

Die Diebstahlsqualifikationen (§§ 244 f. StGB)

Lösung Fall 1

(vereinfacht nach BGH NStZ 2008, 514 mit Bespr. von Heintschel-Heinegg JA 2008, 742)

A. Strafbarkeit des A gem. §§ 242 I; 243 I 2 Nr. 1, 2

- I. Wegnahme einer fremden beweglichen Sache in der Absicht rechtswidriger Zueignung (+)
- II. Besonders schwerer Fall gem. § 243 I 2 Nr. 1, 2 (+), A ist zur Ausführung der Tat in ein Gebäude eingebrochen; der Tresor ist ein verschlossenes Behältnis zur Sicherung gegen Wegnahme.
- III. Ergebnis: §§ 242 I; 243 I 2 Nr. 1, 2 (+)

B. Strafbarkeit des A gem. §§ 242 I; 244 I Nr. 3

- I. Wegnahme einer fremden beweglichen Sache in der Absicht rechtswidriger Zueignung (+)
- II. Qualifikation nach § 244 I Nr. 3? Dazu müsste A zur Tatausführung in eine Wohnung eingestiegen sein. Wohnung ist ein umschlossener und überdachter Raum, der einem Mensch vorübergehend, aber von gewisser Dauer als Unterkunft dient (Sch/Sch/Eser/Bosch § 244 Rn. 30). Wegen der hohen Strafdrohung und des Strafschärfungsgrunds ist der Wohnungs-Begriff hier enger auszulegen als bei § 123: Die Räumlichkeiten müssen den Mittelpunkt des privaten Lebens bilden (SSW/Kudlich § 244 Rn. 38; MK/Schmitz § 244 Rn. 56).

Hier: Fraglich, da das Gesamtanwesen gemischt, teilweise zu Betriebs-, teilweise zu Wohnzwecken, genutzt wird.

- § 244 I Nr. 3 (+), wenn Täter in den Wohnraum einsteigt, um von dort in die Geschäftsräume gelangen und dort stehlen zu können (BGH NStZ 2001, 533, 533 f.; Lackner/Kühl § 244 Rn. 11; a.A. Wessels/Hillenkamp Rn. 267).
- § 244 I Nr. 3 (-), wenn der Täter in die Geschäftsräume einsteigt, um nur dort zu stehlen (BGH NStZ 2005, 631).
- Fraglich ist, wie zu entscheiden ist, wenn der Täter – wie hier A – in ein dem Geschäftsbereich zuzuordnenden Gebäudeteil einsteigt, von wo er ungehindert in den Wohnbereich erreicht, um ggf. (auch) dort zu stehlen? BGH NStZ 2008, 514, 515 (zust. von Heintschel-Heinegg JA 2008, 742, 744; Wessels/Hillenkamp Rn. 267) verneint hier § 244 I Nr. 3.
 - ⊖ Grund der Strafschärfung ist der tiefe Eingriff des Wohnungseinbruchsdiebs in die Intimsphäre der Opfer und die damit verbundenen ersten psychischen Belastungen. Die häusliche Intimsphäre ist auch verletzt, wenn der Dieb über den Geschäfts- in den Wohnbereich gelangt.
 - ⊕ Wortlautgrenze (Art. 103 II GG, § 1) ist zu beachten: Mit der äußersten Auslegungsgrenze des Wortlauts ist es nicht zu vereinbaren, hier § 244 I Nr. 3 zu bejahen. Denn die Vorschrift setzt

den Einbruch in eine Wohnung voraus. Vom Wohnbereich völlig getrennt untergebrachte, rein geschäftlich genutzte Räumlichkeiten können selbst bei weitester Auslegung des Wohnungsbegriffs diesem jedoch nicht mehr zugeordnet werden.

- ⊕ Restriktive Auslegung des § 244 I Nr. 3, der durch das 6. StrRG aus dem Katalog der Regelbeispiele des § 243 herausgelöst und zu einem zwingenden Qualifikationstatbestand mit doppelt so hohem Strafmindestmaß ohne die Möglichkeit, eine Geldstrafe zu verhängen, aufgewertet wurde.

