



DIE STRUKTUREN DES STRAFRECHTS

HARALD LANGELS
STRAFRECHT BT 3
STRAFTATEN GEGEN
EIGENTUMS- UND VERMÖGENSWERTE

1. TEILBAND

EINE NACH STRUKTURELEMENTEN
GEORDNETE DARSTELLUNG DES
EXAMENSRELEVANTEN STRAFRECHTS

6. ÜBERARBEITETE UND ERWEITERTE AUFLAGE

ABELS & LANGELS

HARALD LANGELS

STRAFRECHT BT 3

**STRAFRATEN GEGEN
EIGENTUMS- UND VERMÖGENSWERTE**

1. TEILBAND

Eine nach Strukturelementen geordnete
Darstellung des examensrelevanten Strafrechts

**6. überarbeitete und
erweiterte Auflage**

© Harald Langels

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Autors unzulässig und strafbar. Dies gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

www.al-online.de

Vorwort zur 1. Auflage

Dieses Buch ist Teil einer Schriftenreihe, die auf der Basis meiner langjährigen Tätigkeit als Repetitor in Berlin, Bochum, Bonn, Hamburg, Kiel, Köln, München, Münster und Tübingen entstanden ist. Diese Schriftenreihe löst dabei einen Zielkonflikt, der im Rahmen der juristischen Ausbildung entstanden ist: Einerseits soll die Stoffmenge überschaubar sein, andererseits soll der gesamte examensrelevante Prüfungstoff transparent dargestellt werden.

Um dieses Ziel zu erreichen, unterscheidet sich die Art der Darstellung von anderen Lehrbüchern und Skripten: Basierend auf der Methodik des strukturellen Lernens bleibt durch konsequente Datenreduktion auf Kosten nicht endend wollender Meinungsstreitigkeiten die Stoffmenge überschaubar, ohne das Detailwissen zu vernachlässigen, das für das Erreichen eines Prädikatsexamens unerlässlich ist. Dabei werden die Strukturen durch Beispiele erläutert, ohne die Sicht auf die examensrelevanten Probleme durch eine Unzahl von Fällen und Fallabwandlungen zu verstellen, da sich nach meiner Erfahrung das ausschließliche „Lernen am Fall“ als Trugschluss erweist: Es provoziert nur die im Examen von Prüfern äußerst negativ bewertete Suche nach einem ähnlich „gelernten“ Fall. Da es aber keinen „numerus clausus“ von Examensklausuren gibt, besteht Ihre Aufgabe und Chance darin, die innere Struktur des Falles zu erkennen und diesen einer angesichts von grundlegenden Wertentscheidungen des Straf- und Zivilrechts vertretbaren Lösung zuzuführen. Sollten Sie darüber hinaus noch in der Lage sein, das so gefundene Ergebnis von einem anderen dogmatischen Fundament aus zu hinterfragen, wird Ihnen ein Prädikatsexamen sicher sein.

Ein besonderer Synergie-Effekt besteht dabei innerhalb der Examensvorbereitungen in der Verknüpfung der Lehrbücher mit der jeweiligen Lerneinheit unserer Kurse, da beide der Methodik des Strukturdenkens folgen. Die Lehrbücher ermöglichen eine optimale Vor- bzw. Nachbereitung der Lerneinheiten; diese wiederholen noch einmal die Strukturelemente, die anschließend zur Verbesserung der Klausurstrategie auf examenstypische Problemstellungen angewandt werden; auch die zahlreichen Tests und Examensklausuren innerhalb unseres Kursangebotes sind auf dieser Methodik aufgebaut. Andererseits habe ich mich bemüht, die Verweise auf die jeweilige Kursmitschrift so gering als möglich zu halten, um auch außerhalb bzw. im Vorfeld der Kursteilnahme eine stringente Examensvorbereitung zu ermöglichen.

Informationen zum didaktischen Konzept unserer Kurse, die jeweils im April bzw. Oktober eines Jahres beginnen, würden hier den Rahmen sprengen, können aber im jeweiligen kursbetreuenden Büro bzw. für die Kursstädte Hamburg, Berlin, Köln, Bonn, Bochum, Bielefeld, Münster und Osnabrück unter folgender Adresse erfragt werden:

ABELS & LANGELS, Basteistraße 28 b, 53173 Bonn, Tel.: 0228 95 63 403 (9 – 13 Uhr).

Konzept und Inhalt unserer Kurse sind auch auf unserer Homepage unter www.al-online.de ausführlich beschrieben. Dort finden Sie ferner als kostenlosen „Download“ Leseproben zu all unseren Skripten sowie Muster von Klausuren und Lerneinheiten unserer Kurse.

Bonn, im August 1994

Harald Langels

Vorwort zur 6. Auflage

Die 6. Auflage bringt mein Lehrbuch auf den Stand von Oktober 2017.

Ich möchte mich an dieser Stelle für die freundliche Aufnahme der früheren Auflagen sowie die konstruktiven Hinweise meiner Leser bedanken, die allesamt reflektiert und zu einem großen Teil berücksichtigt wurden.

Sollten wir uns im Rahmen unserer Kurse nicht persönlich kennenlernen, so wünsche ich Ihnen jetzt bereits viel Spaß beim Lesen und viel Erfolg im Staatsexamen.

Bonn, im Oktober 2017

Harald Langels

A. Tatbestand

Der Tatbestand beschreibt strafbares Verhalten anhand von abstrakten Tatbestandsmerkmalen. Der Tatbestand hat 3 Funktionen: Auslesefunktion – Garantiefunktion (nulum crimen sine lege) – Generalprävention.

I. Objektiver Tatbestand

1) Objektive Tatbestandsmerkmale

- a) **Deskriptive Tatbestandsmerkmale** sind aus sich selbst heraus verständlich, so dass der Täter sein Verhalten auch ohne rechtliche Wertung unter diese Merkmale subsumieren kann (z.B. Mensch, Sache).
- b) **Normative Tatbestandsmerkmale** mache eine zumindest laienhafte rechtliche Wertung (=Parallelwertung in der Laiensphäre) erforderlich (z.B. Urkunde, fremd).

AL – Klausurtyp: Die Unterscheidung zwischen deskriptiven und normativen Tatbestandsmerkmalen ist in Ihrer Klausur nur dann erforderlich, wenn der Täter vorgibt, er habe sich i.S.d. § 16 I 1 über ein Tatbestandsmerkmal geirrt:
 - Bei deskriptiven Tatbestandsmerkmalen kann ein Irrtum nur auf fehlender sinnlicher Wahrnehmung beruhen
 - Bei normativen Tatbestandsmerkmalen kann ein Irrtum sowohl auf fehlender sinnlicher als auch auf einer fehlenden rechtlichen Bewertung beruhen.

2) Bei Erfolgselementen: Objektive Zurechnung des Erfolgs

a) Kausalität i.S.d. „conditio sine qua non“ – Formel

P1: Alternative Kausalität: Wollen 2 Nebenäter unabhängig voneinander denselben Tatbestand bei einem identischen Opfer verwirklichen, so sind beide kausal, wenn beide Tatmittel gleichzeitig wirken: Können beide Verhaltensweisen alternativ, aber nicht kumulativ hinweggedacht werden, so ist jedes Verhalten für sich betrachtet kausal.

P2: Kumulative Kausalität: Wenn die Beiträge eines jeden Nebenäters nicht jeweils für sich, sondern erst in ihrer Gesamtheit ursächlich, so sind beide kausal.

P3: Hinzudenken hypothetischer Reserveursachen: Hat ein Täter einen Erfolg verursacht, so erfüllt seine Kausalität nicht dadurch, dass der Erfolg kurze Zeit später auch durch einen anderen Umständen eingetreten wäre.

P4: Atypische Kausalverläufe: Atypische Kausalverläufe ändern nichts an der Kausalität, können aber die Zurechnung des Erfolgs entfallen lassen.

P5: Überholende Kausalität: Wird die Ursachensette des einen Täters durch das Verhalten eines anderen dazwischen unterbrochen, dass die Handlung des Ersttätlers nicht mehr bis zum Erfolg fortwirkt, so ist nur der Zweitäter ursächlich.

b) Die objektive Zurechnung des Erfolgs

Nicht jeder, der durch sein Verhalten den tatbestandsmäßigen Erfolg verursacht hat, hat dadurch bereits den objektiven Tatbestand verwirklicht. Nach bejahter Kausalität stellt sich die Frage, ob man dem „Täter“ den Erfolg als sein Werk objektiv zurechnen kann.

Diese Zurechnung erfolgt unter 4 Voraussetzungen:

- aa) Der Täter hat ein vorwerfbares Risiko geschaffen.
- bb) Dieses Risiko hat sich im Erfolgsereignis realisiert.
- cc) Kontrollfrage: Hat sich das Risiko des Erfolgsereignisses durch dieses Täterverhalten in messbarer Weise erhöht?
 Der Schutzzweck der Norm als Ergebnis korrektur.
- dd) Keine anderweitige Zuordnung von Verantwortlichkeit (problematisch bei der Verletzung von Rettungswilligen oder Verfolgten bzw. bei ärztlichen Kunstfehlern)

II. Subjektiver Tatbestand

1) Der Vorsatz = Wissen und Wollen der Tatbestandsverwirklichung

a) Dolus directus 1. Grades:

- aa) Wissen: Es genügt, dass der Täter den Erfolgsbeitrag für möglich hält
- bb) Wollen: Der Täter strebt den Erfolg zurecht an (er handelt „um zu“).

b) Dolus directus 2. Grades:

- aa) Wissen: Der Täter geht als nahezu sicher davon aus, dass sein Verhalten zum Erfolg führen wird.
- bb) Wollen: Der Wille spielt keine Rolle, so dass der Täter auch dann mit dolus directus 2. Grades handelt, wenn ihm ein Erfolgsergebnis unwirksam sein sollte.

c) Dolus eventualis:

- aa) Wissen (h.M.): Es genügt, wenn der Täter den Erfolgsbeitrag für möglich hält.
- bb) Wollen (h.M.): Der Täter muss den Erfolg – zumindest im Rechtsinne – billigen. Dies ist der Fall, wenn er sich mit dem Erfolgsbeitrag um das erstrebte Ziel willen abfindet oder wenn er etwas derart Gefährliches tut, dass er angesichts der von ihm erkannten Gefahr nicht auf einen glücklichen Ausgang vertrauen darf. Dies gilt insbesondere, wenn der Täter den Erfolgsbeitrag nicht steuern kann.

AL – Klausurtyp: Da es aber auch eine bewusste Fahrlässigkeit gibt, dürfen Sie vom „Für-möglich-Halten“ des Erfolgsbeitrags nicht auf das „Billigen“ schließen!

2) Besondere Absichten / Beweggründe (z.B. Zueignungsabsicht, Bereicherungsabsicht, zur Täuschung im Rechtsverkehr)

- **Dolus directus 1. Grades** ist erforderlich, wenn die Absicht den Deliktstyp bestimmt (z.B. § 242, 249 / Zueignungsabsicht; § 253, 255 / Bereicherungsabsicht).
- **Dolus directus 2. Grades** genügt, wenn der Deliktstyp durch die tatbestandsmäßige Rechtsverletzung charakterisiert wird (z.B. § 267 / zur Täuschung im Rechtsverkehr)
- Nur der angestrebte Erfolg, nicht aber die Begleitumstände müssen beabsichtigt sein.
- Die Absicht kann auf einen Umstand gerichtet sein, der aus Sicht des Täters ein bloßes Zwischenziel auf dem Weg zu einem anderen Erfolg ist.
- Eine Absicht liegt auch dann vor, wenn der Täter mehrere Ziele verfolgt.

III. Objektive Bedingungen der Strafbarkeit

In Ausnahmefällen wird der tatbestandsmäßig handelnde Täter aus kriminalpolitischen Gründen nur dann bestraft, wenn eine objektive Bedingung eintritt. Auf diesen Bedingungsbeitrag muss sich der Tätervorsatz jedoch nicht beziehen.

- 1) Auch eine Kausalität des Täterverhaltens für den Bedingungsbeitrag ist nicht erforderlich.
- 2) **§ 113 III 1:** Rechtmäßigkeit der Diensthandlung
- 3) **§ 186:** Nichterweislichkeit der behaupteten bzw. vertretenen Tatsache
- 4) **§ 231 I:** Eintritt einer schweren Folge bei der Beteiligung an einer Schlägerei
- 5) **§ 323 a:** Rauschtat

B. Die Rechtswidrigkeit

Der Tatbestand beschreibt strafbares Verhalten und liefert eine widerlegbare Vermutung dafür, dass der Täter auch rechtswidrig gehandelt hat: „Die Tatbestandsmäßigkeit indiziert die Rechtswidrigkeit“. Diese Indizwirkung gilt jedoch nicht bei den offenen Tatbeständen der §§ 240, 253, bei denen Sie die Rechtswidrigkeit positiv feststellen müssen. Zudem können Rechtfertigungsgründe die Vermutung der Rechtswidrigkeit widerlegen.

I. Allgemeine Rechtfertigungsgründe

Bedingt durch die Einheit der Rechtsordnung finden wir Rechtfertigungsgründe nicht nur im StGB, sondern auch im BGB, der ZPO, der InfO, der StPO etc. Hier die Wichtigsten:

- 1) **StGB:** §§ 32; 34; 193; 218 a II, III
- 2) **BGB:** (u.a.) §§ 228; 229; 561 I; 859; 904, 1
- 3) **StPO:** (u.a.) §§ 81 a – e; 94 ff.; 100 a ff.; 102 ff.; 119 a ff.; 112 ff.; 147 I, II; 147 D; 163 ff.; 164
- 4) **Ungeschriebene Rechtfertigungsgründe:** Einwilligung, mutmaßliche Einwilligung, weiches Interesse

II. Offene Tatbestände (§§ 240 II; 253 II): Verwerflichkeit der Zweck-Mittel-Relation

- 1) Verwerflichkeit des Zwecks (isoliert betrachtet)
 - 2) Verwerflichkeit des Mittels (isoliert betrachtet)
 - 3) Verwerflichkeit der Relation zwischen Zweck und Mittel bei fehlendem inneren Zusammenhang (Inkompatibilität)
- AL** – Klausurtyp: Prüfen Sie zunächst, ob Rechtfertigungsgründe vorliegen! Sind Nötigung / einfache Erpressung bereits durch einen Rechtfertigungsgrund gedeckt, so können sie nicht verwerflich i.S.d. §§ 240 II, 253 II sein!

C. Schuld

Tatbestand und Rechtswidrigkeit bilden das Unrecht, also die objektiv-generelle Feststellung, dass der Täter so nicht handeln durfte. Schuld ist der persönliche Vorwurf der Tat in Anbetracht der persönlichen Möglichkeiten: Dem Täter wird vorgeworfen, dass er unrecht getan hat, obwohl er sich für das Recht hätte entscheiden können. Dieser persönliche Vorwurf erfolgt unter 3 Voraussetzungen:

I. Die Schuldfähigkeit

- 1) **§ 19 StGB:** Bis zum 14. Lebensjahr ist der Täter schuldunfähig.
- 2) **§ 3 JGG:** Bei einer Tatbegehung zwischen dem 14. und dem 18. Lebensjahr muss die für die Schuldfähigkeit erforderliche geistige und sittliche Reife im Einzelfall festgestellt werden.
- 3) **§ 105 I JGG:** Zwischen dem 18. und dem 21. Lebensjahr gelten zwar die Tatbestände des StGB, aber die Sanktionen des JGG, wenn der Täter von seiner Verstandesreife her noch einem Jugendlichen entspricht oder wenn es sich um eine typische „Jugendstunde“ handelt.
- 4) **§ 20 StGB:** Schuldfähigkeit wegen fehlender Einsichts- bzw. Steuerungsfähigkeit.
 Problem: Vorverlagerung der Strafbarkeit (=actio libera in causa), wenn sich der Täter vorsätzlich oder fahrlässig in einen Zustand versetzt, in dem ihm die Tat zur Zeit ihrer Begehung nicht vorgeworfen werden kann.

II. Das Unrechtsbewusstsein

Der Täter handelt gemäß § 17, I ohne Schuld, wenn er bei der Begehung der Tat nicht wusste, dass ein derartiges Verhalten verboten ist, sofern dieser Verbotsirrtum unvermeidbar war.

III. Das Fehlen von Entschuldigungsgründen

- 1) **§ 33:** Intensiver Notwehrzweck: Der Täter hat die Grenzen der Notwehr aus Furcht, Verwirrung oder Schrecken überschritten.
- 2) **§ 35:** Entschuldigender Notstand: Der Täter hat eine rechtswidrige Tat begangen, um eine nicht anders abwendbare Gefahr für sich oder eine ihm nahestehende Person abzuwenden. Wegen dieser Konfliktlage konnte ihm normgemäßes Verhalten nicht zugerechnet werden.
- 3) **Übergesetzlicher entschuldigender Notstand**
- 4) **§§ 5 I WStG, 56 II 3 BStG:** Der Täter hat aufgrund eines für ihn verbindlich gehaltenen rechtswidrigen Befehls gehandelt.

D. Strafausschließungsgründe

Sie führen von vornherein zur Straflosigkeit und müssen bereits bei der Begehung der Tat vorliegen.

- §§ 36; 37; 218 IV 2; 218 a IV 1; 218 b I 3; 218 c II; 257 III 1; 258 V, VI

E. Strafaufhebungsgründe

Sie lassen die bereits entstandene Strafbarkeit des Täters rückwirkend entfallen.

- §§ 24; 31; 158; 163 II; 306 e II; 314 a III; 320 III

F. Strafzumessungsregeln

I. AT: §§ 13 II; 17, 2; 21; 23 II, III; 27 II 2; 28 I; 30 I 2; 35 I 2; 35 II 2

II. BT:

- 1) **Strafmilderungen des BT:** §§ 142 IV; 154 II; 157; 158; 225 IV; 226 III; 239 V; 249 II; 250 III; 306 II; 306 a III; 306 e I
 - 2) **Strafschärfungen des BT:** §§ 243 I; 263 III; 266 II; 267 III; 268 V
- AL** – Klausurtyp: Nehmen Sie in Ihrer Klausur zu den Strafzumessungsregeln nur dann Stellung, wenn es sich um obligatorische Strafzumessungsregeln handelt (z.B. §§ 27 II 2; 28 I; 30 I 2) oder wenn Sie deren Vorliegen anhand des Sachverhalts sicher beurteilen können (z.B. §§ 243 I; 263 III; 267 III)

G. Strafverfolgungsvoraussetzungen und -hindernisse

AL – Klausurtyp: Das Fehlen einer Strafverfolgungsvoraussetzung oder die Existenz eines Strafverfolgungshindernisses ändern in Ihrer Klausur nichts an der Strafbarkeit der Täter. Nur der staatliche Strafanspruch kann nicht durchgesetzt werden!

I. Strafverfolgungsvoraussetzungen

- 1) **§ 77:** Strafantrag bei Antragsdelikten
- 2) **§ 194 IV:** Ermächtigung der beleidigten politischen Körperschaft
- 3) **Art. 46 II GG:** Genehmigung des Bundestags bei Immunität des Täters

II. Strafverfolgungshindernisse

- 1) **§ 78 StGB:** Verjährung
- 2) **§§ 18 – 20 VG:** Exterritorialität des Täters
- 3) **Art. 46 II GG:** Immunität eines Abgeordneten

Inhaltsverzeichnis

Straftaten gegen Eigentums- und Vermögenswerte - 1. Teilband	1
1. Teil: Diebstahl und Unterschlagung: §§ 242 - 248 c	3
§ 1 Der Diebstahl gemäß § 242	4
Vorbemerkung	4
1) Das geschützte Rechtsgut	4
2) Die Struktur des § 242	4
I. Das Tatobjekt	6
1) Die Sachqualität	6
2) Die Beweglichkeit der Sache	6
3) Die Fremdheit der Sache	6
II. Die Tathandlung	8
1) Der Begriff des Gewahrsams	8
Problem 1: Gewahrsam an verlorenen / vergessenen Gegenständen	8
Problem 2: Die Gewahrsamslockerung / Trickdiebstahl	9
Problem 3: Das Verhältnis von "Besitz" und "Gewahrsam"	9
2) Die Fremdheit des Gewahrsams	11
3) Der Gewahrsamsbruch	12
4) Die Begründung neuen Gewahrsams	14
III. Der subjektive Tatbestand des Diebstahls	16
1) Der Vorsatz	16
2) Die Zueignungsabsicht	16
3) Der Gegenstand der beabsichtigten Zueignung	19
4) Training / Problemfälle zur Zueignungsabsicht	21
5) Die Rechtswidrigkeit der beabsichtigten Zueignung	23
§ 2 Der besonders schwere Fall des Diebstahls nach § 243	26
Vorbemerkung	26
1) "Regel"	26
2) "Beispiel"	26
3) Annäherung an Tatbestandsmerkmale	27
I. Die Struktur des Diebstahls in einem besonders schweren Fall	27
II. Die einzelnen Regelbeispiele	28
1) Der Einbruchdiebstahl	28
2) Das verschlossene Behältnis	30
3) Der gewerbsmäßige Diebstahl	31
4) Der Kirchendiebstahl	31
5) Der gemeinschädliche Diebstahl	31
6) Ausnutzen der Hilflosigkeit oder eines Unglücksfalles	31
7) Der Schusswaffen- und Sprengstoffdiebstahl	32
III. Der Ausschlussgrund des § 243 II	32
1) Das Objekt der Geringwertigkeit	32
2) Qualitative Bewertung	32

§ 3 Der Qualifikationstatbestand des § 244	34
Vorbemerkung	34
I. Der Diebstahl mit Waffen gemäß § 244 I Nr. 1 a	34
1) Das Tatobjekt	34
2) Die Tathandlung	35
3) Subjektiver Tatbestand	35
Problem 1: Ist der stehlende Dienstwaffenträger ein Dieb mit Waffen?	35
Problem 2: Taschenmesser als gefährliches Werkzeug	36
II. § 244 I Nr. 1 b	37
1) Die Tatmittel	37
2) Der subjektive Tatbestand	38
III. Der Bandendiebstahl	38
IV. Der Wohnungseinbruchsdiebstahl des § 244 I Nr. 3	42
V. Der Wohnungseinbruchsdiebstahl des § 244 IV	42
VI. Der schwere Bandendiebstahl	42
VII. Konkurrenzen	43
§ 4 Die Unterschlagung gemäß § 246	44
Vorbemerkung: Das Wesen der Unterschlagung	44
I. Die Struktur der Unterschlagung	45
II. Detailfragen zur Unterschlagung	46
1) Das Tatobjekt der Unterschlagung	46
2) Die Tathandlung der Unterschlagung	46
III. Die veruntreuende Unterschlagung	50
§ 5 Privilegierungen des Diebstahls und der Unterschlagung: §§ 247, 248 a	51
Vorbemerkung	51
I. Der Haus- und Familiendiebstahl	51
II. Diebstahl und Unterschlagung geringwertiger Sachen	51
§ 6 Der unbefugte Gebrauch eines Kraftfahrzeugs gemäß § 248 b	52
I. Objektiver Tatbestand	52
II. Subjektiver Tatbestand	52
III. Konkurrenzen	52
2. Teil: Raub und Erpressung: §§ 249 - 255	53
Vorbemerkung	53
I. Die Nötigungsmittel	53
1) Die Gewalt	53
2) Die Drohung	58
3) Die Struktur der §§ 249 - 255	59
II. Das Verhältnis von Raub und räuberischer Erpressung	60
III. Training	63
§ 7 Der Raub gemäß § 249	68
Vorbemerkung	68
I. Der Tatbestand des Raubes	68
1) Das Tatobjekt	68
2) Das qualifizierte Nötigungsmittel	68
3) Die Wegnahme	71

II. Sonderfragen des Raubes	71
1) Zusammenhang zwischen Nötigungsmittel und Wegnahme	71
2) Ausnutzung der Nötigungslage	73
3) Die täterschaftliche Beteiligung am Raub	74
4) Versuch und Vollendung des Raubes	74
5) Konkurrenzverhältnisse	75
§ 8 Die Qualifikationen des Raubes gemäß den §§ 250, 251.....	76
I. Der schwere Raub gemäß § 250 I.....	76
1) § 250 I Nr. 1 a	76
2) § 250 I Nr. 1 b	77
3) § 250 I Nr. 1 c	78
4) § 250 I Nr. 2	80
II. Der schwere Raub gemäß § 250 II.....	80
1) § 250 II Nr. 1.....	80
2) § 250 II Nr. 2.....	81
3) § 250 II Nr. 3 a.....	81
4) § 250 II Nr. 3 b.....	82
III. Der Raub mit Todesfolge gemäß § 251	82
1) Die Struktur des § 251	82
2) Sonderfragen des Raubes mit Todesfolge	84
§ 9 Der räuberische Diebstahl gemäß § 252.....	85
I. Die Struktur.....	85
II. Detailfragen	87
1) Tauglicher Täter.....	87
2) Der Raub als Vortat	88
§ 10 Erpressung und räuberische Erpressung gemäß den §§ 253, 255	89
Vorbemerkung	89
I. Die Struktur.....	89
II. Die räuberische Erpressung	93
§ 11 Der räuberische Angriff auf Kraftfahrer gemäß § 316 a	94
Vorbemerkung	94
I. Die Struktur.....	94
II. Detailfragen	97
1) Täterkreis	97
2) Versuch und Vollendung	97
3) Erfolgsqualifikation	97
4) Konkurrenzen.....	97
§ 12 Der erpresserische Menschenraub gemäß § 239 a	98
I. § 239 a I, 1. Alt.	98
1) Das Entführungsoffer	98
2) Der Genötigte.....	98
3) Die Tathandlung	98
II. § 239 a I, 2. Alt.	99
III. § 239 a III: Erpresserischer Menschenraub mit Todesfolge	100
IV. Die fakultative Strafmilderung	100

3. Teil: Begünstigung und Hehlerei: §§ 257 - 261	101
§ 13 Die Begünstigung gemäß § 257	102
I. Die Struktur der Begünstigung	102
II. Detailfragen	102
1) Die Vortat	102
2) Die Tathandlung	103
Problem: Die Abgrenzung Beihilfe / Begünstigung.....	104
3) Der subjektive Tatbestand	105
4) Die Beteiligung an der Vortat	106
5) Konkurrenzen	106
§ 14 Die Hehlerei des § 259.....	107
Vorbemerkung	107
I. Die Struktur der Hehlerei	107
II. Detailfragen zur Hehlerei	108
1) Die Vortat	108
2) Das Tatobjekt	108
Problem: Die Ersatzhehlerei.....	109
3) Die Tathandlungen der Hehlerei	111
Problem 1: Setzt "Absetzen" und "Absatzhilfe" einen "Absatzerfolg" voraus?....	115
Problem 2: Das zeitliche Verhältnis der Hehlerei zur Vortat.....	116
4) Der subjektive Tatbestand der Hehlerei	118
5) Die Qualifikationen der Hehlerei	119
§ 15 Geldwäsche gemäß § 261.....	120
Index	121

Straftaten gegen Eigentums- und Vermögenswerte - 1. Teilband

Prolog

Um das System der Eigentums- und Vermögensdelikte besser zu verstehen, wollen wir zunächst einmal das Verhältnis dieser Delikte zueinander analysieren. Sie haben bisher **Vermögen** als **Summe aller geldwerten Rechtspositionen** definiert, so dass das Vermögen im Verhältnis zum Eigentum der Oberbegriff ist und die Eigentumsdelikte daher als Unterfall der Vermögensdelikte erscheinen. Dennoch bestehen sowohl inhaltliche als auch terminologische Unterschiede. Eigentumsdelikte gehen von der zivilrechtlichen Definition des Eigentums in § 903 BGB aus, während der Begriff des Vermögens gesetzlich nicht definiert ist, sondern als wirtschaftlicher Begriff durch eine rechtliche Wertung ermittelt werden muss. Dies führt zu einer Fülle von Detailproblemen und Theorien, die sich um den Vermögensbegriff ranken.

1) Eigentumsdelikte

Eigentum ist nach der gesetzlichen Definition des § 903 BGB die rechtliche Befugnis, mit der Sache nach Belieben zu verfahren und Dritte von der Benutzung der Sache auszuschließen. Der Wert der Sache spielt keine Rolle: Geschützt wird ausschließlich vor der **Beeinträchtigung der freien Verfügungsmöglichkeit**. Dies hat **2 Konsequenzen**:

- a) **Zum einen ist Diebstahl auch an Gegenständen möglich, die wirtschaftlich betrachtet wertlos sind** und bei denen der Gewahrsamsverlust zu keinem Vermögensschaden für den Eigentümer führt.

Beispiel: Der Täter entwendet ein Erinnerungsphoto, das keinen wirtschaftlichen Wert darstellt.

- b) **Auf der anderen Seite kommt es bei den Eigentumsdelikten nicht darauf an, dass sich der Täter auf Kosten des Opfers einen Vermögensvorteil verschaffen will.** So setzt der Diebstahl lediglich eine *Zueignungsabsicht*, aber keine *Bereicherungsabsicht* voraus. Daraus folgt, dass auch der Täter einen Diebstahl begeht, der den eingetretenen Vermögensschaden anderweitig ausgleicht (Schönke-Schröder-Eser Rz. 4 vor § 242).

Beispiel: Auch auf das inständige Bitten des passionierten Kunstsammlers K hin ist der Eigentümer E nicht bereit, eine wertvolle Graphik zu verkaufen. In Abwesenheit des E dringt K in dessen Haus ein, nimmt das Bild von der Wand und hinterlässt den Gegenwert des Bildes in Geld. Obwohl K dem E per saldo keinen Vermögensschaden zugefügt hat, ist er ein Dieb. Eigentum ist eben auch die Befugnis, eine Verfügung *nicht* zu treffen.

Eigentum schützt aber nicht nur das rechtliche *Dürfen*, sondern auch das faktische *Können*: Obwohl der Eigentümer gestohlener Ware auch nach der Wegnahme Eigentümer bleibt und sein Eigentum auch bei einer Weiterveräußerung der Sache an gutgläubige Dritte wegen § 935 I BGB nicht verlieren wird, liegt ein Diebstahl vor.

Das Eigentum als absolutes Recht ist gegen nahezu jede Angriffsart geschützt:

- Will der Täter wie ein Eigentümer mit der Sache verfahren und sie unter dauerndem Ausschluss des Berechtigten wirtschaftlich nutzen, so liegt ein **Zueignungsdelikt** vor (z.B. §§ 242, 246).
- Will der Täter dem Berechtigten die Sache nach einer kurzfristigen Benutzung ohne Wertverlust zurückgeben, so handelt es sich um eine **Gebrauchsanmaßung**, die nur in Ausnahmefällen (§§ 248 b, 290) strafbar ist.
- Ausschließlich destruktiv handelt der Täter bei der **Sachentziehung**, wenn er sich die Sache nicht wirtschaftlich zunutze machen, sondern den Berechtigten nur aus dessen Herrschaftsposition verdrängen will.

Beispiel: Tierschützer entlassen die einem Pharmakonzern gehörenden Tiere in die Freiheit, um diese vor ihnen drohenden Tierversuchen zu bewahren. Hier liegt eine straflose Sachentziehung vor.

Gegenbeispiel: Der Täter lässt einen Vogel fliegen, der in freier Wildbahn nicht überleben kann. Dies ist keine straflose *Sachentziehung*, sondern eine strafbare *Sachbeschädigung*, da der Eigentümer dadurch auch um seine formale Eigentümerposition gebracht wird.

2) Vermögensdelikte

Sie schützen das Vermögen als Ganzes, als **Summe aller geldwerten Güter und Positionen**. Das Vermögen wird also nicht in seiner *konkreten Zusammensetzung*, sondern nur in seiner *Summe* geschützt. Nicht geschützt ist die Befugnis zur freien Verfügung über diese Vermögenswerte. Diese Befugnis ist als Teil der Willensfreiheit nur durch § 240 geschützt.

Als Erfolgsdelikte sind Vermögensdelikte nur verwirklicht, wenn ein messbarer **Vermögensschaden** eingetreten ist. Wird dem Berechtigten eine wirtschaftlich wertlose Position entzogen, die nicht zu seinem Vermögen zählt (weil sie ja nichts wert ist!), so liegt kein Vermögensdelikt vor. Ein Vermögensdelikt scheidet ebenfalls aus, wenn der Vermögensverlust im Hinblick auf eine Position durch eine gleichwertige Gegenleistung wieder ausgeglichen wird.

Ein **Beispiel** von Arzt (LH 3, 4) soll dies verdeutlichen: Angetrunkene Gäste zwingen den Wirt einer Gaststätte gewaltsam, ihnen gegen Bezahlung auch nach der Sperrstunde weiterhin Getränke auszuschenken. Eine räuberische Erpressung gemäß den §§ 253, 255 als Vermögensdelikt kommt nicht in Betracht, weil der Wirt infolge der Bezahlung keinen Vermögensschaden erleidet; insofern bleibt nur eine Strafbarkeit nach § 240 und § 123, 2. Alt..

Wollen die Gäste noch eine Flasche Schnaps mit auf den Heimweg nehmen, die ihnen der Wirt aber nicht verkaufen will, so liegt ein Raub vor, wenn sie ihn wegstoßen, die Flasche ergreifen und das Geld auf den Tresen legen. Raub ist kein *Vermögensdelikt*, sondern ein *Eigentumsdelikt*, das vom Eintritt eines Vermögensschadens unabhängig ist. Das Recht Eigentum schützt eben auch das Recht, diese Flasche nicht verkaufen zu wollen.

Trotz dieser an sich klaren Trennung von Eigentumsdelikten (geschützt ist die formale Position) und Vermögensdelikten (geschützt ist die Summe aller vermögenswerten Güter) lassen sich 2 gegenläufige Tendenzen erkennen, die den Gegensatz relativieren:

- Zum einen wird auch bei den Vermögensdelikten der Bestandsschutz dadurch anerkannt, dass bei der Ermittlung des Schadens im Rahmen der Gleichwertigkeit von Leistung und Gegenleistung individuelle Umstände in der Person des Opfers (Lehre vom objektiv-individuellen Schadensbegriff, Lehre von der Zweckverfehlung) berücksichtigt werden.
- Zum anderen wird der Bestandsschutz der Eigentumsdelikte relativiert, wenn ein Diebstahl bei einem fälligen durchsetzbaren Anspruch auf die konkrete weggenommene Sache ausscheiden soll (es fehlt an der Rechtswidrigkeit der beabsichtigten Zueignung) oder wenn der Eigentümer kein schützenswertes Interesse am konkreten Bestand hat (= weichendes Interesse als ungeschriebener Rechtfertigungsgrund).

Beispiel: Der Täter wechselt in einer fremden Kasse eigenmächtig Geld. Dieses Verhalten fällt nicht mehr unter den Schutzzweck des § 242.

1. Teil: Diebstahl und Unterschlagung: §§ 242 - 248 c

Vorbemerkung

Diebstahl und Unterschlagung sind gegen das Eigentum gerichtete **Zueignungsdelikte**, bei denen der Täter dadurch wie ein Eigentümer mit der Sache verfahren will (= "se ut dominum gerere"), dass er sich die Sache selbst bzw. den in der Sache selbst enthaltenen Sachwert in sein Vermögen einverleiben will (= **Aneignung**) und den Eigentümer der Sache auf Dauer von der Verfügungsmöglichkeit ausschließen will (= **Enteignung**). Von den übrigen Eigentumsdelikten unterscheiden sich die §§ 242, 246 wie folgt:

- **Aneignung:** Im Gegensatz zur straflosen Sachentziehung oder zur strafbaren Sachbeschädigung, die nur durch ihre destruktive Tendenz geprägt sind, will der Dieb die Sache wirtschaftlich nutzen.
- **Enteignung:** Im Gegensatz zur grundsätzlich straflosen (Ausnahmen: §§ 248 b, 290) Gebrauchs- anmaßung (= *furtum usus*) will der Dieb dem Berechtigten die Sache entweder gar nicht oder nur nach deutlicher Wertminderung zurückgeben.

Diebstahl und Unterschlagung unterscheiden sich dabei wie folgt:

- Der Dieb nimmt die Sache weg, um sie sich oder einem Dritten zuzueignen. Der Diebstahl ist also bereits vollendet, wenn der Täter fremden Gewahrsam gebrochen und neuen Gewahrsam begründet hat.

Die Zueignung hingegen muss nur beabsichtigt, aber nicht tatsächlich erfolgt sein.

- Im Gegensatz dazu ist die Unterschlagung erst vollendet, wenn der Täter die fremde Sache sich oder einem Dritten zugeeignet hat. Die Zueignung muss also nicht nur *beabsichtigt*, sondern tatsächlich *erfolgt* sein.

§ 1 Der Diebstahl gemäß § 242

Vorbemerkung

1) Das geschützte Rechtsgut

Als Eigentumsdelikt schützt der Diebstahl das **Eigentum**, also die Befugnis des Eigentümers gemäß § 903 BGB, jederzeit mit der Sache nach Belieben verfahren zu können. Nach h.M. (BGH St 10, 400, LK-Ruß Rz. 3 vor § 242 m.w.N.) schützt § 242 neben dem Eigentum auch den **Gewahrsam**, so dass auch derjenige den gemäß den §§ 247, 248 a erforderlichen Strafantrag stellen kann, der Gewahrsamsinhaber der weggenommenen Sache war, ohne dass sie ihm gehörte. Daraus kann sich beim Haus- und Familiendiebstahl i.S.d. § 247 ein Problem ergeben.

Beispiel: Der Eigentümer E hat eine Sache an seinen Vater V verliehen, der mit dem E nach dem Tod seiner Frau in häuslicher Gemeinschaft lebt. S, der Sohn des E, entwendet die Sache dem V. Zählt auch der Gewahrsam zum geschützten Rechtsgut, so kann auch V den zur Strafverfolgung gemäß § 247 notwendigen Strafantrag stellen. Eser (Schönke-Schröder-Eser § 242 Rz. 2) lehnt dies ab, da ansonsten der Eigentümer trotz Verzichts auf einen eigenen Strafantrag die Strafverfolgung beim Haus- und Familiendiebstahl nicht verhindern kann, wenn der bestohlene Gewahrsamsinhaber den Strafantrag stellt.

-Klausurtyp:

Unabhängig von dieser Frage besteht jedoch dahingehend Einigkeit, dass die Sache auch dem rechtmäßigen (z.B. Mieter) oder unrechtmäßigen (Betrüger, Dieb) Gewahrsamsinhaber gestohlen werden kann: nach h.M., weil der Gewahrsam zu den geschützten Rechtsgütern zählt, nach Eser, weil dadurch das Eigentum erneut verletzt wird.

2) Die Struktur des § 242

Wir wollen zunächst die Struktur des § 242 anhand eines unproblematischen Normalfalles analysieren.

Fall: Der Student Wilhelm Brause sieht vor der Mensa ein nicht verschlossenes Fahrrad des Eigentümers E stehen. Spontan beschließt er, es mitzunehmen und für sich zu behalten. Er fährt damit nach Hause und stellt es in seinen Keller.

Wilhelm könnte einen Diebstahl gemäß § 242 begangen haben, wenn er eine fremde, bewegliche Sache in der Absicht weggenommen hat, sie sich rechtswidrig zuzueignen.

A. Tatbestand

I. Objektiver Tatbestand

Wilhelm müsste eine fremde, bewegliche Sache weggenommen haben.

1. Das Tatobjekt: fremde, bewegliche Sache

Das Fahrrad war beweglich und ein körperlicher Gegenstand i.S.d. § 90 BGB. Es war weder herrenlos noch stand es im Alleineigentum des Täters, so dass es für ihn eine fremde, bewegliche Sache darstellte.

2. Die Tathandlung: Wegnahme

Er müsste dieses Fahrrad weggenommen, also fremden Gewahrsam gebrochen und neuen Gewahrsam begründet haben, wobei man unter Gewahrsam ein von einem Herrschaftswillen getragenes Herrschaftsverhältnis einer Person über eine Sache versteht.

Obwohl das Fahrrad vor der Mensa stand und sich daher nicht in der unmittelbaren räumlichen Sphäre des E befand, hatte dieser aufgrund seiner fortbestehenden jederzeitigen Verfügungsmöglichkeit noch die Herrschaft über das Rad. Diese Sachherrschaft hat Wilhelm gegen den Willen des E aufgehoben und neue eigene Sachherrschaft begründet, das Rad also dem E weggenommen.

Der objektive Tatbestand ist daher durch die Wegnahme einer fremden, beweglichen Sache erfüllt.

II. Subjektiver Tatbestand

1. Der Tätervorsatz

Der Täter muss im Hinblick auf sämtliche Merkmale des objektiven Tatbestandes vorsätzlich gehandelt haben, wobei bedingter Vorsatz genügt. Wilhelm wusste, dass das Fahrrad eine für ihn fremde, bewegliche Sache darstellte und dass er die Sachherrschaft des E gegen dessen Willen aufheben würde.

2. Die Absicht rechtswidriger Zueignung

Über den Vorsatz hinaus erfordert der Diebstahl noch die Absicht des Täters, sich oder einem Dritten die weggenommene Sache rechtswidrig zuzueignen. Dies setzt voraus, dass der Täter dadurch mit der weggenommenen Sache wie ein Eigentümer verfahren will, dass er die Sache seinem Vermögen einverleiben und den Berechtigten auf Dauer aus dessen Position verdrängen will.

Wilhelm wollte das Fahrrad zu eigenen Zwecken nutzen und hatte daher den erforderlichen dolus directus 1. Grades, sich die Sache anzueignen; gleichzeitig nahm er mindestens billigend in Kauf, dass der Eigentümer das Rad nicht zurückerhalten würde. Insofern liegt die erforderliche Zueignungsabsicht vor.

Da die beabsichtigte Zueignung im Widerspruch zur Rechtsordnung stand, war sie objektiv rechtswidrig, was dem Täter auch bekannt war.

B./ C. Gegen Rechtswidrigkeit und Schuld des Täters bestehen keine Bedenken, so dass Wilhelm einen Diebstahl nach § 242 begangen hat.

Detailprobleme des Diebstahls

I. Das Tatobjekt

Es muss sich um eine für den Täter fremde, bewegliche Sache handeln.

1) Die Sachqualität

- a) Da das StGB den Begriff der Sache ebenso wenig definiert wie den Begriff der Fremdheit, werden beide Merkmale nach rein zivilrechtlichen Regeln definiert. **Sachen sind alle körperlichen Gegenstände i.S.d. § 90 BGB** unabhängig von ihrem Aggregatzustand.
- b) **Forderungen** sind im Gegensatz zu Sachen nicht verkörpert und können daher auch nicht weggenommen werden, doch ist ein Diebstahl an den Urkunden möglich, in denen die Forderungen verkörpert sind (z.B. Sparbücher, Schecks, Wechsel; dazu Schönke-Schröder-Eser § 242 Rz. 9).
- c) **Therapeutische Hilfsmittel** wie Zahnplomben oder Herzschrittmacher verlieren nach Einfügung in den menschlichen Körper ihre Sachqualität, können aber nach dem Tod des Betroffenen ihre Sachqualität zurückerlangen, in den Nachlass fallen und daher Tatobjekt eines Diebstahls sein (BGH NJW 1994, 127; Palandt-Heinrichs § 90 Rz. 2; ausführlich Groppe, JR 1985, 181 ff.; a.A. Bringewat JA 1984, 63 m.w.N.).
- d) **Tiere** sind zwar gemäß § 90 a BGB keine Sachen; dennoch wird das Eigentum an Tieren über § 90 a, 3 BGB ebenfalls durch die §§ 242, 246, 303 strafrechtlich geschützt, indem man sie wie Sachen behandelt. Das strafrechtliche Analogieverbot steht dem nicht entgegen, da sich das Analogieverbot nicht auf zivilrechtliche Verweisungen wie § 90 a, 3 BGB erstreckt (Schönke-Schröder-Eser/Bosch § 242 Rz. 9).
- e) Da durch den Diebstahl nur die formale Position des Eigentums geschützt werden soll, kommt es auf den wirtschaftlichen Wert der weggenommenen Sache nicht an. Eine Ausnahme gilt in den Fällen, in denen durch die Wegnahme weder ein materieller noch ein immaterieller Schaden entsteht (LK-Ruß § 242 Rz. 2 m.w.N.).
Beispiel: Ein Wanderer liest auf einem fremden Grundstück einen Apfel auf, der ansonsten ohnehin verfault wäre.

2) Die Sache muss *beweglich* sein.

Diese Forderung erscheint selbstverständlich, da man eine Sache, die man nicht bewegen kann, auch nicht wegnehmen kann. Es ist dabei nicht erforderlich, dass die Sache von Anfang an beweglich ist. Es genügt, dass der Täter sie durch Auflösung der zunächst festen Verbindung beweglich macht.

Beispiel: Wilhelm sägt in der Nacht zum 1. Mai einen Baum in einer fremden Schonung ab, den er seiner Angebeteten als "Maibaum" präsentiert.

3) Die Sache muss für den Täter *fremd* sein.

Da das Strafrecht keine eigene Definition der Fremdheit enthält, greifen wir auf das Zivilrecht zurück: Über die Fremdheit entscheiden allein die zivilrechtlichen Eigentumsverhältnisse an der Sache (BGH St 6, 377, 378; Schönke-Schröder-Eser/Bosch § 242 Rz. 12; a.A. Otto, 149 ff.). Dies hat in Ihrer Klausur zwei Konsequenzen:

a) Der Täter darf nicht Alleineigentümer der weggenommenen Sache sein.

- aa) War der Täter alleiniger Eigentümer und hatte er die Sache einem Dritten zum Gebrauch überlassen (z.B.: Mieter, Entleiher), so stellt die Wegnahme der Sache nur verbotene Eigenmacht i.S.d. § 858 BGB, aber keinen Diebstahl dar, der (nur) das Eigentum schützt, das ja allein dem

Täter zusteht. Die Wegnahme eigener Sachen ist aber nach § 289 unter Strafe gestellt, wenn Dritte an der Sache ein Zurückbehaltungsrecht oder ein Pfandrecht haben.

Beispiel: Wilhelm hat bei einem privaten Autorennen seine schwarze Corvette erheblich beschädigt und lässt sie beim Werkunternehmer U reparieren. Da ihn auch bei einer anschließenden Pokerpartie das Glück verlassen hat, entwendet er den reparierten Wagen mit einem Zweitschlüssel aus der Werkstatt des U und verletzt dadurch das gemäß § 647 BGB kraft Gesetzes entstandene Werkunternehmerpfandrecht des U. Er hat sich zwar nicht nach § 242, aber wegen Pfandkehr gemäß § 289 strafbar gemacht.

- bb) Da sich das Strafrecht bei der Frage der Fremdheit ausschließlich am Zivilrecht orientiert, wird das **Vorbehaltseigentum** und **Sicherungseigentum** (BGH St 1, 262; LK-Ruß § 242 Rz. 14) ebenso geschützt wie das **Miteigentum** nach § 1008 BGB oder das **Gesamthandseigentum** (§§ 718, 1416, 2032 BGB; 105, 161 II HGB; dazu BGH NJW 1992, 250; LK-Ruß § 242 Rz. 16). So kann auch der an der Sache teilberechtigte Miteigentümer oder Gesamthandseigentümer eine Sache stehlen, indem er sich das Alleineigentum anmaßt (Schönke-Schröder-Eser § 242 Rz. 13; LK-Ruß § 242 Rz. 16).

Beispiel: Der Gesellschafter einer OHG entwendet einen Geschäftswagen der Gesellschaft und veräußert ihn.

- cc) Da es allein auf zivilrechtliche Fragen ankommt, kann auch der Alleingesellschafter einer 1-Mann-GmbH das Gesellschaftsvermögen stehlen oder unterschlagen, obwohl bei einer wirtschaftlichen Betrachtung Täter und Opfer identisch sind. Geschützt werden dadurch auch die Gesellschaftsgläubiger in ihrer Zugriffsmöglichkeit auf das Gesellschaftsvermögen, da aufgrund der Haftungsbeschränkung der GmbH das Gesellschaftsvermögen die ausschließliche Haftungsmasse bildet. Der Gesellschafter kann das Gesellschaftsvermögen nur durch *Liquidation* in sein Eigentum überführen. Ist der Täter allerdings alleiniger Geschäftsführer der GmbH, so wird in seinem Verhalten ein den Tatbestand des § 242 ausschließendes Einverständnis liegen, so dass nur eine Unterschlagung gemäß § 246 in Betracht kommt.

AL-Klausurtyp: In der Klausur gehen Sie bei der Beurteilung der Fremdheit ausschließlich nach den zivilrechtlichen Regeln über den Eigentumserwerb und -verlust vor. Denken Sie bei möglichen Nichtigkeits- und Anfechtungsgründen an das das Zivilrecht beherrschende **Abstraktionsprinzip**, das jedoch dort durchbrochen wird, wo ein Nichtigkeits- oder Anfechtungsgrund beide Seiten des Rechtsgeschäfts gleichzeitig zunichte macht (= **Fehleridentität**; dazu ausführlich Langels, BGB AT § 12 II 2).

Im Strafrecht gilt allerdings eine Besonderheit, die bei näherem Hinsehen selbstverständlich ist: **Die zivilrechtlichen Rückwirkungsfiktionen der §§ 142 I, 1953 I BGB gelten im Strafrecht natürlich nicht**, da es für die Tatbestandsmäßigkeit der Handlung (Wegnahme einer fremden Sache) nur auf den Zeitpunkt der Handlung (= Wegnahme) ankommen kann. Ansonsten würde sich der Täter durch eine Anfechtung mit rückwirkender Kraft strafbar gemacht haben.

- b) **Die weggenommene Sache darf nicht *herrenlos* gewesen sein.**

Eine Sache ist herrenlos, wenn sie niemandem gehört. Dabei lassen sich zwei Fallgruppen unterscheiden:

- aa) **§ 960 BGB: Von Anfang an herrenlos** sind *wilde Tiere*, solange sie sich in Freiheit befinden. Wer also im Wald einen Hasen fängt, kann bereits mangels Fremdheit keinen Diebstahl begehen, doch verletzt er das Aneignungsrecht des Jagdberechtigten und begeht dadurch eine Wilderei gemäß § 292 (dazu unten § 27). Die Norm des § 292 schließt also die Strafbarkeitslücke, die durch die fehlende Fremdheit des Wildes und den fehlenden Gewahrsam ansonsten entstanden wäre. Entlaufene Haustiere werden als *zahme Tiere* (im Gegensatz zu den gezähmten Tieren des § 960 III!) nicht herrenlos, aber *gewahrsamslos*; an ihnen ist daher kein Diebstahl, aber eine Unterschlagung möglich.

- bb) **§ 959 BGB: Im Nachhinein herrenlos** wird eine Sache dadurch, dass ihr ursprünglicher Eigentümer dadurch auf sein Eigentum verzichtet, dass er in der Absicht des Eigentumsverzichts den Besitz an der Sache aufgibt (= **Dereliktion**).

Beispiel: Der Eigentümer lässt eine gelesene Tageszeitung auf einer Parkbank liegen.

Gegenbeispiel: Zur Abholung bereitgelegte Altkleider sollen nicht derelinquiert, sondern der gemeinnützigen Organisation übereignet werden; BayObLG MDR 1987, 75; OLG Düsseldorf JMBINW 1992, 191.

II. Die Tathandlung

Der Täter muss die für ihn fremde und bewegliche Sache weggenommen haben. Der Begriff der Wegnahme setzt sich zusammen aus dem **Bruch fremden Gewahrsams** und der **Begründung neuen, nicht notwendigerweise eigenen Gewahrsams**.

1) Der Begriff des Gewahrsams

Gewahrsam ist ein tatsächliches Herrschaftsverhältnis zwischen einer Person und einer Sache, das von einem entsprechenden Herrschaftswillen getragen ist. Dabei wird die Reichweite der Sachherrschaft unter Berücksichtigung der Anschauungen des täglichen Lebens ermittelt (BGH NStZ-RR- 2009, 23; BGHSt 16, 271; LK-Ruß § 242 Rz. 17; Schönke-Schröder-Eser § 242 Rz. 23 m.w.N.).

a) Tatsächliche Sachherrschaft

Unter tatsächlicher Sachherrschaft versteht man die **jederzeitige Verfügungsmöglichkeit**. Gewahrsam besteht daher auch an den Gegenständen, die sich nicht in der unmittelbaren räumlichen Sphäre des Inhabers befinden, wenn der tatsächlichen Einwirkungsmöglichkeit keine unüberwindbaren Hindernisse entgegenstehen (Schönke-Schröder-Eser a.a.O.).

Beispiele: So behält der Fahrer eines Pkw den Gewahrsam an dem Wagen, der auf einem Parkplatz steht, der Mieter auch dann den Gewahrsam an den Gegenständen in seiner Wohnung, wenn er sich nicht in der Wohnung aufhält.

In Zweifelsfällen entscheidet die natürliche Betrachtungsweise unter **Berücksichtigung der Verkehrsauffassung**, um das Kriterium der Sachherrschaft abzuschwächen. Trotz schwacher Zugriffsmöglichkeit wird der Gewahrsam einer Person dann bejaht, wenn er sich mit sozialen oder rechtlichen Wertungen begründen lässt.

Richtungsweisend BGH St 16, 271 zum Diebstahl in SB-Läden: "Gewahrsam ist zwar tatsächliche Sachherrschaft. Ob diese Sachherrschaft vorliegt, hängt aber nicht in 1. Linie, jedenfalls nicht allein von der körperlichen Nähe zur Sache und auch nicht von der physischen Kraft ab, mit der die Beziehung zur Sache aufrechterhalten wird. Vielmehr kommt es auf die Anschauungen des täglichen Lebens an, so dass sich der Gewahrsamsbegriff wesentlich nach der Verkehrsanschauung richtet."

Problem 1: Behält der Betroffene seinen Gewahrsam an verlorenen / vergessenen Gegenständen?

- 1) Hat der bisherige Gewahrsamsinhaber die Sache **verloren**, so entscheidet der Einzelfall darüber, ob der Betroffene seinen Gewahrsam verloren hat:
 - a) Hat er die Sache auf der Straße verloren, so wird die Sache gewahrsamslos. Ein potentieller Täter kann also (nur) eine Fundunterschlagung nach § 246 I begehen.
 - b) Hat der Betroffene die Sache in einer generell beherrschbaren Sphäre verloren, so geht der Gewahrsam auf denjenigen über, dem diese Sphäre zugeordnet wird (LK-Ruß § 242 Rz. 20; Schönke-Schröder-Eser § 242 Rz. 28).

Beispiele:

- 1) Nimmt der Kellner in einem Restaurant eine Geldbörse an sich, die ein Gast auf dem Tisch liegengelassen hat, so bricht er den Gewahrsam des Wirtes und begeht einen Diebstahl.
 - 2) Der Betreiber eines Kinos erlangt ebenso Gewahrsam an vergessenen Gegenständen wie die Deutsche Bahn an im Abteil vergessenen Sachen eines Fahrgastes.
- 2) Hat der Betroffene die Sache lediglich **vergessen**, so behält er den Gewahrsam, wenn er noch weiß, wo er die Sache vergessen hat und dort jederzeit auf die Sache zugreifen kann (Lackner § 242 Rz. 3 a cc).
- 3) Bei **verlegten** oder **versteckten** Gegenständen in der eigenen beherrschbaren Sphäre hängt die Sachherrschaft von der tatsächlichen Einwirkungsmöglichkeit auf die Sache ab:
- a) An verlegten Gegenständen behält der Wohnungsinhaber den Gewahrsam ("das Haus verliert nichts").
 - b) Bei dort versteckten Gegenständen hat derjenige den Gewahrsam, der den Gegenstand versteckt hat und daher schneller darauf zugreifen kann, wenn er jederzeit Zutritt zur Wohnung hat (BGH LM Nr. 9 zu § 243 I 2; LK-Ruß § 242 Rz. 20; a.A. Maurach-Schroeder BT 1 § 33 Rz. 27; SK-Samson § 242 Rz. 25).
- Beispiel:** Die Haushälterin versteckt einen Gegenstand in der Wohnung, um ihn später in Abwesenheit des Bewohners in Ruhe abholen zu können.

Problem 2: Die Gewahrsamslockerung / Trickdiebstahl

Stehen Täter und Opfer noch in einer **Kommunikationsbeziehung**, so behält der Inhaber seinen Gewahrsam auch dann, wenn er die Sache aufgrund einer Täuschung kurzfristig aus der Hand gibt und der Täter dadurch die Sache leichter wegnehmen kann (BGH NSTZ 2016, 727; Schönke-Schröder-Eser § 242 Rz. 26 mwN).

Beispiel: Wilhelm Brause lässt sich in einem Juweliergeschäft eine wertvolle Uhr zeigen. Als der Verkäufer ihm die Uhr in die Hand gibt, zieht Wilhelm sie an und läuft weg. Hier befinden wir uns an der Nahtstelle von Trickdiebstahl und Betrug, so dass wir dieses Problem im Rahmen des Betruges ausführlich besprechen werden. Bis dahin hier in aller Kürze: Für einen Betrug fehlt es an der *Unmittelbarkeit der Vermögensverfügung*, da nicht das Opfer sich selbst schädigt, wie es für den Betrug als Selbstschädigungsdelikt typisch ist. Wilhelm hat durch die Täuschung des Opfers über die innere Tatsache des Rückgabewillens lediglich seine Chancen verbessert, durch eine weitere deliktische Handlung die Sache dem Opfer wegnehmen zu können (= **Trickdiebstahl**): Das Opfer hat seinen Gewahrsam nur *gelockert*, so dass Wilhelm den gelockerten Gewahrsam bricht.

AL-Klausurtyp:

Beachten Sie bitte folgendes: **Da es bei der Sachherrschaft ausschließlich um eine tatsächliche Einwirkungsmöglichkeit ("Können") und nicht um die rechtliche Befugnis ("Dürfen") geht, dürfen Sie den Gewahrsam auf keinen Fall mit dem Eigentum verwechseln und auch aus den Eigentumsverhältnissen keinerlei Rückschlüsse auf den Gewahrsam ziehen!** Wie der Diebstahl als Paradebeispiel zeigt, bleibt das Opfer Eigentümer, obwohl es die Sachherrschaft durch die Wegnahme verloren hat. Gewahrsam entsteht mit dem Erwerb und endet mit dem Verlust der tatsächlichen Sachherrschaft!

Problem 3: Das Verhältnis von "Besitz" und "Gewahrsam"

Auch die Begriffe "Besitz" und "Gewahrsam" sind nicht völlig deckungsgleich:

- 1) Der **mittelbare Besitzer** i.S.d. **§ 868 BGB** (z.B.: Vermieter, Verleiher, Verpächter) hat eine lediglich "vergeistigte", aber keine tatsächliche Sachherrschaft und damit zwar Besitz, aber keinen Gewahrsam.

- 2) Der **Erbenbesitzer** rückt nach **§ 857 BGB** in die Besitzposition nach, die der Erblasser zur Zeit seines Todes innehatte. Es handelt sich dabei um einen rein "fiktiven" Besitz, der dafür sorgen soll, dass dem Erben die Gegenstände durch unbefugte Veräußerung i.S.d. § 935 I BGB abhandenkommen. Dies hat zur Folge, dass ein rechtsgeschäftlicher Eigentumserwerb Dritter zu Lasten des Berechtigten ausgeschlossen ist, wenn der Veräußerer nicht durch einen Erbschein nach § 2365 BGB legitimiert ist. Diese zivilrechtliche Fiktion ändert aber nichts daran, dass der Erbe ohne tatsächliche Sachherrschaft keinen Gewahrsam über den Nachlass hat!
Folge: Hat der Erbe keine tatsächliche Sachherrschaft, so werden die Nachlassgegenstände nicht gestohlen, sondern gemäß § 246 I unterschlagen.
- 3) Der **Besitzdiener i.S.d. § 855 BGB** hat selbst dann keinen Besitz, wenn er die tatsächliche Sachherrschaft über den Gegenstand ausübt und dadurch möglicherweise Gewahrsam hat (vgl. aber unten 2 c zum "Gewahrsamsdiener"). Auch hier soll diese zivilrechtliche Konstruktion dafür sorgen, dass dem Arbeitgeber die Gegenstände abhandenkommen, die seine Arbeitnehmer durch Veräußerung veruntreuen, so dass ein Gutgläubenserwerb Dritter wiederum an § 935 I BGB scheitert.

b) Der Herrschaftswille

Der Wille zur Sachherrschaft ist darauf gerichtet, mit der Sache nach Belieben verfahren zu können (LK-Ruß § 242 Rz. 21; Schönke-Schröder-Eser § 242 Rz. 29; gegen die Voraussetzung eines Herrschaftswillens SK-Samson § 242 Rz. 35 m.w.N.). Dieses subjektive Element des Gewahrsams bestimmt sich nach folgenden Kriterien:

- aa) **Natürlicher Herrschaftswille:** Der Herrschaftswille ist unabhängig von der zivilrechtlichen Geschäftsfähigkeit. Es genügt, dass der Inhaber der Sachherrschaft die Sache tatsächlich beherrschen will, so dass auch Kinder und Geisteskranke Gewahrsam haben können.
- bb) **Genereller Herrschaftswille:** Der Inhaber der Sachherrschaft muss seinen Willen, den entsprechenden Gegenstand zu beherrschen, nicht auf diesen Gegenstand konkretisieren; es genügt, dass er sämtliche Gegenstände innerhalb einer ihm zugeordneten Sphäre beherrschen will. So hat der Bewohner eines Hauses Gewahrsam an den Gegenständen in seiner Wohnung auch dann, wenn er nicht über jeden einzelnen Gegenstand nachdenkt (Schönke-Schröder-Eser § 242 Rz. 30).
- cc) **Potentieller Herrschaftswille:** Der Wille setzt kein ständig aktualisiertes Bewusstsein i.S. eines permanenten "Darandenkens" voraus; es reicht, dass der Wille jederzeit aktualisiert werden könnte (Schönke-Schröder-Eser § 242 Rz. 30). Auf diese Weise behalten auch **Schlafende** und **Bewusstlose** ihren Gewahrsam (BGH St 4, 210). Dies gilt auch dann, wenn sie anschließend sterben, so dass sie bis zu ihrem Tod den Gewahrsam behalten (BGH NJW 1985, 1911; Fischer § 242 Rz. 12; a.A. Seelmann-Pfohl JuS 1987, 199). Der Schwerverletzte verliert seinen Gewahrsam nicht dadurch, dass er nicht in der Lage ist, etwas zum Schutz der Sachen zu unternehmen. Er verliert den Gewahrsam auch nicht rückwirkend dadurch, dass er infolge der Verletzungen stirbt. Hat der Täter also einem Schwerverletzten etwas weggenommen, so entfällt der Diebstahl nicht rückwirkend dadurch, dass der Verletzte später gestorben ist (BGH JR 1986, 294; LK-Ruß § 242 Rz. 22; a.A. Seelmann/Pfohl, JuS 1987, 202).
- dd) **Antizipierter Herrschaftswille:** Er bezieht sich auf Gegenstände, die künftig in den Herrschaftsbereich gelangen werden und von denen der Inhaber noch gar nicht weiß, ob und wann sie sich in seiner Sphäre befinden (z.B. Briefe im Briefkasten; bereits angelieferte Ware vor dem noch verschlossenen Geschäft).

