

## Lösungshinweise zum 3. Besprechungsfall

### 1. Tatkomplex: Der Ausflug

#### **Strafbarkeit des P**

#### I. § 239 Abs. 1

##### 1. Tatbestand

**Def. Freiheit berauben (allgemeine Klausel)** = wenn und solange jemand – sei es auch nur vorübergehend – gehindert wird, seinen Aufenthaltsort frei zu verlassen.

**Def. Einsperren** = Verhinderung des Verlassens eines Raumes durch äußere Vorrichtungen (Lackner/Kühl § 239 Rn. 3). Die Hindernisse müssen aber nicht unüberwindlich sein (Joecks § 239 Rn. 12).

F hätte aus dem fahrenden Auto nicht aussteigen können. Also hatte er keine Möglichkeit, den PKW nach freiem Belieben zu verlassen. F war mithin während der Fahrt in dem PKW eingesperrt. Die Erheblichkeitsschwelle (Reichsgericht: die Dauer eines „Vaterunser“) ist hier auch überschritten worden.

#### **Tatbestandsausschließendes Einverständnis**

Zwar war F zunächst mit der Fahrt bis Darmstadt einverstanden (und die Tatbestandsmäßigkeit ist deshalb ausgeschlossen), aber nicht mit der dann folgenden Richtungsänderung nach Hannover. Mangels Einverständnisses kein Tatbestandsausschluss.

#### **Problem: geschützter Personenkreis**

Fraglich ist, ob F überhaupt taugliches Tatopfer war. F schlief während der gesamten Einsperrung in dem Auto und hatte dementsprechend nicht den Willen, den PKW zu verlassen (zu diesem Problem vgl. Hillenkamp BT 6. Problem).

- **1. Ansicht:** Freiheitsberaubung liegt nur vor, wenn die Einsperrung auch nach dem Aufwachen des Opfers aufrechterhalten wird. Das Opfer muss sich bewusst sein, dass es seinen Aufenthaltsort nicht verlassen kann.

- Sonst bestünde eine Vergleichbarkeit mit den Konstellationen, in denen dem Opfer die körperlichen Fähigkeiten zur Fortbewegung fehlt (Bsp. Säugling). In diesen Fällen wird der Tatbestand verneint.
- Wer den Willen, sich wegzubewegen, nicht haben kann, der kann auch nicht der Fortbewegungsfreiheit beraubt werden.
- **2. Ansicht:** Auch die potenzielle Fortbewegungsfreiheit ist tatbestandlich geschützt.
  - Persönliche Fortbewegungsfreiheit ist ein besonders hochwertiges Rechtsgut, was sich bereits in der Verfassung (Art. 2 II und 104 GG) zeigt. Deshalb weite Auslegung nötig.
  - Kann ein Bewusstloser bestohlen werden, muss er auch eingesperrt werden können.
  - Ein schlafendes Opfer ist besonders wehrlos und schutzbedürftig. Ein Angriff auf die Freiheit eines solchen Opfers ist in erhöhtem Maße verwerflich (so Mitsch JuS 1993, 222, 223).
  - Schlafzeiten können insgesamt schlecht rausgerechnet werden. Vergleiche die sonst praktischen Probleme bei § 239 III Nr. 1: Wie viele Stunden soll die Woche denn haben?
- Nach ersterer Ansicht würde vorliegend keine Freiheitsberaubung gegeben sein, weil mit dem Aufwachen des F dieser auch die Möglichkeit hatte, den PKW zu verlassen. Realistischerweise hätte sein Freund auf Verlangen angehalten und ihn aussteigen lassen. Die Gegenansicht gelangt zu einer Freiheitsberaubung. Folgt man dieser:

2. Rechtswidrigkeit (+)

3. Schuld (+)

**II. § 240** (+), tritt hinter § 239 I zurück.

## **2. Tatkomplex: Der Lippenstift**

### **Strafbarkeit der B**

#### **I. § 242 I**

Indem die B den Lippenstift in ihre Hosentasche steckte, verbrachte sie ihn in eine Gewahrsamsenklave innerhalb der generellen Gewahrsamssphäre des Kaufhausinhabers. Damit liegt eine vollendete Wegnahme vor. Auch die übrigen Voraussetzungen des § 242 I sind gegeben.

#### **II. §§ 242, 244 I Nr. 1 a)**

1. Der Tatbestand verlangt das „Bei-Sich-Führen“ einer Waffe oder eines gefährlichen Werkzeugs. Nach der Definition der Rechtsprechung ist dies zu bejahen, wenn sich das Werkzeug in Griffweite befindet und ohne größeren zeitlichen Aufwand eingesetzt werden kann. Problematisch ist hier die zeitliche Dimension: Die Wegnahme war durch das Einstecken vollendet worden, allerdings noch nicht beendet. Beendigung tritt beim Diebstahl erst mit der endgültigen Beutesicherung ein. B führte also die Nagelfeile nur im Beendigungsstadium bei sich. Ob dies ausreichend ist für die Verwirklichung einer Qualifikation, ist umstritten.

