

## Fall 1 – Lösungsskizze

### TK 1: DAS GESCHEHEN IN DER VILLA

#### Strafbarkeit von A und B

#### A. Strafbarkeit von A und B gem. §§ 242 I, 244 I Nr. 1 a), Nr. 3, IV, 25 II StGB (Einpacken der Wertsachen in den Sack)

Hinweis: § 242 StGB und § 244 StGB können auch getrennt geprüft werden.<sup>1</sup> § 243 StGB bestimmt die Strafe des § 242 StGB und tritt somit als „Annex“ ebenso wie § 242 StGB hinter § 244 StGB zurück, daher kann bis auf eine kurze Bemerkung zur Konkurrenzfrage auf eine Prüfung des § 243 StGB verzichtet werden.<sup>2</sup> Eine andere Möglichkeit läge darin, nach § 242 StGB erst §§ 242, 243 StGB und dann §§ 242, 244 StGB zu prüfen. Für den Fall, dass hilfgutachterliche Prüfungen verlangt werden, wäre in jedem Fall auf § 243 StGB einzugehen, falls es sich anbietet.

#### I. Tatbestand

##### 1. Objektiver Tatbestand

- a) Fremde bewegliche Sachen: Wertsachen des O (+)
- b) Gemeinschaftliche Wegnahme durch A und B iSd § 25 II StGB

Wegnahme = Bruch fremden und die Begründung neuen Gewahrsams, wobei unter Gewahrsam die von einem Herrschaftswillen getragene tatsächliche Sachherrschaft zu verstehen ist.<sup>3</sup>

aa) Ursprünglicher Gewahrsam lag bei O (generelle Herrschaftssphäre des eigenen Hauses).<sup>4</sup>

bb) Gewahrsamsbruch = Aufheben des bisherigen Gewahrsams ohne oder gegen den Willen des Berechtigten.<sup>5</sup> Hier (+) durch Einstecken der Wertsachen in den Sack.

cc) **P\*:** Problematisch ist, wann A und B neuen Gewahrsam begründeten und damit die Wegnahme vollendet wurde.<sup>6</sup> Erforderlich ist, dass sie die tatsächliche Sachherrschaft derart erlangt haben, dass ihrer Ausübung keine wesentlichen Hindernisse entgegenstehen.<sup>7</sup> Dafür ist entscheidend, dass die freie Verfügbarkeit für den bisherigen Gewahrsamsinhaber ausgeschlossen ist und ihre Wiedererlangung diesen zu sozial auffälligem Verhalten zwingt.<sup>8</sup> Auch beim Diebstahl aus Privatwohnungen soll mit dem Verbringen der Beute in einen persönlichen „Tabubereich“ Vollendung eintreten.<sup>9</sup> Man spricht insoweit von einer „Gewahrsamsenklave“.<sup>10</sup> In eine solche haben A und B die handlichen Wertsachen überführt, indem sie diese in den mitgebrachten Sack stopften. O hätte A den Sack im Wege der Notwehr entreißen müssen, um die Verfügungsgewalt über die Wertsachen wiederherzustellen. Damit war mit Einpacken der Sachen in den Sack neuer Gewahrsam des A begründet.

Hinweis: Es erscheint wohl auch vertretbar, im mitgeführten Sack keine hinreichende Tabusphäre zu sehen und die Begründung neuen Gewahrsams erst in dem Moment anzunehmen, als das Haus als räumlicher Machtbereich des O verlassen wurde. Eine derartige Bestimmung des Vollendungszeit-

<sup>1</sup> So z.B. die Empfehlung von Jäger JuS 2000, 651 (657).

<sup>2</sup> Vgl. Rengier BT I, 23. Aufl. 2021, § 4 Rn. 82a.

<sup>3</sup> BGH NStZ 2019, 726 (727).

<sup>4</sup> Vgl. Rengier BT I § 2 Rn. 29.

<sup>5</sup> BGH NStZ 2016, 727.

<sup>6</sup> Zur Vollendung s. Schönke/Schröder/Bosch StGB, 30. Aufl. 2019, § 242 Rn. 67.

<sup>7</sup> BGH NStZ 1988, 271.

<sup>8</sup> Wessels/Hillenkamp/Schuh BT 2, 44. Aufl. 2021, Rn. 126; NK StGB/Kindhäuser, 5. Aufl. 2017, § 242 Rn. 28.

<sup>9</sup> BGH NStZ 2015, 276.

<sup>10</sup> BeckOK StGB/Wittig, 52. Ed. 2022, § 242 Rn. 26, 26.1.

punktes würde im weiteren Prüfungsverlauf hinsichtlich des Schlages mit dem Tablett den Anwendungsbereich des § 249 I StGB eröffnen, s.u.

**c) § 244 I Nr. 1 a) StGB**

Beisichführen einer **Waffe** (Alt. 1) (-): Anders als bei Butterfly- oder Springmessern handelt es sich bei einem Taschenmesser nicht um eine Waffe im technischen Sinn, denn es ist nicht zur Herbeiführung erheblicher Verletzungen **bestimmt**.<sup>11</sup>

Beisichführen eines **gefährlichen Werkzeugs** (Alt. 2)?

**p\*\*\***: Die Voraussetzungen der Gefährlichkeit sind umstritten:

*aa)* Teilweise wird verlangt, es müsse sich um einen Gegenstand handeln, der nach seiner objektiven Beschaffenheit geeignet ist, einem Opfer erhebliche Körperverletzungen zuzufügen.<sup>12</sup> Mitunter wird dann eine weitere Konkretisierung vorgenommen, wobei man sich um eine gewisse Gleichwertigkeit mit dem Waffenbegriff bemüht,<sup>13</sup> sei es, dass dem Gegenstand eine „Waffenersatzfunktion“<sup>14</sup> zukommen müsse, sei es, dass darauf abzustellen sei, „[...] ob aus der Sicht eines objektiven Beobachters der Gegenstand in der konkreten Situation zu nichts anderem als zu seinem Einsatz als Angriffs- oder Verteidigungsmittel gegen einen Menschen, welchem dadurch erhebliche Verlet-