- ee) **Gewahrsamsinhaber** kann nur eine natürliche Person sein. Juristische Personen haben mangels eines Herrschaftswillens selbst keinen Gewahrsam. Träger der Sachherrschaft sind ihre Organe.

2) Der Täter muss *fremden Gewahrsam brechen*.

Bezüglich der Frage, wer in welchem Umfang Gewahrsam hat, müssen wir zwischen den folgenden Erscheinungsformen des Gewahrsams unterscheiden. **Ich möchte aber zuvor noch einmal darauf hinweisen, dass die *Fremdheit des Gewahrsams* nichts (!) mit der *Fremdheit der Sache* zu tun hat!**

a) Der Täter hat Alleingewahrsam

Ist der Täter alleiniger Inhaber der Sachherrschaft über einen Gegenstand, der ihm nicht oder nicht ausschließlich gehört, so kommt er als Dieb nicht in Frage: Da außer ihm niemand Sachherrschaft hat, kann er fremde Sachherrschaft auch nicht brechen. Es kommt allerdings eine (i.d.R. veruntreuende) Unterschlagung nach § 246 II in Betracht.

Beispiel: Der Entleiher bietet die geliehene Sache einem Dritten zum Kauf an.

b) Der Täter hat Mitgewahrsam

Es existieren also mindestens 2 Personen, die die Sachherrschaft über den Gegenstand ausüben, wobei nach h.M. die Sachherrschaft in verschiedenem Umfang ausgeübt werden kann:

- aa) Beide Gewahrsamsinhaber haben einen **gleichgeordneten Mitgewahrsam**: Sie üben die Sachherrschaft also paritätisch aus, so dass jeder genauso viel Sachherrschaft hat wie der andere. Hier kann jeder Mitgewahrsamsinhaber den Mitgewahrsam des anderen brechen (LK-Ruß § 242 Rz. 26; Fischer § 242 Rz. 10).

Beispiele:

- 1) Der Ehemann verkauft ohne Wissen seiner Frau einen Perserteppich, der im Wohnzimmer lag und mit gemeinsamen Mitteln zu Miteigentum erworben wurde.
- 2) Ein OHG-Mitgesellschafter veräußert eine der Gesellschaft gehörende Sache.

- bb) **Übergeordneter / untergeordneter Mitgewahrsam**: Es besteht ein Gefälle im Hinblick auf die Sachherrschaft, so dass der eine mehr Gewahrsam hat als der andere. In dieser Konstellation kann nur der übergeordnete Gewahrsam gebrochen werden. Der Inhaber des übergeordneten Gewahrsams kann die Sache nicht stehlen, sondern nur unterschlagen (h.M., vgl. LK-Ruß § 242 Rz. 26 m.w.N.; kritisch zum übergeordneten Mitgewahrsam SK-Samson § 242 Rz. 38).

Hat eine Person die stärkere *tatsächliche Zugriffsmöglichkeit*, die andere Person die stärkere *rechtliche Befugnis*, so entscheidet im Zweifel die stärkere rechtliche Befugnis über die Gewahrsamsverhältnisse.

Beispiel: Der Filialleiter eines Supermarktes hat aufgrund seines Weisungsrechts eine stärkere Sachherrschaft als die ihm untergebenen Angestellten im Umgang mit der Ware. Nimmt der Filialleiter 2 Flaschen Champagner ohne Bezahlung mit nach Hause, so begeht er keinen Diebstahl, sondern eine veruntreuende Unterschlagung gemäß § 246 II.

Anders liegen die Dinge jedoch, wenn einem Angestellten die alleinige Verantwortung für einen bestimmten Bereich übertragen wurde: Muss die Kassiererin Fehlbeträge aus eigener Tasche ausgleichen, so hat sie ein schutzwürdiges Interesse daran, dass sie auch allein den Kassenbestand kontrolliert, so dass sie trotz der Weisungsbefugnis des Filialleiters Alleingewahrsam an dem Geld in ihrer Kasse hat (dazu auch BGH MDR 1995, 1091; 1989, 111). Der Filialleiter begeht daher einen Diebstahl, die Kassiererin eine veruntreuende Unterschlagung nach § 246 II, wenn sie Geld aus der Kasse nehmen.

c) Der Gewahrsamsdiener

Parallel zum Begriff des Besitzdieners i.S.d. § 855 BGB wird eine Person als Gewahrsamsdiener bezeichnet, deren Tätigkeit sich in einer reinen Hilfsfunktion erschöpft und die keine eigene Sachherrschaft über die Gegenstände hat, mit denen sie arbeitet. Insbesondere in kleineren Betrieben, die entweder von einem angestellten Leiter oder dem Eigentümer persönlich permanent kontrolliert werden, haben die dort Angestellten keine eigene Sachherrschaft über die Betriebsmittel (näher dazu BGH St 8, 273, 275).

Nach anderer Ansicht (LK-Ruß § 242 Rz. 25) gibt es die Figur des Gewahrsamsdieners nicht. Eine derart sozial abhängige Hilfsperson hat untergeordneten Mitgewahrsam, was letztlich zu gleichen Ergebnissen führt: Nimmt ein außenstehender Dritter die Sache weg, so ist irrelevant, ob er den Alleingewahrsam des Chefs oder den untergeordneten Mitgewahrsam des Angestellten bricht. Nimmt der Angestellte die Sache weg, so bricht er den übergeordneten Mitgewahrsam des Chefs. Die beiden Ansichten gelangen jedoch zu unterschiedlichen Ergebnissen, wenn der "Gewahrsamsdiener" mit dem Gewahrsamswechsel einverstanden ist: Nimmt man anstelle der Gewahrsamsdienerschaft einen untergeordneten Mitgewahrsam an, so entfällt durch das Einverständnis der Tatbestand des § 242. Es kommt dann aber ein Betrug gemäß § 263 in Betracht.

3) Der Gewahrsamsbruch

Der Täter bricht fremden Gewahrsam, wenn er ohne oder gegen den Willen des bisherigen Inhabers dessen Herrschaft über die Sache aufhebt. Erfolgt der Wechsel der Sachherrschaft dagegen mit Zustimmung des bisherigen Inhabers, so liegt in dieser Zustimmung ein den Tatbestand ausschließendes **Einverständnis** (zur Abgrenzung zur rechtfertigenden Einwilligung lesen Sie bitte meinen StGB AT § 25). Ob und unter welchen Voraussetzungen dieses Einverständnis erteilt wird, soll anhand folgender Problemkreise aufgezeigt werden:

- a) Das Einverständnis ist das **Spiegelbild des Herrschaftswillens**. Es kommt daher nicht auf die Geschäftsfähigkeit des bisherigen Gewahrsamsinhabers an, sondern auf dessen Fähigkeit, einen natürlichen Willen zu bilden. Auch Kinder und Betrunkene können daher mit tatbestandsausschließender Wirkung ihr Einverständnis erteilen.
- b) Das Einverständnis setzt nur die **rein innere Zustimmung** voraus, nicht aber eine Erklärung nach außen hin. Der Tatbestand entfällt auch dann, wenn das Einverständnis dem Täter nicht zugegangen ist und dieser daher in Unkenntnis des tatbestandsausschließenden Einverständnisses gehandelt hat (Krey Rz. 30).

Beispiel: Diebesfalle (vgl. BGH St 4, 199): Der Chef C vermutet unter seinen Angestellten einen Dieb und präpariert einen Geldschein derart, dass sich die Hände desjenigen verfärben werden, der ihn anfasst. Der Täter T nimmt den Geldschein aus der Schublade und wird bei einer Torkontrolle gefasst.

Es handelte sich zwar um eine für den Täter fremde und bewegliche Sache, doch scheidet eine Bestrafung wegen § 242 an einem tatbestandsausschließenden Einverständnis des C. Dessen Diebesfalle war so gestaltet, dass es zu einem Gewahrsamswechsel kommen *musste*, damit die Falle funktionieren würde und der Täter enttarnt werden konnte. Da also die Konstruktion der Falle mit einem Wechsel der Sachherrschaft notwendigerweise einherging, hatte C mit tatbestandsausschließender Wirkung dem Gewahrsamswechsel zugestimmt. Ein vollendeter Diebstahl scheidet daher aus. Da der Täter aber in Unkenntnis dieses Einverständnisses gehandelt hatte, liegt der untaugliche Versuch des Diebstahls vor; näher dazu OLG Celle JR 1987, 253, OLG Düsseldorf NJW 1988, 83. Das OLG Celle bejaht neben dem versuchten Diebstahl gleichzeitig eine vollendete Unterschlagung (zustimmend Otto, JZ 1993, 559, 563). Dagegen spricht aber, dass das Einverständnis des C zugleich auch eine rechtswidrige Zueignung i.S.d. § 246 entfallen lässt (Hillenkamp, JR 1987, 253). Noch ausführlicher zur Diebesfalle Kindhäuser NK § 242 Rz. 42 ff.

- c) Nicht jeder **Willensmangel** lässt die Wirksamkeit des Einverständnisses entfallen. Da es nur auf die Fähigkeit zur Bildung eines natürlichen (= tatsächlichen) Willens ankommt, ist auch das durch Täuschung erschlichene oder durch Drohung erzwungene Einverständnis wirksam, es sei denn,

dass das Opfer glaubte, keinen eigenen Einfluss mehr auf den Gewahrsamswechsel zu haben.

Ein Beispiel wären die **Beschlagnahmefälle** (s.u. § 16 III), in denen der Täter als angeblicher Polizeibeamter einen Gegenstand beschlagnahmt. Da es auch hier wieder um die Abgrenzung zwischen Diebstahl und Betrug geht, werde ich darauf erst beim Betrug ausführlich eingehen.

- d) Eine weitere Nahtstelle zum Betrug liegt in den Fällen vor, in denen ein Mitgewahrsamsinhaber aufgrund einer Täuschung den Gewahrsam überträgt (= Sammelgaragenfall, BGH St 18, 221). Haben mehrere an einer Sache Mitgewahrsam, so genügt es für das tatbestandsausschließende Einverständnis, dass derjenige Mitgewahrsamsinhaber einverstanden ist, der der Sache derart räumlich nahesteht, dass er ohne Rücksprache mit den anderen frei darüber verfügen kann, wenn er zu einer derartigen Handlung auch prinzipiell befugt ist. Auch auf dieses Problem kommen wir beim Betrug (§ 16 III) ausführlich zu sprechen.
- e) Das Einverständnis kann auch **bedingt** erteilt werden (BGH St 35, 152, 159; Schönke-Schröder-Eser § 242 Rz. 36a). So liegt mangels eines wirksamen Einverständnisses ein vollendeter (Automaten-) Diebstahl vor, wenn der Täter einen Warenautomaten nicht ordnungsgemäß bedient. Der Betreiber des Automaten hatte sowohl sein auf Übereignung der Ware gerichtetes Angebot als auch sein Einverständnis bezüglich des Gewahrsamswechsels unter die aufschiebende Bedingung gestellt, dass der Automat ordnungsgemäß funktioniert und auch ordnungsgemäß bedient wird.
- f) Die Ordnungsmäßigkeit der Benutzung ist dabei aber auf den **äußeren Vorgang** beschränkt: Wer einen Warenautomaten nach außen hin ordnungsgemäß benutzt, kann sich weiterhin auf das fortbestehende Einverständnis des Gewahrsamsinhabers berufen. Diebstahl beginnt erst dort, wo ein objektiver Dritter erkennen würde, dass der Gewahrsamswechsel nicht mit Zustimmung des Inhabers erfolgt.

Beispiel: Wer einen **Geldspielautomaten** in Kenntnis des Programmablaufs, aber nach außen hin ordnungsgemäß benutzt und dadurch "leerspielt", begeht keinen Diebstahl an dem Geld. Die Annahme des Aufstellers, es spielten nur Personen ohne Systemkenntnisse, stellt einen unbeachtlichen Motivirrtum des Betreibers dar, der nichts am tatbestandsausschließenden Einverständnis ändert (OLG Celle, wistra 1989, 356).

Nach einer anderen Ansicht fehlt es bereits an der Fremdheit des Geldes, weil der Automatenaufsteller das Geld bei nach außen hin ordnungsgemäßer Benutzung an den Benutzer gemäß § 929, 1 BGB übereignet (Achenbach Jura 1991, 225, 226; Neumann JuS 1990, 535, 538).

Folgt man der Rspr. (BGH NJW 1995, 669), so macht sich der Täter aber wegen eines Computerbetruges gemäß § 263 a strafbar.

-Klausurtyp:

Da bei der Entwendung der Ware aus einem *Warenautomaten* § 242 einschlägig ist, brauchen Sie in der Klausur nicht auf § 265 a eingehen, der ohnehin gesetzlich subsidiär ist und auf den Missbrauch eines *Leistungsautomaten* zugeschnitten ist (z.B. Münzfernsprecher, Flipperautomat), bei dem keine Ware entnommen, sondern eine Leistung des Automaten in Anspruch genommen wird.

- g) **Versteckt der Täter in einem SB-Markt Ware in seinem Einkaufskorb, um sie an der Kasse nicht bezahlen zu müssen, so ist es streitig, ob er dadurch einen Diebstahl oder einen Betrug begeht.**
- aa) **Das OLG Düsseldorf (NJW 1993, 1407) hatte keinen versuchten oder vollendeten Diebstahl, sondern einen Betrug angenommen.** Die Kassiererin habe im Rahmen des § 242 mit tatbestandsausschließender Wirkung ein Einverständnis erteilt, das sich auf den gesamten Inhalt des Warenkorbes bezogen habe und sich nur über die *Reichweite* des Einverständnisses geirrt, was aber an dessen tatbestandsausschließender Wirkung nichts ändere. Auf der anderen Seite habe sie i.S.d. § 263 auch dann irrtumsbedingt über die nicht bezahlten Waren verfügt, wenn sie die einzelnen Waren nicht gesehen habe.

- bb) **Der BGH (NJW 1995, 3129, 3130) lehnt hier die Annahme eines Betruges ab, weil die Kassiererin nicht das für einen Sachbetrug erforderliche Verfügungsbewusstsein habe.** Die Kassiererin wolle nur über die Ware verfügen, die sie gesehen und auch in die Kasse eingetippt hat, die also der Kunde gekauft und bezahlt hat. Die Annahme eines generellen Verfügungswillens bezüglich des gesamten Inhalts sei eine reine Fiktion. Die Kassiererin konkretisiere ihren Verfügungswillen vielmehr durch das Eintippen der Ware in die Kasse. Nur an den eingetippten und bezahlten Waren wolle die Kassiererin auch den Gewahrsam übertragen, so dass der Kunde die nicht bezahlte Ware wegnimmt.

Der BGH will auch dann einen Diebstahl anstelle eines Betruges annehmen, wenn der Kassierer den Kunden ausdrücklich fragt, ob er sämtliche Waren vorgelegt habe und der Kunde den Kassierer entsprechend täuscht. Auch die Nachfrage des Kassierers ändere nichts daran, dass sich der Täter durch die Täuschung nur die erleichterte Möglichkeit der Wegnahme verschaffe, wenn der Kassierer ihn täuschungsbedingt den Kassenraum passieren lässt. Hebt der Täter den Gewahrsam ohne Wissen und Einverständnis des Getäuschten auf, so begeht er einen Diebstahl und keinen Betrug (BGH St 18, 221: LK-Ruß § 242 Rz. 37 m.w.N.).

Der BGH begründet seine Sichtweise auch vom Ergebnis her: Die Annahme eines Betruges würde im Hinblick auf einen möglichen räuberischen Diebstahl gemäß § 252 bei Einsatz von Gewalt gegen einen Ladendetektiv zu schwer erträglichen Unterschieden zwischen gleichgelagerten Sachverhalten führen: Wendet der Täter gegen einen Verfolger Gewalt an, um die Beute zu verteidigen, so könnte er nur wegen Betruges und Nötigung, aber nicht wegen § 252 bestraft werden, wenn man in der Vortat einen Betrug sieht. Hätte derselbe Täter die Ware vor der Kasse bereits eingesteckt, so hätte er einen räuberischen Diebstahl gemäß § 252 und damit ein Verbrechen begangen. Eine derart unterschiedliche Bewertung an sich gleicher Sachverhalte sei nicht sachgerecht.

4) Die Begründung neuen Gewahrsams

Für eine vollendete Wegnahme muss der Dieb die Herrschaft über die Sache derart erlangt haben, dass er diese Herrschaft ohne Behinderung durch den früheren Inhaber ausüben kann. Ob der Täter bereits eine derart intensive Herrschaftsposition geschaffen hat, ist insbesondere in den Fällen problematisch, in denen sich der Täter mit der Sache noch in einer fremden Sphäre befindet, die einem anderen zugeordnet wird.

Fall: Wilhelm steckt in einem SB-Laden einen Walkman in die Manteltasche, wird dabei aber von einem Kaufhausdetektiv beobachtet und noch vor Erreichen des Kassenraums gestellt. Hat Wilhelm bereits einen vollendeten Diebstahl begangen?

- a) **Befindet sich der Täter noch im räumlichen Machtbereich des bisherigen Gewahrsamsinhabers, so ist neuer Gewahrsam begründet, wenn der Täter die Sache an sich genommen hat und der Wegschaffung der Beute unter normalen Umständen kein Hindernis mehr entgegensteht.** Dies ist bei der Wegnahme eines kleineren Gegenstandes dann der Fall, wenn der Täter den Gegenstand in seine Tasche oder seine Kleidung steckt (BGH St 20, 196). Bei der Kollision dieser beiden Gewahrsamssphären (Kaufhaus / Kleidung) entsteht eine **Gewahrsamsenklave** auf Seiten des Täters an den Gegenständen, die er in seine Intimsphäre schafft; hier entsteht eine Tabuzone, die dem ungehinderten Zugriff Dritter entzogen ist (Lackner § 242 Rz. 16 m.w.N.). Bei größeren Gegenständen ist die Wegnahme erst vollendet, wenn der Täter die entsprechende Abteilung bzw. den Kassenbereich derart verlassen hat, dass das Kassenpersonal den Bearbeitungsvorgang als abgeschlossen erachtet (OLG Köln, NJW 1984, 810).

Die Vollendung der Wegnahme setzt daher nicht voraus, dass der Täter bereits endgültigen und gesicherten Gewahrsam begründet hat; **entscheidend ist vielmehr, dass die freie Zugriffsmöglichkeit des bisherigen Inhabers ausgeschlossen oder erschwert ist.** Bei unauffälligen,

leicht beweglichen Sachen kann nach der Verkehrsauffassung bereits das Ergreifen und Festhalten der Sache für eine vollendete Wegnahme genügen (BGH NStZ 1987, 71; OLG Düsseldorf NJW 1986, 2266).

b) In den Fällen, in denen der **Täter bei der Wegnahme beobachtet** wurde, ist die Lösung umstritten:

aa) Nach hM (BGH NJW 1995, 3129, 3131 / versteckte Ware im Einkaufskorb; NStZ 1988, 270 / übergezogene Kleidungsstücke im Kaufhaus) kommt es ganz auf die **Umstände des Einzelfalls** an. Auch nach einer Entscheidung des OLG Köln (StV 1989, 156) hängt die Vollendung der Wegnahme in einem Kaufhaus von dessen **baulicher Gestaltung** (einfach zu überblicken oder verwinkelt gebaut, so dass man den Dieb sofort aus den Augen verliert), von der **Behändigkeit des Täters** sowie vom **Publikumsverkehr** ab (Täter kann sofort in der Menge verschwinden). Bei sperriger oder umfangreicher Beute hat der Täter vor Passieren des Kassenraums noch keinen Gewahrsam begründet (BGH StV 1984, 376 bezgl. von 32 Pfundpackungen Kaffee und 38 Zigarettenstangen!). Hat der Täter Ware im Einkaufskorb versteckt und wird er direkt nach Passieren des Kassenbereichs von einem Kaufhausdetektiv gestellt, als sich die Ware noch im Einkaufskorb befindet, so ist der Diebstahl noch nicht vollendet.

bb) Eser (Schönke-Schröder-Eser § 242 Rz. 40) lehnt in Fällen beobachteter Wegnahme eine Vollendung noch vor Erreichen des Kassenraums ab. Einerseits sei der ertappte Dieb sofort und ohne Gegenwehr zur Herausgabe des entwendeten Gegenstandes bereit, andererseits stünden dem Eigentümer sowohl ein vorläufiges Festnahmerecht nach § 127 I StPO als auch das Recht auf zur Not gewaltsame Besitzkehr nach § 859 BGB zu. Daher könne auch die körperliche Tabuzone auf Seiten des Täters nichts daran ändern, dass der Täter faktisch die freie Verfügungsmöglichkeit über die Beute verloren hat. Vollendete Wegnahme scheidet daher aus.

c) Versteckt der Täter in einem SB-Laden Waren in seiner Kleidung oder in mitgeführten Taschen, so ist die Wegnahme in der Regel auch dann vollendet, wenn die Ware mit einem elektronischen Sicherheitsetikett gesichert ist, das beim Verlassen des Kontrollbereichs einen Alarm auslöst (BayObLG NJW 1995, 3000). Die Auslösung eines Alarms kann noch weniger als die Beobachtung die Begründung neuen Gewahrsams verhindern; der Alarm kann nur die bereits vollendete Tat aufdecken. Etwas anderes könnte nur gelten, wenn aufgrund besonderer Sicherheitsvorkehrungen, etwa durch sich automatisch verschließende Eingangstüren, der Täter nicht die geringste Chance hat, das Geschäft zu verlassen (OLG Frankfurt MDR 1993, 671; Krey Rz. 44). Das OLG Stuttgart hat daher auch in einem Sicherheitsetikett keine besondere Sicherung gegen die Wegnahme gesehen, so dass das Regelbeispiel des § 243 I 2 Nr. 2 nicht erfüllt ist (OLG Stuttgart NStZ 1985, 76).

5) **Die Frage, wann durch Begründung neuen Gewahrsams die Wegnahme und damit der Diebstahl vollendet ist, wird noch an zwei weiteren Stellen des Strafrechts relevant:**

a) Zum einen führt der Einsatz eines qualifizierten Nötigungsmittels vor Vollendung der Wegnahme zum Raub nach § 249. Der Gewalteinsetz nach vollendeter Wegnahme führt zur Annahme eines räuberischen Diebstahls nach § 252, der allerdings ein raubähnliches Sonderdelikt darstellt, in gleichem Maße wie der Raub bestraft wird und auch in gleichem Maße qualifiziert werden kann (§§ 250, 251).

b) Zum anderen stellt sich bei der Hilfeleistung eines Dritten das Problem der Abgrenzung von **Beihilfe** zum Diebstahl (§§ 242, 27) und **Begünstigung** (§ 257):

- aa) Beihilfe zum Diebstahl liegt vor, wenn die Hilfeleistung die Vollendung der Wegnahme ermöglichen soll. Begünstigung ist in diesem Stadium noch nicht denkbar.
- bb) Wurde die Hilfe zwischen Vollendung und Beendigung der Tat geleistet, so entscheidet nach h.M. über die Abgrenzung zwischen akzessorischer Beihilfe und täterschaftlicher Begünstigung die Willensrichtung des Hilfeleistenden:

(1) Soll die Hilfeleistung der Beendigung der Haupttat dienen, so handelt es sich um Beihilfe.

(2) Will der Helfende dem Vortäter helfen, bereits erlangte Tatvorteile zu sichern, so handelt es sich um Begünstigung.

Nach anderer Auffassung (Rudolphi, FS für Jescheck; SK-Samson § 27 Rz. 18) muss der Gehilfenbeitrag für die Verletzung des geschützten Rechtsguts kausal sein, da das Wesen der Teilnahme in der Verursachung fremden Unrechts liegt. Daher ist eine nach Vollendung der Haupttat geleistete Hilfe nur dann sukzessive Beihilfe, wenn sich der Gehilfenbeitrag in der Verletzung des Rechtsguts noch niederschlägt. Im Übrigen ist das Verhalten des Diebes nach vollendeter Wegnahme nicht mehr tatbestandsmäßig, so dass eine Teilnahme an tatbestandslosem Verhalten des Haupttäters nach den Regeln der Akzessorietät bereits unmöglich ist. Daher ist zu diesem Zeitpunkt nur noch Begünstigung denkbar (so Samson in SK § 27 Rz.9).

III. Der subjektive Tatbestand des Diebstahls

1) Der Vorsatz

- a) Der Vorsatz muss auf die Verwirklichung aller objektiven Tatbestandsmerkmale, also auf die Wegnahme einer fremden beweglichen Sache, gerichtet sein. Bezüglich der Intensität des Tätervorsatzes genügt es, dass der Täter die Verwirklichung der einzelnen Tatbestandsmerkmale billigend in Kauf nimmt.
- b) Glaubt der Täter, dass die weggenommene Sache ihm gehört oder herrenlos ist, so befindet er sich in einem Tatbestandsirrtum über das Merkmal der Fremdheit, so dass der Vorsatz nach § 16 I 1 entfällt. Da es sich bei der Fremdheit um ein *normatives* Tatbestandsmerkmal handelt, ist es erforderlich, aber auch genügend, dass der Täter in Form einer **Parallelwertung in der Laiensphäre** den sozialen Sinngehalt des Merkmals erkennt.
- c) Bei der Konkretisierung des Tätervorsatzes kommt es nicht darauf an, ob der Vorsatz von vornherein auf bestimmte Diebstahlobjekte gerichtet war. Ändert der Täter seinen Vorsatz oder erweitert er ihn während der Tat, so liegt nur ein Diebstahl vor (BGH St 22, 350).

2) Die Zueignungsabsicht

Da sich im subjektiven Tatbestand eine Absicht befindet, die sich auf eine Zueignung bezieht, die ihrerseits nicht objektives Tatbestandsmerkmal ist, geht also der subjektive Tatbestand mit seinen Bezugspunkten über die Erfüllung des objektiven Tatbestandes hinaus. Es handelt sich daher beim Diebstahl um ein **Delikt mit überschießender Innentendenz**.

Weiterhin setzt die Vollendung des Diebstahls nicht voraus, dass es zu einem Zueignungserfolg gekommen ist. Insofern spricht man von einem **kupierten Erfolgsdelikt**.

Ob der Täter die fremde, bewegliche Sache in Zueignungsabsicht weggenommen hat, prüfen Sie in Ihrer Klausur auf folgenden 3 Stufen:

a) **Strafbare Begründung von Eigenbesitz**

Das Wesen der Zueignungsabsicht besteht darin, dass sich der Täter eine Position verschaffen will, die rein äußerlich der des Eigentümers gleicht. Da der Dieb durch die Tat natürlich nicht Eigentümer wird, kann er sich eine eigentümerähnliche Position lediglich anmaßen (= *se ut dominum gerere*). Der Täter muss sich die Sache zu eigen machen wollen, sie als ihm gehörig besitzen. Daher kann man die Zueignung als "strafbare Begründung des Eigenbesitzes" definieren.

Solange der Täter die Sache nicht als ihm gehörend, sondern als *Fremdbesitzer* besitzt, scheidet Diebstahl aus. Es kommt aber ein Betrug in Betracht.

Beispiele:

- 1) "**Dienstmützenfall**" / BGH St 19, 387: Wilhelm Brause hatte als Soldat der Bundeswehr seine Mütze verloren und wollte einem Schadensersatzanspruch der Bundeswehr dadurch entgehen, dass er seinem Kameraden dessen Mütze wegnahm und als "seine" Mütze zurückgab. Da Wilhelm sich als Fremdbesitzer gerierte, der das Eigentum der Bundeswehr respektierte, schied ein Diebstahl aus.
- 2) "**Pseudobotenfall**" / BayObLG MDR 1964, 776: Wilhelm entwendet bei einer Firma F ein für den Kunden K bestimmtes Paket mitsamt der quittierten, noch nicht beglichenen Rechnung. Er überbringt das Paket als angeblicher Bote und kassiert den Rechnungsbetrag. Das BayObLG hat hier auf der Basis der Sachwerttheorie (dazu unten 3 b) einen Diebstahl angenommen, da Wilhelm sich den Sachwert des Paketes in Form des Veräußerungserlöses zugeeignet habe. Dies gelte auch dann, wenn der Täter nicht in eigenem, sondern in fremdem Namen auftritt, solange er selbst den Nutzen aus der Verfügung zieht.
Ich halte das Ergebnis aus 2 Gründen für falsch: Zum einen fehlt es bereits am Anmaßen einer eigentümerähnlichen Position, da Wilhelm als Bote der Firma auftritt und daher zumindest gegenüber dem Erwerber als Fremdbesitzer handelt; zum anderen würde die Veräußerung einer Sache bereits nach der Substanztheorie eine Zueignung darstellen, so dass ein Abstellen auf den Sachwert unnötig ist. Abgesehen davon setzt nach zutreffender Ansicht, der auch die Rspr. folgt, die Sachwerttheorie voraus, dass der Sachwert der Sache teilweise entzogen werden muss (dazu ausführlich unten 3.)
- 3) "**Pudelfall**" / RG St 55, 59: Der Pudel des Eigentümers E war entlaufen; E hatte eine Belohnung für den Finder ausgelobt. Gluffke hatte den Hund gefunden und zunächst in seinen Keller gesperrt; dort hatte Wilhelm, der die Auslobung ebenfalls kannte, den Hund weggenommen, dem E zurückgebracht und als vermeintlich rechtmäßiger Finder den Finderlohn kassiert.
Eine Bestrafung wegen **Diebstahls** scheidet an der fehlenden Zueignungsabsicht: Wilhelm hatte sich gegenüber dem E nie als Eigentümer geriert, sondern im Gegenteil dem Eigentümer E unter Respektierung des Eigentums den Hund zurückgebracht.
Eine **Pfandkehr** nach § 289 scheidet ebenfalls aus: Zwar hatte der Finder Gluffke gemäß den §§ 972, 1000 BGB ein Zurückbehaltungsrecht an dem Hund, doch hat Wilhelm die Sache nicht zugunsten des Eigentümers, sondern zu eigenen Gunsten weggenommen, so dass der subjektive Tatbestand des § 289 nicht vorliegt.
Ein **Betrug** zum Nachteil des E scheidet am fehlenden Vermögensschaden, da E in analoger Anwendung des § 851 BGB mit befreiender Wirkung an Wilhelm geleistet hat und dadurch gegenüber dem wahren Finder Gluffke von seiner Verbindlichkeit aus § 657 BGB befreit wurde.

Die Grenze zwischen Gebrauchsanmaßung und Diebstahl liegt dort, wo man im Zivilrecht von einer unbeachtlichen *protestatio facto contraria* sprechen würde.

Beispiel: Schickt der Dieb eines Pkw dem Eigentümer jede Woche eine Postkarte, auf der er verspricht, den Wagen irgendwann zurückzugeben und ihn bis dahin als Fremdbesitzer zu besitzen, so kann dies nichts an seiner Zueignungsabsicht ändern.

b) **Dolus directus 1. Grades bezüglich der Aneignung**

Die Anmaßung einer eigentümerähnlichen Stellung zeigt sich darin, dass der Täter mit der zielgerichteten Absicht handelt, die Sache selbst oder den in ihr verkörperten Sachwert seinem Vermögen einzuverleiben. Die Dauer der beabsichtigten Aneignung ist ohne Bedeutung; es genügt, dass der Täter sich einen wenn auch kurzfristigen wirtschaftlichen Vorteil verschaffen will.

aa) Hier findet also auf der einen Seite eine **Abgrenzung zur rein destruktiven Sachbeschädigung** statt, bei der der Täter zwar auch mit der Sache so verfährt, wie es nur der Eigentümer darf, dabei aber keinen wirtschaftlichen Nutzen aus der Zerstörung zieht. Besteht die wirtschaftliche Nutzung gerade in der Zerstörung (= Verbrauch), so liegt Diebstahl vor.
Beispiel: Wilhelm verheizt gestohlenen Holz in seinem Kamin.

bb) Auf der anderen Seite erfolgt durch das Kriterium der Aneignung eine **Abgrenzung zur straflosen Sachentziehung**. Zwar wird der Täter typischerweise durch die Benutzung der Sache einen wirtschaftlichen Vorteil anstreben, doch ist der wirtschaftliche Vorteil keine Voraussetzung der Aneignung: Im Gegensatz zur Bereicherungsabsicht ist es nicht erforderlich, dass der Täter durch die Aneignung einen Vermögensvorteil erlangt. So kann auch die nur vorübergehende Nutzung einer Sache eine Aneignung darstellen.

Zur Abgrenzung zwischen Zueignung und Sachentziehung OLG Köln NJW 1997, 2611: "Maßgebliches Kriterium ist die für den Diebstahl erforderliche Absicht der Aneignung. Daran fehlt es, wenn jemand eine Sache nur wegnimmt, um den anderen zu ärgern oder zu reizen oder wenn er selbst an der Sache keinerlei Interesse hat und durch die Entziehung nur in irgendeiner Form auf den anderen einwirken will."

Dazu auch BGH NStZ -RR- 1998, 235: "An der erforderlichen Zueignungsabsicht fehlt es auch in den Fällen, in denen der Täter eine Sache nur deshalb wegnimmt, um sie "quasi als Pfand" zur Durchsetzung einer Forderung zu benutzen. Auch hier will der Täter weder die Sache selbst noch ihren Wert seinem Vermögen einverleiben."

An der erforderlichen Zueignungsabsicht fehlt es auch bei der **Entwendung eines Behältnisses** (z.B.: "Handtaschenraub", BGH NStZ 2006, 686; 2004, 333), wenn der Täter das Behältnis entwenden muss, um an den Inhalt zu gelangen, und wenn er das Behältnis noch nicht einmal kurzfristig seinem Vermögen einverleiben will, sondern es von vornherein nach erfolgter Durchsuchung wegwerfen will. Hier kommt allerdings eine Sachbeschädigung in Betracht, wenn die Sache infolge der Entziehung, z.B. durch Umwelteinflüsse, beschädigt oder zerstört werden wird.

c) Der Täter muss mindestens einen **Eventualvorsatz bezüglich der dauernden Enteignung** des Berechtigten haben.

aa) Als **Abgrenzung zur grundsätzlich straflosen Gebrauchsanmaßung** setzt der Diebstahl voraus, dass der Täter die dauerhafte Verdrängung des Berechtigten aus dessen Herrschaftsposition zumindest billigend in Kauf nimmt. Würde auch bezüglich der Enteignung ein direkter Vorsatz erforderlich sein, so würde der Diebstahl seine praktische Bedeutung verlieren: Der Dieb stiehlt, um *sich oder einem Dritten* einen Vorteil zu verschaffen, nicht, um andere zu schädigen. Es genügt daher, dass er den dauernden Verlust der Verfügungsbefugnis für den Berechtigten billigend in Kauf nimmt.

bb) Im Umkehrschluss dazu handelt es sich um einen Fall der Gebrauchsanmaßung, wenn der Täter die Sache dem Eigentümer nur kurzfristig entziehen will und dieser sie später ohne wesentliche Wertminderung zurückerhalten soll. Da aber bezüglich der Enteignung des Berechtigten Eventualvorsatz ausreicht, scheidet eine Zueignungsabsicht nur dort aus, wo der Täter als sicher davon ausgeht, dass der Eigentümer die Sache zurückerhält; hält er auch das Gegenteil für möglich, so liegt Diebstahl vor. Bestehen über den Eventualvorsatz Zweifel, so gilt "in dubio pro reo."

Besondere Bedeutung erlangt diese Frage bei der deliktischen Entziehung eines Pkw:

(1) **Der Täter begeht lediglich eine Gebrauchsanmaßung nach § 248 b, wenn er das Fahrzeug nach kurzfristigem Gebrauch wieder so abstellen will, dass der Eigentümer es mit Sicherheit sofort zurückerhält.** Dazu kann er das Fahrzeug nach kurzfristigem Gebrauch wieder dort abstellen, wo er es entwendet hat, oder so parken, dass der Halter sofort ermittelt und benachrichtigt wird.

Beispiel: Wilhelm parkt den kurz zuvor entwendeten Pkw vor einer Feuerwehreinahrt oder im absoluten Halteverbot.

- (2) **Der Täter handelt mit Zueignungsabsicht und begeht daher einen Diebstahl, wenn er das Fahrzeug "in einer Lage abstellen will, die es dem Berechtigten nur mit ungewöhnlichem Aufwand oder mit Hilfe des reinen Zufalls ermöglicht, den Besitz zurückzuerlangen, oder wo das Fahrzeug dem beliebigen Zugriff Dritter preisgegeben ist"** (BGH St 22, 45). Dabei kann auch von Bedeutung sein, ob der Täter den Wagen wieder verschließt oder ihn mit offenen Türen und steckendem Zündschlüssel stehen lässt, ob das Fahrzeug sich nach Wagentyp und Aussehen leicht wiederauffinden lässt (BGH VRS 51, 210) und ob es in einer Kleinstadt oder Großstadt geparkt ist (BGH VRS 19, 441; a.A. Schönke-Schröder-Eser § 242 Rz. 54).

Beispiel: Wer einen in Hamburg entwendeten Ferrari Enzo in Rosenheim am Marktplatz verschlossen abstellt, darf davon ausgehen, dass der Eigentümer alsbald benachrichtigt wird. Wer einen Golf C in Hamburg entwendet und in Wolfsburg korrekt geparkt am Straßenrand abstellt, überlässt die Rückführung dem Zufall. Also: Immer im Halteverbot parken!!

Zur **Abgrenzung zwischen Diebstahl und Gebrauchsanmaßung** BGH in NStZ 1996, 38: "Die Frage, ob die Benutzung eines fremden Pkw als Diebstahl gemäß § 242 oder als Gebrauchsanmaßung gemäß § 248 b zu qualifizieren ist, bestimmt sich danach, ob der Täter über das fremde Fahrzeug selbstherrlich wie ein Eigentümer unter dauerndem Ausschluss des Berechtigten verfügen will und zu diesem Zweck von vornherein (!) den fremden Gewahrsam zugunsten des eigenen endgültig brechen will (Diebstahl) oder ob er sich von Anfang an mit der vorübergehenden eigenmächtigen Benutzung des Fahrzeugs begnügen will und den Gewahrsam des Berechtigten anschließend wiederherstellen will (Gebrauchsanmaßung). Die beiden Tatbestände unterscheiden sich also durch den für die Gebrauchsanmaßung typischen Willen, das Fahrzeug nach Gebrauch wieder in den Herrschaftsbereich des Berechtigten zurückführen zu wollen. Soll es lediglich eine Gebrauchsanmaßung sein, muss dieser Rückführungswille bereits zur Zeit der Wegnahme vorhanden sein: Der Täter muss bereits bei der Wegnahme den Berechtigten anschließend wieder in die Lage versetzen wollen, die ursprüngliche Verfügungsgewalt wiederherzustellen. Gegen einen derartigen Rückführungswillen spricht, dass der Täter das Fahrzeug an einem Ort stehen lässt, wo es dem ungeschützten Zugriff Dritter preisgegeben ist. Gegen einen Rückführungswillen und für eine Zueignungsabsicht spricht weiterhin, dass der Täter den Schlüssel stecken lässt, das Fahrzeug nicht verschließt und auch niemanden über den Standort des Wagens informiert.

Es kommt aber immer auf die Umstände des Einzelfalls an. Handelt es sich um ein auffälliges Fahrzeug und hat der Täter den Wagen nur wenige Straßen vom Ort der Wegnahme entfernt geparkt, so kann dies für einen Rückführungswillen und damit gegen einen Diebstahl sprechen."

AL-Klausurtyp:

Beachten Sie bitte, dass der Wille zu einer derartigen Preisgabe des Fahrzeugs bereits zur Zeit der Wegnahme (!) vorhanden sein muss (BGH NStZ 2004, 386; VRS 14, 199), so dass es für die Zueignungsabsicht nicht genügt, dass der Täter die Sache zunächst nur kurzfristig nutzen will, sie dann aber entweder irgendwo stehen lässt oder für sich behält. Hier kommt aber eine Unterschlagung gemäß § 246 I in Betracht (BGH St 16, 190).

3) Der Gegenstand der beabsichtigten Zueignung

Fall: Wilhelm entwendet aus dem Schreibtisch des O dessen Sparbuch. Nachdem er unter Vorlage dieses Sparbuchs bei der kontoführenden Stelle 2.000 Euro abgehoben hat, legt er das Buch wieder in den Schreibtisch zurück, wie er es von vornherein geplant hatte.

Der Gegenstand der Zueignung ist besonders wichtig: Da eine Sachentziehung nur bei anschließender Beschädigung und eine Gebrauchsanmaßung nur in den Fällen der §§ 248 b, 290 strafbar ist, entscheidet die Definition von Aneignung und Enteignung im Rahmen der Zueignungsabsicht über die Reichweite des strafrechtlichen Eigentumsschutzes!

a) Die Sachsubstanztheorie

Nach der Substanztheorie erfordert die Zueignungsabsicht, dass der Täter sich oder einem Dritten die *Substanz* der Sache aneignen und dem Berechtigten auf Dauer die *Substanz* der Sache entziehen will. Mit dieser Substanztheorie lassen sich die meisten Fälle befriedigend lösen, da typischerweise der Täter die Sache wegnimmt, um sich die Substanz der Sache anzueignen. Die Substanztheorie gerät allerdings in Schwierigkeiten, wenn der Täter eine Sache mit Symbolcharakter wegnimmt, deren spezifischer Wert nicht in der stofflichen Substanz liegt, sondern in dem, was die Sache verkörpert, was man mit der Sache machen kann. So besteht der Wert eines Sparbuchs nicht in der stofflichen Substanz des Papiers, sondern darin, dass man sich durch das Sparbuch als Inhaber der in dem Buch verkörperten Forderung gegenüber der Bank legitimieren kann.

Exkurs: Ein Sparbuch ist ein **qualifiziertes Legitimationspapier** nach § 808 BGB, in dem der Gläubiger der in diesem Papier verkörperten Forderung benannt ist und das bei der Geltendmachung der Forderung vorgelegt werden muss. Daher muss der Schuldner (= Bank) nur gegen Vorlage des Sparbuchs leisten. Andererseits leistet der Schuldner auch an den Nichtinhaber der Forderung mit befreiender Wirkung, wenn sich dieser durch den Besitz des Papiers legitimieren kann, es sei denn, der Schuldner würde die Nichtberechtigung grob fahrlässig verkennen. Ausführlich dazu Langels, Schuldrecht BT 1 § 71.

Nimmt der Täter eine derartige Sache weg, um sie nach dem Gebrauch und dadurch bedingter Entwertung dem Berechtigten als "leere Hülle" wieder zurückzugeben, so war das Tatobjekt das dem Forderungsinhaber nach § 952 II BGB gehörende Sparbuch, doch konnte die Substanztheorie in ihrer ursprünglich vertretenen Form nicht erklären, was sich der Täter zueignen wollte.

b) Die Sachwerttheorie

Gegenstand der Zueignung ist der in der Sache bestimmungsgemäß verkörperte Sachwert. Um aber zu verhindern, dass aus dem *Zueignungsdelikt* Diebstahl über eine allzu weite Ausdehnung des Sachwertbegriffs ein *Bereicherungsdelikt* wird, muss die enge Beziehung zwischen Sache und Zueignung durch einen engen Begriff des Sachwerts gewahrt werden (SK-Samson § 242 Rz. 70). Der zueignungsfähige Sachwert ist daher nach der insofern eingeschränkten Sachwerttheorie nicht *jede* Möglichkeit, durch die Verwendung der Sache Gewinne zu erzielen, also nicht jeder geldwerte Vorteil, der sich mit der Sache erzielen lässt. **Der Sachwert ist beschränkt auf den in der Sache verkörperten bestimmungsgemäßen Funktionswert** ("lucrum ex re", dazu BGH St 4, 236; 35, 152, 157 bzgl. EC-Karte). Daher setzt eine Zueignung unter Zugrundelegung der Sachwerttheorie stets voraus, dass die Sache durch die Verwendung des Täters zumindest einen Teil ihres Sachwertes verlieren wird. **Ohne Wertverlust der Sache gibt es keine Zueignung des Sachwerts!**

Beispiel 1: Wer einen Personalausweis wegnimmt, um sich unter Vorspiegelung einer falschen Identität einen Kredit zu erschwindeln, hat zwar mit dem weggenommenen Ausweis einen Vermögensvorteil erlangt ("lucrum ex negotio cum re"), doch hat der Ausweis durch die Benutzung nicht an Wert verloren. Soll der Personalausweis nach erfolgter Benutzung dem Berechtigten zurückgegeben werden, so handelt der Täter ohne Zueignungsabsicht: Die Sachsubstanz sollte zum Berechtigten zurückkehren, der Sachwert der Sache würde nicht verlorengehen. Es liegt insofern eine straflose Gebrauchsanmaßung vor.

Beispiel 2: Bauer Gluffke nimmt bei seinem Nachbarn N dessen Zuchthengst weg, um die eigene Stute von dem Hengst decken zu lassen. Im Anschluss stellt er den Hengst, wie von vornherein beabsichtigt, wieder in den Stall des N zurück.

Die Zueignung der Sachsubstanz war nicht beabsichtigt, da das Pferd zum Eigentümer zurückkehren sollte. Eine beabsichtigte Zueignung auf dem Boden der Sachwerttheorie würde voraussetzen, dass dem Hengst der in ihm verkörperte Wert ganz oder teilweise entzogen werden sollte. Da Gluffke wusste, dass der Deckhengst auch weiterhin bestimmungsgemäß genutzt werden konnte, würde der Hengst nicht einmal einen Teil seines Wertes verlieren, so dass auch insofern keine Zueignungsabsicht vorlag. Gluffke hat sich daher nicht nach § 242 strafbar gemacht; es war wiederum eine straflose Gebrauchsanmaßung.

Zivilrechtlich betrachtet hat Gluffke in den Zuweisungsgehalt fremden Eigentums eingegriffen, da das Eigentum an dem Tier dem N das Recht zuweist, darüber zu entscheiden, welche Stuten von seinem Hengst gedeckt werden sollen. Gluffke schuldet daher Wertersatz in Geld gemäß den §§ 812 I 1, 2. Alt., 818 II BGB in Höhe der üblichen Vergütung.

AL-Klausurtyp:

Die Sachwerttheorie kann also in Ihrer Klausur die Lücken schließen, die sich beim Diebstahl eines Gegenstandes ergeben würden, dessen Substanz zum Eigentümer zurückkehren soll, wenn die Sache durch die Benutzung des Täters ganz oder teilweise entwertet wird.

c) Die Vereinigungstheorie

Die heute h.M. vertritt die Vereinigungstheorie: Der Täter handelt in Zueignungsabsicht, wenn er sich oder einem dritten die Sache selbst (= Substanz) oder den in ihr bestimmungsgemäß verkörperten Wert aneignen und den Berechtigten bezüglich der Substanz der Sache oder ihres Wertes auf Dauer aus dessen Position verdrängen will (BGH St 35, 152, 157; 16, 190, 192; Schönke-Schröder-Eser § 242 Rz. 48; Lackner § 242 Rz. 22).

d) Die **AL-Klausurstrategie**

Beachten Sie bitte bei der Darstellung in der Klausur, dass die Sachwerttheorie ein Annex zur Sachsubstanztheorie ist, die nur Strafbarkeitslücken schließen soll. Will der Täter sich von vornherein die Substanz der Sache zueignen, so entsteht nach der Substanztheorie erst gar keine Lücke, so dass jedes Wort zur Sachwerttheorie ein Wort zuviel wäre! Daraus ergibt sich im Rahmen der Zueignungsabsicht folgende **Prüfungsreihenfolge**:

aa) Wollte sich der Täter eine eigentümerähnliche Position anmaßen, wie der Eigentümer mit der Sache verfahren? An dieser Stelle scheiden die Fälle aus, in denen sich der Täter auch nach außen hin als Fremdbesitzer geriert.

Beispiele: "Dienstmützenfall; Pudelfall; Pseudobotenfall."

bb) Handelte der Täter mit dem zielgerichteten Willen i.S.d. dolus directus 1. Grades, sich oder einem Dritten die Substanz der Sache oder (hilfsweise) den in der Sache bestimmungsgemäß verkörperten Funktionswert wirtschaftlich zunutze zu machen?

cc) Nahm der Täter zumindest billigend in Kauf, dass der Eigentümer auf Dauer aus seiner Herrschaftsposition verdrängt werden würde?

(1) Bezüglich der Sachsubstanz oder hilfsweise

(2) bezüglich des Sachwertes, wenn die Sachsubstanz unbeschädigt zum Eigentümer zurückkehren sollte.

4) Training / Problemfälle zur Zueignungsabsicht

a) Abgrenzung Diebstahl - Gebrauchsanmaßung

Die Grenze zwischen der grundsätzlich straflosen Gebrauchsanmaßung und dem strafbaren Diebstahl ist ein quantitatives Problem und daher fließend: Zueignung liegt vor, wenn angesichts der Dauer des Gebrauchs und / oder des Maßes der Entwertung der Sache infolge des Gebrauchs die Grenze der nur vorübergehenden Nutzung überschritten ist. Dabei kann man die Fälle, in denen eine Zueignung anstelle einer unbefugten Gebrauchsanmaßung vorliegt, leitsatzartig wie folgt bestimmen:

aa) Der unbefugte Gebrauch kommt dem Verbrauch und damit der wirtschaftlichen Verwertung der Sache gleich.

Beispiel: Wilhelm entwendet am Morgen vor der Tür des Nachbarn eine Tageszeitung, die er am nächsten Tag zurückgeben will.

bb) Der unbefugte Gebrauch hat eine wesentliche Substanzveränderung oder Wertminderung zur Folge (BGH St 34, 309, 312).

Beispiel: Wilhelm entwendet auf dem Hof eines Autohauses einen neuen Porsche Turbo, mit dem er 1.000 km fährt. Da der Wagen jetzt nur noch als "Vorführwagen" mit erheblichem Preisnachlass verkauft werden kann, liegt ein Diebstahl vor.

Gegenbeispiel: Hätte es sich um einen 97'er Daimler 200 D gehandelt, der bereits 280.000 km gefahren war und den nächsten TÜV ohnehin nicht überlebt hätte, so wäre es eine - hier allerdings nach § 248 b strafbare - Gebrauchsanmaßung gewesen.

cc) Der Täter handelt mit dem Willen, die Sache nach ihrer Benutzung irgendwo stehenzulassen, so dass es dem Zufall überlassen bleibt, ob und wann der Berechtigte sie zurückerhält.

dd) Der Gebrauch soll derart lange dauern, dass ein objektiver Betrachter den Verlust der Sache als dauerhaft ansehen wird und die Anschaffung einer Ersatzsache unvermeidbar ist.

Beispiel: Wilhelm entwendet in der Garage des Nachbarn Anfang Mai dessen Surfboard und will es Ende September zurückbringen. Dann will er die Skier mitnehmen...

b) Muss die Enteignung gerade *durch* die Aneignung erfolgen?

Beispiel 1: Wilhelm entwendet einen Pkw und lässt ihn nach erfolgter Benutzung 50 km vom Tatort entfernt unverschlossen stehen.

Beispiel 2: Bullmann entwendet als Gefangener einer Justizvollzugsanstalt einen Gefängnis Schlüssel, mit dem er seine Zellentür öffnet und flieht. Auf der Flucht wirft er den Schlüssel weg.

aa) Nach einer Ansicht (Seelmann, JuS 1985, 288, 291; SK-Hoyer § 242 Rz. 77 m.w.N.) muss die **Enteignung gerade durch die Aneignung** erfolgen. Da hier die Enteignung nicht durch die wirtschaftliche Nutzung (= Fahren des Pkw, Öffnen der Tür) erfolgt, sondern durch eine erneute selbständige Handlung (Stehenlassen des Pkw, Wegwerfen des Schlüssels), liegt keine Zueignung vor. Das wird damit begründet, dass es sich beim Diebstahl um ein *Sachverschiebungsdelikt* handelt, also ein Delikt, das die Verschiebung der Sache von einem Vermögen ins andere voraussetzt, nicht um eine durch Sachentziehung qualifizierte Gebrauchsanmaßung. Die Annahme, Zueignung sei Aneignung *und* Enteignung, würde die eigenständige Bedeutung der Zueignungsdelikte verkennen und bei ihnen geringere Anforderungen als bei den Vermögensdelikten stellen, bei denen der Charakter als Vermögensverschiebungsdelikt durch das ungeschriebene Merkmal der Stoffgleichheit (= spiegelbildliches Verhältnis von Schaden und angestrebtem Vermögensvorteil) gesichert ist. Um den Charakter eines Sachverschiebungsdelikt zu erhalten, sei ein ähnliches Merkmal wie die Stoffgleichheit beim Betrug erforderlich. Zueignung ist nach dieser Ansicht die durch wenigstens vorübergehende Aneignung bewirkte dauernde Enteignung.

bb) Nach h.M. (LK-Ruß § 242 Rz. 51; Schönke-Schröder-Eser § 242 Rz. 54 m.w.N.) genügt es für die Zueignung, dass der Täter sich durch *einen* Akt die Sache aneignen und durch einen *weiteren* Akt den Berechtigten enteignen will. **Zueignung ist Aneignung und Enteignung**, nicht Enteignung *durch* Aneignung. Die Gegenansicht führe zu erheblichen Strafbarkeitslücken in Fällen, in denen die Gebrauchsanmaßung nicht unter Strafe steht. Sowohl Gebrauchsanmaßung als auch Sachentziehung seien dann für sich betrachtet straflos.

Beispiel: Wer ein Paddelboot am Ufer eines Flusses entwendet, damit 20 km weit fährt und es anschließend im Gebüsch liegen lässt, kann nicht nach § 248 b bestraft werden, da es sich um kein Kraftfahrzeug handelt; wird das Boot nicht durch Umwelteinflüsse zwangsläufig beschädigt, so handelt es sich auch nicht um eine Sachbeschädigung, sondern um eine straflose Sachentziehung.

c) Zueignungsabsicht beim Rückverkauf gestohlener Ware an den Eigentümer

Fall: Wilhelm Brause ist Inhaber eines Getränkegroßhandels und veräußert an den Käufer K 5 Kästen Bier, die K zu Kühlzwecken auf seiner Terrasse lagert. Dort entwendet Wilhelm die Kästen in der vorgefassten Absicht, sie anschließend dem K erneut zum Kauf anzubieten. Nach der Entwendung sieht sich K gezwungen, erneut bei Wilhelm zu bestellen und er erhält gegen erneute Zahlung das ihm bereits gehörende Bier.

- aa) Nach einer Ansicht (Seelmann, Grundfragen der Vermögensdelikte, 19; Bockelmann BT 1, 20) liegt im Rückverkauf entwendeter Ware keine Zueignung, da dem Eigentümer weder die Substanz der Sache noch deren Wert *entzogen* werde. Die Entwendung sei als - straflose - Gebrauchsanmaßung lediglich eine Vorbereitungshandlung zum Betrug, der in der Veräußerung an den Eigentümer liegt.
- bb) Nach h.M. (BGH St 24, 115, 119; OLG Hamm, NSTZ 2008, 155; Krey Rz. 24 m.w.N.) liegt hier eine Zueignung vor. Im Rückverkauf liegt nicht die Wiederherstellung der rechtmäßigen Eigentumslage, die vielmehr vom Täter geleugnet wird. **Der Täter, der zur selbstverständlich unentgeltlichen - Herausgabe u.a. nach § 985 BGB verpflichtet ist, entzieht der Sache durch die Rückveräußerung ihren spezifischen Verkaufswert, wenn für den Eigentümer die Funktion der Sache gerade in ihrem Verkaufswert als Ware besteht oder der Eigentümer sich aus anderen Gründen zu ihrer Wiederbeschaffung gezwungen sieht.** Eine Gebrauchsanmaßung liegt nicht vor, weil der Täter die Sache dem Eigentümer nicht als diesem, sondern als dem Täter gehörend anbietet; aus Sicht des Opfers erhält er nicht *seine* Sache zurück, sondern er kauft eine *andere* Sache. Das Angebot des Eigentumserwerbs setzt dabei begriffsnotwendig die vorherige Zueignung durch den Täter voraus. Im Übrigen bestehen gegen die Gegenansicht auch kriminalpolitische Vorbehalte: Der Dieb, der die Beute besitzt, braucht ja nur zu behaupten, er habe die Beute von vornherein an den Eigentümer zurückveräußern wollen! Seelmann wendet gegen das Argument der Strafbarkeitslücke ein, die Gerichte hätten es in der Hand, solche Behauptungen als Schutzbehauptungen unbeachtet zu lassen.

5) Die Rechtswidrigkeit der beabsichtigten Zueignung

Die vom Täter beabsichtigte Zueignung muss objektiv rechtswidrig sein. Darüber hinaus muss der Täter im Rahmen der Zueignungsabsicht mindestens billigend in Kauf nehmen, dass die Zueignung der weggenommenen Sache im Widerspruch zur Rechtsordnung steht.

a) Objektive Rechtswidrigkeit

Die beabsichtigte Zueignung muss im Widerspruch zur geltenden Rechtslage stehen. Die Rechtswidrigkeit der beabsichtigten Zueignung entfällt daher einerseits, wenn allgemeine Rechtfertigungsgründe die Rechtswidrigkeit entfallen lassen. Ferner kann der Täter einen fälligen, einredefreien schuldrechtlichen Anspruch auf gerade den Gegenstand haben, den er weggenommen hat (BGH St 17, 88; SK-Samson § 242 Rz. 82).

- aa) **Allgemeine Rechtfertigungsgründe** wie der Notstand des § 34 StGB, Einwilligung und mutmaßliche Einwilligung sowie § 904 BGB können die Rechtswidrigkeit entfallen lassen.
- (1) **Einwilligung:** Hatte der Eigentümer zuvor erklärt, dass der "Täter" die Sache an sich nehmen dürfe, so wird darin regelmäßig entweder bereits ein auf Übereignung der Sache gerichtetes *Angebot* i.S.d. §§ 929 ff. BGB oder zumindest ein die Wegnahme ausschließendes - *Einverständnis* mit dem Gewahrsamswechsel liegen, so dass für den eigentlichen Rechtfertigungsgrund der Einwilligung kaum ein Bedürfnis besteht.

- (2) **Mutmaßliche Einwilligung:** Anders liegen die Dinge, wenn der Eigentümer sich weder ausdrücklich noch konkludent erklärt hat. Hier kann unter den Voraussetzungen einer mutmaßlichen Einwilligung die Rechtswidrigkeit entfallen, insbesondere wenn der Eigentümer durch die Wegnahme der Sache keinerlei Nachteil erleidet (= **weichendes Interesse**).

Beispiel: Der Täter möchte Geld wechseln, um Zigaretten zu ziehen. Er legt einen 10 Euro-Schein in eine Kasse, aus der er fünf 2-, Euro-Stücke entnimmt.

- (3) **Rechtfertigender Notstand nach § 904 BGB:** Dieser zivilrechtliche Rechtfertigungsgrund gestattet zwar regelmäßig nur die *Einwirkung* auf die Sache, kann aber unter bestimmten Voraussetzungen auch die *Entziehung* der Substanz rechtfertigen.

Beispiel: Der Retter R ergreift einen fremden Feuerlöscher zur Löschung eines Brandes und entzieht dem Eigentümer das darin enthaltene Löschpulver.

- bb) **Schuldrechtliche Ansprüche** auf die weggenommene Sache lassen ebenfalls die Rechtswidrigkeit entfallen, wenn der Täter einen fälligen durchsetzbaren Anspruch auf gerade diese Sache hatte.

- (1) **Stückschuld:** Hatte der Täter einen Speziesanspruch (z.B. §§ 433 I, 2174 BGB) auf die Sache, der fällig (§ 271 BGB) und frei von Einreden war, so übt der "Täter" zwar verbotene Eigenmacht i.S.d. § 858 BGB, doch steht die Gewahrsamsverschiebung nicht in Widerspruch zur Rechtsordnung. Dies gilt aber nur, wenn der Eigentümer der Geltendmachung des Anspruchs keine Einrede hätte entgegenhalten können: Einen Anspruch, den der Täter de iure nicht ohne weiteres durchsetzen kann, darf er auch nicht eigenmächtig durchsetzen.

Beispiel: Der Käufer K hat beim Verkäufer V einen Gebrauchtwagen gekauft. Hat K den Wagen noch nicht bezahlt, so darf er ihn auch dem V (noch) nicht wegnehmen, da ihm V die Einrede des noch nicht erfüllten Vertrages nach § 320 BGB entgegenhalten könnte.

- (2) **Gattungsschuld:** Hat der Gläubiger gegen seinen Schuldner (= Eigentümer) nur einen der Gattung nach bestimmten Anspruch auf Übereignung, so hat der Schuldner gemäß § 243 I BGB das Recht, aus der Gattung einen erfüllungstauglichen Gegenstand mittlerer Art und Güte auszuwählen und damit seine Schuld zu erfüllen. Der Gläubiger hat daher nicht das Recht, sich aus der Gattung die besten Stücke auszusuchen; vielmehr muss er jeden Gegenstand aus der Gattung als Erfüllung akzeptieren, der mittlerer Art und Güte ist. Diese *Konkretisierungsbefugnis* des Schuldners schützt also nicht nur dessen formale Eigentumsposition (Stückschuld), sondern auch dessen materielle Interessen, so dass derjenige einen Diebstahl begeht, der durch einseitige Wegnahme der Sache dem Schuldner diese Möglichkeit nimmt.

- (3) **Geldschulden:** Wie wir gerade gesehen haben, schützt der Tatbestand des Diebstahls materielle Interessen des Schuldners, dessen Konkretisierungsbefugnis gewahrt wird. An einer derartigen Konkretisierung kann der Schuldner einer Geldsumme aber nicht (schutzwürdig) interessiert sein, da er wegen der uneingeschränkten Vertretbarkeit von Geldwertzeichen kein schutzwürdiges Interesse daran haben kann, Geldscheine "mittlerer Art und Güte" auszuwählen, mit denen er seine Schulden begleicht. Schuldet der Schuldner dem "Täter" daher einrededefrei eine Geldsumme, so ist die einseitige Wegnahme entsprechender Geldscheine nicht rechtswidrig (= **Geldsummentheorie**, Roxin FS für H. Mayer, S. 469 ff., SK-Samson § 242 Rz. 82 ff., weitergehend Schönke-Schröder-Eser § 242 Rz. 4 a, der die Rechtswidrigkeit über Geldschulden hinaus überall dort entfallen lassen will, wo der Schuldner wegen der beliebigen Vertretbarkeit in seiner Konkretisierungsbefugnis nicht schutzwürdig ist).

