendung durch B (+)

(4) Qualifizierendes Merkmal (§ 250 II Nr. 1 StGB) (+): Das metallene Tablett stellt hier ein gefährliches Werkzeug dar, indem B es für einen Schlag gegen den

Kopf des O verwendet.

(Anmerkung: Am Beisichführen i. S. d. § 250 I Nr. 1a fehlt es jedoch in Fällen, in denen der Gegenstand, wie hier, nur zufällig am Tatort herumliegt, vgl. NK-Kindhäuser, § 244 Rn 18.)

(5) § 250 II Nr. 3b) – lebensgefährdende Behandlung aufgrund des Schlages gegen den Kopf (+)

(6) Mittäterschaft

(a) Gemeinsamer Tatplan: B gibt A einen Wink, dass dieser sich verstecken solle, und A versteht ihn zu Recht so, dass B den O gewaltsam unschädlich machen will. Damit ist ein konkludenter Tatentschluss zustande gekommen.

(b) Tatherrschaft von A und B (+): Während A die Beute versteckt, sichert B sie durch die Gewaltanwendung gegen drohenden Entzug. Damit haben beide funktionale Tatherrschaft. Auch wollen beide die gewaltsame Beutesicherung als eigene Tat.

b) Subjektiver Tatbestand

(1) Vorsatz (+)

(2) Beutesicherungsabsicht

(a) Auf Seiten des A (+)

(b) Auf Seiten des B?

P: B hat selbst keinen Gewahrsam an der Diebesbeute, da A den Sack mit den Wertsachen trägt. Handelt er dennoch mit Besitzerhaltungsabsicht? Nach eindeutigem Wortlaut des § 252 StGB („um sich im Besitz des gestohlenen Gutes zu erhalten“), kommt grundsätzlich nur derjenige als Täter in Betracht, der selbst Gewahrsam an der Diebesbeute hat; eine **Drittbesitzerhaltungsabsicht** ist **nicht** erfasst.

Aber: Der Gewahrsam ist ein objektiver Umstand, der nach § 25 II StGB zurechenbar ist (*Wessels/Hillenkamp BT II Rn 373a; SK-Günther § 252 Rn 24*), so dass angesichts vorliegender Mittäterschaft B so zu behandeln ist, als habe er selbst Gewahrsam an den Wertsachen. Damit liegt die Besitzerhaltungsabsicht auch bei ihm vor.

2. Rechtswidrigkeit (+)

3. Schuld (+)

Ergebnis: A und B haben sich gemäß §§ 252, 250 II Nr. 1, Nr. 3b, 25 II StGB wegen schweren räuberischen Diebstahls in Mittäterschaft strafbar gemacht.

III. Strafbarkeit von A und B gemäß §§ 223 I, 224 I Nr. 2, Nr. 5, 25 II StGB (+)

(Schlag mit dem Tablett gegen O)

(Hier ist auch Alleintäterschaft des B vertretbar mit der Begründung, da es A hinsichtlich der Körperverletzungshandlung an Tatherrschaft fehlt.)

IV. Strafbarkeit von A und B gemäß § 123 I StGB

(+), aber § 123 tritt hinter §§ 242 I, 224 I Nr. 3 StGB im Wege der Konsumtion zurück.

B. Die Flucht

I. Strafbarkeit von A gemäß § 252 StGB gegenüber X

1. Tatbestand

a) Objektiver Tatbestand

(1) Vortat

(2) Betroffensein auf frischer Tat

(a) Tatfrische

P: A und B treffen erst nach einem zehnminütigen Wettrennen mit den Polizisten auf X → Tatfrische bei längerer Nacheile?

Zwar haben sich A und B nach dem langen Rennen durch Gärten und über Zäune bereits weit vom Tatort entfernt; allerdings wurden sie seit Verlassen des Tatortes von den Polizisten verfolgt, und die Verfolgung dauerte noch an, als X auftauchte.

Die Frische der Tat ist zu messen anhand des Maßstabs, der in § 32 StGB für die Gegenwärtigkeit des Angriffs angelegt wird: Solange noch Notwehr gegen den Dieb geübt werden kann, ist dessen Tat auch „frisch“ i.S.d.