zungen drohen, dienen kann.“<sup>15</sup> Vor diesem Hintergrund könnte man erwägen, das Taschenmesser als lediglich „unverfängliches Universalwerkzeug“<sup>16</sup> einzuordnen und folglich als gefährliches Werkzeug abzulehnen. Denkbar wäre es auch, die Eigenschaft eines gefährlichen Werkzeugs zu bejahen, da das Taschenmesser vorliegend ja gerade nicht dem Gewahrsamsbruch (bspw. Aufschneiden von Verpackungen etc.) diene. Der BGH bejahte das Taschenmesser als gefährliches Werkzeug, da die „[...] von ihnen [den Taschenmessern] ausgehende hohe abstrakte Gefahr, die Grund für die Strafschärfung durch den Qualifikationstatbestand des § 244 I Nr. 1 a) StGB ist, [...] evident [ist] und [...] derjenigen von Waffen im technischen Sinne zumindest nahe [kommt].“<sup>17</sup>

Hinweis: Hier kann beides mit entsprechender Begründung vertreten werden.

*bb)* Andere beurteilen die Gefährlichkeit eines Werkzeugs danach, wie es der Täter ggf. einsetzen möchte. Neben dessen allgemeiner Eignung, erhebliche Körperverletzungen zu bewirken, sei hiernach zwar *keine* konkrete Verwendungsabsicht (arg. ex § 244 I Nr. 1 b) StGB), gleichwohl aber ein Verwendungsvorbehalt zu fordern.<sup>18</sup> A machte sich über das mitgeführte Messer keine Gedanken und behielt sich dessen Verwendung auch nicht vor. Weder war der Einsatz geplant noch vorbehaltlich der Entwicklungen einkalkuliert, sodass

<sup>11</sup> MüKo StGB/Schmitz, 4. Aufl. 2021, § 244 Rn. 10: „Bestimmte Typen von Messern sind in Anlage 1 zum WaffG, Abschnitt 1 Unterabschnitt 2 Nr. 2.1 als Waffen eingestuft; es handelt sich demzufolge um als generell gefährlich angesehene Messer. Daraus ist im Umkehrschluss die Konsequenz zu ziehen, dass nicht alle Messer eine generelle Gefährlichkeit aufweisen, die sie zu Waffen macht. Als solche kommen nur Messer in Betracht, die (konstruktiv) allein dazu geschaffen wurden, gegenüber Menschen eingesetzt zu werden.“

<sup>12</sup> BGH NStZ 2012, 571 f.

<sup>13</sup> Rengier BT I § 4 Rn. 21.

<sup>14</sup> So Streng GA 2001, 359 (365 ff.): „Erfasst werden Gegenstände, denen nicht nur in bestimmten deliktischen

Situationen Waffenersatzfunktion zukommt, sondern schon immer dann, wenn das objektiv gefährliche Werkzeug außerhalb seiner eigentlichen Bestimmung [...] mitgeführt wird.“

<sup>15</sup> Sch/Sch/Bosch StGB § 244 Rn. 5a, der auch darauf hinweist, dass das Abstellen auf die Waffenersatzfunktion zu ähnlichen Ergebnissen führt.

<sup>16</sup> Streng GA 2001, 359 (366 f.).

<sup>17</sup> BGH NJW 2008, 2861 (2864).

<sup>18</sup> OLG Braunschweig NJW 2002, 1735 (1736); OLG Frankfurt a.M. StV 2002, 145 (146); Schramm JuS 2008, 773 (778); Hilgendorf ZStW 112 (2000), 832.

ein Beisichführen eines gefährlichen Werkzeugs hiernach zu verneinen wäre.

cc) Wieder andere fordern eine konkrete Verwendungsabsicht.<sup>19</sup> Je nach Art des Einsatzes können annähernd alle Gegenstände in gefährlicher Weise verwendet werden. Die Qualität eines gefährlichen Werkzeugs iSd § 244 I Nr. 1 a) StGB erlange ein Gegenstand daher erst dadurch, dass der Täter ihm eben jene Qualität durch einen individuellen Widmungsakt verleiht.<sup>20</sup> Hinsichtlich einer entsprechenden Widmung des A, das Messer zur Verletzung von Personen einzusetzen, gibt der Sachverhalt keine ausreichenden Hinweise, sodass auch hiernach das Beisichführen eines gefährlichen Werkzeugs abzulehnen wäre.

dd) Dagegen, einen Verwendungsvorbehalt oder eine Widmung zu verlangen, spricht die Systematik: § 244 I Nr. 1a StGB fordert im Gegensatz zu § 244 I Nr. 1b StGB gerade kein subjektives Element.<sup>21</sup> Der Gesetzgeber wollte mit Nr. 1a vielmehr Fälle erfassen, in denen bereits das Mitführen eines Werkzeugs per se, also wegen der bloß latenten Gefahr des Gebrauchs, eine besondere Gefährlichkeit für das Opfer begründet.<sup>22</sup>

Hinweis: Wer mit dem BGH daher § 244 I Nr. 1a StGB bejaht (aA vertretbar), prüft weiter:

d) Das Beisichführen muss zeitlich zu irgendeinem Zeitpunkt zwischen **Versuchsbeginn** und **Vollendung** erfolgen.<sup>23</sup> A hatte das Messer seit Beginn der Tatausführung an seinem Gürtel und damit bei sich geführt.

Hinweis: Das **Tablett** scheidet unabhängig von der Bewertung als gefährliches Werkzeug iSd § 244 I Nr. 1a StGB aus, weil es erst **nach** Vollendung der

<sup>19</sup> So Lackner/Kühl/Kühl StGB, 29. Aufl. 2018, § 244 Rn. 3.

<sup>20</sup> Rengier BT I § 4 Rn. 38 ff.

<sup>21</sup> Vgl. Sch/Sch/Bosch StGB § 244 Rn. 5a, der zusätzlich verdeutlicht, dass sich insb. ein Verwendungsvorbehalt weder psychologisch noch beweisrechtlich fassen lässt.