Nach der Rspr. (BGH St 17, 87 Moos raus"-Fall; NJW 1990, 2832; NStZ 1988, 216) bleibt es dabei, dass Geldschulden Gattungsschulden sind und dass der Täter daher keinen Anspruch auf genau *die* Geldscheine hatte, die er seinem Schuldner weggenommen hat. Da aber innerhalb weiter Bevölkerungskreise der "Irrglaube" besteht, der Gläubiger könne sich aus ihm zugänglichen Zahlungsmitteln befriedigen, irrt sich der Täter über die Rechtswidrigkeit seiner Zueignung und damit über ein Merkmal des subjektiven Tatbestandes. Dies hat zur Folge, dass nach § 16 I 1 sein Vorsatz entfällt (BGH St 17, 87, 91; NStZ 1988, 216).

b) Subjektive Kenntnis der Rechtswidrigkeit

Der Täter muss auch bezüglich der Rechtswidrigkeit der Zueignung vorsätzlich handeln, wobei es genügt, dass er billigend in Kauf nimmt, auf die weggenommene Sache keinen Anspruch zu haben. Befindet sich der Täter bezüglich der Rechtswidrigkeit der beabsichtigten Zueignung in einem Irrtum, so muss man unterscheiden:

- aa) Glaubt der Täter an Umstände, bei deren tatsächlichem Vorliegen er einen fälligen und einredefreien Anspruch auf die weggenommene Sache gehabt hätte, so befindet er sich in einem den Vorsatz ausschließenden **Tatbestandsirrtum** nach § 16 I 1.

Beispiel: Der Käufer K hatte einen Gebrauchtwagen gekauft und bereits bezahlt, doch hatte der Verkäufer den Wagen noch nicht übereignet. In Abwesenheit des Verkäufers nimmt K den Wagen eigenmächtig an sich; nachträglich stellt sich die Nichtigkeit des Kaufvertrages heraus.

- bb) Glaubt der Täter hingegen, bei noch nicht fälliger Forderung oder bei einem Anspruch auf eine nur der Gattung nach bestimmte Sache einen konkreten Gegenstand eigenmächtig wegnehmen zu dürfen, so befindet er sich in einem vermeidbaren **Subsumtionsirrtum**, der den Vorsatz nicht berührt, sondern wie ein Verbotsirrtum behandelt wird. Dieser Subsumtionsirrtum ist unbeachtlich, wenn der Täter die Umstände zutreffend erkannt hat, an deren Vorliegen der Gesetzgeber die Rechtswidrigkeit knüpft.

Beispiel: Der Täter hatte den Wagen noch nicht bezahlt, glaubt aber, ihn auch ohne Erbringung der Gegenleistung als die ihm geschuldete Ware eigenmächtig wegnehmen zu dürfen.

§ 2 Der besonders schwere Fall des Diebstahls nach § 243

Vorbemerkung

§ 243 enthält keine kasuistischen Tatbestandsmerkmale, sondern **Strafzumessungsregeln** (BGH NJW 2017, 1189; BGH St 33, 370), die den Strafraumen des § 242 erweitern. Es handelt sich dabei um **Regelbeispiele**, wobei bereits die Bezeichnung "Regelbeispiel" auf die inhaltlichen Unterschiede zu den Qualifikationstatbestandsmerkmalen hinweist:

1) "Regel"

Hat der Täter eines der in § 243 I genannten Merkmale objektiv und subjektiv verwirklicht, so ist dadurch ein besonders schwerer Fall des Diebstahls indiziert ("in der Regel"). Es entsteht eine **Regelwirkung**: Aufgrund der in § 243 I ausgesprochenen gesetzlichen Vermutung handelt es sich regelmäßig um einen besonders schweren Fall, so dass der Richter im Urteil die Anwendung des erhöhten Strafraumes nicht gesondert begründen muss. Diese Indizwirkung des Regelbeispiels kann aber in 2 Fällen widerlegt werden:

- § 243 II: Es handelt sich trotz Verwirklichung des § 243 I nicht um einen besonders schweren Fall des Diebstahls, wenn sich die Tat auf eine geringwertige Sache bezog. Dabei handelt es sich (nach Schönke-Schröder-Eser § 243 Rz. 3) um eine unwiderlegliche Gegenindikation gegen die besondere Schwere des an sich nach § 243 I gegebenen Erschwerungsgrundes. Dennoch sollten Sie vor Prüfung der Erschwerungsgründe des § 243 I die Prüfung des Ausschlussgrundes § 243 II nach vorne ziehen (so auch Zipf in FS für Dreher, 391).
- Der Richter kann trotz Verwirklichung des § 243 I die Annahme eines besonders schweren Falles ablehnen, wenn bei einer Gesamtabwägung aufgrund besonderer Umstände innerhalb des Tatgeschehens oder in der Persönlichkeit des Täters die Anwendung des im Verhältnis zu § 242 erhöhten Strafraumes unangemessen wäre (BGH StV 1989, 432), was beispielsweise bei einem Diebstahl aufgrund akuter Not der Fall wäre. Während der Richter die Annahme eines besonders schweren Falles bei Verwirklichung des § 243 I nicht begründen muss, muss er im umgekehrten Fall aber im Urteil begründen, warum er trotz der Verwirklichung des Regelbeispiels keinen besonders schweren Fall angenommen hat.

2) "Beispiel"

Auch wenn der Täter keines der in § 243 I genannten Merkmale verwirklicht, darf der Richter einen besonders schweren Fall des Diebstahls i.S.v. § 243 I annehmen, wenn die Tat von ihrem Unrechtsgehalt her bei einer Gesamtwürdigung einem der in § 243 I genannten Fälle entspricht (BGH St 29, 319, 322; 23, 257). Entscheidend ist, ob das gesamte Tatbild und die Persönlichkeit des Täters so stark vom Durchschnitt abweichen, dass die Tatumstände einem Regelbeispiel vergleichbar sind und daher die Anwendung des erhöhten Strafraumes geboten ist (BGH NJW 1993, 2252, 2253).

Beispiele: Besonders brutale Vorgehensweise des Täters; Diebstahl besonders wertvoller Gegenstände.

Analyse: Die Regelbeispiele des § 243 I sind nur eine beispielhafte, nicht erschöpfende Aufzählung von besonders schweren Fällen des Diebstahls.

3) Regelbeispiele sind Tatbestandsmerkmalen angenähert.

Regelbeispiele sind im Gegensatz zu den Tatbestandsmerkmalen weder abschließend noch zwingend, doch sind sie den Tatbestandsmerkmalen angenähert, weil sie wie Qualifikationstatbestandsmerkmale erhöhtes Unrecht in gesetzlich fixierten Merkmalen typisieren. Dies hat 2 Konsequenzen:

- a) **Der Vorsatz muss sich auf die Verwirklichung des Regelbeispiels beziehen**, da ansonsten in analoger Anwendung des § 16 I 1 der Täter nicht über § 243 I in erhöhtem Maß bestraft werden kann.
- b) **Auch die teilweise Verwirklichung eines Regelbeispiels kann nach Ansicht des BGH (BGH St 33, 370) zur Annahme eines besonders schweren Falls des Diebstahls führen**. So kann es den versuchten Diebstahl in einem besonders schweren Fall gemäß den §§ 242, 243 I Nr. 1, 2 auch dann geben, wenn der Täter das Regelbeispiel nicht voll verwirklicht hat.
(Zur Argumentation des BGH und zur Kritik daran lesen Sie bitte meinen StGB AT 2 § 39 IV 2; ansonsten Huber JuS 2016, 597.)

I. Die Struktur des Diebstahls in einem besonders schweren Fall: §§ 242, 243 I 2

Fall: Wilhelm Brause bricht in einem Bürogebäude des E mit einem Stemmeisen eine verschlossene Tür auf. Er findet im Büro eine verschlossene Kasse mit einem Inhalt von 1.000 Euro, die er mitnimmt und zu Hause aufbricht.

1. Wilhelm könnte einen Diebstahl in einem besonders schweren Fall gemäß den §§ 242, 243 I 2 Nr. 1, 2 begangen haben.

A. Tatbestand

I. Objektiver Tatbestand

Sowohl bei der Kasse als auch bei dem Geld handelte es sich um bewegliche Sachen, die dem Täter nicht gehörten. Diese für ihn fremden, beweglichen Sachen standen ursprünglich im Gewahrsam des E, dem auch in seiner Abwesenheit alle Gegenstände sozial zugeordnet werden, die sich in seinem Büro befinden. Wilhelm hat den Gewahrsam des E gegen dessen Willen aufgehoben und neuen Gewahrsam begründet, also sowohl die Kasse als auch das Geld weggenommen.

II. Subjektiver Tatbestand

- 1) Wilhelm wusste, dass es sich bei den Tatobjekten um für ihn fremde und bewegliche Sachen handelte; er hat diese Sachen auch vorsätzlich weggenommen.
- 2) Ferner hatte er sowohl bezüglich des Geldes als auch bezüglich der Kasse Zueignungsabsicht, da er sich die Sachen seinem Vermögen einverleiben und den E auf Dauer aus dessen Position verdrängen wollte. Zudem hatte er auf die weggenommenen Sachen keinen Anspruch, was ihm auch bekannt war.

B./C. Wilhelm hat auch **rechtswidrig** und **schuldhaft** gehandelt und dadurch einen Diebstahl begangen.

D. Strafzumessung

Es könnte sich darüber hinaus um einen Diebstahl in einem besonders schweren Fall gehandelt haben, wenn Wilhelm eines der in § 243 I genannten Regelbeispiele vorsätzlich verwirklicht hat.

I. In objektiver Hinsicht kommt die Verwirklichung sowohl der Nr. 1 als auch der Nr. 2 in Betracht. Wilhelm ist i.S.d. Nr. 1 in ein Gebäude eingebrochen, da er durch das Aufstemmen der verschlossenen Tür eine Schutzvorrichtung gewaltsam geöffnet hat. Ferner hat er durch die Entwendung der verschlossenen Kasse etwas gestohlen, was durch ein verschlossenes Behältnis gegen Wegnahme besonders gesichert war. Dabei ist irrelevant, dass er die ganze Kasse gestohlen und sie erst zu Hause aufgebrochen hat, da es nicht darauf ankommt, dass der Täter die Sicherung bereits bei der Wegnahme durchbricht.

II. In subjektiver Hinsicht hat der Täter sowohl bezüglich des Einbrechens als auch bezüglich der besonderen Sicherung der Sache vorsätzlich gehandelt.

Zwischenergebnis: Obwohl Wilhelm 2 Regelbeispiele gleichzeitig erfüllt hat, bleibt es insgesamt ein Diebstahl in einem besonders schweren Fall. Wilhelm hat daher *einen* Diebstahl in *einem* besonders schweren Fall gemäß den §§ 242, 243 I 2 Nr. 1, 2 begangen.

2./3. Die durch das Aufstemmen der Tür bedingte Sachbeschädigung i.S.d. § 303 tritt ebenso wie der Hausfriedensbruch des § 123 hinter die §§ 242, 243 I 2 Nr. 1, 2 im Wege der Gesetzeskonkurrenz in Form von **Konsumtion** zurück, da durch die Bestrafung aus dem erhöhten Strafraumen der §§ 242, 243 I der Unwertgehalt der §§ 123, 303 mit abgegolten wird.

II. Die einzelnen Regelbeispiele

1) Der Einbruchsdiebstahl des § 243 I 2 Nr. 1

Die Wegnahme der fremden beweglichen Sache muss in einem umschlossenen Raum begangen werden. Dabei beschreibt § 243 I 2 Nr. 1, wie der Täter in diesen Raum gelangt ist. Grund der Strafschärfung ist die Missachtung sozialer Übereinkunft, bestimmte Schranken zu respektieren, selbst wenn die körperliche Barriere nur nahezu Symbolcharakter hat. Die erhöhte körperliche Anstrengung des Täters ist irrelevant: "Körperliche Arbeit schändet nicht, auch nicht den Dieb" (Arzt LH 3, D I 3, lesenswert: "Durch die Aufforderung, durch physische Barrieren den Dieb auszusperren, wird aber aus einer offenen, auf Vertrauen angelegten Gesellschaft eine geschlossene, von gegenseitigem Misstrauen geprägte Gesellschaft. Es ist aber nicht nur das *Eigentum*, sondern auch eine Gesellschaft der offenen Türen ein zu verteidigendes Rechtsgut. Ferner wird durch verstärkte Sicherheitsbemühungen der Diebstahl nicht *verhindert*, sondern auf schwächere oder leichtsinnigere Bürger *verlagert*. Kriminalität ist dadurch nicht mehr ein Kampf der Gesellschaft gegen einige wenige Verbrecher, sondern ein Kampf aller gegen alle um die Verteilung des "Opferisikos").

a) Der Tatort

aa) **Umschlossener Raum ist jedes Raumgebilde, das von Menschen betreten werden kann und durch künstliche Hindernisse gegen willkürliches Betreten geschützt ist** (BGH NStZ 2000, 143; OLG Karlsruhe NJW-RR- 2007, 95). Der Raum muss nicht verschlossen sein, doch müssen Hindernisse den Zugang erheblich erschweren, z.B. hohe und dichte Hecken oder Zäune. Konnte der Täter den umschlossenen Raum aufgrund einer Lücke (z.B. Loch in einer ansonsten dichten Hecke) problemlos betreten, so liegt kein schwerer Fall i.S.d. § 243 I 2 Nr. 1 vor (BGH StV 1983, 204).

Andererseits muss der umschlossene Raum nicht fest mit dem Boden verbunden sein, so dass auch ein Wohnwagen, die Ladefläche eines Lkw oder der Insassenraum eines Pkw einen umschlossenen Raum darstellen. Der Kofferraum eines Pkw hingegen dient nicht dazu, von Menschen betreten zu werden und ist daher ein "Behältnis" i.S.d. Nr. 2.

- bb) Ein Unterfall des umschlossenen Raums ist das **Gebäude**. Es dient dem Schutz von Menschen oder Sachen und ist mit dem Boden fest verbunden, wie z.B. Häuser oder Lagerhallen. Auch Zelte können Gebäude sein, da es nur auf die Festigkeit, nicht auf die Dauerhaftigkeit der Verbindung ankommt.

b) **Die Tathandlung**

- aa) **Einbrechen** ist das gewaltsame Öffnen von Schutzvorrichtungen, wobei der Täter ein Mindestmaß an körperlicher Kraft entfalten muss. Zwar ist keine Substanzverletzung erforderlich, doch scheidet die zwar gewaltsame, aber dennoch funktionsgerechte Öffnung aus (OLG Karlsruhe NStZ –RR- 2005, 140).

Beispiel: Aufdrücken einer nicht verschlossenen, klemmenden Tür.

Der Einbrecher braucht den Raum nicht zu betreten; es genügt, wenn er durch die gewaltsam hergestellte Öffnung hineingreift (BGH NStZ 1985, 217; OLG Düsseldorf JZ 1984, 684; kritisch Arzt StV 1985, 104).

- bb) **Einsteigen** ist das Betreten der geschützten Räumlichkeit durch eine nicht zum Betreten des Raumes bestimmte Öffnung unter Einsatz einer gewissen Geschicklichkeit (BGH NJW 2016, 1897; 1993, 2252; LK-Ruß § 243 Rz. 12 m.w.N.).

Beispiel: Der Täter steigt durch ein offenes Fenster ein. Die Benutzung eines verbotenen, aber offenen Eingangs hingegen genügt nicht.

Der Täter muss zwar nicht mit dem gesamten Körper, aber doch mit einem Großteil des Körpers in den Raum gelangt sein. Bloßes Hineingreifen genügt nicht, da der Körper innerhalb des Raumes einen "Stützpunkt" gefunden haben muss.

Beispiel: Das bloße Hineingreifen in ein Kfz genügt nicht (BGH St 10, 132).

- cc) Die **Benutzung eines falschen Schlüssels** stellt einen weiteren besonders schweren Fall des Diebstahls dar. **Der benutzte Schlüssel ist "falsch", wenn er zur Tatzeit nicht oder nicht mehr zum ordnungsgemäßen Öffnen dieser Tür vom Berechtigten bestimmt war** (BGH St 14, 291, 292; 21, 189), wobei Berechtigter derjenige ist, der die Verfügungsgewalt über den Raum hat. Die bloße unbefugte Benutzung des Schlüssels durch einen an sich Berechtigten fällt nicht unter § 243 I 2 Nr. 1 (BGH StV 1987, 20).

Bei der Benutzung eines falschen Schlüssels gibt es 2 Möglichkeiten:

- (1) **Der benutzte Schlüssel ist (von vornherein) falsch, wenn es sich um einen Nachschlüssel oder einen Zweitschlüssel handelt, von dessen Existenz der Berechtigte nichts weiß.** Auch ein (z.B. unter der Fußmatte für den Notfall versteckter) Zweitschlüssel ist ein "falscher" Schlüssel, da er nicht regelmäßig benutzt wird und nur in Ausnahmefällen zum ordnungsgemäßen Öffnen bestimmt ist (BGH St 14, 291). Ebenso kann die Bestimmung durch den Berechtigten befristet sein, so dass mit Fristablauf der Schlüssel falsch wird.

Beispiel nach BGH St 13, 15: Der Mieter eines Büroraums hatte nach dem Auszug ohne Wissen des Vermieters einen Schlüssel behalten und diesen Schlüssel später zu Diebstahlszwecken benutzt.

- (2) **Auch ein ehemals "echter" Schlüssel kann diese Zweckbestimmung dadurch verlieren, dass sie ihm vom Berechtigten durch "Entwidmung" entzogen wird, insbesondere wenn der Berechtigte den Schlüssel verloren hat oder er ihm gestohlen wurde.** Diese Entwidmung ist ein innerer Vorgang, der nicht nach außen erklärt werden muss, der aber natürlich voraussetzt, dass der Berechtigte den Verlust des Schlüssels bemerkt hat (BGH St 21, 189; StV 1993, 422). Hat der Berechtigte den Verlust des Schlüssels noch nicht bemerkt, so wird der Schlüssel nicht allein dadurch falsch, dass der Täter den Schlüssel gestohlen hat (BGH GA 1965, 344; Huff NStZ 1985, 440).

Anderer "nicht zur ordnungsgemäßen Öffnung bestimmte Werkzeuge" müssen ähnlich wie ein Schlüssel auf den Mechanismus des Schlosses einwirken (z.B. Dietrich, Haken). Die Verwendung eines Stemmeisens zählt also nicht dazu, doch kommt hier ein "Einbrechen" in Betracht.

- dd) **Sich verbergen:** Dem unrechtmäßigen Betreten eines Raumes steht es gleich, dass sich der Täter unrechtmäßig in diesem Raum verborgen hält. Dabei kommt es nicht darauf an, ob der Täter den Raum unrechtmäßig *betreten* hat; entscheidend ist nur, dass er sich zur Zeit der Tat unrechtmäßig darin *aufhält*. Der Grund für die Strafschärfung liegt darin, dass das Verbergen dem Täter gestattet, sich den Zeitpunkt für die Tat auszusuchen, in dem der Schutz des Gewahrsams möglichst gering ist.

Beispiel: Wilhelm lässt sich nach Ladenschluss im Kaufhaus einschließen, um ungestört stehlen zu können.

AL-Klausurtyp:

Sämtliche Alternativen des § 243 I 2 Nr. 1 müssen *zur* Ausführung des Diebstahls verwirklicht worden sein: **Die Verwirklichung des Regelbeispiels muss Mittel zum Zweck sein.** Wer den Wegnahmevorsatz erst *nach* Betreten des Raumes fasst, verwirklicht das Regelbeispiel nicht!

2) **Das verschlossene Behältnis des § 243 I 2 Nr. 2**

Der Täter stiehlt eine Sache, die durch ein verschlossenes Behältnis oder eine sonstige Schutzvorrichtung (z.B. Schlösser, Alarmanlagen) gegen Wegnahme besonders gesichert ist.

- a) **Behältnis ist ein umschlossener Raum, der der Aufbewahrung von Sachen dient und der im Gegensatz zu den in Nr. 1 genannten Räumen nicht zum Betreten von Menschen bestimmt ist** (BGH St 1, 158, 163).

Beispiele: Kisten, Tresore, Kofferraum eines Pkw.

- b) **Das Behältnis ist verschlossen, wenn Vorrichtungen den Inhalt gegen Wegnahme sichern** (z.B. Schloss). Ein Behältnis ist nicht verschlossen, wenn der Schlüssel noch steckt oder sich das Behältnis durch einfachen Tastendruck öffnen lässt (z.B. Registrierkasse; BGH NJW 1974, 567; differenzierend OLG Frankfurt NJW 1988, 3028).

Eine "andere Vorrichtung" i.S.d. Nr. 2, die den Gegenstand gegen Wegnahme sichern soll, wäre z.B. ein Lenkradschloss an einem Pkw, das fest verschnürte Paket oder ein Wachhund, der bestimmte Gegenstände bewachen soll. Keine Schutzvorrichtungen i.S.d. Nr. 2 sind Verpackungen (z.B. Umschlag eines Briefes, Warenkarton) oder Halterungen (z.B. beim Autoradio, OLG Schleswig NJW 1984, 67), die den Gegenstand nur gegen Erschütterungen oder Verlust (z.B. Gepäckträger eines Fahrrades), aber eben nicht gegen Wegnahme schützen sollen.

- c) **Die Anwendung des § 243 I 2 Nr. 2 setzt nicht voraus, dass der Täter die Schutzvorrichtung durchbrochen hat und auf diese Art erst den Gegenstand wegnehmen konnte.** Es handelt sich bereits dann um einen besonders schweren Fall des Diebstahls, wenn eine derartige Schutzvorrichtung vorhanden war *und* der Täter die Sache weggenommen hat (BGH St 24, 248; LKRuß § 243 Rz. 18; a.A. SK-Hoyer § 243 Rz. 22).

Beispiel: Der Eigentümer eines Fahrrades hatte das Fahrrad durch ein Fahrradschloss gesichert. Da dem Täter das Aufbrechen des Schlosses am Tatort zu riskant erscheint, trägt er das Fahrrad nach Hause.

- d) Ob ein **Sicherungsetikett** die Ware gegen Wegnahme besonders sichert, ist umstritten.

- aa) Nach einer Ansicht (Borsdorff JR 1989, 4; Seier JA 1985, 387, 391) hat der Täter das Regelbeispiel des § 243 I 2 Nr. 2 verwirklicht, weil das Sicherungsetikett die psychologische Hemmschwelle erhöht und die Beseitigung des Sicherungsetiketts mit einem erheblichen Aufwand verbunden ist.

bb) Nach der Gegenauffassung (OLG Düsseldorf, NJW 1998, 1002; OLG Stuttgart, NStZ 1985, 76; BayObLG, NJW 1995, 3000; Dölling, JuS 1986, 688, 689 m.w.N.) schützen die Sicherungsetiketten nicht gegen die Wegnahme, sondern dienen nur zur Enttarnung einer bereits *vollendeten* Wegnahme, weil sie aufgrund ihrer geringen Größe und Beschaffenheit die Begründung neuen Gewahrsams gar nicht verhindern können. Hat der Kunde einen kleinen Gegenstand in seine Kleidung oder seine sonstige Intimsphäre gesteckt, so hat er bereits vor Verlassen des Geschäfts neuen Gewahrsam begründet. Wie wir oben bereits festgestellt haben, gilt dies auch in den Fällen, in denen die Ware elektronisch gesichert ist (BayObLG NJW 1995, 3000).

Dazu das OLG Düsseldorf in NJW 1998, 1002: "Die Schutzvorrichtungen müssen dazu geeignet und bestimmt sein, die Wegnahme der Sache physisch erheblich zu erschweren. Es genügt nicht, dass die Schutzvorrichtung erst wirksam wird, wenn der Gewahrsam bereits gebrochen ist. Sicherungsetiketten sind aber nicht in der Lage, den Gewahrsamsbruch zu verhindern, der in aller Regel mit dem Verbergen des Diebesguts am Körper oder in einem Behältnis des Täters innerhalb des Warenhauses und nicht erst mit dem Verlassen vollendet ist."

3) Der gewerbsmäßige Diebstahl des § 243 I 2 Nr. 3

Gewerbsmäßig handelt der Dieb, der sich durch wiederholte Tatbegehung eine Einnahmequelle verschaffen will. Dabei genügt es, dass der Täter die Sache für sich behalten will; der Begriff der Gewerbsmäßigkeit setzt nicht voraus, dass der Dieb die gestohlene Sache veräußern will. Ob bereits der erste von mehreren beabsichtigten Diebstählen gewerbsmäßig sein kann, ist streitig. Samson (SK § 243 Rz. 23) lehnt dies ab, da ansonsten die bloße Absicht des Täters strafschärfend wirken würde; die h.M. (Wessels-Hillenkamp Rz. 231; Schönke-Schröder-Eser § 243 Rz. 21 m.w.N.) bestraft bereits die Absicht des Täters beim ersten Diebstahl.

4) Der Kirchendiebstahl des § 243 I 2 Nr. 4

Der Täter stiehlt aus einer Kirche oder einem anderen der Religionsausübung dienenden Gebäude einen Gegenstand, der der religiösen Verehrung dient.

Beispiele: Madonnen, Kruzifixe, Monstranzen.

5) Der gemeinschädliche Diebstahl des § 243 I 2 Nr. 5

In verschärftem Maße bestraft wird auch der Diebstahl von kulturell bedeutsamen, allgemein zugänglichen Gegenständen, die dadurch gegen eine Wegnahme relativ ungeschützt sind, dass ein unbegrenzter Personenkreis Zugang zu ihnen hat. Hier wird nicht nur das Eigentum geschützt, sondern auch das Interesse der Allgemeinheit an der Erhaltung kultureller Werte.

Beispiel: Diebstahl in Museen oder öffentlichen Bibliotheken. Vergleichen Sie dazu bitte auch die gleiche Argumentation bei der gemeinschädlichen Sachbeschädigung gemäß § 304 / Strukturdenken!

6) Ausnutzen der Hilflosigkeit oder eines Unglücksfalles: § 243 I 2 Nr. 6

Einen besonders schweren Diebstahl begeht derjenige, der sich zur Begehung eines Diebstahls die Hilflosigkeit, die Krankheit, die Trunkenheit, die Ohnmacht, den Schlaf (Schönke-Schröder-Eser § 243 Rz. 38; a.A. BGH NStZ 1990, 388; LK-Ruß § 243 Rz. 32; differenzierend BGH NJW 1990, 2569), einen Unglücksfall oder den Eintritt einer gemeinen Gefahr (z.B. Naturkatastrophen) des Opfers zunutze macht, da die Sache nunmehr aufgrund der fehlenden Aufmerksamkeit des Betroffenen dem Zugriff Dritter schutzlos ausgeliefert ist. Dabei genügt es nicht nur, dass der Täter diese Situation kennt, sondern er muss sie ganz bewusst als erleichterte Möglichkeit der Tatbegehung *ausnutzen*. Daran fehlt es, wenn der Täter nur die durch die Krankheit bedingte Abwesenheit des Wohnungsinhabers ausnutzt (BGH NStZ 1985, 215).

7) Der Schusswaffen- und Sprengstoffdiebstahl: § 243 I 2 Nr. 7

Der Täter stiehlt eine nach § 28 WaffenG erlaubnispflichtige Handfeuerwaffe, ein automatisches Gewehr oder Sprengstoff. Durch die erhöhte Strafandrohung soll hier die von derartigen Waffen ausgehende Gefahr berücksichtigt werden. Im Gegensatz zu § 244 I 1 Nr. 1 a kommt es für die Anwendung des § 243 I 2 Nr. 7 aber nicht darauf an, ob die gestohlene Waffe sofort einsatzbereit ist und gegen das Opfer oder etwaige Verfolger sofort eingesetzt werden kann.

AL-Klausurtyp:

Ist die gestohlene Waffe einsatzbereit, so führt der Täter nach erfolgter Wegnahme eine einsatzbereite Waffe bei sich und verwirklicht dadurch die Qualifikation des § 244 I Nr. 1 a, wobei die Qualifikation des § 244 das Regelbeispiel des § 243 verdrängt!

III. Der Ausschlussgrund des § 243 II

Trotz objektiver und subjektiver Verwirklichung der in § 243 I genannten Regelbeispiele ist die Annahme eines besonders schweren Falles ausgeschlossen, wenn sich die Tat in objektiver und subjektiver Hinsicht auf eine geringwertige Sache bezieht. Da es bei der Anwendung des § 243 I um die Strafzumessung geht, spielen nicht nur objektive Gesichtspunkte (z.B.: hoher Wert des Tatobjekts = erhöhter Erfolgswert), sondern auch subjektive Faktoren (Vorsatz bezüglich des hohen Wertes = erhöhter Handlungswert) eine Rolle.

1) Das Objekt der Geringwertigkeit

Der Beurteilungsmaßstab der Geringwertigkeit kann nur die gestohlene Sache selbst sein. Ein während der Tat verursachter Schaden (z.B. eingeschlagene Scheibe) bleibt dabei außer Betracht. Der Wert der Sache bestimmt sich nach dem Verkehrswert; die Grenze liegt bei **ca. 50 Euro** (OLG Frankfurt, NStZ-RR- 2008, 311; Lackner-Kühl § 248 a Rz. 3). Hat der weggenommene Gegenstand keinen bezifferbaren Vermögenswert, so ist § 243 II nicht anwendbar (z.B. Diebstahl von Straftakten, Scheckkarten); das gleiche gilt, wenn die weggenommene Sache den Zugang zu einem Vermögenswert von über 50 Euro eröffnet (z.B. Geldautomatenkarte, dazu Fischer § 248 a Rz. 4 m.w.N.). Hier bleibt es bei der Anwendung von § 243 I, da der Funktionswert der Sache im Vordergrund steht (BGH NJW 1977, 1460; Huff NStZ 1985, 438, 439).

2) Qualitative Bewertung

Im Gegensatz zu § 248 a, der für den Diebstahl geringwertiger Sachen einen Strafantrag des Verletzten erforderlich macht, kommt es bei § 243 II nicht nur auf den objektiven Wert, sondern auch auf die Vorstellung des Täters an, da es bei § 243 II auch um eine qualitative Bewertung des Tatgeschehens geht (vgl. BGH NStZ 1987, 71; Otto Jura 1989, 200, 202). Diese qualitative Bewertung führt zu folgenden **Konsequenzen**:

- a) **Der Täter weiß, dass die Sache objektiv geringwertig ist:** Ein besonders schwerer Fall ist durch § 243 II ausgeschlossen (BGH St 26, 104).
- b) **Der Täter weiß, dass die Sache objektiv wertvoll ist:** Hier kommt die Anwendung des § 243 II nicht in Betracht, so dass ein besonders schwerer Fall vorliegt, wenn der Täter ein Regelbeispiel verwirklicht.
- c) **Die Sache ist objektiv wertvoll; der Täter hält sie für geringwertig:** Hier würde eigentlich wegen des hohen Wertes der gestohlenen Sache § 243 II nicht in Betracht kommen, doch kann wegen der Minderung des Handlungswerts und der Schuld bei einer Gesamtbetrachtung ein besonders schwerer Fall entfallen (Schönke-Schröder-Eser/Bosch § 243 Rz. 16 mwN).

- d) **Der Täter hält eine objektiv geringwertige Sache irrig für wertvoll:** Trotz des höheren Handlungsunwerts kann wegen des geringeren Erfolgsunwerts ein besonders schwerer Fall entfallen.

Problem: Objektwechsel beim Diebstahl

Wie wir oben bereits (§ 1 III 1 c) gesehen haben, ist es für die Beurteilung der Tat unerheblich, ob der Täter während der Tat seinen Vorsatz ändert. Der Diebstahlsvorsatz bleibt auch dann erhalten, wenn der Täter während der Tat beschließt, mehr, weniger oder etwas anderes als zunächst geplant zu stehlen; es bleibt eine einheitliche Tat (BGH St 22, 350).

AL-Klausurtyp:

Dies führt im Rahmen des § 243 I zu folgenden Konsequenzen:

- 1) Ist der Täter in ein Büro eingebrochen, um einen Computer zu stehlen, nimmt aber stattdessen ein Bild weg, so bleibt die Tat ein Diebstahl in einem besonders schweren Fall.
- 2) Bricht der Täter zur Wegnahme geringwertiger Sachen ein, nimmt dann jedoch eine wertvolle Sache mit, so liegt ein besonders schwerer Fall i.S.d. § 243 I 2 Nr. 1 vor. § 243 II gilt hier nicht (LK-Ruß § 243 Rz. 41; Lackner § 243 Rz. 6).
- 3) Die Norm des § 243 II gilt ebenfalls nicht, wenn der Täter mit einem generellen Diebstahlsvorsatz einbricht, aber nur geringfügige Sachen wegnimmt (BGH St 26, 104; NStZ 1987, 71; LK-Ruß § 243 Rz. 41).
- 4) Gibt der Täter im Gebäude zunächst seinen Diebstahlsentschluss freiwillig auf, fasst aber beim Verlassen des Gebäudes einen erneuten Entschluss, nunmehr eine geringwertige Sache wegzunehmen, so gilt § 243 I von Haus aus nicht, da der Täter nicht *zur* Wegnahme dieser Sache eingebrochen ist (BGH St 26, 104, 105).

Beispiel: Der Täter hatte zunächst aus Reue den Entschluss aufgegeben, den Computer zu stehlen, nimmt aber aufgrund eines erneuten Entschlusses aus dem Kühlschrank der Betriebskantine eine Flasche Bier für den Heimweg mit.

- ☞ **Es ist also im Rahmen des Objektwechsels nach Verwirklichung eines Regelbeispiels entscheidend, ob der Wille zum Stehlen trotz des Objektwechsels während des gesamten Geschehens fortbestand oder ob der Täter seinen zur Zeit der Verwirklichung des Regelbeispiels gefassten Entschluss zunächst aufgegeben hatte und erst danach einen erneuten Entschluss gefasst hat.**

§ 3 Der Qualifikationstatbestand des § 244

Vorbemerkung

Im Gegensatz zu den Regelbeispielen des § 243 enthält § 244 den Grundtatbestand des § 242 **qualifizierende Tatbestandsmerkmale**, die einerseits **abschließend**, andererseits **zwingend** sind. Eine dem § 243 II vergleichbare Regelung, die die Qualifikation bei geringwertigem Tatobjekt entfallen lassen würde, existiert nicht, da die Strafschärfung des § 244 an die **Gefährlichkeit des Täters** anknüpft, die ja mit dem Wert der gestohlenen Sache nichts zu tun hat. Da zumindest die Qualifikationsmerkmale des § 244 I den Deliktscharakter nicht verändern, bleibt auch der Diebstahl mit Waffen oder der Bandendiebstahl ein **Vergehen**, so dass durch § 244 II der Versuch gesondert unter Strafe gestellt werden musste.

Im Gegensatz dazu verändert § 244 IV den Deliktscharakter: Betrifft der Wohnungseinbruchsdiebstahl eine dauerhaft genutzte Privatwohnung, so liegt aufgrund der Mindeststrafandrohung von einem Jahr ein Verbrechen vor.

Auch in Fällen des § 244 a liegt ein Verbrechen vor, wenn der Täter als Mitglied einer Bande einen besonders schweren Fall des Diebstahls gemäß den §§ 242, 243 oder einen Diebstahl mit Waffen begeht.

I. Der Diebstahl mit Waffen gemäß § 244 I Nr. 1 a

Mit Freiheitsstrafe von 6 Monaten bis zu 10 Jahren wird bestraft, wer einen Diebstahl begeht, bei dem er selbst oder ein anderer Beteiligter (Täter oder Teilnehmer) eine Waffe oder ein anderes objektiv gefährliches Werkzeug bei sich führt. Strafschärfend wirkt hierbei allein die Gefährlichkeit des Werkzeugs bzw. der Waffe. **Auf eine Gebrauchsabsicht kommt es bei § 244 I Nr. 1 a – im Gegensatz zu § 244 I Nr. 1 b – nicht an.**

1) Das Tatobjekt

- a) Oberbegriff ist das **gefährliche Werkzeug**, das wir auch bei § 224 I Nr. 2 wiederfinden (dazu ausführlich Langels, StGB BT 1 § 8 II):
 - aa) Ein **Werkzeug** ist jeder Gegenstand, mit dem der Täter dem Opfer erhebliche Verletzungen zufügen kann.
 - bb) Der Gegenstand ist **gefährlich**, wenn er bei seinem Einsatz generell zu erheblichen Verletzungen führt.

AL-Klausurtyp:

Auf die konkrete Verwendungsart kann es im Gegensatz zu § 224 I Nr. 2 nicht ankommen, da es für § 244 I Nr. 1 a ja genügt, dass der Täter den Gegenstand bei sich führt; würde er ihn konkret benutzen, so wäre er ja ein Räuber bzw. ein räuberischer Dieb i.S.d. §§ 249, 252.

- b) Der Begriff **Waffe** umfasst alle Gegenstände, die ihrer Natur nach gerade auf die Verletzung eines anderen abzielen. Dies kann zum einen die geladene Schusswaffe (gilt auch für Gaspistolen, BGH St 45, 9) sein, nach der Neufassung des § 244 I Nr. 1 a aber auch alle anderen Waffen wie z.B. ein Messer, eine Handgranate, ein Schlagring, Tränengas, nicht aber übliche Taschen- oder Fahrtenmesser.

Da aber das gefährliche Werkzeug der Oberbegriff des § 244 I Nr. 1 a ist, muss die Waffe objektiv gefährlich sein (BGH St 44, 103). Weder eine Schusswaffenattrappe noch eine funktionsfähige, aber ungeladene Schusswaffe fallen daher unter § 244 I Nr. 1 a, da beide objektiv ungefährlich sind. Derartige Scheinwaffen sind jedoch "Werkzeuge oder Mittel" i.S.d. § 244 I Nr. 1 b (dazu unten II).

2) Die Tathandlung

Beisichführen bedeutet, dass entweder ein **Täter** oder ein **Teilnehmer zwischen Versuch und Beendigung** der Tat die **jederzeitige Zugriffsmöglichkeit** auf das gefährliche Werkzeug/die Waffe hat. Dabei genügt es für § 244 I Nr. 1 a, dass die Waffe zu *irgendeinem* Zeitpunkt einsatzbereit zur Verfügung steht, sei es, dass der Beteiligte sie am Tatort bereitgelegt hat, sei es, dass der Täter die Waffe dem Opfer, wenn auch nur zur eigenen Sicherheit, weggenommen hat (BGH St 13, 259). Bestraft wird also die abstrakte Gefährlichkeit, die von einem Täter ausgeht, der während der Tat die Möglichkeit hat, eine Waffe einzusetzen.

3) Subjektiver Tatbestand des § 244 I Nr. 1 a

Der Tätersvorsatz muss sich selbstverständlich auf das qualifizierende Tatbestandsmerkmal beziehen, doch genügt Eventualvorsatz. Im Gegensatz zu § 244 I Nr. 1 b ist also nicht erforderlich, dass der Täter die Waffe bei sich führt, *um* sie *zu* benutzen (BGH St 3, 229, 232).

Problem 1: Ist der stehlende Dienstwaffenträger ein Dieb mit Waffen?

Fall: Der Polizeibeamte Gluffke, der dienstlich verpflichtet ist, während der Dienstzeit eine Schusswaffe bei sich zu führen, stiehlt während der Dienstzeit auf einem Markt einen Apfel. Hat er einen Diebstahl mit Waffen i.S.d. §§ 242, 244 I Nr. 1 a begangen?

Große Probleme können sich für den Dieb ergeben, der während des Diebstahls eine Dienstwaffe bei sich führte. So kann aus dem Diebstahl einer geringwertigen Sache, der zudem gemäß § 248 a ein Antragsdelikt wäre, ein Diebstahl mit Waffen i.S.d. §§ 242, 244 I Nr. 1 a werden, dessen gesetzliche Mindeststrafandrohung bei 6 Monaten Freiheitsstrafe liegt.

- 1) Nach einer Ansicht (BGH St 30, 44; SK-Hoyer § 244 Rz. 6) begeht auch derjenige Täter einen Diebstahl mit Waffen, der dienstlich verpflichtet war, die Waffe zu diesem Zeitpunkt zu tragen. Anknüpfungspunkt der Strafschärfung des § 244 I Nr. 1 a ist im Gegensatz zur Nr. 1 b nicht die durch die Gebrauchsabsicht nachgewiesene erhöhte Gefährlichkeit des Täters, sondern die abstrakte Gefahr, die von der objektiv gefährlichen Waffe ausgeht. Die Gefahr, dass ein Dienstwaffenträger, der bereits die innere Hemmschwelle zu einer Straftat (§ 242) überwunden hat, zur Waffe greift, wenn ihn das Opfer oder ein Verfolger in die Enge treibt, ist nicht kleiner als bei anderen bewaffneten Dieben. Daher ist nach dieser Ansicht eine Privilegierung des Dienstwaffenträgers im Verhältnis zu anderen Dieben nicht gerechtfertigt. Die von der Gegenansicht geforderte innere Beziehung läuft auf eine Gebrauchsabsicht hinaus, die bei § 244 I Nr. 1 a im Gegensatz zur Nr. 1 b gerade nicht gefordert wird.
- 2) Nach anderer Auffassung (Schroth, NJW 1998, 2861, 2865; Schönke-Schröder-Eser § 244 Rz. 5) kann das rechtmäßige Verhalten des Beisichführens einer Waffe das Unrecht der Tat nicht erhöhen, da der Dienstwaffenträger zum Tragen der Waffe nicht nur *berechtigt*, sondern sogar dienstlich *verpflichtet* war. Die Anwendung des § 244 I Nr. 1 a setzt an dieser Stelle eine *innere Beziehung* zwischen dem Beisichführen einer Waffe und der Begehung des Diebstahls voraus. Hat der Täter ohne Bezug zum Diebstahl eine Waffe dabei, so fehlt es an der Gefährlichkeitsvermutung, die der Grund der Strafschärfung ist.
- 3) Nach einer vermittelnden Ansicht (Schönke-Schröder-Eser § 244 Rz. 5; Hruschka NJW 1978, 1338; Lenckner JR 1982, 427) ist das Beisichführen einer Waffe als *widerlegbare Gefährlichkeitsvermutung* zu deuten mit der Folge, dass § 244 I Nr. 1 a nur dann bei einem Dienstwaffenträger nicht greift, wenn der Einsatz der Dienstwaffe erfahrungsgemäß ausgeschlossen ist (z.B. Diebstahl unter Angehörigen, gegen die der Täter die Dienstwaffe nicht richten würde).

Daran kritisiert Wessels (§ 4 I 1), dass auch bei einer derartigen Einschränkung des § 244 I Nr. 1 a jeder Zweifel über den potentiellen Einsatz der Waffe zu Lasten des Täters gehen müsste und dass es keinen Erfahrungssatz gäbe, ob ein Täter in einer von ihm nicht erwarteten Situation (sonst hätte er ja sogar Raubvorsatz!) eine Waffe einsetzen würde, wenn er weiß, dass er sie bei sich führt. Härten könnten nur im Rahmen der Strafzumessung gemildert werden, z.B. dadurch, dass der Richter auf die gesetzlich geforderte Mindeststrafe zurückgeht und deren Aussetzung zur Bewährung anordnet.

Problem 2: Ist ein Taschenmesser grundsätzlich ein gefährliches Werkzeug iSd § 244 I Nr. 1 a oder nur dann, wenn der Dieb es allgemein für den Einsatz gegen Menschen vorgesehen hat?

Fall: Der Dieb durchtrennt im Kaufhaus ein Sicherheitsetikett mit einem Taschenmesser. Hat er einen Diebstahl mit Waffen iSd § 244 I Nr. 1 a begangen?

- 1) Der Gesetzgeber hat den Begriff des gefährlichen Werkzeugs dem § 224 I Nr. 2 entnommen. Dort ist ein Werkzeug gefährlich, wenn es aufgrund seiner objektiven Beschaffenheit im konkreten Einzelfall geeignet ist, erhebliche Verletzungen hervorzurufen. In Rechtsprechung und Lehre besteht aber Einigkeit, dass man diesen Begriff bei § 244 I Nr. 1 a nicht vollständig übernehmen kann, weil das Werkzeug beim Diebstahl ja gar nicht verwendet wird, so dass es auf die konkret gefährliche Verwendungsart nicht ankommen kann. Vor diesem Hintergrund sind in Rspr. und Lehre verschiedene Ansätze entwickelt worden, die lediglich voraussetzen, dass der Täter das Werkzeug bei sich führt. **Ein gefährliches Werkzeug liegt danach begrifflich vor, wenn es aufgrund seiner Beschaffenheit als Mittel zur Gewaltanwendung oder zur Drohung eingesetzt werden kann.**
- 2) **Bei der Frage, welche zusätzlichen Kriterien erfüllt sein müssen, werden jedoch unterschiedliche Auffassungen vertreten:**
 - a) Ein Teil der Rspr. (OLG Frankfurt, StV 2002, 145 mwN) verlangt gerade bei den Gegenständen, die der Täter durchaus sozialadäquat bei sich führen könne, eine generelle, vom Einzelfall losgelöste Bestimmung des Werkzeugs zur Verwendung gegenüber Menschen.
 - b) Ein Teil der Lehre geht davon aus, dass nahezu jeder Gegenstand so eingesetzt werden könne, dass er bei entsprechender Verwendung erhebliche Verletzungen hervorrufen könne. Daher müsse man im subjektiven Bereich ein begrenzendes Element einbauen durch den Willen, das Werkzeug auch gefährlich einzusetzen.
 - c) Andere Vertreter dieses Ansatzes (Rengier BT 1 § 4 Rz. 25; Wessels/Hillenkamp § 4 Rz. 262 b) fordern, der Täter müsse das Werkzeug einer gefährlichen Verwendungsart gewidmet haben.
 - d) Der wohl überwiegende Teil der Lehre will das Merkmal ausschließlich objektiv beschränken. Danach seien Gegenstände nur dann gefährlich, wenn sie abstrakt ähnlich gefährlich seien wie Waffen (Dencker, JR 1999, 33, 36), in der konkreten Situation gar keine andere Funktion als zu Verletzungszwecken haben können (Schönke/Schröder/Eser § 244 Rz. 7) oder bei missbräuchlicher Verwendung das gleiche Gefahrenpotential wie Waffen aufweisen (Fischer, NSTz 2003, 569, 572). Schließlich wird gefordert, die konkreten Tatumstände müssten einen objektiven Beobachter zu der Annahme veranlassen, der Täter wolle den beigegeführten Gegenstand zweckentfremdet gefährlich verwenden (Kindhäuser, § 4 Rz. 9).

- e) Der BGH (BGH NJW 2008, 2861) weist zunächst darauf hin, dass er die Norm des § 244 I Nr. 1 a für missglückt hält, die nicht unter allen Umständen eine stimmige Gesetzesanwendung ermöglicht. Mit den herkömmlichen Mitteln der Auslegung sei daher eine umfassende sachgerechte Lösung für alle Einzelfälle nicht zu erzielen.

Der BGH geht davon aus, dass ein Taschenmesser auch dann ein gefährliches Werkzeug ist, wenn dem Dieb eine Gebrauchsabsicht oder ein innerer Verwendungsvorbehalt nicht nachgewiesen werden kann. Der BGH begründet dies wie folgt:

- aa) Eine subjektive Einschränkung durch eine Gebrauchsabsicht oder einen inneren Verwendungsvorbehalt lässt sich bereits mit dem insoweit klaren Wortlaut des Gesetzes nicht vereinbaren, weil § 244 I Nr. 1 a im Gegensatz zu § 244 I Nr. 1 b gerade kein über den Vorsatz hinausgehendes subjektives Element enthält.
- bb) Dieses aus dem Wortlaut der Norm folgende Ergebnis werde auch durch systematische und teleologische Gesichtspunkte bestätigt.
- (1) § 244 I Nr. 1 b ist als Auffangtatbestand für die Fälle entwickelt, in denen der Täter Gegenstände bei sich führt, von denen zwar objektiv keine Gefahr ausgeht, die aber zur Überwindung des Widerstandes eingesetzt werden können (zB Scheinwaffen). Dabei wird die im Verhältnis zum Grundtatbestand § 242 erhöhte Strafandrohung gerade durch die Gebrauchsabsicht gerechtfertigt.
- (2) Demgegenüber will der Gesetzgeber mit § 244 I Nr. 1 a Gegenstände mit einer abstrakten, vom Einzelfall losgelösten erhöhten Gefährlichkeit erfassen, bei denen stets die latente Gefahr besteht, dass sie gegen Menschen eingesetzt werden. Es liefe dieser gesetzgeberischen Grundkonzeption zuwider, wenn man auch bei abstrakt gefährlichen Werkzeugen eine Gebrauchsabsicht verlangen würde.
- cc) Der BGH sieht dabei auch das Problem, dass dies im Einzelfall – gerade beim Einbruchsdiebstahl – zu schwierigen Abgrenzungsfragen kommen kann, weil Einbruchswerkzeuge oftmals (wie zB bei Brecheisen) ein erhebliches abstraktes Gefährlichkeitspotential aufweisen. Diese Probleme könnten jedoch nur durch eine gesetzliche Neuregelung des § 244 I gelöst werden. Die latente Gefahr, die von einem Taschenmesser zumindest mit längerer Klinge ausgeht, sei ebenso groß wie die Gefahr, die von Springmessern oder ähnlichen Messern ausgeht, die ohnehin Waffen im technischen Sinne sind.
Für die BGH-Ansicht spricht auch, dass der Richter im Einzelfall die Möglichkeit hat, einen minder schweren Fall iSd § 244 III anzunehmen, um zu einem schuldangemessenen Ergebnis zu gelangen.

II. § 244 I Nr. 1 b

In gleichem Maße wie der bewaffnete Dieb wird gemäß § 244 I Nr. 1 b bestraft, wer einen Diebstahl begeht, bei dem er oder ein anderer Beteiligter ein Werkzeug oder Mittel bei sich führt, um den Widerstand eines anderen durch Gewalt oder Drohung mit Gewalt zu überwinden.

1) Die Tatmittel

Im Gegensatz zum gefährlichen Werkzeug sind die mitgeführten Werkzeuge/Mittel für das Opfer nicht gefährlich, können aber dennoch zur Überwindung eines Widerstandes eingesetzt werden.

Beispiel: Der Dieb nimmt ein Stück Schnur mit, um das Opfer des Einbruchs ggf. fesseln zu können.

Problem: Ist eine objektiv ungefährliche Scheinwaffe ein "Werkzeug oder Mittel" i.S.d. § 244 I Nr. 1 b?

§ 244 I unterscheidet klar zwischen objektiv gefährlichen Gegenständen bzw. Waffen (§ 244 I Nr. 1 a) und solchen Gegenständen i.S.d. Nr. 1 b, die zwar objektiv ungefährlich sind, bei denen aber der Täter die zusätzliche Absicht hat, damit Widerstand zu brechen. Im Gegensatz zur früheren Rechtslage wurden also gezielt die Waffen mit den Schusswaffen in einem gemeinsamen Qualifikationstatbestand des § 244 I Nr. 1 a zusammengefasst, um sie den objektiv ungefährlichen Werkzeugen oder Mitteln des § 244 I Nr. 1 b gegenüberstellen zu können. Jetzt spricht also bereits die gesetzliche Systematik dafür, auch bei der Verwendung einer ungefährlichen Scheinwaffe von einem schweren Diebstahl i.S.d. §§ 242, 244 I Nr. 1 b auszugehen.

2) Der subjektive Tatbestand

Ein weiterer Unterschied zwischen § 244 I Nr. 1 a und Nr. 1 b besteht im subjektiven Tatbestand: Während es für Nr. 1 a genügt, dass der Täter eine Waffe bei sich führt und dies auch weiß, ist bei Nr. 1 b zusätzlich eine **Gebrauchsabsicht i.S.d. dolus directus 1. Grades** erforderlich: Der Täter muss also das Werkzeug/Mittel gezielt mitgenommen haben, um potentiellen Widerstand zu brechen.

AL-Klausurtyp:

Bei der Abgrenzung zwischen dem qualifizierten Diebstahl der §§ 242, 244 I und dem versuchten schweren Raub gemäß den §§ 249, 250 II, 22 ist der Einsatz des Raubmittels entscheidend: Der Raubversuch beginnt erst in dem Augenblick, in dem der Täter ein qualifiziertes Nötigungsmittel gegen das Opfer einsetzt, um ihm die Sache wegzunehmen (BGH St 24, 339).

III. Der Bandendiebstahl des § 244 I Nr. 2

Haben sich mehrere zur fortgesetzten Begehung von Diebstählen zusammengetan, so kommt die Anwendung des § 244 I Nr. 2 in Betracht. Dabei stellen sich in Ihrer Klausur drei Fragen:

1. Können zwei Beteiligte bereits zu zweit eine Bande sein, wenn sie sich zur fortgesetzten Begehung von Diebstählen zusammengeschlossen haben?
2. Wenn nicht: Kann durch den unbeteiligten Gluffke als "3. Mann" daraus auch dann eine Bande werden, wenn Gluffke selbst kein Bandenmitglied ist?
3. Wenn ja: Setzt die Strafschärfung des § 244 I 2 voraus, dass ein Bandenmitglied bei der Wegnahme am Tatort anwesend ist?

Diese Fragen beantwortet der BGH in NJW 2001, 2266 bzw. NJW 2002, 1662 wie folgt:

1. Zum Bandenbegriff: Der Begriff der Bande setzt den Zusammenschluss von mindestens drei Personen voraus, die sich mit dem Willen verbunden haben, künftig für eine gewisse Dauer mehrere selbstständige, im Einzelnen noch ungewisse Straftaten des im Gesetz genannten Deliktstyps zu begehen. Ein "gefestigter Bandenwille" oder ein "Tätigwerden in einem übergeordneten Bandeninteresse" ist nicht erforderlich.

a) Die in jüngerer Zeit entfalteten Bemühungen der Rechtsprechung um die Entwicklung sinnvoller und praktikabler Kriterien, die vor allem bei Zwei-Personen-Verbindungen eine dem Einzelfall gerecht werdende Abgrenzung von bandenmäßigen und anderen Zusammenschlüssen erlauben sollen, haben zu neuen Schwierigkeiten bei der Auslegung geführt. Hinzu kommt, dass es bisher nicht gelungen ist, die materiellrechtlichen Voraussetzungen eines "auf gewisse Dauer

angelegten gefestigten Bandenwillens” oder des “übergeordneten Bandeninteresses” konkret zu umschreiben und rechtliche Maßstäbe festzulegen, die es den Tatgerichten ohne weiteres ermöglichen, im Einzelfall unter Berücksichtigung der höchstrichterlichen Rechtsprechung zu prüfen und zu entscheiden, ob ein Zusammenschluss von zwei Personen eine Bande darstellt. **Die wenig befriedigenden Lösungsversuche der Rechtsprechung verlangen daher ein Überdenken der materiellrechtlichen Voraussetzungen einer Bande.**

Angesichts der fehlgeschlagenen Bemühungen der Rechtsprechung, unter Beibehaltung der Verbindung von zwei Personen als Mindestvoraussetzung für eine Bande den Bandenbegriff durch zusätzliche Kriterien inhaltlich näher zu bestimmen, ist es sinnvoll und geboten, für eine Bande den Zusammenschluss von mindestens drei Personen zu kriminellen Tun vorzusetzen. Der Wortlaut des § 244 1 Nr. 2 StGB und der Wortlaut der übrigen Tatbestände der Bandendelikte lassen sowohl die Annahme einer aus zwei Personen bestehenden Bande als auch die Anhebung der Mindestzahl der Bandenmitglieder auf drei Personen zu. **Diese Erhöhung der Mindestmitgliederzahl ist ein einfaches und erfolgversprechendes Mittel, um die Abgrenzung der wiederholten gemeinschaftlichen Tatbegehung durch Personen, die nur Mittäter sind, von derjenigen der bandenmäßigen Begehung zu vereinfachen.** Sie erleichtert die Abgrenzung vor allem auch in der praktischen Rechtsanwendung durch die Tatgerichte, da Zwei-Personen-Zusammenschlüsse von vornherein nicht mehr dem Bandenbegriff unterfallen. Die Anhebung der Mindestmitgliederzahl einer Bande von zwei auf drei dient damit der Rechtssicherheit und der einheitlichen Rechtsanwendung.

- b) Zu einer weiteren Einschränkung des Bandenbegriffs besteht kein Anlass. Es ist mit der früheren Rechtsprechung davon auszugehen, dass ein bandenmäßiger Zusammenschluss mehrerer Personen lediglich voraussetzt, dass diese sich mit dem Willen verbunden haben, künftig für eine gewisse Dauer mehrere selbstständige im Einzelnen noch ungewisse Straftaten der im Gesetz beschriebenen Art zu begehen. **Die Bande unterscheidet sich danach von der Mittäterschaft durch das Element der auf eine gewisse Dauer angelegten Verbindung mehrerer Personen zu zukünftiger gemeinsamer Deliktsbegehung.**

2. Das Merkmal der Mitwirkung beim Bandendiebstahl setzt nicht voraus, dass jedes der zusammenwirkenden Bandenmitglieder Täter ist. Es genügt für den Tatbestand auch, wenn ein Bandenmitglied mit einem anderen Bandenmitglied in irgendeiner Weise, etwa als Gehilfe, zusammenwirkt.