III. Ergebnis: §§ 242 I; 244 I Nr. 3 (-)

C. Strafbarkeit des A gem. §§ 242 I; 244 I Nr. 3; 22

(+), da A infolge seiner Unkenntnis über die genauen räumlichen Verhältnisse ein Einsteigen auch in einen der Wohnung zuzurechnenden Teil billigend in Kauf nahm.

D. Strafbarkeit des A gem. § 303 I (+)

E. Strafbarkeit des A gem. § 123 (+)

F. Konkurrenzen

Der Diebstahl in einem besonders schweren Fall gem. §§ 242 I; 243 I 2 Nr. 1 bleibt neben dem versuchten Wohnungseinbruchsdiebstahl gem. §§ 242 I; 244 I Nr. 3; 22 in Tateinheit bestehen, um zu kennzeichnen, dass in ein Gebäude tatsächlich eingebrochen wurde. Zum Verhältnis §§ 123, 303 zu § 243 vgl. bereits Fall 3 zum Diebstahl in einem besonders schweren Fall.

Lösung Fall 2

Strafbarkeit des E (Teil I)

A. Strafbarkeit gem. §§ 242 I; 243 I 2 Nr. 1, 3

- I. Wegnahme einer fremden beweglichen Sache in der Absicht rechtswidriger Zueignung (+)
- II. Besonders schwerer Fall gem. § 243 I 2 Nr. 1 (+), E ist in einen Geschäftsraum eingebrochen.
- III. Besonders schwerer Fall gem. § 243 I 2 Nr. 3 (-), E beteiligt sich nur an diesem einem Diebstahl, bestreitet daraus nicht seinen Lebensunterhalt.
- III. Ergebnis: §§ 242 I; 243 I 2 Nr. 1 (+)

B. Strafbarkeit gem. §§ 242 I; 244 I Nr. 2

- I. Wegnahme einer fremden beweglichen Sache in der Absicht rechtswidriger Zueignung (+)
- II. Qualifikation gem. § 244 I Nr. 2 (-), E selbst ist nicht Bandenmitglied und kann deshalb nicht Täter eines Bandendiebstahls sein (*Rengier* BT I § 4 Rn. 106).
- III. Ergebnis: §§ 242 I; 244 I Nr. 2 (-)

Strafbarkeit des C (Teil I)

A. Strafbarkeit gem. §§ 242 I; 25 II; 243 I 2 Nr. 1, 3

- I. C selbst hat unmittelbar keinen Schmuck weggenommen. Zurechnung des Verhaltens des E gem. § 25 II (-), da sich sein Beitrag lediglich Gehilfenqualität erreicht: er hat E lediglich zum Tatort gebracht und das Einbruchswerkzeug besorgt. Dies stellt eine typische Beihilfehandlung dar. Daran ändert auch nichts, dass C dauerhaft zur Bande gehört. Er ist auch insoweit „Außenseiter“, als er „nur“ angemessen entlohnt wird.
- II. Ergebnis: §§ 242 I; 25 II; 243 I 2 Nr. 1, 3 (-)

B. Strafbarkeit gem. §§ 242 I; 27 I; 243 I 2 Nr. 1, 3

- I. Beihilfe zum Diebstahl des E (+)
- II. § 243 I 2 Nr. 1 (+) aufgrund der Kenntnis des C vom Einbruch des E.
- III. § 243 I 2 Nr. 3 (+), da er selbst gewerbsmäßig handelt.
- IV. Ergebnis: §§ 242 I; 27 I; 243 I 2 Nr. 1, 3 (+)

Strafbarkeit des D

A. Strafbarkeit gem. §§ 242 I; 25 II; 243 I 2 Nr. 1, 3

I. D selbst hat unmittelbar keinen Schmuck weggenommen. Zurechnung des Verhaltens des E gem. § 25 II? Voraussetzung: gemeinsamer Tatplan und als täterschaftliche Begehung zu wertender Tatbeitrag des D. Gemeinsamer Tatplan (+), fraglich aber: Erbringung eines täterschaftlichen Tatbeitrags durch D?