<sup>22</sup> Vgl. BGH NJW 2008, 2861 (2864).

<sup>23</sup> So MüKo StGB/Schmitz § 244 Rn. 26 mwN.

Wegnahme eingesetzt wurde (s.o.). Aus diesem Grund ist diesbezüglich auch nicht § 244 I Nr. 1b StGB einschlägig, denn der Widerstand, der mit dem Werkzeug oder Mittel überwunden werden soll, muss sich gegen die Wegnahme durch einen Tatbeteiligten richten, mithin der Aufhebung des Gewahrsams entgegenstehen.<sup>24</sup> Hinsichtlich des **Taschenmessers** scheidet § 244 I Nr. 1 b) StGB mangels Verwendungsabsicht aus.

Wer dagegen annimmt, ein gefährliches Werkzeug könne bis zur Beendigung bei sich geführt werden,<sup>25</sup> müsste entsprechend der obigen Auffassungen eine Bewertung vornehmen (vgl. unten bei § 252 StGB). Gleiches gilt auch bei abweichender Bestimmung des Vollendungszeitpunktes der Wegnahme.

e) § 244 I Nr. 3, IV StGB (Wohnungseinbruchdiebstahl) (+): A und B sind in die Villa des O eingestiegen.

f) Mittäterschaft (§ 25 II): Gemeinsamer Tattentschluss und Tatherrschaft (+)

## 2. Subjektiver Tatbestand

Vorsatz (+); Subjektive Voraussetzung des Beisichführens: In subjektiver Hinsicht ist notwendig, dass der Täter den Gegenstand bewusst gebrauchsbereit bei sich führt.<sup>26</sup> A trägt das Messer aus alter Gewohnheit, allerdings ohne aktuell an dieses zu denken. Eine Parallele zu den „Dienstwaffenfällen“ liegt nahe, bei denen insbesondere Polizeibeamte die Dienstwaffe während eines von ihnen begangenen Diebstahls bei sich tragen. Dort wird ein solches Bewusstsein in der Regel anzunehmen sein.<sup>27</sup> In Anlehnung hieran kann auch der

<sup>24</sup> MüKo StGB/Schmitz § 244 Rn. 37 f.

<sup>25</sup> So die Gegenauffassung, vgl. OLG Hamburg NStZ-RR 2017, 72 (73). **Beendigung** liegt vor, sobald der neue Gewahrsam gegen Angriffe Dritter gesichert ist, Sch/Sch/Bosch StGB § 242 Rn. 73.

<sup>26</sup> BGH BeckRS 2019, 21881 Rn. 11.

<sup>27</sup> Sternberg-Lieben/Sternberg-Lieben JuS 2012, 976 (979).

Vorsatz des in alter Gewohnheit ein Messer tragenden A bejaht werden. Da für B das Messer des A gut sichtbar war, ist auch sein Vorsatz zu bejahen.

Absicht rechtswidriger Zueignung (+)

## II. Rechtswidrigkeit und Schuld (+)

### III. Ergebnis

A und B haben sich gem. §§ 242 I, 244 I Nr. 1 a) und Nr. 3, IV, 25 II StGB strafbar gemacht. §§ 242, 243 StGB treten hinter § 244 StGB (lex specialis) zurück.<sup>28</sup> § 244 IV StGB ist gegenüber § 244 I Nr. 3 StGB spezieller, sodass Letzterer verdrängt wird.<sup>29</sup> A und B sind daher gem. §§ 242, 244 I Nr. 1 a), IV, 25 II StGB strafbar.

Hinweis: § 243 I 1 Nr. 2 StGB ist mit Blick auf die stille Alarmanlage eher fernliegend und wurde daher nicht thematisiert. Die Schutzvorrichtung muss die Wegnahme objektiv in nicht unwesentlicher Weise erschweren.<sup>30</sup> Die Wegnahme, die durch das Verstauen der Beute in dem mitgeführten Sack bereits vollendet war, wurde indes durch die stille Alarmanlage nicht erschwert. In einer Klausur wäre eine kurze Ablehnung des Regelbeispiels nicht schädlich. Auf detailliertere Ausführungen hinsichtlich des § 243 I 2 Nr. 1 StGB kann hier verzichtet werden (s.o.). Auf eine Prüfung des § 244 I Nr. 2 StGB wurde hier verzichtet, weil nach hM drei Personen für eine Bande erforderlich sind.

## B. Strafbarkeit von A und B gem. §§ 252, 250 I Nr. 1 a) Alt. 2, II Nr. 1 Alt. 2, 3 a), 3 b), 25 II StGB (Schlag mit dem Tablett)

Hinweis: Der Zeitaspekt ist wichtig. § 252 StGB kann nur zwischen Vollendung und Beendigung eingreifen.<sup>31</sup>

### I. Tatbestand

#### 1. Objektiver Tatbestand

##### a) Vortat Diebstahl (+), s.o.

##### b) Betroffenwerden auf frischer Tat?

###### aa) Tatfrische

**Räumlich:** Am Tatort selbst oder in dessen unmittelbarer Nähe.<sup>32</sup> Hier (+)

**Zeitlich:** Zwischen Vollendung und Beendigung des Diebstahls.<sup>33</sup> Hier (+), mit dem Einpacken der Wertsachen in den Sack war der Diebstahl vollendet (s.o.). Allerdings befanden sich A und B noch am Tatort, d.h. im Herrschaftsbereich des O, und haben damit ihre Beute noch nicht endgültig gesichert (vgl. oben Fn. 24). Der Diebstahl ist mithin noch nicht beendet.

Hinweis: Bei abweichender Bestimmung des Vollendungszeitpunktes (s.o.) wäre der zeitliche Anwendungsbereich des § 252 StGB nicht eröffnet. Der Schlag mit dem Tablett würde dann vor Eintritt des Gewahrsamswechsels zur Ermöglichung der Wegnahme erfolgen und müsste im Rahmen einer Prüfung von §§ 249, 250 StGB diskutiert werden.<sup>34</sup>

###### bb) Betroffenwerden

T schlägt O das Tablett gegen den Kopf, bevor dieser ihn bemerken konnte.