aa) Die Rechtsprechung geht davon aus, dass die Zurechnung eines qualifizierenden Umstandes während des gesamten deliktischen Geschehens, zu dem sie auch die Beendigungsphase rechnet, möglich ist. Danach wäre hier von einem Bei-Sich-Führen auszugehen.

bb) In der Literatur wird diese Auffassung kritisiert. Wegen Art. 103 II GG müsse der Beendigungszeitpunkt durch den Tatbestand selbst legitimiert sein. Die Schaffung einer Beendigungsphase mit für den Täter nachteiligen Folgen wie bei § 242 durch Gewohnheitsrecht sei nicht zulässig. Die Beutesicherung sei eben nicht mehr Wegnahme, und indem die Rechtsprechung diesen Unterschied übergehe, mache sie die Beutesicherung unzulässigerweise zur Ausführungshandlung des Diebstahls. So gelange der gesetzlich fixierte Handlungsunwert zu Gunsten des Erfolgswertes aus dem Blickfeld; zusammenfassend zu den Konsequenzen der Beendigungsphase in verschiedenen Konstellationen Kühl JuS 2002, 729. Speziell für die Eigentumsdelikte lässt sich weiter argumentieren, dass § 252 gerade die Phase zwischen Vollendung und Beendigung des Diebstahls bzw. Raubs erfassen soll. Folgt man trotz der ge-

schilderten Bedenken der Rechtsprechung, ist weiter die Qualität des bei sich geführten Werkzeugs zu prüfen.

2. Ob die Nagelfeile bereits ein gefährliches Werkzeug darstellt, womit sie unter § 244 I Nr. 1 a) fiele, erscheint zweifelhaft. Denn anders als etwa bei einer Schusswaffe rührt deren Gefährlichkeit aus einer zweckwidrigen Verwendung, z.B. dem Stechen in ein Auge des Opfers (zum Problem Wessels/Hillenkamp BT/2 Rn. 342 f. und 260 ff.; Hillenkamp BT 25. Problem; Geppert Jura 1999, 599; Hörnle Jura 1998, 172; Küper JZ 1999, 187).

aa) Die Befürworter einer abstrakten Betrachtungsweise stützen sich auf Gesetzeswortlaut und Systematik. Danach müsse das Werkzeug nach seiner objektiven Beschaffenheit geeignet sein, erhebliche Verletzungen hervorzurufen (BGH NSTZ 2002, 594; OLG Schleswig NSTZ 2004, 212). Nur im Rahmen von Nr. 1 b) komme es auf eine Verwendungsabsicht an. Danach wäre hier ein gefährliches Werkzeug zu bejahen.

bb) In der Literatur wird ergänzend gefordert, einerseits müsse zumindest annähernd die abstrakte Gefährlichkeit der Waffen erreicht werden, andererseits sei eine objektive Zweckbestimmung erforderlich. Dieses Kriterium sei zu bejahen, wenn der Gegenstand aus Sicht eines objektiven Beobachters als zur Verwendung bestimmt erscheint (NK-Kindhäuser § 244 Rn. 14 mwN). Eine Nagelfeile hat weder waffenähnlichen Charakter, noch lag hier nahe, dass sie zur Überwindung geleisteten Widerstands verwendet werden sollte. Danach würde sie als gefährliches Werkzeug i.S.v. Nr. 1 a) ausscheiden.

cc) Ein anderer Ansatz will nur solche Gegenstände als gefährliche Werkzeuge ansehen, die von einem gesetzlichen Verbot erfasst werden (Lesch JA 1999, 36). Dies trifft auf eine Nagelfeile nicht zu.

dd) Weiterhin gibt es eine konkrete Betrachtungsweise, die sich in Anlehnung an die amtliche Begründung ausschließlich an § 224 Abs. 1 Nr. 2 orientiert und dessen Gedanken der konkreten Anwendung im Einzelfall auf das bloße Beisichführen überträgt. Danach müsse es immer eine Verwendungskomponente i.S.e. inneren Verwendungsvorbehaltes geben. Gefährliche Werkzeuge als solche (wie nach der abstrakten und der abstrakt-konkreten Betrachtungsweise) gebe es nicht, oder umgekehrt: Es sei kaum ein Gegenstand denkbar, der nicht geeignet sei, erhebliche Verletzungen zu verursachen. Der Täter müsse dem Mittel die Qualität als gefährliches

Werkzeug durch einen individuellen Widmungsakt erst verleihen (Küper JZ 1999, 187; Rengier § 4 Rn. 24 ff.; Wessels/Hillenkamp BT/2 Rn. 262 b ff.). Diese Zweckbestimmung liege allerdings unter den Anforderungen an die Verwendungsabsicht i.S.v. § 250 II Nr. 1. Nach dieser Ansicht führt der Täter ein gefährliches Werkzeug bei sich, wenn er den mitgeführten Gegenstand bei der Tat – erforderlichenfalls – so verwenden will, dass im Falle des Einsatzes § 224 Abs. 1 Nr. 2 erfüllt wäre. An dieser Betrachtung orientiert sich teilweise auch die Rechtsprechung (BGH NJW 1998, 3130 und 3131; NJW 1999, 2198; StV 1999, 91). Eine solche Zweckbestimmung liegt hier nicht vor. Daher stellt die Nagelfeile kein gefährliches Werkzeug im Sinne von § 244 I Nr. 1 a) dar.