1. Rspr. (BGH NSTz-RR 2004, 40, 41): Abgrenzung richtet sich nach modifizierter subjektiver Theorie (vgl. KK AT 480 ff.): Hier: Bei der Tatausführung selbst war D zwar nicht beteiligt; der Umfang seiner Tatbeteiligung war dennoch nicht gering, da der durch sein planerisches Vorgehen die Grundlage für die eigentliche Tatbegehung legte; zudem hatte er ein hohes Eigeninteresse an der Tat; täterschaftlicher Tatbeitrag: (+)

2. Tatherrschaftslehre (h.L., vgl. nur LK/Schünemann § 25 Rn. 32 ff.): Täter ist, wer als „Zentralgestalt des Geschehens“ die planvoll-lenkende oder mitgestaltende Tatherrschaft besitzt, die Tatbestandsverwirklichung somit nach seinem Willen hemmen oder ablaufen lassen kann. Tatherrschaft ist dabei das vom Vorsatz umfasste In-den-Händen-Halten des tatbestandsmäßigen Geschehensablaufs.

- Enge Variante (*Roxin* AT II § 25 Rn. 200; *Bloy* GA 1996, 424, 432 ff.): Erforderlich ist Tatherrschaft im Ausführungsstadium: Das setzt zumindest kommunikativen Kontakt zu den unmittelbar am Tatort Handelnden während der Tatausführung voraus. Hier (-), da D weder am Tatort anwesend war, noch mit den unmittelbar Handelnden während der Tat in Kontakt stand.
 - ⊕ Keine Herrschaft über die Tatsausführung, wenn der Beteiligte nicht mal mittels kommunikativen Kontakts zu den unmittelbar Handelnden Einfluss auf die Tatausführung nehmen kann.
 - ⊕ Keine Strafbarkeitslücken, da § 25 I Alt. 2 (Organisationsherrschaft) oder § 26 einschlägig.
- Weite Variante (h.M., *Kühl* § 20 Rn. 111; *Jakobs* 21/47 f.): Ausreichend ist, wenn das „Beteiligungsminus“ im Ausführungsstadium durch ein „Plus“ der mitgestaltenden Deliktsplanung im Vorbereitungsstadium ausgeglichen wird. Hier (+), D nahm die Führungsposition ein und plante als Kopf der Gruppe plante die Einbrüche, indem er die Gewohnheiten des Juweliers ausspähte, ihm lohnend erscheinende Objekte auswählte, E und C die Örtlichkeiten beschrieb ihnen Anweisungen zur Durchführung der Taten gab.
 - ⊕ Entscheidend kann nicht der Zeitpunkt des Tatbeitrags, sondern allein dessen Bedeutung für die Tat sein.
 - ⊕ Enge Interpretation führt zu einer sachwidrigen Privilegierung des Bandenchefs.
 - ⊕ Annerkennung und Reichweite der mittelbaren Täterschaft kraft Organisationsherrschaft höchst streitig; ein Abdrängen des Bandenchefs in die Teilnehmerrolle wird der Bedeutung seines Tatbeitrags nicht gerecht.

3. Folgt man der weiten Tatherrschaftslehre, ist i.Ü. ein Streitentscheid entbehrlich, da Tatherrschaftslehre und modifizierte subjektive Theorie zu übereinstimmenden Ergebnissen gelangen.

II. Besonders schwerer Fall gem. § 243 I 2 Nr. 1 (+), da sich Ds Quasi-Vorsatz darauf bezog, dass E in einen Geschäftsraum einbricht.

III. Besonders schwerer Fall gem. § 243 I 2 Nr. 3 (+), da D sich aus der fortgesetzten Begehung von Diebstählen eine Einnahmequelle von einer gewissen Dauer und Erheblichkeit zu verschaffen will.

IV. Ergebnis: §§ 242 I; 25 II; 243 I 2 Nr. 1, 3 (+)

B. Strafbarkeit gem. §§ 242 I; 244 I Nr. 2; 25 II

I. Zurechnung der Wegnahme einer fremden beweglichen Sache gem. § 25 II, sowie (eigene) Absicht rechtswidriger Bereicherung (+)

II. Qualifikation gem. § 244 I Nr. 2? Voraussetzung: Diebstahl als Bandenmitglied und bandenmäßige Begehung des Diebstahls.