<sup>28</sup> MüKo StGB/Schmitz § 244 Rn. 85.

<sup>29</sup> MüKo StGB/Schmitz § 244 Rn. 84.

<sup>30</sup> LK StGB/Vogel, 12. Aufl. 2010, § 243 Rn. 29.

<sup>31</sup> Rengier BT I § 10 Rn. 3.

<sup>32</sup> Vgl. BeckOK StGB/Wittig § 252 Rn. 8.

<sup>33</sup> Vgl. MüKo StGB/Sander § 252 Rn. 6 f.

<sup>34</sup> Vgl. auch BGH BeckRS 2019, 26204 Rn. 3.

**P\*\*:** Fraglich ist, ob das Opfer den Täter wahrgenommen haben muss oder ob ein lediglich raumzeitliches Zusammentreffen genügt.

(1) **Rspr. und Teile der Lit.** halten ein raumzeitliches Zusammentreffen von Täter und Opfer aus der Täterperspektive für ausreichend.<sup>35</sup> Dann ist auch der Dieb mit einbezogen, der, wie hier B, durch Zwangsmaßnahmen einem Bemerkwerden 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.

(2) Die **Gegenposition** meint, das Merkmal „betroffen“ kennzeichne die Sicht des Dritten, setze also dessen Wahrnehmung voraus.<sup>36</sup> Dabei wird teilweise sogar verlangt, dass der Dritte den Dieb als mutmaßlichen Täter einer Straftat oder – noch strenger – als den der konkreten Diebestat Verdächtigen wahrnehmen müsse.<sup>37</sup> Andere lassen es ausreichen, dass der Täter zumindest als Person gehört oder gesehen wird.<sup>38</sup> Infolge des Schlages mit dem Tablett hat O den B hier gar nicht, dh nicht einmal als Person wahrgenommen, so dass § 252 StGB mangels Betroffenseins ausscheiden müsste.

(3) Die Rspr. verweist darauf, dass es für die Strafwürdigkeit des Täterverhaltens keinen Unterschied mache, ob dieser das überraschte Opfer vor oder nach dessen Wahrnehmung niederschlage, 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.<sup>39</sup> Auch nehme das Opfer, das hinterrücks

niedergeschlagen werde, den Täter in diesem Moment (zumindest) sinnlich wahr.

Dem wird in der Literatur wiederum entgegengehalten, dass die Rspr. mit der weiten Auslegung des Merkmals „betroffen“ eine Analogie zu Lasten des Täters ziehe, da der noch mögliche Wortsinn überschritten sei.<sup>40</sup> Dem ist jedoch nicht zuzustimmen, denn „betreffen“ kann durchaus im Sinne von „begegnen“ gemeint sein und schließt dann eine gegenseitige Wahrnehmung nicht zwingend ein.<sup>41</sup> Im Ergebnis ist das Merkmal des Betroffenseins hier somit zu bejahen (aA vertretbar).

### c) **Gewaltanwendung durch B (+)**

Hinweis: Im Folgenden ist der Passus „gleich einem Räuber“ zu beachten. Nach einhelliger Auffassung verweist § 252 damit neben dem Strafrahmen auch auf die Qualifikationen des § 249 StGB.<sup>42</sup> Daher ist weiter zu prüfen:

**d) Qualifizierendes Merkmal** (§ 250 I Nr. 1 a) Alt. 2 StGB) **nur** durch mitgeführtes Messer des A (+) (aA vertretbar)

Hinweis: § 244 I Nr. 1 a) StGB und § 250 I Nr. 1a StGB stimmen überein.<sup>43</sup> Am Beisichführen iSd § 250 I Nr. 1 a) und 1 b) StGB fehlt es, wenn der Gegenstand lediglich zufällig am Tatort herumliegt und vom Täter ergriffen werden kann. Anderes gilt, wenn der Gegenstand – wie hier – tatsächlich eingesetzt wird.<sup>44</sup> Nachdem oben aber der objektiven Bestimmung der Vorzug gegeben wurde, erweist sich indes nur das mitgeführte Taschenmesser als gefährliches Werkzeug. § 250 I Nr. 1 c) StGB liegt nicht vor. Der Begriff der „schweren Gesundheitsschädigung“ erfasst nur Erfolge i.S.v. § 226 I

<sup>35</sup> BGHSt 26, 95 (97); Sch/Sch/Bosch StGB, § 252 Rn. 4; Rengier BT I § 10 Rn. 10 mwN.

<sup>36</sup> Mitsch BT 2, 3. Aufl. 2015, S. 560 mwN.

<sup>37</sup> LK StGB/Vogel § 252 Rn. 29; Schnarr JR 1979, 314; Fezer JZ 1975, 609 (610).

<sup>38</sup> RGSt 73, 343, 346: „wahrnehmen oder bemerken“; Seelmann JuS 1986, 201 (206).

<sup>39</sup> So Rengier BT I § 10 Rn. 16.

<sup>40</sup> Vgl. Geppert Jura 1990, 554 (557).

<sup>41</sup> Rengier BT I § 10 Rn. 16.

<sup>42</sup> MüKo StGB/Sander § 252 Rn. 21.

<sup>43</sup> Rengier BT I § 8 Rn. 3.

<sup>44</sup> NK StGB/Kindhäuser § 244 Rn 18.

StGB und solche mit vergleichbarem Schweregrad.<sup>45</sup> Beachte: § 250 I Nr. 1 c) StGB ist nach hM ein vorsätzliches Gefährdungsdelikt und **kein** erfolgsqualifiziertes Delikt; § 18 StGB ist folglich nicht anwendbar und bezüglich der verursachten Gefahr wenigstens bedingter Vorsatz erforderlich.<sup>46</sup>

e) Qualifizierendes Merkmal (§ 250 II Nr. 1 Alt. 2 StGB) durch den wuchtigen Schlag mit dem metallenen Tablett gegen den Kopf des O?