Die Voraussetzungen eines Bandendiebstahls können selbst dann erfüllt sein, wenn die Wegnahmehandlung von einem Nichtbandenmitglied für die Bande ausgeführt wird. Bedienen sich die Mitglieder einer Bande eines Nichtmitglieds als Hilfsperson, weil dieses beispielsweise über spezielle Kenntnisse oder Fähigkeiten verfügt, die die unmittelbare Wegnahmehandlung erst ermöglichen oder zumindest erleichtern, so hindert das die Annahme eines Bandendiebstahls nicht, wenn im Übrigen zwei Mitglieder der aus zumindest drei Personen bestehenden Bande am Diebstahl mitwirken und wenigstens einem von ihnen die unmittelbare Tatausführung des Nichtmitglieds als Täter zuzurechnen ist. Denn auch beim Bandendiebstahl gelten die allgemeinen Teilnahme- und Zurechnungsregeln, nach denen Täterschaft nicht zwingend eine Mitwirkung am Kerngeschehen voraussetzt. So kann für die Annahme von Mittäterschaft ausreichen, wenn mehrere die Begehung eines Diebstahls derart vereinbaren, dass nur einer von ihnen die Wegnahme (körperlich) durchführen soll, weil dieser besser als die anderen dazu geeignet ist. **Der Umstand, dass ein unmittelbar die Wegnahme ausführender Dritter nicht Mitglied der Bande ist, steht nur dessen Verurteilung als Täter eines Bandendiebstahls entgegen, nicht aber der Annahme eines Bandendiebstahls.** Dafür sprechen folgende Gründe:

- a) **Ob jemand Mitglied einer Bande ist, bestimmt sich allein nach der deliktischen Vereinbarung, der so genannten Bandenabrede.** Die Begründung der Mitgliedschaft folgt nicht aus der Bandentat, sondern geht dieser regelmäßig voraus. **Beides - Mitgliedschaft in der Bande einerseits und bandenmäßige Begehung andererseits - ist auch begrifflich voneinander zu trennen. Dies findet seinen Niederschlag darin, dass die Rechtsprechung das Tatbestandsmerkmal “als Mitglied einer Bande” - im Unterschied zum tatbezogenen Mitwirkungserfordernis - als ein besonderes persönliches Merkmal i. S. des § 28 II StGB betrachtet** (BGH, NStZ 2000, 255, 257, m. zust. Anm. Hohmann, NStZ 2000, 258; Ruß, in: LK-StGB, 11. Aufl., § 244 Rdnr. 13; Tröndle/Fischer, StGB, 50. Aufl., § 28 Rdnr. 9; zw. Lackner/Kühl, StGB, 24. Aufl., § 244 Rdnr. 7). Die Bandenabrede begründet die erhöhte abstrakte Gefährlichkeit der Bande, denn sie stellt die enge Bindung sicher, die die Mitglieder für die Zukunft und für eine gewisse Dauer eingehen und die einen ständigen Anreiz zur Fortsetzung der kriminellen Tätigkeit bildet. **Diese der Bande innewohnende erhöhte “Ausführungsgefahr” besteht unabhängig davon, ob dem einzelnen Mitglied bei der Verwirklichung des durch die Bandenabrede bestimmten deliktischen Zwecks eine “täterschaftliche” Beteiligung zufällt.** Denn sofern die in Aussicht genommenen Tatbeiträge des Einzelnen nicht gänzlich untergeordneter Natur sind, ist auch die Zusage künftiger dauerhafter Gehilfentätigkeit - nicht anders als die Zusage täterschaftlicher Tatbeiträge - in erheblicher Weise geeignet, die erhöhte Gefährlichkeit des Zusammenschlusses von Straftätern hervorzurufen.
- b) **Die Einbeziehung von in die Bande organisatorisch und auf Dauer eingebundenen Gehilfen als deren Mitglieder erleichtert auch die praktische Rechtsanwendung für die Tatgerichte.** Der Große Senat hat die Erhöhung der Mindestmitgliederzahl von früher zwei auf drei Personen als einfaches und erfolversprechendes Mittel vorgenommen, “um die Abgrenzung der wiederholten gemeinschaftlichen Tatbegehung durch Personen, die nur Mittäter sind, von derjenigen der bandenmäßigen Begehung zu vereinfachen” (BGH NJW 2001, 2266). **Wäre die Mitgliedschaft in der Bande von einer “mittäterschaftlichen” Einbindung abhängig, würde dies die angestrebte Rechtsklarheit erneut gefährden. Ob die Einbindung in die Bande ein Näheverhältnis zu den in Aussicht genommenen eigentlichen Tathandlungen hat, das die Qualifizierung als “täterschaftlich” rechtfertigt, wird sich schon deshalb nur schwer beurteilen lassen, weil oftmals im Zeitpunkt der deliktischen Vereinbarung noch gar nicht feststeht, welcher Art die später bei den konkreten Taten im Einzelnen zu erbringenden arbeitsteiligen Tatbeiträge sein werden. Zudem muss die Bandenabrede nicht ausdrücklich getroffen werden; vielmehr genügt jede Form auch stillschweigender Vereinbarung** (BGH, NJW 2001, 380; Lackner/Kühl, § 244 Rdnr. 6; Eser, in: Schönke/Schröder, StGB, 26. Aufl., § 244 Rdnr. 23 jew. m. w. Nachw.). Häufig wird deshalb die Feststellung einer entsprechenden Bandenabrede überhaupt nur aus dem konkret feststellbaren wiederholten deliktischen Zusammenwirken mehrerer Personen herzuleiten sein. Unter diesen Umständen könnte die eine “mittäterschaftliche” Mitgliedschaft begründende Bandenabrede nur schwerlich nachgewiesen werden, wenn die objektiven Tatbeiträge einzelner als Mitglieder der Gruppierung in Betracht kommender Personen bei den Ausführungshandlungen - zumal in Anwendung, des Zweifelsgrundsatzes jeweils nur als Gehilfentätigkeit zu werten wären.
3. **Zum Erfordernis der Mitwirkung eines anderen Bandenmitglieds im Tatbestand des Bandendiebstahls: Der Tatbestand des § 244 1 Nr. 2 setzt nicht voraus, dass wenigstens zwei Bandenmitglieder örtlich und zeitlich die Wegnahmehandlung zusammen begehen. Es reicht aus, wenn ein Bandenmitglied als Täter und ein anderes Bandenmitglied beim Diebstahl in irgendeiner Weise zusammenwirken. Die Wegnahmehandlung selbst kann auch durch eine bandenfremde Person ausgeführt werden.**

- a) Der Gesetzeswortlaut des § 244 I Nr. 2 StGB sagt über die Art und Weise der Mitwirkung nichts aus. Er legt insbesondere nicht fest, dass es sich um eine "örtliche und zeitliche Mitwirkung" handeln muss und eine lediglich fördernde Beteiligung, etwa als Kopf der Bande im Hintergrund des Tatgeschehens, nicht in Betracht kommt (Eser, in: Schönke/Schröder, StGB, 29. Aufl., § 244 Rdnr. 27; Hohmann, NStZ 2000, 258; Sya, NJW 2001, 343, 344; a. A. Hoyer, in: SK-StGB, § 244 Rdnr. 36; Schmitz, NStZ 2000, 477; 478).
- aa) **Die besondere Gefährlichkeit des Bandendiebstahls und damit der Grund für seine höhere Strafbarkeit liegt zum einen in der abstrakten Gefährlichkeit der auf eine gewisse Dauer angelegten allgemeinen Verbrechensvereinbarung, der Bandenabrede, zum anderen aber auch in der konkreten Gefährlichkeit der bandenmäßigen Tatbegehung für das geschützte Rechtsgut.** Zwar wird mit der früheren Rechtsprechung auch von Vertretern der Literatur die Auffassung vertreten, das Erfordernis des Stehlens unter Mitwirkung eines anderen Bandenmitglieds kennzeichne die Tatausführung selbst und solle dem Umstand Rechnung tragen, dass die besondere Gefährlichkeit der Tat nur bei der räumlichen Anwesenheit von mindestens zwei Bandenmitgliedern am eigentlichen Tatort vorliege. Diese Auslegung des Mitwirkungserfordernisses beschränkt die straf erhöhende Wirkung des zweiten Gefährlichkeitselements des Bandendiebstahls auf die an den Wegnahmeort gebundene Aktionsgefahr durch wenigstens zwei Bandenmitglieder. **Dem Einschüchterungseffekt sowie der gesteigerten Durchsetzungsmacht mehrerer Täter gegenüber dem Opfer kommt beim Bandendiebstahl aber nur sekundäre Bedeutung zu. Eine potenzielle Täter-Opfer-Konfrontation liegt beim Diebstahl ohnehin nicht vor: Wenn das Opfer die Wegnahme bemerkt, wird der Täter einen Raub oder eine räuberische Erpressung, aber keinen Diebstahl begehen.**
- bb) Der Tatbestand des § 242 StGB schützt die Rechtsgüter des Eigentums und des Gewahrsams an einer Sache. Die Vorschrift des § 244 I Nr. 2 StGB setzt voraus, dass durch die bandenmäßige Tatbegehung des Diebstahls diese Rechtsgüter einer erhöhten Gefährdung ausgesetzt werden. **Eine so verstandene Aktions- und Ausführungsgefahr beim Bandendiebstahl kann jedoch nicht nur durch gemeinschaftliches Handeln am Ort der Wegnahme, sondern ebenso durch jedes arbeitsteilige Zusammenwirken wenigstens zweier Bandenmitglieder bei der Planung und Vorbereitung der Tat oder bei tatbegleitenden Maßnahmen gesteigert werden.** Dies kann der Fall sein, wenn ein Bandenmitglied die Tat auf Grund seiner Ortskenntnisse oder besonderer Organisationsmöglichkeiten plant, ein anderes die erforderlichen Vorbereitungen trifft, indem es die notwendigen Werkzeuge oder Transportmittel besorgt, während wieder ein anderes Bandenmitglied - möglicherweise wegen seiner besonderen Kenntnisse und Fähigkeiten - die Sache wegnehmen soll und ein weiteres Bandenmitglied für den Abtransport und die Sicherung der Beute Sorge trägt. Eine derartige Arbeitsteilung, die vor allem für organisierte und spezialisierte Diebesbanden typisch ist, ist zumindest genauso gefährlich wie die Arbeitsteilung am Ort der Wegnahme selbst.
- b) Der Verzicht auf das Erfordernis eines örtlichen und zeitlichen Zusammenwirkens von (mindestens) zwei Bandenmitgliedern am Tatort fügt sich zwanglos an die neuere Rechtsprechung des BGH zu § 244 I Nr. 2 StGB an. Nach übereinstimmender Auffassung aller Strafsenate des BGH muss sich der Täter des Bandendiebstahls nicht mehr - wie nach früherer Rechtsprechung - selbst am Tatort an der Ausführung des Diebstahls unmittelbar beteiligen. Vielmehr reicht es aus, wenn er auf eine andere als täterschaftliche Beteiligung zu wertende Weise daran mitgewirkt hat. **Setzt aber die Verurteilung wegen täterschaftlichen Bandendiebstahls nicht mehr voraus, dass der Angekl. selbst am Tatort anwesend war, so liegt es nahe, die Tatbestandsmäßigkeit seines Verhaltens als Bandendiebstahl i. S. des § 244 I Nr. 2 StGB auch nicht mehr davon abhängig zu machen, dass zwei andere Bandenmitglieder sich an der Wegnahmehandlung am Tatort in räumlichem und zeitlichem Zusammenwirken beteiligt haben.**

IV. Der Wohnungseinbruchsdiebstahl des § 244 I Nr. 3

Nach § 244 I Nr. 3 wird jeder Dieb mit einer Mindeststrafe von 6 Monaten bestraft, der zur Begehung eines Diebstahls in eine Wohnung einbricht, einsteigt, sich mit einem falschen Schlüssel Zutritt verschafft oder sich in dieser Wohnung verborgen hält. Da wir die Tathandlungen bereits aus dem Regelbeispiel des § 243 I 2 Nr. 1 kennen, können wir uns hier auf den Begriff der Wohnung beschränken: Eine Wohnung ist ein Teil eines Gebäudes, der dem ständigen Aufenthalt von Menschen dient (BGH NJW 2017, 1186; NSz 2001, 533). Dazu zählen aber auch die Nebenräume wie Treppen oder der Keller sowie die Wasch- und Trockenräume.

Ob ein Wohnmobil oder auch ein Wohnwagen eine Wohnung ist, ist umstritten. Nach BGH (NJW 2017, 1186 mwN) liegt zumindest dann ein Wohnungseinbruchsdiebstahl iSd § 244 I Nr. 3 vor, wenn die Tat zu einem Zeitpunkt erfolgt, in dem das Wohnmobil tatsächlich zu Wohnzwecken genutzt wurde, weil auch diese Objekte zur Zeit ihrer Nutzung eine Intimsphäre begründen. Insbesondere wenn ein Wohnmobil/Wohnwagen zu Übernachtungszwecken genutzt wird, liegt eine Wohnung iSd § 244 I Nr. 3 vor. Auf die Dauer der Nutzung kommt es dabei nicht an (BGH NJW 2017, 1187 auch mit Nachweisen zur Gegenansicht).

V. Der Wohnungseinbruchsdiebstahl des § 244 IV

Betrifft der Wohnungseinbruchsdiebstahl eine **dauerhaft genutzte Privatwohnung**, so liegt die Freiheitsstrafe zwischen einem und 10 Jahren, so dass es sich um ein **Verbrechen** handelt. Dadurch soll dem schwerwiegenden Eingriff in den privaten Lebensbereich und den damit verbundenen psychischen Folgen Rechnung getragen werden.

Auch findet der minder schwere Fall des § 244 III auf § 244 IV keine Anwendung.

Der Gesetzgeber wollte durch § 244 IV Flagge zeigen und laut seiner eigenen Gesetzesbegründung „das durch das Treiben osteuropäischer Banden massiv beeinträchtigte Sicherheitsgefühl der Bevölkerung wiederherstellen“, doch bleibt fraglich, ob ihm das durch § 244 IV gelungen ist: Wer als Mitglied einer Bande Einbruchsdiebstähle begeht, wird ohnehin gemäß § 244 a bestraft und zwar unabhängig davon, ob er in eine Wohnung oder in einen sonstigen umschlossenen Raum einbricht, da § 244 a sowohl Fälle des § 243 I 2 als auch die des § 244 I Nr 1 und 3 umfasst. § 244 IV schärft die Strafe somit nur für den Einzeltäter oder für 2 Mittäter.

Auch das Verhältnis von § 244 IV zu § 244 I Nr. 3 ist unklar: Wird die Räumlichkeit dauerhaft als Privatwohnung genutzt, gilt § 244 IV; wird die Wohnung nicht oder nicht mehr zu Wohnzwecken genutzt, liegt ohnehin keine Wohnung mehr vor.

VI. Der schwere Bandendiebstahl des § 244 a

Mit Freiheitsstrafe von einem Jahr bis zu 10 Jahren wird bestraft, wer den Diebstahl unter den in § 243 I genannten Fällen oder in den Fällen des § 244 I Nr. 1, 3 als Mitglied einer Bande ausführt, die sich zur fortgesetzten Begehung von Diebstahl oder Raub verbunden hat, wenn er die Tat unter Mitwirkung eines anderen Bandenmitglieds begeht. Wie der Strafrahmen des § 244 a zeigt, handelt es sich um ein **Verbrechen** gemäß § 12 I.

Gemäß § 244 a III gelten die durch das Gesetz zur Bekämpfung der organisierten Kriminalität geschaffenen Regeln über die Gewinnabschöpfung durch Verhängung einer Vermögensstrafe und des erweiterten Verfalls nach § 73 d, wenn das Gericht zu der Annahme gelangt ist, dass die Gegenstände durch diese Tat erlangt sind.

VII. Konkurrenzen

- 1) Zwischen den einzelnen Qualifikationsformen des § 244 ist eine **Wahlfeststellung** möglich.
- 2) Sind mehrere Qualifikationsmerkmale verwirklicht, so liegt - wie auch bei Verwirklichung mehrerer Regelbeispiele - nur *ein* Diebstahl mit Waffen i.S.d. § 244 vor. Da § 243 als bloße Strafzumessungsregel kein Tatbestand ist, kann die Norm des § 243 mit § 244 nicht konkurrieren. § 244 setzt sich daher gegenüber § 243 allein durch.

Konsequenz: Ist ein Dieb mit Waffen in ein Bürogebäude eingebrochen, so leben daher die §§ 123, 303, die eigentlich durch § 243 I 2 Nr. 1 konsumiert worden wären, wieder auf und stehen zu § 244 I Nr. 1 a in Idealkonkurrenz. Das Gesamtergebnis lautet in diesen Fällen: §§ 242, 244 I Nr. 1 a, 123, 303; 52.

§ 4 Die Unterschlagung gemäß § 246

Vorbemerkung: Das Wesen der Unterschlagung

Wie auch der Diebstahl ist die Unterschlagung ein Eigentumsdelikt in Form eines Zueignungsdelikts: Der Täter setzt sich selbst oder einen Dritten dadurch an die Stelle des Eigentümers, dass er die Sache selbst oder den in der Sache verkörperten Sachwert seinem Vermögen oder dem eines Dritten einverleibt.

- 1) **Die Unterschlagung ist die Zueignung der Sachsubstanz bzw. des Sachwerts ohne vorherigen Gewahrsamsbruch. Geschütztes Rechtsgut ist also nur das *Eigentum*, nicht der *Gewahrsam*.** Nach § 246 wird somit (nur) der Täter bestraft, der sich oder einem Dritten eine Sache zueignet, die er zuvor entweder nicht (bzw. nicht vorsätzlich) weggenommen hat. Hatte der Täter die Sache vor der Zueignung weggenommen, so wird er nur wegen eines Diebstahls gemäß § 242 bestraft.
- 2) Im Gegensatz zum Diebstahl, wo die Zueignung der Sache lediglich *beabsichtigt* sein muss (Diebstahl ist ein Delikt mit überschießender Innentendenz!), ist die **Zueignung** im Rahmen der Unterschlagung ein **objektives Tatbestandsmerkmal**. Die Unterschlagung ist daher erst dann vollendet, wenn der Täter sich oder einem Dritten die Sache zugeeignet *hat*. Dabei definiert die h.M. den Begriff der Zueignung als die **Betätigung des auf Aneignung und Enteignung gerichteten Willens** (ausführlich dazu unten § 4 II 2).
- 3) **Nach § 246 kann auch der Täter eine Unterschlagung begehen, der zur Zeit der Zueignung keinen Gewahrsam an der Sache hatte.** Dies soll folgendes Beispiel verdeutlichen:

Beispiel: Wilhelm Brause leiht sich vom Eigentümer E dessen Stereoanlage für die Dauer von einem Monat. Nach 2 Wochen verleiht Wilhelm die Geräte an den gutgläubigen Gluffke, der Wilhelm für den Eigentümer hält. Als Gluffke sich 2 Tage später herzlich für die freundliche Geste bedankt und den hervorragenden Klang der einzelnen Komponenten lobt, bietet ihm Wilhelm spontan die Anlage zum Kauf an. Hoherfreut über den günstigen Preis willigt Gluffke ein.

- 4) **Nach § 246 kann auch derjenige eine Unterschlagung begehen, der zur Zeit der erstmaligen Zueignung noch keinen Gewahrsam an der Sache hatte.**

Beispiel: Der Spaziergänger Gluffke sieht im Wald auf einer Parkbank eine Geldbörse liegen. In der vorgefassten Absicht, das Geld zu behalten, steckt er die Geldbörse ein.

Nach § 246 begeht jeder eine Unterschlagung, der sich oder einem Dritten eine fremde Sache rechtswidrig zueignet. Es hat also der Täter bereits beim Ergreifen der Fundsache eine Unterschlagung gemäß § 246 I begangen, weil er bereits durch das Ergreifen der Beute seinen Zueignungswillen erstmals betätigt hat.

- 5) Die Unterschlagung ist ein **gesetzlich subsidiärer Auffangtatbestand**: § 246 stellt alle Formen einer rechtswidrigen Zueignung unter Strafe, wenn diese Form der Zueignung nicht bereits in anderen Tatbeständen (z.B. §§ 242, 249, 253, 263, 266) unter eine höhere Strafe gestellt ist. **Über die Wegnahme der Sache i.S.d. §§ 242, 249 hinaus gehen der Unterschlagung aber auch alle diejenigen Tatbestände vor, bei denen sich der Täter bereits zuvor durch eine strafbare Handlung die Möglichkeit der Zueignung verschafft hat.** Hatte der Täter diese Chance bereits durch Erpressung, Betrug oder Untreue erlangt, so hat die nachfolgende Unterschlagung im Verhältnis zu den §§ 253, 263, 266 selbst dann keine eigenständige Bedeutung mehr, wenn man die Unterschlagung auch nach erfolgter deliktischer Zueignung (entgegen BGH St 14, 38, 43) für tatbestandsmäßig hält (dazu unten § 4 II 2 d). Die Unterschlagung wäre in diesem Fall lediglich eine mitbestrafte Nachtat, die im Wege der Gesetzeskonkurrenz hinter die Tat zurücktritt, durch die der Täter die Möglichkeit der Zueignung erstmalig erlangt hat.

AL-Klausurtyp:

Dies bedeutet für Sie, dass Sie in der Klausur mit den insofern vorrangigen Eigentums- und Vermögensdelikten (z.B. §§ 242, 249, 253, 263, 266) anfangen müssen, durch die der Täter erstmalig die Möglichkeit der Zueignung erlangt haben könnte. Sollten Sie einen dieser vorrangigen Tatbestände bejahen, verliert die Unterschlagung ihre eigenständige Bedeutung!

Beachte: Dabei geht es aber nicht um die streitige Frage, ob nach einem Diebstahl, einer Erpressung oder einer bereits erfolgten Untreue sich der Täter die derart erlangte Sache erneut zueignen kann. Es geht nur darum, ob genau *diese* Tathandlung entweder ein Diebstahl, eine Erpressung oder Untreue oder eben eine – gesetzlich subsidiäre – Zueignung in Form einer Unterschlagung darstellt!

I. Die Struktur der Unterschlagung

Lassen Sie uns die **Struktur der (veruntreuenden) Unterschlagung** gemäß § 246 II anhand eines unproblematischen Normalfalles analysieren. Gehen wir dabei von folgendem typischen Beispielsfall aus:

Fall: Wilhelm Brause hatte sich vom Eigentümer E dessen Stereoanlage geliehen und diese Anlage an den gutgläubigen Gluffke veräußert.

Wilhelm Brause könnte durch die Veräußerung der Stereoanlage eine veruntreuende Unterschlagung gemäß § 246 II begangen haben.

A. Tatbestand

I. Objektiver Tatbestand

- 1) Die Stereoanlage war ein körperlicher Gegenstand, der Wilhelm nicht gehörte und somit eine für ihn **fremde und bewegliche Sache**.
- 2) Wilhelm müsste sich die Anlage **zueignet** haben. Dafür ist erforderlich, dass er den Willen, sich die Sache anzueignen und den E aus seiner Herrschaftsposition auf Dauer zu verdrängen, betätigt hat. Durch die Veräußerung wollte Wilhelm sich die Anlage zunutze machen. Zugleich wusste er, dass Gluffke zu Lasten des E das Eigentum an der Anlage gutgläubig erwerben würde, so dass er den E auf Dauer aus dessen Herrschaftsposition verdrängen würde.
- 3) Die Stereoanlage war ihm von E **anvertraut** worden, da er mit der Anlage im Interesse des E verfahren sollte.

Zwischenergebnis: Der objektive Tatbestand der veruntreuenden Unterschlagung ist erfüllt.

II. Subjektiver Tatbestand

Wilhelm müsste **vorsätzlich** bezüglich sämtlicher objektiver Tatbestandsmerkmale gehandelt haben. Er wusste, dass es sich bei der Anlage, die E ihm anvertraut hatte, um eine fremde, bewegliche Sache handelte, die er sich zueignen wollte.

B./C. Gegen **Rechtswidrigkeit** und **Schuld** des Täters bestehen keine Bedenken, so dass Wilhelm eine veruntreuende Unterschlagung gemäß § 246 II begangen hat.

II. Detailfragen zur Unterschlagung

1) Das Tatobjekt der Unterschlagung

Wie auch beim Diebstahl muss es sich um eine für den Täter **fremde, bewegliche Sache** handeln, so dass wir bezüglich der einzelnen Detailfragen auf das zurückgreifen können, was wir beim Diebstahl gemeinsam erarbeitet haben. Auch hier bestimmt sich die Fremdheit der Sache ausschließlich nach zivilrechtlichen Maßstäben, so dass das **Sicherungseigentum** und das **Vorbehaltseigentum** ebenfalls durch § 246 geschützt werden; Sicherungsgeber (BGH wistra 2006, 228) und Vorbehaltskäufer können die Sache also solange unterschlagen, wie sie ihnen (noch) nicht gehört.

2) Die Tathandlung der Unterschlagung: Die Zueignung

a) Die Definition des Zueignungsbegriffs

Der Täter muss sich die fremde, bewegliche Sache zueignet haben. Im Rahmen des Begriffs "Zueignung" können Sie zwar die aus dem Problemkreis "Diebstahl" bekannten Elemente der "Aneignung" und der "Enteignung" übernehmen, doch müssen Sie auf die Unterschiede im Verhältnis zum Diebstahl achten: Während beim Diebstahl der Zueignungswille regelmäßig schon durch die Wegnahme der Sache nach außen hin unter Beweis gestellt wird, lässt sich ein derartiger Zueignungswille bei der Unterschlagung nur schwer nachweisen, da der Täter den Gewahrsam regelmäßig ohne eine vorangegangene Straftat erlangt hat. Daher ist die Zueignung bei der Unterschlagung objektives Tatbestandsmerkmal, so dass die Zueignung objektiv erfolgt sein muss.

Die Zueignung setzt jedoch nicht voraus, dass der Täter den Berechtigten bereits auf Dauer aus seiner Herrschaftsposition verdrängt hat und damit seinen Zueignungswillen vollkommen verwirklicht hat; abgesehen vom Verbrauch oder der Veräußerung der Sache an gutgläubige Dritte wäre ansonsten die Unterschlagung solange nicht vollendet, wie sich die Sache noch ohne deutliche Wertminderung im Gewahrsam des Täters befindet. Die h.M. hat dieses Problem dadurch gelöst, dass sie mit Hilfe eines formalen Zueignungsbegriffs auf jeglichen Enteignungserfolg verzichtet und bereits im "se ut dominum gerere" eine Zueignung sieht: **Zueignung ist das Auftreten als Eigentümer.** Für eine vollendete Zueignung genügt es daher, dass der Täter seinen Zueignungswillen in einer nach außen erkennbaren Weise betätigt, ihn manifestiert hat (BGH NStZ-RR- 2009, 51 mwN; BGH St 34, 309, 312; Schönke-Schröder-Eser/Bosch § 246 Rz. 11 m.w.N.). Die h.M. definiert daher den Begriff der Zueignung auf der Basis der **Manifestationstheorie**: **Zueignung ist die Vornahme einer Handlung, die einen objektiven Beobachter erkennen lässt, dass der Täter unter dauerhaftem Ausschluss des Berechtigten die Sache selbst oder den in ihr verkörperten Wert seinem Vermögen einverleiben will.**

AL-Klausurtipp:

Dies bedeutet für Sie in der Klausur, dass Sie den Zueignungsvorsatz bereits im objektiven Tatbestand inzident prüfen müssen: Erst wenn feststeht, dass der Täter sich die Sache zueignen wollte, stellt sich die Frage, ob er diesen Willen bereits nach außen hin manifestiert hat.

b) Beispielfälle: Der Täter betätigt seinen Zueignungswillen durch folgende Handlungen:

- **Verbrauch**, Verzehr, Verarbeitung (OLG Düsseldorf NJW 1992, 60), Einbau der Sache.
- **Veräußerung der Sache**, wobei bereits das Verkaufsangebot den Zueignungswillen manifestiert (BGH St 14, 38, 41; str.). Auch die Veräußerung an bösgläubige Dritte ist vollendete Zueignung, da die Unterschlagung nicht voraussetzt, dass der Eigentümer seine formale Position verliert.

- **Benutzung der Sache**, wenn die Benutzung den Eigentümerinteressen zuwiderläuft, weil die Sache dadurch einen Großteil ihres Wertes verliert.
- **Ableugnen des Besitzes** gegenüber dem Eigentümer, da der Täter dadurch einen gesicherten Eigenbesitz begründen will. Leugnet er den Besitz gegenüber Strafverfolgungsorganen, so liegt darin nur eine straflose Selbstbegünstigung, aber keine Betätigung seines Zueignungswillens (Schönke-Schröder-Eser § 246 Rz. 20).
- Die **Verpfändung** einer fremden Sache stellt nur dann eine Unterschlagung dar, wenn der Täter billigend in Kauf nimmt, die Pfandsache vor Pfandreife und Verwertung durch Tilgung der gesicherten Forderung nicht wieder auslösen zu können (BGH St 12, 299, 302). Ansonsten handelt es sich um eine straflose Gebrauchsanmaßung.
- Die **Sicherungsübereignung** an Dritte ist nach h.M. (BGH wistra, 2006, 228; St 1, 262, 264; LK-Ruß § 246 Rz. 15 m.w.N.) auch dann eine (veruntreuende) Unterschlagung, wenn der Täter als sicher davon ausgeht, die gesicherte Forderung tilgen zu können und daher die Verwertung der Sache verhindern zu können. Dies wird damit begründet, dass durch die Sicherungsübereignung der bisherige Eigentümer seine rechtliche Position verloren hat und der Sicherungseigentümer wirksam über die jetzt ihm gehörende Sache verfügen kann.

c) **Die Manifestationstheorien: Kann der Zueignungswille auch durch äußerlich neutrale Zueignungshandlungen manifestiert werden?**

Wir hatten den Begriff der Zueignung wie folgt definiert: **Zueignung ist die Betätigung des Zueignungswillens**. Jetzt geht es um die Frage, ob der Täter seinen Zueignungswillen nach außen hin erkennbar betätigt haben muss oder ob auch äußerlich neutrale Handlungen bereits eine Unterschlagung darstellen können. Diese Frage stellt sich vor allem bei der Fundunterschlagung, weil sich der Täter am Fundort oftmals zumindest nach außen hin wie ein "ehrlicher" Finder verhält.

Beispiel: In der vorgefassten Absicht, die Sache zu behalten, steckt der Finder Gluffke im Wald eine gefundene Geldbörse ein. Liegt bereits im Einstecken die Manifestation des Zueignungswillens und damit eine Unterschlagung vor, obwohl auch ein "ehrlicher" Finder die Börse eingesteckt hätte?

- aa) Nach der **gemäßigten Manifestationstheorie** (BGH St 14, 21; LK-Ruß § 246 Rz. 13) können auch solche Handlungen Unterschlagungen sein, bei denen der Zueignungswille nicht nach außen erkennbar wird: Es genügt, wenn ein mit den Umständen vertrauter Dritter das Verhalten des Täters als erstmalige Betätigung des Zueignungswillens bewertet. Auch derart neutrale Zueignungshandlungen versetzen den Eigentümer in die Lage, in die er bei Verhaltensweisen gerät, die den Zueignungswillen nach außen erkennbar werden lassen.

Beispiele: Nach der gemäßigten Manifestationstheorie begeht auch derjenige eine Unterschlagung, der sich nach außen hin im Verhältnis zum Eigentümer weisungsgemäß verhält, z.B. eine gefundene Sache einsteckt oder Geld für seinen Auftraggeber mit der vorgefassten Absicht kassiert, es für sich zu behalten (LK-Ruß § 246 Rz. 20).

- bb) Nach der **strengen Manifestationstheorie** (Schönke-Schröder-Eser § 246 Rz. 11 mwN) liegt bei äußerlich neutralen Handlungen noch keine Zueignung vor. Der Täter eignet sich die Sache nur dann zu, wenn ein objektiver Beobachter ohne Berücksichtigung des Täterwillens (woher soll er den auch kennen...) das Verhalten als Zueignung bewertet. Eine Unterschlagung liegt also erst dann vor, wenn der Täter z.B. die Sache des Eigentümers abredewidrig im eigenen Namen veräußert, Belege fälscht oder andere Handlungen vornimmt, die seinen Zueignungswillen nach außen erkennbar werden lassen.

- cc) **Stellungnahme:** Der strengen Manifestationstheorie gebührt allein aus praktischen Erwägungen der Vorzug: Zwar geht der Zueignungswille für Sie in der Klausur aus dem Sachverhalt hervor ("in der vorgefassten Absicht,..."), doch wird ein nach außen nicht erkennbarer Zueignungsvorsatz dem Täter in der Praxis nicht nachzuweisen sein. Im Übrigen bestraft die gemäßigte Manifestationstheorie den Täter nicht für das, was er *tut*, sondern für das, was er *will*.

d) **Die Mehrfachzueignung**

Fall: Wilhelm Brause hat in der Villa des Unternehmers U ein wertvolles Bild gestohlen. Sein Freund Gluffke stiftet ihn an, das Bild an den Hehler H zu veräußern, damit es nicht bei einer etwaigen Hausdurchsuchung gefunden und als Beweismittel verwendet wird. Hat sich Gluffke wegen Anstiftung zur Unterschlagung gemäß den §§ 246 I, 26 strafbar gemacht?

Hat sich der Täter bereits durch eine deliktische Handlung (z.B. Diebstahl, Unterschlagung, Erpressung, Betrug, Untreue) die Sache zugeeignet, so stellt sich die Frage, ob eine weitere Benutzung der Sache oder eine Verwertungshandlung eine erneute tatbestandsmäßige Zueignung darstellen kann. Zwar besteht Einigkeit darüber, dass die erneute Zueignung dem Täter nicht mehr gesondert vorgeworfen werden kann, doch stellt sich für die Bestrafung eines möglichen Teilnehmers die Frage, ob der andere durch die erneute Zueignung eine zumindest tatbestandsmäßige und rechtswidrige Haupttat begeht.

- aa) **Tatbestandslösung: Die erneute Betätigung des Zueignungswillens ist nicht tatbestandsmäßig.**

Nach einer Ansicht (BGH GSSt 14, 38; BB 1992, 267, 268; Krey Rz. 174; Otto Jura 1989, 200, 205; Lackner § 246 Rz. 4 a bb) ist eine erneute Betätigung des Zueignungswillens nicht tatbestandsmäßig. Begründung: Zueignung sei die *Begründung* einer eigentümerähnlichen Position; habe der Täter die Position aber durch seine erstmalige Zueignungshandlung bereits *begründet*, so könne er durch weitere Handlungen diese bereits geschaffene Position nur noch *ausnutzen*. Ferner sei es unbillig, die Verjährung mit jeder erneuten Manifestation des Zueignungswillens erneut beginnen zu lassen, da dann die Tat de facto nie verjährt, wenn der Täter die Sache ein Leben lang benutzt.

Folgt man dieser Auffassung, so scheidet eine Teilnahme des Gluffke bereits an der fehlenden Haupttat. Für Gluffke käme aber eine Begünstigung nach § 257 in Betracht.

- bb) **Konkurrenzlösung: Die erneute Betätigung des Zueignungswillens ist zwar eine Unterschlagung, aber eine aus Sicht des Haupttäters mitbestrafte Nachtat.**

Nach anderer Auffassung (Mitsch, JuS 1998, 307, 312; Seelmann JuS 1985, 699, 702; Maurach-Schroeder-Maiwald 347; Tenckhoff JuS 1984, 775, 778) manifestiert der Täter mit jeder erneuten Benutzung der Sache seinen Zueignungswillen und begeht dadurch eine erneute Unterschlagung. Da aber die durch den deliktischen Besitzentzug geschaffene Eigentumsverletzung nicht mehr intensiviert wird, tritt die in der Weiterbenutzung liegende Unterschlagung im Wege der Konsumtion als mitbestrafte Nachtat hinter die Tat zurück, durch die sich der Täter die Sache erstmals zugeeignet hat.

Da eine Teilnahme an einer aus Sicht des Haupttäters konsumierten Tat aber unproblematisch möglich ist, hätte nach dieser Ansicht Gluffke eine Anstiftung zur Unterschlagung begangen.

AL-Klausurtyp:

Das Problem der mehrfachen Zueignung tritt zwar sehr häufig auf, da der Täter, der sich eine Sache durch eine Straftat zueignet, sie im Anschluss daran auch benutzen oder sie veräußern wird. Dennoch sollten Sie die unterschiedlichen Ansichten nur kurz darstellen, wenn auch nach der 2. Ansicht (= mehrfache Zueignung ist möglich) die Unterschlagung weder für den Haupttäter noch für einen potentiellen Teilnehmer ins Gewicht fällt:

- Hat sich der Täter die Sache bereits durch eine andere Straftat (z.B. §§ 242, 249, 253, 263, 266) zugeeignet, so tritt die Unterschlagung hinter dieser Tat als mitbestrafte Nachtat zurück. Selbst wenn man also eine mehrfache Unterschlagung für denkbar hält, taucht diese Unterschlagung weder neben der anderen Tat im Tenor des Strafurteils auf, noch spielt sie bei der Strafzumessung eine Rolle, so dass der Meinungsstreit bei der Bestrafung des Täters irrelevant ist.
- Hat sich ein Beteiligter an der erneuten Betätigung des Zueignungswillens beteiligt, so spielt auch hier die Unterschlagung keine Rolle, wenn diese Beteiligung eine eigenständige Straftat darstellt, hinter der die Teilnahme an der Unterschlagung ohnehin zurücktreten würde.

Beispiel: Gluffke stiftet seinen Freund Wilhelm Brause an, ihm die gestohlene Sache zu verkaufen. Selbst wenn man in der Veräußerung der Sache durch Wilhelm eine erneute Zueignung sehen würde, würde Gluffkes Anstiftung zu dieser Unterschlagung hinter seiner eigenen Hehlerei zurücktreten, die im Ankauf gestohlener Ware liegt.

e) Die Betätigung des Zueignungswillens durch Unterlassen

Fall: Wilhelm Brause hatte sich vom Eigentümer E zu Repräsentationszwecken einen wertvollen Perserteppich geliehen. Aufgrund eines Vollstreckungstitels seines Gläubigers G wird der Teppich in Wilhelms Wohnung gepfändet. Da Wilhelm irrig annimmt, durch Verwertung des Teppichs gegenüber dem G von seiner Verbindlichkeit befreit zu werden, zeigt er weder gegenüber dem Gerichtsvollzieher an, dass er nicht Eigentümer der Pfandsache ist, noch benachrichtigt er den E, so dass der Teppich öffentlich versteigert wird.

- aa) In den meisten Fällen, in denen eine Unterschlagung durch Unterlassen in Betracht kommt, wird der erforderliche Zueignungswille nicht nachgewiesen werden können.

Beispiel: Benachrichtigt der Finder den ihm bekannten Eigentümer der Fundsache entgegen seiner Pflicht aus § 965 I nicht, so kann dieses Unterlassen auch auf Nachlässigkeit des Finders beruhen. Benutzt der Finder die Fundsache nicht, so wird ihm sein Zueignungswille kaum zu beweisen sein (BGH St 34, 309, 312; BayObLG NJW 1992, 1777, 1778).

- bb) In unserem Fall ist Wilhelms Wille, sich die Sache zuzueignen, als bekannt vorgegeben; es stellt sich aber die Frage, ob der Zueignungswille auch durch Unterlassen manifestiert werden kann. Eine derartige Zueignung kann nicht bereits darin gesehen werden, dass Wilhelm gegenüber dem Gerichtsvollzieher nicht auf die wahren Eigentumsverhältnisse hingewiesen hat. Unabhängig von der Frage, ob er zu einem derartigen Hinweis verpflichtet gewesen wäre (zum Streitstand Schönke-Schröder-Eser § 246 Rz. 19), hätte dieser Hinweis die Verwertung der Pfandsache nicht verhindern können, da der Gerichtsvollzieher innerhalb des formalisierten Vollstreckungsverfahrens nicht das *Eigentum*, sondern gemäß § 808 I ZPO nur die *tatsächlichen Gewahrsamsverhältnisse* überprüft. Es würde also auf jeden Fall an der Kausalität der Unterlassung für die Eigentumsverletzung fehlen. Eine Zueignung liegt aber darin, dass Wilhelm den E nicht benachrichtigt hat und dem E daher die Möglichkeit genommen hat, nach § 771 ZPO im Wege der Drittwiderspruchsklage gegen die Pfändung in schuldnerfremdes Vermögen vorzugehen und so die Versteigerung des Teppichs zu verhindern.

III. Die veruntreuende Unterschlagung gemäß § 246 II

Es handelt sich um einen **qualifizierten Fall der Unterschlagung**, wenn der Täter eine Sache unterschlägt, die ihm anvertraut worden ist. Die Sache ist ihm **anvertraut, wenn er den Gewahrsam an der Sache mit der Maßgabe erlangt hat, mit der Sache im Interesse des anderen zu verfahren** (BGH St 16, 280; Samson JA 1990, 5, 10). Strafschärfend wirkt hier, dass der Täter die Sache nur aufgrund eines Vertrauensverhältnisses besitzt und dass er dieses Vertrauen missbraucht.

Beispiele: Entleiher, Mieter (BGH St 9, 90), Pächter, Verwahrer, Pfandgläubiger, Sicherungsgeber, Eigentumsvorbehaltskäufer (BGH St 16, 280).

- 1) Die Sache muss dem Täter nicht vom Eigentümer anvertraut worden sein, so dass z.B. auch der Untermieter, der den Eigentümer nie gesehen hat, eine veruntreuende Unterschlagung begehen kann.
- 2) Auf die Wirksamkeit des Vertrages, der dem Gewahrsamswechsel zugrunde lag, kommt es nicht an.

Beispiel: Der Mieter veruntreut die Sache auch dann, wenn sich der Mietvertrag nachträglich als nichtig erweist.

- 3) Fraglich erscheint aber, ob der Täter auch dann eine qualifizierte Unterschlagung begangen hat, wenn der zugrunde liegende Vertrag sittenwidrig ist und sich die Sittenwidrigkeit gerade aus der Gewahrsamsverschiebung ergibt.

Beispiel 1: Der Vollstreckungsschuldner Wilhelm Brause schafft ihm gehörende Wertgegenstände zu seinem Nachbarn Bullmann, um sie dem Zugriff seiner Vollstreckungsgläubiger zu entziehen. Bullmann veräußert die Gegenstände eigenmächtig an Dritte.

Beispiel 2: Der Räuber Bullmann versteckt die Beute bei seinem Freund Gluffke, der sie ohne Rücksprache mit Bullmann an einen Hehler verkauft.

- a) Nach Ansicht der Rspr. (RG St 70, 7) verdient der Täter die erhöhte Strafe des § 246 II infolge seines Vertrauensbruchs auch dann, wenn der Vertrag sittenwidrig ist (Beispiel 1). Ein Anvertrautsein scheidet allerdings aus, wenn die Inbesitznahme durch den Täter den Interessen des wahren Eigentümers zuwiderläuft (BGH NJW 1954, 889; Beispiel 2).
- b) Nach der Gegenmeinung (Schönke-Schröder-Eser § 246 Rz. 30 m.w.N.) liegt bei sittenwidrigen Rechtsverhältnissen nie ein Anvertrautsein vor, da Rechtsverhältnisse dieser Art nicht schutzwürdig sind.

§ 5 Privilegierungen des Diebstahls und der Unterschlagung: §§ 247, 248 a

Vorbemerkung

Sowohl der Haus- und Familiendiebstahl des § 247 als auch der Diebstahl/die Unterschlagung geringwertiger Sachen gemäß § 248 a sind Antragsdelikte: Der Täter kann also nur dann bestraft werden, wenn der Verletzte einen entsprechenden Strafantrag stellt.

-Klausurtyp:

Bei den Antragsdelikten geht es nicht um die Strafbarkeit des Täters, sondern nur um die Durchsetzung des staatlichen Strafanspruchs, also um die Verfolgbarkeit der Tat! Die §§ 247, 248 a haben daher im Obersatz Ihrer Klausur nichts zu suchen, sondern werden erst am Ende der Prüfung ins Spiel gebracht, also nach der Schuld bzw. nach etwaigen Regelbeispielen des § 243.

Formulierungsvorschlag für § 248 a: "Da es sich um eine geringwertige Sache handelt, ist die Tat nur auf einen Strafantrag des Verletzten hin verfolgbar, es sei denn, dass ein besonderes öffentliches Interesse an der Strafverfolgung besteht."

I. Der Haus- und Familiendiebstahl des § 247

Nach dieser Vorschrift werden Diebstahl und Unterschlagung nur auf Antrag des Verletzten verfolgt, wenn dieser mit dem Täter in häuslicher Gemeinschaft lebte (Wohngemeinschaft, nichteheliche Lebensgemeinschaft) oder der Betroffene der Vormund oder der Betreuer des Täters ist. Durch dieses Antragserfordernis soll verhindert werden, dass gegen den Willen des von der Tat Betroffenen eine Strafverfolgung gegen Personen stattfindet, die dem Betroffenen besonders nahestehen. Im Gegensatz zum Antragserfordernis gemäß § 248 a nimmt man bei der Frage der Verfolgbarkeit gemäß § 247 auch dann auf den familiären Frieden und die Wünsche des Betroffenen Rücksicht, wenn es sich um einen Diebstahl in einem besonders schweren Fall gemäß den §§ 242, 243 oder sogar um einen qualifizierten Diebstahl gemäß den §§ 242, 244 handelte.

II. Diebstahl und Unterschlagung geringwertiger Sachen nach § 248 a

Hat der Täter durch einen einfachen Diebstahl i.S.d. § 242 oder durch eine Unterschlagung nach § 246 nur eine geringwertige Sache erbeutet, so wird die Tat nur auf einen Antrag des Verletzten hin strafrechtlich verfolgt, es sei denn, dass wegen des besonderen öffentlichen Interesses an der Strafverfolgung dieser Tat eine Strafverfolgung von Amts wegen geboten ist. Der Begriff der Geringwertigkeit folgt allein wirtschaftlichen Kriterien; die Grenze liegt zurzeit bei ca. bei 50 Euro. Hat die weggenommene oder unterschlagene Sache keinen in Geld messbaren Verkehrswert, so scheidet § 248 a aus mit der Folge, dass die Tat auch ohne Strafantrag verfolgt werden kann.

Bekanntes Examensproblem: Wilhelm Brause entwendet eine Strafakte, um seiner strafrechtlichen Verfolgung zu entgehen. Da die Strafakte keinen Verkehrswert hat, gilt § 248 a nicht: Die Tat ist daher auch ohne entsprechenden Strafantrag verfolgbar.

Problem: Irrtum des Täters über die Erforderlichkeit eines Strafantrags

War der Täter bei seinem Diebstahl oder seiner Unterschlagung irrig davon ausgegangen, eine geringwertige Sache zu stehlen / zu unterschlagen oder glaubte er irrig, dass die Sache einem Familienangehörigen gehören würde, so ist dieser Irrtum irrelevant. Die Voraussetzungen der §§ 247, 248 a betreffen nicht die *Strafbarkeit* des Verhaltens, sondern nur die *Verfolgbarkeit* der Tat, so dass allein die objektiven Gegebenheiten entscheiden.

§ 6 Der unbefugte Gebrauch eines Kraftfahrzeugs gemäß § 248 b

§ 248 b bestraft denjenigen, der ein Kraftfahrzeug oder ein Fahrrad gegen den Willen des Berechtigten benutzt, wobei § 248 b nur anwendbar ist, wenn das Verhalten des Täters nicht in anderen Tatbeständen (z.B. § 242) mit höherer Strafe bedroht ist. § 248 b ist also **gesetzlich subsidiär** und darf daher in der Klausur nicht an 1. Stelle geprüft werden!

I. Objektiver Tatbestand

- 1) **Das Tatobjekt: Kraftfahrzeuge** sind nach der Legaldefinition des § 248 b IV Pkw, Lkw, Motorräder und Mofas sowie Motorboote, also **Fahrzeuge, die durch Maschinenkraft bewegt werden**. An Schienen gebundene Fahrzeuge wie Straßen- und Eisenbahnen scheiden aus.
- 2) **Berechtigter** ist derjenige, dem ein dingliches (Nießbrauch) oder schuldrechtliches Gebrauchsrecht (Miete, Leihe, Leasing) an dem Fahrzeug zusteht, wobei es sich nicht unbedingt um den Eigentümer des Fahrzeugs handeln muss (BGH St 11, 47, 51; Lackner § 248 b Rz. 4 m.w.N.).
- 3) **Die Tathandlung: Ingebrauchnahme** ist die bestimmungsgemäße Verwendung des Fahrzeugs als Fortbewegungsmittel (BGH St 11, 44, 47 f.). Obwohl sich das Fahrzeug bewegen muss, kommt es nicht darauf an, ob der Motor des Fahrzeugs in Gang gesetzt wird.

Beispiel: Der Täter lässt das Fahrzeug eine abschüssige Straße hinunterrollen.

Gegenbeispiele: Der Obdachlose, der bei einem Unwetter einen Campingbus aufbricht, um sich vor dem Regen in Sicherheit zu bringen, macht sich nicht nach § 248 b strafbar. Dies gilt auch für den Schwarzfahrer im Bus, der das Fahrzeug nicht in Gebrauch nimmt, sondern nur benutzt. Hier wird aber eine Leistungerschleichung gemäß § 265 a in Betracht kommen.

Ein Ingebrauchnehmen ist auch ohne vorherige Wegnahme möglich, wenn grundsätzlich zur Benutzung Befugte ihr Gebrauchsrecht überschreiten (str.; dafür: BGH St 11, 47, 50; LK-Ruß § 248 b Rz. 5; dagegen Otto JZ 1993, 559, 567; Krey Rz. 149).

Beispiel: Der angestellte Chauffeur benutzt die Limousine seines Chefs am Wochenende für eine Spritztour ans Meer.

Ist der Gebrauchsberechtigte mit der Benutzung durch den anderen einverstanden, so schließt dieses Einverständnis bereits den Tatbestand des § 248 b aus.

Beachte: Dient die erneute Benutzung des Fahrzeugs nach erfolgter Entwendung nur der Wiederherstellung der rechtmäßigen Besitzlage, so ist die "Rückfahrt" nicht mehr tatbestandsmäßig i.S.d. § 248 b, da diese Rückführung dem mutmaßlichen Willen des Berechtigten entspricht.

II. Subjektiver Tatbestand

Der Täter muss wissen, dass er ein Fahrzeug gegen den Willen des Berechtigten benutzt. Geht der Täter irrig von der Zustimmung des Berechtigten aus, so entfällt nach § 16 I 1 der Vorsatz.

III. Konkurrenzen

Die unbefugte Benutzung eines Kraftfahrzeugs umfasst auch den durch die Benutzung bedingten Diebstahl an den Betriebsstoffen (Benzin, Öl), so dass der Diebstahl durch § 248 b konsumiert wird (SK-Samson § 248 b Rz. 18).

2. Teil: Raub und Erpressung: §§ 249 - 255

Vorbemerkung

Der 20. Abschnitt des StGB enthält sowohl Eigentums- als auch Vermögensdelikte, die unter Einsatz von Nötigungsmitteln begangen werden. Dabei enthalten die §§ 249 - 252 **Eigentumsdelikte**, die in **Zueignungsabsicht** begangen werden, während Erpressung und räuberische Erpressung gegen das gesamte strafrechtlich geschützte **Vermögen** gerichtet sind und in **Bereicherungsabsicht** begangen werden.

Weil sowohl der Räuber als auch der Erpresser das Opfer nötigt und weil das Verhältnis von Raub und räuberischer Erpressung auch durch das jeweils eingesetzte Nötigungsmittel beeinflusst wird (nach der h.L. kann es eine räuberische Erpressung nur bei Einsatz von vis compulsiva, nicht aber bei vis absoluta geben), möchte ich Ihnen zunächst einmal die einzelnen Nötigungsmittel vorstellen, die bei Raub und Erpressung zum Einsatz gelangen.

Exkurs: Da es sich insbesondere bei der Frage nach dem Begriff der Gewalt um eines der umstrittensten (und daher examenstrichtigsten!) Probleme des Strafrechts handelt, habe ich die Nötigungsmittel bewusst sehr ausführlich dargestellt. Niemand wird in Ihrem Examen von Ihnen erwarten, dass Sie diesen Streit in dieser Ausführlichkeit beherrschen, doch sollten Sie zur Erzielung eines Prädikatsexamens die "Meilensteine" der Entwicklung des Gewaltbegriffs kennen!

Im Anschluss daran werden wir auf dieser Basis das Verhältnis von Raub und Erpressung zueinander erarbeiten, da von diesem Verhältnis auch die einzelnen Strukturelemente des Raubes und der Erpressung abhängen werden:

- So stellt sich bei der **Wegnahme** innerhalb des Raubes die Frage, ob das **äußere Erscheinungsbild** oder die **innere Willensrichtung des Genötigten** für die Wirksamkeit eines tatbestandsausschließenden Einverständnisses entscheidend ist.
- Bei der **Erpressung** entscheidet das Verhältnis zum Raub darüber, ob als **ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal** der Erpressung eine **Vermögensverfügung** erforderlich ist.

I. Die Nötigungsmittel

Der Raub gemäß § 249 und der räuberische Diebstahl des § 252 als raubähnliches Sonderdelikt setzen ebenso wie die räuberische Erpressung gemäß den §§ 253, 255 den Einsatz eines qualifizierten Nötigungsmittels voraus. **Qualifizierte Nötigungsmittel** sind **Gewalt gegen Personen** und die **Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben**.

Die einfache Erpressung des § 253 lässt als Nötigungsmittel **einfache Nötigungsmittel** genügen: **Gewalt gegen Sachen** sowie die **Drohung mit einem empfindlichen Übel**.

1) Die Gewalt

a) Der Gewaltbegriff und seine Entwicklung

Der Begriff der Gewalt und seine Entwicklung in den letzten Jahrzehnten haben zu einer großen strafrechtlichen Kontroverse in Rechtsprechung und Lehre geführt. Lassen Sie uns die Entwicklung des Gewaltbegriffs einmal nachvollziehen:

Das **RG** hatte ursprünglich Gewalt wie folgt definiert: **Gewalt ist die unter Anwendung körperlicher Kraft erfolgende Einwirkung auf einen anderen zur Beseitigung eines tatsächlich geleisteten oder erwarteten Widerstandes**. Der ursprüngliche Begriff der Gewalt wurde also durch seine physischen Elemente geprägt:

- körperliche Kraftentfaltung beim Täter**- körperlich spürbare Zwangseinwirkung auf Seiten des Opfers**

Dieser ursprünglich sehr klar konturierte Begriff wurde jedoch mehr und mehr dadurch aufgelöst, dass der Begriff der Gewalt sowohl auf Seiten des Opfers als auch auf Seiten des Täters aus seinen körperlichen Konturen herausgelöst wurde. Im Zuge dieser "Vergeistigung des Gewaltbegriffs" lassen sich im Wesentlichen folgende Entwicklungsstufen herausarbeiten:

aa) 1. Auflösung: Verzicht auf eine unmittelbare körperliche Einwirkung beim Opfer

(1) Die Auflösung des Gewaltbegriffs durch den Verzicht auf seine körperlichen Elemente wurde bereits durch das RG eingeleitet: Im **Sargträgerfall** hatten Dorfbewohner die Bestattung eines Selbstmörders auf dem örtlichen Friedhof dadurch verhindern wollen, dass sie gegenüber den Sargträgern eine drohende, feindselige Haltung annahmen und diese am Zugang zum Friedhof hinderten. Das RG (RG St 45, 153, 156) ließ zwar in dieser Entscheidung noch nicht den psychischen Zwang allein ausreichen, doch genüge jede Art von Einwirkung, die vom Opfer körperlich empfunden werde.

(2) Auch bei der **Abgabe von Schreckschüssen** (RG St 60, 157, 158) reiche die psychisch vermittelte Einwirkung auf den Körper, da die Schreckschüsse unmittelbar auf die Sinne des Opfers (Gesicht, Gehör und Geruch) einwirken, ihn in starke nervliche Erregung versetzen und somit auch das körperliche Befinden und dadurch die Voraussetzungen der Freiheit der Willensentschließung oder Willensbetätigung in hohem Maße beeinflussen.

bb) 2. Auflösung: Verzicht auf eine körperliche Kraftentfaltung beim Täter

(1) Bereits das RG (RG St 27, 406; 73, 343) sah im **Einsperren** durch bloßes Abschließen einer Tür trotz fehlender Kraftentfaltung beim Täter Gewalt gegen eine Person.

Folge: Hat der Einbrecher den schlafenden Bewohner in dessen Schlafzimmer eingesperrt, um in Ruhe stehlen zu können, so hat er nicht nur einen Diebstahl gemäß den §§ 242, 244 I Nr. 3, sondern sogar einen Raub gemäß § 249 und damit ein Verbrechen begangen!

(2) Der BGH setzte diese Linie fort: Er verzichtete im **Betäubungsspritzenfall** (BGH St 1, 145) auf das Erfordernis einer körperlichen Kraftentfaltung beim Täter: "Entscheidend für die Strafandrohung der §§ 249 ff. ist, dass der Täter durch seine körperliche Handlung die Ursache dafür setzt, dass der wirkliche oder erwartete Widerstand des Angegriffenen durch ein unmittelbar auf dessen Körper wirkendes Mittel gebrochen oder verhindert wird. Aus Sicht des Opfers ist die rasch lähmende Wirkung eines Betäubungsmittels ebenso eine körperliche Überwindung oder Verhinderung des Widerstandes wie ein betäubender Schlag. Wird die den Widerstand brechende Lähmung des Nervensystems durch ein Betäubungsmittel herbeigeführt, so ist irrelevant, wie viel Kraft der Täter aufbringen muss, um dem Opfer das Betäubungsmittel beizubringen. Auch bei der Verwendung einer Schusswaffe entscheidet nicht der Kraftaufwand des Fingers am Abzug, sondern die lähmende Angst, die auf den Körper des Betroffenen wirkt."

Folge: Schüttet der Kellner dem Opfer "KO-Tropfen" ins Bier, um ihm anschließend die Brieftasche wegzunehmen, so hat er einen Raub gemäß § 249 begangen.

cc) **3. Auflösung: Verzicht auf eine unmittelbare körperliche Reaktion zugunsten eines psychisch determinierten Prozesses**

Später verzichtete auch der BGH auf die unmittelbare körperliche Einwirkung beim Opfer: Es genügt, dass der Täter dadurch einen psychisch determinierten Prozess in Gang setzt, dass er eine Situation schafft, in der die Freiheit der Willensbildung nicht unerheblich beeinträchtigt ist:

- (1) So ist **dichtes Auffahren auf der Autobahn** zur Erzwingung eines Überholmanövers Gewalt (BGH St 19, 263), da der Vorausfahrende durch die Angst vor einem Auffahrunfall bei diesem Tempo erheblich aus dem inneren Gleichgewicht gebracht wird.
- (2) Das Sprengen einer Vorlesung durch **”akustischen Terror”** (lautstarkes Brüllen, Einsatz von Megaphonen, Trillerpfeifen) ist gewaltsame Nötigung in Form von vis compulsiva, wenn dadurch der Referent zu einer Diskussion oder alternativ zum Abbruch der Vorlesung gezwungen werden soll (BGH NJW 1982, 189).
- (3) Auch das **Vorhalten einer Waffe** ist Gewalt, da dadurch das Opfer in einen Zustand starker seelischer Erregung versetzt werde, der sein körperliches Befinden und damit die körperlichen Voraussetzungen seiner Willensbetätigungsfreiheit beeinträchtigt.

Dazu der BGH in **BGH St 23, 126**: ”Das Vorhalten einer Waffe ist Gewalt gegen eine Person, auch ohne dass durch eine Berührung unmittelbar auf den Körper des Opfers eingewirkt wird. Es genügen alle eine gewisse - nicht notwendigerweise erhebliche - körperliche Kraftentfaltung darstellenden Handlungen, die von der Person, gegen die sie unmittelbar oder mittelbar gerichtet sind, nicht nur als seelischer, sondern auch als körperlicher Zwang empfunden werden. Es handelt sich nicht nur um eine Drohung (künftig zu schießen), sondern bereits um Gewalt: Richtet der Täter seine Waffe mit dem Finger am Abzug aus nächster Entfernung auf das Opfer, so droht er nicht mit der Anwendung von Gewalt, sondern übt unmittelbar körperlichen Zwang aus, wendet also Gewalt an. Er beeinflusst das körperliche Befinden und damit auch die körperlichen Voraussetzungen der Entschließungsfreiheit in hohem Maß.”

Kritik: Nach einem Teil der Literatur (SK-Samson § 249 Rz. 12; Geilen Jura 1979, 109) ist die körperliche Reaktion des mit einer Waffe bedrohten Opfers nur Folge der Drohung. Da aber die motivierende Wirkung erst von der Ankündigung ausgeht, (künftig) zu schießen, handele es sich um die Inaussichtstellung eines künftigen Übels und damit um eine Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben.

AL-Klausurtyp:

Diesen Streit können Sie in der Klausur aber weitgehend auf sich beruhen lassen, da es sich in beiden Fällen um qualifizierte Nötigungsmittel handelt.

- (4) Dieser Linie folgte der BGH auch in der **Läpple-Entscheidung** (BGH St 23, 46): Blockieren Studenten durch einen **Sitzstreik** auf den Gleisen der Straßenbahn die Fahrbahn, so nötigen sie gewaltsam den Fahrer, an dieser Stelle anzuhalten. Der Annahme von Gewalt steht nicht der geringfügige körperliche Kraftaufwand und die fehlende Berührung des Opfers entgegen. Es entscheidet vielmehr der psychisch determinierte Prozess, der in Gang gesetzt wird, insbesondere die Stärke des ausgeübten psychischen Drucks: Stellt sich ein Mensch auf die Fahrbahn, so liegt darin die Ausübung eines Zwanges, der für den Fahrer unwiderstehlich ist; denn er muss halten, um keinen Totschlag zu begehen. **Der BGH verzichtete also sowohl auf einen körperlichen Kraftaufwand des Täters als auch auf eine körperliche Einwirkung beim Opfer.** Es genügt, dass der Täter mit nur geringem Kraftaufwand einen lediglich psychisch determinierten Prozess in Gang setzt und dadurch einen Zwang auf das Opfer ausübt.

(5) Ein weiterer Markstein der Entwicklung des Gewaltbegriffs war die 1. **Sitzblockaden-Entscheidung** des BVerfG NJW 1987, 43, bei der die Blockade von militärischen Einrichtungen durch Mitglieder der "Friedensbewegung" bewertet werden sollte. Zahlreiche deutsche Strafgerichte hatten die Sitzblockaden unterschiedlich bewertet: Manche Gerichte sahen in der Sitzblockade erst gar keine Gewalt; manche hielten den Einsatz von Gewalt für gerechtfertigt; andere für nicht verwerflich i.S.d. § 240 II, da die ethisch hochstehenden Fernziele der Demonstranten berücksichtigt werden müssten. Wiederum andere Gerichte verurteilten jedoch die Demonstranten wegen Nötigung gemäß § 240: Entweder weil die Verwerflichkeit der Zweck-Mittel-Relation durch die Anwendung von Gewalt indiziert werde oder weil die Fernziele der Demonstranten nur bei der Strafzumessung berücksichtigt werden dürften.

(a) Das BVerfG hatte sich in seiner Entscheidung zunächst mit der Frage auseinanderzusetzen, ob der Begriff der Gewalt nach der o.g. Entwicklung überhaupt noch strafrechtlich bestimmt genug ist oder ob nicht durch diese Entwicklung § 240 durch eine derart weite Fassung des Gewaltbegriffs gegen den Bestimmtheitsgrundsatz verstößt. Das BVerfG sah den Begriff der **Gewalt** jedoch als verfassungskonform an, wenn man ihn definiere als die **gegenwärtige Zufügung eines empfindlichen Übels**; im Gegensatz dazu sei die **Drohung** die **Inaussichtstellung eines künftigen Übels**. Dieser Begriff der Gewalt sei zwar für eine Auslegung offen, doch lasse sich die Reichweite durch eine am Wortlaut und Gesetzeszweck orientierte Auslegung in einer für den Bürger hinreichend bestimmten Weise ermitteln.

(b) Bei der Frage, ob auch eine Sitzblockade gewaltsame Nötigung sei, teilte sich jedoch der Senat des BVerfG in 2 Hälften: 4 Richter sahen darin keine Gewalt; da aber bei einer Pattentscheidung mangels Mehrheit gemäß § 15 III BVerfGG in der Verurteilung der Blockierer wegen Nötigung nach § 240 kein Verfassungsverstoß festgestellt werden konnte, setzten sich vom Ergebnis her die 4 Richter durch, die darin eine Anwendung von Gewalt sahen. Nach deren Ansicht wird durch die weite Auslegung des Gewaltbegriffs die Freiheit der Willensbildung und Willensbetätigung, die das Gesetz durch § 240 schützen wolle, in wirksamer Weise auch gegenüber solchen Einwirkungen geschützt, die zwar sublim, aber ähnlich wirksam wie körperlicher Kraftaufwand sind. Die vom Wortsinn gezogene Grenze wird eingehalten, wenn die auf das Opfer ausgeübte Zwangseinwirkung den Einsatz einer gewissen, wenn auch geringfügigen körperlichen Gewalt durch den Täter (hier: Bildung einer körperlichen Barriere durch Niederlassen auf der Fahrbahn) beinhaltet.

Verzichtet man sowohl auf die körperliche Kraftentfaltung beim Täter als auch auf die körperlich spürbare Zwangseinwirkung beim Opfer, so kann ein derartig weit gefasster Gewaltbegriff die Verwerflichkeit der Zweck-Mittel-Relation weder bei § 240 II noch bei § 253 II indizieren! Wird also die Zwangslage ausschließlich über die Psyche des Genötigten vermittelt, müssen Sie in der Klausur die Verwerflichkeit der Zweck-Mittel-Relation positiv feststellen!

dd) **Die Gegenbewegung: Rückkehr zum Erfordernis der körperlichen Kraftentfaltung**

Als 9 Jahre später das Bundesverfassungsgericht in anderer Zusammensetzung erneut über den Gewaltbegriff entscheiden musste, hob das BVerfG die Verurteilung eines Sitzblockierers wegen Nötigung gemäß § 240 auf, weil die weite Auslegung des Gewaltbegriffs in Zusammenhang mit Sitzblockaden gegen Art. 103 II GG verstoße (BVerfG NJW 1995, 1141). Der Gesetzgeber habe in § 240 nicht jede Zwangseinwirkung auf den Willen anderer unter Strafe stellen wollen. Da die Ausübung von Zwang bereits im Begriff der Nötigung enthalten sei, könne der Gewaltbegriff nicht mit der Zufügung von Zwang gleichgesetzt werden,

sondern müsse über diesen hinausgehen. Zwangseinwirkungen, die nicht auf dem Einsatz körperlicher Kraft, sondern allein auf geistig-seelischem Einfluss beruhen, können danach zwar die Tatbestandsalternative der Drohung, aber nicht die der Gewaltanwendung erfüllen, weil der Begriff der Gewalt bei einem Verzicht auf jede körperliche Kraftentfaltung seine Bestimmtheit verlieren würde. Beruht also die Zwangswirkung allein auf der körperlichen Anwesenheit und ist die Zwangswirkung lediglich psychischer Natur, so hat der Täter keine Gewalt angewendet.