Hinweis: Das Problem stellt sich in gleicher Weise auch bei § 250 I Nr. 1 a).

§ 244 ist nicht einschlägig, daher besteht gemäß § 248 a ein Antragserfordernis wegen der Minderwertigkeit der gestohlenen Sache.

### **3. Tatkomplex: Die Anzeige**

#### **Strafbarkeit des P**

##### **I. § 177 I** (-)

keine Nötigung mit Gewalt, durch Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben oder unter Ausnutzung einer schutzlosen Lage.

##### **II. § 240** (-) mangels Nötigungserfolgs

##### **III. §§ 240, 22**

###### **1. Tatentschluss**

- a) Vorsatz bzgl. Nötigungserfolg (+)
- b) Vorsatz bzgl. Gewalt (-)
- c) Vorsatz bzgl. Drohung?

**Problem:** Stellt es ein In-Aussicht-Stellen eines empfindlichen Übels dar, wenn konkludent angekündigt wird, den Dingen ihren Lauf zu lassen, wenn sich das Opfer nicht fügt? Die Drohung mit einem Unterlassen ist immer dann gleichwertig

zu einer Drohung mit einem positiven Tun, wenn eine Rechtspflicht des Drohenden zur Vornahme der Handlung besteht. Ob aber auch darüber hinaus eine Nötigung angenommen werden kann, ist streitig (vgl. Hillenkamp BT 7. Problem).

- **1. Ansicht:** (-) Ankündigung eines Handelns, zu dem man nicht verpflichtet ist, ist keine Drohung, sondern ein bloßer Hinweis auf eine bereits bestehende Notlage (HansOLG Hamburg NJW 1980, 2592). Die Handlungsoptionen des „Opfers“ werden nur erweitert, folglich ist kein Raum für eine Nötigung.
- **2. Ansicht:** (+) Jede Ankündigung ist eine Drohung, wenn sie sozialwidrig als Druckmittel eingesetzt wird, um den widerstrebenden Willen des Opfers in eine bestimmte Richtung zu lenken (BGHSt 31, 195, 200 f.).

Hinweis: Die aktive Drohung mit einem Unterlassen ist von der Drohung durch Unterlassen (Schweigen) zu unterscheiden, denn bei letzterer ist eine Garantstellung erforderlich.

2. Unmittelbares Ansetzen: (+) beim Aussprechen der (konkludenten) Drohung.

### 3. Rechtswidrigkeit

a) allg. Rechtfertigungsgründe (-)

b) Verwerflichkeit?

Nach BGH (-), wenn nur der Handlungsspielraum des Opfers erweitert und dessen Autonomie nicht in strafwürdiger Weise angetastet wird (kritisch hierzu Wessels/Hettinger, BT/1 Rn. 407 ff., die dies bereits im Tatbestand berücksichtigen wollen); hier: Verwerflichkeit (+), weil heterogene Lebensvorgänge in einen nötigenden Zusammenhang gebracht werden und ein Standhalten des Opfers für dieses mit erheblichen Rechtsgutsbeeinträchtigungen verbunden ist.

### 4. Schuld (+)

### 5. Regelbeispiel

Hier kommt ein besonders schwerer Fall der versuchten Nötigung nach § 240 IV S. 2

Nr. 1 in Betracht. Nach h.M. sind die Regelbeispiele auch auf versuchte Delikte anwendbar. Problematisch ist hier aber, dass es zur von P angestrebten sexuellen Handlung nicht mehr gekommen ist. Das Regelbeispiel ist also nicht vollständig erfüllt, m.a.W. im „Versuch“ (im untechnischen Sinne) stecken geblieben. Es ist umstritten, ob dennoch das Vorliegen eines besonders schweren Falls indiziert ist.

- Der BGH (BGHSt 33, 370) hat in einer Entscheidung zu § 243 die Indizwirkung des Regelbeispiels bejaht, obwohl es (bei versuchtem Diebstahl) nur „versucht“ worden war. Er stützt sich dabei auf die Ähnlichkeit von Regelbeispielen und tatbestandlich ausgestalteten Qualifikationen.
- In der Literatur wird diese Auffassung kritisiert. § 22 lasse schon seinem Wortlaut nach einen Versuch nur bei Tatbeständen zu, nicht bei Regelbeispielen. Außerdem könne das „versuchte“ Regelbeispiel nicht mit dem voll verwirklichten Regelbeispiel gleichgesetzt werden, so dass die Indizwirkung nicht gerechtfertigt sei. Schließlich bleibe dem Richter noch die Möglichkeit eines unbenannten besonders schweren Falls, was eine auch im Ergebnis befriedigende Lösung aller Fallkonstellationen ermögliche.

Zu diesem Problemkreis am Beispiel der §§ 242, 243 Rengier BT I § 3 Rn. 28 ff.