1. Mitgliedschaft des D in einer Bande? Eine Bande ist ein Zusammenschluss von mindestens drei Personen, die sich zur fortgesetzten Begehung mehrerer selbstständiger, im Einzelnen noch ungewissen Taten nach §§ 242, 249 verbunden haben (BGHSt. 46, 321, 325 ff.; *Fischer* StGB § 244 Rn. 34; *MK/Schmitz* § 244 Rn. 38; *SK/Hoyer* § 244 Rn. 31). Nur zwei Personen genügen nicht (so aber noch BGHSt. 23, 239, 239 f.), da eine vom Hinzutreten oder Ausscheiden des einzelnen Mitglieds losgelöste, besondere Gruppendynamik erst ab drei Personen eintritt (Stichwort: krimineller Korpsgeist).

Hier: B, C und D sind drei Personen, sie haben sich zur Begehung von Einbruchsdiebstählen verbunden. Problematisch aber: Mitzählung Beteiligter, die sich dauerhaft auf Teilnehmerbeiträge beschränken? Denn Cs Beitrag beschränkt sich auf die Beschaffung des Einbruchswerkzeugs und die Fahrt an den Tatort; darin liegt nur eine Beihilfehandlung (s.o.).

Teilweise (*MK/Schmitz* § 244 Rn. 40; krit. auch *Wessels/Hillenkamp* Rn. 271c; anders dagegen die h.M., vgl. BGHSt. 47, 214, 216 ff.; BGH NStZ 2007, 33, 34; 2008, 570, 571; *Rengier* BT I § 4 Rn. 92) wird angenommen, dass Bandenmitglieder nicht solche Personen seien, die ihre Beteiligung dauerhaft auf die Erbringung von Teilnehmerbeiträgen beschränkt hätten. Wäre dieses Gesetzesverständnis zutreffend, verblieben nur zwei Personen (B und D), die keine Bande bilden würden.

- ⊕ Die Tatbestände des BT bezeichnen grds. nur eine täterschaftliche Begehung.
- ⊕ Parallele zu § 30 II: Die Norm erfasst nur die Verabredung zur täterschaftlichen Verbrechensbegehung; dementsprechend kann auch die Bandenabrede nur eine Abrede zu täterschaftlichen Tatbeiträgen erfassen.
- ⊖ 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.

⊖ Spezifische Bandengefährlichkeit und Effektivität der Bande ist nicht davon abhängig, dass sich einzelne nur auf Gehilfenhandlungen beschränken.

C ist mitzuzählen; damit liegt eine Gruppe aus drei Personen vor: Bande nach h.M. (+)

2. D handelte hier auch „als“ Mitglied der Bande, da er im Rahmen der Bandenabrede tätig wurde.

3. Weiterhin müsste D die Tat aber auch „unter Mitwirkung eines anderen Bandenmitglieds“ begangen haben (= sog. bandenmäßigen Begehung). Fraglich ist, wie dieser Terminus auszulegen ist.

- Eine Ansicht (BGHSt. 33, 50, 52 m.w.N.; *Miehe* StV 1997, 247, 247 ff.): Täterschaftliche Mitwirkung an einem bandenmäßig begangenen Diebstahl setzt voraus, dass man mit mindestens einem weiteren Bandenmitglied während der Tatausführung zeitlich und örtlich zusammenwirkt. Hier: (-), D hat nicht unmittelbar am Tatort mit einem anderen Bandenmitglied zusammen gehandelt.
 - ⊕ Erhöhte Wegnahmeeffektivität, wenn mindestens zwei Bandenmitglieder am Tatort zusammen handeln.
- A.A. (*Wessels/Hillenkamp* Rn. 272; *MK/Schmitz* § 244 Rn. 48): Täterschaftliche Mitwirkung an einem bandenmäßig begangenen Diebstahl ist auch dann gegeben, wenn der Beteiligte zwar nicht am Tatort an der Ausführung des Diebstahls unmittelbar beteiligt ist, aber auf eine andere als täterschaftlicher Tatbeitrag zu wertende Weise daran mitwirkt und der Diebstahl von mindestens zwei weiteren Bandenmitgliedern in zeitlichem und örtlichem Zusammenwirken begangen wird. Hier: (-), zwar hat D einen als täterschaftliche Begehung zu wertenden Tatbeitrag erbracht, jedoch haben nicht zwei Bandenmitglieder am Tatort zusammengewirkt. Vielmehr hat nur das Nichtbandenmitglied E am Tatort gehandelt.
 - ⊕ Die erstgenannte Ansicht führt zur Privilegierung des Bandenchefs, der seine Anwesenheit am Tatort durch detaillierte Planung entbehrlich macht – es kommt zu einer „gespaltenen Täterschaft“.
- Heute h.M. (BGHSt. 46, 321, 332 ff.; *Rengier* BT I § 4 Rn. 99; *Sch/Sch/Eser/Bosch* § 244 Rn. 26; *Joerden* JuS 2002, 329, 331 f.): Täterschaftliche Mitwirkung an einem bandenmäßig begangenen Diebstahl erfordert nicht, dass mindestens zwei Bandenmitglieder die Tat im zeitlichem und örtlichem Zusammenwirken begehen; ausreichend ist vielmehr, dass ein Bandenmitglied mit einem anderen in irgendeiner Weise – nicht notwendig am Tatort – an der Tat beteiligt war. Hier: (+), da D mit dem anderen Bandenmitglied C (irgendwie) zusammengewirkt hat.
 - ⊕ Dem 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.
 - ⊖ Dem Merkmal der „Begehung unter Mitwirkung eines anderen Bandenmitglieds“ kommt kaum noch eine eigenständige Bedeutung zu, wenn eine irgendwie geartete Mitwirkung zweier Ban-