**P\*\*:** Umstritten ist, wie der Begriff des **gefährlichen Werkzeugs** in der **Verwendungsalternative** des § 250 II Nr. 1 Alt. 2 StGB zu bestimmen ist:

aa) Nach einer insb. in der **Rspr.** vertretenen Ansicht ist die Gefährlichkeit in § 250 I Nr. 1 a) Alt. 2 und II Nr. 1 Alt. 2 StGB **unterschiedlich** zu bestimmen: Während in Absatz 1 – parallel zu § 244 I Nr. 1a StGB – ein abstrakter Gefährlichkeitsbegriff zugrunde zu legen sei (s.o.), lasse sich die Gefährlichkeit in Abs. 2 namentlich beim Einsatz des Gegenstandes als Gewaltmittel<sup>47</sup> – wie bei § 224 I Nr. 2 – nach der konkreten Verwendung bestimmen.<sup>48</sup> Das aus Metall gefertigte Tablett konnte durch den Schlag gegen den Kopf des O dessen Bewusstlosigkeit oder sogar einen Schädelbruch herbeiführen und ist nach dieser Auffassung daher als gefährliches Werkzeug zu qualifizieren.

bb) Die **Gegenansicht** verweist darauf, dass es der Gesetzeswortlaut gebiete, die in § 250 I, II StGB identischen Begriffe des gefährlichen Werkzeugs **einheitlich** zu verwenden, sodass die umstrittenen Kriterien abstrakter Gefährlichkeit (s. obige Streitdarstellung iRd § 244 Nr. 1 a) StGB)

<sup>45</sup> Rengier BT I § 8 Rn. 12.

<sup>46</sup> Zum Ganzen s. MüKo StGB/Sander § 250 Rn. 46, 69.

<sup>47</sup> Zur Differenzierung s. Rengier BT I § 8 Rn. 20.

<sup>48</sup> BGHSt 45, 249; BGH NSTz 1999, 135; BGH BeckRS 2015, 6119 Rn. 11; Küper Hanack-FS, 1999, S. 569 (579 ff.).

<sup>49</sup> Fischer StGB § 250 Rn. 7, 8a; Rengier BT I § 8 Rn. 17.

<sup>50</sup> So passend Fischer StGB § 250 Rn. 8a.

<sup>51</sup> Insoweit erübrigen sich auch Ausführungen zu § 250 I Nr. 1 b), der einen Auffangtatbestand für Fälle bildet, in

auch in Abs. 2 Nr. 1 Alt. 2 anzuwenden seien.<sup>49</sup> Alle Vertreter einer subjektiven Auffassung (Verwendungsvorbehalt o.ä.) müssen das Tablett als gefährlich einschätzen, da es tatsächlich in gefährlicher Weise verwendet wurde; Verfechter einer objektiven Sichtweise („Waffenersatzfunktion“; „waffenvertretende Funktion“ etc.) scheiden dagegen Alltagsgegenstände (wie z.B. das Tablett) aus, weil sie nicht die generelle Gefährlichkeit waffenartiger Objekte aufweisen; oder anders gesagt: Sie werden durch ihre **konkrete** Verwendung nicht **generell** gefährlich.<sup>50</sup>

cc) Für eine einheitliche Auslegung der Begriffe in § 250 I und II StGB spricht zwar der Wortlaut, da in beiden Absätzen vom „gefährlichen Werkzeug“ die Rede ist. Hierdurch würde aber der Zusatz des „Verwendens“ außer Acht gelassen, der eine Parallele zu § 224 I Nr. 2 StGB nahelegt. Die Lösung folgt hier der Ansicht der Rspr., daher § 250 II Nr. 1 Alt. 2 StGB (+)<sup>51</sup> (aA gut vertretbar)

f) **§ 250 II Nr. 3a StGB:** schwere körperliche Misshandlung? – Mit Blick auf eine Gleichwertigkeit der Nr. 3a zu Nr. 3b ist diese nur gegeben bei starken Schmerzen des Opfers oder erheblichen Folgen für dessen Gesundheit;<sup>52</sup> hier daher (-)

g) **§ 250 II Nr. 3 b) StGB** – Der Schlag wurde mit voller Wucht gegen den Kopf geführt und führte zur Bewusstlosigkeit. Ob sich die insoweit erforderliche konkrete Todesgefahr bejahen lässt, hängt von den Umständen des Einzelfalls ab (vgl. BGH BeckRS 2016, 14077).

denen ein gefährliches Werkzeug nicht verwendet wird, vgl. LK StGB/Vogel § 250 Rn. 10; Fischer StGB § 250 Rn. 9; BT-Drs. 13/9064, S. 18. Abs. 1 ist insoweit subsidiär zu Abs. 2, vgl. BeckOK StGB/Wittig § 250 Rn. 19; NK StGB/Kindhäuser § 250 Rn. 27; MüKo StGB/Sander § 250 Rn. 73.

<sup>52</sup> BeckOK StGB/Wittig § 250 Rn. 15.

## h) Mittäterschaft (§ 25 II StGB)

aa) *Gemeinsamer Tatplan*: B gibt A einen Wink, dass dieser sich verstecken solle; A versteht dies wie von B angenommen so, dass B den O mit Gewalt unschädlich machen wolle („erwartungsgemäß“). Damit ist ein konkludenter Tatentschluss zustande gekommen.

bb) *Tatherrschaft von A und B (+)*: Während A die Beute versteckt hielt, sicherte B sie durch die Gewaltanwendung gegen drohenden Entzug. Damit haben beide jeweils einen Tatbeitrag erbracht, mit dem die Tatbegehung steht und fällt; beide hatten damit **funktionale Tatherrschaft**. Auch wollten beide die gewaltsame Beutesicherung als eigene Tat.