§ 252 StGB (NK-Kindhäuser § 252 Rn 14f.; SK-Günther § 252 Rn 10). Auch eine Zwangsausübung während der Nacheile habe diesen Anforderungen zu genügen. Die Flucht darf also nicht eine solche Distanz zwischen Täter und Verfolger schaffen, dass die Gewahrsamssicherung die Vortat beendet (vgl. Wessels/Hillenkamp BT II Rn 367).

Da die Polizisten A und B dicht auf den Fersen bleiben, kann hier noch nicht von einer die Vortat beendenden Gewahrsamssicherung gesprochen werden (vgl. dazu auch LK-Ruß § 242 Rn 76).

Ergebnis: Somit ist die Tat hier trotz zehninütiger Verfolgungsjagd und recht weiter Entfernung vom Ort der Wegnahme noch frisch i. S. d. § 252 StGB.

(b) Betroffensein (+)

(3) Gewaltanwendung durch Tritt des A in den Bauch von X (+).

Aber **P**: A hält den X irrtümlich für einen Zivilpolizisten, der ihm die Tatbeute abnehmen will. Fraglich ist, ob X damit **taugliches Tatopfer** ist, da er nicht objektiv, sondern nur in der Vorstellung des A zugunsten des Diebstahlsopfers schutzbereit war.

Die Nötigungshandlung kann sich gegen jede beliebige außenstehende Person richten, von der der Dieb, sei es auch irrtümlich, annimmt, dass sie ihm den erlangten Gewahrsam zu Gunsten des Berechtigten wieder entziehen werde (BGHSt 28, 224, 230 f.; Wessels/Hillenkamp BT II Rn 369; NK-Kindhäuser § 252 Rn. 17). Somit hier (+)

b) Subjektiver Tatbestand

(1) Vorsatz (+)

(2) Besitzerhaltungsabsicht (+)

2. Rechtswidrigkeit (+)

3. Schuld (+)

Ergebnis: A hat sich gemäß § 252 StGB wegen räuberischen Diebstahls strafbar gemacht.

II. Strafbarkeit von A gemäß §§ 223 I, 224 I Nr. 2 StGB (+)

(beschuhter Fuß als gefährliches Werkzeug bei Tritt in den Bauch)

III. Strafbarkeit von A und B gemäß § 123 StGB (+)

(Durchqueren fremder Gärten)

C. Konkurrenzen und Gesamtergebnis

I. Strafbarkeit des A

A hat sich im ersten Tatkomplex strafbar gemacht gemäß §§ 242 I, 244 I Nr. 3, 25 II; 252, 250 II Nr. 1, Nr. 3b, 25 II; 223 I, 224 I Nr. 2, Nr. 5 StGB, im zweiten Tatkomplex gemäß §§ 252, 223 I, 224 I Nr. 2 sowie § 123 StGB.

1. Obwohl die beiden räuberischen Diebstähle dieselbe Tatbeute aus derselben Vortat sichern, bilden sie keine Handlungseinheit, weil sie auf verschiedenen Tatentschlüssen beruhen und sich – vor allem – gegen verschiedene Opfer richten (O bzw. X).
2. Die Körperverletzungen bleiben aus Gründen der Klarstellung neben den räuberischen Diebstählen tateinheitlich stehen.
3. §§ 242 I, 244 I Nr. 3 werden von § 252 verdrängt (*Fischer*, § 252 Rn. 12).

Im Ergebnis hat sich A strafbar gemacht gemäß §§ 252, 250 II Nr. 1, Nr. 3b, 25 II, 223 I, 224 I Nr. 2, Nr. 5, 52; § 123; §§ 252, 223 I, 224 I Nr. 2, 52; § 53 StGB.

II. Strafbarkeit des B

B ist zu bestrafen gemäß §§ 252, 250 II Nr. 1, Nr. 3b, 25 II, 223 I, 224 I Nr. 2, Nr. 5, 52; § 123; § 53 StGB.