denmitglieder genügt. Letztlich wird der Unterschied zu Tatbeständen, die dieses Merkmal nicht fordern (z.B. § 263 III Nr. 1) eingeebnet.

- ⊖ Das Merkmal der bandenmäßigen Begehung knüpft erkennbar an eine spezifische Ausführungsgefahr an, die aber fehlt, wenn ein Bandenmitglied lediglich im Vorfeld der eigentlichen Tatausführung tätig wird. Vielmehr liegt darin nur die einer Bande immanente Organisationsgefahr, die aber nur für solche Tatbestände genügen soll, die – wie § 263 III Nr. 1 – allein an die Verbindung zu Bande anknüpfen.

III. Ergebnis: §§ 242 I; 244 I Nr. 2; 25 II nach h.M. (+)

C. Strafbarkeit gem. §§ 242 I; 244 I Nr. 2; 244a I Alt. 1 (+)

Verknüpfung aus Bandendiebstahl und Verwirklichung des Regelbeispiels. Der einfache Bandendiebstahl wird hiervon verdrängt.

Strafbarkeit des C (Teil II)

A. Strafbarkeit gem. §§ 242 I; 244 I Nr. 2; 27 I (+)

B. Strafbarkeit gem. §§ 242 I; 244a I Alt. 1; 27 I (+)

Strafbarkeit des E (Teil II)

C. Strafbarkeit gem. §§ 242 I; 244a I Alt. 1; 27 I

I. Hilfeleisten zur entsprechenden Haupttat des D (+)

II. Doppelvorsatz? Bzgl. Hilfeleistung (+); bzgl. Haupttat?

- Bzgl. § 242 (+)
- Bzgl. § 244a I Alt. 1 i.V.m. § 243 I Nr. 3: Kein Vorsatz erforderlich, da es sich um ein strafscharfendes besonderes persönliches Merkmal handelt; MK/Schmitz § 244a Rn. 9: „Auch für das Merkmal der Gewerbsmäßigkeit iSd. § 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 gilt § 28 Abs. 2“.
- Bzgl. des Bandendiebstahls: E wollte die bandenmäßige Begehung. Ob hinsichtlich der Bandenmitgliedschaft von C und D Vorsatz des E erforderlich ist, hängt von der umstrittenen Frage ab, ob die Bandenmitgliedschaft ein strafscharfendes besonderes persönliches Merkmal ist. Hier: Vorsatz des E ist wohl (+), sodass Streitentscheid hier entbehrlich.
- Bzgl. der Kombination von § 243 I 2 Nr. 1 (Einbruch) und dem Bandendiebstahl. Da E den Einbruch selbst verwirklicht hat, hat er auch die maßgebliche Kenntnis von der Verwirklichung dieses tatbezogenen Merkmals. Ob § 244a gegeben ist, hängt dann von der Frage ab, ob die Bandenmitgliedschaft (= zweiter Baustein des § 244a) als tat- oder täterbezogenes Merkmal eingestuft wird.