## 2. Subjektiver Tatbestand

### a) Vorsatz (+)

### b) Beutesicherungsabsicht / Selbstbesitzerhaltungsabsicht

Besitz i.S.v. § 252 StGB meint den strafrechtlichen Gewahrsamsbegriff und die Absicht muss darauf gerichtet sein, eine Gewahrsamsentziehung zu verhindern, die gegenwärtig ist oder unmittelbar bevorsteht.<sup>53</sup>

aa) *Auf Seiten des A (+)*

bb) *Auf Seiten des B?*

B selbst hat keinen **eigenen** Gewahrsam an der Diebesbeute, da A den Sack mit den Wertsachen trägt. Er könnte aber dennoch mit Besitzerhaltungsabsicht gehandelt haben. Nach dem eindeutigen 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 vom Wortlaut nicht erfasst. **Aber**: Der Gewahrsam ist ein

nach § 25 II StGB zurechenbarer objektiver Umstand,<sup>54</sup> so dass angesichts der hier vorliegenden Mittäterschaft B so zu behandeln ist, als habe er selbst Gewahrsam an den Wertsachen. Da er auch gerade möchte, dass dem A der Besitz verbleibt, liegt die Besitzerhaltungsabsicht auch bei ihm vor.<sup>55</sup>

## II. Rechtswidrigkeit und Schuld (+)

### III. Ergebnis

A und B haben sich gem. §§ 252, 250 I Nr. 1a Alt. 2, II Nr. 1 Alt. 2, 25 II StGB strafbar gemacht.

Hinweis: Eine Nötigung gem. § 240 StGB wird durch § 252 StGB verdrängt.<sup>56</sup>

## C. Strafbarkeit von A und B gem. §§ 223 I, 224 I Nr. 2 Alt. 2, Nr. 3, Nr. 4, Nr. 5, 25 II StGB (Schlag mit dem Tablett)

### I. Grundtatbestand § 223 I StGB

Der Schlag mit dem Tablett auf den Kopf ist eine üble unangemessene Behandlung und damit eine körperliche Misshandlung iSd § 223 I Alt. 1 StGB.<sup>57</sup> Da O bewusstlos wurde, liegt auch eine Gesundheitsschädigung (Alt. 2) vor.

### II. § 224 I StGB

#### 1. Nr. 2 (+)

Das Tablett ist nach seiner objektiven Beschaffenheit und konkreten Verwendung (Schlag auf den Kopf) geeignet, erhebliche Verletzungen hervorzurufen.<sup>58</sup>

<sup>53</sup> BeckOK StGB/Wittig § 252 Rn. 15.

<sup>54</sup> Wessels/Hillenkamp/Schuh BT 2 Rn. 407.

<sup>55</sup> S. hierzu auch MüKo StGB/Sander § 252 Rn. 17.

<sup>56</sup> BeckOK StGB/Wittig § 252 Rn. 14.

<sup>57</sup> Vgl. Sch/Sch/Sternberg-Lieben StGB § 223 Rn. 3.

<sup>58</sup> Vgl. LaKü/Kühl StGB § 224 Rn. 5.



## 2. Nr. 3 (-)

Überfall ist ein für das Opfer überraschender Angriff.<sup>59</sup> Er ist hinterlistig, wenn der Täter planmäßig, in einer auf Verdeckung seiner wahren Absichten berechneten Weise vorgeht, um gerade hierdurch dem Angegriffenen die Abwehr des nicht erwarteten Angriffs zu erschweren.<sup>60</sup> B hat den O gehört und daraufhin geduldig mit dem Tablett erwartet. Der Sachverhalt legt nahe, dass B lediglich das Überraschungsmoment ausgenutzt hat, weshalb die Hinterlist zu verneinen ist.<sup>61</sup>

## 3. Nr. 4: (-)

A hat sich hinter dem Schrank versteckt. Eine gesteigerte Gefährlichkeit durch zumindest vorbehaltendes Zusammenwirken der Beteiligten ist damit ausgeblieben.<sup>62</sup>

## 4. Nr. 5 (+)

Ein wuchtiger Schlag mit einem Gegenstand aus Metall gegen den Kopf ist generell geeignet, das Leben eines unvorbereiteten Opfers zu gefährden.<sup>63</sup>

Hinweis: Letzteres ist umstritten. Teilweise wird das Vorliegen einer konkreten Lebensgefahr verlangt. Für eine solche bietet der Sachverhalt allerdings kaum Anhaltspunkte. Siehe hierzu auch nochmal das entsprechende Problemfeld.

<sup>59</sup> MüKo StGB/Hardtung § 224 Rn. 33.

<sup>60</sup> LaKü/Kühl StGB § 224 Rn. 6.

<sup>61</sup> So ausdrücklich MüKo StGB/Hardtung § 224 Rn. 34.

<sup>62</sup> Zu beachten ist, dass § 224 I Nr. 4 ein **gemeinschaftliches Begehen** verlangt. Das setzt voraus, dass überhaupt eine Form der Unterstützung stattgefunden hat; allein die Anwesenheit einer zweiten Person, die sich passiv verhält, genügt ebenso wenig wie das Vertrauen des Einzeltäters, der/die BegleiterIn werde ihn unterstützen (s. Sch/Sch/Sternberg-Lieben StGB § 224 Rn. 11b mwN). Das Opfer braucht zwar keine Kenntnis bzgl. der anderen Person zu haben (vgl. BGH NSTz 2006, 572 [573]). Angesichts des Grundes der Strafschärfung – Erhöhung der Gefahr für das Opfer durch Schaffung einer gegnerischen Übermacht und Reduzierung der Verteidigungschancen (Sch/Sch/Sternberg-Lieben StGB § 224

Im Unterschied zu § 224 I Nr. 5 StGB bedarf es bei § 250 II Nr. 3b StGB einer **konkreten Gefahr des Todes**. Sie liegt vor, wenn durch das vom Täter beherrschte Tatgeschehen eine Situation geschaffen wurde, in der die Möglichkeit des Erfolgseintritts so naheliegt, dass ihr Eintritt nur noch vom Zufall abhängt.<sup>64</sup> Bei § 224 I Nr. 5 StGB bedarf es hingegen **keiner** konkreten Lebensgefahr, sondern nur die **Handlung** muss sich als lebensgefährdend darstellen.<sup>65</sup>

Für eine Aussetzung (§ 221 StGB) bietet der Sachverhalt weder im 1. noch im gleich zu behandelnden 2. Tatkomplex genügend Anhaltspunkte. § 323c I StGB wird verdrängt.<sup>66</sup>

A und B haben sich daher gem. §§ 223 I, 224 I Nr. 2 Alt. 2, 5, 25 II StGB strafbar gemacht.