(Zur Analyse und Kritik lesen Sie bitte Langels, StGB BT 1 § 16 I 1 a aa)

AL-Klausurtipp:

Gewalt ist die physische oder psychische Zwangseinwirkung durch die gegenwärtige Zufügung eines empfindlichen Übels, wenn ein Mindestmaß an körperlicher Kraft entfaltet wird.

b) Die Formen der Gewalt

Hier müssen wir zwischen der vis absoluta und der vis compulsiva unterscheiden:

aa) Vis absoluta

Vis absoluta ist eine unwiderstehliche Gewalt, die dem Opfer entweder bereits die Willensbildung (durch Niederschlagen, Betäubung) oder die Willensbetätigung absolut unmöglich macht. Der Täter schafft aus der Sicht des Opfers ein unüberwindliches Hindernis, so dass dem Opfer nur die Möglichkeit bleibt, sich so zu verhalten, wie der Täter es will. Wie wir oben bereits gesehen haben, setzt aber vis absoluta keinen besonderen Kraftaufwand des Täters voraus: Auch das Beibringen eines Betäubungsmittels durch eine Spritze ist vis absoluta (BGH St 1, 145), ebenso das Einsperren (BGH NStZ-RR- 2003, 182).

Beispiele für vis absoluta: Festhalten, Zurückstoßen, Aus-der-Hand-Schlagen, Fesseln, Blockade durch unüberwindbares physisches Hindernis wie z.B. eine Straßenblockade durch demonstrierende Lkw-Fahrer.

bb) Vis compulsiva

Vis compulsiva ist die physische oder psychische Zwangseinwirkung durch die gegenwärtige Zufügung eines empfindlichen Übels mit einem körperlichen Bezug. Hier wird zwar im Gegensatz zur vis absoluta die Freiheit der Willensbildung oder -betätigung nicht ausgeschlossen, doch wird das Opfer in Richtung auf ein erzwungenes Verhalten psychisch unter Druck gesetzt. Da die Zwangswirkung über die Psyche des Opfers vermittelt wird, ist eine unmittelbare Einwirkung auf den Körper des Genötigten nicht erforderlich. Es genügt, dass der Täter eine Situation schafft, in der die Freiheit der Willensbildung nicht unerheblich beeinträchtigt wird.

Der nach der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts erforderliche Kraftaufwand kann nach später ergangenen gerichtlichen Entscheidungen des BGH (BGH NJW 1995, 2643) bzw. des OLG Stuttgart (NJW 1995, 2647) auf ein Minimum begrenzt werden, so dass von der durch das BVerfG beabsichtigten Einschränkung des Gewaltbegriffs kaum etwas übrig bleibt.

Beispiel 1 nach BGH NJW 1995, 2643; bestätigt durch BVerfG NJW 2002, 1031: Blockieren Demonstranten die Fahrbahn, so wird auf den ersten Autofahrer, der zum Halten gezwungen wird, nur ein *psychischer* Zwang ausgeübt, die Demonstranten nicht zu überfahren. Das erste Fahrzeug bildet aber für alle nachfolgenden Fahrzeuge eine nicht zu überwindende *physische* Barriere, so dass deren Fahrer selbst dann nicht hätten weiterfahren können, wenn sie durch den psychischen Zwang nicht beeindruckt worden wären. Die Demonstranten haben daher zwar nicht den ersten, wohl aber alle nachfolgenden Autofahrer gewaltsam zum Anhalten genötigt.

Ausführlich dazu Schönke/Schröder/Eser/Eisele Rz. 10 a vor § 234.

Beispiel 2 nach OLG Stuttgart NJW 1995, 2647: Dichtes Auffahren auf der Autobahn bei hohem Tempo erfüllt nach wie vor den Tatbestand des § 240, da dem Einsatz eines Pkw das Element der Kraftentfaltung nicht abgesprochen werden könne. Diese Kraft entfaltet sich zwar nicht unmittelbar beim Opfer, sondern wirkt erst über eine psychisch determinierte Kausalkette auf das Opfer ein, doch hat sie eine Zwangswirkung, die der einer unmittelbaren körperlichen Einwirkung entspricht. Eine Reduktion des Gewaltbegriffs auf Fälle körperlich spürbarer Gewalt erscheint aber nach dem OLG Stuttgart weder vom BVerfG gewollt noch mit der Rechtstradition oder anerkannten Auslegungsregeln vereinbar.

Beispiel 3 nach OLG Karlsruhe NJW 1996, 1551: Eine durch Pkw gebildete Straßensperre stellt ein tatsächliches Hindernis und damit nötigende Gewalt i.S.d. § 240 dar, die von den Verkehrsteilnehmern auch deshalb als körperlicher Zwang empfunden wird, weil sie die Ursache dieser Zwangswirkung nicht durch eigene Gegengewalt beseitigen können (BGH NJW 1995, 2643; im Gegensatz zum Gehen auf der Fahrbahn, dazu BGH NJW 1996, 203).

Vertiefungshinweise für Hausarbeiten: Zur Strafbarkeit von Blockadeaktionen BVerfG NJW 2002, 1031; zur Schienenblockade beim Castor-Transport durch Greenpeace-Aktivisten BVerfG NJW 2002, 1031 sowie BGH NJW 1998, 2149; zum Gewaltbegriff Schönke/Schröder/Eser Rz. 6 ff. vor § 234.

c) Die Bezugspunkte der Gewalt

Hier müssen wir zwischen Gewalt gegen Personen und Gewalt gegen Sachen unterscheiden:

- aa) **Gewalt gegen Personen** ist ein **qualifiziertes Nötigungsmittel**, dessen Einsatz für einen Raub nach § 249, einen räuberischen Diebstahl nach § 252 oder eine räuberische Erpressung gemäß den §§ 253, 255 erforderlich ist. Setzt der Täter Gewalt gegen Sachen ein, um andere Sachen wegzunehmen, so begeht er keinen Raub, sondern einen Diebstahl in Tateinheit mit Nötigung gemäß den §§ 242, 240; 52. Dabei definiert die Rspr. und ein Teil der Literatur den Gewaltbegriff wie folgt: **Gewalt gegen Personen ist die gegenwärtige Zufügung eines Übels, die einen aktuell geleisteten Widerstand brechen oder einen erwarteten Widerstand dadurch verhindern soll, dass sie die Willensbildung des Genötigten ausschließt (vis absoluta) oder die Willensbetätigung einschränkt (vis compulsiva).**
- bb) **Gewalt gegen Sachen** ist ein **einfaches Nötigungsmittel**, das bei der Nötigung gemäß § 240 oder der einfachen Erpressung des § 253 eingesetzt wird. Auch durch die Einwirkung auf Sachen ist die gegenwärtige Zufügung eines Übels denkbar, wobei auch hier wie bei der Gewalt gegen Personen Gewalt in Form von vis compulsiva (z.B.: Vermieter stellt die Heizung ab, um den Mieter zum Auszug zu zwingen) und vis absoluta möglich ist (z.B.: Täter zerstört eine Sache, um den Eigentümer an deren Gebrauch zu hindern). Um jedoch zu verhindern, dass jede Sachbeschädigung zugleich als Nötigung bestraft wird (wer eine Sache beschädigt, nötigt den Besitzer, sie nicht zu benutzen), liegt dann keine Nötigung vor, wenn der Täter nur das *Eigentum*, nicht aber zugleich auch die *Willensfreiheit* des Eigentümers angreifen will. **Sachbeschädigung ist daher nur dort Gewalt gegen Sachen, wo die Beschädigung gerade zu dem Zweck erfolgt, den Betroffenen dadurch zu einem bestimmten Tun oder Unterlassen zu nötigen** (BGH JR 1988, 75).

2) Die Drohung

Drohung ist die Inaussichtstellung eines künftigen Übels, wobei der Täter behauptet, den Eintritt des Übels beeinflussen zu können. Dabei muss man zwischen der Drohung mit einem empfindlichen Übel und der Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben unterscheiden.

a) Die Drohung mit einem empfindlichen Übel

Sie ist ein **einfaches Nötigungsmittel**, das bei der einfachen Erpressung gemäß § 253 eingesetzt wird.

Ein Übel ist empfindlich, wenn mit ihm eine erhebliche Werteinbuße verbunden ist und dieser drohende Verlust einen besonnenen Menschen zu dem abgenötigten Verhalten bestimmen kann (BGH NStZ 1982, 287). Andererseits ist ein Übel nicht empfindlich, wenn vom Bedrohten in seiner Lage erwartet werden kann, dass er dem angedrohten Verhalten in besonnener Selbstbehauptung standhält (BGH St 32, 165, 174).

Beispiele für ein empfindliches Übel sind die Androhung von Schlägen, die Zerstörung wertvoller Vermögensgegenstände oder die Zufügung sonstiger Nachteile, wie z.B. der drohende Verlust des Arbeitsplatzes.

b) **Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben**

Hier handelt es sich um ein **qualifiziertes Nötigungsmittel**, das beim Raub des § 249, dem räuberischen Diebstahl gemäß § 252 und bei der räuberischen Erpressung gemäß den §§ 253, 255 verwendet wird. **Der Täter droht mit einer Gefahr für Leib oder Leben, wenn er eine nicht unerhebliche Beeinträchtigung der körperlichen Integrität in Aussicht stellt** (BGH St 7, 252, 254). Diese Gefahr ist **gegenwärtig**, wenn der Eintritt des Schadens ohne Abwehrmaßnahmen sicher oder zumindest sehr wahrscheinlich ist (BGH JZ 1989, 550).

Problem: Wodurch unterscheidet sich die vis compulsiva von der Drohung?

Auch bei der Drohung wird eine Zwangslage geschaffen, so dass sich vis compulsiva und Drohung zumindest in der Zwangswirkung gleichen. Die Drohung unterscheidet sich von der vis compulsiva also nur durch den **Zeitpunkt der Übelzufügung: Gewalt ist die gegenwärtige Zufügung; Drohung die Inaussichtstellung eines künftigen Übels** (Schönke-Schröder-Eser/Eisele Rz. 37 vor §§ 234 ff.; SK-Horn § 240 Rz. 22 jeweils m.w.N.).

Beispiel: Der Täter hält dem Opfer eine Waffe an den Kopf: "Gib mir dein Geld oder ich erschieße dich jetzt" = gegenwärtiges Übel = Gewalt.

Gegenbeispiel: Der Täter ist unbewaffnet und droht, er werde das Opfer in einer Woche erschießen = Inaussichtstellung eines künftigen Übels = Drohung.

3) **Die Struktur der §§ 249 - 255**

Hier müssen wir zwischen den Eigentumsdelikten des Raubes und des räuberischen Diebstahls einerseits und den Vermögensdelikten der Erpressung andererseits unterscheiden.

a) **§§ 249 - 252: Raub und räuberischer Diebstahl**

aa) Der Raub gemäß § 249 ist der **Grundtatbestand**, der denjenigen bestraft, der unter Einsatz eines qualifizierten Nötigungsmittels (Gewalt gegen Personen oder Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben) eine fremde bewegliche Sache in Zueignungsabsicht wegnimmt.

bb) Unter den Voraussetzungen des § 250 I, II wird der Raub zu einem schweren Raub **qualifiziert**. § 251 stellt die wenigstens leichtfertige Verursachung des Todes in Form einer **Erfolgsqualifikation** unter Strafe.

cc) § 252 ist ein **raubähnliches Sonderdelikt**: Im Gegensatz zum Raub setzt hier der Täter das qualifizierte Nötigungsmittel nicht ein, um Gewahrsam zu begründen, sondern um den bereits (regelmäßig ohne Gewalteininsatz) begründeten Gewahrsam zu verteidigen. Da aber die zeitliche Reihenfolge von Gewalteininsatz und Wegnahme von Zufälligkeiten abhängen kann und den Täter nicht privilegieren soll, wird der räuberische Dieb wie ein Räuber bestraft. Die Qualifikationen der §§ 250, 251 gelten daher auch für den räuberischen Dieb.

b) §§ 253, 255: Erpressung und räuberische Erpressung

- aa) Die Erpressung nach § 253 ist der **Grundtatbestand**. Sie bestraft denjenigen, der in Bereicherungsabsicht durch Einsatz eines einfachen Nötigungsmittels (Gewalt gegen Sachen oder Drohung mit einem empfindlichen Übel) einen anderen zu einem Handeln, Dulden oder Unterlassen nötigt und ihm dadurch einen Vermögensschaden zufügt.
- bb) Setzt der Täter (wie auch beim Raub) ein **qualifiziertes Nötigungsmittel** ein, so begeht er eine räuberische Erpressung gemäß den §§ 253, 255.

Analyse: Raub und Erpressung unterscheiden sich also vor allem in 2 Punkten:

- Raub ist ein *Eigentumsdelikt*, das in *Zueignungsabsicht* begangen werden muss; Erpressung ist ein *Vermögensdelikt*, durch das nicht nur das Eigentum, sondern das gesamte strafrechtlich geschützte Vermögen abgedeckt wird.
- Auch im Verhältnis zur *Zueignungsabsicht* ist das Merkmal der *Bereicherungsabsicht* der Oberbegriff: Jeder, der sich eine Sache rechtswidrig *zueignen* will, will sich dadurch zugleich auch *bereichern*, aber nicht jeder, der sich (wie bei der gewaltsamen Gebrauchs- anmaßung ggf. kurzfristig) bereichern will, handelt in *Zueignungsabsicht*.

II. Das Verhältnis von Raub gemäß § 249 und räuberischer Erpressung gemäß den §§ 253, 255

Da die Erpressung im Verhältnis zum Raub jeweils den Oberbegriff enthält (Vermögen / Eigentum; Bereicherungsabsicht / Zueignungsabsicht), stellt sich die Frage, wie sich der Raub zur räuberischen Erpressung verhält:

- 1) Nach der h.L. (Schönke/Schröder/Eser/Bosch § 253 Rz. 8; Fischer § 253 Rz. 4, 11; § 255 Rz. 1; jeweils mwN; LK-Lackner § 253 Rz. 5; SK-Samson § 253 Rz. 5 ff) setzt der objektive Tatbestand der Erpressung als ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal voraus, dass sich das abgenötigte Verhalten des Opfers als eine **Vermögensverfügung** darstellt. Wie auch der Betrug ist die Erpressung nach dieser Ansicht ein **Selbstschädigungsdelikt**, bei dem der Täter nur unter Mitwirkung des Opfers an dessen Vermögen gelangt. Während jedoch der Betrug eine *unbewusste* Selbstschädigung voraussetzt, bei der dem Opfer aufgrund der Täuschungshandlung der selbstschädigende Charakter der eigenen Verfügung verborgen bleibt, zwingt der Täter das Opfer durch das Nötigungsmittel dazu, sich *bewusst* einen Schaden zuzufügen. Dabei setzt eine Vermögensverfügung begrifflich voraus, dass der Genötigte glaubt, trotz des ihm angedrohten Nötigungsmittels noch einen eigenen Einfluss auf die Vermögensverschiebung zu haben; glaubt das genötigte Opfer, den Vermögensverlust wegen der Intensität des Nötigungsmittels ohnehin nicht verhindern zu können, scheidet eine Vermögensverfügung und damit eine Erpressung aus.

Geht man mit dieser Ansicht davon aus, dass die Erpressung als ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal eine Vermögensverfügung des Genötigten enthält, so hat dies Konsequenzen, die über Raub und Erpressung hinaus auch den strafrechtlichen Eigentums- und Vermögensschutz bei der Anwendung von Gewalt betreffen:

- a) **Erpressung ist bei der Anwendung von vis absoluta ausgeschlossen, da dort für eine eigene Willensentscheidung kein Raum mehr bleibt.** "Unterlassen" kann nur, wer in der Lage ist, zu handeln; "Dulden" kann immer nur, wer in der Lage wäre, einen Vorgang zu verhindern. Bei Anwendung von vis absoluta geht der Gewahrsam unabhängig vom Willen des bisherigen Gewahrsamsinhabers auf den Täter über, so dass von einer Verfügung und einem

Selbstschädigungsdelikt keine Rede sein kann.

Beispiel: Der kräftige Täter Bullmann entreißt der sich vergeblich wehrenden alten Dame D im Park die Handtasche. Hier kommt nur Raub gemäß § 249 in Frage, da D i.S.d. §§ 253, 255 nicht verfügt.

- b) Dies hat über die Abgrenzung von Raub und räuberischer Erpressung hinaus Folgen für andere Vermögensdelikte: **Wer dem Opfer unter Anwendung von vis absoluta einen Vermögensnachteil zufügt, hat mangels Verfügung keine Erpressung begangen.**

Beispiel: Der Pfandschuldner Wilhelm Brause entreißt dem ihm körperlich weit unterlegenen Pfandgläubiger die ihm zuvor verpfändete Sache. Hier scheitert eine räuberische Erpressung wiederum an der fehlenden Freiwilligkeit der erforderlichen Opferverfügung. Es bleibt eine Bestrafung wegen Pfandkehr gemäß § 289 in Tateinheit mit Nötigung gemäß § 240.

Anmerkung: Dies führt zu der nach meiner Ansicht ungereimten Konsequenz, dass sich in derartigen Fällen, die mangels Fremdheit der weggenommenen Sache (oder bei gewaltsamer Gebrauchsannaßung mangels Zueignungsabsicht) nicht unter § 249 subsumiert werden können, der Täter bei der Anwendung von vis absoluta besser steht als bei der Anwendung von vis compulsiva, die Raum für eine freiwillige Vermögensverfügung des Opfers und damit für eine räuberische Erpressung gemäß den §§ 253, 255 lässt! Diese Ungereimtheit wird insbesondere im Hinblick auf das Strafmaß bei der Verwendung einer Schusswaffe deutlich.

Beispiel: Wer bei gewaltsamer Pfandkehr gegenüber einem ihm körperlich überlegenen Opfer eine Schusswaffe verwendet, hat dem Opfer die Sache *weggenommen*, da das Opfer angesichts einer Schusswaffe glauben wird, den Gewahrsamswechsel nicht verhindern zu können; eine räuberische Erpressung scheitert an der fehlenden Freiwilligkeit. Ohne Verwendung einer Waffe hätte das überlegene Opfer verfügt, wenn es sich angesichts der relativen Geringwertigkeit der Sache nicht auf eine körperliche Auseinandersetzung eingelassen hat. Das Strafmaß der §§ 289, 240; 52 steht aber zur ansonsten (= ohne Schusswaffe) begangenen räuberischen Erpressung der §§ 253, 255 (nicht unter einem Jahr Freiheitsstrafe!) in keinem Verhältnis. Merke: Gehst du zum Opfer, vergiss die Waffe nicht...

Die h.L. (Schönke/Schröder/Eser/Bosch § 253 Rz. 8; Fischer § 253 Rz. 4, 11; § 255 Rz. 1; jeweils mwN.) erklärt dies dadurch, dass der Besitzentzug ohne Zueignungsabsicht nur dann strafbar sei, wenn der Täter das Opfer zu einer *Selbstschädigung* einsetzt. Dies sei im Verhältnis zwischen Diebstahl und Betrug ganz unstreitig, müsse aber auch bei gewaltsamer Vermögensschädigung gelten. Dennoch will mir nicht einleuchten, warum der Täter milder bestraft werden soll, der dem Opfer – z.B. durch Verwendung einer Schusswaffe – keine Handlungsalternative lässt.

- c) **Im Rahmen des Raubes entscheidet bei der Wegnahme nicht das äußere Erscheinungsbild (Wegnahme oder Weggabe), sondern die innere Willensrichtung des Genötigten:** Selbst wenn das genötigte Opfer nach seinem äußeren Verhalten dem Täter die Sache *gibt*, liegt *Wegnahme* und damit Raub vor, wenn das Opfer glaubte, angesichts des Nötigungsmittels den Gewahrsamsverlust nicht mehr verhindern zu können. Scheitert der allein mögliche Raub an der fehlenden Zueignungsabsicht, so kann jetzt nicht mehr auf räuberische Erpressung umgeschwenkt werden, denn:

Raub und räuberische Erpressung schließen sich aus. Entweder der Täter hat dem Opfer die Sache weggenommen oder das Opfer hat zu einem Mindestmaß freiwillig über die Sache verfügt. Liegt eine Vermögensverfügung vor, so scheitert die Wegnahme am tatbestandsausschließenden Einverständnis des (genötigten!) Opfers. Liegt eine Wegnahme vor, weil das Opfer keine Alternative gesehen hat, so scheitert eine Erpressung an der fehlenden Freiwilligkeit der Vermögensverfügung.

- d) Wie auch beim Betrug fehlt es bei der Vermögensverfügung an der **Unmittelbarkeit der Vermögensminderung**, wenn das Opfer durch sein ihm abgenötigtes Verhalten dem Täter nur die Möglichkeit gibt, durch eine weitere deliktische Handlung die Sache dem Opfer wegzunehmen. Zwar lässt das Opfer in derartigen Fällen unter dem Eindruck von Gewalt oder Drohung zu, dass der Täter die Sache ergreift, doch liegt in diesem Dulden selbst bei der Anwendung von vis compulsiva (die eine Verfügung zulassen würde) keine Verfügung i.S. eines *Weggebens*, sondern nur die Ermöglichung der *Wegnahme* durch den Täter.

2) **Nach der Rspr.** (grundlegend BGH St 14, 386; NStZ 2003, 605; 1999, 350; zustimmend SK-Günther § 249 Rz. 24; Arzt-Weber Rz. 363, LK-Herdegen § 249 Rz. 24) **ist der Raub ein spezieller Fall der räuberischen Erpressung, so dass jeder Räuber zugleich auch ein räuberischer Erpresser ist.** Raub und Erpressung schließen sich also nicht aus; die räuberische Erpressung schließt den Raub vielmehr ein.

Ein derartiges Ergebnis ist aber nur dann möglich, wenn man im Bereich der Erpressung auf das ungeschriebene Tatbestandsmerkmal der Vermögensverfügung verzichtet und als dem Opfer gewaltsam **abgenötigtes Verhalten jedes Handeln, Dulden oder Unterlassen** genügen lässt: **Der Räuber zwingt dann das Opfer i.S.d. §§ 253, 255 durch Anwendung eines qualifizierten Nötigungsmittels, die durch ihn erfolgte Wegnahme zu dulden und fügt dadurch dem Opfer in Bereicherungsabsicht einen Vermögensschaden zu.** Da aber der Raub im Verhältnis zur gleichfalls vorliegenden räuberischen Erpressung die spezielleren Merkmale enthält, tritt die Erpressung hinter dem spezielleren Raub im Wege der Gesetzeskonkurrenz zurück.

Die räuberische Erpressung ist daher nur ein Auffangtatbestand im Verhältnis zum Raub: Liegen die Voraussetzungen des Raubes (z.B. mangels Fremdheit oder mangels Zueignungsabsicht) nicht vor, so kann die räuberische Erpressung Strafbarkeitslücken im Bereich der gewaltsamen Vermögensbeschädigung schließen, bei denen durch die alleinige Bestrafung wegen Nötigung die vermögensschädigende Wirkung nicht zum Ausdruck käme.

Verzichtet man mit dem BGH innerhalb der Erpressung auf eine Vermögensverfügung und lässt man daher die Erpressung als Auffangtatbestand fungieren, so lässt sich die Erpressung auf eine einfache Formel bringen: **Jede in Bereicherungsabsicht vorgenommene Schädigung fremden Vermögens durch Nötigung ist eine Erpressung.** Dies hat für den gesamten Eigentums- und Vermögensschutz weitreichende Konsequenzen:

a) **Bei der Frage nach einem tatbestandsausschließenden Einverständnis im Rahmen der Wegnahme entscheidet nicht die innere Willensrichtung, sondern das äußere Erscheinungsbild:** Verzichtet man auf eine Vermögensverfügung, so kann auch die innere Einstellung, also der Verfügungswille, keine Rolle spielen, so dass als Abgrenzungskriterium nur das äußere Erscheinungsbild bleibt:

- Es ist Wegnahme und damit ggf. Raub, wenn der Täter dem Opfer die Sache selbst *nimmt*.
- Es handelt sich um ein die Wegnahme und damit den Raub ausschließendes **Einverständnis**, wenn das Opfer dem Täter die Sache *gibt*. In derartigen Fällen liegt eine räuberische Erpressung vor. Räuberische Erpressung liegt also überall dort vor, wo das Opfer in irgendeiner Form zur Vermögensverschiebung beiträgt. Ein Raub kommt nur in Betracht, wo der Täter wegnimmt, ohne dass dies vom Genötigten in irgendeiner Form erleichtert wird.

b) **Auch bei Anwendung von vis absoluta bleibt eine Erpressung möglich**, da es auf die Freiwilligkeit des gewaltsam abgenötigten Opferverhaltens ja nicht ankommt.

Beispiel: Reißt der Täter dem sich wehrenden Opfer zum Zwecke einer nur kurzfristigen Gebrauchsanmaßung die Sache aus den Händen, so liegt zwar mangels Zueignungsabsicht kein Raub i.S.d. § 249, aber eine räuberische Erpressung gemäß den §§ 253, 255 vor.

c) **Überall dort, wo mangels Fremdheit der Sache oder mangels Wegnahme ein Raub ausscheidet, kommt bei Anwendung von Gewalt eine (ggf. räuberische) Erpressung in Betracht.** Erpressung schützt dann absolute Rechte außerhalb des Eigentums gegen gewaltsame Beeinträchtigung; ein Schutz, den das Eigentumsdelikt Raub nicht leisten kann.

Beispiel 1: Nimmt der Pfandschuldner die immer noch ihm gehörende Sache seinem Pfandgläubiger gewaltsam weg, so kann darin kein Raub liegen, weil das Tatobjekt dem Täter gehört. Neben der Pfandkehr gemäß § 289 kommt jedoch nach dem BGH (BGH St 32, 88) eine (ggf. räuberische) Erpressung in Betracht.

Beispiel 2: Schießt der Wilderer zur Verteidigung der Beute auf den Jagdpächter, so scheidet ein Raub aus zwei Gründen aus: Einerseits gehört das herrenlose Wild nicht dem Aneignungsberechtigten, andererseits hat dieser an dem Wild keinen Gewahrsam. Auch hier kommt aber neben der Jagdwilderei gemäß § 292 eine räuberische Erpressung gemäß den §§ 253, 255 in Betracht.

d) **Eine Erpressung liegt auch in den Fällen vor, in denen das abgenötigte Opferverhalten den Schaden nicht unmittelbar herbeigeführt hat, sondern dem Täter nur die Wegnahme erleichtert:** Das abgenötigte Verhalten erschöpft sich hier im Dulden der Wegnahme (dazu unten Taxifahrer-Fall BGH St 14, 386).

e) **Darüber hinaus kommt überall dort Erpressung in Betracht, wo der Täter durch Einsatz eines Nötigungsmittels fremdes Vermögen schädigt.**

Beispiel: Der Fahrgast stößt nach Verlassen des Taxis den Taxifahrer beiseite, um ohne Zahlung des Fahrpreises zu entkommen (BGH St 25, 224).

III. Training

Lassen Sie uns diesen Problemkreis einmal anhand eines BGH-Klassikers trainieren, dessen Beherrschung zum Standardrepertoire im Rahmen der Examensvorbereitung zählt.

BGH St 14, 386 / "Taxifahrerfall": Wilhelm Brause lässt sich vom Taxifahrer O durch ein Waldstück fahren. Weil er einmal austreten muss, bittet Wilhelm den Fahrer, auf einem Parkplatz im Wald anzuhalten. Bei der Rückkehr zum Fahrzeug fasst er plötzlich den Entschluss zu einer "Probefahrt." Durch das Vorhalten einer beigegeführten Gaspistole zwingt er den O, das Taxi zu verlassen. Wilhelm fährt ca. 10 km zum Bahnhof und lässt dort, wie von vornherein beabsichtigt, das Taxi verschlossen stehen, wo es bald von den Kollegen des O entdeckt wird. Strafbarkeit des Täters?

1. Wilhelm könnte einen **Raub** gemäß § 249 begangen haben.

A. Tatbestand

I. Objektiver Tatbestand

Dies setzt voraus, dass er unter Einsatz eines qualifizierten Nötigungsmittels eine fremde, bewegliche Sache weggenommen hat.

- 1) Das Tatobjekt Taxi stellte für Wilhelm eine **fremde und bewegliche Sache** dar.
- 2) Wilhelm müsste ein **qualifiziertes Nötigungsmittel** eingesetzt haben. Ob man das Vorhalten einer Waffe wegen der unmittelbaren psychischen Zwangssituation und der mittelbaren körperlichen Folgereaktion des Opfers für Gewalt gegen Personen hält (so BGH St 23, 126) oder dies mit einem Großteil der Lehre für eine unzulässige Verkürzung des Begriffs der Drohung hält, kann hier dahinstehen, weil es sich sowohl bei der Gewalt als auch bei der Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben um ein qualifiziertes Nötigungsmittel handelt.
- 3) Wilhelm müsste das Taxi **weggenommen**, also fremden Gewahrsam gebrochen und neuen Gewahrsam begründet haben. Dabei setzt der Gewahrsamsbruch die Aufhebung der Sachherrschaft gegen den Willen des bisherigen Inhabers voraus; dies könnte insofern zweifelhaft sein, als O das Taxi verlassen und den Gewahrsam dadurch aufgegeben hat. Liegt darin ein **Einverständnis** in den Gewahrsamswechsel, so würde dieses Einverständnis den Gewahrsamsbruch und damit die Wegnahme entfallen lassen. Dieses Einverständnis kann den Gewahrsamsbruch

aber natürlich nur entfallen lassen, wenn es wirksam erteilt wurde, was hier insofern zweifelhaft ist, als O durch ein qualifiziertes Nötigungsmittel zum Verlassen des Taxis genötigt wurde. **Die Frage, ob ein Einverständnis auch unter Einsatz eines Nötigungsmittels wirksam sein kann, wird dabei von Rspr. und Lehre unterschiedlich beantwortet:**

- a) Nach der h.L. (LK-Lackner § 253 Rz. 9; Schönke-Schröder-Eser § 249 Rz. 2 m.w.N.) liegt ein tatbestandsausschließendes Einverständnis nur dann vor, wenn der Genötigte glaubt, selbst angesichts des Nötigungsmittels den Gewahrsamswechsel noch beeinflussen zu können; das Einverständnis ist unwirksam, wenn der Genötigte glaubt, er werde den Gewahrsam ohnehin verlieren. Angesichts der Drohung mit einer Schusswaffe glaubte O, er werde den Gewahrsam auch bei etwaigem Widerstand verlieren, so dass sein Einverständnis unwirksam ist. Folgt man der Literatur, so hat Wilhelm das Taxi weggenommen.
- b) Nach dem BGH (a.a.O.) entscheidet das äußere Erscheinungsbild über das Einverständnis: Durch das Verlassen des Taxis war der Gewahrsamswechsel noch nicht vollzogen. Nicht O hat dem T das Taxi *gegeben*, sondern Wilhelm hat es sich durch das Einsteigen und Wegfahren *genommen*.

Da beide Ansichten ein tatbestandsausschließendes Einverständnis ablehnen, kann eine Entscheidung zwischen den divergierenden Meinungen dahinstehen. Wilhelm hat den objektiven Tatbestand des Raubes erfüllt.

Exkurs: Der BGH hatte in BGH St 7, 252 seinen Standpunkt wie folgt begründet: "Raub unterscheidet sich von der räuberischen Erpressung nicht durch das *Mittel* der Einwirkung auf den fremden Willen, sondern durch das *Ziel* und den *Erfolg* dieser Einwirkung. Er besteht beim Raub darin, dass das Opfer die Wegnahme duldet, während der räuberische Erpresser sein Opfer zwingt, selbst eine vermögensmindernde Handlung vorzunehmen, eine vermögenserhaltende zu unterlassen oder das vermögensschädigende Verhalten eines anderen zu dulden. Wird die Herausgabe einer Sache mit den Mitteln des Raubes erzwungen, so liegt eine räuberische Erpressung vor."

Der BGH hat allerdings beim Vorliegen besonderer Umstände der Mitwirkung des Getäuschten bei der Verschaffungshandlung nicht die Bedeutung einer Übergabe mit der Folge zuerkannt, dass Wegnahme durch den Täter entfiel: Gibt zum Beispiel der Getäuschte die verlangten Sachen unter dem Druck der Vorstellung heraus, dass jeder weitere Widerstand gegenüber dem Täter, der sich als eine Beschlagnahme durchführender Polizeibeamter ausgibt, sinnlos sei, so liegt darin keine Vermögensverfügung i.S.d. Betrugstatbestandes.

Mit derselben Begründung wird im Schrifttum die Ansicht vertreten, es liege Raub und nicht räuberische Erpressung vor, wenn das Opfer unter dem Druck des Nötigungsmittels die Sache herausgibt, aber nicht den Willen hat, den Gewahrsam zu übertragen. Diese Auffassung trägt aber in den Tatbestand des § 255 eine Unterscheidung hinein, die dem Sinn und Zweck des Gesetzes nicht zu entnehmen ist. Für die Abgrenzung zwischen Betrug und Diebstahl kommt es auf die Vornahme einer Vermögensverfügung an; insoweit ist das innere Verhalten des Getäuschten entscheidend. Für die Abgrenzung von Raub und räuberischer Erpressung lässt das Gesetz das äußere Erscheinungsbild des vermögensschädigenden Opferverhaltens maßgeblich sein. Es spielt keine Rolle, ob das Opfer freiwillig handelt oder sich unter dem Druck der Vorstellung, Widerstand sei zwecklos, dem Willen des Täters fügt. Dies gilt auch, wenn das erzwungene Verhalten des Opfers in der Herausgabe der verlangten Sache liegt. Dann kommt es nicht darauf an, ob hierin i.S. des Betrugstatbestandes eine Vermögensverfügung zu sehen ist, sondern nur darauf, ob ein *Handeln* des Verletzten vorliegt, durch das er sein Vermögen selbst hingibt. Ist dies zu bejahen, so ist der Tatbestand des Raubes ausgeschlossen, ohne dass das innere Verhalten des Verletzten bei der Übergabe der Sache an den Täter eine Rolle spielt."

II. Subjektiver Tatbestand

Der Täter muss bezüglich sämtlicher Merkmale des Raubes vorsätzlich sowie in der Absicht gehandelt haben, sich das Taxi rechtswidrig zuzueignen.

- 1) **Vorsatz:** Wilhelm wollte dem O unter Einsatz eines qualifizierten Nötigungsmittels eine fremde bewegliche Sache wegnehmen, wobei er das Nötigungsmittel einsetzte, um die Wegnahme zu ermöglichen.

2) Er müsste darüber hinaus in **Zueignungsabsicht** gehandelt haben.

- a) Eine Zueignungsabsicht setzt zunächst einen dolus directus 1. Grades bzgl. einer zumindest vorübergehenden Aneignung voraus. Wilhelm wollte sich durch die Benutzung des Taxis insofern einen wirtschaftlichen Vorteil verschaffen, als er den Mietpreis für einen Pkw erspart hat, den er ansonsten für eine derartige Fahrt hätte mieten müssen.
- b) Wilhelm müsste ferner zumindest billigend in Kauf genommen haben, dass O auf Dauer aus seiner Herrschaftsposition verdrängt werden würde. Da er bereits zur Zeit der Wegnahme vorhatte, das Fahrzeug ohne erhebliche Wertminderung so abzustellen, dass O es ohne Schwierigkeiten zurückerhalten würde, handelte Wilhelm ohne Zueignungsabsicht. Eine Zueignungsabsicht kann auch nicht bezüglich des während der Fahrt verbrauchten Benzins hergeleitet werden, da der beim unbefugten Gebrauch eines Pkw entstehende Diebstahl an den Betriebsstoffen durch die Bestrafung aus § 248 b konsumiert wird. Daher liegt auch kein Raub vor, wenn der Täter die Gebrauchsanmaßung gewaltsam erzwingt.

Zwischenergebnis: Wilhelm hat daher keinen Raub begangen.

2. Er könnte aber eine **räuberische Erpressung** gemäß den §§ 253, 255 begangen haben.

A. Tatbestand

I. Objektiver Tatbestand

Wilhelm hat durch die Benutzung der Waffe ein **qualifiziertes Nötigungsmittel** eingesetzt und dem O durch die Wegnahme und den damit verbundenen Besitzverlust einen **Vermögensschaden** zugefügt. Es stellt sich aber die Frage, ob jede Verursachung eines Vermögensschadens durch Nötigung eine Erpressung darstellt.

- 1) Nach Ansicht der h.L. (a.a.O.) ist im Rahmen des objektiven Tatbestandes der Erpressung als ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal eine **Vermögensverfügung** erforderlich. Eine Vermögensverfügung ist jedes Handeln, Dulden oder Unterlassen, das sich unmittelbar vermögensmindernd auswirkt. Die Annahme einer Vermögensverfügung scheidet im vorliegenden Fall aus 2 Gründen aus: Zum einen hat O nicht freiwillig gehandelt, da er glaubte, den Gewahrsam ohnehin zu verlieren; zum anderen hat das abgenötigte Verhalten (= Verlassen des Taxis) den Vermögensverlust (=Besitzverlust) nicht unmittelbar verursacht. Folgt man der Literatur, so hat Wilhelm keine räuberische Erpressung begangen.
- 2) Nach der **Rspr.** (BGH St 14, 386) setzt der Tatbestand der Erpressung keine Vermögensverfügung voraus. Das abgenötigte Verhalten des Opfers kann sich so wie hier darin erschöpfen, dass das Opfer unter dem Druck des Nötigungsmittels die Wegnahme durch den Täter duldet. Folgt man dieser Ansicht, so hätte Wilhelm den objektiven Tatbestand der räuberischen Erpressung erfüllt. Da er auch vorsätzlich und in der Absicht handelte, sich auf Kosten des O durch den Besitz an dem Taxi einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen, der im Verhältnis zum Besitzverlust des O stoffgleich war, hat Wilhelm eine räuberische Erpressung begangen.
- 3) **Stellungnahme:** Da beide Ansichten im vorliegenden Fall zu unterschiedlichen Ergebnissen gelangen, muss der Streit über das Erfordernis einer Vermögensverfügung entschieden werden.

- a) Die Rechtsprechung begründet den Verzicht auf das Erfordernis einer Vermögensverfügung im Rahmen der Erpressung damit, dass dann die Erpressung einen Auffangtatbestand darstellen und Strafbarkeitslücken bei der Vermögensschädigung durch Nötigung schließen könne. Gerade in Fällen, in denen ein entsprechendes spezielles Vermögensdelikt nicht existiere, komme durch die dann allein verbleibende Bestrafung wegen Nötigung nicht zum Ausdruck, dass der Täter dem Opfer einen Vermögensnachteil zugefügt hat. Mit dem Verzicht auf eine Vermögensverfügung und der dadurch bedingten Einbeziehung der vis absoluta in den Gewaltbegriff der §§ 253, 255 wird ein lückenloser Strafrechtsschutz in den Fällen erreicht, in denen der Täter in Bereicherungsabsicht fremdes Vermögen unter Einsatz von Gewalt schädigt.

Beispiel: Der Täter nimmt dem Opfer unter Einsatz von vis absoluta dessen Fernseher weg, um sich das Wimbledon-Endspiel anzuschauen, wobei er von vornherein vorhat, das Gerät anschließend zurückzubringen.

Raub scheidet mangels Zueignungsabsicht aus. Nach der Literatur scheitert eine räuberische Erpressung bei Anwendung von vis absoluta an der erforderlichen Freiwilligkeit des Opferverhaltens. Es kommt daher nach der Literatur nur Nötigung in Betracht, da die Gebrauchsanmaßung außerhalb von Fahrzeugen (§ 248 b) straflos ist. Die Rechtsprechung bestraft wegen räuberischer Erpressung gemäß den §§ 253, 255, weil nur durch die über die Nötigung nach § 240 hinausgehende Bestrafung des Täters zum Ausdruck komme, dass der Täter dem Opfer durch die Besitzentziehung einen Vermögensnachteil zugefügt habe.

Ferner sei die Literaturansicht gezwungen, § 240 und § 253 unterschiedlich auszulegen: Während bei § 240 auch vis absoluta denkbar sei, lässt sie bei § 253 nur vis compulsiva zu, weil bei vis absoluta das Opfer nicht mehr verfügen könne.

- b) Die **h.L.** begründet ihren Standpunkt, dass die Erpressung eine Vermögensverfügung voraussetzt und sich daher Raub und räuberische Erpressung wechselseitig ausschließen, wie folgt:
- aa) Schließt die räuberische Erpressung den Raub mit ein, so verliert der Raub jegliche Funktion, da auch die räuberische Erpressung das gleiche Strafmaß wie der Raub enthält und durch die gleichen Qualifikationsmerkmale der §§ 250, 251 qualifiziert werden kann.
- bb) Die Lösung der Rechtsprechung unterläuft die Straflosigkeit der Gebrauchsanmaßung. Nimmt im o.g. Beispiel der Täter dem Opfer mit vis absoluta die Sache weg, so wird die straflose Gebrauchsanmaßung ebenso zu einem für die räuberische Erpressung geeigneten Grundtatbestand wie der strafbare Diebstahl: Nötigungsmittel (§ 240) + straflose Gebrauchsanmaßung = Erpressung. Die straflose Gebrauchsanmaßung kann also eine Nötigung zu einer (ggf. räuberischen) Erpressung qualifizieren, was insbesondere im Hinblick auf die daraus folgende drakonische Strafschärfung problematisch ist (§§ 253, 255: nicht unter einem Jahr Freiheitsstrafe!). Durch eine dem Raub vergleichbare Bestrafung wegen räuberischer Erpressung würde die gesetzliche Wertung unterlaufen, dass eine Wegnahme mit Raubmitteln, aber ohne Zueignungsabsicht nicht die Schwere eines Verbrechens erreicht.
- cc) Fordert man für die Erpressung eine Vermögensverfügung, so wird die Erpressung wie auch der Betrug zum Selbstschädigungsdelikt mit der Folge, dass eine strikte Trennung der Vermögensdelikte Erpressung und Betrug von den Eigentumsdelikten Raub und Diebstahl möglich ist:

- Bei Betrug und Erpressung setzt der Täter das Opfer ein, damit sich das Opfer unbewusst oder gezwungenermaßen selbst schädigen soll.
- Beim Diebstahl und beim Raub greift der Täter von außen in die Opfersphäre ein (LK-Lackner § 253 Rz. 9).

AL-Klausurtyp:

Die besseren Argumente sprechen daher für die Ansicht der h.L., so dass eine Erpressung als ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal eine Vermögensverfügung des Genötigten voraussetzt. Lassen Sie uns kurz noch einmal die wichtigsten **Konsequenzen** zusammenfassen, die sich daraus ergeben:

- Bei der Wegnahme innerhalb des Raubes entscheidet nicht das äußere Erscheinungsbild, sondern die innere Willensrichtung: Es ist Wegnahme, wenn der Genötigte glaubt, angesichts des Nötigungsmittels den Gewahrsamswechsel nicht mehr beeinflussen zu können.
- Raub und räuberische Erpressung schließen sich daher wechselseitig aus.
- Erpressung ist bei vis absoluta ausgeschlossen, da es sich in derartigen Fällen nicht mehr um eine Selbstschädigung handelt.

§ 7 Der Raub gemäß § 249

Vorbemerkung

Der Raub ist ein aus dem Diebstahl gemäß § 242 und der Nötigung gemäß § 240 zusammengesetztes Delikt, wobei der Täter ein qualifiziertes Nötigungsmittel einsetzt, um dem Opfer in Zueignungsabsicht eine fremde, bewegliche Sache wegzunehmen. Der Raub schützt also zum einen die **Willensfreiheit** (§ 240), zum anderen das **Eigentum** (§ 242). Da aber die Nötigung das Mittel zur Eigentumsverletzung darstellen muss, ist der Raub mehr als die Summe seiner Bestandteile, wie sich bereits aus der deutlichen Strafschärfung ergibt: Während sowohl Diebstahl als auch Nötigung jeweils Vergehen sind, ist der Raub mit einer gesetzlichen Mindeststrafe von einem Jahr Freiheitsstrafe versehen und daher ein **Verbrechen**. Es handelt sich um ein im Verhältnis zu Nötigung und Diebstahl selbständiges Delikt, so dass auch die Antragsanfordernisse der §§ 247, 248 a innerhalb des Raubes nicht gelten.

Das AL-Prüfungsschema des Raubes

A. Tatbestand

I. Objektiver Tatbestand

- 1) Das Tatobjekt: fremde, bewegliche Sache (s. § 242)
- 2) Das qualifizierte Nötigungsmittel: Gewalt gegen Personen / Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben
- 3) Die Wegnahme (s. § 242)

II. Subjektiver Tatbestand

- 1) Vorsatz
 - a) Vorsatz bezüglich der objektiven Tatbestandsmerkmale
 - b) Finale Verknüpfung von Nötigungsmittel und Wegnahme
- 2) Zueignungsabsicht (s. § 242)

B. / C. Rechtswidrigkeit / Schuld

I. Der Tatbestand des Raubes

1) Das Tatobjekt

Es muss sich um eine **fremde, bewegliche Sache** handeln. Da der Raub ein zusammengesetztes Delikt ist, das die Elemente des Diebstahls vollständig enthält, können wir an dieser Stelle auf die Begriffe zurückgreifen, die wir beim Diebstahl bereits erarbeitet haben.

2) Das qualifizierte Nötigungsmittel

Bei der Nötigung des § 240 kann die Gewalt sowohl gegen Personen als auch gegen Sachen sowie die Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben als auch mit einem empfindlichen Übel erfolgen. Im Gegensatz dazu ist beim Raub ein *qualifiziertes* Nötigungsmittel erforderlich: Setzt der Täter nur Gewalt gegen Sachen ein oder droht er nur mit einem empfindlichen Übel, so ist er kein Räuber.

AL-Klausurtyp:

Denken Sie bitte daran, dass es im Rahmen des Raubes keine zur Erpressung vergleichbare Steigerung gibt (einfache Nötigungsmittel = einfache Erpressung gemäß § 253; qualifizierte Nötigungsmittel = räuberische Erpressung gemäß § 255). Hat der Täter eine fremde, bewegliche Sache unter Einsatz eines einfachen Nötigungsmittels weggenommen, so kommt nur eine Bestrafung wegen Diebstahls in Idealkonkurrenz mit Nötigung gemäß den §§ 242, 240, 52 in Betracht.

Beispiel: Wilhelm Brause hatte den bei der Wegnahme erwarteten Widerstand des Opfers dadurch gebrochen, dass er dem Opfer mit der Veröffentlichung pikanter Photos für den Fall der Gegenwehr drohte.

a) Die Gewalt gegen Personen

aa) **Gewalt gegen Personen ist die gegenwärtige Zufügung eines Übels, die einen aktuell geleisteten Widerstand brechen oder einen erwarteten Widerstand dadurch verhindern soll, dass sie die Willensbetätigung des Genötigten ausschließt (vis absoluta) oder die Willensbetätigung einschränkt (vis compulsiva).**

bb) Die Gewalt muss dabei gegen die Person gerichtet sein, setzt aber keine unmittelbare Einwirkung auf den Körper voraus. Es genügt, dass der Täter einen psychisch determinierten Prozess in Gang setzt (str., nach a.A. liegt in derartigen Fällen eine Drohung vor).

cc) Wirkt der Täter zunächst auf eine Sache ein, so kann darin Gewalt gegen eine Person liegen, wenn sich dies mittelbar auf den Körper des Opfers auswirkt (BGH St 20, 194, 195).

Beispiel: Der Täter sperrt das Opfer ein.

dd) Für die Gewaltanwendung ist nicht erforderlich, dass diese Gewalt auch vom Opfer als körperliche Zwangswirkung empfunden wird (BGH St 4, 210, 212; 25, 237, 238).

Beispiel: Wer einen Schlafenden oder Bewusstlosen einsperrt, um in Ruhe das Haus aufräumen zu können, hat auch dann einen Raub begangen, wenn das Opfer gar nicht aufgewacht ist.

ee) Gewalt gegen Sachen allein genügt jedoch nicht, es sei denn, dass diese Gewalt gegen Sachen beim Opfer einen psychisch determinierten Prozess in Gang setzt.

Beispiel: Bullmann schlägt die gesamte Wohnungseinrichtung des Opfers kurz und klein, um das völlig eingeschüchterte Opfer zur Herausgabe der versteckten Wertsachen zu bewegen.

Problem: Der Handtaschenraub

Fall: Bullmann schlägt der O, die ihn gar nicht hatte kommen sehen, die Handtasche aus der Hand, hebt sie auf und läuft weg. Hat er einen Raub oder "nur" einen Diebstahl begangen?

Der BGH hatte in derartigen Fällen zunächst (BGH St 18, 329) einen Raub bejaht: Bei der Gewaltanwendung verursache der Täter durch seine körperliche Handlung, dass der wirkliche oder erwartete Widerstand des Opfers durch ein auf dessen Körper einwirkendes Mittel gebrochen oder verhindert werde, mag der Täter dazu ein mehr oder minder großes Maß an Kraft entfalten. Das treffe auch für ein "Aus-der-Hand-Schlagen" zu, auch wenn dazu wegen des Überraschungseffektes oder aus anderen Gründen kein besonders hoher Kraftaufwand erforderlich sei.

Daran wurde kritisiert (LK-Herdeggen § 249 Rz. 8; Krey Rz. 187), dass in derartigen Fällen der Täter als Mittel zur Wegnahme keine Gewalt einsetzt, sondern durch List oder Geschicklichkeit dem Opfer die Sache wegnimmt. Gewalt gegen eine Person setzt eine körperliche Zwangswirkung beim Genötigten voraus, an der es bei einer derart listigen Wegnahme fehlt. (Übertrieben formuliert genügt es nicht, dass der Täter durch seinen Kräfteinsatz nur der Schwerkraft der Tasche entgegenwirkt.)

Analyse: Raub liegt daher nur dort vor, wo das Opfer bereits in Erwartung einer drohenden Wegnahme die Handtasche fester als gewöhnlich festgehalten hat und der Täter Gewalt einsetzt, um diesen aktualisierten Widerstand zu brechen (deutlich zurückhaltender auch BGH StV 1990, 262). Das überraschende Entreißen einer Handtasche ist daher kein Raub.

b) Die Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben

aa) **Eine Gefahr für Leib oder Leben ist jede nicht unerhebliche Beeinträchtigung des körperlichen Wohlbefindens.**

bb) Diese angedrohte Gefahr ist **gegenwärtig**, wenn die Beeinträchtigung sicher oder höchstwahrscheinlich ist, sofern keine Abwehrmaßnahmen ergriffen werden (BGH JZ 1989, 550).

cc) **Eine Drohung ist die künftige Inaussichtstellung eines Übels, wobei der Täter behauptet, Einfluss auf die Zufügung des Übels zu haben.** Dabei ist irrelevant, ob er diesen Einfluss tatsächlich hat. Es genügt, wenn die Drohung den Eindruck der Ernstlichkeit beim Opfer erweckt (BGH St 26, 310).

(1) Der Täter kann das Opfer nicht nur mit einer eigenen Übelszufügung bedrohen, sondern auch damit, dass Dritte dem Opfer ein Übel zufügen werden. Erforderlich, aber auch genügend ist, dass der Täter behauptet, Einfluss darauf zu haben (BGH St 7, 197; 16, 387).

(2) Keine Drohung, sondern nur eine nicht tatbestandsmäßige **Warnung** liegt vor, wenn der Täter den anderen auf ein Übel hinweist, das unabhängig vom Willen des Täters eintreten wird. Dabei entscheidet nicht der Wortlaut, sondern der Sinn der Erklärung.

Beispiel: "Ich werde die Staatsanwaltschaft einschalten" = Drohung; "das wird strafrechtliche Konsequenzen haben" = Warnung, wenn der Täter nicht zugleich erklärt, dass gerade er Anzeige erstatten wird.

dd) **Das Nötigungsmittel muss nicht unbedingt gegen den Genötigten selbst ausgeübt werden.**

Beispiel: Der Täter hält dem Kind eine Schusswaffe an den Kopf, um die Mutter zu berauben.

Dabei ist nicht erforderlich, dass der dadurch Genötigte dem betroffenen Dritten besonders nahesteht. Dennoch muss sich dessen Bedrohung für den Genötigten als Übel darstellen (LK-Schäfer § 240 Rz. 54; ausführlich Bohnert, JR 1982, 397 ff.).

Beispiel: Bei einem Banküberfall befindet sich der Kassierer hinter einer schussicheren Scheibe. Der Bankräuber bedroht die Angestellten und die Kunden mit einer Waffe.

Einschränkend verlangt der BGH jedoch eine **räumliche Nähe zwischen Gewalt- und Nötigungsoffer.**

Läpplefall; BGH St 23, 46: In der Blockade der Straßenbahnschienen lag zwar eine Nötigung des Straßenbahnschaffners, nicht weiterzufahren, aber keine Nötigung der dabei nicht anwesenden Verantwortlichen, den Entschluss zu einer Fahrpreiserhöhung noch einmal zu überdenken.

ee) Gewaltanwendung gegen Personen oder Drohung sind auch durch Unterlassen möglich, wenn der Täter Garant für die Abwehr der Zwangslage ist. Hier hat der Täter zunächst ungewollt den Eindruck einer Drohung erweckt und diesen Eindruck anschließend ausgenutzt (SK-Samson § 240 Rz. 21).

Beispiel: Bullmann geht mit seinem nicht angeleiteten Kampfhund "Hermann" spazieren. Als dieser drohend den Passanten P anknurrt, weist Bullmann den P darauf hin, dass ein 100 Euro-Schein auf Hermann bisher stets eine sehr beruhigende Wirkung gehabt habe.

3) Die Wegnahme

Wegnahme ist der Bruch fremden Gewahrsams und die Begründung neuen, nicht notwendigerweise eigenen Gewahrsams.

Hier können wir auf die Strukturelemente des Diebstahls zurückgreifen, wobei sich, wie wir oben bereits gesehen haben, im Verhältnis zum Diebstahl jedoch ein **Problem** ergibt: **Ist im Rahmen des Gewahrsamsbruchs das genötigte Opfer mit tatbestandsausschließender Wirkung mit dem Gewahrsamswechsel einverstanden?**

Bei der Beantwortung dieser Frage folgen wir aus den oben ausführlich dargestellten Gründen der Literaturansicht, die beim Erpressungstatbestand ein ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal der Vermögensverfügung fordert. Dies hat zur Folge, dass sich Raub und räuberische Erpressung wechselseitig ausschließen. Daher ist bei der Frage nach der Wirksamkeit eines derart abgenötigten Einverständnisses nicht das äußere Erscheinungsbild (so aber die Rspr.), sondern die **innere Willensrichtung des Genötigten** maßgebend:

- Das Einverständnis ist unwirksam, d.h. es liegt eine Wegnahme vor, wenn der Genötigte glaubt, angesichts des Nötigungsmittels keinen eigenen Einfluss mehr auf die Gewahrsamsverschiebung zu haben.
- Es handelt sich also auch dann um eine *Wegnahme*, wenn in einer derartigen Situation das Opfer dem Täter die Sache *gibt*.

II. Sonderfragen des Raubes

1) Welcher Zusammenhang besteht zwischen dem Nötigungsmittel und der Wegnahme?

Raub ist ein aus Diebstahl und Nötigung zusammengesetztes Delikt, wobei der Raub jedoch über die Summe seiner Bestandteile hinausgeht: Raub ist mehr als Diebstahl und Nötigung; die **Nötigung** muss das **Mittel der Wegnahme** darstellen.

Dies hat **drei Konsequenzen**:

a) Die zeitliche Konsequenz

Wenn der Täter das Nötigungsmittel einsetzen muss, um die Wegnahme zu ermöglichen oder zu erleichtern, dann muss das Nötigungsmittel *bis zur Vollendung der Wegnahme* eingesetzt werden. Hat der Täter vor Einsatz der Gewalt bereits neuen Gewahrsam begründet, so kommt kein Raub gemäß § 249, sondern ein räuberischer Diebstahl gemäß § 252 in Betracht.

Beispiel: Wilhelm Brause hatte dem in der Mittagssonne auf einer Parkbank dösenden Opfer unbemerkt dessen Aktentasche entwendet und war bereits im Begriff, sich auf leisen Sohlen zu entfernen. Als das Opfer aufwacht und ihm nachläuft, schlägt Wilhelm das Opfer nieder, um die Beute zu sichern.

b) Ist zwischen Nötigungsmittel und Wegnahme **Kausalität** oder **Finalität** erforderlich?

Umstritten ist jedoch, ob der Einsatz des Nötigungsmittels für die Wegnahme objektiv kausal gewesen sein muss oder ob es genügt, dass der Täter das Nötigungsmittel einsetzen wollte, um die Sache wegzunehmen.

Beispiel nach BGH St 4, 210; (später auch BGH NJW 2016, 2129; BGH St 25, 237): Bullmann hatte das sinnlos betrunkene Opfer O vom Bahnhof an eine einsame Stelle geschleppt, um ihm dort "in Ruhe" dessen Wertsachen wegnehmen zu können. O war jedoch während der Wegnahme nicht aufgewacht.

Bullmann könnte einen Raub begangen haben.

aa) Die 1. Frage lautet, ob der Täter bereits durch das Wegtragen des ohnmächtigen Opfers Gewalt gegen eine Person ausgeübt hat.

Dazu der BGH (a.a.O.): "Eine Gewaltanwendung liegt bereits darin, dass der Täter den betrunkenen O in deliktischer Absicht vom Bahnhof, wo er unter dem Schutze der Öffentlichkeit stand, an einen finsternen und einsamen Ort wegschleppte. Dass das Opfer die Anwendung der unmittelbar gegen seine Person gerichteten Gewalt als solche empfunden hat, gehört nicht zum Begriff der Gewaltanwendung. Ersichtlich kam es dem Täter darauf an, eine Störung durch Dritte zu verhindern und etwaige Hilferufe von vornherein aussichtslos zu machen. Dass der Widerstand des O nicht *geleistet*, sondern vom Täter nur *erwartet* wurde und von vornherein unmöglich gemacht werden sollte, genügt für § 249. Dabei ist anerkannt, dass auch ein Hilferuf als Widerstandsleistung gegen die Wegnahme angesehen werden kann."

bb) Raub könnte dennoch ausscheiden, weil O während der Dauer der Wegnahme nicht aufgewacht ist und daher die Gewaltanwendung durch Wegtragen für die Wegnahme nicht objektiv kausal war. Auch gegen eine Wegnahme am Bahnhof hätte sich O nicht gewehrt.

(1) Nach einer Ansicht (SK-Samson § 249 Rz. 18 mwN) muss das Nötigungsmittel objektiv kausal gewesen sein, da auch bei der Erpressung eine objektive Beziehung zwischen Nötigung und Schaden vorliegen müsse. Nach dieser Ansicht liegt im vorliegenden Fall nur ein versuchter Raub vor.

(2) Nach einer weiteren Auffassung (Schönke-Schröder-Eser § 249 Rz. 4 mwN) muss die Gewaltanwendung dazu dienen, das *Verhalten* des Opfers zu beeinflussen. Daher ist das Umdrehen eines Bewusstlosen ebenso wenig Gewalt gegen eine Person wie das Wegtragen eines Bewusstlosen.

(3) Nach h.M. (BGH NJW 2016, 2129; 2015, 3320; BGH St 4, 210; 18, 331; jeweils m.w.N.) genügt eine rein *finale Verknüpfung* zwischen Nötigung und Wegnahme, dass also der Täter die Nötigung zum Zweck der Wegnahme eingesetzt hat. Es ist unerheblich, ob die Nötigung die Wegnahme tatsächlich gefördert hat oder ob das Opfer den Gewahrsam verteidigen wollte; entscheidend ist die Vorstellung des Täters.

Dies kann zum einen bereits aus dem Wortlaut des § 249 hergeleitet werden: Anders als die Nötigung des § 240 (Nötigung "durch" Drohung) setzt § 249 nur eine Wegnahme "unter" Anwendung eines Nötigungsmittels voraus. Wie auch bei § 252 genügt es, dass der Täter die Gewalt "zum Zweck" der Wegnahme ausübt. Auch aus kriminalpolitischen Gründen ist die Bestrafung wegen Raubes gerechtfertigt, da der Täter seine erhöhte kriminelle Energie bereits durch seine subjektive Nötigungsabsicht betätigt.

Folgt man der h.M., so hat Bullmann einen vollendeten Raub gemäß § 249 begangen. Der Raubspezifische Zusammenhang verlangt dabei nicht, dass Ort der Nötigung und Ort der Wegnahme identisch sind (BGH NJW 2016, 2130 mwN).

Im Hinblick auf den spezifischen Unrechtsgehalt des Raubes müssen Nötigung und Wegnahme in einem bestimmten räumlichen und zeitlichen Zusammenhang stehen. Der subjektiv final auf Wegnahme mit Gewalt gerichtete Tatentschluss muss sich auch tatsächlich derart realisieren, dass es in der Vorstellung des Täters zu einer nötigungsbedingten Einschränkung der Dispositionsfreiheit des Opfers kommt (BGH NJW 2016, 2130). Daran fehlt es, wenn das abgenötigte Opferverhalten weder objektiv noch nach Vorstellung des Täters ein notwendiges Zwischenziel zur Begründung des Gewahrsams ist.

2) Liegt ein Raub vor, wenn der Täter eine ohne Wegnahmevorsatz geschaffene Nötigungslage aufgrund eines erneuten Entschlusses zur Wegnahme ausnützt?

Hier müssen wir zwischen den folgenden Fallgruppen unterscheiden:

a) Der Täter ändert zwar sein Angriffsziel, muss aber auch zur Erreichung des neuen Ziels weiterhin Gewalt einsetzen.

Fall nach BGH St 20, 32: Bullmann hatte die sich heftig wehrende O gewaltsam umarmt, um sie zu küssen. Als er unter ihrem Ärmel plötzlich ihre Armbanduhr fühlt, zieht er der sich weiterhin wehrenden O die Uhr vom Arm (dazu auch BGH NStZ 1993, 79).

Hier liegt ein Raub vor, weil der Täter die bereits begonnene Gewaltanwendung aktiv zur Wegnahme fortsetzt.

b) Der Täter hält eine durch Gewaltanwendung geschaffene Lage der Wehrlosigkeit weiter aufrecht, um aufgrund der Wehrlosigkeit wegnehmen zu können.

Fall: Täter T hatte die O gefesselt und vergewaltigt. Im Anschluss nimmt er ihr aufgrund eines erneuten Entschlusses ihre Wertsachen ab, bevor er die Fesseln löst.

aa) Da bei bestehender Garantenstellung eine Gewaltanwendung auch durch Unterlassen erfolgen kann und der Täter die gewaltsam geschaffene Situation ausnützt, um wegnehmen zu können, liegt Raub vor (BGH NJW 2016, 2130; NJW 2004, 528; Schönke-Schröder-Eser § 249 Rz. 6; Gössel JR 2004, 254). Durch das Aufrechterhalten des rechtswidrigen Zustandes, den der Täter durch Ingerenz geschaffen hat, setzt sich die Gewalthandlung fort.