III. Tatbestandsverschiebung gem. § 28 II?

- Im Hinblick auf die fehlende Gewerbsmäßigkeit des E: (+)
- Im Hinblick auf die fehlende Bandenmitgliedschaft des E? Entscheidend, ob die Bandenmitgliedschaft ein besonders persönliches Merkmal ist (so die h.M. vgl. BGHSt. 46, 120, 128; *Fischer* StGB § 244 Rn. 44; LK/*Schünemann* § 28 Rn. 68; a.A. *Rengier* BT I § 4 Rn. 107; Sch/Sch/*Eser/Bosch* § 244 Rn. 28)?
 - ⊕ Es geht um die persönliche Stellung als Mitglied der Bande.
 - ⊖ Es geht um die objektive Gefährlichkeit der Verbindung zu einer Bande.
- Lösung bei tatbezogenem Merkmal: Kenntnis des E von Bandendiebstahl von C und D entscheidend, wohl (+), Folge: §§ 242, 244a, 27 (+) – klarstellende Tateinheit mit §§ 242, 243 I 2 Nr. 2 zur Kennzeichnung, dass es sich bei diesem täterschaftlichen Diebstahl des E zugleich um einen Bandendiebstahl anderer Beteiligten handelte.
- Lösung bei täterbezogenem Merkmal: eigene Person des E entscheidend, dessen Bandenmitgliedschaft (-), Folge: §§ 242, 244a, 27 (-), „Rückfall“ auf §§ 242, 243 I 2 Nr. 1, 27; Beihilfe gegenüber Täterschaft des E insoweit subsidiär.

Lösung Fall 3 (nach OLG Hamm NStZ 2007, 473)

Strafbarkeit des F gem. §§ 242 I; 244 I Nr. 1 a)

I. Wegnahme fremder beweglicher Sachen in der Absicht rechtswidriger Zueignung (+)

II. Qualifikation gem. § 244 I Nr. 1 a)? Nach Wortlaut an sich (+), da F als Polizist bei der Tatbegehung eine Waffe bei sich führte. 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. 5; *Schünemann* JA 1980, 349 (355); anders die h.M. vgl. BGHSt. 30, 44, 45 f.; OLG Hamm NStZ 2007, 473, 474; *Wessels/Hillenkamp* Rn. 257 f.; *Rengier* BT I § 4 Rn. 57; *Lackner/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.
- ⊕ Die hinter § 244 I Nr. 1 a) 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 enthalten ist.

Daher § 244 I Nr. 1 a) nach h.M. objektiv (+)

III. Vorsatz hinsichtlich des Beisichführens einer Waffe? Hier problematisch, da sich insb. Berufswaffenträger nicht aktuell reflektierend damit auseinandersetzen, dass sie gerade eine Waffe bei sich führen. Jedoch ist zu beachten: Ein sachgedankliches Mitbewusstsein des Beisichführens der Waffe reicht für einen diesbezüglichen Vorsatz aus (vgl. dazu KK AT 145).

Hier Vorsatz insoweit dennoch eher (-), da F bei seinen Kollegen für das Vergessen von Gegenständen bekannt war. Zudem befand er sich zur Tatzeit in einer besonderen persönlichen Anspannungssituation, die aus der festgestellten ehelichen Auseinandersetzung mit seiner Ehefrau vom Vorabend herrührte. Diese wurde durch das wenige Minuten vor der vorgeworfenen Tat gescheiterte Versöhnungsgespräch noch aktualisiert.

IV. Ergebnis: § 242 I (+), § 244 I Nr. 1 a) (-)

Lösung Fall 4

(vereinfacht nach OLG Stuttgart NJW 2009, 2756 mit Anm. Sättele;

vgl. auch BGHSt. 52, 257 mit Anm. Kraatz JR 2010, 142;

vgl. ferner BGH NStZ 2009, 505)

Strafbarkeit des G gem. §§ 242 I; 244 I Nr. 1 a)