## D. Strafbarkeit von A und B gem. § 123 I StGB

(+), aber § 123 StGB tritt hinter §§ 242, 244 IV StGB im Wege der Konsumtion zurück.<sup>67</sup>

Rn. 11b) – wird man aber Personen, die keine Bereitschaft zum Eingreifen erkennen lassen, eher nicht als Beteiligte iSd § 224 I Nr. 4 ansehen können (Wessels/Hettinger/Engländer BT 1, 45. Aufl. 2022, Rn. 237). Vor diesem Hintergrund hätte man hier aber auch erwägen können, dass A jedenfalls unmittelbar vor Ort und daher auch eingriffsbereit war, sodass eine aA auch vertreten werden kann.

<sup>63</sup> Vgl. zu dieser hM Rengier BT II, 23. Aufl. 2022, § 14 Rn. 50.

<sup>64</sup> BeckOK StGB/Wittig § 250 Rn. 7.

<sup>65</sup> Sch/Sch/Sternberg-Lieben StGB § 224 Rn. 12 mwN.

<sup>66</sup> S. Rengier BT II § 42 Rn. 22; BGH NSTz 1997, 127.

<sup>67</sup> Vgl. MüKo StGB/Schmitz § 244 Rn. 79; Rengier BT I § 4 Rn. 87; Falllösung bei Hirsch/Dölling JuS 2019, 997 (1000).



**TK 2: DIE FLUCHT****Strafbarkeit des A****A. Strafbarkeit von A gem. §§ 252, 250 I Nr. 1 a) Alt. 2, II Nr. 2 Alt. 2 StGB ggü. X****I. Tatbestand****1. Objektiver Tatbestand****a) Vortat (+)****b) Betroffensein auf frischer Tat***aa) Tatfrische*

A und B treffen erst nach einem zehnminütigen Wettrennen mit den Polizisten auf X.

**P\*:** 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 Gegenwartigkeit des Angriffs angelegt wird: Solange noch Notwehr gegen den Dieb geübt werden kann, ist dessen Tat auch „frisch“ iSd § 252 StGB.<sup>68</sup> Insofern müsste der Diebstahl hier noch iSd § 32 StGB gegenwärtig sein. Dafür dürfte die Verletzung des fremden Rechtsguts noch nicht endgültig eingetreten sein und müsste noch abgewendet werden können.<sup>69</sup> Die Flucht darf also nicht eine solche Distanz zwischen Täter und Verfolger schaffen, dass die Gewahrsamssicherung die Vortat beendet.<sup>70</sup> Die Polizei ist A und B ausweislich des Sachverhalts die ganze Zeit dicht auf den Fersen. Hier kann daher noch nicht von einer die Vortat beendenden Gewahrsamssicherung gesprochen werden.

<sup>68</sup> NK StGB/Kindhäuser § 252 Rn. 14.

<sup>69</sup> Vgl. NK StGB/Kindhäuser § 32 Rn. 53.

<sup>70</sup> Vgl. Wessels/Hillenkamp/Schuh BT 2 Rn. 419.

*bb) Zwischenergebnis*

Somit ist die Tat hier trotz zehnminütiger Verfolgungsjagd und recht weiter Entfernung vom Ort der Wegnahme noch frisch iSd § 252 StGB (aA vertretbar).

*cc) Betroffensein (+), vgl. oben.***c) Gewaltanwendung durch Tritt des A in den Bauch von X**

A hält den X jedoch 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 zugunsten des Berechtigten wieder entziehen werde.<sup>71</sup>

Somit hier (+)

**d) Von A mitgeführtes Messer als gefährliches Werkzeug iSd § 250 I Nr. 1 a) StGB?**

Begriff wiederum str.; vgl. schon oben. Nach der hier verfolgten objektiven Betrachtung ist das Messer als gefährliches Werkzeug zu werten, daher (+)

**e) Beschuhter Fuß als Verwendung eines gefährlichen Werkzeugs iSd § 250 II Nr. 1 Alt. 2 StGB?**

Wer der Rspr. folgt und den Begriff des gefährlichen Werkzeugs in § 224 I Nr. 2 und in § 250 II Nr. 1 identisch auslegt, kann § 250 II Nr. 1 Alt. 2 StGB hier bejahen (siehe auch sogleich zu § 224 I Nr. 2 Alt. 2).

**2. Subjektiver Tatbestand**

Vorsatz (+)<sup>72</sup>; Besitzerhaltungsabsicht (+)

<sup>71</sup> BGHSt 28, 224 (230 f.); NK StGB/Kindhäuser § 252 Rn. 17.

<sup>72</sup> Dass A den X irrtümlich für einen Polizisten hielt, ist insoweit ein unbeachtlicher error in persona; für den

## II. Rechtswidrigkeit und Schuld (+)

### III. Ergebnis

A hat sich gem. §§ 252, 250 I Nr. 1a Alt. 2, II Nr. 1 Alt. 2 StGB strafbar gemacht.

Hinweis: Die im Sachverhalt beschriebene Rolle des B während dieses Tatkomplexes gibt nicht genügend Anhaltspunkte für eine Beteiligung als Mittäter oder Gehilfe. Namentlich für eine psychische Beihilfe müsste genau festgestellt werden, ob der Entschluss des A gefördert wird; die bloße Anwesenheit von B unter Billigung der Tat genügt jedenfalls nicht.<sup>73</sup> Für eine Mittäterschaft kann der Tatplan zwar auch konkludent hergestellt werden, eines – hier fehlenden – Kommunikationsaktes bedarf es aber dennoch.<sup>74</sup>

Hinsichtlich § 113 StGB (§ 114 StGB ist kein eigener Straftatbestand, sondern dehnt den Anwendungsbereich des § 113 StGB nur auf weitere Personen aus)<sup>75</sup> ist zu beachten, dass es sich um ein unechtes Unternehmensdelikt handelt.<sup>76</sup> Das bedeutet, dass Vollendung und Versuch gleichgestellt sind (vgl. § 11 I Nr. 6 StGB).<sup>77</sup> Die vorliegende Konstellation, in der A X irrtümlich für einen Polizisten hält, ist strukturell ein Versuch am untauglichen Tatobjekt denkbar, der jedoch straflos bleibt.<sup>78</sup> Es bedarf für § 113 StGB zwingend eines tauglichen Angriffsobjekts.<sup>79</sup>

Vorsatz hinsichtlich des Betroffenenwerdens reicht es ferner aus, dass der Täter davon ausgeht, der Dritte habe ihn als Tatverdächtigen erkannt (s. NK StGB/Kindhäuser § 252 Rn. 19).