Hinzu kommt die Anwendung des § 250 I 1 Nr. 1 c, der nicht nur dann gilt, wenn der Täter das Opfer mit Wegnahmevorsatz fesselt, sondern auch, wenn der Täter die bereits bestehende Wehrlosigkeit des gefesselten Opfers zur Wegnahme ausnützt (BGH NJW 2004, 530).

Dies gilt auch, wenn zwischen Gewaltanwendung und Wegnahme einige Zeit verstrichen ist. Der erforderliche Finalzusammenhang liegt darin, dass das Opfer die Beute preisgeben soll, weil es infolge der vorangegangenen Gewalt nicht mehr imstande ist, den Gewahrsam zu verteidigen (BGH NJW 2016, 2130).

bb) Dem hält Günther (SK-Günther § 249 Rz. 34; zustimmend LK-Herdegen § 249 Rz. 16 mwN) entgegen, dass wegen Raubes nur derjenige bestraft werden soll, der sich durch die beabsichtigte Wegnahme zur Anwendung von Gewalt motivieren lässt. Dies ist bei einem Täter, der eine eingetretene Gewaltwirkung pflichtwidrig nicht beseitigt, nicht der Fall. Im Übrigen entspreche die Unterlassungskonstruktion nicht der finalen Struktur des Raubs; auch könne das Unterlassen der Beseitigung der Zwangslage nicht iSd § 13 mit der Gewaltanwendung durch positives Tun verglichen werden.

Ausführlich dazu Schönke/Schröder/Eser/Bosch § 249 Rz. 6 b.

Ein Raub liegt auch dann vor, wenn der Täter das Opfer zunächst ohne Wegnahmevorsatz schlägt, dann den Wegnahmevorsatz fasst und konkludent damit droht, erneut zuzuschlagen (BGH NJW 2016, 2130). Das bloße Ausnutzen der Angst eines dem Täter schutzlos ausgelieferten Opfers ohne erneute Androhung von Gewalt genügt jedoch nicht (BGH NStZ 2015, 156, 157; dazu Piel; NStZ 2015, 586).

c) Der Täter sieht sich zu einer Aufhebung der gewaltsam geschaffenen Wehrlosigkeit des Opfers außerstande.

Beispiel: Bullmann hatte das ihm verhasste Opfer O ohne Wegnahmevorsatz niedergeschlagen. O stürzt ohnmächtig zu Boden, wobei ihm seine Brieftasche aus der Jacke fällt. Bullmann nimmt die Brieftasche in Zueignungsabsicht an sich.

Auch hier hat sicherlich die Ohnmacht des Opfers dem Täter die Wegnahme erleichtert, doch hat der Täter diese Situation nicht geschaffen, *um* wegzunehmen, wie es für eine *finale Verknüpfung* von Nötigung und Wegnahme erforderlich ist. Die durch die Nötigung geschaffene Ohnmacht wirkt vielmehr unabhängig vom Willen des Täters fort.

Dies zeigt auch der Fall nach BGH NStZ 2006, 508: Der Täter hatte ein minderjähriges Mädchen vergewaltigt und im Anschluss dem völlig apathischen Opfer noch dessen Wertsachen weggenommen. Dazu der BGH: "Der Tatbestand des Raubes erfordert bei der Gewaltanwendung, dass die Gewalt als Mittel eingesetzt wird, um die Wegnahme der Sache zu ermöglichen. Von einem räuberischen Vorgehen kann daher nicht die Rede sein, wenn der Täter eine mit einer anderen Zielsetzung geschaffene Lage dazu ausnutzt, dem Betroffenen - ohne dessen Wissen und Widerstand - eine Sache wegzunehmen. Ebenso wenig kann Raub angenommen werden, wenn das durch Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben herbeigeführte widerstandslose Verhalten des Opfers dem Täter lediglich die Gelegenheit schafft, aufgrund eines erneuten Entschlusses unbemerkt etwas wegzunehmen. Auch in einem solchen Fall ist die Drohung nicht das Mittel, einen entgegenstehenden Willen zu brechen und daher *nicht als Mittel der Wegnahme eingesetzt* worden." An dieser Auffassung hat der BGH auch in später ergangenen Entscheidungen festgehalten (BGH NStZ 2006, 508; 1982, 380; 1983, 365; StV 1990, 159; MDR 1995, 119).

Folgt man dieser Ansicht, so hat dies (die auf den 1. Blick absurde?) Konsequenz, dass bei einer späteren Wegnahme der Täter privilegiert wird, der entweder bei der 1. Gewaltanwendung so fest zugeschlagen hat, dass das Opfer ohnmächtig wurde oder wer das Opfer durch diese Schläge in den Zustand völliger Apathie versetzt.

Einschränkend hat auch der BGH nach vollendeter Gewaltanwendung noch einen Raub angenommen, wenn der Täter aufgrund seines nach wie vor einschüchternden Auftretens konkludent droht, für den Fall eines Widerstandes gegen die erst jetzt erfolgende Wegnahme erneut Gewalt anzuwenden (BGH NStZ 2015, 585; 2004, 556).

3) Die täterschaftliche Beteiligung am Raub

- a) **Mittäter** des Raubes kann nur sein, wer selbst in Zueignungsabsicht handelt. Ansonsten folgt die Mittäterschaft beim Raub den allgemeinen Regeln: Mittäter kann nur sein, wer durch einen wesentlichen Tatbeitrag funktionelle Tatherrschaft über den Raub hat. Dazu ist aber nicht erforderlich, dass der Täter selbst Gewalt anwendet oder wegnimmt.
- b) Da der Raub ein aus Nötigung und Diebstahl zusammengesetztes Delikt ist, lassen sich gerade hier aus Sicht eines Prüfers die Probleme der **sukzessiven Mittäterschaft** und des **Mittäterexzesses** besonders gut in die Klausur einbauen. Arbeiten Sie dazu bitte meinen StGB AT 2 § 32 III noch einmal ausführlich nach.

4) Versuch und Vollendung des Raubes

Der Versuch des Raubes beginnt bereits mit dem Einsatz des Nötigungsmittels (Schönke/Schröder/Eser/Bosch § 249 Rz. 10 mwN). Vollendet ist der Raub erst, wenn der Täter unter Einsatz des Nötigungsmittels neuen Gewahrsam begründet hat.

5) Konkurrenzverhältnisse

a) Da der Raub ein aus Nötigung und Diebstahl zusammengesetztes Delikt ist, geht der Raub den §§ 240, 242 im Wege der Gesetzeskonkurrenz als spezieller vor. Dies gilt auch, wenn es sich um einen qualifizierten Diebstahl gemäß den §§ 242, 244 handelt.

Beispiel: Der Einbrecher schlägt den Bewohner nieder, als dieser ihn überrascht.

b) Im Verhältnis zu den §§ 223 ff. besteht aufgrund der **Teilidentität der Ausführungshandlungen** Idealkonkurrenz (dazu Langels, StGB AT 2 § 48 III 3).

c) Hat der Täter 2 verschiedene Opfer verletzt, um die Sache wegzunehmen, so kommt eine **Klammerwirkung der 3. Straftat** in Betracht: Raub verklammert die beiden Körperverletzungen zu einer tatbestandlichen Handlungseinheit (vgl. Langels, StGB AT 2 § 48 III 4).

d) Auch zwischen den §§ 211, 212 und dem Raub kann Idealkonkurrenz bestehen. Hatte der Täter allerdings 2 Opfer getötet, um wegzunehmen, so kann der Raub aufgrund der im Verhältnis zu § 212 wesentlich geringeren Strafandrohung keine rechtliche Klammer bilden.

§ 8 Die Qualifikationen des Raubes gemäß den §§ 250, 251

I. Der schwere Raub gemäß § 250 I

1) § 250 I Nr. 1 a: Der Täter oder ein Tatbeteiligter führt während des Raubes eine Waffe oder ein anderes gefährliches Werkzeug bei sich.

a) Das gefährliche Werkzeug / die Waffe

aa) Da § 250 I Nr. 1 der Vorschrift des § 244 I Nr. 1 a nachgebildet ist, können wir hier auf die Strukturelemente zurückgreifen, die wir bei § 244 I Nr. 1 a gemeinsam erarbeitet haben (dazu ausführlich oben § 3 I): **Gefährliches Werkzeug ist jeder bewegliche (str.; vgl. Langels, StGB BT 1 § 8 II) Gegenstand, der nach seiner objektiven Beschaffenheit und nach seiner Art der Verwendung in einer konkreten Situation geeignet ist, erhebliche Verletzungen zu verursachen.** Grund der Strafschärfung ist die erhöhte **abstrakte Gefährlichkeit**, die von einer **einsatzbereiten Waffe** bzw. einem **gefährlichen Werkzeug** ausgeht, die einer der Beteiligten während des Raubes **bei sich führt** und entweder gegen das Opfer oder Dritte (z.B. gegen Verfolger) einsetzen könnte (BGH NJW 1998, 2914; a.A. Lesch JA 1999, 30, der nur auf die konkrete Verwendungsart abstellt). Weil der Grund der Strafschärfung allein in der abstrakten Gefahr liegt, die von der einsatzbereiten Waffe ausgeht (BGH NStZ –RR– 2005, 169; St 3, 277; 24, 277), ist eine konkrete Gebrauchsabsicht des Täters nicht erforderlich.

bb) Auf der anderen Seite kann man nicht jeden Räuber gemäß § 250 I Nr. 1 a bestrafen, der während des Raubes schwere Springerstiefel trägt, mit denen er das Raubopfer gegebenenfalls treten könnte. Um dies zu verhindern, schlägt Küper (BT 2, S. 398) vor, unter einen gefährlichen Gegenstand nur den zu subsumieren, der geeignet und auch in der Absicht mitgeführt wird, ihn in gefährlicher Weise zu verwenden. Da aber § 250 I keine Gebrauchsabsicht voraussetzt, sollte man nur das zum gefährlichen Werkzeug erklären, was nach allgemeiner Lebenserfahrung **typischerweise gefährlich** ist und **wozu der Täter erfahrungsgemäß greifen wird, wenn er in Bedrängnis gerät**: Das kann zum einen die Schusswaffe oder das lange Messer, aber auch der schwere Hammer oder der Schlagring sein, nicht aber der kleine Schraubenzieher, mit dem der Täter dem Opfer ins Auge stechen oder der Springerstiefel, mit dem er das Opfer treten könnte.

b) Das Beisichführen während der Tat

aa) Der Täter oder der am Raub Beteiligte muss die Waffe/das gefährliche Werkzeug während des Raubes, also **zwischen Versuch und Beendigung**, bei sich führen (BGH St 20, 194; NStZ 1995, 339; differenzierend Schönke-Schröder-Eser § 250 Rz. 8 ff.). Ein Beisichführen im Vorbereitungsstadium ist irrelevant: Zum einen wird der Täter die Waffe in diesem Stadium nicht einsetzen, da weder das Opfer in der Nähe noch die deliktische Absicht der Beteiligten zu diesem Zeitpunkt erkennbar ist. Zum anderen gibt es in diesem Vorbereitungsstadium ja noch gar kein strafbares Verhalten als erforderlichen Grundtatbestand, der durch die Waffe qualifiziert werden könnte (BGH St 31, 107; LK-Herdegen § 250 Rz. 8).

bb) Andererseits ist nicht erforderlich, dass der Täter die Waffe/das gefährliche Werkzeug während der gesamten Tat bei sich führt. Es genügt, dass sie ihm **zu irgendeinem Zeitpunkt einsatzbereit** zur Verfügung stand, da in jedem Stadium der Tat die abstrakte Gefahr besteht, dass der Räuber von der Waffe Gebrauch macht. Daher ist ein Beisichführen auch dann möglich, wenn der Täter erst zwischen Vollendung und Beendigung des Raubes eine Waffe ergreift da auch hier noch ein zeitlicher und räumlicher Zusammenhang zum Raub besteht.

Beispiel: Der Räuber hatte die Waffe während des Raubes im Auto gelassen und flieht nach der Tat mit dem Wagen.

Eine Ausnahme gilt für den Fall, dass keine Beziehung mehr zum geschützten Rechtsgut des § 249 besteht, wie nach einem fehlgeschlagenen Versuch, bei dem der Täter ohne Beute flieht und auf der Flucht erstmalig eine Waffe ergreift (BGH St 20, 197; LK-Herdegen § 250 Rz. 11).

AL-Klausurtyp:

Sie müssen in Ihrer Klausur genau zwischen dem **Beisichführen** der Waffe gemäß § 250 I Nr. 1 a und dem **Verwenden** der Waffe gemäß § 250 II Nr. 1 unterscheiden! Die geringere Mindeststrafandrohung des § 250 I gilt nur dann, wenn der Räuber die mitgeführte Waffe nicht benutzt hat. Hat der Räuber die Waffe – und sei es auch nur als Drohmittel – verwendet, hat er bereits die Qualifikation des § 250 II Nr. 1 verwirklicht!

c) Der Dienstwaffenträger

Da der Grund der Strafschärfung die abstrakte Gefährlichkeit ist, wird auch hier der Dienstwaffenträger in erhöhtem Maß bestraft, der während des Raubes eine Waffe bei sich führt (so auch BGH St 30, 44). Während man beim Diebstahl noch argumentieren konnte, dass der Dienstwaffenträger diese Waffe bei einem Diebstahl nicht einsetzen würde (Vergehen; hier wird bei einem Ersttäter in der Regel nur eine Geldstrafe verhängt), besteht eine derartige Vermutung beim Raub nicht, da hier die Mindeststrafandrohung 1 Jahr Freiheitsstrafe ist und die Hemmschwelle, die Waffe einzusetzen, deutlich sinken wird, wenn jetzt der Täter subjektiv "nichts mehr zu verlieren hat".

2) § 250 I Nr. 1 b: Der Täter oder ein anderer Beteiligter führt während des Raubes ein Werkzeug oder Mittel bei sich, um den Widerstand eines anderen durch Gewalt oder durch Drohung mit Gewalt zu überwinden.

Auch hier gilt das, was wir bereits bei § 244 I Nr. 1 b erarbeitet haben: Im Gegensatz zur Waffe ist das Werkzeug/Mittel des § 250 I Nr. 1 b objektiv ungefährlich. Diese Ungefährlichkeit des Mittels wird aber durch die erhöhte kriminelle Energie des Täters kompensiert: Der Räuber hat sich durch den erwarteten Widerstand seines Opfers nicht von seiner Tat abhalten lassen, sondern sich auf diesen Widerstand gezielt vorbereitet: Er nimmt das Werkzeug/Mittel mit, um den Widerstand des Opfers zu brechen. Hier muss dem Täter aber – im Gegensatz zu § 250 I Nr. 1 a - die Gebrauchsabsicht nachgewiesen werden.

Beispiel: Der Räuber nimmt eine Schnur mit, um das Raubopfer zu fesseln.

Problem: Ist eine Scheinwaffe eine Waffe i.S.d. § 250 I Nr. 1 b?

Nach der Systematik des § 250 und der damit verbundenen Herabsetzung der Mindeststrafandrohung auf 3 Jahre sprechen meiner Ansicht nach die besseren Gründe für die Anwendung des § 250 I. Zum einen hat der Gesetzgeber im Zuge der Gesetzesberatung klar zum Ausdruck gebracht, dass auch objektiv ungefährliche Scheinwaffen unter § 250 I Nr. 1 b fallen sollen. Im Gegensatz zur früheren Rechtslage (§ 250 I Nr. 1 a.F.: Schusswaffe/§ 250 I Nr. 2 a.F.: Waffe) hat man ja bei § 250 I n.F. klar zwischen objektiv gefährlichen Waffen (§ 250 I Nr. 1 a) und objektiv ungefährlichen "Werkzeugen/Mitteln" (§ 250 I Nr. 1 b) getrennt. Wenn aber schon der Räuber wegen eines schweren Raubes gemäß den §§ 249, 250 I Nr. 1 b bestraft wird, der dem Raubopfer mit einer Schnur die Hände fesseln will, muss dies meiner Meinung nach erst recht für den Räuber gelten, der dem Opfer eine – wenn auch ungeladene – Schusswaffe an den Kopf halten will.

Im Übrigen hat der Gesetzgeber nicht zuletzt im Hinblick auf die Verwendung einer Scheinwaffe das Mindeststrafmaß bei § 250 I auf 3 Jahre abgesenkt, um dem Täter bei Verwendung einer Scheinwaffe die nicht schuldangemessene 5jährige Mindeststrafe des früheren § 250 I zu ersparen und den Umweg über einen minder schweren Fall zu vermeiden; dies auch in der Erwartung, "dass die Gerichte auch unter Anwendung des neuen Rechts keine geringeren Strafraumen als bisher aussprechen werden, sondern den Regelstrafrahmen von 3 Jahren anwenden werden" (BT-Drucksache 13/7164, 45).

Der BGH (BGH St 44, 105; NJW 1998, 2914; NStZ 1999, 188) geht davon aus, dass die Verwendung einer Scheinwaffe den Raub zu einem schweren Raub i.S.d. § 250 I Nr. 1 b macht. Scheinwaffen sind nach dem BGH "Werkzeuge oder Mittel" i.S.d. § 250 I Nr. 1 b. Diese Auslegung des § 250 I Nr. 1 b werde zum einen vom Wortlaut getragen, aber auch durch die Gesetzesmaterialien bestätigt. Danach soll § 250 I Nr. 1 b ein **Auffangtatbestand** sein, der auch die Fälle erfassen soll, in denen der Täter durch ungefährliche Scheinwaffen den Widerstand des Opfers überwinden will (so jetzt auch SK-Günther § 250 Rz. 18).

Eine Waffe i.S.d. § 250 II Nr. 1 ist die Scheinwaffe allerdings nicht. Dazu zählen nur Gegenstände, die das Opfer in Leibes- oder Lebensgefahr bringen können (BGH NJW 1998, 2916; Kreß NJW 1998, 633, 643; dazu unten § 8 II).

Beispiel: Der Täter bedroht das Opfer mit einer ungeladenen Schusswaffe.

Analyse: Wenn der Täter das Opfer während des Raubes mit einer Scheinwaffe bedroht, macht er sich nicht gemäß den §§ 249, 250 II Nr. 1 strafbar, sondern (nur) gemäß den §§ 249, 250 I Nr. 1 b!

Auf der anderen Seite kann sich die Gefährlichkeit der Waffe auch aus der konkreten Verwendung im Einzelfall ergeben. Hat der Täter das Opfer mit der ungeladenen Schusswaffe auf den Kopf geschlagen, hat er eine Waffe i.S.d. § 250 II Nr. 1 verwendet (BGH NJW 1998, 2916).

Verwendet der Täter dagegen eine mit Platzpatronen geladene Schreckschusspistole, so verwendet er ein gefährliches Werkzeug i.S.d. § 250 II Nr. 1 (dazu unten II 1 d).

3) **§ 250 I Nr. 1 c: Der Täter oder ein anderer Tatbeteiligter bringt einen anderen in die Gefahr einer schweren Gesundheitsschädigung.**

Es handelt sich um ein **konkretes Gefährungsdelikt**, bei dem der Täter während des Raubes (also zwischen Versuch und Beendigung des Raubes; BGH JZ 1993, 50; a.A./bis zur Vollendung: SK-Günther § 250 Rz. 31; Rengier, NStZ 1992, 590) einen anderen zumindest bedingt vorsätzlich in eine nahe konkrete Gefahr bringt. Achten Sie in Ihrer Klausur darauf, dass Sie beim schweren Raub gemäß den §§ 249, 250 zwischen 2 Gefährungstatbeständen unterscheiden müssen:

- § 250 I Nr. 1 c: konkrete Gefahr einer schweren Gesundheitsschädigung
- § 250 II Nr. 3 b: konkrete Lebensgefahr.

Wenn Sie § 250 I Nr. 1 c prüfen, müssen Sie in Ihrer Klausur folgende Fragen beantworten:

a) **Was ist eine schwere Gesundheitsschädigung?**

Eine schwere Gesundheitsschädigung setzt voraus, dass die Gesundheit des Opfers ernstlich oder nachhaltig beeinträchtigt ist. Dabei lassen sich folgende Fallgruppen bilden:

- aa) Das Opfer hat eine schwere Folge i.S.d. § 226 erlitten.
- bb) Es waren intensivmedizinische lebensrettende Maßnahmen notwendig.
- cc) Die Verletzung des Opfers machte eine langwierige Rehabilitation erforderlich; ggf. auch bei psychischen Traumata.
- dd) Die physische oder psychische Leistungsfähigkeit wurde erheblich beeinträchtigt.

b) Wer ist ein "anderer" i.S.d. § 250 I Nr. 1 c?

Ein "anderer" ist potentiell jeder mit Ausnahme der Tatbeteiligten. Es muss sich weder um das Raubopfer selbst noch um jemanden handeln, von dem Widerstand gegen die Wegnahme erwartet oder geleistet wird (Schönke-Schröder-Eser § 251 Rz. 3; LK-Herdegen § 250 Rz. 27; SK-Samson § 250 Rz. 8).

Beispiel: Der Räuber schießt während der Flucht auf die Beine eines Verfolgers und trifft beinahe einen Passanten.

Der Tatbeteiligte ist jedoch kein "anderer", so dass auch derjenige keinen schweren Raub nach § 250 I Nr. 1 c begeht, der beinahe seinen Komplizen schwer verletzt hätte (LK-Herdegen § 250 Rz. 27; Schönke-Schröder-Eser § 250 Rz. 22). Es ist nicht Aufgabe des § 250 I Nr. 1 c, durch eine Strafschärfung des Raubes die Beteiligten vor den Gefahren ihres eigenen Verhaltens zu bewahren.

c) Wann bestand für einen anderen eine konkrete Gefahr?

aa) Der Eintritt der konkreten Gefahr setzt zweierlei voraus:

(1) Ein derartiges Verhalten hat nachgewiesenermaßen bereits einmal ein Opfer derart schwer verletzt.

(2) Es gibt keinen nachvollziehbaren Grund dafür, warum dieses Opfer in diesem Fall nicht derart schwer verletzt worden ist. Wenn Sie ohne weiteres erklären können, warum das Opfer nicht verletzt worden ist, bestand keine konkrete Gefahr.

Beispiel: Wenn der Räuber auf der Flucht mit dem Pkw anlässlich einer Straßensperre auf einen Polizeibeamten zurast, so kann ohne weiteres geklärt werden, warum der Polizist nicht überfahren wurde, wenn dieser bereits 30 Sekunden zuvor in einen Straßengraben gesprungen ist, bevor der Räuber die Straßensperre durchbricht. Ein derartiges Verhalten mag eine vollendete Nötigung gemäß § 240 oder ein versuchter Mord gemäß den §§ 211, 22 sein, aber keine konkrete Gefährdung i.S.d. § 250 I Nr. 1 c bzw. § 250 II Nr. 3 b. Konnte der Polizist erst in letzter Sekunde ausweichen, liegt eine konkrete Gefahr vor.

bb) Das bloße Bedrohen mit der Waffe reicht für eine konkrete Gefährdung noch nicht aus, da der Täter die Situation noch beherrscht.

cc) Die Gefährdung des anderen muss durch eine Handlung des Täters erfolgen, die in einem inneren Zusammenhang mit dem Raub steht. Der typische Fall ist der, dass der Täter das Opfer durch die Nötigungshandlung gefährdet. In atypischen (und daher examensträchtigen!) Fällen kann die Gefährdung auch Folge der Wegnahme sein.

Beispiel: Der Täter nimmt dem Raubopfer im Winter die Kleidung weg, fesselt es und lässt das Opfer in dieser hilflosen Lage zurück, in der es beinahe schwere Erfrierungen erlitten hätte.

dd) Auch eine konkrete Gefährdung Dritter während der Flucht kann die Strafe schärfen, solange die Gefahr unmittelbar vom Täter ausgeht.

Beispiel: Rasende Verfolgungsfahrt, bei der der Täter beinahe einen Passanten überfährt; Steve Mc Queen in "Bullitt".

§ 250 I Nr. 1 c scheidet aus, wenn die Gefahr nur von den *Verfolgern*. Die psychisch vermittelte Kausalität, dass sich der Verfolger zu einer derartigen Verfolgung herausgefordert fühlen durfte, genügt für die Anwendung des § 250 I Nr. 1 c nicht (Schönke-Schröder-Eser § 250 Rz. 23; § 251 Rz. 4, 5).

d) Der subjektive Tatbestand des § 250 I Nr. 1 c

§ 250 I Nr. 1 c ist kein erfolgsqualifiziertes Delikt, sondern ein konkretes Gefährdungsdelikt. Der Vorsatz des Täters muss sich daher auf die konkrete Gefährdung beziehen; eine entsprechende Fahrlässigkeit i.S.d. § 18 reicht nicht (BGH St 26, 176, 245; LK-Herdegen § 250 Rz. 28). Hat nur einer von mehreren Beteiligten eine konkrete Gefahr heraufbeschworen, so genügt es für die Bestrafung der anderen gemäß § 250 I Nr. 1 c, dass diese das gefährdende Verhalten billigen (LK-Herdegen § 250 Rz. 30).

4) **§ 250 I Nr. 2: Der Täter begeht den Raub als Mitglied einer Bande, die sich zur fortgesetzten Begehung von Raub oder Diebstahl verbunden hat, unter Mitwirkung eines anderen Bandenmitglieds.**

Auch an dieser Stelle können wir auf das Gelernte zurückgreifen, das wir bereits bei § 244 I Nr. 2 erarbeitet haben. Achten Sie bitte darauf, dass entgegen der sprachlichen Fassung § 250 I Nr. 2 auch für Teilnehmer gilt.

II. Der schwere Raub gemäß § 250 II

In den folgenden Fällen liegt die Mindeststrafandrohung für den Räuber bei 5 Jahren Freiheitsstrafe:

1) **§ 250 II Nr. 1: Der Räuber hat während der Tat eine Waffe oder ein anderes gefährliches Werkzeug verwendet.**

Im Gegensatz zu § 250 I Nr. 1 a hat der Räuber das gefährliche Werkzeug/die Waffe nicht nur *bei sich geführt*, sondern während der Tat auch *verwendet*, was die Mindeststrafandrohung von 3 auf 5 Jahre erhöht. Sie stehen daher in Ihrer Klausur vor der Frage, wann der Täter die mitgeführte Waffe verwendet hat.

a) Der Täter verwendet die Waffe auf jeden Fall, wenn er das Opfer mit der Waffe offen bedroht (so auch Küper, BT 2, S. 398 ff.; Schroth, § 250, S. 112).

Beispiel: Der Räuber richtet eine Schusswaffe auf das Opfer.

b) Fraglich ist aber, ob der Täter eine mitgeführte Waffe bereits dadurch verwendet, dass er sie mehr oder minder offen zur Schau trägt, ohne sie auf das Opfer zu richten.

Beispiel: Der Räuber trägt eine Schusswaffe offen in einem Schulterholster.

aa) Nach einer Ansicht (Richter am BGH Schäfer, Protokoll des Rechtsausschusses, 88. Sitzung, S. 88) genügt es für ein Verwenden, dass der Täter dem Opfer signalisiert, dass er bewaffnet ist.

bb) Nach anderer Auffassung (Schroth, NJW 1998, 2861, 2864) reicht die bloße Andeutung des Täters, dass er bewaffnet sei, für ein Verwenden noch nicht. Schroth will beim Verwenden wie folgt unterscheiden:

(1) Von Haus aus objektiv gefährliche Gegenstände (wie z.B. ein langes Messer) werden verwendet, wenn der Täter dem Opfer offen damit droht, sie einzusetzen. ("Ich stech dich ab"). In diesem Fall sei nicht nur eine erhöhte Durchsetzungsmacht des Täters gegeben, sondern auch eine latente Gefährlichkeit. Andererseits setzt ein Verwenden eines gefährlichen Gegenstandes voraus, dass der Bedrohte das Werkzeug wahrnimmt (BGH NJW 2004, 3437).

(2) Ist der Gegenstand an sich ungefährlich, kann er aber gefährlich verwendet werden (z.B. kleiner Schraubenzieher, mit dem der Täter dem Opfer ins Auge stechen könnte), dann verwendet der Täter diesen Gegenstand erst, wenn er ihn in einer Weise zur Drohung einsetzt, die für das Opfer konkret gefährlich ist. Nicht bereits die abstrakte Drohung, in die Augen zu stechen, sondern erst das Herumfuchteln mit dem Schraubenzieher in Gesichtshöhe sei ein Verwenden.

c) Der Begriff des "Verwendens" setzt nicht voraus, dass im konkreten Einzelfall ein anderer in die konkrete Gefahr einer erheblichen Verletzung geraten ist (BGH NJW 1999, 2198; anders noch StV 1999, 151).

Beispiel nach BGH NJW 1999, 2198: Der Täter betritt mit gezogener und einsatzbereiter Schusswaffe eine Bank. Es befindet sich allerdings kein Kunde im Raum; sämtliche Angestellten sitzen hinter schussicheren Scheiben. Der Täter droht jedoch, auf einen Kunden zu warten, und erzwingt so die Herausgabe des Geldes.

Dazu der BGH a.a.O.: "Waffe i.S.d. § 250 II Nr. 1 ist ein gefährliches Werkzeug, das nach seiner Beschaffenheit zum Zeitpunkt der Tat bei bestimmungsgemäßer Verwendung geeignet ist, erhebliche Verletzung zu verursachen. Ob eine konkrete Gefahr aufgrund anderer Umstände ausscheidet (hier: schussichere Scheibe), ist unerheblich. Setzt der Täter eine schussbereite Waffe ein, so lässt sich die Gefahr erheblicher Verletzungen nicht einmal dann ausschließen, wenn die einzig anwesende Person hinter schussicherem Glas sitzt. Zum einen können Kunden die Bank betreten, zum anderen kann der Täter beim Verlassen der Bank auf Dritte stoßen. All dies rechtfertigt die Anwendung des nach § 250 II Nr. 1 erhöhten Strafrahmens."

Bedroht der Täter das Opfer mit einer geladenen Schreckschusspistole, bei der der Explosionsdruck nach vorn austritt, so verwendet er eine Waffe gemäß § 250 II Nr. 1. Dabei kommt es nach Ansicht des Großen Strafsenats nicht darauf an, ob der Täter dem Opfer die Waffe an den Kopf oder Körper hält oder ihn damit aus der Distanz bedroht.

Dazu der Große Strafsenat: „Die geladene Schreckschusspistole steht in ihrer Gefährlichkeit einer Gaspistole gleich, die schon nach der bisherigen Rspr. des BGH (BGH St 45, 92, 93) als Schusswaffe angesehen wurde. Auch die geladene Schreckschusswaffe, bei der der Explosionsdruck nach vorn austritt, ist nach ihrer Beschaffenheit geeignet, erhebliche Verletzungen hervorzurufen. Dabei kommt es auch nicht auf die Entfernung an, aus der der Täter das Opfer mit dieser Waffe bedroht, was auch die Neuregelung des Waffenbegriffs durch § 10 IV 4 Waffengesetz zeigt. Dort werden Schreckschusswaffen wegen ihrer allgemeinen Gefährlichkeit als Feuerwaffen eingestuft. Dass deren Benutzung im Einzelfall eine Gefahr ausschließt, ist für § 250 II ohne Bedeutung, denn auch eine Schusswaffe kann im Einzelfall ungefährlich eingesetzt werden, ohne dass dadurch ihre rechtliche Einstufung in Frage gestellt wird.“

- d) **Das gefährliche Tatmittel fällt aber nur dann unter § 250 II Nr. 1, wenn es zur Intensivierung der Rechtsverletzung oder – beim räuberischen Diebstahl nach erfolgter Wegnahme – zur Sicherung des Erlangten dient** (BGH NJW 2008, 3651). Beim Raub muss also das gefährliche Werkzeug zur Verwirklichung der raubspezifischen Nötigung verwendet werden; es genügt nicht, dass der Täter – z.B. nach fehlgeschlagenem Versuch – das Werkzeug nur einsetzt, um fliehen zu können.
- e) **Auf der anderen Seite genügt es für die Anwendung des § 250 II Nr. 1, dass der Täter das gefährliche Werkzeug zwischen Vollendung und Beendigung des Raubes einsetzt** (BGH NJW 2009, 3041).
- f) **Dies gilt auch dann, wenn der Täter bereits ohne Verwendung des gefährlichen Werkzeugs eine Sache weggenommen hat und jetzt erst das gefährliche Werkzeug benutzt, um weitere Wertsachen wegnehmen zu können. Dabei kommt es für die Anwendung des § 250 II Nr. 1 nicht darauf an, ob es zu einer weiteren Wegnahme gekommen ist** BGH NJW 2010, 1385).

- 2) **§ 250 II Nr. 2: Bei einem bandenmäßig begangenen Raub führt einer der Beteiligten eine Waffe bei sich.**

Beachten Sie bitte, dass § 250 II Nr. 2 nur von einer *Waffe* und nicht von einem *gefährlichen Werkzeug* spricht! Andererseits genügt es, dass eines der Bandenmitglieder bewaffnet ist. Die Waffe muss also - im Gegensatz zu § 250 II Nr. 1 - während des Raubes nicht verwendet worden sein. Durch die erhöhte Strafandrohung soll der Gefahr bewaffneter Räuberbanden Rechnung getragen werden. Achten Sie in Ihrer Klausur aber auf einen möglichen Mittäterexzess, wenn die anderen Bandenmitglieder nicht wissen, dass einer von ihnen bewaffnet ist!

- 3) **§ 250 II Nr. 3 a: Der Räuber hat einen anderen während der Tat schwer misshandelt.**

Der Täter muss dem Opfer entweder erhebliche Schmerzen zugefügt oder dessen Gesundheit erheblich beeinträchtigt haben. Eine schwere Folge i.S.d. § 226 muss jedoch nicht eingetreten sein.

Beispiel: Der Räuber hat entweder das Raubopfer oder einen hilfsbereiten Dritten während des Raubes brutal zusammengeschlagen und ihm erhebliche Schmerzen zugefügt.

Dabei verlangt der BGH (BGH NJW 2009, 3041), **dass die Misshandlung noch als Mittel der Wegnahme erfolgen muss** und lehnt § 250 II Nr. 3 a daher in denen Fällen ab, in denen die Misshandlung weder von Zueignungsabsicht noch von Beutesicherungsabsicht getragen ist (kritisch dazu Schönke/Schröder/Eser/Bosch § 250 Rz. 33, der auch bei Gewalt aus Frustration über eine zu geringe Beute einen raubspezifischen Zusammenhang bejaht).

4) **§ 250 II Nr. 3 b: Der Räuber hat einen anderen in die nahe konkrete Gefahr des Todes gebracht.**

a) Es handelt sich ebenso wie bei § 250 I Nr. 1 c um ein **konkretes Gefährungsdelikt**, bei dem der Täter zumindest billigend in Kauf nimmt, den anderen in Lebensgefahr zu bringen.

Beispiel: Der Räuber hat auf der Flucht auf einen Verfolger in Brusthöhe geschossen und diesen nur um Haaresbreite verfehlt.

b) Auch diese Qualifikation des Raubes kann zwischen Vollendung und Beendigung der Tat stattfinden, wenn der Täter zu diesem Zeitpunkt nicht mehr mit Wegnahmевorsatz handelt (weil er bereits weggenommen hat), sondern mit der Absicht der Beutesicherung.

Dies ist auf der anderen Seite aber auch erforderlich: Auch die qualifizierende Wirkung einer konkreten Lebensgefährdung „durch die Tat“ der §§ 249 oder 255 setzt voraus, dass die die Lebensgefahr verursachende Handlung noch vom Vorsatz der Tatbestandsverwirklichung oder nach Vollendung vom Vorsatz der Beutesicherung getragen ist. Im Falle einer Lebensgefährdung nach Fehlschlag des Versuchs des Raubes oder der räuberischen Erpressung kommt die Anwendung des § 250 II Nr. 3 b nicht mehr in Frage (BGH NJW 2010, 1892).

III. Der Raub mit Todesfolge gemäß § 251

Mit Freiheitsstrafe nicht unter 10 Jahren wird bestraft, wer durch den Raub wenigstens leichtfertig den Tod eines anderen verursacht. Bereits auf den 1. Blick fällt die drakonische Strafschärfung im Verhältnis zum Raub auf: Selbst im Verhältnis zum Totschlag des § 212, wo der Täter das Opfer *vorsätzlich* tötet, ist die gesetzliche Mindeststrafe des § 251 doppelt so hoch!

Es handelt sich um eine **Erfolgsqualifikation**, bei der der Eintritt einer schweren Folge dem Täter nach dem Schuldprinzip gemäß § 18 nur zur Last gelegt werden kann, wenn ihn auch bezüglich der schweren Folge der Vorwurf der **Leichtfertigkeit** trifft. Leichtfertigkeit wird vom StGB nicht definiert; es handelt sich um ein gesteigertes Maß an Fahrlässigkeit, das der **groben Fahrlässigkeit** des Zivilrechts entspricht.

1) Die Struktur des § 251

Lassen Sie uns zunächst einmal die Struktur einer derartigen Erfolgsqualifikation analysieren.

Fall: Der Täter T ist in das Haus des O eingedrungen, um zu stehlen. O hat ein verdächtiges Geräusch gehört und geht ins Wohnzimmer. T hatte sich hinter der Tür versteckt; als O das Wohnzimmer betritt, schlägt T dem O mit einer zuvor ergriffenen Bronzeskulptur mit voller Wucht auf den Hinterkopf. T zieht dem O dessen Armbanduhr vom Arm, ergreift noch weitere Wertgegenstände und entfernt sich. O stirbt eine Stunde später an den Folgen einer durch den Schlag verursachten Hirnblutung.

1) T hat einen **Raub gemäß § 249** begangen, weil er unter Anwendung von körperlicher Gewalt fremde, bewegliche Sachen weggenommen hat.

2) Ferner hat T einen **schweren Raub gemäß § 250 II Nr. 3 b** begangen, da er den O durch den Raub in die nahe konkrete Gefahr des Todes gebracht hat.

- 3) Er könnte darüber hinaus einen **Raub mit Todesfolge gemäß § 251** begangen haben.

A. Tatbestand

- 1) Als Erfolgsqualifikation setzt § 251 zunächst einen **Grundtatbestand** voraus, der hier in Form des Raubes gemäß § 249 vorliegt.
- 2) **Eintritt der schweren Folge:** O ist gestorben.
- 3) **Objektiver Zusammenhang** zwischen Grundtatbestand und dem Eintritt der schweren Folge:

- a) **Kausalität:** Die Begehung des Raubes kann nicht hinweggedacht werden, ohne dass der Eintritt des Todes entfielen.
- b) **Unmittelbarkeit:** Wie bereits das hohe Strafmaß zeigt, ist die Erfolgsqualifikation mehr als die Summe aus § 249 und fahrlässiger Tötung gemäß § 222. **In der schweren Folge muss sich vielmehr die spezifische Gefahr des Grundtatbestandes realisiert haben.** Dies setzt zunächst voraus, dass der Tod durch den Raub verursacht ist, d.h. durch eine Handlung, die spezifischer Bestandteil des Raubes ist. Hier ist der Tod infolge der Gewaltanwendung eingetreten, also durch Einsatz des Nötigungsmittels.

Ferner muss sich in der schweren Folge die spezifische Gefahr des Raubes realisiert haben. Dies ist z.B. nicht der Fall, wenn das Opfer bei der Verfolgung des Täters stürzt und sich beim Sturz das Genick bricht (BGH St 22, 363) oder wenn der Tod durch die Handlung eines Dritten, z.B. eines Verfolgers eintritt.

Beispiel: Der vermeintliche Scharfschütze schießt bei einem Bankraub mit Geiselnahme auf den Geiselangster, trifft aber die Geisel tödlich.

- 4) **Objektive Fahrlässigkeit bezüglich der schweren Folge:** Hat der Täter den Tod des Opfers nicht gewollt, so muss er bezüglich der schweren Folge fahrlässig gehandelt haben, da nach dem Schuldprinzip eine im Verhältnis zum Grundtatbestand (§ 249) erhöhte Strafe nur verhängt werden darf, wenn den Täter auch bezüglich des strafscharfenden Umstandes ebenfalls ein Schuldvorwurf trifft. Hier fordert das Gesetz **Leichtfertigkeit**, also grobe Fahrlässigkeit.
- a) **Objektive Sorgfaltspflichtverletzung:** T hat seine Sorgfaltspflicht in besonders hohem Maße verletzt. Zwar birgt die Gewaltanwendung des Raubes noch nicht den Vorwurf der Fahrlässigkeit in sich, doch war es in erhöhtem Maße fahrlässig, mit einem Gegenstand auf den Hinterkopf zu schlagen, der sehr schwer ist und auch beim Auftreffen (z.B. im Gegensatz zu einer Blumenvase) nicht zerbricht oder sich verformt.
- b) **Objektive Vorhersehbarkeit bezüglich der schweren Folge:** Grobe Fahrlässigkeit ist wie auch im Zivilrecht sowohl bei bewusster als auch bei unbewusster Fahrlässigkeit denkbar. Selbst wenn ein Täter über derartige Folgen in dieser Stresssituation nicht bewusst reflektiert, war es für einen objektiven Dritten in dieser Situation evident vorhersehbar, dass das Opfer an den Folgen eines derartigen Schlages sterben würde.
- 5) Die bei der Fahrlässigkeit ansonsten erforderliche **objektive Zurechnung des Erfolgseintritts** wird bei der Erfolgsqualifikation indiziert, ohne dass Sie an dieser Stelle auf den aus der Fahrlässigkeit bekannten Streit zwischen der Lehre vom Rechtswidrigkeitszusammenhang und der Risikoerhöhungslehre über die Kriterien einer derartigen Zurechnung eingehen müssen. Einerseits wäre der Tod bei sorgfaltsgemäßem Vorverhalten selbstverständlich ausgeblieben (dann hätte T den O ja gar nicht überfallen!), andererseits wird durch die Gewaltanwendung des Raubes das Risiko des Todes stets erhöht.

B. T hat auch im Rahmen des § 251 **rechtswidrig** gehandelt.

C. Schuld

Unterteilt man mit der h.M. (vgl. Langels, StGB AT 2 § 42) die Fahrlässigkeit in einen objektiv-generellen (Tatbestand) und einen subjektiv-individuellen Vorwurf (Schuld), so muss an dieser Stelle die **subjektive Fahrlässigkeit** erörtert werden, ob also auch den Täter persönlich der Vorwurf der Leichtfertigkeit bezüglich des Todeseintritts trifft. Da keine Anhaltspunkte dafür bestehen, dass T persönlich hinter dem Erfahrungswissen eines objektiven Durchschnittsdritten zurückgeblieben ist, hat T auch schuldhaft gehandelt und dadurch einen Raub mit Todesfolge gemäß § 251 begangen.

2) Sonderfragen des Raubes mit Todesfolge

a) Das Verhältnis des § 251 zu den §§ 211, 212

Variante: T hatte den Tod des O billigend in Kauf genommen.

Nach § 251 wird jeder bestraft, der bezüglich des Todes "wenigstens" leichtfertig handelt. Hat der Räuber das Opfer vorsätzlich getötet, so steht das Tötungsdelikt der §§ 212, 211 gemäß § 52 in Idealkonkurrenz zu § 251. Dies ist dann von Bedeutung, wenn der Täter kein Mörder gemäß § 211 ist: Wenn § 212 mit § 251 ideal konkurriert, darf bei der Strafzumessung die gesetzliche Mindeststrafe des § 251 (10 Jahre) nicht unterschritten werden.

b) Kollisionsmodelle des StGB AT: Erfolgsqualifikation - Versuch – Rücktritt - Täterschaft - Teilnahme

Gerade bei der Erfolgsqualifikation entstehen schwierige Probleme im Rahmen von Täterschaft, Teilnahme, Versuch und Rücktritt. Eine ausführliche Darstellung würde hier den Rahmen sprengen. Da es sich ausschließlich um AT-Probleme handelt, möchte ich Sie bitten, folgenden Fragen anhand meines StGB AT noch einmal ausführlich nachzugehen:

aa) Versuch und Rücktritt bei erfolgsqualifizierten Delikten (Langels, StGB AT 2 § 40 VI 3):

(1) Der Täter hatte die schwere Folge in seinen Vorsatz aufgenommen, doch ist das Opfer nicht gestorben. Gibt es den Versuch einer Erfolgsqualifikation?

(2) Das Opfer ist bereits durch den Raubversuch gestorben, ohne dass der Täter den Tod des Opfers gewollt hat. Gibt es einen erfolgsqualifizierten Versuch des Grundtatbestandes? Kann der Täter jetzt noch vom Versuch der Erfolgsqualifikation gemäß den §§ 251, 22 dadurch zurücktreten, dass er freiwillig darauf verzichtet, dem O etwas wegzunehmen?

bb) **Mittäterschaft** ist auch bei Raub mit Todesfolge gemäß den §§ 251, 25 II möglich, wenn den einzelnen Mittäter bezüglich des Todes der Vorwurf der Leichtfertigkeit trifft.

cc) **Teilnahme** an erfolgsqualifizierten Delikten ist gemäß § 11 II möglich, da es sich trotz der regelmäßig vorliegenden Kombination von vorsätzlichem Grundtatbestand und leichtfertiger Verursachung der schweren Folge um eine vorsätzlich begangene Haupttat handelt. Basierend auf dem Schuldprinzip muss aber jeder Beteiligte persönlich bezüglich des Todes leichtfertig gehandelt haben. Andererseits ist eine Teilnahme an § 251 auch dann möglich, wenn nur der Teilnehmer, aber nicht der Haupttäter leichtfertig gehandelt hat, da gemäß § 29 jeder nur nach seiner eigenen Schuld bestraft wird. Dass der Haupttäter bezüglich des Todes nicht schuldhaft handelte, kann also den schuldhaft handelnden Teilnehmer nicht entlasten.

§ 9 Der räuberische Diebstahl gemäß § 252

§ 252 bestraft denjenigen Dieb wie einen Räuber, der die Beute mit den Nötigungsmitteln des Raubes verteidigt. Wie gewohnt werden wir zunächst die Struktur des § 252 anhand eines unproblematischen Normalfalles analysieren.

I. Die Struktur des § 252

Fall: Wilhelm Brause hatte dem Opfer O, das auf einer Parkbank in der Sonne döste, bereits dessen Aktentasche weggenommen, die dieser neben sich auf die Bank gestellt hatte. Als Wilhelm sich auf leisen Sohlen entfernen will, wacht O auf und läuft Wilhelm hinterher. Wilhelm schlägt O nieder, um den Beutebesitz zu verteidigen und natürlich auch, um unerkannt zu entkommen.

- 1) Wilhelm hat durch die Wegnahme der Aktentasche in Zueignungsabsicht einen **Diebstahl gemäß § 242** begangen.
- 2) Darüber hinaus könnte er sich eines **räuberischen Diebstahls gemäß § 252** strafbar gemacht haben.

A. Tatbestand

I. Objektiver Tatbestand

- 1) **Die Vortat:** Um für einen räuberischen Diebstahl in Frage zu kommen, muss Wilhelm zunächst einen Diebstahl begangen haben (s.o.). Dieser Diebstahl muss zu dem Zeitpunkt bereits *vollendet* sein, zu dem der Täter das Nötigungsmittel einsetzt, da es sich um einen Raub handelt, wenn der Täter das Opfer nötigt, um die Wegnahme erst zu ermöglichen (BGH St 16, 271; 26, 95; NStZ 1987, 453; LK-Herdegen § 252 Rz. 7). Auf der anderen Seite darf der Diebstahl noch nicht *beendet* sein, da dann der erforderliche Zusammenhang mit dem eingesetzten Nötigungsmittel nicht mehr vorhanden ist (BGH St 28, 229; NJW 1987, 2687).

Exkurs: Nach einer Mindermeinung (Schmidhäuser II 100, 102) setzt § 252 voraus, dass der Diebstahl *beendet* ist, der Täter aber dennoch noch auf frischer Tat betroffen ist und jetzt Gewalt einsetzt. Setzt der Täter die Gewalt nach vollendeter Wegnahme, aber vor deren *Beendigung* ein, so begeht er einen Raub.

Die h.M. (BGH St 28, 224, 226; NJW 1992, 2103; Schönke-Schröder-Eser § 252 Rz. 3 a m.w.N.) lehnt eine derart weite Ausdehnung des § 249 zu Lasten des § 252 ab, da beim Raub der Einsatz der Gewalt das *Mittel* der Wegnahme sein müsse. Ist die Wegnahme aber bereits vollendet, kommt nur noch § 252 in Betracht.

- 2) Der Dieb muss **auf frischer Tat betroffen** sein. Dieses Merkmal soll den räuberischen Diebstahl dadurch eingrenzen, dass zur Zeit der Gewaltanwendung noch ein zeitlicher und örtlicher Zusammenhang zur Wegnahmehandlung bestehen muss (BGH NJW 2015, 3178; BGH St 26, 96). **Der Täter ist auf frischer Tat betroffen, wenn er noch am Tatort oder in unmittelbarer Nähe zum Tatort nach der Tat wahrgenommen wird** (BGH NJW 2015, 3178; LK-Herdegen § 252 Rz. 14). Das Erfordernis des engen zeitlichen und räumlichen Zusammenhangs mit der Wegnahme soll gewährleisten, dass der räuberische Diebstahl nicht allzu sehr von der tatbestandlichen Situation des Raubes abweicht (Schönke-Schröder-Eser § 252 Rz. 4; kritisch Perron GA 89, 154).

Beispiel: Der enge Zusammenhang besteht noch, wenn sich der Täter noch im Herrschaftsbereich des Bestohlenen aufhält und gerade im Begriff ist, sich mit der Beute zu entfernen.

Dabei kann die Tat auch dann "ihre Frische" verlieren, wenn der Täter mit dem ahnungslosen Opfer, das die Wegnahme zunächst nicht bemerkt hat, noch einen längeren Zeitraum zusammen ist (BGH St 28, 228). Die gewaltsame Abwehr des Verfolgers ist dann nur noch als selbständige Handlung, z.B. als Körperverletzung gemäß § 223 oder als Nötigung gemäß § 240 strafbar.

Beispiel: Der Autofahrer O nimmt den Tramper Bullmann an der Autobahnauffahrt von Köln nach München mit. Kurz hinter Köln rutscht dem O die Brieftasche aus der Hose, die Bullmann geistesgegenwärtig einsteckt. Erst als O an der Kasse einer Würzburger Raststätte sein Geld sucht, stellt er den erfolgten Diebstahl fest. Als O Bullmann zur Rede stellt, schlägt dieser ihn nieder und flieht mit der Beute.

Hier kommt eine Bestrafung wegen § 252 nicht mehr in Betracht. Es verbleibt nur noch eine Bestrafung wegen Diebstahls in Realkonkurrenz zu den §§ 223, 240; 52.

Anmerkung: Verzichtet man mit dem BGH im Rahmen der Erpressung auf das Merkmal der Vermögensverfügung, so liegt hier eine räuberische Erpressung gemäß den §§ 253, 255 vor, so dass der Umstand, dass der Täter nicht mehr auf frischer Tat betroffen ist, dem Täter in letzter Konsequenz nichts nutzt (vgl. dazu aber unten II 1 a bb).

Andererseits ist der Täter auch dann noch auf frischer Tat betroffen, wenn er die Gewalt im Rahmen der Nacheile anwendet, also während der sich unmittelbar an das Betreffende auf frischer Tat anschließende Verfolgung, wenn die Verfolgung ohne zeitliche Zäsur erfolgt (BGH NJW 2015, 3178).

Der Täter kann auch dann auf frischer Tat betroffen sein, wenn er nach bereits erfolgter Wegnahme durch Niederschlagen des nach Hause kommenden Opfers seiner Entdeckung als Dieb zuvorkommt (BGH St 26, 95; StV 1987, 196; LK-Herdegen § 252 Rz. 12; a.A. Krey Rz. 211; Geppert Jura 1990, 554, 556, die darin einen Verstoß gegen das Analogieverbot sehen). **Es ist also nicht erforderlich, dass das Opfer den Diebstahl bereits bemerkt hat.** Es genügt, dass der Täter glaubt, das Opfer werde unmittelbar im Anschluss gegen ihn vorgehen. Es handelt sich also auch dann um einen räuberischen Diebstahl, wenn der Täter nur irrig davon ausgegangen war, der andere habe ihn bei der Wegnahme auf frischer Tat betroffen (BGH StV 1987, 196).

- 3) **Das Nötigungsmittel:** Ebenso wie beim Raub kommen **Gewalt gegen Personen** sowie die **Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben** in Frage. Der Einsatz von Gewalt muss nicht unmittelbar am Tatort erfolgen (BGH St 3, 77) und sich auch nicht unbedingt gegen den Bestohlenen richten. Es genügt die Nötigung eines Dritten; dies gilt selbst dann, wenn der Täter den genötigten Dritten nur irrig für jemanden hält, der ihm die gestohlene Sache wieder abnehmen wollte (BGH St 9, 162, 163; LK-Herdegen § 252 Rz. 15).

II. Subjektiver Tatbestand

- 1) **Vorsatz:** Der Täter muss wie immer bezüglich der objektiven Tatbestandsmerkmale vorsätzlich handeln. Dabei muss der Vorsatz, ein qualifiziertes Nötigungsmittel einzusetzen, zur Zeit der Wegnahme noch nicht vorliegen (BGH St 3, 78). Oftmals ist es ja so, dass der Dieb glaubt oder hofft, seine Tat bliebe bis zu ihrer Beendigung unentdeckt.
- 2) **Absicht der Beutesicherung:** Über den Vorsatz hinaus muss der Täter in der Absicht (dolus directus 1. Grades) handeln, die durch die Wegnahme erlangte Beute zu verteidigen. Diese Absicht muss nicht der einzige Beweggrund gewesen sein, das Opfer zu nötigen (BGH NStZ 1984, 454), so dass Wilhelm in unserem Fall einen räuberischen Diebstahl begangen hat. Hat der Täter das Opfer allerdings nur geschlagen, um unerkannt zu entkommen und dabei verräterische Beutestücke zur Verwischung der Tatspuren (z.B. Fingerabdrücke) mitgenommen, scheidet § 252 aus (BGH MDR 1987, 154; OLG Zweibrücken JR 1991, 383; Otto JZ 1993, 570).

Auch bei § 252 haben wir es mit einem **kupierten Erfolgsdelikt** zu tun: § 252 ist auch dann vollendet, wenn der Täter es trotz der Gewaltanwendung nicht geschafft hat, seine Beute in Sicherheit zu bringen.

II. Detailfragen zu § 252

1) Wer ist tauglicher Täter des § 252?

a) Tauglicher Täter ist natürlich zunächst der **Alleintäter**, aber auch der an der Vortat (Diebstahl) beteiligte **Mittäter**. Dies gilt auch dann, wenn der Mittäter, der Gewalt einsetzt, nicht im Besitz der Beute ist, da er sich den Beutebesitz des anderen im Wege der Mittäterschaft als eigenen zurechnen lassen muss.

b) Ob auch ein **Teilnehmer** am Diebstahl Täter des § 252 sein kann, ist umstritten.

Exkurs: Beachten Sie aber, dass nach der Neufassung der §§ 242, 249 auch derjenige Täter (und nicht mehr nur Teilnehmer!) ist, der ohne eigenes Interesse an der Beute die weggenommene Sache einem Dritten (= dem Mittäter) zueignen will. Teilnehmer ist also nur derjenige, der keine Tatherrschaft über die Wegnahme hatte!

aa) Nach einer Ansicht (BGH St 6, 248; Fischer § 252 Rz. 11; Otto § 46 V 3b) kann auch der Gehilfe zum Diebstahl Täter des § 252 sein. Da ihm als Teilnehmer der Beutebesitz des anderen nicht im Wege der Mittäterschaft zugerechnet werden kann, gilt dies aber nur, wenn er zur Zeit der Gewaltanwendung im Besitz der Beute ist und diese gewaltsam verteidigt.

bb) Nach anderer Auffassung (LK-Herdegen § 252 Rz. 18; Schönke-Schröder-Eser § 252 Rz. 10; Geilen Jura 1980, 44) kommt der Diebstahlsgehilfe als Täter des § 252 auch dann nicht in Betracht, wenn er selbst die Beute besitzt. Da der räuberische Diebstahl ebenso wie der Raub Diebstahl und Nötigung enthält, kann nur derjenige einen räuberischen Diebstahl begehen, der den Diebstahl (mit)täterschaftlich begangen hat.

Nach dieser Ansicht hat der Gehilfe nur eine Körperverletzung in Tateinheit mit Nötigung begangen, weil er das Opfer gewaltsam davon abgehalten hat, den Täter weiter zu verfolgen und die Beute zurückzuerlangen.

Exkurs: Verzichtet man mit dem BGH im Rahmen der Erpressung auf das Merkmal der Vermögensverfügung, so kommt eine räuberische Erpressung so wie hier auch bei vis absoluta in Betracht. Der Gehilfe hätte dann eine räuberische Erpressung in Tateinheit mit einer Körperverletzung gemäß den §§ 253, 255, 223; 52 begangen. Um jedoch zu verhindern, dass über den Umweg der §§ 253, 255 die Nichtanwendbarkeit des § 252 korrigiert wird, lässt man eine räuberische Erpressung am fehlenden Vermögensschaden scheitern: Bei einer normativen Betrachtung liege der Schaden in dem bereits durch die Vortat eingetretenen Gewahrsamsverlust (BGH MDR/H 1991, 195; LK-Herdegen § 252 Rz. 23).

Wenn der Gehilfe der Vortat gewaltsam einen Verfolger abwehrt, gibt es eine besondere Pointe: Erfolgt die Gewaltanwendung durch den Gehilfen im einverständlichen Zusammenwirken mit dem Vortäter, so muss sich der Dieb die Gewaltanwendung des Diebstahlsgehilfen im Wege der Mittäterschaft nicht nur bei der gemeinsamen Körperverletzung gemäß den §§ 223, 25 II als eigenen Beitrag zurechnen lassen. Die Gewalt wird ihm auch bei der Anwendung des § 252 als eigener Beitrag zugerechnet mit der Folge, dass er auf diesem Weg einen räuberischen Diebstahl gemäß § 252 begeht; an diesem räuberischen Diebstahl nimmt der Gehilfe gemäß den §§ 252, 27 teil.

Dies hat die infolge der Akzessorietät der Teilnahme merkwürdige Konsequenz, dass sich der Gehilfe allein dadurch deutlich schlechter stellt, dass der Dieb von der potentiellen Gewaltbereitschaft seines Gehilfen weiß! Dies macht sich insbesondere in Fällen bemerkbar, wo der Gehilfe den Verfolger mit einer Waffe abwehrt:

- Weiß der Dieb nichts davon, wird er nach § 242, der Gehilfe gemäß den §§ 240, 223, 52 bestraft.
- Kennt der Dieb die Gewaltbereitschaft des Gehilfen, so ist er ein räuberischer Dieb mit Waffen gemäß den §§ 252, 250 II Nr. 1 (Freiheitsstrafe nicht unter 5 Jahren!); der Gehilfe nimmt an dieser Tat gemäß den §§ 252, 250 II Nr. 1, 27 teil.

2) Der Raub als Vortat des § 252

Probleme können sich ergeben, wenn der Täter als Vortat keinen Diebstahl, sondern einen Raub begangen hat. Kann der Raub Vortat des § 252 sein? Wenn ja: Wie wirkt sich das Nebeneinander von § 249 und § 252 bei der Strafzumessung aus?

Fall: Wilhelm hat durch Einsatz von Gewalt dem Opfer O dessen Brieftasche weggenommen. O läuft dem Räuber nach und will ihm die Brieftasche wieder abnehmen, woraufhin Wilhelm erneut zuschlägt.

- a) Wilhelm hat dadurch einen **Raub gemäß § 249** begangen, dass er unter Einsatz von Gewalt gegen Personen eine fremde bewegliche Sache in Zueignungsabsicht weggenommen hat.
- b) Er könnte darüber hinaus noch einen **räuberischen Diebstahl nach § 252** begangen haben. Dies setzt voraus, dass der Raub als Vortat eines räuberischen Diebstahls in Frage kommt. Dies ist aus 2 Gründen der Fall: Zum einen ist der Diebstahl im Raub enthalten, zum anderen könnte ansonsten der Räuber im Verhältnis zum Dieb als Vortäter in Fällen privilegiert werden, wo die Qualifikationen der §§ 250, 251 erst bei der 2. Nötigung eingesetzt werden: Ist § 252 bei einem Räuber als Vortäter nicht anwendbar, laufen auch die ansonsten geltenden Qualifikationen leer (BGH St 21, 377, 379; Schönke-Schröder-Eser § 252 Rz. 3). Wilhelm hat also auch einen räuberischen Diebstahl begangen, weil er Gewalt gegen Personen einsetzte, um die Beute zu verteidigen, als er auf frischer Tat betroffen wurde.

Es stellt sich dann aber die Frage, wie sich bei der Strafzumessung der Raub zum räuberischen Diebstahl verhält. Diese Frage lässt sich nicht einheitlich beantworten, weil man zwischen den folgenden Fallkonstellationen unterscheiden muss:

- **Der Täter hat weder beim Raub noch beim räuberischen Diebstahl Qualifikationsmerkmale verwirklicht, so dass § 249 mit § 252 konkurriert.**
Da in beiden Tatbeständen dieselbe Wegnahmehandlung enthalten ist, kann der Täter unter Anwendung des Satzes "ne bis in idem" nicht zweimal für diese Wegnahme bestraft werden: **Idealkonkurrenz zwischen § 249 und § 252 scheidet aus** (BGH St 21, 379). Da der räuberische Diebstahl aber "nur" ein raubähnliches Sonderdelikt ist, setzt sich der Raub gegenüber dem § 252 durch. Andererseits fällt die 2. Nötigung nach erfolgter Wegnahme nicht weg, sondern steht zu § 249 in Idealkonkurrenz, da der insofern subsidiäre § 252 die §§ 249 und 240 zur Idealkonkurrenz verklammert (zur Klammerwirkung einer 3. Straftat Langels, StGB AT 2 § 48 III 4).
Gesamtergebnis: §§ 249, 240; 223, 52.
- **Der Täter hat erst bei der 2. Nötigung ein qualifizierendes Merkmal verwirklicht.**
Beispiel: Wilhelm hat nach erfolgter Wegnahme einen Verfolger so schwer verletzt, dass dieser beinahe eine schwere Folge i.S.d. § 226 erlitten hätte.
Hier würde die Qualifikation des § 250 I Nr. 1 c "unter den Tisch fallen", wenn § 252 hinter § 249 zurücktreten würde. Daher tritt in derartigen Fällen ausnahmsweise § 249 hinter § 252 zurück, damit § 252 durch § 250 I Nr. 1 c zu einem schweren räuberischen Diebstahl qualifiziert werden kann. Der verdrängte Raub verbindet wiederum die im verdrängten Raub enthaltene Nötigung mit dem schweren räuberischen Diebstahl zur Idealkonkurrenz.
Gesamtergebnis: §§ 252, 250 I Nr. 1 c; 223, 240, 52.
- **Sind sowohl beim Raub als auch beim räuberischen Diebstahl Qualifikationsmerkmale verwirklicht worden, so tritt § 252 hinter § 249 zurück.**
Beispiel: Wilhelm hatte sowohl bei der 1. als auch bei der 2. Nötigung eine Waffe benutzt, um den Widerstand des Opfers zu brechen.
Gesamtergebnis: §§ 249, 250 II Nr. 1, 240, 52.