I. Wegnahme fremder beweglicher Sachen in der Absicht rechtswidriger Zueignung (+)

II. Qualifikation gem. § 244 I Nr. 1 a) – Schraubendreher als gefährlicher Werkzeug, das der Täter bei sich führt?

1. Problemaufriss: Nach dem Willen des Gesetzgebers (BT-Drs. 13/9064 S. 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. Diese Definition führt hier indes nicht weiter, da die Gefährlichkeit des Werkzeugs dort unter Bezugnahme auf die konkrete Art der Verwendung bestimmt wird, wohingegen der Täter das Werkzeug im Fall des § 244 I Nr. 1 a) lediglich bei sich führt. Es besteht daher Einigkeit, dass die Definition des § 224 I Nr. 2 Alt. 2 nicht übertragen werden kann (BGHSt. 52, 257, 262 f. m.w.N.; *Krüger JA 2009, 190, 190*).

2. Zur Klärung des Begriffs hat auch die „Grundsatz“-Entscheidung BGHSt. 52, 257 wenig beitragen können: Die missglückte Gesetzesfassung lasse von „vornherein keine Auslegung des Begriffs des ‚anderen gefährlichen Werkzeugs‘ zu, die unter Anwendung allgemeiner und für jeden Einzelfall gleichermaßen tragfähiger rechtstheoretischer Maßstäbe für alle denkbaren Sachverhaltsvarianten eine in sich stimmige Gesetzesanwendung gewährleisten könnte. [...] [Es] wird deutlich, dass mit den Mitteln herkömmlicher Auslegungstechnik eine umfassende, sachgerechte Lösung für alle denkbaren Einzelfälle nicht zu erreichen ist. Der Senat sieht deshalb davon ab, im vorliegenden Fall über die Beantwortung der präzisierten, dem konkreten Sachverhalt angepassten Rechtsfrage hinaus den Versuch zu unternehmen, das Tatbestandsmerkmal ‚anderes gefährliches Werkzeug‘ [...] im Sinne des § 244 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. a StGB allgemeingültig zu definieren“ (BGHSt. 52, 257, 266). BGHSt. 52, 257, 270 beschränkte sich vielmehr auf die Feststellung, dass jedenfalls ein klappbares Taschenmesser mit längerer Klingenlänge ein gefährliches Werkzeug i.S.d. Vorschrift sei: Die latente Gefahr, die von einem derartigen, von dem Dieb bei der Tat bei sich geführten Taschenmesser ausgeht, ist deshalb nicht in einem Umfang geringer als diejenige von sonstigen Messern mit einer vergleichbar langen feststehenden Klinge, dass nach dem Zweck der Norm eine unterschiedliche Bewertung gerechtfertigt wäre. Denn letztere, etwa Spring-, Fall-, Faust- oder Faltnesser, seien bereits Waffen im technischen Sinne.

3. Die zur Begriffsbestimmung vertretenen Ansätze lassen sich im Wesentlichen in drei Arten systematisieren:

a) Objektivierende Betrachtungsweisen bestimmen den Begriff anhand objektiver Kriterien: Das Werkzeug muss dabei mindestens objektiv gefährlich sein, d.h. auf Grund seiner Beschaffenheit geeignet sein,

bei entsprechender Verwendung erhebliche Verletzungen herbei zu führen. Der Strauß an darüber hinaus gemachten Einschränkungen ist jedoch bunt: tauglich seien nur

- Gegenstände, die keine andere Funktion erfüllen können, als den Einsatz zu Verletzungszwecken (Sch/Sch/Eser/Bosch § 244 Rn. 5; Joecks § 244 Rn. 13).
- Gegenstände, deren „normale Verwendungsweise“ geeignet ist, dem Opfer erhebliche Verletzungen zuzufügen (Kargl StraFo 2000, 7, 10).
- Gegenstände, die nicht sozial-typisch mit sich geführt werden (Jäger JuS 2000, 651, 655 f.).
- Gegenstände, deren Zweckentfremdung in der Bedrängnissituation naheliegend erscheint (SK/Hoyer § 244 Rn. 11).
- Gegenstände, die für eine Verletzung nicht zweckentfremdet werden müssten (Krey/Hellmann Rn. 134b).
- Gegenstände, deren Mitsichführen gesetzlich verboten ist (Lesch JA 1999, 34, 36).
- Gegenstände, die nicht deliktsspezifisch mit sich geführt werden (Kindhäuser BT II § 4 Rn. 8).