<sup>73</sup> Vgl. *Wessels/Beulke/Satzger* AT, 51. Aufl. 2021, Rn. 902; BGH NSTZ-RR 2019, 74.

<sup>74</sup> *Wessels/Beulke/Satzger* AT Rn. 815.

<sup>75</sup> MüKo StGB/Bosch § 114 Rn. 1.

<sup>76</sup> LK StGB/Rosenau, 13. Aufl. 2021, § 113 Rn. 6.

<sup>77</sup> Allgemein hierzu *Wessels/Beulke/Satzger* AT Rn. 58; ferner MüKo StGB/Bosch § 113 Rn. 16.

<sup>78</sup> Vgl. Sch/Sch/Eser StGB § 113 Rn. 52.

<sup>79</sup> Vgl. *Jakobs* AT, 2. Aufl. 1991, Kap. 25/7: „Gegenüber den echten Unternehmensdelikten haben die unechten

## E. Strafbarkeit von A gem. §§ 223 I, 224 I Nr. 2 Alt. 2 StGB

**P\*:** Schuh als gefährliches Werkzeug? Hier trug A wohl einen üblichen Straßen-/Freizeitschuh. Ob dieser als „Verstärkung“ dazu geeignet ist, erhebliche Verletzungen hervorzurufen, ist von Fall zu Fall nach der Art des Einsatzes des Werkzeugs und des getroffenen Körperteils des Opfers zu entscheiden.<sup>80</sup> Bei einem gesprungenen Tritt kann von einer besonderen Heftigkeit ausgegangen werden. Beim Bauch handelt es sich ferner um eine empfindliche Körperregion. Daher hier wohl (+), wobei aA vertretbar.<sup>81</sup>

## F. Strafbarkeit von A und B gem. § 123 I StGB (+) (Durchqueren fremder Gärten)

### GESAMTERGEBNIS

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). Zwischen der Strafbarkeit im ersten Tatkomplex und derjenigen im zweiten Tatkomplex besteht Tatmehrheit.

Im **ersten Tatkomplex** haben sich **A** und **B** mittäterschaftlich gem. §§ 242, 244 I Nr. 1 a), IV StGB

[...] die Besonderheit einer beschriebenen Tatsituation, die [...] objektiv vorliegen muss und nicht nur ‚unternommen‘ sein darf.“ Insoweit wird der untaugliche Versuch von § 113 StGB nicht erfasst (so LK StGB/Rosenau § 113 Rn. 100; Sch/Sch/Eser StGB § 113 Rn. 52); zur aA s. aber auch SK StGB/Wolters, 9. Aufl. 2018, § 113 Rn. 7.

<sup>80</sup> So BeckOK StGB/Eschelbach § 224 Rn. 30.

<sup>81</sup> Vgl. auch BGH BeckRS 2019, 22264 Rn. 10: „Ein Straßenschuh von üblicher Beschaffenheit ist regelmäßig als gefährliches Werkzeug anzusehen, wenn damit einem Menschen gegen den Kopf getreten wird. Allerdings muss sich die gesteigerte Gefährlichkeit der Verletzungshandlung gerade aus dem Einsatz des Schuhs ergeben.“

strafbar gemacht. Hierzu in Tateinheit (§ 52 I StGB) steht eine mittäterschaftliche Strafbarkeit gem. §§ 252, 250 I Nr. 1 a) Alt. 2, II Nr. 1 Alt. 2 StGB. § 252 StGB geht § 242 StGB wegen Spezialität vor.<sup>82</sup> Dies gilt auch für § 244 StGB im Verhältnis zu den verwirklichten §§ 252, 250 StGB, sofern die den Diebstahl qualifizierenden Umstände auch beim räuberischen Diebstahl noch fortbestehen, wie im vorliegenden Fall das durchgehend bei sich geführte Messer.<sup>83</sup> Nicht verdrängt wird hingegen das Qualifikationsmerkmal des Wohnungseinbruchdiebstahls (§ 244 IV StGB). Aus Klarstellungsgründen besteht insofern Tateinheit (§ 52 StGB) mit § 252 StGB.<sup>84</sup>

Zur Klarstellung wird § 250 I Nr. 1 a) Alt. 2 StGB nicht von § 250 II Nr. 1 Alt. 2 StGB verdrängt, da es sich zum einen um das bei sich geführte Taschenmesser und zum anderen um das verwendete Tablet handelt. Daneben tritt eine mittäterschaftliche Strafbarkeit gem. §§ 223 I, 224 I Nr. 2, Nr. 5 StGB.

Im **zweiten Tatkomplex** hat sich **A** gem. §§ 252, 250 I Nr. 1 a) Alt. 2, II Nr. 1 Alt. 2 StGB strafbar gemacht. Zum Verhältnis im Rahmen des § 250 StGB gilt das zum ersten Tatkomplex Gesagte entsprechend. Tateinheitlich hierzu tritt eine Strafbarkeit gem. §§ 223 I, 224 I Nr. 2 Alt. 2 StGB und gem. § 123 I StGB. **B** hat sich lediglich gem. § 123 I StGB strafbar gemacht.

<sup>82</sup> MüKo StGB/Sander § 252 Rn. 19.

<sup>83</sup> Vgl. NK StGB/Kindhäuser § 252 Rn. 28.

<sup>84</sup> NK StGB/Kindhäuser § 252 Rn. 28.