§ 10 Erpressung und räuberische Erpressung gemäß den §§ 253, 255

Vorbemerkung

Erpressung ist eine Nötigung, die gegen die wirtschaftliche Dispositionsfreiheit gerichtet ist und zu einem Vermögensschaden führt. Geschützte Rechtsgüter sind daher zum einen die **Willensfreiheit**, zum anderen das **Vermögen**. § 253 ist daher lex specialis gegenüber § 240.

Nach vorzugswürdiger Ansicht (s.o. Vorbemerkung II 1 zum 2. Teil) enthält die Erpressung als ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal eine **Vermögensverfügung** des Genötigten: Erpressung ist also ebenso wie der Betrug des § 263 ein **Selbstschädigungsdelikt**, bei dem der Täter den Genötigten dazu bewegt, sich selbst oder einem Dritten einen Vermögensnachteil zuzufügen. Es bestehen aber noch weitere Gemeinsamkeiten mit dem Betrug:

- Auch im Rahmen des § 253 ist eine **Dreieckerpressung** denkbar. Zwar müssen *Genötigter* und *Verfügender* identisch sein, doch können *Verfügender* und *Geschädigter* auseinanderfallen. Erforderlich ist lediglich, dass der Genötigte infolge eines bereits vor der Erpressung bestehenden Näheverhältnisses zum Opfervermögen in der Lage war, über das Vermögen eines anderen zu verfügen (OLG Celle, NStZ 2012, 447; BGH StV 1995, 416).
- Die Erpressung ist ebenso wie der Betrug ein **kupiertes Erfolgsdelikt**, so dass die Erpressung auch dann vollendet ist, wenn zwar das Opfer geschädigt, aber der Täter nicht bereichert ist (z.B. infolge einer fehlerhaften Überweisung des Geschädigten).
- Auch die Erpressung ist ein **Delikt mit überschießender Innentendenz**, da sich die Bereicherungsabsicht auf ein Merkmal bezieht, das außerhalb des objektiven Tatbestandes liegt.

I. Die Struktur des § 253

Fall: Die 25jährige T unterhält seit Jahren Beziehungen zu einem verheirateten Geschäftsmann O, der sie finanziell großzügig unterstützt. Als dessen Ehefrau hinter dieses Verhältnis kommt, droht sie mit einer Scheidung, die ihn finanziell und gesellschaftlich ruinieren würde. Er möchte daher seine Beziehung zu T beenden, die jedoch ihre finanzielle Quelle versiegen sieht. T droht daher dem O, sie werde seiner Frau Photos zuspielen, die sie in äußerst verfänglichen Posen gemeinsam mit O zeigen, wenn er ihr nicht zum Abschied 50.000 Euro zahle. O zahlt, da dies immer noch das kleinere Übel für ihn darstellt.

Variante 1: T besaß gar keine Photos, die sie der Frau des O hätte zuspielen können.

Variante 2: Sie bittet O um ein vermeintliches "Darlehen", indem sie wahrheitswidrig behauptet, sie werde ihm die 50.000 Euro zurückzahlen, wenn es ihr finanziell besser gehe. Sie hat aber von vornherein vor, dies nicht zu tun. O zahlt einerseits, um nicht seine Ehe zu gefährden, andererseits, weil er glaubt, er werde das Geld später zurückerhalten.

T könnte eine **Erpressung gemäß § 253 zum Nachteil des O** begangen haben.

A. Tatbestand

I. Objektiver Tatbestand

- 1) **Einfaches Nötigungsmittel:** Als Tatmittel kommen bei der einfachen Erpressung nur die **Drohung mit einem empfindlichen Übel** oder die **Gewalt gegen Sachen** in Frage, wobei sich die Gewalt gegen Sachen nicht mittelbar körperlich auswirken, keinen psychisch determinierten Prozess auf Seiten des Genötigten in Gang setzen darf. Setzt der Täter Gewalt gegen Personen oder die Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben ein, so liegt eine räuberische Erpressung gemäß den §§ 253, 255 vor.

Hier könnte es sich um die Drohung mit einem empfindlichen Übel handeln. Ein Übel ist **empfindlich**, wenn aus Sicht eines objektiven Dritten nicht erwartet werden kann, dass der Betroffene "dem angedrohten Verhalten in besonnener Selbstbehauptung standhält." Ein derartiges Übel liegt z.B. vor, wenn der Täter droht, eine für den anderen geschäftlich überlebenswichtige Geschäftsbeziehung abubrechen, dem Betroffenen zu kündigen, dessen Kreditlinien zu kürzen oder auch, so wie hier, dessen Ehe zu gefährden, und sei es auch durch die Bekanntgabe zutreffender Tatsachen.

Ob der Täter das angedrohte Übel realisieren kann, ist irrelevant; entscheidend ist, dass er behauptet, Einfluss auf dessen Zufügung zu haben. Auch in der 1. Variante hat T daher mit einem empfindlichen Übel gedroht.

- 2) Der Täter muss das Opfer durch seine Nötigung zu einem **Handeln, Dulden oder Unterlassen** genötigt haben. Dieses abgenötigte Verhalten des O bestand hier in der Zahlung von 50.000 Euro.

-Klausurtyp:

Ob es sich dabei um eine **Vermögensverfügung** handeln muss oder nicht, kann bei der *einfachen* Erpressung dahinstehen, da bei einem *einfachen* Nötigungsmittel der Genötigte auch subjektiv immer noch einen eigenen Einfluss auf sein weiteres Verhalten hat. An der Vermögensverfügung würde es nur in Fällen fehlen, in denen der Genötigte das Gefühl hat, den Vermögensverlust ohnehin nicht mehr verhindern zu können.

- 3) **Kausalität zwischen Nötigungsmittel und abgenötigtem Verhalten:** Da es sich bei der Erpressung um ein *Erfolgssdelikt* handelt, muss das Nötigungsmittel für das Verhalten des Genötigten kausal sein (BGH NJW 1997, 265, 266). An der erforderlichen Kausalität fehlt es z.B. dann, wenn der genötigte O bereits vor der Drohung vorhatte, der T 50.000 Euro zum Abschied zu schenken.
- 4) Das abgenötigte Verhalten des Opfers muss unmittelbar zu einem **Vermögensnachteil** geführt haben, wobei wir wiederum auf die bereits bekannten Strukturelemente des Betrugs zurückgreifen können:
Zwar kann wie auch beim Betrug der durch die Verfügung entstandene Vermögensnachteil durch eine gleichwertige Gegenleistung kompensiert werden, doch ist bei dieser Annahme im Rahmen der Erpressung die Lehre vom persönlichen Schadenseinschlag von besonderer Bedeutung. Selbst wenn der Genötigte in atypischen Fällen der Erpressung für seine Leistung eine Gegenleistung erhält, die ihren Preis wert ist und die er grundsätzlich auch verwenden könnte, so liegt doch der Schaden bereits darin, dass er Geld für eine Sache ausgibt, die er gar nicht haben will; ansonsten hätte man ihn ja zum Kauf nicht nötigen müssen (Schönke-Schröder-Eser § 253 Rz. 9). Diese Frage stellt sich im vorliegenden Fall aber nicht. Der Schaden des O bestand darin, dass er 50.000 Euro für Photos zahlte, die für ihn keinen wirtschaftlichen Wert darstellten.

II. Subjektiver Tatbestand

- 1) **Vorsatz:** Der Täter muss mit dem Willen und dem Bewusstsein handeln, das Opfer zu einer vermögensmindernden Handlung zu nötigen und ihm dadurch einen Vermögensnachteil zuzufügen.

2) **Bereicherungsabsicht:** Zudem muss der Täter in der Absicht handeln, sich oder einem Dritten einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen (BGH NJW 2017, 1487), wobei wir wiederum auf die entsprechenden Begriffe des Betrugs zurückgreifen können:

- a) T handelte mit dem zielgerichteten Willen i.S.d. **dolus directus 1. Grades**, sich einen **Vermögensvorteil** zu verschaffen. Dieser Vorteil (Erhalt von 50.000 Euro), stellte die Kehrseite des Vermögensnachteils auf Seiten des O (Verlust von 50.000 Euro) dar, so dass auch die erforderliche **Stoffgleichheit** gegeben ist.
- b) Dieser angestrebte Vermögensvorteil muss **objektiv rechtswidrig** sein. Dies war hier der Fall, da T auf das Geld des O keinen fälligen und einredefreien Anspruch hatte.

Exkurs: Hat der Täter einen fälligen einredefreien Anspruch auf die dem Opfer abgenötigte Sache, so entfällt zwar die Rechtswidrigkeit der beabsichtigten Bereicherung, doch verbleibt eine Strafbarkeit nach § 240.

- c) T hat auch mindestens billigend in Kauf genommen, hier sogar sicher gewusst, dass sie auf diese Summe keinen Anspruch hatte.

Der Tatbestand der Erpressung ist daher erfüllt.

B. Rechtswidrigkeit

Hier ist besonders zu beachten, dass die einfache Erpressung (im Gegensatz zur räuberischen Erpressung der §§ 253, 255) gemäß § 253 II ein **offener Tatbestand** ist, bei dem die Tatbestandsmäßigkeit die Rechtswidrigkeit nicht indiziert, so dass Sie in der Klausur die Rechtswidrigkeit positiv prüfen müssen. Gehen Sie dabei wie bei der Nötigung nach § 240 in folgender Reihenfolge vor:

- 1) Zunächst überprüfen Sie, ob **allgemeine Rechtfertigungsgründe** vorliegen. Sollte dies der Fall sein, kann die Zweck-Mittel-Relation ohnehin nicht verwerflich sein, weil dann ja bereits die Rechtsordnung ein derartiges Verhalten gestattet.
- 2) Sollten keine Rechtfertigungsgründe vorliegen, so wenden Sie sich der **Verwerflichkeit der Zweck-Mittel-Relation** zu. Die erforderliche Verwerflichkeit kann sich dabei aus folgenden Umständen ergeben:

- aus der Verwerflichkeit des Zwecks
- aus der Verwerflichkeit des eingesetzten Mittels
- aus der fehlenden **Konnexität** (= innerer Zusammenhang) zwischen eingesetztem Mittel und verfolgtem Zweck.
(Ausführlich zur Verwerflichkeitsprüfung Langels, StGB BT 1 § 16 III 2 / § 240 II)

An der erforderlichen Verwerflichkeit der Zweck-Mittel-Relation fehlt es dort, wo der Täter erlaubterweise auf seinen eigenen Vorteil bedacht sein darf und den anderen unter Druck setzt, um diesen Vorteil zu erhalten.

Beispiele:

- 1) Der Vermieter erhöht die Miete; dadurch droht er konkludent, dem Mieter zu kündigen, wenn dieser die Mieterhöhung nicht akzeptiert.
- 2) Der Käufer, der die wirtschaftlichen Schwierigkeiten des Verkäufers kennt, fordert 3 % Skonto.
- 3) Die Sekretärin droht mit der Kündigung für den Fall, dass ihr Wunsch nach Gehaltserhöhung nicht erfüllt wird.

T handelte in unserem Fall selbstverständlich verwerflich, da sie auf das Geld keinen Anspruch hatte und daher den O mit derartigen Photos zu dieser Zahlung nicht bewegen durfte.

C. Da gegen die **Schuld** der T keine Bedenken bestehen, hat T eine Erpressung gemäß § 253 zum Nachteil des O begangen.

Variante 1: Es existierten gar keine Photos.

1) T hat dennoch eine **Erpressung gemäß § 253 zum Nachteil des O** begangen, weil es für die Drohung nicht darauf ankommt, ob der Täter das angedrohte Übel realisieren konnte. Entscheidend ist, dass das Opfer an die Realisierbarkeit geglaubt hat (Schönke/Schröder/Eser/Bosch § 253 Rz. 5 mwN).

2) T könnte darüber hinaus einen **Betrug zum Nachteil des O gemäß § 263** begangen haben.

T hat den O über die Existenz der Photos getäuscht, der täuschungsbedingt 50.000 Euro gezahlt hat und dadurch einen Vermögensschaden erlitten hat, so dass eine Bestrafung aus § 263 durchaus in Betracht käme.

a) Nach einer Ansicht (BGH St 23, 294) ist der Betrug bereits gar nicht tatbestandsmäßig, wenn die Täuschungshandlung, wie hier, nur dazu diene, die Drohung glaubhaft zu gestalten. Betrug setzt eine unbewusste Selbstschädigung voraus, an der es hier fehlt, da sich das Opfer unter dem Druck der Nötigung bewusst selbst schädigt.

b) Nach anderer Auffassung (SK-Samson § 253 Rz. 21; Krey Rz. 315) ist der Betrug tatbestandsmäßig, tritt aber als mitbestrafte Begleitstat im Wege der Gesetzeskonkurrenz (Konsumtion) hinter die Erpressung zurück. Der Getäuschte habe sich zwar bewusst geschädigt, doch könne man die bewusste Selbstschädigung (wie in den Fällen des Spenden- und Bettelbetruges; dazu unten § 17 I 2 b) mit der **Lehre von der Zweckverfehlung** kombinieren: Der Schaden liegt darin, dass O für die Vernichtung von Photos zahlt, die gar nicht existieren, so dass sein Vermögensopfer sinnlos erscheint. Eine derartige Konkurrenzlösung hinterlässt auch keine Strafbarkeitslücken beim Teilnehmer, der zwar die *Täuschung*, aber nicht die *Drohung* kennt. Dieser Teilnehmer kann an der mitbestraften Haupttat (§ 263) nach wie vor teilnehmen.

Variante 2: T hatte vorgespiegelt, das Geld später zurückzahlen zu wollen. O hatte auch aus diesem Grund gezahlt.

Hier hat T einen Betrug zum Nachteil des O gemäß § 263 begangen. Die Täuschung diene nicht nur dazu, die Drohung glaubhaft zu gestalten (es gebe die entsprechenden Photos), sondern bezog sich auch auf die innere Tatsache, das Geld später zurückzahlen zu wollen. O hatte der T auch geglaubt, wobei die darauf bezogene Fehlvorstellung für seine Vermögensverfügung mitursächlich war.

Die Frage nach dem Verhältnis von § 253 und § 263 ist in derartigen Fällen umstritten. Während eine Ansicht (Schönke-Schröder-Eser § 253 Rz. 37) Idealkonkurrenz zwischen den §§ 253, 263 annimmt, will eine andere Auffassung (Maurach-Schroeder BT 1, 410, Welzel, Lb, 383) nur aus dem Delikt bestrafen, das im Einzelfall schwerer wiegt als das andere.

(Zu dieser Konkurrenzfrage ausführlich Günther ZStW 88, 960)

II. Die räuberische Erpressung gemäß § 255

Der Erpresser wird wie ein Räuber bestraft, wenn er die gleichen qualifizierten Nötigungsmittel wie der Räuber einsetzt: **Gewalt gegen Personen** oder die **Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben**. Bei der Anwendung dieser Nötigungsmittel gelten die gleichen Regeln wie beim Raub: Der Täter kann auch einen Dritten bedrohen, wenn der Verfügende sich durch die Bedrohung eines Dritten zu seinem Verhalten motivieren lässt. Dies setzt nicht unbedingt ein persönliches Näheverhältnis zwischen dem Verfügenden und dem Bedrohten voraus.

Beispiel: Der Täter bedroht bei einem Banküberfall die Kunden der Bank mit einer Schusswaffe und zwingt dadurch den Kassierer, der hinter einer schusssicheren Scheibe sitzt, zur Herausgabe des Geldes.

- 1) Ein **Raub gemäß § 249** scheitert am tatbestandsausschließenden Einverständnis des Kassierers, unabhängig davon, welche Kriterien man an die Wirksamkeit eines derart abgenötigten Einverständnisses stellt. Der Kassierer hat nach dem äußeren Erscheinungsbild (BGH) dem Täter das Geld *gegeben*; er persönlich konnte von seiner inneren Willensrichtung (h.L.) her den Gewahrsamswechsel noch beeinflussen, so dass der Täter das Geld nicht *weggenommen* hat.
- 2) Es kommt aber eine **räuberische Erpressung gemäß den §§ 253, 255 zum Nachteil der Bank** in Betracht.

T hat den Kassierer mit einer gegenwärtigen Gefahr für das Leben der Kunden bedroht und den Kassierer zu seinem Verhalten motiviert. Der Kassierer hatte aufgrund seines bereits vor der Drohung bestehenden Näheverhältnisses zum Opfervermögen der geschädigten Bank die Möglichkeit, über deren Vermögen zu verfügen und hat der Bank durch die Herausgabe des Geldes einen Vermögensnachteil zugefügt (Dreieckerpressung).

Da der Täter auch vorsätzlich und in der Absicht handelte, sich auf Kosten der Bank einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen, hat er eine schwere räuberische Erpressung begangen, die zum gleichzeitig verwirklichten erpresserischen Menschenraub gemäß § 239 a (vgl. dazu unten § 12) in Idealkonkurrenz steht: §§ 253, 255, 250 II Nr. 1; 239 a; 52.

Der räuberische Erpresser wird wie ein Räuber bestraft, so dass auch die **Qualifikationen des Raubes** gelten: Es gibt daher auch eine schwere räuberische Erpressung gemäß den §§ 253, 255, 250 I, II und eine räuberische Erpressung mit Todesfolge gemäß den §§ 253, 255, 251. Erpressung oder räuberische Erpressung als Vortat für einen räuberischen Diebstahl gemäß § 252 scheidet jedoch aus, da in der Erpressung keine Wegnahme enthalten ist.

Hat der Täter nach bereits erfolgter Vortat (z.B. Diebstahl, Unterschlagung, Betrug) das Opfer bedroht, um den Beutebesitz zu verteidigen, so liegt darin eine *Sicherungserpressung*, die durch die Vortat im Wege der Konsumtion mit abgegolten wird. Es verbleibt aber eine Bestrafung wegen Nötigung nach § 240.

§ 11 Der räuberische Angriff auf Kraftfahrer gemäß § 316 a

Vorbemerkung

Mit Freiheitsstrafe nicht unter 5 Jahren wird bestraft, wer zur Begehung eines Raubes, eines räuberischen Diebstahls oder einer räuberischen Erpressung einen Angriff auf Leib, Leben oder Entschlussfreiheit des Führers eines Kfz oder eines Mitfahrers verübt und dabei die besonderen Verhältnisse des Straßenverkehrs ausnutzt.

§ 316 a stellt eine besonders **gefährliche Vorbereitungshandlung** auf dem Weg zu Raub oder räuberischer Erpressung unter Strafe, wobei besonders die hohe Mindeststrafandrohung (nicht unter 5 Jahren) im Verhältnis zu den Taten zu beachten ist, die letztendlich begangen werden sollen (§§ 249, 252, 255: nicht unter einem Jahr). Wie schon die systematische Stellung des § 316 a verdeutlicht, schützt § 316 a nicht nur Eigentum und Vermögen des Opfers, sondern auch die Sicherheit des Straßenverkehrs (BGH St 52, 46 mwN).

I. Die Struktur des § 316 a

Fall: Bullmann lotst den Taxifahrer O zu einer einsamen Stelle im Wald, um ihn dort zu überfallen. Während der Fahrt zwingt Bullmann den O mit vorgehaltener Waffe, anzuhalten, das Taxi zu verlassen und ihm die Tageskasse auszuhandigen. Bullmann flieht mit dem Taxi, das er, wie von vornherein geplant, später verschlossen am Bahnhof abstellt.

- 1) Bezüglich der Tageskasse hat Bullmann einen **Raub gemäß § 249** begangen. Bei der Frage der Wegnahme ist dabei unerheblich, ob man mit der Rspr. (BGH St 14, 386) auf das äußere Erscheinungsbild der Tat oder mit der Literatur auf die innere Willensrichtung des Genötigten abstellt, da O dem Täter das Geld gegeben hat, weil er glaubte, den Gewahrsamswechsel nicht verhindern zu können.
- 2) Im Hinblick auf das Taxi scheidet der **Raub gemäß § 249** an der fehlenden Zueignungsabsicht, da Bullmann von vornherein vorhatte, das Taxi ohne Wertminderung so abzustellen, dass eine Rückkehr zum Berechtigten zu erwarten war.
- 3) Eine **räuberische Erpressung gemäß den §§ 253, 255** im Hinblick auf das Taxi scheidet an der fehlenden Vermögensverfügung, die nach vorzugswürdiger Ansicht (s.o.) als ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal im Rahmen der Erpressung erforderlich ist, da O glaubte, den Gewahrsamsverlust an dem Taxi angesichts der Waffe ohnehin nicht abwenden zu können.
- 4) Bullmann könnte aber einen **räuberischen Angriff auf Kraftfahrer gemäß § 316 a** begangen haben.

A. Tatbestand

I. Objektiver Tatbestand

Bullmann müsste unter Ausnutzung der besonderen Verhältnisse des Straßenverkehrs einen Angriff auf Leib, Leben oder Entschlussfreiheit des Fahrers oder Beifahrers eines Kfz verübt haben.

1) Täter und Opfer

- a) **Täter** kann auch der jeweils andere Fahrzeuginsasse sein. Daher kann der Fahrer den Beifahrer oder umgekehrt angreifen.
- b) **Opfer** des § 316 a ist entweder der **Fahrer** oder der **Beifahrer**. Nach der Rspr. (BGH St 39, 249) ist sogar ein Mofafahrer taugliches Opfer des § 316 a.

2) Die Tathandlung

Sie besteht in einem Angriff auf Leib, Leben oder die Entschlussfreiheit.

- a) **Angriff auf Leib oder Leben** ist eine unmittelbar auf den Körper zielende Einwirkung, bei der die Gefahr einer nicht unerheblichen Verletzung besteht, ohne dass es zu einer Verletzung gekommen sein muss.
- b) Ein **Angriff auf die Entschlussfreiheit** schafft einen Zustand, in dem die Freiheit der Willensbildung eingeschränkt ist. Diese Form des Angriffs erfasst alle Formen der Nötigung, die nicht gegen Leib oder Leben gerichtet sind: Auch die Anwendung von Gewalt gegen Sachen kann ein Angriff auf die Willensfreiheit sein.
Beispiel: Der Täter errichtet eine Straßensperre, um das Opfer zum Halten zu zwingen.

Eine bloße List durch Angabe eines einsam gelegenen Fahrtziels ist noch kein Verüben des Angriffs, sondern eine reine Vorbereitungshandlung. Dass der Täter als Fahrgast seine Raubabsicht zunächst verbirgt, bringt für sich allein den Fahrer noch nicht in die für § 316 a erforderliche verkehrsspezifische Gefahr (BGH NJW 2004, 787).

3) Der Täter muss die besonderen Verhältnisse des Straßenverkehrs ausnutzen.

Dazu muss der Angriff in einer nahen Beziehung zur Benutzung des Kfz als Verkehrsmittel stehen und die spezifische Gefahr des Straßenverkehrs ausnutzen.

- a) **Der Täter nutzt die besonderen Gefahren des Straßenverkehrs aus, wenn der Angriff gegen Personen erfolgt, die sich in einem fahrenden Pkw befinden.** Dabei muss das Opfer bei Verüben des Angriffs (also nicht bei der Entschlussfassung!) Fahrer oder Beifahrer des Fahrzeugs sein (BGH NJW 2004, 786). Hier kommen 2 Möglichkeiten in Betracht:
 - aa) Ein Fahrzeuginsasse überfällt den anderen während der Fahrt.
Beispiele:
 - 1) **Der Beifahrer T bedroht den Fahrer O** während der Fahrt mit einer Waffe. Da sich der Fahrer auf den Straßenverkehr konzentrieren muss, ist er durch die Verhältnisse des Straßenverkehrs in seinen Abwehrmöglichkeiten beschränkt. T hatte O während der Fahrt überfallen und daher die besonderen Verhältnisse des Straßenverkehrs ausgenutzt.
 - 2) **Der Fahrer bedroht den Beifahrer**, der während der Fahrt in einem Pkw dem Angriff nicht ausweichen kann und auch - gerade bei hoher Geschwindigkeit - im eigenen Interesse kein Handgemenge riskieren wird.
 - bb) Der Angriff auf den Fahrzeuginsassen erfolgt durch einen Täter, der sich nicht im Fahrzeug befindet.
Beispiele: Der Täter schießt auf den Fahrer, schneidet ihn mit seinem eigenen Pkw und zwingt ihn zum Halten, täuscht eine Autopanne oder einen Unfall vor.
- b) **Der Täter kann die besonderen Verhältnisse im Straßenverkehr aber auch dann ausnutzen, wenn das Fahrzeug des Opfers steht.** Dies gilt aber nur unter der Bedingung, dass der Angriff noch im fließenden Verkehr stattfindet und daher durch das stehende Fahrzeug erleichtert wird, denn das Opfer muss bei Begehung des Angriffs Beifahrer oder Führer des Fahrzeugs sein. Dies zeigen die folgenden **Beispiele:**
 - aa) **Hält sich das Opfer im Fahrzeug auf, ohne dass es sich in Bewegung befindet, so ist darauf abzustellen, ob das Opfer mit der Bewältigung von Verkehrsvorgängen beschäftigt ist.** Dies ist der Fall, wenn das Opfer an einer Ampel oder geschlossenen Bahn-schranke hält oder im Stau steht, weil es auch bei stehendem Fahrzeug auf den Verkehr achten muss und daher leichter überfallen werden kann (BGH NJW 2004, 786, 788 mwN).

- bb) **§ 316 a I scheidet jedoch aus, wenn das Opfer aus anderen Gründen das Fahrzeug anhält und den Motor abgestellt hat.** Wenn also der Täter das Opfer an ein einsam gelegenes Fahrziel lockt, das Opfer dort anhält und den Motor abstellt, so kommt eine Bestrafung gemäß § 316 a nicht mehr in Betracht. Der Täter nützt lediglich die günstige Situation aus, die sich ihm gerade durch das Halten des Fahrzeugs bietet, nicht aber die Verkehrssituation. Da die Abgelegenheit des Tatorts keine spezifische Eigenschaft des Straßenverkehrs ist, spielt die Vereinzelnung des Opfers an einem einsam gelegenen Ort für die Anwendung des § 316 a keine Rolle mehr (BGH NJW 2004, 786 unter ausdrücklicher Aufgabe seiner früheren Rspr.).
- cc) **Auf der anderen Seite ist § 316 a I auch dann erfüllt, wenn der Beifahrer während der Fahrt im Auto bereits bedroht wird, selbst wenn die eigentliche Raubhandlung erst außerhalb des Fahrzeugs stattfinden soll** (BGH NSTZ 2004, 626). Es genügt, dass der Täter den Entschluss zu einer in ihren wesentlichen Grundzügen bestimmten Raubtatfahrt bereits während des Angriffs im Rahmen der Fahrt gefasst hat (so auch Schönke-Schröder-Sternberg-Lieben § 314 a Rz. 7).
- dd) Der Täter benutzt einen Pkw, um nach erfolgtem Überfall schneller fliehen zu können (BGH St 18, 172, 22, 114, 117; deutlich zurückhaltender aber BGH St 38, 196). Auch hier erscheint aber die Anwendung des § 316 a fragwürdig, weil § 316 a das Opfer vor den spezifischen Gefahren des Straßenverkehrs bewahren will, die das Opfer in seiner Verteidigungsmöglichkeit beschränken. Der Täter, der mit einem Pkw nach vollendetem Raub flieht, ist aber doch aus der Sicht des am Tatort zurückbleibenden Opfers nicht gefährlicher als der Täter, der zu Fuß flieht.
- ee) **§ 316 a verlangt jedoch nicht, dass das Opfer bereits bei Beginn des Angriffs Fahrer oder Beifahrer ist.** Das Merkmal „Verüben eines Angriffs“ ist auch dann erfüllt, wenn ein Opfer durch einen vor Fahrtantritt begonnenen Angriff zur Fahrt oder Mitfahrt gezwungen wird und der Angriff während der Fahrt fortgesetzt wird (BGH NJW 2008, 451). Auch dabei ist die Eigenschaft des Opfers als Fahrer oder Beifahrer für die Aufrechterhaltung des Angriffs mitursächlich.
- ff) **Etwas anderes gilt, wenn der Täter das Opfer außerhalb des Fahrzeugs unter seine uneingeschränkte Kontrolle bringt und die dadurch geschaffene Nötigungslage während der Fahrt nur noch aufrechterhalten wird,** wenn er zB das gefesselte Opfer in den Kofferraum sperrt.

II. Der subjektive Tatbestand des § 316 a

- 1) **Der Tätervorsatz:** Der Vorsatz des Täters muss darauf gerichtet sein, den Insassen eines Fahrzeugs unter Ausnutzung der besonderen Verhältnisse im Straßenverkehr anzugreifen. Dabei muss der Vorsatz im Hinblick auf das Merkmal „Ausnutzen“ darauf gerichtet sein, sich die spezifische Gefahr des Pkw als Mittel der Tatbegehung zunutze zu machen.
- 2) **Absicht, einen Raub, räuberischen Diebstahl oder eine räuberische Erpressung zu begehen:** Der Täter muss mit **dolus directus 1. Grades** handeln, wobei diese Absicht noch während der Fahrt gefasst werden kann (BGH St 25, 316). Die Absicht muss aber spätestens bei Beendigung der Fahrt gefasst werden. Hatte der Täter diese Absicht erst nach Beendigung des ersten Angriffs gefasst, scheidet § 316 a aus (BGH St 37, 256).

Beispiel: Der Täter hatte das Opfer an eine einsame Stelle im Wald gefahren und dort im Wagen vergewaltigt. Nach der Vergewaltigung fasst er den Entschluss, dem Opfer noch dessen Wertsachen wegzunehmen.

Bullmann hat in unserem Fall den Entschluss, den O zu überfallen, bereits vor der Fahrt gefasst und daher den subjektiven Tatbestand des § 316 a verwirklicht.

B. / C. Bullmann hat auch rechtswidrig und schuldhaft gehandelt und daher einen räuberischen Angriff auf Kraftfahrer gemäß § 316 a begangen.

II. Detailfragen zu § 316 a

1) Der Täterkreis des § 316 a

Täter des § 316 a kann nur derjenige sein, der in der Absicht handelt, einen Raub, einen räuberischen Diebstahl oder eine räuberische Erpressung täterschaftlich zu verwirklichen (BGH St 24, 284).

2) Versuch und Vollendung des § 316 a

Der räuberische Angriff auf Kraftfahrer ist vollendet, wenn der Täter unter Ausnutzung der besonderen Verhältnisse im Straßenverkehr einen Angriff auf das Opfer verübt hat, also das Nötigungsmittel des Raubes bereits eingesetzt hat (Schönke/Schröder/Sternberg/Lieben § 316 a Rz. 3). Der Versuch beginnt in dem Augenblick, in dem der Täter i.S.d. § 22 unmittelbar dazu ansetzt, das Nötigungsmittel einzusetzen.

Beispiele:

- 1) Bullmann hat einen Taxifahrer mit vorgehaltener Schusswaffe zum Anhalten gezwungen, um ihn zu berauben. Auch wenn er ihm die Kasse oder das Taxi noch nicht weggenommen hat, ist § 316 a bereits vollendet, weil der Täter den Angriff bereits *verübt* hat.
- 2) Der hinter dem Taxifahrer sitzende Bullmann hat die im Taxi gezogene Waffe bereits – vom Fahrer unbemerkt – hervorgeholt und auf den Fahrer gerichtet. Als ein Lkw-Fahrer neben dem Taxi zum Stehen kommt, befürchtet Bullmann, dass dieser ihn bei seinem Vorhaben beobachten könnte. Daher steckt Bullmann die Waffe wieder ein.

3) Die Erfolgsqualifikation des § 316 a III

Hat der Täter durch den räuberischen Angriff den Tod eines anderen wenigstens leichtfertig verursacht, so liegt die Mindeststrafe – wie auch bei § 251 – bei 10 Jahren. Es handelt sich – ebenso wie bei § 251 – um eine **Erfolgsqualifikation**, so dass wir sowohl bezüglich der Struktur als auch bezüglich der mit der Erfolgsqualifikation verbundenen Detailfragen (Wer ist ein anderer? Wie verhält sich § 316 a III zur vorsätzlichen Tötung der §§ 211, 212?) auf das zurückgreifen können, was wir bei § 251 erarbeitet haben (dazu oben § 8 III).

4) Konkurrenzen

- a) Zwischen dem räuberischen Angriff auf Kraftfahrer gemäß § 316 a und der später verwirklichten Tat der §§ 249, 252, 255 besteht Idealkonkurrenz, damit im Tenor des Strafurteils zum Ausdruck gelangt, ob Raub, räuberischer Diebstahl oder räuberische Erpressung nur vorbereitet, versucht oder vollendet waren (= **Klarstellungsfunktion der Idealkonkurrenz**; BGH St 14, 391; 25, 229).
- b) Versuchter Raub tritt aber hinter § 316 a zurück, da der räuberische Angriff auf den Kraftfahrer regelmäßig bereits den Versuch des Raubes darstellt.
- c) Handelt es sich um einen versuchten schweren Raub gemäß den §§ 249, 250 I, II 22, so besteht aber wieder Idealkonkurrenz, da der Unrechtsgehalt der Qualifikationsmerkmale von § 316 a nicht erfasst wird.

§ 12 Der erpresserische Menschenraub gemäß § 239 a

Mit Freiheitsstrafe nicht unter 5 Jahren wird bestraft, wer einen anderen in seine Gewalt bringt, um dessen Sorge oder die eines Dritten zu einer Erpressung gemäß § 253 auszunutzen. Der Tatbestand des § 239 a enthält 2 Alternativen:

I. § 239 a I, 1. Alt.

Der Täter hat das Opfer entführt oder sich des Opfers bemächtigt, um entweder die Sorge des Opfers um sein eigenes Wohl oder die Sorge eines Dritten um das Wohl des Opfers zu einer Erpressung auszunutzen.

- 1) **Entführungsoffer** des § 239 a kann jeder Mensch sein, also auch kleine Kinder, die sich ohnehin nicht selbst bewegen können. Auch die Ersatzgeisel, die sich freiwillig im Austausch gegen das ursprünglich entführte Opfer zur Verfügung stellt, ist taugliches Tatobjekt, weil auch diese Geisel rechtswidrig festgehalten wird.
- 2) **Genötigter** kann entweder das Opfer selbst oder ein Dritter sein, der aus Sorge um das Wohl des Entführten zu einer Vermögensverfügung gezwungen werden soll. Die Sorge des Dritten muss nicht auf einer rechtlichen Verpflichtung (etwa der Pflicht zur Personensorge) beruhen; es genügt, dass der Täter ein rein *tatsächliches* Verantwortungsgefühl des Dritten für das Schicksal des Opfers ausnutzt.

Beispiel: Der Täter hält einem Bankkunden eine Waffe an den Kopf und zwingt so den durch eine schussichere Scheibe gesicherten Kassierer, ihm das Geld auszuhändigen.

3) Die Tathandlung

- a) Das Opfer wird **entführt**, wenn es durch Drohung, Gewaltanwendung oder List an einen Ort geschafft wird, wo der Täter die physische Herrschaft über das Opfer erlangt.

Beispiel: T zwingt die Ehefrau des Millionärs M mit vorgehaltener Waffe, zu einer einsamen Blockhütte zu fahren und hält sie dort gefangen, um ein Lösegeld zu erpressen.

- b) Der Täter **bemächtigt** sich eines anderen, wenn er **ohne Ortsveränderung** die physische Gewalt über einen anderen erlangt.

Beispiel: Der Täter bedroht das Opfer mit einer Waffe (BGH St 26, 72) oder schließt es ein; dabei ist irrelevant, ob das Opfer seine eigene Lage erkannt hat.

- aa) Soll aber gerade das Opfer selbst zu einem weiteren Verhalten genötigt werden, so entsteht ein Problem, weil die §§ 239 a, b im Verhältnis zu den §§ 177 ff. oder zu den §§ 253 ff. bereits formell vollendet sind, wenn sich der Täter des Opfers *bemächtigt* hat. Da sich der Täter gerade in Fällen einer geplanten Vergewaltigung regelmäßig des Opfers bemächtigt, entsteht ein Wertungswiderspruch an 2 Stellen: Zum einen beträgt die Mindeststrafandrohung der §§ 239 a, b 5 Jahre, die der Vergewaltigung gemäß § 177 II Nr. 1 aber "nur" 2 Jahre, so dass die eigentliche Vorbereitungshandlung des § 239 b härter bestraft wird. Zudem könnte der Täter nicht mehr zurücktreten, wenn er das entführte Opfer vor der geplanten Vergewaltigung freilässt (BGH St 39, 36, 41).

Darauf hat der Große Senat des BGH wie folgt reagiert (BGHGS NJW 1995, 471, 472): "Sowohl die Geiselnahme gemäß § 239 b als auch der erpresserische Menschenraub gemäß § 239 a sind **unvollkommen zweiaktige Delikte**. Diese Tatbestände erfassen die Fälle, in denen der Täter durch das Entführen oder Sichbemächtigen eine Lage schafft, die erst die Möglichkeit zu einer darauf aufbauenden weiteren (!) Nötigungs- oder Erpressungshandlung schafft. Sowohl § 239 a als auch § 239 b sind also erst dann vollendet, wenn der Täter einen Zwang ausüben will, der über den Zwang hinausgeht, der mit dem Entführen oder Sichbemächtigen bereits verbunden ist. Daraus folgt:

- (1) **Hat der Täter das Opfer entführt, so ist bereits durch die Ortsveränderung und die damit verbundene hilflose Lage des Opfers eine Zwangslage geschaffen, die der Täter ausnutzen kann, um dem Opfer die in § 239 b geforderte weitere Handlung voraus** (BGH NStZ 2004, 333). Durch das Sichbemächtigen geschaffene Beherrschungssituation ergibt eine weitergehende Druckwirkung, die der Täter für sein weiteres erpresserisches Vorhaben ausnutzt (BGH NStZ-RR- 2007, 77). Hier sind also die §§ 239 a, b bereits mit dem Entführen vollendet.
 - (2) **Hat sich der Täter des Opfers bemächtigt, ohne es bereits entführt zu haben, so sind die §§ 239 a, b mit dem bloßen Bemächtigen noch nicht vollendet.** Dies gilt insbesondere in den Fällen, in denen der Täter ein qualifiziertes Nötigungsmittel einsetzt, um das Opfer in seine Gewalt zu bringen. Dient z.B. das Vorhalten einer Schusswaffe dazu, sich des Opfers zu bemächtigen und es in diesem Zusammenhang zu weitergehenden Handlungen zu nötigen, so wird die abgenötigte Handlung allein durch die Schusswaffe beeinflusst, ohne dass die "Bemächtigungssituation" die aber für die §§ 239 a, b erforderliche Rolle spielt (BGH NStZ 2004, 626; dazu auch Schönke-Schröder-Eser § 239 a Rz. 13 a; Hauf NStZ 1995, 185).
- bb) Ist der Betroffene mit dem Täterverhalten einverstanden, so liegt darin ein den Tatbestand des § 239 a ausschließendes Einverständnis.
Beispiel: Die Ehefrau F lässt sich von ihrem Geliebten zum Schein entführen, um ihren Mann zur Zahlung eines Lösegeldes zu bewegen, um anschließend "ein neues Leben anzufangen."

II. § 239 a I, 2. Alt.

Hier hat der Täter die in der 1. Alt. geschilderte Situation ohne Erpressungsabsicht herbeigeführt und nutzt jetzt aufgrund eines erneuten Entschlusses diese Situation zu einer Erpressung aus.

Beispiel: Der Täter T hatte die Frau seines Arbeitgebers zunächst nur entführt, um sich durch dessen Sorge um seine Frau für eine vorherige Kündigung zu rächen. Nachdem er die Frau entführt hat, beschließt er, jetzt auch ein Lösegeld zu verlangen.

Wenn an der Tat mehrere beteiligt sind, so muss sich der Täter die Entführung des Opfers durch einen Mittäter als eigenen Beitrag zurechnen lassen. Andererseits scheidet § 239 a aus, wenn ein Dritter das Opfer entführt hat und sich der Täter als "Trittbrettfahrer" diese Entführung zu eigenen Zwecken zunutze machen will.

In beiden Varianten des § 239 a muss der Täter die durch ihn oder einen Tatbeteiligten geschaffene Situation zu einer Erpressung **ausnutzen**. Dazu ist nicht erforderlich, dass es zu einer vollendeten Erpressung gekommen ist; § 239 a ist also bereits vollendet, bevor das Opfer bzw. der Dritte i.S.d. § 253 verfügt hat. Andererseits muss das Entführungsoffer zur Zeit des "Ausnutzens" noch leben, da im Gegensatz zu § 253 Voraussetzung ist, dass der Täter das angedrohte Verhalten (noch) realisieren kann.

III. § 239 a III: Erpresserischer Menschenraub mit Todesfolge

§ 239 a III stellt eine Parallele zu § 251 dar und wird auch genauso geprüft: Verursacht der Täter durch die Tat (spezifische Gefahr der Entführung) wenigstens leichtfertig den Tod des Opfers, so wird auf eine Freiheitsstrafe nicht unter 10 Jahren erkannt.

Wie auch bei § 251 ist erforderlich, dass sich die spezifische Gefahr des § 239 a im Tod des Opfers realisiert hat (z.B.: Tod durch Gewalteinwirkung bei der Entführung; Tod auf waghalsiger Flucht; das geknebelte Opfer ist an dem Knebel erstickt) und dass den Täter der Vorwurf grober Fahrlässigkeit trifft, wobei auch hier bewusste und unbewusste Leichtfertigkeit denkbar sind.

Hat der Täter den Tod des Opfers billigend in Kauf genommen, so kann § 239 a III neben die Tötungsdelikte der §§ 211, 212 treten.

IV. Die fakultative Strafmilderung des § 239 a IV

Das Gericht kann die Strafe mildern (nicht von Strafe absehen!), wenn der Täter das Opfer unter Verzicht auf die ursprünglich erstrebte Leistung in dessen Lebenskreis zurückgelassen lässt. Tritt dieser Erfolg ohne das Bemühen des Täters ein, so genügt (als Parallele zu § 24 I 2) das freiwillige und ernsthafte Bemühen des Täters.

3. Teil: Begünstigung und Hehlerei: §§ 257 - 261

Vorbemerkung

Der 21. Abschnitt des StGB enthält in den Tatbeständen der Begünstigung, der Strafvereitelung und der Hehlerei Straftaten, die im Anschluss an die rechtswidrige Vortat eines anderen begangen werden und diesen entweder sachlich oder persönlich begünstigen. Diese Verhaltensweisen werden auch *nach Beendigung der Vortat* des anderen noch unter Strafe gestellt, um mittelbar die Begehung derartiger Vortaten zu verhindern. So würde beispielsweise die Zahl der Kfz-Diebstähle erheblich zurückgehen, wenn es keine Hehler mehr gäbe, die gestohlene Autos ankaufen.

Die §§ 257 - 259 setzen ebenso wie Anstiftung und Beihilfe die Begehung einer rechtswidrigen Tat eines anderen voraus. **Der grundlegende Unterschied zur Teilnahme besteht aber darin, dass bei den §§ 257 - 259 der Grundsatz der Akzessorietät nicht gilt:** Der Täter einer Begünstigung, Strafvereitelung oder Hehlerei haftet nicht für *fremdes* Unrecht, weil die Vortat ohne seine Hilfe begangen wurde, sondern er verwirklicht *eigenes* Unrecht. Er wird daher auch nur für das bestraft, was er selbst tut, nicht mittelbar für das, was andere getan haben.

Beispiel: Wer dem Räuber die Tatwaffe besorgt hat, nimmt gemäß den §§ 249, 250 II Nr. 1; 27 am schweren Raub teil, weil er für die Begehung des Raubes ursächlich war. Auch sein Strafmaß richtet sich mittelbar nach dem Verhalten des Haupttäters.

Wer aber eine *geraubte* Sache ankauft, wird über § 259 nicht härter bestraft als derjenige, der eine *gestohlene* Sache ankauft, weil er durch den Ankauf der Sache nicht unmittelbar für die Begehung der Vortat ursächlich war.

§ 13 Die Begünstigung gemäß § 257

I. Die Struktur der Begünstigung

Fall: Wilhelm Brause hat ein wertvolles Bild gestohlen, das sein Freund Bullmann im eigenen Keller versteckt, damit die Polizei es bei T nicht findet.

- 1) Wilhelm hat sich wegen eines **Diebstahls gemäß § 242** strafbar gemacht.
- 2) Bullmann könnte eine **Begünstigung gemäß § 257** begangen haben.

A. Tatbestand

I. Objektiver Tatbestand

- 1) **Rechtswidrige Vortat:** § 257 setzt zunächst voraus, dass ein anderer eine rechtswidrige Straftat begangen hat. Hier hat Wilhelm einen Diebstahl nach § 242 begangen.
- 2) **Die Tathandlung:** Bullmann müsste **Hilfe geleistet** haben. Unter Hilfeleistung versteht man **jede Handlung, die objektiv geeignet ist, dem Vortäter die Tatvorteile zu sichern**. Das Verstecken der Beute für den Dieb ist geeignet, diesem den Besitz am Diebesgut zu sichern, insbesondere, wenn dieser der Tat verdächtig ist und die Gefahr besteht, dass man die Beute bei ihm sucht.

II. Subjektiver Tatbestand

Bullmann müsste vorsätzlich sowie in der Absicht gehandelt haben, dem Vortäter dessen Tatvorteile zu sichern.

- 1) **Vorsatz:** Der Täter des § 257 muss zumindest billigend in Kauf nehmen, dass derjenige eine rechtswidrige Vortat begangen hat, dem die Hilfeleistung zugute kommen soll.
- 2) **Absicht der Vorteilssicherung:** Darüber hinaus müsste Bullmann mit dolus directus 1. Grades (str., s.u. II 3) bezüglich der Vorteilssicherung gehandelt haben, also mit dem zielgerichteten Willen, den Vortäter davor zu bewahren, dass diesem die Vorteile der Vortat wieder zugunsten des Opfers entzogen werden.

B. / C. Bullmann hat auch **rechtswidrig** und **schuldhaft** gehandelt und dadurch eine Begünstigung gemäß § 257 begangen.

II. Detailfragen zu § 257

1) Die Vortat

- a) Der Vortäter muss eine **tatbestandsmäßige und rechtswidrige Straftat** i.S.d. § 11 I Nr. 5 begangen haben, die sowohl **vorsätzlich** als auch **fahrlässig** verwirklicht worden sein kann. Eine bloße Ordnungswidrigkeit als Vortat genügt nicht.
Es muss sich bei dieser Vortat nicht unbedingt um ein Vermögensdelikt handeln, so dass auch Nötigung oder Urkundenfälschung als Vortat in Betracht kommen, wenn der Vortäter durch diese Taten einen ihm nicht zustehenden Vorteil erlangt hat, den der andere sichern will.
- b) **Der Vortäter muss diese Tat aber tatsächlich begangen haben.** Geht der Begünstigende nur irrig von einer derartigen Vortat aus, so macht er sich durch seine Hilfeleistung nicht strafbar.

- c) **Auf der anderen Seite erfordert § 257 nicht, dass der Vortäter für seine Vortat bestraft werden kann**, so dass auch fehlende Schuldfähigkeit gemäß den §§ 19, 20, ein unvermeidbarer Verbotsirrtum gemäß § 17, die Verjährung der Vortat, eine Einstellung der Strafverfolgung des Vortäters nach § 153 StPO oder ein fehlender Strafantrag bezgl. der Vortat nichts an der Strafbarkeit des Begünstigenden nach § 257 ändern können.
- d) **Bei der Frage, ob eine entsprechende Vortat begangen wurde, ist das Gericht, vor dem der Begünstigende steht, in seiner Entscheidung vollkommen frei**, also nicht an die Verurteilung des Vortäters oder an dessen Freispruch gebunden. Es ist daher durchaus möglich, dass der Vortäter freigesprochen wurde, der Hilfeleistende aber durch ein anderes Gericht anschließend wegen Begünstigung gemäß § 257 verurteilt wird!

2) Die Tathandlung

- a) **Hilfeleistung ist jede unterstützende Handlung, die objektiv geeignet ist, dem Vortäter dessen Tatvorteile zu sichern**. Ein Verhalten ist dann eine Hilfeleistung, wenn ein objektiver Beobachter es aufgrund eines Adäquanzurteils als zur Vorteilssicherung geeignet bezeichnen würde, weil eine derartige Handlung das Risiko erhöht, dass die Restitution der durch die Vortat verletzten Rechtsposition gefährdet ist (Vogler, FS für Dreher, 418).

Beispiele für eine Hilfeleistung i.S.d. § 257: Das Verstecken von Diebesgut, Umlackieren eines gestohlenen Pkw, Verarbeitung gestohlener Ausgangsstoffe, Irreführen der Strafverfolgungsorgane, Geldwäsche, Warnung vor dem bevorstehenden Zugriff der Behörden.

- b) Eine derartige Definition der Hilfeleistung hat Konsequenzen in 2 Richtungen:

- aa) Zum einen ist § 257 **kein echtes Unternehmensdelikt**, bei dem der Täter unabhängig von der Existenz einer Vortat und unabhängig von der objektiven Eignung der Vorteilssicherung bestraft werden würde.
- bb) Auf der anderen Seite ist § 257 aber auch **kein Erfolgsdelikt**, so dass die Tat auch dann vollendet ist, wenn die Hilfeleistung zwar aus Sicht eines objektiven Dritten generell zur Restitutionsvereitelung geeignet war, aber in dieser konkreten Situation der Vortäter durch die Hilfeleistung nicht besser gestellt wurde, die Hilfeleistung objektiv betrachtet in der Situation keine Hilfe war. Es scheiden nur objektiv untaugliche Bemühungen aus, die die Restitution der rechtmäßigen Lage nicht vereiteln konnten und daher aufgrund ihrer objektiven Ungefährlichkeit als nicht strafwürdig angesehen werden.

Beispiel: Die Polizei hatte von einem Informanten erfahren, dass Wilhelm das Bild bei Bullmann versteckt hatte und sofort nach der Tat das Bild bei Bullmann sichergestellt. Bullmann hat sich dennoch wegen einer vollendeten Begünstigung gemäß § 257 strafbar gemacht, da keine tatsächliche Besserstellung erforderlich ist.

- c) Wer nur den Vortäter selbst zu einer für diesen straflosen Selbstbegünstigung veranlasst, kann sich mangels Haupttat daran nicht beteiligen. Es liegt aber auch keine eigenständige Begünstigung vor, da der "Täter" keinen eigenen Beitrag zu einer Vorteilssicherung leistet (Schönke-Schröder-Stree § 257 Rz. 20).

Beispiel: Bullmann rät seinem Freund Wilhelm, das Bild in Wilhelms Keller zu verstecken, "bis Gras über den Diebstahl gewachsen ist."

- d) Eine Begünstigung beginnt erst dort, wo die Hilfeleistung über die Veranlassung zur Selbstbegünstigung hinausgeht, der Begünstigende dem Vortäter mit Rat und Tat zur Seite steht.

Beispiel: Wilhelm wollte das Bild zunächst im eigenen Keller verstecken. Bullmann rät ihm davon ab und bewegt Wilhelm dazu, es bei Bullmann zu verstecken.

e) Da es sich bei der Begünstigung um ein **unechtes Unternehmensdelikt** handelt, ist die Tat mit der Vornahme der Unterstützungshandlung bereits *vollendet*, unabhängig von der Frage, ob dadurch die Lage des Vortäters tatsächlich verbessert wurde.

Dieser frühe Vollendungszeitpunkt hat aber auch Konsequenzen für einen möglichen Rücktritt des Täters: Einerseits ist der Versuch des § 257 nicht strafbar, andererseits handelt es sich um ein unechtes Unternehmensdelikt, das zu einem sehr frühen Zeitpunkt bereits formell vollendet ist, so dass § 24 nicht angewandt werden kann. Hat der Täter des § 257 aber die durch die Vortat beeinträchtigte Rechtslage freiwillig wiederhergestellt, so wird man die für Unternehmensdelikte geschaffenen Rücktrittsregeln des **§ 83 a analog** anwenden dürfen (SK-Samson § 257 Rz. 34; a.A. Lackner-Kühl § 257 Rz. 7; LK-Ruß § 257 Rz. 19).

Beispiel: Bullmann hatte das Bild zunächst im Keller versteckt, aber einen Tag später die Strafverfolgungsbehörden über den Verbleib des Bildes informiert.

f) Die Hilfeleistung muss darauf gerichtet sein, dem Vortäter einen Vorteil zu erhalten, der **unmittelbar** aus der Vortat stammt (BGH St 24, 168). Dieser aus der Vortat erlangte Vorteil muss auch beim Vortäter noch vorhanden sein. Wie auch bei der Hehlerei (dort: straflose Ersatzhehlerei) macht sich der Täter nicht strafbar, der dem Vortäter einen nur mittelbaren Vorteil sichert, der z.B. aus dem Umtausch der Beute stammt.

Beispiel: Wilhelm hatte das Bild bei einem bösgläubigen Hehler gegen eine dem Hehler gehörende Stereoanlage eingetauscht, die Wilhelm zunächst in Bullmanns Keller deponiert. Da die Besitzverhältnisse bezüglich der Stereoanlage nicht rechtswidrig sind, findet keine Perpetuierung der rechtswidrigen Besitzlage und damit auch keine Restitutionsvereitelung statt. Bullmann hat sich daher nicht strafbar gemacht.

Auf der anderen Seite ist der Begriff der Unmittelbarkeit weit zu verstehen: Es ist **keine Identität der Sache oder der Substanz erforderlich**, so dass auch derjenige eine Begünstigung begeht, der dem Haupttäter hilft, Geld von dessen Konto abzuheben, das der Vortäter durch betrügerische Machenschaften seinem Konto hatte gutschreiben lassen. Bei der Gutschrift des erschwindelten Betrages und der späteren Abbuchung handelt es sich um finanztechnische Vorgänge, die an der Unmittelbarkeit nichts ändern (BGH St 36, 277). Das gleiche soll gelten, wenn der Vortäter deliktisch erlangtes Geld in börsennotierte Wertpapiere eintauscht, die der Begünstigende für den Vortäter veräußert.

Problem: Die Abgrenzung Beihilfe / Begünstigung

Der Gehilfe nimmt akzessorisch an fremdem Unrecht teil, weil er durch seinen Beitrag fremdes Unrecht mitverursacht.

Beispiel: Stellt der Gehilfe dem Haupttäter eine Schusswaffe für dessen Raub zur Verfügung, so wird er wegen Beihilfe zu der Tat bestraft, die der Täter mit seiner Hilfe begangen hat, also wegen Beihilfe zum schweren Raub gemäß den §§ 249, 250 II Nr. 1, 27.

Hatte das Opfer die Wegnahme nicht bemerkt, so dass der Haupttäter keine Gewalt anwenden musste, so hat der Haupttäter nur einen Diebstahl mit Waffen gemäß den §§ 242, 244 I Nr. 1 a begangen. Der Gehilfe kann aufgrund der Akzessorietät dann auch nur an diesem Diebstahl teilnehmen, auch wenn er innerlich bereit war, einen Raub zu fördern.

Eine derart akzessorische Haftung des Teilnehmers für fremdes Unrecht ist gerechtfertigt, weil der Teilnehmer dieses Unrecht verursacht. Daher handelt es sich bei jeder unterstützenden Handlung um Beihilfe, wenn diese Hilfeleistung die Tatbegehung des Haupttäters gefördert hat, die Vollendung der Haupttat beeinflusst hat. Daraus folgt:

1) Hatte der Hilfeleistende einen Beitrag geleistet, der die Vollendung der Haupttat gefördert hat, so liegt unabhängig von der inneren Willensrichtung des Hilfeleistenden Beihilfe vor.

- 2) Hat der Gehilfe einen Beitrag geleistet, der erst nach Beendigung der Haupttat wirksam werden konnte, so liegt unabhängig von der inneren Willensrichtung des Helfers Begünstigung gemäß § 257 vor.
- 3) Hat der Helfende einen Beitrag geleistet, der zwischen Vollendung und Beendigung der Haupttat wirksam wird, so entscheidet nach h.M. (BGH St 4, 133; OLG Köln, NJW 1990, 588) die innere Willensrichtung des Hilfeleistenden:
 - a) Wollte der Helfende dem Täter helfen, die Vortat zu beenden, so liegt Beihilfe gemäß § 27 vor.
 - b) Wollte der Hilfeleistende dem Vortäter "nur" die bereits erlangten Tatvorteile sichern, handelt es sich um Begünstigung gemäß § 257.

Kritik: Diese Differenzierung basiert aber auf der Annahme, dass eine Beihilfe auch nach Vollendung der Haupttat noch möglich ist. Sieht man aber den Strafgrund der Beihilfe in der Verursachung fremden Unrechts, so ist eine Beihilfe nach der Vollendung der Haupttat nur noch möglich, wenn durch die Hilfeleistung die bereits eingetretene Rechtsverletzung intensiviert werden kann (SK-Samson § 27 Rz. 5). Ist eine Intensivierung der Rechtsverletzung nicht mehr möglich, so liegt unabhängig von der inneren Willensrichtung Begünstigung gemäß § 257 vor.

AL-Klausurtyp:

Beachten Sie bei der Abgrenzung zwischen Beihilfe und Begünstigung bitte folgendes: **Der Zeitpunkt der Hilfeleistung ist irrelevant!** Auch eine Hilfeleistung, die zeitlich *vor* der Begehung der Haupttat erbracht wird, kann Begünstigung sein, wenn diese Unterstützungshandlung auf die Vollendung der Haupttat keinen Einfluss hat (Schönke-Schröder-Stree § 257 Rz. 6 ff. m.w.N.)!

Beispiel: Der Entführer T will den Sohn eines wohlhabenden Geschäftsmannes entführen, um Lösegeld zu erpressen. Sein Freund F sucht bereits vor der Entführung ein Versteck aus, in dem das Entführungsoffer bis zur Übergabe des Lösegeldes versteckt werden soll. Hier liegt keine Beihilfe zum erpresserischen Menschenraub gemäß den §§ 239 a, 27 vor, sondern eine Begünstigung gemäß § 257, weil diese Hilfeleistung des F auf die Vollendung des § 239 a keinen Einfluss haben würde.

3) Der subjektive Tatbestand des § 257

a) Der Vorsatz

Der Vorsatz des Begünstigenden muss sich auf die objektiven Tatbestandsmerkmale beziehen, wobei bezüglich der Intensität Eventualvorsatz genügt. Der Täter muss also mindestens billigend in Kauf nehmen, dass der Vortäter eine rechtswidrige Straftat begangen hat. Dabei ist nicht erforderlich, dass der Hilfeleistende die Tat rechtlich einordnen kann; ein Irrtum über die Person des Vortäters oder über die rechtliche Qualität der Vortat ist unbeachtlich. Ferner muss der Hilfeleistende wissen, dass dem Vortäter aus dieser Vortat ein Vorteil entstanden ist und dass er durch seinen Beitrag etwas tut, was objektiv geeignet ist, dem Vortäter diesen Vorteil zu sichern.

b) Absicht bezüglich der Vorteilssicherung

Über den Vorsatz hinaus muss der Täter in der Absicht handeln, dem Vortäter diese Tatvorteile zu sichern. Dabei verlangt die h.M. (BGH StV 1985, 505; LK-Ruß § 257 Rz. 18 m.w.N.) einen **dolus directus 1. Grades**, während Samson (SK-Samson § 257 Rz. 31) einen dolus directus 2. Grades genügen lässt, da die Restitutionsvereitelung die Rechtsgutsverletzung ist; es müsse daher genügen, dass der Täter sich bezüglich dieser Vorteilssicherung subjektiv sicher ist.

Dabei muss der Täter aber handeln, um dem Vortäter die Vorteile gegen ein Entziehen zugunsten des Berechtigten zu sichern. Das alleinige Mitwirken an der Verwertung der durch den Vortäter erlangten Vorteile genügt nur dort, wo eine Restitution droht (BGH St 2, 364). Ebenso wenig begehrt derjenige eine Begünstigung, der dem Vortäter hilft, die Beute abzusetzen, da durch das Absetzen der Beute zwar ein *anderer* Vorteil erlangt werden soll, die *Restitution* aber nicht vereitelt werden soll.

4) Die Beteiligung an der Vortat

- a) **§ 257 III 1:** Wegen Begünstigung wird nicht bestraft, wer wegen Beteiligung an der Vortat strafbar ist. Es handelt sich um einen **persönlichen Strafausschließungsgrund**, der in der Klausur nach der Schuld zu prüfen ist. Dadurch wird gleichzeitig klargestellt, dass eine Teilnahme an der Begünstigung durch einen an der Vortat Beteiligten möglich ist.

Beispiel: Der an der Vortat unbeteiligte Bullmann stiftet den Gehilfen der Vortat Gluffke an, die durch die Vortat erlangte Beute zu verstecken, damit sie dem Vortäter Wilhelm Brause erhalten bleibt. Gluffke hat zwar gemäß § 257 I dem Vortäter Hilfe geleistet, um ihm die Tatvorteile zu sichern, doch greift zu seinen Gunsten der persönliche Strafausschließungsgrund des § 257 III 1 ein. Dies ändert aber nichts daran, dass sich Bullmann als Anstifter an der tatbestandsmäßigen und rechtswidrigen Tat des Gluffke gemäß den §§ 257 I, 26 beteiligt hat.

Die Straflosigkeit der Selbstbegünstigung beruht auf dem Gedanken der straflosen Nachtat. Die Straflosigkeit ist allerdings auf den Tatbestand des § 257 beschränkt: Erfüllt der Täter im Zuge der Selbstbegünstigung andere Straftaten, so kann er sich nach diesen Tatbeständen strafbar machen.

Es gibt also im deutschen Strafrecht keinen allgemeinen Gedanken, dass *jede* Form der Selbstbegünstigung straflos ist. Dies zeigen die folgenden Beispiele:

- 1) Wer eine Urkunde fälscht, um den durch die Vortat erlangten Vermögensvorteil zu behalten, macht sich nach § 267 strafbar.
- 2) Wer tötet, um eine andere Straftat zu verdecken, qualifiziert durch diese Selbstbegünstigungstendenz den Totschlag des § 212 zum Mord des § 211.
- 3) Wer sich nach einem Unfall unerlaubt vom Unfallort entfernt, macht sich nach § 142 strafbar.