Gegen eine objektive Bestimmung spricht, dass sie den Begriff des gefährlichen Werkzeugs entweder zu eng, beschränkt auf waffenähnliche Gegenstände oder uferlos weit bestimmt. Insb. kann es nicht richtig sein, wenn ein tatbildypisches Verhalten i.S.d. § 243 I 2 Nr. 1 schon regelmäßig die Qualifikation nach § 244 I Nr. 1 a) auslösen würde.

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

- Teilweise (Rengier BT I § 4 Rn. 32 f.; Wessels/Hillenkamp Rn. 262b f.; Küper BT S. 460; 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 wird so weit wie möglich Rechnung getragen.
 - ⊖ Der Wortlaut des § 244 I Nr. 1 a) verlangt lediglich das Beisichführen eines gefährlichen Werkzeugs, aber keine Verwendungsabsicht.
 - ⊖ Nur § 244 I Nr. 1 b) verlangt eine Verwendungsabsicht; in systematischer Hinsicht erscheint die Forderung eines Verwendungsvorbehalts für § 244 I Nr. 1 a) daher zweifelhaft.
- Ein anderer Standpunkt, dem sich 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.
 - ⊖ Für den konkret gefährlichen Einsatz macht es kein Unterschied, ob der Täter den Entschluss dazu bereits grundsätzlich gefasst hat, oder ob er sich erst situationsbedingt spontan zum gefährlichen Einsatz entscheidet.

c) Nach einem von *Hardtung* StV 2004, 399, 400 ff. entwickelten und einem vom OLG Stuttgart NJW 2009, 2756, 2758 (vgl. auch *Sättele* NJW 2009, 2758, 2759) übernommenem Vorschlag sollen objektive und subjektive Elemente bei der Bestimmung zu kombinieren sein: Der Ansatz geht davon aus, „dass das Beisichführen eines Werkzeugs gefährlich ist, wenn es nach den konkreten Umständen geeignet ist, eine erhebliche Körperverletzung herbeizuführen. Insoweit muss sein Gebrauch drohen. Ob dies der Fall ist, ist anhand der jeweiligen Tatumstände, wozu die Art des Werkzeugs und des Beisichführens sowie die innere Haltung des Täters zur Verwendung des Werkzeugs zählen, festzustellen.“ Maßgebliche Gesichtspunkte können etwa sein (vgl. *Sättele* NJW 2009, 2758, 2759):

- Tatzeit: In Geschäftsgebäuden etwa ist nachts nicht mit Anwesenden zu rechnen.
- Wert der Beute und dadurch bedingte Motivation, sie „mit allen Mitteln“ erlangen zu wollen.
- Waffenähnlichkeit des Gegenstands.
- Äußerungen des Täters vor der Tat zum (Nicht-)Einsatz des Gegenstands gegen Menschen.
- Ggf. einschlägige Verurteilungen des Täters wegen Gewaltdelikten.

Gegen diesen Ansatz ließe sich einwenden, dass auch er keine abschließend benannten Kriterien für die Bestimmung des gefährlichen Werkzeugs benennt. Zudem ist es – trotz der hier beispielhaft aufgezählten Kriterien – schwierig, die innere Haltung des Täters zu festzustellen.

III. Ergebnis: § 242 I (+), § 244 I Nr. 1 a) (+/-)

Examensrelevante Probleme dieser Lehreinheit

- I. Waffeneigenschaft von Gas- und Schreckschusspistolen.*
- II. Begriff des gefährlichen Werkzeugs beim Beisichführen.*
- III. Zeitliche und räumliche Grenzen des Beisichführens.*
- IV. Problematik der Berufswaffenträger.*
- V. Scheinwaffenproblematik.*
- VI. Anforderungen an die bandenmäßige Begehung.*
- VII. Wohnungsbegriff bei gemischt-genutzten Gebäuden.*

Hinweise zur Nacharbeit

- I. Vgl. angegebene Fundstellen zum jew. besprochenen Urteil.*
- II. Zu den Tatbestandsmerkmalen des Diebstahls und ihren Problemen jüngst auch Zopfs ZJS 2009, 506 und 649.*
- III. KK BT I § 27 – Diebstahl mit Waffen, Bandendiebstahl, Wohnungseinbruchsdiebstahl (KK 205 – 222).*