- b) **§ 257 III 2: Wer einen an der Vortat Unbeteiligten anstiftet, macht sich auch dann gemäß den §§ 257 I, 26 strafbar, wenn er selbst an der Vortat beteiligt war.** Es wird also derjenige bestraft, der einen anderen in Schuld und Strafe verstrickt, der sich bisher noch nicht strafbar gemacht hatte (kritisch dazu Schönke/Schröder/Stree § 257 Rz. 27). Der andere muss daher nicht nur tatbestandsmäßig und rechtswidrig, sondern auch schuldhaft gehandelt haben.

Andererseits wird der Vortäter nicht bestraft, der dem Begünstigenden hilft, da hier der Begünstigende von sich aus den Entschluss gefasst hatte, eine Straftat zu begehen. Ebenso macht sich der Vortäter nicht strafbar, der kraft überlegenen Wissens ein gutgläubiges Werkzeug dazu benutzt, ihm die Vorteile der Tat zu sichern, weil er ein gutgläubiges Werkzeug nicht in persönliche Schuld verstrickt.

5) Konkurrenzen

- a) Zwischen Begünstigung gemäß § 257 und Hehlerei gemäß § 259 ist Idealkonkurrenz gemäß § 52 möglich.
- b) Zwischen der (sachlichen) Begünstigung des § 257 und der (persönlichen Begünstigung) Strafreitelung gemäß § 258 ist eine Wahlfeststellung zulässig (zu den Voraussetzungen einer Wahlfeststellung Langels, StGB AT 2 § 51).
- c) Dies gilt auch zwischen den §§ 242 und 257, wenn nicht ermittelt werden kann, ob der Besitzer einer gestohlenen Sache diese selbst i.S.d. § 242 weggenommen hat oder sie nach § 257 für den Vortäter aufbewahrt, um diesem die Tatvorteile zu sichern.

§ 14 Die Hehlerei des § 259

Vorbemerkung

Die Hehlerei ist ebenso wie die Begünstigung eine **Anschlussstat**, die nach der Straftat eines anderen begangen wird. Im Gegensatz zur Begünstigung ist die Hehlerei jedoch ein **reines Vermögensdelikt**: **Der Hehler perpetuiert die durch die Vortat eines anderen rechtswidrig geschaffene Besitzlage im einverständlichen Zusammenwirken mit dem Vortäter und schmälert dadurch die Chancen des betroffenen Opfers, die ihm durch die Vortat entzogene Sache zurückzuerhalten**. Gleichzeitig liefert der Hehler dem Vortäter einen erheblichen Anreiz zur Begehung der Vortat, da ohne einen versierten Hehler bestimmte Gegenstände durch den Vortäter nicht abgesetzt werden könnten und daher auch gar nicht gestohlen worden wären. Schätzungen besagen, dass ca. 2 / 3 aller gestohlenen Pkw im Anschluss durch Hehler verschoben werden; auch der Diebstahl oder der Raub von berühmten Kunstgegenständen ist ohne einen Hehler unsinnig: Wer die Mona Lisa im Louvre stiehlt, kann sie ja nicht über eine Kleinanzeige zum Kauf anbieten.

I. Die Struktur der Hehlerei

Fall: Wilhelm Brause hat in der Stuttgarter Staatsgalerie eine wertvolle Graphik entwendet, die er anschließend an den Galeristen Gluffke veräußert. Gluffke weiß natürlich genau, dass dieses Bild gestohlen ist, kennt aber Kunden, die nicht nur für das Eigentum, sondern auch für den Besitz namhafter Kunstwerke viel Geld bezahlen.

1. **Strafbarkeit des Vortäters:** Wilhelm hat durch die Entwendung des Bildes einen **schweren Diebstahl gemäß den §§ 242, 243 I Nr. 5** begangen.
2. **Strafbarkeit des Käufers:** Gluffke könnte sich einer **Hehlerei gemäß § 259** strafbar gemacht haben.

A. Tatbestand

I. Objektiver Tatbestand

- 1) **Gegen fremdes Vermögen gerichtete Vortat eines anderen:** Wie wir oben bereits festgestellt haben, hat Wilhelm einen Diebstahl und damit eine rechtswidrige Tat i.S.d. § 11 I Nr. 5 begangen, die gegen fremdes Vermögen gerichtet ist.
- 2) **Tatobjekt, das unmittelbar aus der Vortat stammt:** Gluffke hat das Bild gekauft, das Wilhelm in der Staatsgalerie gestohlen hatte.
- 3) **Die Tathandlung:** Gluffke hat im einverständlichen Zusammenwirken mit dem Vortäter die Verfügungsgewalt über das gestohlene Bild übernommen und sich daher die gestohlene Sache verschafft.

II. Subjektiver Tatbestand

- 1) **Vorsatz:** Gluffke wusste, dass das gekaufte Bild aus einer gegen fremdes Vermögen gerichteten Vortat stammt. Er hat auch wissentlich die Verfügungsgewalt zu eigenen Zwecken über das Bild übernommen.
- 2) **Absicht, sich oder einem Dritten einen Vermögensvorteil zu verschaffen:** Gluffke hatte das Bild mit dem zielgerichteten Willen gekauft, durch den Besitzerwerb seine Vermögenslage zu verbessern. Im Gegensatz zur Bereicherungsabsicht der §§ 253, 263 kommt es weder auf die

Rechtswidrigkeit der beabsichtigten Bereicherung noch auf eine entsprechende *Stoffgleichheit* an, weil die Perpetuierung der rechtswidrigen Besitzlage auch dann strafbar ist, wenn der Hehler aus dem Vermögen eines Dritten entlohnt werden soll.

B. / C. Gluffke hat auch **rechtswidrig** und **schuldhaft** gehandelt und daher durch den Kauf des Bildes eine Hehlerei gemäß § 259 begangen.

II. Detailfragen zur Hehlerei

1) Die Vortat

- a) Wie auch bei der Begünstigung muss es sich um eine tatbestandsmäßige und rechtswidrige Vortat i.S.d. § 11 I Nr. 5 handeln, wobei es aber keine Vermögensstraftat sein muss (LK-Ruß § 259 Rz. 5), so dass auch Nötigung, Urkundenfälschung, Meineid, Begünstigung und die Hehlerei eines anderen (Kettenhehlerei, dazu BGH St 27, 45) als Vortat in Frage kommen, wenn der Vortäter durch diese Straftat eine rechtswidrige Besitzposition erlangt hat. Auf der anderen Seite scheidet Hehlerei aus, wenn die Vortat nicht das Vermögen einer bestimmten Person, sondern nur öffentliche Interessen verletzt, wie dies z.B. bei den Geldfälschungsdelikten der Fall ist (LK-Ruß a.a.O.).
- b) Ebenso wenig wie bei der Begünstigung spielt es bei der Hehlerei eine Rolle, ob der Vortäter für diese Vortat (noch) bestraft werden kann, so dass fehlende Schuldfähigkeit oder ein unvermeidbarer Verbotsirrtum sowie die Verjährung der Vortat oder die Einstellung des Strafverfahrens gegen den Vortäter nach § 153 StPO nichts an der Hehlerei des anderen ändern (BGH St 1, 49; 4, 78; Lackner § 259 Rz. 3 a).

2) Das Tatobjekt

- a) Tatobjekt der Hehlerei können nur bewegliche oder unbewegliche **Sachen**, also körperliche Gegenstände i.S.d. § 90 BGB sein (OLG Düsseldorf NJW 1990, 1492). Eine Hehlerei ist damit an Raubkopien von Computerprogrammen oder Videofilmen nur dann möglich, wenn bereits die verkörpertem Datenträger aus einer gegen fremdes Vermögen gerichteten Vortat stammen. Gemäß § 202 d I wird aber wegen **Datenhehlerei** bestraft, wer Daten iSd 202 a II, die ein anderer durch eine rechtswidrige Tat erlangt hat, sich oder einem Dritten verschafft. Damit aber die Finanzbehörden keine Datenhehlerei durch den Ankauf von „Steuer-CDs“ begehen, hat der Gesetzgeber seine schützende Hand ausgebreitet: Gemäß § 202 d III Nr. 1 gilt § 202 d nicht für Handlungen von Amtsträgern, die die angekauften Daten in einem Besteuerungs- oder Strafverfahren verwenden wollen.

Auch Forderungen oder sonstige Vermögenswerte, die keine Sachqualität haben, scheidern als Tatobjekt aus. Sind jedoch Forderungen oder sonstige Vermögenswerte in bestimmten Papieren stofflich verkörpert (z.B. Wechsel, Sparbuch), so können diese Papiere Objekt der Hehlerei sein (OLG Düsseldorf a.a.O.).

Beispiel: Bei einer durch Betrug erlangten Grundschuld ist nicht das Grundpfandrecht, aber der Grundschuldbrief taugliches Objekt einer Hehlerei.

- b) Auf die Fremdheit der Sache aus Sicht des Vortäters oder des Hehlers kommt es nicht an. Hehlerei ist auch an Sachen möglich, die dem Vortäter gehören oder die niemandem gehören, also herrenlos sind. Hehlerei ist also möglich an wilden (= herrenlosen) Tieren (bei erfolgter Wilderei gemäß § 292 durch den Vortäter), an Gegenständen des Vortäters (z.B. Vortäter hatte eine Sache verpfändet und anschließend seinem Pfandgläubiger wieder weggenommen = Pfandkehr gemäß § 289) oder an eigenen Gegenständen des Hehlers (Hehler hatte Sache verpfändet; ein Dritter hatte sie dem Pfandgläubiger i.S.d. § 289 weggenommen und dem Hehler zurückgegeben).

- c) Die Sache ist auch dann aus einer gegen fremdes Vermögen gerichteten Vortat *erlangt*, wenn der Täter schon zuvor rechtmäßiger Besitzer der Sache war und erst durch die Weitergabe der Sache eine Straftat, z.B. eine Unterschlagung gemäß § 246 II, begeht.
Beispiel: Der Entleiher veräußert die Leihsache an den Hehler.
- d) An der erforderlichen Rechtswidrigkeit der Besitzlage fehlt es jedoch, wenn durch den gutgläubigen Erwerb eines *Dritten* gemäß den §§ 929, 932 BGB oder durch einen gesetzlichen Eigentumserwerb durch Verarbeitung gemäß § 950 BGB die Besitzlage bei diesem Dritten *rechtmäßig* geworden ist. Eine anschließende Hehlerei scheidet dann aus.
Beispiel: Der Entleiher L hatte die geliehene Sache an den gutgläubigen D veräußert und dadurch die Sache gemäß § 246 II unterschlagen. D veräußert die Sache weiter an den H, der weiß, dass die Sache zuvor unterschlagen wurde: keine Hehlerei des H, da die Besitzlage durch den gutgläubigen Erwerb des D bei D rechtmäßig wurde.
- e) Das gleiche gilt, wenn der *Vortäter* selbst unanfechtbares Eigentum an der Sache erlangt hat.
Beispiel: Der begabte, aber aufgrund seiner Verschwendungssucht mittellose Künstler Wilhelm Brause hatte Farbe, Leinwand und Pinsel gestohlen und mit diesen Mitteln ein Bild gemalt, das der Galerist Gluffke kauft, obwohl er weiß, dass die Ausgangsprodukte gestohlen waren. Da Wilhelm gemäß § 950 BGB Eigentum an dem Bild erworben hatte, bestand keine rechtswidrige Besitzlage mehr, die Gluffke hätte perpetuieren können, so dass Gluffke trotz seiner "Bösgläubigkeit" keine Hehlerei begangen hat.
- f) Andererseits liegt eine Hehlerei auch dann vor, wenn der "bösgläubige" Hehler eine gestohlene Sache (§ 935 I BGB!) vom gutgläubigen Erwerber kauft. Hehlerei ist also auch dann noch möglich, wenn die Sache durch mehrere Hände geht, solange die Besitzlage nach wie vor *rechtswidrig* ist (BGH St 15, 53, 57; OLG Celle, NJW 1988, 1225; LK-Ruß § 259 Rz. 10, 17).
- g) Das Tatobjekt der Hehlerei muss *unmittelbar* aus der Vortat stammen, die der Vortäter begangen hat. Es ist also eine **Identität zwischen der deliktisch erlangten Sache und der gehehlten Sache** erforderlich (BGH St 9, 139; LK-Ruß § 259 Rz. 14 m.w.N.). Nur in diesem Fall kann von einer Perpetuierung der rechtswidrigen Besitzlage durch den Hehler gesprochen werden.

Problem: Die Ersatzhehlerei

Fall: Wilhelm Brause hatte bei einem Wohnungseinbruch 10.000 Euro Bargeld sowie ein wertvolles Perlencollier erbeutet. Von dem erbeuteten Geld kauft er für seine Freundin F einen Gebrauchtwagen beim Händler H; das Perlencollier tauscht er bei einem Juwelier J gegen eine Armbanduhr ein, die er seinem Bruder Alexander Brause schenkt. Sowohl F als auch Alexander wissen, woher Wilhelms Großzügigkeit rührt.

1) Strafbarkeit des Vortäters

- a) Wilhelm hat durch die Entwendung des Geldes und der Perlenkette einen **Diebstahl gemäß den §§ 242, 244 I Nr. 3** begangen.
- b) Ein **Betrug gemäß § 263 zum Nachteil des Gebrauchtwagenhändlers H** scheidet aus. Zwar hat Wilhelm den H über die Eigentumsverhältnisse bezüglich des Geldes getäuscht, der daraufhin durch Übereignung des Wagens über sein Vermögen verfügt hat, doch fehlt es an einem Vermögensschaden des H: Dieser hat infolge seiner Gutgläubigkeit gemäß den §§ 929, 1; 932 I 1 BGB Eigentum an dem Geld erworben, so dass der Verlust des Eigentums an dem Pkw durch eine gleichwertige Gegenleistung kompensiert wurde. Der Umstand, dass das Geld gestohlen war, steht dem gutgläubigen Erwerb nicht entgegen, da gemäß § 935 II BGB auch abhandengekommenes Geld gutgläubig erworben werden kann, um die Funktion des Geldes als Zahlungsmittel zu gewährleisten. Auch die Tatsache, dass H das Geld "nur" gutgläubig erworben hat, kann keinen Schaden des H begründen, da diese Erwerbsform mit keinerlei sittlichem Makel behaftet ist und das Geld dem H ohnehin nicht mehr entzogen werden kann.

- c) Wilhelm hat aber einen **Betrug gemäß § 263 zum Nachteil des J** begangen, da J täuschungsbedingt die Armbanduhr übereignet hatte und an der abhandengekommenen Perlenkette trotz seiner Gutgläubigkeit gemäß § 935 I BGB kein Eigentum erwerben konnte. J läuft daher Gefahr, die Perlenkette jederzeit an den Eigentümer herausgeben zu müssen, so dass der Verlust an der Armbanduhr nicht durch eine gleichwertige Gegenleistung kompensiert worden ist.

2) Strafbarkeit der F

F könnte durch die Entgegennahme des Pkw eine **Hehlerei gemäß § 259** begangen haben.

Wilhelm hat durch den Diebstahl des Geldes eine gegen fremdes Vermögen gerichtete Straftat begangen, doch stammt der Pkw nicht *unmittelbar* aus *dieser* Vortat. Da das Wesen der Hehlerei in der Perpetuierung der durch die Vortat geschaffenen rechtswidrigen Besitzlage liegt, scheidet Hehlerei an den Gegenständen aus, die der Vortäter *rechtmäßig* besitzt. Da der Pkw aus einem Erwerb stammt, der seinerseits keine eigene Straftat darstellte (kein Betrug zum Nachteil des H!), scheidet Hehlerei an Ersatzgegenständen aus.

F hat sich daher durch die Entgegennahme des Pkw nicht strafbar gemacht.

3) Strafbarkeit des Alexander Brause

Alexander könnte eine **Hehlerei gemäß § 259** im Hinblick auf die Armbanduhr begangen haben.

A. Tatbestand

I. Objektiver Tatbestand

- 1) Wilhelm hat sowohl durch den Diebstahl des Perlencolliers als auch durch den Betrug zum Nachteil des J Straftaten begangen, die gegen fremdes Vermögen gerichtet waren.
- 2) Das Tatobjekt, also die Armbanduhr, müsste *unmittelbar* aus einer dieser Vortaten stammen. Zwar hatte Wilhelm die Armbanduhr nicht gestohlen, aber durch einen Betrug zum Nachteil des J erlangt, so dass die Armbanduhr aus dem Betrug und damit einer Tat stammt, die gegen fremdes Vermögen gerichtet war. Der Umstand, dass Wilhelm zunächst Eigentum an der Uhr erworben hat, steht der Hehlerei des B nicht entgegen, da die Übereignung der Uhr jederzeit angefochten werden kann, so dass die Besitzlage an der Uhr insofern rechtswidrig ist.
- 3) Alexander hat sich die Uhr schenken lassen und dadurch in einverständlichem Zusammenwirken mit dem Vorbesitzer die Verfügungsgewalt über die Uhr übernommen.

II. Subjektiver Tatbestand

- 1) Alexander wusste, dass die Uhr aus einem Betrug zum Nachteil des J stammt und somit nach erfolgter Anfechtung Wilhelm jederzeit wieder entzogen werden kann. Sein Vorsatz war also darauf gerichtet, sich die Verfügungsgewalt über eine Sache zu verschaffen, die aus einer gegen fremdes Vermögen gerichteten Vortat stammte.
- 2) Alexander handelte auch, um sich durch den Erwerb der Uhr einen Vermögensvorteil zu verschaffen.

B. / C. Da gegen **Rechtswidrigkeit** und **Schuld** keine Bedenken bestehen, hat Alexander eine Hehlerei gemäß § 259 begangen.

Folgeproblem: Liegt auch dann eine straflose Ersatzhehlerei vor, wenn der Täter das gestohlene Geld gewechselt hat?

Fall: Wilhelm hat einen 100 Euro-Schein gestohlen und wechselt ihn bei einer Bank in zwei 50 Euro-Scheine ein. Einen Schein behält er, die anderen 50 Euro erhält seine bösgläubige Freundin F, die vor der Bank auf ihn gewartet hat. Hat F eine Hehlerei an dem 50 Euro-Schein begangen?

- 1) Nach h.M. (LK-Ruß § 259 Rz. 14; Fischer § 259 Rz. 8; Lackner § 259 Rz. 3 d bb m.w.N.) liegt auch dann eine straflose Ersatzhehlerei vor, wenn der Täter Wechselgeld an einen Bösgläubigen weitergibt, nachdem er Geld gestohlen hat und das Geld zuvor bei einem Gutgläubigen gewechselt hat.
- 2) Die Gegenansicht (Roxin, FS für H. Mayer, 467; Blei § 72 III), die die *Summe* des Geldes anstelle der konkreten Geldwertzeichen in den Vordergrund stellt und hier wegen der "materiellen Identität" des Wechselgeldes Hehlerei annehmen will, verkennt den Strafgrund der Hehlerei: Der Täter hat beim Wechseln keinen Betrug zum Nachteil des "Wechslers" begangen und daher *rechtmäßigen* Besitz an dem Wechselgeld erworben. Wer *dieses* Wechselgeld annimmt, kann die durch die Vortat geschaffene rechtswidrige Besitzlage nicht perpetuieren (LK-Ruß § 259 Rz. 14 m.w.N.). Taugliches Objekt kann immer nur die *Sache* sein, nicht aber ein Geldbetrag als rechnerische Einheit (= Geldsumme). Die Gegenansicht gerät daher in Konflikte mit dem Analogieverbot des Art. 103 II GG (Krey Rz. 575).

3) Die Tathandlungen der Hehlerei

a) Einvernehmliches Zusammenwirken mit dem Vorbesitzer

- aa) In allen Varianten der Hehlerei muss der Hehler in einverständlichem Zusammenwirken mit dem *Vorbesitzer* gehandelt haben. Wie wir oben bereits gesehen haben, kann eine Sache auch durch mehrere Hände gehen, so dass der *Vorbesitzer* nicht immer der *Vortäter* sein muss! Eine Hehlerei scheidet daher aus, wenn der Täter sich die Sache gegen den Willen des Vorbesitzers eigenmächtig verschafft, z.B. durch Diebstahl, Unterschlagung oder Raub.
- bb) Ob dieses einverständliche Zusammenwirken mit dem Vortäter auch dann vorliegt, wenn der vermeintliche "Hehler" den Vortäter durch eine Drohung zwingt, ihm die Beute zu überlassen, ist streitig.

(1) Nach einer Ansicht (Schönke-Schröder-Stree § 259 Rz. 42; LK-Ruß § 259 Rz. 17; Fischer § 259 Rz. 16 m.w.N.) entfällt das einverständliche Zusammenwirken nicht dadurch, dass der Täter durch Täuschung oder Drohung auf den Willen des Vorbesitzers einwirkt, so dass der Übergang der Sache auf den Hehler auch durch Erpressung oder Betrug herbeigeführt werden kann. Erpressung bzw. Betrug und Hehlerei stehen dann in Idealkonkurrenz zueinander.

Beispiele:

- 1) Der Hehler droht dem Dieb mit einer Strafanzeige, wenn dieser die Beute nicht an den Hehler veräußert.
- 2) Der Hehler behauptet gegenüber dem Dieb wahrheitswidrig, das gestohlene Bild sei eine perfekte Kopie. Er biete dem Dieb aber dennoch 20 % des Versicherungswertes des Originals, weil er sicher einen Käufer finden werde, der die fehlende Echtheit des Bildes nicht erkennen werde.
Denken Sie bei der Strafbarkeit wegen Erpressung gemäß § 253 oder wegen Betruges gemäß § 263 daran, dass auch der deliktisch erworbene Besitz des Diebes zu seinem geschützten Vermögen zählt!

(2) Der BGH (NJW 1996, 2877, 2878) und ein Teil der Literatur (Otto, Jura 1988, 606; Rudolphi JA 1981, 1, 5; Hruschka JZ 1996, 1136) lehnen eine Hehlerei jedoch ab, wenn der Täter die Sache nur aufgrund einer Drohung vom Vortäter erhält, weil es in derartigen Fällen am erforderlichen einverständlichen Zusammenwirken mit dem Vortäter fehlt. Hehlerei ist eine Hilfeleistung zugunsten des Vortäters nach dessen Tatbegehung. Nur in dem erforderlichen einverständlichen Zusammenwirken mit dem Vortäter liegt der innere Zusammenhang mit der Vortat, der für eine Hehlerei erforderlich ist. Die Gegenansicht kann auch nicht erklären, warum der Täter keine Hehlerei begeht, wenn er dem Vortäter durch einen Raub gemäß § 249 die Beute gewaltsam abnimmt, aber keine Hehlerei begeht, wenn er ihn durch eine räuberische Erpressung gemäß den §§ 253, 255 gewaltsam zwingt, die Beute herauszugeben, wo doch der Raub ein Spezialfall der räuberischen Erpressung ist (so zumindest BGH St 14, 386). Zudem liegt der Strafgrund der Hehlerei u.a. darin, dass der Hehler dem Vortäter einen Anreiz zur Tatbegehung liefert. Die Aussicht, die Beute durch Täuschung oder Drohung zu verlieren, liefert diesen Anreiz gerade nicht.

cc) Ein kollusives Zusammenwirken zwischen Hehler und Vorbesitzer ist aber nicht erforderlich: So genügt es für die Hehlerei, dass der Hehler in einverständlichem Zusammenwirken mit einem gutgläubigen Vorbesitzer handelt, der wegen § 935 I BGB kein Eigentum erwerben konnte.

b) Die Tatbestandsalternativen der Hehlerei

Das Gesetz nennt fünf Alternativen: Sich verschaffen - einem Dritten verschaffen - ankaufen - absetzen - Absatzhilfe. Da aber das Ankaufen ein Unterfall des "Sichverschaffens" ist, verbleiben vier Varianten, die man in zwei Gruppen einteilen kann (vgl. dazu die Zeichnungen innerhalb der Kursmitschrift):

Erwirbt der Täter die Sache für sich selbst oder für einen Dritten, so wird der Hehler auf der Erwerberseite tätig: Sich verschaffen (z.B. ankaufen) oder einem Dritten verschaffen.

Veräußert der Hehler die Ware im Interesse des Vortäters (!) ohne eigene Verfügungsgewalt an einen Dritten: Absetzen - Absatzhilfe.

aa) **Sich verschaffen: Der Hehler übernimmt die Verfügungsgewalt über die Sache und deren wirtschaftlichen Wert im eigenen Interesse.**

Der Hehler muss eine eigene Verfügungsgewalt über die Sache erlangen, d.h. aus der Sicht des Vorbesitzers nach Belieben mit der Sache verfahren dürfen (BGH St 15, 56; 27, 46; 33, 46; 35, 176).

Schulfall des "Sichverschaffens" ist das **Ankaufen** der Sache, weil der Hehler, der die Ware gekauft und bezahlt hat, aus Sicht des Vorbesitzers anschließend mit der Sache machen kann, was er will. Der Abschluss des Kaufvertrages allein genügt jedoch nicht (RG St 73, 104); entscheidend ist die Übernahme der Verfügungsgewalt. Dies gilt aber auch im umgekehrten Fall: Hat der Käufer eine eigene Verfügungsgewalt über die Kaufsache erlangt, ist die Unwirksamkeit des Kaufvertrages für die Hehlerei ohne Bedeutung.

Entscheidend ist die **Übernahme der Verfügungsgewalt**, die nicht deckungsgleich mit dem unmittelbaren Besitz ist:

(1) **Einerseits kann der Hehler die Verfügungsgewalt übernehmen, obwohl er nur mittelbaren Besitz erlangt hat.**

Beispiel: Der Hehler hat die Ware beim Vorbesitzer gekauft, sie diesem aber noch für eine weitere Woche geliehen oder vermietet.

Der Hehler hat sich die Sache auch dann verschafft, wenn er mit dem Vorbesitzer vereinbart, dass er sich die Sache an einem Ort abholt, der jederzeit frei zugänglich ist.

Beispiel: Der Dieb gibt die Sache in Verwahrung oder legt sie in ein Schließfach und händigt dem Hehler den Gepäckschein oder den Schlüssel aus (BGH St 27, 160; LK-Ruß § 259 Rz. 19).

(2) Andererseits ist der unmittelbare Besitzer kein Hehler, der aufgrund der internen Vereinbarung mit dem Vorbesitzer keine Verfügungsgewalt über die Sache hat.

Beispiel: Der Vortäter hat die Beute im Keller seines Freundes versteckt. Dieser soll die Ware aber nur aufbewahren und darf aus Sicht des Vortäters damit nicht nach Belieben verfahren, hat also keine eigene Verfügungsgewalt.

(a) Der Besitzer ist auch dann kein Hehler, wenn er weisungswidrig die Sache benutzt: Entscheidend ist nicht, ob der Besitzer die Verfügungsgewalt haben *will*, sondern, ob ihm der Vorbesitzer die Verfügungsgewalt eingeräumt hat, da jede Tathandlung der Hehlerei nur in einverständlichem Zusammenwirken mit dem Vorbesitzer begangen werden kann.

(b) Der Besitzer kann aber dadurch zum Hehler werden, dass ihm der Vorbesitzer nachträglich eine eigene Verfügungsmacht einräumt (BGH St 15, 53, 58).

Beispiel: Der Freund des Vortäters hatte die gestohlene Ware zunächst im eigenen Keller verwahrt. Bei einem anschließenden Telefonat schenkt ihm der Vortäter die Beute.

(c) Auch der Verkaufskommissionär, der im eigenen Namen die Ware auf Rechnung des Vorbesitzers veräußert, hat keine eigene Verfügungsgewalt, da er dem Vorbesitzer im Umgang mit der Ware Rechenschaft schuldet. Hier kommt aber ein "Absetzen" der Beute in Betracht (BGH GA 1983, 472).

(d) Auf der anderen Seite kann der Hehler auch dann eine eigene Verfügungsgewalt über die Sache haben, wenn auch der Vorbesitzer noch eine eigene Verfügungsgewalt hat (BGH St 35, 176). Hier kommt Hehlerei aber nur in Betracht, wenn der Hehler eine eigenständige Verfügungsgewalt erlangt; daran fehlt es, wenn beide aufgrund der gemeinsamen Vereinbarung nur gemeinschaftlich über die Beute verfügen dürfen (BGH NSStZ 1988, 271), da in einem derartigen Fall die durch die Vortat geschaffene rechtswidrige Besitzlage nicht perpetuiert wird.

Dazu der BGH in BGH St 35, 172: "Ein Sichverschaffen liegt nur vor, wenn der Hehler die Sache zu eigener tatsächlicher Sachherrschaft und Verfügungsgewalt vom Vortäter dergestalt erwirbt, dass der Vortäter jede Möglichkeit verliert, auf die Sache einzuwirken. Wird dem anderen vom Vortäter lediglich Mitgewahrsam eingeräumt und erwirbt dieser eine "Mitverfügungsbefugnis", so entscheidet die interne Absprache darüber, ob eine Hehlerei vorliegt: Können beide nur gemeinschaftlich über die Sache verfügen, so hat sich der Vortäter durch das vorbehaltene Mitspracherecht der Sache nicht so entäußert, wie dies für eine Hehlerei erforderlich wäre. In derartigen Fällen kommt es zu keiner Perpetuierung des rechtswidrigen Vermögenszustandes. Hehlerei liegt nur vor, wenn jeder von beiden auch unter Ausschluss des jeweils anderen verfügungsberechtigt sein sollte."

(e) Ebenso ist eine Hehlerei durch "sich verschaffen" möglich, wenn die Verfügungsgewalt einer Mehrheit von Personen eingeräumt wurde, die nur gemeinsam über die Sache verfügen darf: Jedes Mitglied der Gruppe ist Hehler (BGH St 35, 175).

Beispiel: Mehrere Gesellschafter erwerben gestohlene Ware für ihre Gesellschaft. Hier ist jeder Gesellschafter Hehler, der Mitverfügungsgewalt übernimmt.

bb) Einem Dritten verschaffen

Der Hehler verschafft die Sache einem Dritten, wenn er die Verfügungsgewalt und den wirtschaftlichen Wert der Sache auf einen Dritten in dessen Interesse überträgt.

Beispiel: Der Sohn kauft in eigener Regie auf Rechnung seines Vaters gestohlene Fernsehgeräte, um das Geschäft seines Vaters zu sanieren.

Zwar kommt es für die Hehlerei des Täters nicht darauf an, ob der Dritte gut- oder bösgläubig ist; wer aber nach gezielten Anweisungen des Dritten gestohlene Ware kauft, ist kein Mittäter, sondern mangels funktioneller Tatherrschaft über den Erwerbsvorgang nur Gehilfe bei der Hehlerei des Dritten (Arzt, JA 1979, 574).

Beispiel: Der Vater hatte den Sohn gezielt zum Vortäter geschickt, um die gestohlene Ware zu erwerben.

cc) Absetzen

(1) **Absetzen ist die Übertragung der Verfügungsgewalt und des wirtschaftlichen Wertes auf einen Dritten in Eigenregie des Hehlers, aber im Interesse des Vortäters** (BGH NJW 1975, 2110; Schönke-Schröder-Stree § 259 Rz. 28 m.w.N.). Wie auch bei der Alternative "einem Dritten verschaffen" erlangt nicht der *Hehler*, sondern ein *Dritter* die Verfügungsgewalt. Im Gegensatz zu "einem Dritten verschaffen" wird hier der Hehler aber nicht im Interesse des *Dritten*, sondern im Interesse des *Vortäters bzw. Vorbesitzers* tätig.

Schulfall ist der Verkaufskommissionär, der im eigenen Namen, aber ohne eigene Verfügungsgewalt (sonst: "sich verschaffen") die Sache auf fremde Rechnung im Interesse des Vortäters an Dritte veräußert. Der Umstand, dass der Hehler als Veräußerer auch eigene Interessen bei der Veräußerung verfolgt, spielt keine Rolle.

Beispiel: Der bösgläubige Galerist veräußert für 30 % des Verkaufserlöses ein gestohlenen Bild für den Dieb an Dritte.

(2) Weitere Formen des Absetzens sind Tausch und Verpfändung. Stree (Schönke-Schröder-Stree § 259 Rz. 28) will auch ein Verschenken genügen lassen, da auch durch die unentgeltliche Weitergabe der Sache an Dritte die durch die Vortat geschaffene rechtswidrige Besitzlage perpetuiert werde. Die h.M. (Wessels § 20 III 2 m.w.N.) sieht im Verschenken regelmäßig keine Hehlerei, da hier die Absicht einer wirtschaftlichen Verwertung der Sache fehlt.

(3) Ein Absetzen kommt sogar bei einer Rückübertragung der Sache auf das Opfer der Vortat in Betracht, wenn der Hehler dadurch nicht die ursprünglich bestehende Rechtslage wiederherstellen will. Auch bei einer derartigen Veräußerung perpetuiert der Hehler die zuvor geschaffene rechtswidrige Besitzlage, indem er die wirtschaftliche Verwertung der Sache übernimmt und zugunsten des Vortäters dessen angemäße Verfügungsgewalt realisiert.

dd) Absatzhilfe

Absatzhilfe ist die weisungsabhängige unselbständige Unterstützung des Vortäters bzw. Vorbesitzers durch den Hehler bei der Veräußerung der Beute (BGH NJW 1990, 2897; Schönke-Schröder-Stree § 259 Rz. 31).

Der Hehler erlangt auch hier keine eigene Verfügungsgewalt über die Sache: Im Gegensatz zum Absetzen wird er nicht in eigener Regie, sondern unselbständig für den Vortäter tätig.

Beispiele: Der Hehler stellt Kontakte zu Kaufinteressenten her, hilft dem Vortäter, die Sache zum Erwerber zu schaffen, unterstützt die Verkaufsgespräche, wechselt gestohlenen Geld, lackiert einen gestohlenen Pkw um.

Der Gesetzgeber hat hier einen "Trick" angewandt: Da der Vortäter selbst kein Hehler sein kann (Arg.: "die ein *anderer*"), kann der Vortäter selbst durch die Veräußerung der Beute keine

Hehlerei begehen. Auch der Hehler als Zwischenerwerber begeht bei der Weiterveräußerung keine selbständige Hehlerei mehr (kein "einem Dritten verschaffen"!), weil er nach einem "sich verschaffen" aus der Sicht des Vorbesitzers nach Belieben mit der Sache verfahren kann und auf das für die Hehlerei erforderliche einverständliche Zusammenwirken mit dem Vorbesitzer nicht mehr angewiesen ist. Hat sich ein anderer an dieser Veräußerung beteiligt, so würde eine Teilnahme an der erforderlichen Haupttat scheitern.

Da die Teilnahme aber nach dem Grundsatz der Akzessorietät eine Haupttat voraussetzt, die der Vortäter hier nicht begeht, wäre derjenige straflos, der dem Vortäter hilft, die Beute zu veräußern. Um den Grundsatz der Akzessorietät zu umgehen, hat der Gesetzgeber die "Absatzhilfe" zu einer täterschaftlichen Begehungsform erhoben; da für Täter der Grundsatz der Akzessorietät nicht gilt (Täter werden für das Unrecht bestraft, das sie selbst verwirklichen), begeht der Hilfeleistende eine Hehlerei.

Absatzhilfe liegt aber nur vor, wenn der Hehler im Interesse des Vortäters tätig wird. Hilft er dem Erwerber, die Sache vom Vortäter zu erwerben, so ist er Gehilfe zur Hehlerei des Erwerbers gemäß den §§ 259, 27 (BGH St 26, 358, 362). Dies hat zu den Konsequenzen für die Straflosigkeit der versuchten Hilfeleistung (der Versuch der Beihilfe ist im Gegensatz zur versuchten Hehlerei straflos!), zum anderen aber auch bei der Strafzumessung, da die Strafe des Gehilfen gemäß § 27 II 2 gemildert wird.

Problem 1: Setzen die Merkmale "Absetzen" und "Absatzhilfe" einen "Absatzerfolg" voraus?

Fall: Wilhelm Brause hatte ein wertvolles Bild gestohlen und den Galeristen Gluffke beauftragt, das Bild für ihn gegen 20 % Provision zu veräußern. Gluffke hatte das Bild in Besitz genommen und auch schon mehrere Kontakte zu Interessenten hergestellt, als das Bild durch den Tipp eines Informanten bei Gluffke sichergestellt wird. Hat Gluffke bereits eine vollendete Hehlerei begangen?

- 1) **Die Rspr.** (grundlegend BGH St 27, 45; NSTZ 2008, 570; Wessels/Hillenkamp Rz. 867) **hatte zunächst auf einen Absatzerfolg verzichtet und den Täter auch dann wegen vollendeter Hehlerei bestraft, wenn er eine auf einen Absatzerfolg gerichtete Tätigkeit vorgenommen hatte, die geeignet ist, die Sache im Interesse des Vortäters wirtschaftlich zu verwerten.**

Dies war zwar bei der bloßen Aufbewahrung noch nicht der Fall, da die Aufbewahrung allein zum Absetzen nicht geeignet ist, doch genügte für eine vollendete Hehlerei bereits, dass der Hehler in Richtung auf eine Veräußerung der Sache aktiv wird (BGH NSTZ 1994, 395).

Nach dieser Ansicht hätte Wilhelm eine vollendete Hehlerei begangen.

- 2) **Nach anderer Auffassung** (Schönke-Schröder-Eser § 259 Rz. 29; SK-Samson § 259 Rz. 26; Krey Rz. 591 ff.) **setzten die Tathandlungen Absetzen und Absatzhilfe immer schon einen Absatzerfolg voraus, dass es also zu einer Übertragung der Verfügungsgewalt auf den Erwerber gekommen ist; eine allein darauf gerichtete Tätigkeit genügt nicht.**[^]

Absetzen ist nur die Kehrseite des "Sichverschaffens", so dass beide Begriffe deckungsgleich ausgelegt werden müssen: Da der Hehler bei Absetzen und Absatzhilfe keine eigene Verfügungsgewalt über die Sache erlangt, wird die rechtswidrig geschaffene Besitzlage erst perpetuiert, wenn ein Dritter die Verfügungsgewalt übernimmt. Gleiches müsse dann für die Absatzhilfe gelten, weil der Gesetzgeber eine schärfere Haftung des fremdnützigen Absatzhelfers gegenüber dem eigennützigen Absetzenden nicht gewollt haben könne.

- 3) **Der BGH hat basierend auf dieser Kritik** (in NJW 2014, 951) **seine bisherige Rechtsprechung aufgegeben und bestraft jetzt wegen vollendeter Hehlerei nur noch dann, wenn Absetzen und Absatzhilfe zu einem Absatzerfolg geführt haben.**

Schon der reine Sprachgebrauch unterscheidet zwischen dem erfolgreichen Absetzen und bloßen Absatzbemühungen. Zudem wird der oben bereits genannte systematische Bruch zwischen den Tathandlungen Absetzen/Absatzhilfe einerseits und Sichverschaffen andererseits vermieden, bei dem ja der Hehler eine eigene Verfügungsgewalt haben muss. Zudem würde durch einen Verzicht auf einen Absatzerfolg die Strafbarkeit des Versuchs und auch ein entsprechender Rücktritt vom Versuch weitgehend leerlaufen. Auch wird erst durch den Absatzerfolg die rechtswidrige Besitzlage perpetuiert.

Folgt man der jetzigen Rechtsprechung, so hat Wilhelm im Ausgangsfall nur eine versuchte Hehlerei begangen.

Problem 2: Das zeitliche Verhältnis der Hehlerei zur Vortat

Fall: Wilhelm Brause hatte sich in einem renommierten HiFi-Geschäft ein Paar hochwertige Lautsprecherboxen geliehen, um sie zu Hause unter Wohnraumbedingungen in Ruhe zu testen. Wilhelm bittet auch seinen sachverständigen Freund Gluffke zu diesem Hörtest hinzu. Gluffke ist vom Klang dieser Lautsprecher so hingerissen, dass Wilhelm auf eine Idee kommt: Er bietet dem Gluffke die Boxen zum Kauf an und will sie später gegenüber dem Händler als gestohlen melden. Gluffke willigt hocheifrig ein.

1) **Wilhelm** hat durch die Veräußerung der Lautsprecher an F eine **veruntreuende Unterschlagung gemäß § 246 II** begangen.

2) **Strafbarkeit des Gluffke**

a) Gluffke hat Wilhelm zu dieser Unterschlagung gemäß den **§§ 246 II, 27 Beihilfe** geleistet, da er dessen Verkaufsofferte angenommen hat und ihm dadurch geholfen hat, die Sache wirtschaftlich zu verwerten.

b) Darüber hinaus könnte Gluffke eine **Hehlerei gemäß § 259** begangen haben. In diesem Zusammenhang stellen sich 2 Fragen:

aa) **Setzt die Hehlerei voraus, dass die Vortat bereits abgeschlossen ist?**

(1) **Nach h.M. (BGH NJW 2014, 951; Wessels/Hillenkamp Rz. 835; jeweils mwN) muss die Vortat abgeschlossen sein, bevor der Hehler seine tatbestandsmäßige Handlung (hier: ankaufen) begeht.** Dies folgt bereits aus dem Wortlaut des § 259: Der Vortäter muss die Sache *gestohlen* bzw. aus einer anderen Tat bereits *erlangt* haben, bevor eine Hehlerei in Betracht kommt; fallen Vortat und Erwerb zeitlich zusammen, liegt keine Hehlerei vor, sondern eine Teilnahme an der Vortat.

Dennoch kommt nach dieser Ansicht eine Unterschlagung als taugliche Vortat der Hehlerei in Betracht, obwohl der Täter den Gewahrsam bereits innehat und die strafbare Handlung erst in der Begründung des Eigenbesitzes durch die Veräußerung erfolgt. Die h.M. sieht in der *Verkaufsofferte* die Unterschlagung, durch die der Täter die Beute erlangt; "Erlangung" i.S.d. § 259 sei hier die Umwandlung von - rechtmäßigem Fremdbesitz in unrechtmäßigen Eigenbesitz durch den Vortäter. Der Vortäter hat also eine "juristische" Sekunde vor der Hehlerei des Erwerbers durch die Unterschlagung die Sache *erlangt*, die der Hehler anschließend kauft.

(2) **Nach anderer Ansicht (Schönke-Schröder-Stree § 259 Rz. 14; Rudolphi JA 1981, 7) kann die Hehlerei mit der Vortat zeitlich zusammenfallen.** Nach Wortlaut und Sinn des § 259 komme es nur darauf an, dass ein durch eine Vortat rechtswidrig geschaffener Zustand durch den Hehler perpetuiert werde. Das sei auch dort der Fall, wo der Erwerbsakt des Hehlers zeitlich mit der Begründung des rechtswidrigen Zustandes zusammenfällt.

Der Streit kann aber dahinstehen, wenn man mit der h.M. bereits in der Verkaufsofferte eine Unterschlagung sieht, durch die der Unterschlagende die Sache i.S.d. § 259 erlangt. Die Beihilfe zur Unterschlagung gemäß den §§ 246 II, 27 tritt dann hinter die Hehlerei des § 259 zurück, da die Hehlerei ein Sonderfall der Zueignung fremder Sachen ist.

bb) Kann ein an der Vortat Beteiligter Täter einer Hehlerei sein?

(1) Der **Täter** oder **Mittäter** der Vortat kann kein Hehler sein, wie bereits der Wortlaut des § 259 zeigt: Aus Sicht des (Mit-)Täters hat die Vortat kein *anderer* begangen, sondern er selbst. Im Übrigen ist die Hehlerei dadurch geprägt, dass der Hehler im einverständlichen Zusammenwirken mit dem Vortäter handelt. Der (Mit)Täter kann aber mit sich selbst nicht zusammenwirken.

(2) Ob der an der Vortat beteiligte Mittäter beim **Rückerwerb** von einem Zwischenhehler Hehler sein kann, ist streitig:

(a) Nach einer Ansicht (Schönke/Schröder/Eser § 259 Rz. 48) ist dies möglich, da die für die Hehlerei des Täters erforderliche Vortat die Hehlerei des Zwischenenerwerbers ist.

(b) Nach anderer Auffassung (Wessels § 20 VI 3 m.w.N.) ändert sich auch bei einem Rückerwerb durch den Vortäter nichts daran, dass der Täter oder Mittäter an der Vortat kein "anderer" i.S.d. § 259 ist. Auch liegt im Rückerwerb keine erneute Rechtsverletzung.

Dieser Streit kann aber in der Klausur insofern dahinstehen, da auch diejenigen, die den Tatbestand des § 259 für verwirklicht halten, die Hehlerei auf Konkurrenzebene als mitbestrafte Nachtat zurücktreten lassen (Eser a.a.O.). Bedeutung kann dies allein für einen Teilnehmer haben, der sich nach der erstgenannten Ansicht an der späteren Hehlerei des Vortäters beteiligen kann.

(3) Ob ein **Teilnehmer** an der Vortat Hehler sein kann, ist streitig:

Nach ganz hM (BGH NStZ 2007, 33; Schönke/Schröder/Stree § 259 Rz. 49 mwN, a.A. Seelmann JuS 1988, 42; OIG München NStZ 2006, 371) kann ein Teilnehmer an der Vortat (Anstifter und Gehilfe) im Anschluss an die Vortat eine Hehlerei begehen, wenn er sich bei der Beuteteilung die Verfügungsgewalt über einzelne Beutestücke im einvernehmlichen Zusammenwirken mit dem Vortäter verschafft.

Dazu der BGH in seiner Grundsatzentscheidung BGH St 7, 134: " Für den Teilnehmer ist die Vortat eine *fremde* Tat, die er nicht als *eigene* will, sondern als *fremde* durch seine Anstiftung veranlasst oder durch seine Beihilfe fördert. Der Teilnehmer kann im einverständlichen Zusammenwirken mit dem Vortäter die Verfügungsgewalt übernehmen oder die Beute absetzen und dadurch trotz seiner Beteiligung an der Vortat Hehler sein. Dies gilt auch für den Teilnehmer, der schon bei der Teilnahmehandlung auf Erlangung eines bestimmten Beuteteils abzielt.

Dies ist auch nicht mit der Begründung unbillig, dass der Teilnehmer weniger tut als der Vortäter, der ebenfalls kein Hehler sein könne. Es geht nicht darum, ob der Beitrag, den der Teilnehmer zur Vortat leistet, geringfügiger ist; es geht um die Frage, ob der Beitrag des hehlenden Teilnehmers mit der Bestrafung wegen Teilnahme an der Vortat abgegolten sein soll. Deshalb muss beim Vergleich dieses Tuns mit dem Tun des Vortäters auch die Hehlereihandlung des Teilnehmers berücksichtigt werden. Dagegen kommt zulasten des Vortäters neben der Vortat keine weitere Tat in Betracht, da die Weitergabe der Sache an den Hehler für den Vortäter nicht tatbestandsmäßig ist."

Nach BGH StV 1997, 250 ist es auch möglich, dass der Hehler bereits vor Begehung der Vortat dem Vortäter verspricht, die Beute anzukaufen, und dadurch zum Gehilfen der Vortat wird (=psychische Beihilfe). Beihilfe zur Vortat und nachfolgende Hehlerei stehen dann gemäß § 53 in Realkonkurrenz.

4) Der subjektive Tatbestand der Hehlerei

Der Täter muss vorsätzlich sowie in der Absicht handeln, sich oder einem Dritten einen Vermögensvorteil zu verschaffen.

a) Der Vorsatz

Der Täter muss zumindest billigend in Kauf nehmen, dass die Sache, die er erlangt oder abgesetzt hat, aus einer tatbestandsmäßigen und rechtswidrigen Vortat stammt. Ebenso wenig wie bei der Begünstigung muss der Hehler die näheren Umstände der Vortat kennen. Es ist weder erforderlich, dass der Hehler den Vortäter kennt noch, dass er die Vortat rechtlich klassifizieren kann. Ferner muss der Täter wissen, dass er im einvernehmlichen Zusammenwirken mit dem Vorbesitzer eine rechtswidrige Besitzlage perpetuiert. Geht der Erwerber irrig davon aus, dass die Besitzlage beim Vorbesitzer *rechtmäßig* ist, so entfällt nach § 16 I 1 sein Vorsatz.

Beispiel: Der Erwerber glaubt, sein Vorbesitzer habe die Sache nach erfolgter Unterschlagung gutgläubig vom nichtberechtigten Vortäter erworben. Der Vorbesitzer hatte aber die Nichtberechtigung des Veräußerers i.S.d. § 932 II BGB grob fahrlässig verkannt.

b) Die Bereicherungsabsicht

aa) Der Hehler muss mit **dolus directus 1. Grades** handeln, sich oder einem Dritten als End- oder Zwischenziel einen Vermögensvorteil zu verschaffen.

Beispiel: Der Täter kauft ein gestohlenen Autoradio zu 1/3 des marktüblichen Preises.

bb) Wie bereits aus dem im Verhältnis zu den §§ 253, 263 abweichenden Wortlaut des § 259 hervorgeht, muss der angestrebte Vermögensvorteil nicht rechtswidrig sein (Fischer § 259 Rz. 22; a.A. Arzt NSTZ 1981, 13).

cc) **Ob der durch die Hehlerei begünstigte Dritte auch der Vortäter sein kann, ist streitig.**

(1) **Nach einer Auffassung (Schönke-Schröder-Stree § 259 Rz. 44 mwN) kann auch derjenige Hehler sein, der ausschließlich handelt, um dem Vortäter einen Vorteil zu verschaffen.**

Wer gestohlene Ware weiterveräußert, um dem Vortäter einen Vermögensvorteil zu verschaffen, perpetuiert die rechtswidrige Besitzlage ebenso wie derjenige, der dies zu eigenen Zwecken tut, oder, um dem Erwerber einen Vermögensvorteil zu verschaffen. In derartigen Fällen steht § 259 zur gleichfalls vorliegenden Begünstigung gemäß § 257 in Idealkonkurrenz gemäß § 52.

(2) **Die Gegenansicht (BGH StV 1995, 586; LK-Ruß § 259 Rz. 38 m.w.N.) lehnt Hehlerei zugunsten des Vortäters ab, um auf diesem Weg Begünstigung gemäß § 257 und Hehlerei gemäß § 259 voneinander unterscheiden zu können.** Auch der Wortlaut des § 259 spreche gegen eine Einbeziehung des Vortäters, weil § 259 im objektiven Tatbestand vom Vortäter als einem "anderen" spricht und ihn dadurch von einem "Dritten" unterscheidet, dem die Sache verschafft werden kann. Diese unterschiedliche Bezeichnung lege es nahe, dass der "Dritte" im Sinne des subjektiven Tatbestandes nicht der "andere" (= Vortäter) sein könne.

dd) **Keinen Vermögensvorteil erstrebt derjenige, der Sachen zum eigenen Gebrauch erwirbt, die er auf legalem Weg nicht erwerben kann.**

Beispiele: Keine Hehlerei liegt vor beim Erwerb von Rauschgift (BGH MDR 1967, 369) oder beim Erwerb eines gefälschten Führerscheins (BGH MDR 1983, 92).

Keinen Vorteil erstrebt der Käufer, der gestohlene Waren zum regulären Preis kauft (BGH GA 69, 62), wobei sich natürlich die Frage aufdrängt, warum der Käufer dann ausgerechnet bei einem Vortäter kauft.

- ee) **Der vom Hehler angestrebte Vermögensvorteil muss nicht aus der gehehlten Sache selbst stammen, so dass bei der Hehlerei keine *Stoffgleichheit* erforderlich ist.** So spielt es für den Absatzgehilfen keine Rolle, ob er vom Vortäter aus dem Erlös oder aus sonstigen Vermögensbestandteilen entlohnt wird.

5) Die Qualifikationen der Hehlerei

a) Gewerbsmäßige Hehlerei, Bandenhehlerei gemäß § 260

§ 260 bestraft in verschärfter Form denjenigen, der gewerbsmäßig *oder* als Mitglied einer Bande hehlt, die sich zur fortgesetzten Begehung von Diebstahl, Raub oder Hehlerei zusammengeschlossen hat. Durch die Neufassung des § 260 soll das organisierte Verbrechen besser bekämpft werden können. Daher sieht § 260 III die Verhängung einer Vermögensstrafe gemäß § 43 a und den erweiterten Verfall gemäß § 73 d vor. Ebenso wie beim Diebstahl ist auch bei der Hehlerei die erste Tathandlung bereits gewerbsmäßig, wenn der Hehler bereits beim ersten Mal in der entsprechenden Absicht handelt (BGH NStZ 1995, 85).

b) Gewerbsmäßige Bandenhehlerei gemäß § 260 a

§ 260 a kombiniert die beiden alternativen Qualifikationen des § 260 zu einem **Verbrechen**. Wer *sowohl* gewerbsmäßig *als auch* als Mitglied einer Bande hehlt, begeht ein Verbrechen, so dass auch die Verabredung zu § 260 a gemäß § 30 II unter Strafe steht.

§ 15 Geldwäsche gemäß § 261

Geldwaschen ist das Einschleusen von Vermögensgegenständen aus organisierter Kriminalität in den legalen Finanz- und Wirtschaftskreislauf zum Zwecke der Tarnung. Wer Gegenstände verbirgt, deren Herkunft verschleiert oder die Ermittlung der Herkunft, den Verfall, die Einziehung oder die Sicherstellung eines Gegenstandes vereitelt oder gefährdet, die aus einem Verbrechen oder aus einem der in § 261 I Nr. 2 - 4 genannten Vergehen stammen, wird mit Freiheitsstrafe bis zu 5 Jahren bestraft.

Ebenso wird nach § 261 II bestraft, wer einen derartigen Gegenstand verwahrt oder für sich oder einen Dritten verwendet, wenn er zur Zeit der Erlangung des Gegenstandes dessen Herkunft gekannt hat. Als Korrelat zum frühen Zeitpunkt der Vollendung sieht § 261 IX die Möglichkeit einer tätigen Reue vor.

§ 261 muss in Zusammenhang mit dem **Geldwäschegesetz** gesehen werden, das den Kreditinstituten Aufzeichnungs-, Identifizierungs- und Meldepflichten vorschreibt. Bei der strafrechtlichen Verfolgung sollen Strafverfolgungsorgane auf diese Dokumente zurückgreifen können, um Finanztransaktionen und die Beteiligten zu ermitteln. Auf diese Art und Weise soll das organisierte Verbrechen wirksamer als bisher bekämpft werden können.

Index

A

Absatzhilfe	114
Absetzen	114
Abstraktionsprinzip	7
Alleingewahrsam	11
Alleintäter	87
Aneignung	3, 17, 22, 46
Antizipierter Herrschaftswille	10

B

Bandendiebstahl	34
Begünstigung	16
Beihilfe	16
Bereicherungsabsicht	91, 107, 118
Besitz	9
Besitzdiener	10
Betäubungsspritzenfall	54
Beweglich	6
Bewusste Selbstschädigung	92

D

Delikt mit überschießender Innentendenz	16, 89
Dereliktion	8
Diebstahl	1
Dienstmützenfall	17
Dienstwaffenträger	35, 77
Dreieckerpressung	89, 93
Drohung	37
Drohung mit gegenwärtiger Gefahr	53

E

Echtes Unternehmensdelikt	103
Eigentum	4
Einbrechen	29
Einfaches Nötigungsmittel	89
Einsteigen	29
Einverständnis	12, 71
Empfindliches Übel	59
Enteignung	3, 18, 46
Entwidmung	29
Erbenbesitzer	10
Erpressung	89, 98
Ersatzhehlerei	104, 109

F

Falscher Schlüssel	29
Fehleridentität	7
Fundunterschlagung	47

G

Gattungsschuld	24
Gebrauchsanmaßung	1, 18, 20
Geldsummentheorie	24
Gemäßigte Manifestationstheorie	47
Genereller Herrschaftswille	10
Geringwertigkeit	32
Gesamthandseigentum	7
Gewahrsam	4, 9
Gewahrsamsdiener	12
Gewahrsamsenkclave	14
Gewahrsamslos	7
Gewalt gegen Personen	53, 58
Gewalt gegen Sachen	58, 89
Gleichgeordneter Mitgewahrsam	11

H

Handtaschenraub	69
Herrenlos	7
Herrschaftswille	10
Hilfeleistung	102

K

Kettenhehlerei	108
Klammerwirkung der 3. Straftat	75, 88
Konkurrenzlösung	48
Konsumtion	92
Kupiertes Erfolgsdelikt	16, 89

L

Läpple-Entscheidung	55, 70
Lehre vom persönlichen Schadenseinschlag	90
Lehre von der Zweckverfehlung	92
Leichtfertigkeit	82, 83, 100
Lückenloser Strafrechtsschutz	66
Lucrum ex negotio cum re	20
Lucrum ex re	20

M

Manifestationstheorie	46
Miteigentum	7
Mitgewahrsam	11
Mittäter	87
Moos-raus-Fall	25
Natürlicher Herrschaftswille	10

N

Ne bis in idem	88
----------------------	----

O

Objektwechsel	33
---------------------	----

P		T	
Parallelwertung in der Laiensphäre	16	Tatbestandslösung	48
Persönlicher Strafausschließungsgrund	106	Taxifahrerfall	63
Pfandkehr	63	Teilidentität der Ausführungshandlungen	75
Potentieller Herrschaftswille	10	Tiere	6
Pseudobotenfall	17	Trickdiebstahl	9
Pudelfall	17		
Q		U	
Qualifizierte Nötigungsmittel	53, 58, 63, 93	Übergeordneter / untergeordneter Mitgewahrsam	11
Qualifiziertes Legitimationspapier	20	Überschießende Innentendenz	44
R		Unbewusste Selbstschädigung	92
Raub	59	Unechtes Unternehmensdelikt	104
Räuberische Erpressung	65, 89	Unmittelbarkeit der Vermögensminderung	61
Räuberischer Diebstahl	59		
Regelbeispiele	26	V	
Regelwirkung	26	Vereinigungstheorie	21
Restitution	103	Verfügungsgewalt	112
Restitutionsvereitelung	105	Verkaufskommissionär	113
Rückwerb	117	Vermögensnachteil	90
S		Vermögensverfügung	60, 89
Sachbeschädigung	18	Verpfändung	47
Sachen	6	Vis absoluta	57, 60, 62, 66, 69
Sachentziehung	1	Vis compulsiva	57, 69
Sachherrschaft	8	Vorbehaltseigentum	7
Sachsubstanztheorie	20	Vorteilssicherung	102
Sachverschiebungsdelikt	22		
Sachwert	3, 44	W	
Sachwerttheorie	20	Wegnahme	4, 8
Sargträgerfall	54	Weichendes Interesse	24
Scheinwaffe	38, 77	Wilde Tiere	7
Se ut dominum gerere	17		
Selbstbegünstigung	103	Z	
Selbstschädigungsdelikt	60, 66, 89	Zahme Tiere	7
Sicherungseigentum	7, 46	Zueignung	5
Sicherungserpressung	93	Zueignungsdelikt	3, 44
Sitzblockaden-Entscheidung	56	Zueignungswille	47
Sitzstreik	55		
Stoffgleichheit	22, 91, 108, 119		
Strafzumessungsregeln	26		
Strenge Manifestationstheorie	47		
Stückschuld	24		
Sukzessive Beihilfe	16		

DIE STRUKTUREN DES ZIVILRECHTS

BGB AT 1, DIE RECHTSGESCHÄFTSLEHRE, 1. TEILBAND

117 SEITEN, 7. AUFLAGE 2017

BGB AT 2, DIE RECHTSGESCHÄFTSLEHRE, 2. TEILBAND

131 SEITEN, 8. AUFLAGE 2017

SCHULDRECHT AT 1, ALLGEMEINE LEHREN DER SCHULDVERHÄLTNISSE, 1. TEILBAND

142 SEITEN, 7. AUFLAGE 2017

SCHULDRECHT AT 2, ALLGEMEINE LEHREN DER SCHULDVERHÄLTNISSE, 2. TEILBAND

126 SEITEN, 7. AUFLAGE 2017

SCHULDRECHT BT 1, VERTRAGLICHE SCHULDVERHÄLTNISSE, 1. TEILBAND

148 SEITEN, KARTONIERT, ISBN: 978-3-930310-94-4, 5. AUFLAGE 2016, EURO 21,80

SCHULDRECHT BT 2, VERTRAGLICHE SCHULDVERHÄLTNISSE, 2. TEILBAND

145 SEITEN, 5. AUFLAGE 2017

SCHULDRECHT BT 3, GESCHÄFTSFÜHRUNG OHNE AUFTRAG • BEREICHERUNGSRECHT

132 SEITEN, 7. AUFLAGE 2017

SCHULDRECHT BT 4, DELIKTSRECHT • SCHADENSERSATZRECHT

115 SEITEN, KARTONIERT, ISBN: 978-3-930310-95-1, 7. AUFLAGE 2016, EURO 16,80

SACHENRECHT 1

165 SEITEN, 9. AUFLAGE 2017

SACHENRECHT 2

92 SEITEN, 7. AUFLAGE 2017

FAMILIENRECHT

131 SEITEN, KARTONIERT, ISBN: 978-3-930310-93-7, 6. AUFLAGE 2016, EURO 19,80

ERBRECHT

90 SEITEN, 6. AUFLAGE 2017

ZIVILPROZESSRECHT

134 SEITEN, KARTONIERT, ISBN: 978-3-930310-96-8, 7. AUFLAGE 2016, EURO 19,80

DIE STRUKTUREN DES STRAFRECHTS

STRAFRECHT AT 1, ALLGEMEINE LEHREN DER STRAFTAT, 1. TEILBAND

113 SEITEN, 6. AUFLAGE 2017

STRAFRECHT AT 2, ALLGEMEINE LEHREN DER STRAFTAT, 2. TEILBAND

126 SEITEN, 6. AUFLAGE 2017

STRAFRECHT BT 1, STRAFTATEN GEGEN PERSÖNLICHKEITSWERTE

142 SEITEN, 6. AUFLAGE 2017

STRAFRECHT BT 2, STRAFTATEN GEGEN GEMEINSCHAFTSWERTE

154 SEITEN, 6. AUFLAGE 2017

STRAFRECHT BT 3

STRAFTATEN GEGEN EIGENTUMS- UND VERMÖGENSWERTE, 1. TEILBAND

122 SEITEN, 6. AUFLAGE 2017

STRAFRECHT BT 4

STRAFTATEN GEGEN EIGENTUMS- UND VERMÖGENSWERTE, 2. TEILBAND

112 SEITEN, 6. AUFLAGE 2017

KOSTENLOSE DOWNLOADS

ZU ALLEN SKRIPTEN FINDEN SIE UNTER: WWW.AL-ONLINE.DE

HARALD LANGELS

Die gebundenen Skripten können Sie weiterhin über den Verlag „Juristischer Verlag Heike Langels“ beziehen.